

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

**ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURUDA MAĞDUR
SIFATININ İNCELENMESİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
Kadir Gökmen YILDIRIM**

**Enstitü Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU
Enstitü Bilim Dalı: KAMU HUKUKU**

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Peri URAN MURPHY

EKİM 2019

T.C.
YALOVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURUDA MAĞDUR
SIFATININ İNCELENMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ
Kadir Gökmen YILDIRIM (127211061)

Enstitü Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU
Enstitü Bilim Dalı: KAMU HUKUKU

Bu tez 25/10/2019 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından oybirliği ile kabul edilmiştir.

	Adı SOYADI	Kanaati			İmza
Jüri Başkanı <i>(Danışman)</i>	Doç. Dr. Peri URAN MURPHY	☐ Kabul	☐ Düzeltme	☐ Ret	
Jüri Üyesi	Dr. Öğr. Üyesi Ceren YILDIZ	☐ Kabul	☐ Düzeltme	☐ Ret	
Jüri Üyesi	Dr. Öğr. Üyesi Can CANPOLAT	☐ Kabul	☐ Düzeltme	☐ Ret	

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS İNTİHAL YAZILIM RAPORU
BEYAN BELGESİ

Tez Başlığı: ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURUDA MAĞDUR SIFATININ İNCELENMESİ

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmamın toplam 130 sayfalık kısmına ilişkin aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve 14/10/2019 tarihinde aşağıda ismi yazılı araştırma görevlisi tarafından şahsıma iletilen iThenticate intihal tespit programı raporuna göre tezimin benzerlik oranı %33'tür.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç,
2. Alıntılar dâhil,
3. 5 kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç.

Bu bilgiler doğrultusunda tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespiti halinde doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

İmza

Adı SOYADI : Kadir Gökmen YILDIRIM
Öğrenci Numarası : 127211061
Ana Bilim Dalı : Kamu Hukuku
Programı : Tezli Yüksek Lisans
Türü : () Proje (X) Yüksek Lisans Tezi () Doktora Tezi

Danışman
(Adı Soyadı, İmzası, Tarih)
Doç. Dr. Peri URAN MURPHY

ÖNSÖZ

Mevzuatta ve uygulamada bazı tartışmalı hususların bulunduğu bireysel başvuru, gün geçtikçe daha da önem kazanan ve bu önemine binaen dikkatlice ele alınması gereken konulardan biridir. Nitekim bu kurum içerisinde önem arz eden diğer bir husus da bireysel başvuruya konu ihlale maruz kalan kişi olarak bilinen mağdurdur. Bireysel başvuru bağlamında mağduru tanımlamak ve kimin hangi koşullarda mağdur sıfatını haiz olduğunu anlamak başvurunun sonuca bağlanması açısından gereklidir.

İşte bu düşünceden hareketle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunda mağdur sıfatını ve mağdur sayılma koşullarını konu alan bu çalışma meydana getirilmiştir. Esasında kamu hukuku alanı ile ilgili bir konu olarak görünse de, bireysel başvuru kurumunda özel hukuka ve özellikle medeni hukuka ve usul hukukuna ilişkin pek çok konu mevcuttur. Hatta, mevzuatta açıkça ilgili kanunlara yollama da yapılmıştır.

Bireysel başvuru uygulamasını, mağdur sıfatının incelenmesi bağlamında ele almaya çalıştığımız bu çalışmada, giriş ve sonuç bölümleri dışında dört ana bölüm ve toplam on üç adet birinci düzey başlık oluşturulmuştur. Birinci bölüm altı kısımdan oluşmakla bu bölümde bireysel başvuru kurumu genel hatlarıyla ele alınmıştır. İkinci bölüm üç kısımdan oluşmakla burada bireysel başvuru yoluna konu olabilecek temel hak ve hürriyetler incelenmiş, hangi hakları ihlal edilen kişilerin mağdur sıfatını haiz olacakları sorusuna cevap aranmıştır. Üçüncü bölüm ise üç kısımdan oluşmakla bu bölümde bireysel başvuru yolundaki mağdurun özellikleri detaylarıyla ve Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları kapsamında incelenmiştir.

Belirtilen incelemeler yapılırken Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından faydalanılmış, konular örneklerle somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Sonuç bölümünde ise bireysel başvuru kurumuna ilişkin temel görüşlerimiz ve temennilerimiz yer almaktadır. Bu çalışmamızın yapılarak tezimizin yazılmasında baştan sonuna kadar anlayış ve desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen değerli eşim ve aileme, tez danışmanlığımı yapan değerli hocam Doç. Dr. Peri URAN MURPHY'e teşekkürlerimi sunuyorum.

Kadir Gökmen YILDIRIM

14/10/2019

İÇİNDEKİLER

BEYAN	i
ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vi
ÖZET.....	vii
SUMMARY.....	viii
GİRİŞ	1

BÖLÜM 1: BİREYSEL BAŞVURU KAVRAMI, TANIMI, TARİHİ, AMACI, ÖZELLİKLERİ VE İŞLEVİ

1.1. Genel Olarak.....	5
1.2. Bireysel Başvuru Kavramı	7
1.3. Bireysel Başvurunun Tanımı.....	10
1.4. Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Hakkının Tarihsel Gelişimi	15
1.5. Bireysel Başvurunun Amacı.....	20
1.6. Bireysel Başvurunun Temel Özellikleri ve İşlevi.....	22
1.6.1. Temel özellikler.....	22
1.6.1.1. Anayasal bir yargı yolu olması.....	23
1.6.1.2. İkincil niteliğe sahip olması.....	24
1.6.1.3. Temel hak ve özgürlüklerin ihlaline karşı tesis edilmiş olması.....	25
1.6.1.4. İdarenin ya da yargının bireysel kararlarına karşı kullanılması.....	27
1.6.2. Bireysel başvurunun işlevi	28

BÖLÜM 2: ANAYASA MAHKEMESİ'NDE BİREYSEL BAŞVURUYA KONU EDİLEBİLECEK TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

2.1. Genel Olarak.....	31
2.2. Anayasa'da Güvence Altına Alınmış Temel Hak ve Özgürlüklerden AİHS ve Ek Protokoller Kapsamında Yer Alan Temel Hak ve Özgürlükler	34
2.2.1. Yaşama hakkı	34
2.2.2. İşkence ve kötü muamele yasağı	37
2.2.3. Köle kılınmama ve zorla çalıştırma yasağı.....	38
2.2.4. Özgürlük ve güvenlik hakkı	40
2.2.5. Adil yargılanma hakkı	42

2.2.6. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi	45
2.2.7. Özel ve aile hayatına saygı hakkı.....	47
2.2.8. Vicdan ve din özgürlüğü	50
2.2.9. İfade ve düşünce özgürlüğü	52
2.2.10. Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü	54
2.2.11. Evlenme hakkı	56
2.2.12. Etkili başvuru hakkı	58
2.2.13. Ayrımcılığa tabi tutulmama hakkı	59
2.2.14. Mülkiyet hakkı	61
2.2.15. Eğitim hakkı.....	63
2.2.16. Serbest seçim hakkı.....	64
2.3. Bireysel Başvuruya Konu Yapılamayacak İşlem ve Kararlar.....	66
2.3.1. Genel olarak	66
2.3.2. Yasama işlemleri.....	67
2.3.3. Düzenleyici idari işlemler	68
2.3.4. Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler	69
2.3.5. Anayasa Mahkemesi kararları.....	71

BÖLÜM 3: ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURUDA KABUL EDİLEBİLİRLİK ŞARTI OLARAK MAĞDUR KAVRAMI ve AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ ile ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA MAĞDUR KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. Mağdur Kavramı ve Genel Özellikleri.....	73
3.1.1. Genel olarak	73
3.1.2. Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru yolu ve mağdur	75
3.1.3. Diğer hukuk alanları içinde mağdur.....	77
3.1.3.1. Mağdur statüsü yönünden ceza hukuku ve uluslararası hukuk bireysel başvuru yolu	77
3.1.3.2. Medeni usul hukuku ile karşılaştırma	80
3.1.3.3. İdari yargılama hukuku ile karşılaştırma.....	81
3.1.3.4. Özel kanunlardaki düzenlemeler	82
3.1.4. Mağdurun hukuki yararının bulunması şartı	83
3.1.4.1. Hukuki yarar kavramı	83
3.1.4.2. Menfaatin güncel olması	85
3.1.4.3. Menfaatin doğrudan ve kişisel olması.....	87
3.2. Mağdur Statüsü ve Bir Kabul Edilebilirlik Ölçütü (Kişi Bakımından Yetki).....	91

3.2.1. Genel olarak	91
3.2.2. Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar (Taraf ve dava ehliyeti)	93
3.2.2.1. Genel olarak	93
3.2.2.2. Gerçek kişiler	95
3.2.2.3. Tüzel kişiliğe ilişkin haklar bakımından özel hukuk tüzel kişileri	98
3.2.2.4. Sınırlı haklar bakımından yabancılar	100
3.2.2.5. Yalnızca Türk vatandaşlarının yapabileceği başvurular	102
3.2.3. Bireysel başvuru hakkına sahip olmayanlar	103
3.2.3.1. Kamu tüzel kişileri	103
3.2.3.2. Tüzel kişiliğe ait olmayan haklar bakımından özel hukuk tüzel kişileri	104
3.2.3.3. Türk vatandaşlarına mahsus haklar bakımından yabancılar	105
3.2.4. Mağduriyet statüsü	106
3.2.5. Mağdur çeşitleri	107
3.2.5.1. Doğrudan mağdur	107
3.2.5.2. Dolaylı mağdur	108
3.2.5.3. Potansiyel mağdur	110
3.2.6. Mağduriyet statüsünün kaybı	111
3.2.6.1. Mağdurun ölümü veya kaybolması	111
3.2.6.2. İhlalin son bulması	113
3.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mağdur Kavramının Değerlendirilmesi	114
3.3.1. Genel Olarak	114
3.3.2. AIHM ile AYM'ye Bireysel Başvuru Uygulamasında Örnek Kararlar ve Mağdur Kavramının Değerlendirilmesi	115
SONUÇ	125
KAYNAKÇA	129
ÖZGEÇMİŞ	133

KISALTMALAR LİSTESİ

AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜHFD	: Ankara üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM İçtüzük	: Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü
AYM	: Anayasa Mahkemesi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri
BB	: Bireysel Başvuru
BM	: Birleşmiş Milletler
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CGİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
E.T.	: Erişim Tarihi
f.	: Fıkra
H.D.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUKAB	: Hukuk Adamları Birliği
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İİK	: İcra İflas Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra - İflas Hukuku Dergisi
R.G.	: Resmi Gazete
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu

Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tez Özeti

Tezin Başlığı: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Mağdur Sifatının İncelenmesi	
TezinYazarı: Kadir Gökmen YILDIRIM Danışman: Doç. Dr. Peri URAN MURPHY	
Kabul Tarihi: 25/10/2019	Sayfa Sayısı: viii (ön kısım) + 133 (tez)
Anabilim Dalı: Kamu Hukuku	Bilim Dalı: Kamu Hukuku
Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, 5982 ve 6216 sayılı Kanunlarla hukuk hayatımıza kazandırılan yeni ve en üst derecede bireyin hakkını arama imkânıdır. Bu hak arama yoluyla herkes, Anayasa'daki haklarından, AİHS ve Eki Protokollerindekiler kapsamında kalanların ihlal edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Türkiye'de, bireysel başvuru hakkı olarak adlandırılan bu dava çeşidi, 5982 sayılı Yasa'nın Anayasa'nın 148. maddesinde yaptığı değişiklik neticesinde kabul etmiştir. Ayrıca 6216 sayılı Yasa da, 27894 sayılı Resmi Gazete ile 03.04.2011 tarihli olarak yürürlüğe girmiş, ancak aynı Yasa'nın 76/1.a maddesi ile, bireysel başvuru imkânının düzenlenmiş olduğu 45 ila 51. maddelerinin ise 23.09.2012 tarihinde yürürlüğe girmesi yasa ile belirlenmiştir. Bireysel başvuru kurumu ile temel hak ve hürriyet ihlallerinin hukukumuzda önlenmesi, kaldırılması ve bununla birlikte AİHM'de ülkemiz aleyhine yapılan ihlal başvurularının niceliğinin azaltılması ve böylece, pek çok anlaşmazlığın AİHM'e başvurulmadan iç hukukumuzda çözüme kavuşturularak vatandaşlarımızın, insan hakları standardının yükseltilmesi ve sahip oldukları temel hak ve hürriyetlerin daha etkili olarak himayesi sağlanacaktır. Bu çalışmayı yapmamızdaki temel amaç, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunda mağdur sıfatının incelenmesi ve tanımlanmasıdır. Bu tez çalışması üç ana bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun kavramsal çerçevesi, tarihsel süreci, temel özellikleri, niteliği, işlevi, anayasa yargısı içerisindeki konumu ve karşılaştırmalı hukuktan örnekler üzerinde durulmuştur. Çalışmanın ikinci bölümünde, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında korunan temel hak ve özgürlükler, üçüncü ve son bölümünde ise; bireysel başvuru yolunda mağdur sıfatı ve AYM ve AİHM kararları incelenerek bu Mahkemelere yapılan başvurular hakkında verilen örnek kararlar ele alınmıştır.	
Anahtar Kelimeler: Anayasa, Bireysel, Başvuru, Mağdur, Sıfatı	

Yalova University Institute of Social Sciences Master Thesis Summary

Thesis Title: Individual Application to the Constitutional Court Investigation of the Magistrate	
Thesis Author: Kadir Gökmen YILDIRIM Advisor: Assoc. Prof. Dr. Peri URAN MURPHY	
Date of Acceptance: 25/10/2019 Total Number of Pages: viii (pre text) + 133 (main body)	
Department: Public Law	Field of Study: Public Law
Constitutional complaint is new and top seeking remedy way which is brought in to our law by Code 5982 and Code 6216. Everybody can apply to Constitutional Court with claim of violation protected by our Constitution and European Convention on Human Rights and its additional protocols. Turkey have also accepted this type of case, which is defined as individual appeal right by the amendments made in Law Number 5982 and Article 148 of the constitution. Law number 6216 Law Regarding the Establishment of the Constitutional Court and its Rules of Procedure took effect on 03.04.2011 by Official Gazette Number 27894 also, however, with Article 76/1. a of the same law, it was stipulated that Articles 45 to 51 establishing individual appeal right take effect on 23.09.2012. Violations of fundamental rights shall be eliminated with the help of individual application mechanism; consequently the number of applications to ECHR against Turkey shall be decreased, therefore human rights standard of our people will be increased and their fundamental rights and freedoms will be protected in a more efficient way by solving lots of conflicts internally, without needing to take them to ECHR. Our first aim to generate this thesis is that we wanted to Individual application to the Constitutional Court examination of the title of victim and the definition of. This thesis consists of three main sections. In the first part of the study has been focused on the conceptual framework, historical process, basic features, nature, function, location within the constitutional jurisdiction of individual application to the Constitutional Court and examples of comparative law. In the second section, the fundamental rights and freedoms protected by the individual application to the Constitutional Court on applications has been examine; in the third and last section; examination of the status of the victim in the way of individual application and The decisions of the Constitutional Court and the Court are examined and the sample decisions made about the applications to these courts are discussed.	
Keywords: Constitution, Individual, Application, Aggrieved, Adjective	

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, kamu gücü işlem, eylem ve ihmalleri karşısında temel hak ve hürriyetleri ihlal edilen kişilerin korunması amacıyla, 5982 sayılı Anayasa değişikliği ile öngörülmüş olup 6216 sayılı Yasa ile düzenlenmiş ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile de somutlaştırılmaya çalışılmış, ulusal hak arama yollarından bir tanesidir. Bireysel başvuru yoluyla, hem kişi hak ve özgürlük ihlallerinin önüne geçilecek hem de ülkemiz aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önünde mahkûmiyet sayıları azaltılacaktır. Elbette ki bu durum, söz konusu hak arama yolunun etkili bir şekilde sağlanmasıyla yakından ilişkilidir.

Temel hak ve özgürlükler, dünyanın günümüz işleyişinde, devlet, kültürel ve coğrafi sınırlar öngörmeksizin genel olarak kabul edilmiş vazgeçilmeyen bir değerler bütünü olarak benimsenmektedir. Hem ulusal hem de uluslararası düzeyde son yılların çok daha fazla araştırılan ve tartışılan konusu haline gelmiştir.

Bu temelde hakların korunması ve geliştirilmesi de önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumunun ve hakkının benimsenmesinin temel amacı; temel hak ve hürriyetleri anayasa yargısının güvencesine almak suretiyle hukuk devleti ilkesini daha iyi bir biçimde yaşama geçirmek ve bu ilkeye işlerlik kazandırmaktır.

Bireysel başvuru kurumu ile kişilere, yani temel hak ve hürriyetlerin öznelere, Anayasa'ya aykırı olan temel hak ve hürriyet ihlallerini bizzat olarak önleme ve engelleme imkânı etkin olarak tanınmaktadır. Bu kurum, Anayasa'yla koruma altına alınan temel hak ve hürriyetleri etkilileştirdiği, olumsuz manada meydana gelen müdahaleleri engelleyerek bunlara işlerlik kazandırdığı için çok önemlidir. Çünkü temel hak ve hürriyetler, Anayasa hukukunun kanun bazlı düzenlemesinde geçerli olarak bulundukları zaman değil, ancak etkin olacak bir biçimde gerçekleştirildikleri ve korundukları takdirde Anayasal sistemde esas teşkil eden bir fonksiyona sahip olurlar.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu, yukarıda da ifade edildiği üzere, dünyadaki yaygınlığına rağmen ülkemizde, yapılan son anayasa değişikliklerine kadar kabul edilmemişti. Türkiye'de az sayıdaki bilimsel çalışmalarda, bireysel başvuru yolunun kabul edilmesine yönelik öneriler ileri sürülmekteydi. Bir taraftan da buna yönelik olarak yasa önerisi görüşmelerinde bireysel başvuru müessesesinin ülkemizde kurulmasının gerekliliği ayrıca dile getirilmekteydi. Bu tartışma, öneri ve çalışmaların neticesinde bireysel başvuru yolu nihayetinde, 07/05/2010 tarihinde Meclis'te kabul edilip, 13/05/2010 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan ve 12 Eylül 2010 tarihli halkoylamasından sonra yürürlüğe giren 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun ile Türk hukuk sisteminde kabul edilmiş oldu.

Genel anlamıyla mağdur, hak kaybına maruz kalmış, haksızlığa uğramış olan kimseyi tanımlamak için kullanılan bir ifadedir. Hukuk sisteminin değişik alanlarında farklı düzenlemelere ve tanımlamalara konu olsa da, mağdura ait bu ana özellik değişmemektedir.

Anayasa'nın 148. ve 6216 sayılı Yasa'nın anılan maddeleri nazara alındığında, bireysel başvuru yoluna başvuracakların, başvurularına konu ettikleri kamu gücünden

kaynaklanan işlem, eylem ya da ihmaller sebebiyle ya şahsi olarak doğrudan etkilenmiş olmaları, başvuru yapan ile ihlale sebep olduğu ileri sürülen kamusal eylem, işlem veya ihmal arasında doğrudan şahsi ve özel bir bağ bulunması gerekmektedir.

Anayasa'nın 148. maddesinden hareketle, Anayasa'da öngörülen haklardan birisi, kamu gücü tarafından ihlal edilen "herkes" bireysel başvuru hakkının süjesi yani öznesi olabilir. "Herkes" kelimesi bütün kişiler anlamına gelir. Diğer bir ifadeyle, herkesin bireysel başvuru yoluna başvurabileceği belirtilmekle, burada belirtilen "herkes" kelimesinin temel hak ve özgürlük sahibi olabilme yeterliliğine sahip gerçek ve tüzel kişileri kapsamına aldığı kabul edilmektedir. Belirtildiği kapsamda yalnızca vatandaş olanlar değil, vatandaşlara özgü haklar hariç olmak üzere diğer hak ve hürriyetler bakımından, yabancı ve vatansız olanlar da taraf ehliyetine sahip olacaktır. Ancak Anayasa'nın yabancı ve vatansızların hak ve hürriyetlerine bir kısım sınırlamalar getirmesi halinde, bu kişilerin taraf olma ve bireysel başvuru ehliyeti de doğal olarak belirtilen kapsamda değerlendirilecektir.

Bu bağlamda tez çalışmamızın konusunu, bireysel başvurunun kabul edilebilirliği açısından da büyük önem arz eden bir konu olarak "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Mağdur Sıfatının İncelenmesi" oluşturmaktadır.

Çalışmanın temel amacını, temel hak ve özgürlüklere, etkili bir hukuki koruma sağlaması beklenen Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda, başvurucunun yani mağdurun tüm özellikleriyle belirlenmesi olup, mağdur sıfatı tüm yönleriyle ortaya konulduktan sonra, hangi temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin bireyin mağduriyetine sebep olacağının mahkeme kararları da değerlendirilerek ortaya konulması ve tartışılması oluşturmaktadır.

Anayasa ve 6216 sayılı Yasa'da, bireysel başvuru hakkının kapsamını, Anayasa ve AİHS ile buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki temel hak ve özgürlükler oluşturmaktadır. Bu nedenle tez çalışmasının kapsamı, Türk hukukuyla sınırlı tutulmuş, Ancak, Sözleşme'yi yorumlayan organ olan AİHM içtihatlarının Anayasa Mahkemesi'ne ışık tutacağı düşüncesinden yola çıkılarak ve AİHM kararlarında mağdur kavramı değerlendirilerek, yeri geldikçe AİHM'in konuyla ilgili uygulamaları ve ilkeleri de incelenmeye çalışılmıştır. Bu hususta çalışmanın son bölümünde AİHM'in kişi bakımından kabul edilmezlik örnek kararlarına yer verilmiştir.

Bu amaç doğrultusunda, çalışma üç ana bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde; Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun kavramsal çerçevesi, tarihsel süreci, amacı, temel özellikleri, niteliği, işlevi, karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalardan örnekler ve kurumun Türk hukukunda kabul edilmesinin teorik ve pozitif temelleri incelenmiştir.

İkinci bölümde; Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında korunan temel hak ve özgürlükler ele alınmıştır. Bu bağlamda, 6216 sayılı Kanun'un 45/1. maddesi hükmü doğrultusunda önce, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin çerçevesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi içtihatları doğrultusunda belirlenmiş daha sonra da bu hak ve özgürlüklere, 1982 Anayasası'nda karşılık gelen temel hak ve özgürlükler tespit edilmeye çalışılmıştır.

Üçüncü ve son bölümde ise; mağdur kavramı genel özellikleriyle anlatılarak, mağdurun statüsü ve özellikleri incelenerek mağdur olma ve mağduriyetin sona ermesi konuları ile AYM ve AİHM kararlarında mağdur kavramı genel hatlarıyla değerlendirilerek, Anayasa Mahkemesi ve AİHM'in konuyla ilgili uygulamaları ve ilkeleri de incelenmeye çalışılmış, bu hususta kişi bakımından kabul edilmezlik yönündeki örnek kararlara yer verilmiştir.



BÖLÜM 1: BİREYSEL BAŞVURU KAVRAMI, TANIMI, TARİHİ, AMACI, ÖZELLİKLERİ VE İŞLEVİ

1.1. Genel Olarak

Temel hak ve hürriyetlerin korunması için uzun yıllar verilen mücadeleler neticesinde, artık günümüze gelindiğinde bu temel hak ve hürriyetlerin muhafazası, olağan yani ilk ve üst derece yargı yerlerinde olduğu gibi aynı zamanda Anayasa yargısı mekanizması tarafından da sağlanmaya başlanmıştır. Olağan yargı yerleri yani mahkemeler kanuna uygunluk yani kanunîlik denetimi yapmakta iken, anayasa mahkemeleri ise, anayasallık denetimi bağlamında bir işlev ve görevi yerine getirmektedirler. Temel hak ve hürriyetler odağında yapılan anayasaya uygunluk denetiminin bir neticesi olarak, anayasa mahkemelerinin işlevlerinde zaman geçtikçe meydana gelen bir değişim ile bireysel başvuru kurumu, bu mahkemelerin görev ve faaliyet alanına dahil olmuştur (Özbey, 2013: 71).

Anayasa mahkemesi modeline mevzuatlarında yer veren ülkelerin büyük çoğunluğu bireysel başvuru kurumunu da kabul etmiştir. Bireysel başvuru kurumunu başta Almanya ve İspanya olmak üzere Güney Kore, Meksika, Arjantin, Kolombiya, Avusturya, İsviçre, Brezilya ile Rusya, Slovakia, Çek Cumhuriyeti, Makedonya, Slovenya, Macaristan ve Hırvatistan gibi ülkeler farklı usul yöntemleriyle de olsa kabul etmişlerdir. Temel hak ve hürriyetlerinin yerleşmesinde ve gelişmesinde etkili bir yöntem olarak kabul edilen bireysel başvuru kurumunun kabul edilmediği ülkeler ise genel olarak anayasa mahkemesi modelini kabul etmeyen, mevzuatlarında bu kuruma yer vermeyen ülkelerdir. Anayasa mahkemesine bireysel başvuru kurumunu kabul etmeyen bazı demokratik ülkeleri şu şekilde sıralayabiliriz; ABD, Fransa, Danimarka, İrlanda, Estonya, Hollanda, İngiltere, İsviçre ve Norveç'tir (Kaya, 2018: 99).

Bazı ülkelerde bu bireysel başvurular, herhangi bir uyuşmazlığın meydana gelmesi veya bir kanunun uygulanıyor olması şartlarına da tabi kılınmamışlardır. Böylelikle bireysel başvuru kurumu, anayasa yargı sisteminin bilinen klasik görevleri arasında bulunan soyut ve somut norm denetiminden kimi farklarla meydana gelen ve bireye özgürlük, hak ve yetkiler tanıyan bir sistemle anayasa yargısına dahil olmuştur.

Bireysel başvuru, ancak anayasa ve bu düzeydeki uluslararası metinlerde yer alan bir temel hak veya hürriyetin ihlal edildiği iddiasıyla yapılabileceğinden, bu yargılamanın da anayasaya uygunluk denetimi yapan anayasa mahkemeleri tarafından yerine getirilmesi, devletlerin uygulamasında genel olarak kabul görmüştür (Özbey, 2013: 71).

Bireysel başvuru sisteminin her ülkede uygulaması farklı olmakla birlikte, bu müessese ile amaçlanan, devleti oluşturan kişilerin doğrudan doğruya etkilendikleri ve temel hak ve özgürlüklerini ihlal ettiğini iddia ettikleri tüm kamu gücü işlem, eylem ve ihmallerine karşı Anayasa Mahkemesi'nden bizzat başvurarak hukuki koruma isteminde bulunmalarına imkân sağlamaktır. Başka bir ifadeyle anayasal yargı denetimi mekanizması içerisinde bulunan bireysel başvuru kurumu denetimi yoluyla, kişinin anayasa ve düzeyindeki uluslararası metinlerce koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerinin, anayasa ve yasalarda belirtilen yöntemlerle korunup korunmadığı

belirlenmeye çalışılmaktadır. Aslına bakılacak olursa bir yönüyle bu husus, anayasa yargısının en temel ve önemli işlevi meydana getirmektedir (Özbey, 2013: 72).

Anayasa mahkemesine bireysel başvuru kurumunun ve hakkının benimsenmesinin temel amacı; temel hak ve hürriyetleri anayasa yargısının güvencesine almak suretiyle hukuk devleti ilkesini daha iyi bir biçimde yaşama geçirmek ve bu ilkeye işlerlik kazandırmaktır (Kırtepe, 2012: 8). Bu hususu sağlamanın en iyi yolu ise kamu gücünün ihlallerine karşı, temel hak ve hürriyetleri güvenceye almak suretiyle, bireyin haklarını muhafaza etmektir. Zira bireyin temel hak ve hürriyetleri yalnızca bireyler tarafından değil onları aynı zamanda ihdas eden ve uygulayan devlet organları tarafından da ihlal edilmektedir. Daha genel bir ifade ile aslında temel hak ve hürriyetler çoğunlukla egemen olan devlet ve yetkilerini kullanan devlet organları yani kamu gücü tarafından ihlal edilmektedir (Kaya, 2018: 100).

Bireysel başvuru kurumu ile kişilere, yani temel hakların öznelere, Anayasa'ya aykırı olan temel hak ve hürriyet ihlallerini bizzat önleme imkânı etkin olarak tanınmaktadır. Bu kurum, Anayasa'yla koruma altına alınan temel hak ve hürriyetleri etkilileştirdiği, olumsuz manada meydana gelen müdahaleleri engelleyerek bunlara işlerlik kazandırdığı için büyük öneme sahiptir. Çünkü bireyin hak ve hürriyetleri, anayasal düzenin yasal düzleminde geçerli olarak bulunduklarında değil, ancak işlevsel ve etkin bir şekilde gerçekleştirildikleri ve korundukları zaman anayasal sistemde esaslı bir fonksiyona sahip olurlar.

Böylece, toplumun düzenini sağlayan yargılama faaliyeti, bir başka boyutu ile de kamu vicdanını yatıştırarak ve sakinleştirerek toplum barışının sağlanmasına önemli katkı sunacaktır. Artık gelişen teknolojik imkanlar sayesinde temel hak ihlallerinin dünya kamu vicdanının gözetimi ve denetimi altında bulunduğu da bilinen bir gerçektir.

Bireysel başvuru kurumunun içeriği anayasada ve sözleşmelerde yer alan herhangi bir temel hak veya hürriyetin ihlale uğradığı iddiasına ilişkin olacağından, bu konuya ilişkin bir iddianın incelendiği yargı makamı da; anayasalara uygunluk denetimi yapan bir makam ve kurum olan anayasa mahkemeleri olacaktır. Diğer bir ifadeyle etkin olarak sağlanan bireysel başvuru kurumuyla, kişinin anayasa ve sözleşmeler tarafından güvence altına alınan ve koruma sağlanan temel hak ve hürriyetlerinin, yasa, anayasa ve sözleşmelere aykırı olarak kamu gücü tarafından herhangi bir yol ve yöntemle ihlale uğrayıp uğramadığı ve bahis konusu temel hak ve özgürlükleri muhafaza etmekle görevli makam, mercii ve kuruluşların kendilerine özümlenen bu yükümlülüğü usullere uygun olarak icra edip, yerine getirip getirmediği tespit edilmeye çalışılmaktadır. Esasında belirtilen durumun anayasal yargının en önemli görevi kapsamında olduğu düşünülecektir.

Bireysel başvuru kurumu, anayasa ve düzeyindeki sözleşmelerle güvencesi sağlanan temel hak ve hürriyetleri kuvvetlendirdiği ve işlevsel koruma sağlayarak, bunlara etkinlik kazandırdığı için büyük önem taşımaktadır. Bireyin temel hak ve özgürlükleri işlevsel kılınmadıklarında etkisiz ve hukuksal bakımdan da önemsiz ve değersiz olacaklardır. Belirttiğimiz sebeple tüm dünya düzeninde, yargılama faaliyeti ve yargıçların görevi, hak

ve özgürlük ihlaline uğramış kişilerin hakkını sahibine teslim etmek ve işlerliğini artırmak olmalıdır.

Devlet kurumları tarafından meydana getirilen temel hak ihlallerinin giderilmesi ve önlenmesini amaçlayan bireysel başvuru yöntemiyle hukuk devleti ilkesinin güçlendiği de kuşkusuzdur (İba, 2008: 198). Temel hak ve özgürlüklere işlerlik kazandıran bireysel başvuru kurumu, temel hakkın öznesi olan kişilere, kamu makamlarının işlem, eylem ve ihmallerine karşı kendilerini savunma, bu işlem ve eylemlerin temel hak ve hürriyetler bakımından uygun olup olmadığının denetimini sağlama ve bireylere anayasa mahkemeleri önünde haklarını arama, kendilerini ifade etme imkânı sağlayarak temel hak ve hürriyetlere gerçek manada anayasal bir güvence tanımıştır (Turhan, 2006: 62).

Anayasa Mahkemesi'ne başvuru kurumu, yukarıda da ifade edildiği üzere, dünyadaki yaygınlığına rağmen ülkemizde, yapılan son anayasa değişikliklerine kadar kabul edilmemişti. Türkiye'de az sayıdaki bilimsel çalışmalarda, bireysel başvuru yolunun kabul edilmesine yönelik öneriler ileri sürülmekteydi. Bir taraftan da buna yönelik olarak anayasa ve kanun önerisi görüşmelerinde bireysel başvuru kurumunun ülkemizde kurulmasının gerekliliği ayrıca dile getirilmekteydi. Bu tartışma, öneri ve çalışmaların neticesinde bireysel başvuru yolu nihayetinde, 07/05/2010 tarihinde yasama organınca kabul edilip, 13/05/2010 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan ve 12 Eylül 2010 tarihli halkoylamasından sonra yürürlüğe giren 5982 sayılı Yasa ile Türk hukuk sisteminde kabul edilmiş oldu (Kaya, 2018: 101).

Üzerine aldığı görev bakımından önemi epeyce fazla olan ve hukuk sistemimize de yakın süreçte dahil olan bu bireysel başvuru kurumunun daha iyi anlaşılıp ve kavranabilmesi açısından, ilerleyen başlıklarda tanım, kavram ve niteliklerine dair detaylı açıklamalar getirilmiştir (Özbey, 2013: 69).

1.2. Bireysel Başvuru Kavramı

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu, bütün ülkelerde aynı amacı güderek uygulansa da, çeşitli ülkelerde uygulamaların kapsam açısından farklılıklar taşıdığı görülmektedir. Diğer taraftan kurumu ifade etmek için kullanılan terimlerde de farklılıklar görülmektedir. Mukayeseli hukukta bireysel başvuru kurumunun daha çok "anayasa şikâyeti" ya da "bireysel başvuru" terimleri ile anlatıldığı ve ifade edildiği görülmektedir (Hamdemir, 2018: 23).

Uygulamada ve literatürde "gerçek anayasa şikâyeti" ve "gerçek olmayan anayasa şikâyeti" terimlerine de rastlanmaktadır. Bu terimlerin hangi kavramları anlatmak için kullanıldıklarının da açıklanması gerekmektedir. Gerçek anayasa şikâyeti ile anlatılmak istenen, temel bir hak ve özgürlüğü, bir kamu gücü iş ve işleminden dolayı ihlal edilen kişilerin doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaları halidir. Yapılan mevzuat değişiklikleri ile Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne yapılması kabul edilen bireysel başvuru gerçek anlamda anayasa şikâyetidir (Sağlam, 2012: 421). Buna karşın, gerçek olmayan anayasa şikâyeti, anayasaya aykırı bir norm ile temel hak ve özgürlüğü ihlale uğrayan kişinin, bütün kanuni başvuru yollarını tükettikten sonra anılan normun iptali için Anayasa Mahkemesi'ne yapacağı başvurudur. Gerçek olmayan anayasa şikâyetinin,

gerçek anayasa şikâyetinden farkı, Mahkeme'ye bireysel başvuru faaliyetinin temel hak ve özgürlüğün ihlaline yol açan yargı kararına veya idari işleme karşı değil; bu karar veya işleme dayanak teşkil eden normatif düzenlemeye karşı yapılmasıdır. Bu yönüyle gerçek olmayan anayasa şikâyeti kurumu, somut norm denetiminin birey tarafından harekete geçirilen bir türü olarak da değerlendirilebilir (Sağlam, 2012: 422). Bu çalışmanın konusu ise kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin kamu gücü iş ve işleminden dolayı ihlaline karşı doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne başvurularını içeren gerçek anayasa şikâyetidir.

Bireysel başvuru kurumunu belirtmek için genel olarak "anayasa şikayeti" veya "bireysel başvuru yolu" terimlerinin kullanıldığını daha önce belirtmiştik. Kavram ulusal mevzuatımızda "bireysel başvuru" olarak kullanıldığı için çalışmamızda da bireysel başvuru terimi esas alınmıştır. Ancak terminolojik kökenine baktığımızda müessesenin Alman Hukuku'nda doğmuş olması sebebiyle "Die Verfassungsbeschwerde" olarak ifade edildiği bilinmektedir (Şirin, 2013: 5). "Die Verfassungsbeschwerde" teriminin Türkçe'deki karşılığı ise "anayasa şikayeti"dir. Almanya uygulamasına baktığımızda ise "bireysel anayasa şikayeti" ile "komünal anayasa şikayeti" olmak üzere anayasa şikayetinin iki farklı çeşidi olduğunu görmekteyiz. Bu sebeple bireysel anayasa şikayeti, maksadı daha iyi karşılamaktadır (Kılınç, 2008: 22).

Ancak terminolojik kökeni belirtildiği gibi olmasına karşın 2010 yılında 5982 sayılı Yasa teklifi metninde kurum, bireysel başvuru olarak önerilmiştir. Kanun metni ile kurum bireysel başvuru olarak yasalaştırıldıktan sonra haliyle diğer pozitif düzenlemelerde de terim tartışılmamış ve Anayasa metnindeki haliyle "bireysel başvuru" adıyla bu kurum kabul görmüştür. Ancak normatif düzenlemeye rağmen doktrinde halen daha terimle ilgili görüş birliği mevcut değildir (Özbey, 2013: 65).

Anayasa değişikliğinden önce ülkemizde bireysel başvuru konusunda, doktrinde birtakım akademik çalışmalar yapılmıştır. Terime yönelik çalışmalarda şikâyet kelimesinin genelde olumsuz etkisi düşünülerek, başvuru teriminin daha tarafsız bir yaklaşım olduğu ifade edilmiştir (Kılınç, 2008: 22-23). Belirttiğimiz üzere kurumun ilk olarak uygulandığı yer olan Almanya'da sistem biraz farklıdır. Almanya'da "bireysel anayasa şikâyeti" ile "komünal anayasa şikâyeti" olarak iki türlü anayasa şikâyeti sistemi bulunmaktadır (Kılınç, 2008: 22). Bunun sebebi, Almanya'nın federal yapısı sebebiyle yerel yönetimlerin, özerk yönetim hakkını ihlal eden yasalarla alakalı olarak anayasa şikâyeti yapabilmeleridir (Göztepe, 1998: 99-103).

Türk pozitif hukukundaki bireysel başvuru sadece yargı kararlarına karşı yapılan başvuruları kapsamaktadır. Türk pozitif hukukuna "7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı Yasa" ile giren kurum, pozitif hukukta yapılan düzenlemelerde "bireysel başvuru" terimi ile ifade edilmektedir. Gerek 1982 Anayasası'ndaki düzenleme (m. 148/f.4-5) gerekse "30.03.2011 tarih ve 6216 sayılı Yasa'daki¹" düzenleme bu yöndedir.

07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikler kapsamında, kişilere Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı getirilmiş; 30.03.2011 tarih ve 6216 sayılı

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

Yasa'nın 45 ve 51. "12.07.2012 tarih ve 28351 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Anayasa Mahkemesi İÇTüzüğü'nün" 59 ve 84. maddeleri arasında bireysel başvuru hakkının kullanılmasına ilişkin çeşitli hükümlere yer verilmiştir.

Bireysel başvuru kurumuna ilişkin düzenlemelerin yer aldığı Anayasa'nın 148/ 1, 3, 4 ve 5 madde hükümleri "bireysel başvuru" deyimini tercih etmiş ve kullanmıştır. Nitekim uygulama esas ve usullerini düzenleyen 6216 Sayılı Yasa da bu ifadeyi kullanmıştır. "Anayasa şikâyeti" kavramı ile "bireysel başvuru" kavramı ise birçok kaynakta aynı anlamda, eş anlamlı ifadeler olarak kullanılmıştır (Erdinç, 2015: 102-103).

1982 Anayasası'nda kullanılan bireysel başvuru teriminin, anayasa şikâyeti kavramı ile özdeş ve aynı anlamda olmadığını söyleyebiliriz. Zira bireysel başvuru terimi, kavram olarak anayasa şikâyeti kavramından daha geniştir. Örneğin "actio popularis" (popüler dava), bir bireysel başvurudur ancak bir anayasa şikâyeti değildir. Çünkü bireylere sadece uygulanan normun iptalini isteme hakkı verir. Dolayısıyla her bireysel başvuru, anayasa şikâyeti kavramına dâhil olmamaktadır. Ancak her anayasa şikâyetinin, bireysel başvuru kavramına dâhil olduğunu niteliği itibarıyla söyleyebiliriz (Sağlam, 2012: 420). Diğer bir deyişle bireysel başvuru kavramı, anayasa şikâyetini de içine alan kapsayıcı ve daha kapsamlı bir kavramdır (Hamdemir, 2018: 23).

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu, adından da anlaşılacağı üzere anayasal bir yargı kurumudur. Bireysel başvuru yolu, niteliği itibarıyla temel hak ve hürriyetlerin ülkesel bazda korunma sağlanması amacı ile başvuru yapılabilecek istisnai olan, ikincil ve son nitelikte olan bir hukuki imkândır (Kılınç, 2008: 22-23). Bireysel başvuru yolu ile, anayasaya aykırı olduğu iddia edilen bir eylem, işlem veya mahkeme kararı hakkında önceki yani ilk derece ve yüksek mahkemelerdeki yargılamanın devamı niteliğinde olmayan, konusu ve tarafları da daha önceki yargılamadakinden farklı olan bir yargılama faaliyeti Anayasa Mahkemesi'nde yerine getirilir. Bireysel başvuru kurumu, daha önce de belirtildiği üzere sadece ve özel olarak Anayasal hak ve özgürlük ihlâlinin denetlenip incelenebileceği istisnaî ve ikincil niteliğe haiz bir hukuk ve başvuru imkânıdır (Özbey, 2013: 65).

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun denetim yargılaması olan istinaf veya temyiz yolu olarak da görülmemesi gerekmektedir. Çünkü söz konusu hak, yasa yolunda ortaya çıkan hukuka aykırılıkların tamamını gidermeyi amaçlamamaktadır. Bu hakkın ve başvurunun kapsamını yalnızca anayasalarda yer alan temel hak ve hürriyet ihlalleri oluşturmaktadır (Ekinci ve Sağlam, 2012: 9).

Bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin anayasalarda bulunması ve bu haklarla ilgili yasa hükümlerinin anayasaya uygun olup olmadığının anayasa yargısı yoluyla denetlenmesi kişi hakları açısından son derece önemli olmakla birlikte, temel hak ve hürriyetlerin yargı faaliyetleri ile yargı imkânı bulunmayan veya hukukî yolların etkili olarak uygulanmadığı haller karşısında da korunmaları gerekmektedir (Aliefendioğlu, 1996: 276). Temel hak ve özgürlük ihlal iddialarının Anayasa Mahkemesi'ne götürülmeden bireysel başvuru kurumu dışındaki mekanizmalar aracılığıyla incelenmesi ve bu yollarla giderilmesi büyük önem arz etmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru

ile kıyaslandığında, olağan yargı ve ilk derece yargısı, bireysel hak ihlallerinin engellenmesinde daha elverişli ve etkin konuma sahiptir (Ekinci, 2013: 148-149).

Temel hak ve özgürlükler bütün devlet organları için doğrudan bağlayıcı kavram ve kurallardır. Devlet organlarından her biri, özellikle de yargı organları, hakların korunmasından birincil derecede sorumlu makamlar olarak kabul edilir (Sağlam M. , 2011: 15). Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği gibi hukuk devletinde hukuk güvenliğini sağlayan bir düzenin kurulması esastır (Turhan, 2006: 66). Devlet kurumları tarafından temel hak ve özgürlüklere uyulması hususunda güvence sağlamak ve tek elden yorumlanmalarını temin etmek için Anayasa Mahkemesi'ne başvuru kurumu oluşturulmuştur (Güngör, 2005: 12).

Bu sistemle temel hakkın taşıyıcısı olan birey, genelde hukuka aykırı olduğunu düşündüğü bir haksızlığın ve temel hak ihlalinin giderilmesini istemektedir. Ancak AİHM'e yapılan başvuru yoluyla, "bireysel başvuru" teriminin karıştırılmaması gerekmektedir. İki kurum yapısı, başvuru yol ve yöntemleri ile kapsamaları itibariyle birbirinden farklı yönleri sahip olmakla birlikte genel olarak aynı amaca hizmet etmektedir.

Ulusal mevzuatımızdaki halihazır düzenlemeye göre bireysel başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesi'nce yapılacak incelemenin konusu, temel hak ve özgürlük ihlaline sebep olan kuralın kendisi değildir. Anayasa Mahkemesi'nce yapılacak olan işlem, ilk olarak kamu gücü kullanılarak gerçekleştirilen işlem, eylem ya da ihmali sebebiyle meydana gelen ve yasada belirtilen, temel hak ve özgürlük ihlalinin tespiti ile gerektiği zaman mevcut olan ihlalin neticelerinin ortadan kaldırılması için gerekli kararı vermektir. Bu hususta da, bahsi geçen düzenlemenin mahiyetine bakıldığında şikâyet terimi yerine bireysel başvuru terimi kullanılmasının daha yerinde olduğu genel olarak düşünülmektedir.

1.3. Bireysel Başvurunun Tanımı

Bireysel başvuru kurumunun gerek yerli gerekse yabancı literatürde çeşitli şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Anayasa şikâyeti, bireylerin doğrudan etkilendikleri ve temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia ettikleri tüm kamusal güç kaynaklı işlem, eylem ve ihmallerine karşı Anayasa Mahkemesi'nden bizzat başvuruya hukuki koruma talep etmelerine imkân sağlayan bir kurumdur (Göztepe, 1998: 3).

Kurum, asıl doğup geliştiği yer olan Federal Almanya'da, "kamu gücünün bir temel hakkı ya da temel hak benzeri bir hakkı ihlal ettiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir başvuru" (Hamdemir, 2018: 23) olarak tanımlanmaktadır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında ise kurum; "Anayasa ile güvence altına alınmış bireysel hakların korunması ve hayata geçirilmesi için düzenlenmiş bir başvuru yolu" olarak tanımlanmaktadır (Hamdemir, 2018: 23).

Bireysel başvuru yolu ile bir yasa normu, doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak dava edilmesi halinde aslında, diğer Anayasa kurallarına uygunluk bakımından değil, sadece bu normla zedelendiği iddia olunan temel hak ve hürriyetler bakımından denetlenir (Gören, 2011: 290).

Bu hususlar değerlendirildiğinde, bireysel başvuru kurumunun, daha önceden tesis edilmiş bir mahkeme kararını düzeltmeyi amaçlamayan ancak tesis edilen bu kararlardan doğan, konusu ve tarafları ilk yargılamanın yapıldığı mahkemeden tamamen farklı, başvuru hakkında bir karar verecek olan AYM'nin ilk ve son derece mahkemesi olarak faaliyette bulunduğu kendine özgü, sui generis hukuki bir imkân veya dava olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir anlatımla bireysel başvuru; kamu gücü kaynaklı işlem, eylem ve ihmallere karşı temel hak ve hürriyetleri muhafazayı amaç edinen, anayasal yargı düzeni içinde bulunan, kendine has ve ikincil niteliği bulunan bir dava türüdür. Başvuru sırasında, kararda dava konusu yapılan mahkemedeki yargılamadan farklı olarak davalı, bizzat kararı veren mahkemenin kendisidir. Aynı şekilde, kararı şikayete dayanak olan mahkeme önündeki yargılamadan farklı olarak, bireysel başvuru yolunu konusu, temel hak ve hürriyetlerin ihlali iddiasından ibarettir (Özbey, 2013: 70).

Bireysel başvuru kurumu, temel hak ve hürriyetlerin himayesi için ülkelerin iç hukuklarında öngördükleri bir usul, sistem, çözüm yolu, mekanizma (Aydın, 2011: 4), hak arama yolu (Sağlam M., 2011: 2) ya da anayasa yargısı sistemi içerisindeki bir denetim aracı olarak ifade edilebilir. Bireysel başvuru usulünü kabul etmiş her ülke bu genel anlayış çerçevesinde çeşitli farklılıklarla bir başvuru yolu olarak bireysel başvuru hakkını anayasa yargısı sistemlerine dahil etmişlerdir.

Nitekim Türk hukukunda da, bireysel başvuru kurumu vasıtasıyla, konusunu insan hakları yani temel hak ve hürriyetlerin oluşturduğu yeni bir usul hukuku ve maddi hukuk ortaya çıkmaktadır (Doğru, 2012: 1). Aşağıda belirtildiği üzere bir kısım yazarlar bireysel başvuru kurumunu farklı ifadelerle tanımlamışlardır.

Kaboğlu, bireysel başvuru kurumunu "*temel hakların yargısallaşması veya özgürlük ve eşitliğin yargısallaşması olgusu olarak* (2008: 94)" nitelendirmektedir. Burada da bireysel başvuru kurumunun temel amacının temel hak ve hürriyetleri korumak olduğu belirtilmektedir.

Pekcanitez vd., bireysel başvuru yolunu "*medeni yargıdaki kararlara karşı başvurulacak kişisel başvuru olanağı, yardımcı bir kanun yolu olmayıp temel hakların ve temel hak benzeri hakların usûlî korunması için kendine özgü bir hukuki çare*" olarak tanımlamaktadır. Devamla "*bu imkân yargılamanın yenilenmesi gibi olağanüstü kanun yolu da değildir. Yasama ve yargı organlarının temel hakları ihlallerine karşı tanınmış olan özel bir düzenleme*" olarak ifade etmektedir (2011: 716).

Gören ise bireysel başvuruyu, "*Anayasa şikâyeti bireye, haklarının yargısal yoldan geçerli kılınması için tanınmış özel bir hukuksal koruma aracıdır*" şeklinde tanımlamıştır (1994: 101).

Göztepe'ye göre anayasa şikayeti, temel hak ve hürriyet ihlallerini gidermeye, ortadan kaldırmaya yönelik bir hukuki çaredir (1998: 20).

Sağlam'a göre bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti; "*kamu gücü tarafından temel hak ve hürriyetleri ihlal edilen kişilerin, diğer hak arama yollarının tüketilmesinin ardından iç hukukta başvurabilecekleri ikincil ve istisnai nitelikte hak arama yolu*"dur (2011: 1).

Ergül'e göre bireysel başvuru; *"bireylerin belli hak ve özgürlüklerinin, kamu makamları tarafından ihlali iddialarını, anayasa mahkemesine götürebilmelerine yarayan ve olağanüstü ve ikincil nitelikte, ülke içinde en son hak arama imkânı"*dır (2012: 5-6).

AYM'ye bireysel başvuru kurumu, temel hak ve hürriyetleri kullanılan kamu gücü tarafından ihlal edilen kişilerin başvurdukları bir kanun yolu ve yargılama faaliyeti olarak da tanımlanabilir. Yukarıdaki tanımlarda da görüleceği üzere, AYM'ye bireysel başvuru yolu ile ilgili çeşitli unsur ve hususlar bu tanımlamalara dahil edilmiş olup, bireysel başvuru yerine kimi yazarlarca "Anayasa şikâyeti" kavramının da kullanıldığı anlaşılmaktadır (Atasoy, 2012: 72).

Bu tanımlamalar ışığında ulusal mevzuattaki düzenlemenin nasıl olduğuna bakmakta fayda vardır. Buna göre, bireysel başvuruyu düzenleyen Anayasa madde 148/3'te; *"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."* 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinde; *"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."* denilmektedir.

Bu düzenlemelere ve yukarıdaki tanımlara baktığımızda her şeyden önce bireysel başvuru kurumu, ülkemiz hukuk sistemine yakın süreçte kazandırılan bir hak arama imkânıdır. Bu hak arama yolunda kişiler, Anayasa ile koruma altına alınan haklarının kamu gücü işlem ve eylemi tarafından ihlale uğratıldığını iddia ederek AYM'ye başvurmaktadır. AYM ise, incelemesi neticesinde kişinin hakkının ihlal edilip edilmediğini, edildiyse bu ihlalin nasıl telafi edileceğini belirlemektedir (Turhan, 2013: 248). Bireysel başvurunun hukuki niteliği çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntısıyla açıklanacağı için buradaki açıklamaları kısa tutuyoruz.

Eğer bir tanım yapmak gerekirse AYM'ye bireysel başvuru kurumu, Anayasa'da sayılan haklardan AİHS ve tarafı olduğumuz Sözleşmeye ek protokolleri kapsamındakilerin, bir kamu gücü işlem ve eylemi tarafından ihlal edildiği iddiası ile diğer iç hukuk yollarını tükettikten sonra başvurulabilen kendine özgü, ikincil ve istisnai nitelikte olan bir hak arama yoludur, şeklinde tanımlanabilecektir.

Belirtilen ölçütler çerçevesinde bireysel başvuru kurumunu değerlendirdiğimizde; öncelikle belirtmek gerekir ki bu kurum klasik manada bir yasa yolu değildir. Bir başka ifade ile ilk derece, istinaf ve temyiz yargı faaliyetleri sonucunda verilmiş kararlara karşı başvurulabilen bir yol değildir. Bu durumda bireysel başvuru yolunun belirleyici olan en önemli özellik ve farklarından birisi, detayları ilerleyen bölümlerde açıklanacağı üzere bir ilk ve üst derece mahkeme hükmünün bilinen manada bir hukuka uygunluk denetimini öngörmemesi² ve bir yargı faaliyeti düzeni içerisinde sıralı ve dereceli bir yasa yolu niteliği taşımasıdır. Zira bireysel başvuru yolu incelemesinin konusu ve usulü, kanun

²Bkz. 6126 sayılı Kanunun 49/1(6) fıkrasına göre *"...Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz"*.

yollarında göz önüne alınması gereken husus ve usullerin dışında bulunmakla; ayrıca bu kurum bir yargı sistemi içerisinde öngörülmüş sıralı ve dereceli bir hak arama imkânı değildir.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda bireysel başvuru kurumunu tanımlamak için kullanılacak en iyi ifadelerden birisi de kendine has bir yargı yolu niteliğinde olduğudur. Nitekim kendine özgü anayasal bir kanun yolu demek, belirtilen ifadeyi tamamlamak için daha yerinde olacaktır. Olağanüstü yasa yolu kavramını düşündüğümüzde bireysel başvuru kurumuna uygun bir kavram olmadığı anlaşılabilmektedir. Çünkü bu isimlendirme ve nitelendirme öncelikle bireysel başvuru kurumunun diğer ilk ve üst derece yargılama yerleri üzerinde bir konum ve yetkisi olduğu hatalı algısına yol açabilecek yanlış yorumlamaya mahal verebilecektir. Belirtilen husus ise hem bireysel başvuru kurumunun getiriliş gayesine, hem de nitelik, içerik ve daha işlevsel bir şekilde yerine getirilmesine dolaylı olarak da temel hak ve özgürlük ihlallerinin önlenmesine zarar verebilecektir.

Açıklanan durumda bireysel başvuru yolu, daha önce tesis edilmiş bir mahkeme kararının düzeltilmesini ve yeniden yargılama yapılmasını hedeflemeyen, ancak bu karardan doğan, tarafları ve konusu ilk yargılamayı yapan ve kararı veren yargı merciindeki yargılama faaliyetinden tümüyle farklı olan, Anayasa Mahkemesi'nce incelenip neticeye bağlanmasını amaçlayan kendine özgü yani *sui generis* hukuki bir kurumdur.

Her ne kadar bir yasa hükmü veya idarenin bir işlem ya da eylemi ile yargısal bir karara karşı direkt olarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna gidilmiş olsa da, Mahkeme'ce yapılacak olan inceleme dolaylı olarak da olsa uygunluk denetimi kapsamında olacaktır. Nitekim belirtilen yönüyle bu husus Anayasa yargısının en temel görevini de ihtiva etmektedir.

Bu tanımlarda şu hususlara dikkat çekmekte fayda vardır. Başvuru yoluna her temel hak ve hürriyetle ilgili başvurulamayıp bu yola Anayasa'da belirtilen öznelerce ve belirtilen hak ve hürriyetle sınırlı olarak başvuru yapılabilir. Hak ve hürriyet ihlalinin, kamu güçlerinin icrai edimi ile gerçekleşebileceği gibi, ihmali eylemiyle gerçekleşmesi de mümkündür (Şirin, 2013: 12).

5982 sayılı Yasa'nın kabul edildiği ve 1982 Anayasası'nın yargıyla ilgili düzenlemelerinde son derece mühim değişiklikler ihtiva eden 12 Eylül 2010 günü yapılan referandum ile, konumuzla olan ilgisi sebebiyle de, 1960'lı yıllardan bu tarihe kadar ülkemizde tartışma konusu olan AYM'ye bireysel başvuru hakkı yepyeni bir hak arama imkânı olarak hukuk düzenimize dahil olmuştur.

Böylece bireyler, Anayasa ve ilgili sözleşmelerde koruma altına alınan temel hak ve hürriyetlerinden AİHS ve taraf olunan eki protokoller kapsamında bulunan herhangi birisinin ihlale uğraması halinde AYM'ye ihlalin giderilmesi hususunda bireysel başvuruda bulunabileceklerdir. (Ekinci ve Sağlam, 2012).

Anayasa şikâyeti, bireysel başvuru veya amparo başvurusu yöntemleri terim olarak farklı olsalar bile hepsi birbirine yakın anlamları ifade etmektedir. Diğer bir anlatımla belirtilen bu yöntemler, temel hak ve hürriyetlere yönelik ihlalleri ortadan kaldırmak amacı ile öngörülen ve ikincil nitelik arz eden anayasal hukuki çarelerdir. Temel hak ve hürriyetleri

bir kamusal bir güç tarafından ihlale uğrayan kişilerin, bu ihlalleri ortadan kaldırmak amacı ile yaptıkları başvurulara temelde "anayasa şikâyeti/bireysel başvuru/amparo başvurusu" denilmektedir. Anayasa şikâyeti ile bireysel başvurunun genellikle aynı anlamı taşıdığını daha önce de ifade etmiştik. Ancak teorik olarak bireysel başvuru ile anayasa şikâyeti küçük anlam farklılıklarını taşımakla birlikte temel aynı anlamı ifade etmektedir. Literatürde anayasa şikâyetinde, "*gerçek anayasa şikâyeti*" ile "*gerçek olmayan anayasa şikâyeti*" şeklinde ikili olarak bir ayırım yapılmaktadır (Göztepe, 2011: 16).

Anayasalar tarafından teminat altına alınan bireylerin temel hak ve hürriyetlerine yönelik ihlalleri önlemek olarak ifade edilen bireysel başvuru, teknik anlamda anayasa şikâyetini ifade etmektedir. Bu bağlamda kişilere farklı nedenlerle tanınmış olan AYM'ye başvurma hakkı ise genel olarak bireysel başvuru olarak kabul edilse bile aslında teknik olarak anayasa şikâyetini ifade etmektedir (Göztepe, 2011: 17). Daha açık bir ifade ile bireysel başvuru, anayasalar tarafından teminat altında tutulan temel hak ve hürriyetlerin ihlallerini önlemek amacı ile yapılan başvuru olarak tanımlanmakta; anayasa şikâyeti ise AYM'ye yapılan başvuru hakkı olarak ifade edilmektedir.

Nitekim Anayasa'nın 148'inci maddesinin 3'üncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanunun 45/2 maddesinde; "*İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir*" denilmektedir. Bu nedenle bireysel başvuru yolu ikincil nitelikte ve olağanüstü bir yasa yoludur. İkincil niteliktedir; zira bu yola başvurmadan önce birincil nitelikte olan idari ve adli yargısal yolların tamamına başvurmak zorunludur. Bu yollara başvurmadan, doğrudan AYM'ye bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir.

Bireysel başvuru yolu olağanüstü bir kanun yoludur; zira bireylerin AYM'ye bireysel başvuruda bulunabilmeleri için, olağan kanun yollarını tüketmesi şarttır. İlk evvela adli veya idari anlamda yerel mahkemelerde davanın açılması, sonrasında bölge idare mahkemeleri ile bölge adliye mahkemelerine (istinaf) itirazların yapılması gerekir. Ayrıca nihai olarak olağan kanun yolları olan Danıştay ve Yargıtay temyiz süreçlerinde de bireyin temel hak ve hürriyetlerine yönelik ihlalinin giderilememesi neticesinde, bireyler AYM'ye bireysel başvuruda bulunabilirler. Bu nedenle bireysel başvuru kurumu ikincil nitelikte ve olağanüstü bir yasa yoludur.

Doktrinde bireysel başvuru kurumu, somut norm denetimi yani itiraz yolu ile soyut norm denetimi yani iptal davası gibi anayasa yargısı içinde bir dava türü olarak da gösterilmektedir. Zira yargısal veya anayasal denetimin üç yolla yapılmakta olduğu ifade edilmektedir. Bu yollar somut norm denetimi, soyut norm denetimi ve bireysel başvuru olarak sınıflandırılmaktadır (Aliefendioğlu, 1996: 57). Ancak biz bireysel başvurunun anayasaya uygunluk denetimi yollarından olmadığını düşünüyoruz. Zira bireysel başvuru yolu kurumunun ülkemizde kabul edildiği şekli ile, bir normun anayasaya uygunluğunun denetiminin yapılması mümkün değildir.

Bireysel başvuru ile temel hak ve hürriyetlerinden herhangi birinin ihlal edildiğini düşünen kişilerin, kamu gücü işlem, eylem ve ihmallerine karşı Anayasa Mahkemesi'ne

bizzat başvurmak sureti ile hukuki koruma istemeleri amaçlanmaktadır. Bu şekilde anayasaya aykırı olarak vuku bulan temel hak ve özgürlük ihlallerini engelleme imkanı bireylere tanınmaktadır. Bireysel başvuru kurumu, anayasalar tarafından güvenceye alınan temel hak ve hürriyetleri, etkili kılmak suretiyle hayata geçirdiği oranda önem kazanacaktır. Zira temel hak ve hürriyetler anayasalarda yer aldıklarında değil, ancak etkili biçimde gerçekleştirildikleri zaman asıl işlevini yerine getirmiş olurlar. Aksi takdirde temel hak ve hürriyetler hukuk dünyasında anlamsız ve işlevsiz olacaklardır (Göztepe, 1998: 12-17).

1.4. Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Hakkının Tarihsel Gelişimi

Bireysel başvuru yolu ile bireylere, yani temel hakların öznelere, Anayasa'ya aykırı temel hak ihlallerini bizzat engelleme hakkı tanındığını daha önce belirtmiştik. Bireysel başvuru kurumu, Anayasa ve sözleşmelerle korumaya alınan temel hak ve hürriyetleri etkilileştirdiği, bunlara bir işlev kazandırdığı ve bunları aktif hale getirdiği için de çok önemlidir. Zira temel hak ve özgürlükler, Anayasa hukuk düzeninin yasal düzleminde geçerli olarak yer aldıkları zaman değil, ancak etkin bir biçimde gerçekleştirildikleri ve himaye edildikleri takdirde hukuksal düzende esaslı ve manalı bir işlev görürler. Bireyin temel hak ve özgürlükleri, geçerli kılınmadıkları zaman işlevsiz ve hukuki bakımdan etkisiz ve değersiz olacaklardır (Özbey, 2013: 128).

Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin himaye edilmesi hususunda yüzyıllarca verilen uzun ve önemli mücadeleler neticesinde, günümüzde bu temel hak ve hürriyetler ilk ve üst derece olağan yargı mercileri dışında anayasa yargısı ve mercileri tarafından da korunmaya başlanmıştır. Bu bağlamda incelendiğinde olağan mahkemeler olan ilk ve üst derece mahkemeleri "*kanunilik*" yani hukukun somut olaya uygunluğu denetimi yapmakta iken, anayasa mahkemeleri ise, "*anayasallık*" düzeyinde anayasaya uygunluk hususunda bir denetim görevi icra etmektedirler (Pekcanitez vd., 2011: 769).

Bireysel başvuruları inceleme mercii olan anayasa mahkemelerinin işlevlerinde zaman ilerledikçe ortaya çıkan ve etkili olan bir değişim ile kişi temel hak ve hürriyetleri odaklı anayasaya uygunluk denetiminin bir neticesi olarak bireysel başvuru kurumu, anayasa mahkemelerinin görev ve faaliyet alanlarına girmiştir. Kamu kurum ve mercilerinin eylem, işlem ve ihmallerinden kaynaklanan temel hak ve hürriyet ihlallerinin giderilmesi maksadıyla günümüzde birçok devlet, bireylere anayasa mahkemelerine bireysel başvuru imkanı tanımışlardır. Avrupa modelini benimseyerek anayasa yargısına mevzuatında yer veren devletlerin çoğu, anayasa mahkemelerinin genel bilinen anlamda soyut ve somut norm denetimleri yanında bazı farklılıklarla ve belirlenen konularla sınırlı olmak üzere kişilere bireysel başvuru imkanı tanıyarak anayasa yargısını harekete geçirme imkânını tanımışlardır. Bu ülkelerden bazılarında anayasa mahkemelerine yapılan başvurular, bir uyuşmazlık ortaya çıkması veya bir yasa hükmünün uygulanıyor olması koşuluna bağlı kılınmamıştır. Belirtildiği üzere bireysel başvuru yolu, anayasa yargılamasının klasik görevleri olan soyut ve somut norm denetim faaliyetinden farklı olarak ortaya çıkmış ve kişiye temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesi halinde, mağduriyetini gidermesi hususunda yeni olanaklar tanıyan bir hak arama imkânı olarak anayasa yargı düzeninde yerini almıştır (Uzun, 2012: 5).

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu, asıl olarak Kıta Avrupa'sı ülkelerinde ve Latin Amerika ülkelerinde yaygın bir şekilde görülmektedir. Bu nedenle kurumun tarihsel süreci incelenirken de bu iki coğrafyadaki tarihsel sürecine ayrıca bakılacaktır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu, Kıta Avrupası'nda esas olarak Almanya'da doğmuş ve olgunlaşmış bir kurumdur. Bu nedenle kurumun Avrupa'daki tarihsel süreci incelenirken esas olarak Almanya'daki tarihsel sürecin büyük önem arz etmektedir (Hamdemir, 2018: 28).

Kıta Avrupası'nda Federal Almanya dışında da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruyu benimseyen başka ülkeler vardır. Bu ülkelerden Avusturya'da 1867 yılında çıkarılan bir kanunla İmparatorluk Mahkemesi kurulmuş ve bu Mahkemeye vatandaşların anayasayla güvence altına alınmış haklarını, idarenin keyfi işlemlerine karşı koruma yetkisi verilmiştir (Göztepe, 1998: 28).

İsviçre, anayasa şikâyeti kurumu ile gerçek anlamda (Göztepe, 1998: 30) 1874 İsviçre Federal Anayasası (m. 113) ile tanışmıştır. Bunun dışında diğer Avrupa devletlerinden Liechtenstein 1921 yılında, bu kurumla ile tanışırken, İspanya, 1917 Meksika Anayasası'ndan etkilenecek 1931 Anayasası'nda bu kuruma ulusal mevzuatında yer vermiştir. Ancak İspanya'da iç karışıklık yüzünden 1931 Anayasası'nın uygulanamamasından dolayı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, İspanya'daki adıyla amparo başvurusu ancak 1978 Anayasasıyla uygulanma fırsatı bulacaktır (Arnwine, 2011).

Kurum Avrupa'da bu sayılan ülkelerin yanı sıra özellikle Doğu Bloku'nun dağılmasından sonra Doğu Avrupa'nın genç demokrasilerinde de tercih edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, Avrupa'nın yanı sıra Latin Amerika, Uzak Doğu ve Afrika'nın bazı ülkelerinde de değişik uygulama biçimleriyle mevcuttur. Ancak kapsam ve usuldeki çeşitli farklılıklarına rağmen hepsinde ortak amaç temel hak ve hürriyetleri kamu gücünün ihlallerine karşı koruyup kollamaktır (Yazıcı, 2010: 9).

Bireysel başvuru kurumunun dünyadaki yaygınlığına rağmen ülkemizde bu kurum, son anayasa değişikliklerine kadar, kabul edilmemişti. Türkiye'de sınırlı sayıdaki bilimsel çalışmalarda, bireysel başvuru yolunun kabul edilmesine yönelik öneriler sunulmaktaydı. Buna yönelik olarak anayasa ve kanun önerisi tartışmalarında bireysel başvuru kurumunun Türkiye'de kurulmasının gerekliliği dile getirilmekteydi (Armağan, 1971: 54).

AYM'ye bireysel başvuru kurumu ile ilgili olarak Türk Anayasa tarihindeki gelişmelere baktığımızda; 1921 Anayasası'nda kuvvetler birliğine dayalı bir yapı öngörülmüştür. 1924 Anayasası olarak ifade edilen "Teşkilat-ı Esasiye Kanunu"nun 103. maddesinde de, her ne kadar hiçbir kanunun "Teşkilat-ı Esasiye Kanunu"na aykırı olamayacağı ve bu bağlamda Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ifade edilmişse de, Anayasa yargısına ilişkin bir sistem yapılanmasına gidilmemiştir. Nitekim, 1961 Anayasası öncesinde yasamanın anayasal denetiminden bahsetmek mümkün değildir. II. Dünya Savaşı sonrasında, Avrupa'da yasamanın denetlenmesi düşüncesi etkili olmaya başlamıştır. Türkiye'de de anayasal değerlerin korunması ve hukukun üstünlüğünün sağlanması açısından ilk kez 1961 Anayasası'nda kanunların anayasa uygunluğunun denetlenebileceği öngörülmüş ve anayasa yargısı kabul edilmiştir.

1924 Anayasası'nda bir yandan kanunların anayasaya aykırı olamayacağı belirtilirken, öte yandan da aykırılık denetimini yapacak bir sistemin öngörülmemiş olması çeşitli görüşlerin çatışmasına neden olmuştur. Bazı görüşlerce, bir sistem öngörülmemiş olsa dahi kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağı ifadesinin, Amerikan sisteminde olduğu gibi genel mahkemelerin anayasaya uygunluk denetimi yapabilmesine imkan verdiğini ve bu bağlamda, Amerikan modeli esas alınarak anayasaya uygunluk denetimi yapılabileceği ileri sürülmüştür. Diğer bazı görüşlerce ise, 1924 Anayasası'nın 52. maddesi esas alınarak; tüzüklerin, kanunlara aykırılığının ileri sürülmesi halinde çözüm yeri olarak TBMM'nin gösterilmesi suretiyle yasama organının yetkili kılınması bağlamında, tüzüklerin denetiminin dahi yargı alanına bırakılmamasının, kanunların anayasaya uygunluk denetiminde de inceleme yerinin yargı alanı olamayacağı ifade edilmiştir. Tüm bu tartışmalar, yargı içerisindeki uygulamaları da etkilemiştir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2016: 466-467).

Yargıtay, yargılaması devam eden bir davada, yasa hükmünün anayasaya aykırı olduğunu tespit eden yerel mahkemenin, ihmal suretiyle söz konusu kanun hükmünü bertaraf ederek anayasaya uygunluk denetimi yapmasını, Anayasa'nın 52. maddesi hükmüne dayanarak kabul etmemiştir. Dolayısıyla, Yargıtay da, kanunların anayasaya uygunluk denetiminin genel mahkemeler tarafından yapılamayacağı yönünde karar vermiştir. Nitekim, Amerikan sisteminde olduğu şekliyle içtihat yoluyla ve yerel mahkemeler tarafından anayasaya uygunluk denetimi yapılması mümkün olamamıştır (Teziç, 2018: 177). Türkiye'de anayasa yargısı sistemi 1961 Anayasası ile kabul edilmiş ve Kıta Avrupa'sının merkezileşmiş yapısına uygun olarak yargılamaları yapacak ayrı ve özel bir mahkeme olarak da 1962 tarihinde Anayasa Mahkemesi kurulmuştur.

1961 Anayasası, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığını belirtirken, bunu sağlamada yargısal fonksiyonu üstlenecek Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin hukuki statüsü, çalışma ve yargılama usullerini ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir. 1982 Anayasası da çeşitli değişikliklerle birlikte 1961 Anayasası'nda olduğu gibi Anayasa Mahkemesi'nin yapısına ilişkin hususları ayrıntılı biçimde düzenleme usulünü korumuştur. Nitekim, Anayasa'da belirtildiği üzere, Mahkeme'nin çalışma esasları ile üyeler arasındaki işbölümü, Mahkeme'nin kendisinin düzenleyeceği içtüzüğe, çalışma usulü ve işleyişi ise kanun düzenlemesine bırakılmıştır. Zira, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa tarafından ayrıntılı biçimde düzenlenmesi, içtüzük ve kanun tarafından yapılacak düzenlemelere sınırlı bir alan bırakmıştır. Bu durum, Mahkeme'nin yasama organı karşısında bağımsızlığının korunması düşüncesinden ileri gelmektedir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2016: 467).

Türkiye'de bireysel başvuru kurumu ile ilgili olarak 1961 Anayasası'nın görüşülmesi sırasında, her vatandaşa kendisiyle ilgili olmasa da Anayasa'ya aykırı gördüğü bir yasanın iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilme hakkı tanınması yolundaki bir görüş tartışılmış, ancak kabul edilmemişti. Aslında bu sırada yapılan tartışmaların konusu, Anayasa şikayeti kurumunun hukuk sistemine kazandırılması olmayıp, iptal davası açma hakkının temel hakların taşıyıcısı olan tüm vatandaşlara tanınması yani "popüler dava"

(actio popularis) yolunun kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin (Göztepe, 1998: 125; Gören, 2011: 291).

Konumuzu da yakından ilgilendiren diğer önemli bir değişiklik de Anayasa'nın 90. maddesinde yapılmıştır. 07.05.2004 tarihli 5170 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile söz konusu maddeye son fıkra olarak şu cümle eklenmiştir: "*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.*" Böylece uzunca bir dönemdir, özellikle hukukçular arasında, iç hukuk mevzuatı mı yoksa uluslararası sözleşme hükümleri mi üstündür tartışması da bu düzenleme ile son bulmuştur. Çünkü artık açıkça temel hak ve hürriyetlere yönelik uluslararası sözleşme hükümlerinin iç hukuk hükümlerinden üstün olduğu hususu Anayasal hüviyete kavuşmuştur. Buna göre 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. Ancak, büyük beklentilerle kabul edilen bu değişiklik ne yazık ki, uygulamada beklenen etkiyi gösterememiştir.

Bir başka önemli değişikli ise, Anayasa'da yapılan düzenleme ile Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasına dahil edilen "bireysel başvuru" kurumudur. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklen cümlelerin uygulamada beklenen etkiyi gösterememesi neticesinde, yapılan Anayasa değişikliği ile bireysel başvurunun devreye girmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Diğer bir ifadeyle, temel hak ve özgürlüklerin evrensel boyutuyla uygulanmasında bir yöntem olarak öngörülen Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişiklik, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuruları ve bunun üzerine verilen ihlal kararlarını minimum düzeye indirmede olumlu bir ilerleme sağlayamadığından, bireysel başvuru bir başka çare olarak düşünülmüştür (Özbey, 2013: 90).

Yargıda, öğretide ve sivil toplum kuruluşlarındaki olumlu eğilim doğrultusunda ülkemizde de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının kabul edilmesi yönünde adım atılmıştır. Buna göre 5982 (7/5/2010-5982/18 m.) sayılı Yasa'nın referandumda onaylanmasından sonra, Anayasamızın 148. maddesinde yapılan değişiklikle "bireysel başvuru" yolu da Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasında yerini almış oldu. Anayasa'nın 148. maddesine eklenen üç, dört ve beşinci fıkralarda bireysel başvuru kurumuna ilişkin usul, esaslar ve bireysel başvuru hakkının kapsamı genel hatlarıyla belirlenmiştir. Daha önce de ifade edildiği üzere, ülkemiz Anayasa yargısı sisteminde daha önceden böyle bir başvuru yolu bulunmamaktaydı.

5982 sayılı Kanunun bireysel başvuru hakkı ile ilgili maddesinin gerekçesinde, kurumun, uygar devletlerin çoğunda Anayasa yargısının ayrılmaz bir parçasını teşkil ettiği vurgulanarak, hukukumuzda bireylerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi ulusal üstü bir mahkemeye başvuru hakkının kabul edilmiş olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan başvuramadıkları ifade edilmekte, halbuki bu yöndeki bir başvurunun uluslararası alanda yapılacak başvuru sayısını azaltmakta etkili olabileceğine değinilmektedir. Gerekçe, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2004(6) sayılı tavsiye

kararıyla Anayasa şikayetinin gerekliliğine değindiğine; Venedik Komisyonu'nun ise bu mekanizmayı teşvik ettiğine de özellikle dikkat çekmektedir (Özbey, 2013: 91).

Bireysel başvuruya ilişkin Anayasa'daki bu yeni kurumun usul ve esaslarının düzenlenmesinin yanında, kapsamlı olan diğer değişikliklerin de kuruluş kanununda yer alabilmesi için, yeni bir kanun yapılması ihtiyacı hasıl olmuştur. Bu doğrultuda yasama organında yapılan görüşmeler ve çalışmalar neticesinde 30.03.2011 tarihinde 6216 sayılı Yasa ihdas edilmiştir. Yasa, 03.04.2011 tarihinde yürürlük kazanmıştır. Ancak Yasa'nın AYM'ye bireysel başvuru hakkını düzenleyen 45 ile 51. maddelerinin daha sonraki bir tarih olan 23.09.2012 tarihinde yürürlük kazanması düzenlenmiştir. Yasa'nın geçici 1/8. maddesine göre ise, AYM, yalnızca belirtilen tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine AYM'ye yapılacak bireysel başvuruları inceleyip karara bağlayabilecektir. Yasal düzenlemelerden görüleceği üzere AYM nezdinde geriye dönük bir bireysel başvuru yolu incelemesinin mümkün olamayacağı anlaşılmaktadır (Özbey, 2013: 91).

Başvuruya konu hak ve özgürlüklerin, uluslararası standartları ortaya koyan AİHS metnine göre belirlenmesi, uluslararası insan hakları hukuku ile bütünleşme iradesinin bir göstergesi olarak değerlendirilebilir. Ortaya çıkacak uyuşmazlığın söz konusu andlaşmaya öncelik verilerek çözümlenmesini öngören düzenleme ile, Anayasanın 90. maddesine paralel olarak iç hukukun tartışılmaz üstünlüğüne ikinci kez son verilmiştir (Özbey, 2013: 91).

Bireysel başvuru kurumu, belirtilen yasal ve anayasal düzenlemeler neticesinde bir takım eleştirilere konu olmuştur. 1982 Anayasası'na 2010 Anayasa değişikliğiyle girmiş olan bireysel başvuruya Anayasal hakların tümü değil de, sadece AİHS ve eki protokoller kapsamında tanınmış olanların dahil edilmiş olması, üyelerin niteliği ölçütünün ikinci plana atılması, daireler arasında iş bölümü konusunda Anayasal kurala yer verilmemesi, konuya insan hakları uzmanlığı bakış açısıyla yaklaşılması, etkili başvuru mekanizmasına ilişkin bir düzenlemenin yapılmaması da ayrıca eleştiri konusu olmuştur (Kaboğlu, 2008: 338).

Yine bireylerin doğrudan kanunlara karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunamaması durumu düzenlemeye ilişkin getirilen bir diğer eleştiridir. Dolayısıyla birey, dava yoluyla siyasal kararların alınmasında söz sahibi olamadığından, demokratik katılımın yargısal yoldan gerçekleşmesine bizzat hizmet edilmesinden mahrum edilmiş olmaktadır (Gören, 2011: 301).

Ülkemizde bireysel başvuru kurumunun kabul edilmesine çeşitli gerekçeler gösterilmektedir. Bu gerekçelerin en gerçekçisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne, Türkiye aleyhinde, yapılan başvuruları azaltmak amacı olduğu kanaatindeyiz. Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurular sıralamasında Türkiye, Rusya'dan sonra ikinci sırada yer almaktadır. Avrupa Birliği'ne üyelik aşamasında olan Türkiye, bu başvurular ile hem üyelik açısından sıkıntı yaşamakta hem de her yıl ciddi miktarlarda tazminat ödemeye mahkûm edilmektedir. Türkiye 1954 yılından bu yana Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraftır. Ülkemiz Rusya'dan sonra AİHM'de aleyhinde en çok dava açılan ikinci ülke konumundadır. Bireysel başvuru kurumunun

ulusal mevzuatımızda düzenlendiği tarihler dikkate alınarak bir inceleme yapılacak olursa, 2010 yılı sonu itibariyle AİHM'de Türkiye aleyhine açılmış dava sayısı 19000 civarında olup bu oran bir önceki yıla göre %37 artış göstermiştir. Bu başvuruların %60 ise "önemli dava" kategorisinde olup, Dairelerde görülmektedir. Son elli yıllık istatistiklerine göre de Türkiye, insan hakkı ihlalleri bakımından birinci sırada yer almaktadır. Bu istatistikî rakamlar bile tek başına "bireysel başvurunun" kabul edilmesine yeterli gerekçedir (Ekinci, 2011: 138).

Bu bağlamda bireysel başvurunun kabulüne ilişkin Anayasa değişikliği teklifi gerekçesinde de, AİHM'e Türkiye aleyhine yapılan başvuruları azaltmak olduğu gösterilmiştir. Dolayısıyla bireysel başvuru kurumu ile AİHM'e yapılan başvuruları azaltmak asıl amaç edinilmiştir. Bu durum bireysel başvuruya konu edilecek hakların kapsamının sınırlandırılmasında da görülmektedir. Zira Anayasa'da belirtilen bütün haklar yönünden değil de sadece AİHS ile Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerde belirtilen haklardan birinin ihlali durumunda ancak bireysel başvuru yoluna başvurulabilir (Kaya, 2018: 100).

1.5. Bireysel Başvurunun Amacı

Önceki başlıkta bireysel başvuru kurumunun ülkemiz hukuk sistemindeki yer bulma süreci detaylarıyla açıklanmıştı. 6216 sayılı Yasa, referandumla kabul edilen Anayasa hükümlerini daha somut hâle getiren düzenlemelere yer vermektedir. 12/7/2012 tarihli AYM İttüzüğü de bireysel başvurunun işleyişi konusunda oldukça ayrıntılı hükümler içermektedir.

Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumunun amacı, pozitif hukuk tarafından güvence altına alınmış olan insan haklarını korumaktır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, temel işlevi olan temel hak ve özgürlükleri korurken; aynı zamanda hukuk düzeninin çatısını oluşturan Anayasa'nın korunmasını da sağlamaktadır (Hamdemir, 2018: 35).

Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve hürriyetler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında kalan temel hak ve hürriyetlerinden birinin ihlal edildiğini iddia eden herkes Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunabilir. Bireysel başvuru yolunun açılmasıyla, bireylerin hak ve hürriyetlerinin herhangi bir kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiası uluslararası makamlar önüne taşınmadan önce Anayasa Mahkemesi tarafından incelenecek ve bir ihlal söz konusu ise bu ihlal iç hukuk yolları ile giderilecektir. Bu durumda AİHM'e giden başvuru sayısında azalma olacağı aşîkardır.

Bilindiği üzere bireyler temel hak ve özgürlüklerinin ihlallerinin etkilerini hafifletmek amacı ile, iç hukuk yollarını tükettikten sonra, AİHM'e başvurumaktadırlar. AİHM ise iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığını araştırırken, ilgili ülkede bireysel başvuru kurumunun olup olmadığını da incelemektedir. Dolayısı ile AİHM hak ihlallerinin izalesi bakımından bireysel başvuru yolunu etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul etmektedir. Gerçekten de bireysel başvuru kurumunu kabul eden ülkelerin çoğunda temel hak ihlalleri, bu yol ile, AİHM'e gidilmeden giderilebilmektedir.

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun bireysel başvuruları inceleme yetkisini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu yargı yetkisini kabul ettiği tarihten itibaren aleyhine en fazla sayıda başvuru yapılan ülkeler³ arasındadır. Yine, Avrupa Konseyi ülkeleri arasında hakkında en çok ihlal kararı verilen ülke de Türkiye'dir (Yıldırım, 2013: 1728). Bu durum da göz önüne alındığında, bireysel başvuru yolunun bir diğer amacının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile koruma altına alınan temel hak ve hürriyetlerin ihlali iddialarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşınmadan önce ulusal düzeyde incelenmesi ve varsa hak ihlallerinin giderilmesi ile AIHM'e giden başvuru sayısının azaltılmasını sağlamak olduğunu tahmin etmek zor olmayacaktır (İnceoğlu, 2013: 7).

Zira 5982 Sayılı Yasa'nın gerekçesinde, bireysel başvuru kurumu ile temel hak ve hürriyetinin ihlal edildiği iddiasında bulunan bireylerin önemli bir kısmının bireysel başvuru aşamasında yani AIHM'e başvurmadan uyuşmazlık oraya taşınmadan giderilebileceği ve tatminin sağlanabileceği böylece ülkemiz aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlal kararlarında belirgin bir azalma olacağı değerlendirilmiş, ülkemizde iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulmasının temel hak ve özgürlükler ile hukukun üstünlüğü bakımından standartları yükselteceği ifade edilmiştir. Ancak burada üzerinde durulması gereken önemli nokta, bireysel başvuru kurumunun kabulündeki asıl amacın başvuru sayısını azaltmak değil, temel hak ve özgürlük ihlali sayısını azaltmak olduğudur. Bireysel başvuru yolunun, insan hakları konusundaki bilinci artıracığı ve kamu gücünü kullananlara temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında yol gösterici olacağı bir gerçektir. Bu durumda bireysel başvuru kurumunun, temel hakların korunması ve bunlara karşı ihlallerin önlenmesi hususlarında, demokratik bir hukuk devleti için ne kadar önemli ve gerekli bir kurum olduğu açık ve tartışmasızdır (Dursun, 2014: 302).

Avrupa Konseyi'ne üye diğer ülkelerin istatistiklerine bakıldığında, iç hukukunda etkin olarak bireysel başvuru yolu bulunan ülkeler aleyhine açılmış AIHM önünde çok az sayıda dava olduğu görülmektedir. Yine Almanya ve İspanya örneklerinde olduğu gibi, AIHM tarafından bu ülkeler aleyhine verilen ihlal kararları da az sayıdadır. Avrupa Konseyi'nin çeşitli organları da Sözleşme'nin iç hukukta uygulanmasını sağlamaya yönelik mekanizmaları kurmaları yönünde taraf devletlere yükümlülüklerini hatırlatmaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2004(6) sayılı Tavsiye Kararı'nda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki dava yükünün azaltılabilmesi için bireysel başvuru yönteminin iç hukukta tanınmasının gerekliliğine değinilmiştir. Öte yandan Venedik Komisyonu'nun 85. Genel Kurul toplantısında kabul edilen Anayasa Yargısına Bireysel Erişime İlişkin Rapor'un 82. paragrafında AIHM'de açılacak dava sayısının azaltılabilmesi ve bu sayede de AIHM'in aşırı iş yükünün azaltılmasında iç hukuk sistemi içerisinde bu etkili mekanizmalardan en önemlisinin anayasa mahkemelerine bireysel başvuru hakkının tanınması olduğu vurgulanmaktadır. Nitekim,

³ Türkiye'nin AIHM önünde bekleyen derdest başvuru sayılarının yıllara göre dağılımı: 31 Aralık 2006: 9016 başvuru, 31 Aralık 2007: 9173 başvuru, 31 Aralık 2008: 11085 başvuru, 31 Aralık 2009: 13155 başvuru, 31 Aralık 2010: 15206 başvuru, 31 Aralık 2011: 15940 başvuru, 31 Aralık 2012: 16876 başvuru, 31 Aralık 2013: 10931 başvuru, 31 Aralık 2014: 9488 başvuru. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistik/2014/4.pdf>. Erişim tarihi: 13 Şubat 2019.

Venedik Komisyonu, bu genel görüşü doğrultusunda, bireysel başvuru usulünün kabul edilmesine yönelik çalışmalarda bulunan ülkelerin çabalarını da olumlu karşılamıştır.

Nitekim, bu istem ile birlikte kurumun söz konusu işlevi, Anayasa değişikliğine dair 5982 sayılı Kanun'un gerekçesinde de ifade edilmiştir. Zira, bireysel başvuru kurumunun bu işlevinin diğerlerine göre daha öne çıktığı görülmektedir. Gerekçenin devamında ifade edilen, bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklere daha fazla koruma getireceği ve kamu organlarının, Anayasa'ya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda da etkili olacağı yönündeki işlevlerinin bireysel başvuru yolunun kabulünde etkili olmakla birlikte AİHM'in önündeki dava sayısının azaltılması bağlamındaki işlevine göre ikinci planda kaldığı anlaşılmaktadır.

Dolayısıyla Avrupa Konseyi kurumları açısından esas olan husus, taraf devletlerin iç hukuklarında insan hakları ihlallerini giderici ve ihlalleri azaltıcı mekanizmaları oluşturmalarıdır. Anayasa Mahkemesi'ne tanınan bireysel başvuru hakkı, kuşkusuz bu mekanizmalardan en önemlisidir. Ayrıca bireysel başvuru hakkı, ülkemizde insan haklarının etkin bir şekilde korunması suretiyle hukuk ve demokrasi standartlarının yükseltilmesine de imkân sağlayacaktır (Ekinci ve Sağlam, 2012: 10).

1.6. Bireysel Başvurunun Temel Özellikleri ve İşlevi

Bireysel başvuru kurumunu, diğer hak arama yollarından ayırt edici bir takım özellikleri ve amaç bakımından üstlenmiş olduğu işlevi vardır. Genel olarak bireysel başvuru kurumunun karşılaştırmalı hukuktaki ortak nitelikleri ve işlevi aşağıda detaylarıyla açıklandığı üzere özetlenebilecektir.

1.6.1. Temel özellikler

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, her ne kadar birçok ülkede uygulanan bir kurum olsa da her ülkenin sosyo-politik yapısına göre uygulama usul ve esasları ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Başka bir ifadeyle bütün ülkelerde aynı şekilde uygulanan yekpare bir Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumundan bahsetmek mümkün değildir. Kurumun koruma altına aldığı hakların kapsamı, başvuruya konu edilebilecek kamu gücü işlemleri, başvuru hakkına sahip olanlar, başvuru sonucunda verilen kararın etkisi başta olmak üzere birçok konuda ülkelerin kendi gerçekleri ve ihtiyaçları doğrultusundan farklı tercihlerde bulundukları görülmektedir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumunun temel işlevi ve amacından hareketle kurumun bazı temel özelliklerini ortaya koymak mümkündür. Bireysel başvuruya ilişkin başlıca özellikler şu şekilde sıralanabilir: Bireysel başvuru anayasal bir yargı yoludur; ikincil niteliğe sahiptir; temel hakların ve özgürlüklerin ihlaline karşı tesis edilmiştir; idarenin yada yargının bireysel kararlarına karşı kullanılır.

Yapılan çalışmalar, öğretide kabul gören görüş ve Venedik Komisyonu'na göre de, bireysel başvuru yani Anayasa şikayetine temel nitelikleri şu şekilde ifade edilebilir:

- Bireysel başvuru ikincil nitelikli bir yargı yoludur,
- Temel hakları ve özgürlükleri korumak amacıyla kullanılır,
- Kanunlardan, idari işlemlerden, yargı kararlarından ya da kamu kurumlarının

ihmallerinden kaynaklanan hak ihlallerine karşı başvuru bir yoldur,

- Temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini düşünen herkes bireysel başvuru hakkına sahiptir (Özbey, 2013: 68).

1.6.1.1. Anayasal bir yargı yolu olması

Temel hak ve hürriyetler odaklı anayasallık denetiminin bir neticesi olarak, anayasa mahkemelerinin fonksiyonlarında meydana gelen bir değişim ile bireysel başvuru kurumu, anayasa mahkemelerinin görev alanına dahil olmuştur. Anayasa mahkemeleri, işlevleri gereği bulundukları ülkelerde, adli ve idari yargının yanında hatta onlardan daha ileri bir adımla, iç hukuk sisteminde temel hak ve özgürlüklerin en büyük güvencesi olarak benimsenmektedirler. Anayasa mahkemelerinin bireysel başvuruları kabul etmesi ile vatandaşlar nezdindeki meşruiyeti daha da güçlenmiştir (Sağlam, 2011: 30).

Bireysel başvuru yolu 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 (Kılınç, 2008: 23-27).

Bireysel başvuru hakkı, soyut ve somut norm denetiminde olduğu gibi Anayasa yargısı içinde yer alan üçüncü bir dava türüdür. Bilindiği gibi, Anayasal yargı denetimi fikri, Anayasa'nın üstünlüğü düşüncesine dayanmaktadır. Anayasa, bir ülkenin en üst hukuk normu olduğundan, diğer tüm hukuk kurallarının da Anayasa'ya uygun olması gerektiği düşünülecektir (Özbey, 2013: 68).

Bu kurumun işlevi, özünde, idari makamların ya da yargı organlarının işlem ve kararlarıyla, hakları ihlal edilen bireylere Anayasa Mahkemesi'nde bireysel başvuru yolu ile dava açma hakkı tanımak suretiyle temel hak ve özgürlüklerin etkili biçimde korunmasıdır. Başvuru, ancak Anayasa'da düzenlenen bir temel hak veya özgürlüğün ihlal edildiği iddiasıyla yapılabileceğinden, bu yargılama faaliyetinin de Anayasa'ya uygunluk denetimi yapan Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması, devletler uygulamasında genel kabul görmüştür (Özbey, 2013: 68).

Günümüzde birçok devlet, temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü ve işlemlerine karşı korunması amacıyla, bireylere Anayasa Mahkemesi'ne başvurma hakkını tanımışlardır. Özellikle bireysel başvuru yolunda Avrupa modelini uygulayan devletlerin çoğunluğu, soyut ve somut norm denetimleri yanında kısmi farklılıklarla ve belli konularda, bireylere Anayasa Mahkemesi'ni harekete geçirme imkanını sağlamışlardır. Bu başvurular bir uyuşmazlığın ortaya çıkması veya bir yasanın uygulanıyor olması şartlarına tabi kılınmamışlardır (Kaboğlu, 2008: 336). Almanya ve İspanya'da Anayasa şikayeti, Anayasa'da sayılan hakları güvence altına almak amacıyla ihdas edilmişti. Oysa Venedik Komisyonu'nun da gözlemlediği gibi, son dönemde, çeşitli ülkelerde ortaya çıkan yeni eğilim uluslararası antlaşmalar ve eki protokollerde bireylere tanınan haklar için de bireysel başvuruya imkan vermek yönündedir (Özbey, 2013: 68).

Bireysel başvuru yolu, daha önce de belirtildiği üzere olağan yargılama faaliyetinin dışında kalan olağanüstü bir kanun yolu veya hukuki çaredir. Temyiz veya istinaf benzeri bir başvuru olmadığı gibi, temyiz veya istinaf sonrası yasalarda hak sahiplerine tanınan olağanüstü bir temyiz fırsatı da değildir. Temyiz ve 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 ve yerinde uygulanıp uygulanmadığı, olay ve delillerin doğru değerlendirilip değerlendirilmediğini incelemeyebilir. Genel mahkemelerin bir kuralı yanlış uygulamaları, temel bir hak ve özgürlüğü ihlal etmediği sürece Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmez. Anayasa Mahkemesi, genel mahkemelerin olayı ve delilleri değerlendirirken, yasa kurallarını uygularken temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediklerini ve ihlal varsa bu ihlallerin bireysel başvuru yolu dışında başka bir yolla giderilip giderilemeyeceğini inceler. Bireysel başvuru yolunun kendine özgü olağanüstü bir hukuki çare olmasının diğer bir önemli sonucu daha vardır. Bireysel başvuru, aleyhine başvuru yapılan yasanın uygulanmasını, mahkeme kararının infaz edilmesini veya idari kararın yürütülmesini kural olarak durdurmaz. Ancak Anayasa Mahkemesi gerekli şartların oluşması halinde ve genelde de nitelikli çoğunluklarla aleyhine başvuru yapılan kamu gücü işleminin yürütülmesini istisnai olarak durdurabilmektedir (Kılınç, 2008: 23-27).

1.6.1.2. İkincil niteliğe sahip olması

Bireysel başvuru yolunun bir diğer özelliği ise ikincil niteliğe sahip olmasıdır. Nitekim bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilen bireylerin açabilecekleri bir dava türü olmakla, ancak ikincil ve yardımcı nitelikteki olağanüstü bir hukukî çaredir (Aydın, 2011: 12).

Bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesi'nde, Anayasa'ya aykırılığı iddia edilen bir karar veya işlem hakkında önceki yargılamanın devamı niteliğinde olmayan, tarafları ve konusu da önceki yargılamadan farklı olan bir yargılama faaliyeti yerine getirilir. Zira bireysel başvuru kurumu, sadece özel olarak anayasa hukukunun ihlalinin denetlenebileceği istisnai nitelikte bir hukuk yoludur (Paczolay, 2009: 313).

Bireysel başvuru kurumunun ikincil niteliği gereği, bireysel başvuru yoluna başvuru yapılmadan önce, usul hukukunda ve ulusal mevzuatta öngörülen gerekli tüm olağan kanun yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Birey öncelikle genel ve olağan yargı yolları içerisinde bir sonuç almaya çalışacak, hak aramasında amacına ulaşmaması halinde ise ancak bu aşamadan sonra Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilecektir.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlüklere ikincil nitelikte koruma sağlayan özel bir hukuki yoldur. Nitekim temel hak ve özgürlüklerin korunması, korunmadığı zaman ise ihlallerin ortadan kaldırılmasında yasama organı, idari makamlar ve yargı organı olaylara daha yakın ve avantajlı pozisyondadırlar. Kişinin kamu gücü işleminin Anayasa'ya aykırılığını ortadan kaldırmasının başka bir yolu kalmamış ise başka bir ifade ile kişi, ancak etkili ve olağan hak arama yollarını tüketmiş ise Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir (Aliefendioğlu, 1996: 59). Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu, ikincil nitelikte bir koruma sağlamaktadır. İkincil nitelikte

korumanın anlamı, kanun yollarının hem şekli hem de maddi anlamda tüketilmesi ve aleyhinde bireysel başvuru yapılan kararın kesinleşmiş olması gerekliliğinde yatmaktadır (Hamdemir, 2018: 36).

Kanun yollarının şekli anlamda tüketilmesinden kasıt, temel hak ve özgürlüğü kamu gücü tarafından ihlal edilen kişinin ulaşılabilir ve etkin kanun yollarını tüketmeden Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunamaması demektir. Dolayısıyla bir temek hak ve özgürlük kamu gücü tarafından ihlal edildiği zaman, hakkı ihlal edilen kişi bu ihlali gidermek için öncelikle var olan ulaşılabilir ve etkin kanun yollarını tüketmek için gerekli başvuruları yapacak, ihlalin olağan kanun yollarında giderilememesi durumunda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna başvuracaktır. Kanun yollarının tüketilmiş olması bunların aynı zamanda "usulüne uygun olarak" tüketilmesini de gerektirir. Örneğin olağan yargı yolunda davası bazı usul kurallarındaki eksiklik nedeniyle mesela temyiz süresini kaçırmaması gibi bir gerekçeyle reddedilen başvuru, olağan kanun yollarını tüketmiş olma koşulunu yerine getirmiş sayılmayacaktır (Doğru, 2012: 18).

Kanun yollarının maddi anlamda tüketilmesinden kasıt ise şekli anlamda kanun yollarını tüketmenin yanı sıra, temel hak ve özgürlük ihlalinin ortadan kaldıracak kişiye tanınmış yasal bütün hukuki çarelere başvurmak, ihlal iddiasını kanun yolunda da dile getirmektir. Maddi olaya ilişkin deliller olağan yargılama faaliyetini yerine getiren mahkemelerde yeterli bir şekilde ortaya konulmamışsa, bu deliller Anayasa Mahkemesi önünde ileri sürülemeyecektir. Aynı zamanda olağan yargı yerinde yapılan usul hatalarına itiraz edilmemişse, bu tür usul hataları Anayasa Mahkemesi önünde başvuru konusu olamayacaktır. Çünkü Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, başka hiçbir yolla giderilemeyen temek hak ve özgürlük ihlalleri için öngörülmüş bir olağanüstü kanun yoludur (Göztepe, 1998: 76).

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumunun bu özelliği "ikincilik ilkesi/prensibi" olarak adlandırılmaktadır (Göztepe, 1998: 73). İkincilik prensibinin özünü Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmadan önce olağan kanun yollarını tüketmiş olma koşulu oluşturmaktadır (Göztepe, 1998: 74-77). Ancak olağan yasa yollarında yapılan denetime rağmen, temel hak ve özgürlüklerin çiğnendiği iddiası karşılanmamış ve ihlal giderilememiş ise, ancak ondan sonra gerekli şartları taşıyan başvuruların Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi kabul edilebilir. Yani, Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı başvuru denetimi, olağan kanun yollarından sonra yapılması sebebiyle ikincil niteliktedir (Kılınç, 2008: 23-27). Temel hak ve özgürlüklere saygı, her bir kamu organının uyması gereken temel ilkedir. Bu ilkeye uygun davranılmadığı takdirde ihlalin giderileceği yer ise, öncelikli olarak görev alanları kanunla düzenlenmiş genel mahkemeler olacaktır. Bu açıklamalara göre Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu, olağan yargı süreci neticesinde başvurulabilen kendine özgü olağanüstü bir yargı yoludur (Özbey, 2013: 77).

1.6.1.3. Temel hak ve özgürlüklerin ihlaline karşı tesis edilmiş olması

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumunun amacı, Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesini önlemek ve meydana gelen ihlalin etkilerini gidermektir. Ancak Anayasa'da güvence altına alınan hangi hakların ihlal

edilmesi halinde bireysel başvuru yapılabileceği konusunda ülkelerin mevzuatlarına göre değişik uygulamalar mevcuttur (Kılınç, 2008: 27). Anayasal yargı denetimi içerisinde yer alan bireysel başvuru hakkında amaçlanan, bireyin Anayasa tarafından güvence altına alınan temel haklarının, Anayasa'da ve yasalarda öngörülen yöntemle korunup korunmadığının belirlenmeye çalışılmasıdır (Aliefendioğlu, 1996: 58).

Bireylere doğrudan Anayasa yargısına başvuru imkanı sağlayarak, onlara olağan dışı hukuki çare sunmak, anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla hukuki işlemlerin, memurların hareket ve hareketsizliğinin hukukiliğini teftiş etme imkanını onlara sağlamaktır (Özbey, 2013: 78-79).

Bilindiği üzere anayasacılık fikrinin temelinde, insan haklarının anayasal düzeyde tahdidi olarak sayıp bu hakları iktidara karşı korumak düşüncesi yatar. İnsan haklarından hangilerinin anayasalardaki haklar katalogunda yer alacağı ise kurucu iktidar tarafından yapılan bir siyasi tercih neticesinde şekillenip belirli hale gelir. Dolayısıyla anayasada güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerin listesi ülkeden ülkeye farklılık gösterir. Nasıl ki anayasalardaki temel hak ve özgürlükler listesi ülkeden ülkeye farklılık arz etmekte ise Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla korunan temel hak ve özgürlüklerin listesi de ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Kurucu iktidarların, temel hak ve özgürlüklerden hangisini Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruya konu edeceği meselesinde temel belirleyici etken, kurucu iktidarın anayasal düzen açısından önem atfettiği ve anayasal mevzuatında yer verdiği hak ve özgürlüklerdir. Kurucu iktidarın tercihi, Anayasa'da yer alan medeni ve siyasi haklar (birinci kuşak haklar); ekonomik, sosyal ve kültürel haklar (ikinci kuşak haklar) ile dayanışma hakları denilen üçüncü kuşak hakların tamamını kapsayabileceği gibi sadece birinci kuşak hakları da kapsayabilir. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlüklerden tamamını veya bir kısmını kapsamına alabileceği gibi uluslararası insan hakları belgelerinde düzenlenen hak ve özgürlükleri de kapsamına dahil edebilir (Hamdemir, 2018: 36).

Anayasa tarafından tanınan temel hak ve hürriyetlerin yanı sıra usulüne uygun olarak kabul edilen uluslararası sözleşmelerde yer alan insan hakları ve hürriyetleri de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna konu edilebilmektedir. Türkiye'de (Anayasa m. 148) Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ile korunan haklar ise anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve taraf olunan eki protokoller kapsamındaki herhangi biridir (Hamdemir, 2018: 36).

Anayasanın 148. maddesindeki düzenleme ile bireysel başvuru kurumunun kapsamını, klasik veya birinci kuşak olarak ifade edilen haklarla sınırlandırılmış gözükmektedir. Bu düzenleme nedeniyle ülkemizde bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklerin tam bir listesinin oluşturulması oldukça zordur. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki haklar, eki protokoller ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları yoluyla genişleme eğilimindedir. Bu durum da haklar listesinin, sürekli güncellenmesi ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Diğer yandan aynı hak hem Sözleşme ve eki protokollerde hem de Anayasada yer alsa dahi, her iki metinde bu hakların içeriği farklı şekillerde düzenlenmiş olabilir. Örneğin ilgili bölümde detaylıca anlatılacağı üzere,

Anayasa'nın 42. maddesi eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevini, Sözleşme'de 1 No.lu Ek Protokol'ün 2. maddesindeki eğitim hakkından farklı şekilde düzenlemiştir. Dolayısıyla Anayasa metninin yazımından kaynaklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesi, her bireysel başvuruda hem hakkın bireysel başvurunun kapsamındaki haklardan biri olup olmadığını, hem de onun kapsamını belirlemek gibi ciddi bir iş yükü altına girmek zorunda kalacaktır (Özbey, 2013: 79).

1.6.1.4. İdarenin ya da yargının bireysel kararlarına karşı kullanılması

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu, temel hak ve hürriyetleri kamu gücü işlemlerine karşı korumaktadır. Bireysel başvuru kural olarak kamu gücü işlemlerine karşı yapılır. Başka bir ifade ile temel hak ve özgürlüğün Anayasa Mahkemesi'nce bireysel başvuru vasıtasıyla korunabilmesi için ihlalin esas olarak herhangi bir kişi tarafından değil, bir kamu gücü tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekir. Kamu gücü terim anlamıyla, kural koyma, buyurma, kolluk ve silah, parasal erk, ve diğer kamu tüzel kişilerin sahip oldukları erklerin tümüdür (Yılmaz, 2004: 625).

Kamu gücü, devlete, kamu yararını gerçekleştirmek amacı ile özel kişiler karşısında, üstün nitelikli yetki ve ayrıcalıklar bahşeder (Gözler, 2007: 45). Bu yetki ve ayrıcalıkların özünü, devletin egemenlik yetkisinden kaynaklanan tek yanlı emretme ve resen icra yetkisi oluşturur (Gözler, 2007: 46). Kamu gücü işlemleri ise devlet organlarının kamu gücünü kullanarak yaptığı işlemlerdir. İşte bu üstün nitelikli ve ayrıcalıklı yetkileri kullanan yasama, yürütme ve yargının tüm organları ile kamu tüzel kişileri ve bunlar adına hareket eden tüm gerçek ve tüzel kişiler kamu gücü kavramının kapsamına dâhildirler ve kamu gücünü oluştururlar. Bunların kamu gücünü kullanarak yaptığı işlemlere ve eylemlere karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilir. Bireysel başvuruda durum böyle olmakla beraber idarenin, kişilerle özel hukuk kuralları çerçevesinde kamu gücü ayrıcalıklarını kullanmaksızın kişilerle eşit düzeyde kurduğu ilişkilerde gerçekleşen temel hak ve özgürlük ihlallerinde kamu gücünün kullanılmasından bahsedilemez (Gözler, 2011: 432).

Bu sebeplerle bireysel başvuru mekanizmasıyla korunan temel hak ve özgürlüklerin ihlali kamu gücü tarafından gerçekleştirilmiş olmalıdır. Kamu gücünden kasıt, belirtildiği üzere en başta yasama, yürütme ve yargı organları (Göztepe, 1998: 22) ve bu organlara tabi olan mercilerdir. Bireysel başvuru, kamu gücünün icrai ya da ihmali bir eylemine ya da işlemine karşı yapılacaktır. Kendisine karşı bireysel başvuruda bulunan kamu gücü, Türkiye Cumhuriyeti'ne ait olmalı veya Türkiye Cumhuriyeti adına kullanılmalıdır. Yabancı, uluslararası veyahut uluslar üstü kamu gücü kullanımlarına karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulamayacaktır. Türkiye Cumhuriyeti'nin kamu gücünü tanımlarken, AIHS'in 1. maddesinde geçen "yetki alanı" kavramından da yararlanılabilir. Bu itibarla Türkiye'nin yetki alanı içinde, Türkiye kamu gücüne atfedilebilir biçimde gerçekleşmiş temel hak ve özgürlük ihlalleri konu edilerek, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilecektir (Aydın, 2011: 136-137).

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu, temel hak ve özgürlükleri, kamu gücü işlemlerinin tamamına yani yasama işlemlerine, idari işlem ve eylemlere ve mahkeme kararlarına karşı koruyabileceği gibi bunlardan bir kısmına karşı da koruyabilir. Örneğin,

bireysel başvurunun en kapsamlı örneğinin uygulandığı Almanya'da, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru bütün kamu gücü işlemlerine yani yasama, yürütme ve yargı kararlarına karşı mümkün iken; İspanya'da yargının ve yürütmenin; Türkiye'de (Any. m. 148/3) yargının, Avusturya'da ise idarenin eylem işlemlerine ve yasama işlemlerine karşı bireysel başvuru mümkündür (Hamdemir, 2018: 37).

1.6.2. Bireysel başvurunun işlevi

Bireysel başvuru kurumu, niteliği itibarıyla Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlük ihlallerini önlemeye ve ortadan kaldırmaya yönelik gerçekleştirdiği bir denetimdir (Atar, 2017: 318).

Bireysel başvuru yolu, hak ihlâliyle karşı karşıya kalan kişilere yasalar veya anayasa tarafından tanınan bir dava çeşidi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nitelikte davalar insan hak ve özgürlüklerine yönelik olduğundan görevli mahkemeler de konunun önemine binaen Anayasa Mahkemesi gibi yüksek mahkemeler olmaktadır (Kılınç, 2008: 24-26).

Temel hak ve özgürlüklerin korunması ve gelişmesi açısından hukuk devletinin önemli bir unsuru haline gelen bireysel başvurunun sübjektif ve objektif olmak üzere iki temel işlevi vardır. Buna göre, bireysel başvurunun sübjektif işlevi, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin anayasa yargısı yoluyla korunması; objektif işlevi ise, hukuk düzeninin korunması ve anayasa yargısı içtihatlarının geliştirilmesi olmaktadır.

Bireysel başvurunun öncelikle en temel işlevi, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin anayasa yargısı yoluyla en etkili biçimde korunmasını, bu hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde hayata geçirilmesini sağlamaktır. Bu işlev bireysel başvurunun sübjektif işlevidir (Atasoy, 2012: 12-13). Bu işlev bireysel başvurunun en köklü işlevi olup, amacı temel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde hayata geçirilmesini sağlamaktır. Zira bu kurum, devletin insan onurunu korumak için borçlu olduğu dikkatin bir ifadesidir. Böylece devlet, temel hak ve özgürlükleri bireysel planda da koruyarak, hiçbir hak ihlâlinin takipsiz kalmadığını göstermektedir. Doktrinde bazı yazarlar genel tanıma ek olarak, kişilerin haklarını arayabilmek için doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmelerini, araya herhangi bir işlem girmeden haklarını dolaysız yollarla arayabilmelerini de bireysel başvurunun sübjektif işlevleri arasında saymaktadır (Güveyi, 2015: 39).

Bireysel başvurunun objektif işlevi⁴ ise; temel hak ve özgürlükler açısından hukuk düzeninin işleyişini korumak, anayasa yargısı içtihatları yaratmak ve geliştirmek, temel hak ve özgürlüklerin tüm ülkede aynı şekilde uygulanmasını sağlayarak yargıda bir bütünlük oluşturmaktır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu sonucunda çıkacak karar ve içtihatlar neticesinde temel hak ve özgürlükler tüm ülkede aynı şekilde anlaşılacak ve uygulanmaya çalışılacak, Anayasa Mahkemesi kararları eğitici bir etkiye sahip olacak, kamu gücü organlarının hak ve özgürlüklere ilişkin işlem ve eylemlerinde ülke genelinde yeknesaklık sağlanacaktır (Güveyi, 2015: 40-41). Nitekim bireysel başvuru hakkının bireylere tanınmasıyla birlikte yerel ve yüksek mahkemeler, korumakla yükümlü oldukları temel hakları hayata geçirmede daha hassas davranacaklardır. Zira

⁴ Anayasa'nın 148. maddesinin gerekçesinde de objektif işleve vurgu yapılmaktadır. https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf, s.295. Erişim tarihi: 20 Şubat 2019.

yargılama sırasında dikkate alınmayan bir temel hakka ilişkin işlemin, bireysel başvuruya konu olması ve yargılamanın yenilenmesi ihtimali her zaman mümkün hale gelecek ve durum temel haklara olan farkındalığı artıracaktır (Hamdemir, 2018: 58).

Bireysel başvurunun objektif işlevinin ayrıca önem arz etmesinin bir sebebi de Anayasa Mahkemesi kararlarının öğretici yönüyle ilgilidir. Nitekim yüksek dereceli mahkemelerin kararları, ilk derecedeki mahkemeler için örnek teşkil eder ve böylece içtihat hukuku oluşur.

Bununla birlikte, özellikle Alman öğretisini izleyen yazarlar, bireysel başvurunun işlevlerini Alman öğretisine benzer şekilde sıralamaktadırlar. Örneğin Sağlam'a göre bireysel başvuru, *her şeyden önce temel hak ve özgürlüklerin dolaysız kullanımını sağlar; "anayasaya uygun yorum" yönteminin alanını genişletir; tüm hukuk düzenine yayılan etkisiyle anayasa düzeyinde yargıda birlik ve bütünlüğü sağlar; eğitici bir etkiye sahiptir; yurttaşlarda demokrasi bilincinin, "hak sahibi vatandaş olma", hakkını sonuna kadar arama bilincinin yaygınlaşmasını sağlar* (2012: 21). Göztepe de, bireysel başvurunun işlevlerini, tıpkı Sağlam gibi, dört ana unsorda toplamaktadır (2011: 21): Bunlar; hak ve özgürlüklerin dolaysız kullanımını sağlamak ve korumak, anayasaya uygun yorum ilkesinin kapsamını genişletmek, yargıda birliği sağlamak, yurttaşların demokratik bilinçlerinin gelişmesine katkıda bulunmaktır.

Bireysel başvurunun işlevleri, yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi, farklı şekillerde sıralansa da, bireysel başvurunun sübjektif ve objektif olmak üzere iki temel işlevinin bulunduğu herkes tarafından kabul edilmektedir. Farklılaşmanın sebebine gelince, bazı yazarlar objektif işlevi alt unsurlara ayırmadan tek başlık altında incelerken, bazı yazarlar ise objektif işlev kapsamında ele alınabilecek unsurları ayrı ayrı başlıklar halinde incelemektedirler.

Buna göre bireysel başvuru, sadece kişilerin temel hak ve özgürlüklerini bireysel düzeyde korumamakta (sübjektif işlevi) (Sağlam, 2011: 107), anayasa hukukunu da koruyarak⁵ yorumlanmasına ve böylece temel hak ve özgürlüklerin gelişimine, dolaylı olarak da anayasal düzenin ve hukukunun korunmasına (Uzun, 2012: 9-10) hizmet etmektedir (objektif işlevi) (Özbey, 2013: 82; Göztepe, 2011: 32).

Ayrıca bireysel başvurunun objektif işlevi ile anayasa yargısına ilişkin içtihatlarının da geliştirilmesi, güncelleştirilmesi (Gören, 1994: 306) ve temel hak ve özgürlüklerin etkili şekilde hayata geçirilmesi sağlanmaktadır (Göztepe, 1998: 17).

Bireysel başvurunun işlevinin bu şekilde ayrılmasının teorik olmaktan öte başka bir anlamı daha bulunmaktadır. Buna göre, eğer bireysel başvurunun sübjektif niteliği daha ağırsa bireysel başvuru geri alınabilecek; eğer bireysel başvurunun objektif niteliği daha ağırsa bireysel başvuru geri alınamayacaktır (Kılınç, 2008: 26; Göztepe, 1998: 18).

Bireysel başvuru kurumu, anayasanın üstünlüğü ilkesini yasama, yürütme ve yargı organlarının her faaliyetlerinde nazara almaları gereken bir norm olarak somut bir şekilde

⁵ 5982 sayılı Kanun'un 19. maddesinin madde gerekçesinde konuyla ilgili olarak, "...Türkiye'de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir." denilmiştir.

ortaya koymaktadır (Hamdemir, 2018: 44). Çünkü münferit olarak tüm kamu gücü işlemlerinin bireysel başvuru yolu ile anayasaya uygunluğu denetleneceği ve anayasaya aykırı bulunan işlemler geçersizlik müeyyidesine tabii kılınacağı için, yapılan her kamu gücü işleminde, bu işlemi gerçekleştiren kamu gücü ve irade, anayasa uygunluk noktasında özen göstermek durumundadır. Anayasa'nın yorumlanmasında, Anayasa Mahkemesi'nin kararları da ayrı bir öneme sahip olacaktır. Bireyler her türlü kamu gücünü ilgilendiren işlemlerinde Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru neticesinde verdiği kararlarını da gözetecek ve inisiyatif kullanılacak alanlarda emsal olarak başvuru lehine yorumlanmayı talep etme imkanları olacaktır.

Bireysel başvuru kurumunun doktrinde ifade edilen diğer bir işlevi de, ülkemiz aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuruların azalmasına önemli ölçüde katkı sağlayacak olmasıdır (Yazıcı, 2010: 10). Bu bağlamda ülkemizde yapılan Anayasa değişikliklerinin gerekçesinde bu hususa açıkça yer verildiğini görmekteyiz⁶.

Türkiye'de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, AİHM'den kaynaklanan karamsar tablonun düzeltilmesi için bir fırsat olabilecektir (Kılınç, 2008). Türk Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun bir diğer işlevi ise başvuru azalmasının doğal neticesi olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin iş yükünü hafifletmesi olacaktır (Kılınç, 2008: 27-28). Temel hak ve özgürlük ihlallerinin tespitinde ulusal düzeyde bir yargılama yapılması ve bu yargılamada ihlallerin çözüme kavuşturulması, doğası gereği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru sayısını azaltacaktır. Bireysel başvuru yolunun benimsendiği birçok ülkede bu yola müracaat, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne müracaat etmeden önce başvurulması gereken zorunlu bir iç başvuru mercidir. Zira AİHM önünde incelemeyi bekleyen dosya sayısı son yıllarda ek protokollerin kabul edilmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) koruma sisteminin genişlemesiyle önemli ölçüde artmıştır. Bu yönüyle bireysel başvuru, ihlallerin önlenmesinde ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasında etkin rol üstlenmektedir (Kılınç, 2008: 28).

Bireysel başvurunun diğer bir işlevi, kamu gücü tarafından temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia eden başvuru sahipleri, karşılarında muhatap olarak Anayasa Mahkemesi'ni bulduklarında, başvuru sahipleri nezdinde hukuk devleti ilkesinin soyut kavramdan çıkarak somuta gerçekliğe dönüşmesi anlamına gelmektedir (Atasoy, 2012: 96).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye'deki bireysel başvuru yolunu, Mahkemeye başvuru yapılmazdan evvel müracaat edilmesi gereken zorunlu hak arama yollarından biri olarak kabul etmektedir. İlerleyen süreçte Türk Anayasa Mahkemesi'nin performansı ve kararlarının niteliği, ülkemizdeki bireysel başvurunun etkinliğini ortaya koyacaktır. Etkisiz bir bireysel başvuru yoluna sahip olunması durumunda, kimi ülkeler ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde aynı değerlendirmeye tabii tutulmak kuvvetle muhtemeldir (Toprak, 2015: 35).

⁶ bkz. Anayasa'nın 148. maddesinde değişiklik yapan 5982 sayılı Kanun'un gerekçesi.

BÖLÜM 2: ANAYASA MAHKEMESİ'NDE BİREYSEL BAŞVURUYA KONU EDİLEBİLECEK TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

2.1. Genel Olarak

Anayasa'da koruma altına alınmış olan temel hak ve hürriyetlerin tamamı için AYM'ye, bireysel başvuruda bulunulamaz. AYM'ye bireysel başvuru kapsamında korunan hakları Anayasa'nın 148/3. maddesi, Türkiye'nin tarafı olduğu AİHS kapsamındaki haklar ile sınırlı tutmuştur. Bu madde hükmüne göre herkesin AİHS kapsamında bulunan ve Anayasa'da koruma altına alınmış olan temel hak ve hürriyetlerden herhangi birisinin ihlal kamu gücü kullanılarak ihlal edilmesi durumunda AYM'ye bireysel başvuruda bulunabileceği düzenlenmiştir (Hamdemir, 2018: 89).

1982 Anayasası'nın içeriğinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin açık olduğu bilinmekle birlikte, AİHS kapsamındaki temel hak ve hürriyetler söyleminin AİHS'e ek olan protokolleri de kapsayıp kapsamadığı yönünde tartışmaların vücut bulması mümkündür. Farklı tarihlerde yapılan yeni protokollerle AİHS ana metnindeki hak ve hürriyetlere bir kısım eklemeler yapılmıştır. Belirtilen protokoller 1., 4., 6., 7., 12. ve 13. Protokollerdir. Ayrıca 6216 sayılı Yasa'nın 45/1. maddesinde AİHS ve taraf olunan eki protokoller kapsamında olan ve 1982 Anayasası'nda koruma altına alınmış temel hak ve hürriyetlerden herhangi birisinin kamu gücüyle ihlal edilmesi halinde herkese AYM'ye bireysel başvuru hakkının tanındığı belirtilerek bu konudaki tartışmalar neticelendirilmek istenmiştir.

Mevzuattaki bu yenilik ilk bakışta Anayasa'daki düzenlemeyi genişletiyor gibi görünse de aslında tam tersine düzenlemeyi daraltmaktadır (Sağlam, 2012: 430). Anayasa'da yer alan formüldeki AİHS ile ek Protokollerin de kastedildiğini anlamak gerekir. Çünkü AYM'ye bireysel başvuru yolu, anayasalarda yer alan negatif statü hakları veya birinci kuşak hak ve özgürlükler diye adlandırılan klasik hak ve özgürlükleri korumayı amaçlayan bir kurumdur (Sağlam, 2012: 430).

Her ne kadar bireysel başvuru kurumu Anayasa'da belirtilen hakların ihlali halinde başvurulabilen bir kurum olsa da, bu haklar Anayasa'da düzenlenen hakların tamamını kapsamayıp, bu hak ve özgürlüklerden yalnızca AİHS'de koruma altına alınanların ihlali iddiasının bulunması halinde başvuru kabul edilebilirlik şartını sağlayabilecektir. Belirtilen metinlerdeki hak ve hürriyetler isim olarak benzerlik gösterse de bunların kapsamaları ile unsurları arasında kimi farklılıklar ortaya çıkabilmektedir.

Diğer yandan, belirtilen maddenin son fıkrasında ise bireysel başvuru kurumuna konu edilemeyecek tedbirlere yer verilmiş, başka bir deyişle hangi hususların bireysel başvurunun konusu olamayacağını düzenlemiştir (Şirin, 2018: 76). Bunlar 6216 sayılı Yasa'nın 45/3. maddesinde belirtilen yasama işlemleri, düzenleyici idari işlemler, Anayasa Mahkemesi kararları ve Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerdir.

AİHS, Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nden (İHEB) sonra, uluslararası konumda kişi hak ve hürriyetlerini belirleyen bir diğer önemli belge olarak bilinmektedir. AİHS, Avrupa Konseyi'nce hazırlanmış olup, Konsey üyesi olan devletler dışişleri bakanlarınca 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanmış ve 3 Kasım 1953

tarihinde yürürlüğe girmiştir (www.resmigazete.gov.tr/arşiv, 1954). AIHS, Roma'da imzalandığı için Roma Sözleşmesi olarak da anılmaktadır. Sözleşmede, klâsik hak ve hürriyetlerin tanımlarına da yer verilmektedir.

Sözleşme'yi esin kaynağı olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nden daha dar kapsamlı olmasına rağmen etkili, önemli ve daha gerçekçi kılan, Sözleşme'yi imzalayan devletlere sözleşmede belirtilmiş olan hak ve hürriyetleri sağlama ve koruma hususunda hukukî zorunluluklar getirilmiş olmasıdır (Toprak, 2015: 56).

Önemle belirtilmelidir ki Devletimiz AIHS eki olan protokollerden 4. ve 12. Protokollere taraf olmayıp belirtilen protokollerdeki haklar Devletimiz bakımından koruma kapsamı dışında bulunmaktadır. Belirtilen protokollerden 4. Protokol'ün 1. maddesinde borç nedeniyle hapis yasağını, 2. maddesinde serbest dolaşım özgürlüğü, 3. maddesinde vatandaş sınırdışı etme yasağı ve 4. maddesinde yabancıları topluca sınırdışı etme yasağını ihtiva etmektedir. 7. Protokol'ün 1. maddesinde yabancıların sınırdışı edilmelerine ilişkin usulü güvenceler, 2. maddesinde cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı, 3. maddesinde haksız mahkûmiyet için tazminat, 4. maddesinde aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırmama hakkı ve 5. maddesinde ise eşler arasında eşitlik ilkesine yer vermektedir. 12. Protokolde ise genel ifadeyle ayrımcılık yapılması yasaklanmaktadır.

AIHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu 1., 6. ve 13. Protokol'lerdeki hak ve hürriyetler protokollerin 2. maddesinde yaşama hakkı, 3. maddede işkence yasağı, 4. maddede kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, 5. maddede özgürlük ve güvenlik hakkı, 6. maddede adil yargılanma hakkı, 7. maddede cezaların yasallığı, 8. maddesinde özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı, 9. maddede düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, 10. maddede ifade özgürlüğü, 11. maddede dernek kurma ve toplantı özgürlüğü, 12. maddede evlenme hakkı, 13. maddede etkili başvuru hakkı, 14. maddede ayrımcılık yasağı yer almaktadır. Sözleşme'nin 1. maddesinde insan haklarına saygı yükümlülüğü, 15. maddesinde hak ve özgürlüklerin olağanüstü hallerde askıya alınmasının koşulları, 16. maddesinde yabancıların siyasal etkinliklerinin kısıtlanması, 17. maddesinde hakların kötüye kullanımının yasaklanması ve 18. maddesinde ise hakların sınırlandırılmasının sınırları belirtilmiştir.

Ülkemizin de taraf olduğu 1 No.lu Ek Protokol'de mülkiyet hakkı (m. 1), eğitim hakkı (m. 2) ve serbest seçim hakkı (m. 3); 6 No.lu Ek Protokol'de, ölüm cezasının kaldırılması (m. 1) ve savaş zamanında ölüm cezası (m. 2); 13 No.lu Ek Protokol'de ölüm cezasının kaldırılması (m. 1) düzenlenmektedir. 13 No.lu Ek Protokol ile ölüm cezası istisnasız olarak kaldırıldığı için ve Türkiye bu Protokole taraf olduğu için 6 No.lu Protokol'ün savaş zamanında ölüm cezasını düzenleyen 2. maddesi de artık Türkiye için uygulanabilir olmaktan çıkmış olup uygulanamaz hale gelmiştir (Hamdemir, 2018: 90).

Diğer taraftan bireysel başvuru kurumunu getiren yasa teklifi ve Anayasa Komisyonu raporu ile farklı ülkelerin deneyimleri nazara alındığında, bireysel başvuru konusu olabilecek hak ve özgürlüklerin tespit edilmesinde, aşağıda belirtilen ilkelerden hareket edilmesinin daha yararlı olacağı düşünülmektedir (Sağlam M., 2012: 304):

1. AYM tarafından, yaşanan çelişkileri ortadan kaldırmak için, hak ve hürriyetler listesini açık, tereddütsüz ve kesin bir şekilde ortaya koyacak içtihatlar geliştirebilir.
2. AYM hak ve hürriyetler listesini AİHM ve başka ülke deneyimleri nazara alınarak, sosyal ve ekonomik haklar alanına girmeden klasik haklarla sınırlı tutabilir.
3. AYM, bireysel başvuru yolundan alınacak neticelerle ülkemiz hakkında AİHM'e yapılan başvuruları ve neticesinde verilen mahkûmiyet kararlarını en asgari seviyeye indirme gayesini her daim güdebilir.
4. Netice olarak AYM işlevini sürdürebilmesi amacıyla, baş edebileceği bir iş yükü ile karşı karşıya bulunması gerektiği bilinciyle çalışmalıdır. Nitekim, ağır iş yükü altında işleyemez hale gelen ve kilitlenen bir Mahkeme, kendisinden beklenen işlevi yerine getiremeyeceği gibi başka görevlerini de gerektiğince icra edemeyecektir (Sağlam M., 2012: 304).

6216 sayılı Kanun'un ve 1982 Anayasası'nın benimsemiş olduğu yöntemle göre, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamında korunan hak ve hürriyetler, doğrudan AİHS ve buna ek ülkemizin taraf olduğu protokoller kapsamındaki hak ve özgürlükler değil, bunlara tekabül eden 1982 Anayasası'ndaki hak ve özgürlüklerdir. Bu nedenle AYM'ye bireysel başvuru yolu kapsamında korunabilecek olan hak ve özgürlükleri tespit ederken iki aşamadan geçmek gerekmektedir. Birinci aşama, AİHS ve buna ek ülkemizin taraf olduğu protokollerde yer alan temel hak ve hürriyetler ile bunların kapsamını tespit etmek ki bu temel hak ve özgürlüklerin kapsamını tespit ederken AİHM içtihatlarını da dikkate almak gerekmektedir (Sağlam F., 2012: 433-434). Zira çok uzun süreden beri Sözleşme'nin üstün ve bağlayıcı yorumunu AİHM yapmaktadır.

Bir temel hak ve özgürlüğün kapsamını belirlerken tabi ki Anayasa Mahkemesi kendisi bir yorum yapacaktır. Ancak bu yorumu yaparken AİHM içtihatlarını rehber edinmemesi durumunda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun işlevini yerine getirmesinde aksaklıklar oluşabilecektir. Bir başka ifade ile Anayasa Mahkemesi'nin, AİHM içtihatlarını dikkate almadan anayasal hakkın koruma alanını dar yorumlaması neticesinde vereceği kararlara karşı AİHM'e gidilmesi durumunda, Türkiye'nin AİHM önünde mahkûm olma ihtimali artacaktır. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin, AİHS ve buna ek protokollerdeki hakların kapsamını tespit ederken AİHM içtihatlarını dikkate alması kurumdan beklenen faydanın gerçekleşmesi ve en önemlisi insan hakları standartlarının yükselmesi için gerekli gözükmektedir. Nitekim AİHS'in gereği de budur. Ayrıca, Sözleşme'nin 46. maddesindeki AİHM kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt eden düzenleme de bu durumu desteklemektedir (Hamdemir, 2018: 91).

2.2. Anayasa'da Güvence Altına Alınmış Temel Hak ve Özgürlüklerden AİHS ve Ek Protokoller Kapsamında Yer Alan Temel Hak ve Özgürlükler

2.2.1. Yaşama hakkı

Yaşama hakkı, kişiye ait en temel haklardan biridir. Evrensel veya bölgesel uzlaşma ile oluşan belgelerde yaşama hakkının, insan hakkı olduğu vurgulanır. Evrensel kabul edilen BM İHEB'in 3. maddesi⁷, bölgesel bazda ise AİHS'in 2. maddesi buna örnektir.

Yaşama hakkı AİHS'in 2. maddesinde bağımsız bir hak olarak yer almaktadır. AİHS'in 2/1. maddesine göre herkesin yaşama hakkı yasayla koruma altına alınmış, mahkeme kararı ile ceza infazı haricinde hiç kimsenin kasten öldürülemeyeceği düzenlemiştir. Bu fıkra, esasen kasten öldürmeyi yasaklamakla beraber, ikinci fıkrayla beraber yorumlandığında, fıkranın taksirle adam öldürme fiillerini de kapsadığı görülmektedir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007: 157).

AİHS'in 2. maddesinde belirtilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi dışında kişinin yaşama hakkına dokunulamayacağı düzenlenmiştir. Daha sonraki zamanlarda ek Protokoller'de yapılan düzenleme ile, 2. maddenin ilk fıkrasında ölüm cezasına müsaade eden hüküm kaldırılmıştır. 6. Protokol sadece savaş ve çok yakın savaş tehlikesi hallerinde işlenen suçlarda ölüm cezasına izin verirken 13. Protokol, ölüm cezasını istisnasız olarak tümüyle hukuk düzeninden kaldırmıştır (Acu, 2014: 408).

Sözleşme'nin 2. Maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde, ölüm cezasının, birinci cümlede güvence altına alınmış olan yaşama hakkının istisnasını oluşturduğu belirtilmiştir. Fakat 6 ve 13 No.lu Protokollerle ölüm cezası yasaklandığı için bu Protokollere taraf olan devletler açısından bu istisnanın geçerliliği yoktur. Başka bir ifade ile bu Protokollere taraf olan devletler yaşam hakkını mutlak surette tanımış olacaklardır. Türkiye de bu Protokollere taraf olduğu için anılan istisnanın Türkiye açısından bir hükmü bulunmamaktadır (Hamdemir, 2018: 95).

AİHS'in 2. maddesinin ikinci fıkrasında yaşama hakkına karşı meşru karşılanacak müdahaleler sayılmaktadır. Şiddete karşı bireylerin korunmasını sağlama veya kanunlara uygun şekilde tutma ya da kanunlara uygun olarak tutulu olan birisinin kaçmasını önleme gibi nedenlerle kişilerin yaşama hakkına müdahale edilebilir. Bunun dışında ayaklanma ya da isyanı yasalara uygun olarak bastırmak da söz konusu maddede sayılan istisnai durum arasında yer almaktadır (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007: 157).

Belirtilen bu üç halde kuvvete başvurmak kesin bir zorunluluk haline gelmişse ve bu kuvvete başvurma sonucu ölüm olayı meydana gelmişse bu ölüm, birinci fıkranın ihlali sayılmaz. Ancak devlet görevlileri; meşru müdafaa, kaçmayı önleme ve ayaklanma veya isyanı kanuna uygun olarak bastırma durumunda, kesin bir zorunluluktan dolayı kuvvete başvururken ölçülü aştırmamalıdır (Hamdemir, 2018: 95).

AİHS'e taraf devletler arasında, günümüzde idam cezasını uygulayan herhangi bir devlet bulunmamaktadır. Taraf devletler, 1990'ların sonlarından itibaren idam cezası

⁷ Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 3. maddesi şöyledir : "Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır", <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf>. Erişim Tarihi: 04/03/2019.

uygulamasına son verip, 2000'li yılların başlarında iç hukuklarında idam cezasını kaldırmışlardır. AİHM'in yargılama yetkisinin bulunduğunu taraf devletler açısından son idam cezası, 1997 yılında Ukrayna'da tatbik edilmiştir. Avrupa'da şu an sadece Belarus'ta idam cezası bulunmakla beraber Belarus, halihazırda AİHS'ne taraf devletlerden biri değildir (Toprak, 2015: 61).

Diğer yandan ülkemizin Avrupa Birliği'ne üyeliği sürecinde, 7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 38. maddesinde yapılan değişiklik neticesinde ölüm cezası, Türk hukuk sisteminden tümüyle kaldırılarak, bu konuda AİHS ile tamamen uyumlu hale gelmiştir (Acu, 2014: 408).

Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrası taraf devletlere üç temel sorumluluk yüklemektedir. Bu sorumluluklar, birinci maddedeki ortak sorumluluk anlayışından kaynaklanmakta ve madde metninin birey lehine yorumlanmasıyla ortaya çıkmaktadır. Devlet öncelikle bireyi istisnai durumlar haricinde öldürmeme, bireylerin yaşama hakkını en etkili bir şekilde koruma, sağlama ve bu korumanın başarısız olduğu durumlarda yaşama hakkı sona eren kişinin ölümünün etkin bir şekilde soruşturulmasını sağlama yükümlülüğü altındadır. Böylelikle devlet ilki negatif, ikincisi pozitif ve üçüncüsü de usul niteliğinde üç farklı koruma yükümlülüğü altında bulunmaktadır (Hamdemir, 2018: 86).

Devlet görevlilerinin yukarıda belirtilmiş olan istisnai durumlar haricinde kişinin yaşama hakkını hukuka aykırı şekilde sona erdirmemeleri hali devletin negatif yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük sadece kasıtlı öldürme halini değil, maddenin ikinci fıkrasında yer alan istisnai hallerde ölçülülük ilkesine uyulmaması veya kişi hayatını tehlikeye atan davranışlar sonucu kusurlu olarak taksirle ölüme sebebiyet verilmesi durumunu da kapsamaktadır (Doğru, 2012: 6).

Yine devletin kişinin yaşama hakkını kişinin kendisinden ve diğer başka unsurlardan gelecek tehditler karşısında hukuk yoluyla koruması hali ise devletin pozitif yükümlülüğüdür. Belirtilen hususlarda devlet gerekli etkili olacak tedbirleri almalı, bu gibi fiiller için hukuk düzeninde etkili olacak ve caydırıcılık etkisi olan cezalar öngörmeli ve bu çeşit eylemleri yargılamaya yönelik ceza soruşturma ve kovuşturmasını etkin bir şekilde düzenlemelidir⁸. Devlet gerekli olan bütün önlemleri almış olmasına rağmen bireyin yaşama hakkını hedef alan saldırı meydana gelmişse pozitif yükümlülük bağlamında devletin sorumlu olduğunu kabul etmek mümkün değildir (Tezcan vd., 2010: 120-121).

Başka bir deyişle temel hak ve özgürlüklerin korunmasında devlete yüklenen pozitif yükümlülükte olumlu bir sonuç elde edilmesi şart değildir. Bu yükümlülük karşısında asıl olan devletin sahip olduğu imkânlar çerçevesinde ihlalin önlenmesi bağlamında elinden geleni yapmış olmasıdır. Devletin elinden geleni yapmasına karşın bir ihlal önlenememiş ise artık devleti pozitif yükümlülüğü çerçevesinde sorumlu tutmak mümkün değildir (Tezcan vd., 2010: 135).

Devlet usuli yükümlülüğü kapsamında, doğal olmayan yani şüpheli her türlü ölümü, etkili bir şekilde soruşturmak ve kovuşturmakla yükümlüdür. Bu kapsamda devlet soruşturma

⁸ Bkz. 3. Bölüm s. 119'da incelenen AYM kararı; Başvuru no.: 2013/7346, K.T. 17.02.2016.

için resen harekete geçmeli, soruşturma bağımsız ve tarafsız makamlar eliyle yürütülmeli, bütün deliller tarafsızca toplanmalı, soruşturma makul bir özenle yapılmalı, yine makul bir sürede tamamlanmalı, kamunun denetimine açık olmalı ve en azından mağdurların müdahil olmasına müsaade edilmeli ve soruşturma sonucunda sorumlular, caydırıcı yaptırımlar uygulanmak suretiyle çeşitli vasıtalarla cezalandırılmalıdırlar (Tezcan vd., 2010: 105-106). Aksi halde devlet yaşama hakkını koruma konusunda negatif ve pozitif yükümlüğünü yerine getirmiş olsa, başka bir deyişle kişiyi kendisi öldürmemiş ve korumak için imkânları dâhilindeki her türlü önlemi almış olsa dahi yetersiz soruşturma yapması durumunda AİHS'in 2. maddesini ihlal etmiş olacaktır. Hatta şahsın ölümüyle sonuçlanmayan ancak ölümüne sebebiyet verecek derecede fiziksel bir şiddete maruz kalması durumunda devlet, konu ile ilgili olarak etkili bir soruşturma yapmaz ise devletin 2. maddedeki usuli yükümlülüğünü ihlal ettiği kabul edilir (Hamdemir, 2018: 96).

Örneğin kişinin gözaltında bulunduğu esnadaki ölümler, devletin makul bir açıklama getirememesi durumunda gözaltındaki kaybolmalar AİHS'in 2. maddesindeki negatif ve pozitif yükümlülüklerin ihlalini oluşturmaktadır. Ancak gözaltındaki kaybolmalarda ya da kişinin gözaltındayken devlet tarafından öldürüldüğü gerekçesiyle devletin sorumluluğuna gidebilmek için makul şüphenin ötesinde gözaltında öldürüldüğü sonucuna varmaya yarayacak ikna edici somut çelişkiden uzak delillerin olması gerekmektedir (Hamdemir, 2018: 96).

1982 Anayasası'nda yaşama hakkı başlıklı bir madde yoktur. Ancak Anayasa'nın 17/1. maddesinde, yaşama hakkı diğer bazı haklarla birlikte düzenlenmekte ve bu hakkın istisna halleri de aynı hükmün dördüncü fıkrasında yer almaktadır. Birinci fıkrada yaşama hakkı ile kişinin maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı yer almaktadır. Belirtilen haklardan yalnızca yaşama hakkı, bireysel başvuru kapsamında iken diğerleri yani, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı bunun dışında tutulmuştur.

Anayasa'nın 15/2. maddesinde de; bazı istisnai haller dışında bireyin yaşama hakkına müdahale edilemeyeceği düzenlenmiştir. Anayasa'nın 17/4. maddesinde meşru müdafaa hali ile yakalama ve tutuklama kararlarının icra edilmesi gibi hallerde ve bir takım şartların mevcut olması halinde Yasa metninde belirtilen şekilde meydana gelen öldürme eylemlerinin, kişinin yaşama hakkını ihlal etmeyeceği hususu düzenlenmektedir (Acu, 2014: 409).

Anayasa'nın 17/4. maddesindeki son istisna dışında kalan ve Sözleşme'deki istisnalarla aynı olan diğer istisnaların meşru olabilmeleri için kanunun silah kullanılmasına cevaz verdiği zorunlu bir durumun olması ve silahın kanunun öngördüğü şekilde orantılı ve ölçülü bir biçimde kullanılmış olması başka bir deyişle AİHS'teki ifadesiyle "ölçülü" olması gerekmektedir (Hamdemir, 2018: 97).

Yaşama hakkının korunması çerçevesinde devam eden ve devletin sorumluluğunun tartışıldığı hususlardan biri de yaşamın başlangıcı ile ilgili kürtajdır. AİHM kürtaj konusunda, her bireysel başvurunun kendine has şartları içerisinde ebeveynlerin ve doğmamış çocuğun hakları, özgürlükleri ve menfaatlerini dengeleyecek bir biçimde değerlendirilmesi gerekeceğini vurgulamaktadır (Toprak, 2015: 61). Ayrıca bu hususta devletlere takdir yetkisi de verildiği içtihatlarla belirtilmektedir.

2.2.2. İşkence ve kötü muamele yasağı

AIHS'in 3. maddesine göre hiçbir birey insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza ve işkenceye tabi tutulamayacaktır. AIHS'deki bu madde kişilik onurunu ve kişinin bedensel bütünlüğünü mutlak surette korumayı amaçlamaktadır. Madde hükmü ile konulan yasak, mutlak olup istinası bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle bu yasağın herhangi bir istisnası olmadığı gibi, AIHS 15. maddesi bağlamında askıya alınması da söz konusu değildir. Ayrıca Sözleşme'nin 15. maddesinde, işkence yasağının kapsam dışında tutulduğu istisna olarak konulmadığı görülmektedir (Hamdemir, 2018: 98).

Belirtilen söz konusu maddede işkence ile birlikte insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele de düzenlemiştir. Sözleşme'nin üçüncü maddesinde üç ayrı kavram işkence yasağı kapsamında incelenmiş ve korunma kapsamına alınmıştır. Gerek uygulamada, gerek doktrinde bu üç ayrı kavram olan işkence, onur kırıcı ve insanlık dışı ceza ve muamelenin farkı somut bir şekilde açıklanmamış, ortaya konulmamıştır (Toprak, 2015: 66-67).

Mahkemeye göre bu üç temel kavramın arasında ağırlık, sonuç ve etki alanı itibariyle ciddi farklılıklar ortaya çıkmaktadır (Çor, 2008: 68). Bu açıdan işkence kavramı, bir nevi çatı kavram olarak da değerlendirilebilir (Toprak, 2015: 67).

Bu şekilde bir ayrıma gidilmesi, tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. İşkence söz konusu olduğunda tazminat miktarı diğer fiillere göre daha fazla olmaktadır (Toprak, 2015: 67).

AIHM, belirtilen 3. maddenin ihlalinin bahsedilebilmesi için ihlali meydana getiren şikayete konu olan fiilin belirli bir düzeye ve ağırlığa ulaşmış ve erişmiş olmasını aramaktadır. Fiilin niteliği, meydana geldiği ortam, süresi, bedensel ve ruhsal olarak mevcut ve devam eden sonuçları, mağdurun cinsiyeti, mağdurun yaşı ve sağlık durumu gibi kişisel özellikleri AIHM tarafından belirtilen asgari eşiğin aşıp aşılmadığının tespiti yapılırken dikkate alınmaktadır (Tezcan vd., 2010: 144).

Temel hak ve özgürlük ihlalinin meydana getiren söz konusu fiile işkence diyebilmek için önemli olan nokta, eylemin kamu görevlisi tarafından veya kamu görevlisinin bilgisi dahilinde gerçekleştirilmiş olmasıdır⁹. Fiili icra eden eğer kamu görevlisi değilse, bu durumda uluslar arası suç olan işkence suçunun mevcudiyetinden bahsedilemez. Fiilin niteliğine göre yasal düzenlemeler uygulanarak sorumlu olan kişi veya kişiler yargılanır (Acu, 2014: 412). Dikkat edileceği üzere işkence, resmi sıfatla hareket eden kamu görevlisi veya onun kullandığı ya da himaye ettiği bir fail tarafından, delil elde etmek, itirafa zorlamak veya cezalandırmak, korkutmak gibi bir amaçla mağdura kasten ağır acı ve ıstırap veren fiillerde bulunmak gibi üç temel unsurdan oluşmaktadır (Turabi, 2015: 295).

AIHS'e taraf devletlerin 3. madde kapsamında, işkence etmeme, insanlık dışı veya onur kırıcı ceza veya muamelede bulunmama negatif yükümlülüğü; bu tür davranışları önleme pozitif yükümlülüğü bu bağlamda gereken kanuni düzenlemeleri yapma ve önlenemeyen ihlalleri cezalandırmak ve 3. maddeye aykırılık iddialarını etkili bir şekilde soruşturma

⁹ Bkz. AYM kararı, Başvuru no.: 2013/2015, K.T. 04.11.2015.

hususunda usuli yükümlülüğü vardır (Tezcan vd., 2010: 132-135). Bu üç yükümlülükten herhangi birinin ihlali 3. maddenin ihlali anlamına gelir.

1982 Anayasası'nda "işkence yasağı" başlıklı ayrı bir madde yoktur (Hamdemir, 2018: 101). Ancak 17. maddesinde benzer kavramlarla işkence ve eziyet gibi fiiller açıkça yasaklanmıştır. Bunun dışında Anayasa'nın 38. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında işkence yasağına paralel olarak hiç kimsenin kendisini ya da yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ve bu hususta delil göstermeye zorlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. 1982 Anayasası'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının gerekçesinde de bu husus açıklanmıştır.

1982 Anayasa'sında düzenlenen bu yasak da AİHS'in 3. maddesindeki gibi mutlak bir yasaktır. Anayasa'nın 15/2. maddesinde bu yasağı ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Anayasa'nın 15. maddesindeki hükümlerin ihlali de tıpkı 17/3. maddenin ihlali olduğu gibi, devletin AİHS'in 3. maddesi kapsamında sorumluluğunu gündeme getirecektir (Hamdemir, 2018: 101).

2.2.3. Köle kılınmama ve zorla çalıştırma yasağı

Köle kılınmama ve zorla çalıştırma yasağı, Sözleşme'nin 4'üncü maddesinde yer almaktadır. AİHS'in 4. maddesinin 1. fıkrasına göre; "*Hiç kimse köle ve kul halinde tutulamaz.*" Bu fıkradaki kulluk ve kölelik yasağı mutlak niteliktedir. Herhangi bir nedenle bu yasağı istisna getirilmesi söz konusu değildir.

Kölelik, bireyin her türlü hak ve özgürlükten yoksun bir biçimde bir mal muamelesi görmesi ve mülkiyet hakkına konu olabilmesidir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007: 215). Kulluk da bireyin bir borç karşılığı ya da toprağı bağli olarak süresiz ve kendisinin son verme hakkının olmadığı bir ilişki altında çalıştırılmasıdır (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007: 215). Kölelikte, bireyin mülkiyet hakkına konu olması kullukta ise esasen mülkiyet hakkına konu olmamakla beraber bir hizmet ilişkisi çerçevesinde özgürlüğün önemli ölçüde ve süresiz olarak kısıtlanmış olması söz konusudur (Hamdemir, 2018: 102).

Anayasa'nın kölelik ve kulluk kavramlarına geçmiş dönemlere ait eski kavramlar olması nedeniyle yer vermediğı söylenebilir. Ancak 1982 Anayasası'nın 18. maddesi, günümüzde bu anlamda değerdendirilebilecek eylemleri yasaklayan bir düzenleme yapması nedeniyle, evleviyetle kölelik ve kulluğı yasaklamış olmaktadır¹⁰. Bu düzenlemeye göre: "*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz. Angarya¹¹ yasaktır.*"

Kölelik ve zorla çalıştırma yasağının düzenlendiğı AİHS'in 4. maddesinin 2 ve 3. fıkraları da şu şekildedir: "2. *Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.* 3. *Aşağıdaki haller "zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma" sayılmaz: a) Bu Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen koşullara uygun olarak tutulu bulunan bir kimseden tutulu*

¹⁰ Bkz. 3. Bölüm s. 118'de incelenen AYM kararı; Başvuru no.: 2012/615, K.T. 21.11.2013.

¹¹ Angarya TDK Güncel Sözlükte "*Bir kimseye veya bir topluluğı zorla, ücret vermeden yaptırılan iş, yükletti*" veya "*Kölelik düzeninde köylünün derebeyine yaptığı zorunlu ücretsiz hizmet*" olarak tanımlanmaktadır.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori=veritbn&kelimesec=16241. Erişim Tarihi: 05.03.2019.

bulunduğu sırada veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapması istenilen bir iş; b) Askerlik nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdani reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet; c) Toplumun yaşam ve refahını tehdit eden kriz veya afet hallerinde gerekli görülen her hizmet; d) Olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet." (Toprak, 2015: 69-70).

Sözleşme'nin 4. maddesinin ikinci fıkrasında ise Anayasa'da açıkça yer aldığı üzere zorla çalıştırma ve zorunlu çalışmaya tabi tutulma yasağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla Anayasa ve Sözleşme'nin bu yasağı benzer içerik ve açıklamalarla düzenlediği görülmektedir. Ayrıca Sözleşme'nin 4. maddesinin 3. fıkrasında zorla çalıştırma yasağının istisnaları düzenlenmiştir. Anayasa'da 18. maddede, bu yasağın istisnaları da Sözleşme'ye paralel bir şekilde kaleme alınmıştır.

AİHS'in 4/3. maddesinde sayılan haller zorla çalıştırma olarak kabul edilmez. Tutukluluk süresi içinde veya şartlı salıverilmesi süresinde olağan olarak yapılması istenen çalışma, askeri nitelikte bir hizmet veya askerlik görevi yerine yapılan bir başka kamu hizmeti, kriz ve afet hallerinde istenecek her hizmet, normal yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet bu istisnalar kapsamındadır (Toprak, 2015: 71).

Yukarıda da belirtildiği üzere 1982 Anayasası'nda kölelik ve zorla çalıştırma yasağı başlıklı ayrı bir madde yoktur. Onun yerine "zorla çalıştırma yasağı" başlıklı 18. madde vardır. 18. maddenin 1. fıkrasına göre; *"Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır."* Aynı maddenin 2. fıkrasında ise zorla çalıştırma ve angarya sayılmayacak durumlar yani 1. fıkranın istisnalarının neler olduğu belirtilmiştir. Buna göre; *"Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz."* (Anayasa, m. 18/2) (Hamdemir, 2018: 105). Kanun metnindeki "zor" kelimesi cebir zorunluluk, sıkıntı, üzüntü anlamlarında tanımlanmıştır¹². "Angarya" kelimesi bir kimseye veya bir topluluğa zorla ücret vermeden yaptırılan iş, yükletme, kölelik düzeninde köylünün derebeyine zorunlu yaptığı ücretsiz hizmet, olarak tanımlanmıştır. Zorunlu çalıştırma ile angarya terimleri hukuken eş anlamlı değildir. Zorunlu çalışma kavramı angaryadan daha geniş ve kapsayıcı anlam içermektedir (Acu, 2014: 413-414).

Görüldüğü üzere burada yani Anayasa'da AİHS, md. 4/3'te öngörülen dört istisnadan üçüne yer verilmiş; Sözleşme'nin üçüncü fıkrasının (b) bendinde öngörülen; *"Askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet"* şeklindeki istisnaya yer verilmemiştir. Ancak Anayasa'nın vatan hizmeti başlıklı 72. maddesine göre, *"Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir."* Anayasa'nın 72. maddesinin,

¹² Kelimenin daha geniş anlamı için; bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/>. Erişim Tairihi: 05.03.2019.

AİHS'in 4. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendinde öngörülen istisnaya tekabül ettiği söylenebilir (Hamdemir, 2018: 105-106).

AİHM'in Erçep/Türkiye¹³ kararında da zorunlu askerlik hizmetine alternatif olarak bir kamu hizmetinin öngörülmemesini 9. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.

Sözleşme ve 1982 Anayasası'nın zorla çalıştırma yasağı konusunda ilgili hükümleri göz önünde bulundurulduğunda her iki düzenlemenin de içerik bakımından oldukça uyumlu olduğu dikkat çekmektedir. Nitekim Devletin köleleştirme ve zorla çalıştırmayla etkili mücadeleyi mümkün kılacak kanuni ve idari çerçeveyi tesis etmemesi de netice olarak 4. madde kapsamında sorumluluğunu doğurur (Hamdemir, 2018: 105).

2.2.4. Özgürlük ve güvenlik hakkı

Kişi özgürlüğü fiziki olarak hareket edebilme, beden olarak gidip gelme, yer değiştirme özgürlüğüdür (Acu, 2014: 414). AİHS'in 5. maddesinde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı düzenlenmiştir. Maddede kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile bu hakka tanınan güvenceler belirtilmiştir.

AİHS'in 5/1. maddesine göre; "*1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz...*" Görüldüğü üzere, 5. maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesinde herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu belirtilmiş, akabinde ise bu hükmün istisnasını oluşturacak meşru durumların neler olduğu açıklanmıştır. Dolayısıyla 5. maddenin 1. fıkrasında öngörülen özgürlük hakkı mutlak bir hak olmayıp, aynı maddenin (a) - (f) bentlerinde öngörülen nedenler ile sınırlanabilir bir haktır. Buna karşın madde 5/1'de öngörülen güvenlik hakkı mutlak olup, kişiyi devletin keyfi müdahalelerine karşı korumayı amaçlamaktadır (Hamdemir, 2018: 106-107).

AİHS'in 5/1. maddesinde, kişi özgürlüğünün keyfi olarak sınırlanmaması için özgürlükten mahrumiyet hallerinin tahdidi olarak sayıldığı görülmektedir. Burada sayılanlar dışında bireyin özgürlüğünden mahrum bırakılması hukuka aykırı olacak, temel hak ve özgürlük ihlali oluşturacaktır.

AİHS'in 5. maddesinin 2. fıkrasında, özgürlüğü kısıtlanan kişinin haklarından bahsetmektedir. Buna göre; "*Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.*" Bu düzenlemenin amacı, kişinin neyle suçlandığını bilmesi ve 4. fıkra düzenlenilen itiraz hakkını ona göre kullanmasıdır.

AİHS'in 5. Maddenin 3. fıkrasına göre, yakalanan ve tutulu durumda bulundurulanan kişinin bir yargıç veya adli görevli önüne hemen çıkarıldıktan sonra, makul bir süre içerisinde yargılanma ya da serbest bırakılma hakkı, vardır¹⁴.

Yine AİHS'in 5. maddesinin 4. fıkrasında, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin, yoksun bırakılmanın kanuna uygun olup olmadığını bir mahkemeye başvurarak kısa bir

¹³ Bkz. AİHM kararı, Başvuru no: 43965/04, K.T. 22.11.2011.

¹⁴ Bkz. 3. Bölüm s. 118'de incelenen AYM kararı; Başvuru no.: 2012/1000, K.T. 18.09.2014.

süre içerisinde denetletmek hakkına yani hakkında verilen karara itiraz hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.

AİHS'in 5. maddesinin 5. fıkrası ise Sözleşme'nin 5. maddesi hükümlerine aykırı olarak gerçekleştirilen her yakalama ve tutuklu durumda bulundurulma işlemine karşı, işleminden mağdur olanların tazminat isteme hakkını düzenlemektedir. Dolayısı ile iç hukukta tazminat yolunun öngörülmemiş olması Sözleşme'nin ihlalini meydana getirecektir (Hamdemir, 2018: 107).

Kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı ile kastedilen, kişinin fiziksel özgürlüğünün gerçekleşmesine yönelik güvencelerin ortaya konulmasıdır. Sözleşme'nin 5. maddesinde açıklanan kişi özgürlüğü güvencesi ile bireyin fiziksel özgürlüğünü gerçekleştirmek amaçlanmaktadır.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, sadece ceza hukukuna bağlı sebeplerle örneğin tutuklama, gözaltına alma işlemleri gibi özgürlükten yoksun kılınmayı kapsamaz. Aynı zamanda akıl hastasının tedavi için bir yere kapatılması, bir küçüğün gözetim altında ıslahı gibi sebeplerle özgürlük yoksunluklarını da içermektedir. Öte yandan AİHM içtihatlarına göre özgürlükten yoksun bırakmanın varlığından söz edebilmek için kümülatif iki şartın bir arada bulunması gerekir (Doğru ve Nalbant, 2012: 367). Bunlardan birincisi bir kimsenin kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre için tutulması olan objektif şart, ikincisi ise kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmaya ilişkin geçerli bir rıza göstermemiş olmasına ilişkin subjektif şarttır.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, genel anlamda devlet organlarından kaynaklanan sınırlamalara karşı uygulanmaktadır (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007: 222). Adli, idarî ve askerî kurumların eylemleri nedeniyle bu özgürlük sınırlandığında, hak ihlali sebebiyle bireysel başvuru yoluna başvurulabilmektedir (Acu, 2014: 415).

Özgürlük ve güvenlik hakkı 1982 Anayasası'nın 19. maddesinde kişi hürriyeti ve güvenliği başlığı altında düzenlenmektedir. Söz konusu maddede yer alan hükümler AİHS ile paralel bir nitelik taşımaktadır. Ayrıca Anayasamızın 40. maddesinin 3. fıkrasında, bir kimsenin resmi görevliler tarafından haksız işlemler sonucu uğradığı zararın yasaya göre devletçe tazmin edileceği de düzenlenmektedir (Toprak, 2015: 77).

Anayasa'nın "temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanun ile sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 19. maddesindeki kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlanabileceği durumların şekil ve şartlarının yasada gösterilmesi kıstası, Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak yasa ile sınırlanabileceğine dair kural ile uyumludur (Toprak, 2015: 77).

Bunun yanı sıra Anayasa'nın 19. maddesinin 4. fıkrası, AİHS'in 5. maddesinin 2. fıkrasına; 19. maddenin 5. fıkrası, AİHS'in 5. maddesinin 3. fıkrasına; 19. maddenin 7. ve 8. fıkraları, AİHS'in 5. maddesinin 4. fıkrasına ve 19. maddenin 9. fıkrası ise AİHS'in 5.

maddesinin 5. fıkrasına tekabül ettiği görülmektedir. 19. Maddenin, kişinin yakalanması veya tutuklanması durumunda yakınlarına derhal haber verilmesini emreden 6. fıkrasına ise AİHS 5. maddesinde tekabül eden bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısı ile 19. maddenin 6. fıkrasındaki hükme aykırı hareket etmek AİHS'e aykırı olmasa dahi Anayasa'ya aykırı olacaktır (Hamdemir, 2018: 113).

2.2.5. Adil yargılanma hakkı

Adil yargılanma hakkı AİHS'in 6. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *"1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir."* (AİHS, m.6/1).

Maddenin 1. fıkrasından anlaşıldığı üzere, adil yargılanma hakkı; kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, makul bir süre içerisinde, hakkaniyete uygun ve aleni olarak yargılanmayı talep etme yetkisidir¹⁵. Sözleşme'nin ilgili maddesi, kişilerin adil yargılamayı talep etme yetkisinin, medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili nizalar ve cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara has olduğunu belirterek bu hakkı sınırlamıştır (Hamdemir, 2018: 115).

Sözleşme'nin 6. maddesinin ilk fıkrası, hem medeni hem de cezai nitelikteki uyuşmazlıklar açısından adil yargılanma hakkını tanımakta, ikinci ve üçüncü fıkraları ise sadece ceza muhakemesi alanında bazı ilkeler yanında, sanığın muhakeme sürecinde sahip olduğu hakları da belirtmektedir. AİHM'e göre, *"demokratik bir toplumda adaletin demokratik yönetimi hakkı öylesine öncelikli bir yer tutmaktadır ki... bu maddenin dar yorumu... onun amacına uygun düşmez"* (Özdek, 2004: 198). Sözleşme adil yargılanma hakkını, yalnızca *"medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kişinin kendisine yöneltilen suçlamalar"*, yani cezai nitelikteki uyuşmazlıklar bakımından tanıyarak bu hakkın uygulama alanını sınırlı tutmuştur. Nitekim AİHM uygulamasında bazı konular adil yargılanma hakkı kapsamı dışında tutulmaktadır. Bunlar: vergi ödeme yükümlülüğü, siyasi hak ve özgürlükler ve ülkeye giriş ve ikamet şartları ile yabancıların sınır dışı edilmesi ve vatandaşlık hakları gibi (Tezcan vd., 2010: 223).

Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası sadece mevcut görülmekte olan davalara has güvenceler getirmemekte, bunun yanı sıra bu güvencelerden gerçekten yararlanılmasının ön koşulu niteliğinde olan *"bir mahkemeye başvurabilme hakkı"*nı da içermektedir. Kural olarak mahkemeye başvurma hakkı mutlak hak olmayıp bu hakkın suiistimalini önlemek

¹⁵ Bkz. 3. Bölüm s. 120'de incelenen AYM kararı; Başvuru no.: 2013/2960, K.T. 23.03.2016.

için taraf devletler hakkın kullanımı konusunda çeşitli sınırlamalar getirebilirler. Ancak sınırlamanın hakkın kullanımını fiilen imkânsız kılar nitelikte olması ya da mahkeme önüne gitme yolunun tamamen kapatılması adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturur. Bu bağlamda yüksek yargılama masrafları nedeni ile kişinin fiilen mahkemeye başvuramaması, mücbir sebep veya olağanüstü durumlar nedeniyle başvuru sürelerinin kaçırılması durumunda eski hale getirme olanağının tanınmaması gibi bir mahkemeye başvurma hakkını engelleyen durumlar, 6. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturur (Tezcan vd., 2010: 205-206). Özetle, bir mahkemeye başvurma hakkı sınırlanabilir ancak bu sınırlamanın hakkın özüne dokunmaması gerekmektedir (Hamdemir, 2018: 118).

Adil yargılanma hakkı hukuk devletleri ve demokrasilerde hukukun üstünlüğünün hayata geçirilmesi açısından büyük öneme haiz bir kural olup hakkında en çok ihlal kararı verilen bir haktır (Ergül, 2012: 232-233). Adil yargılanma hakkı, yargılamaya ait usul kurallarını belirleyerek nesnel bir yargılama sonucunda adil bir karara varmayı teminat altına almak suretiyle hukuk devletinin temel unsurunu gerçekleştirmektedir. Adil yargılanma, beklenen sonuçtan çok, yargılama safahatını, sürecini ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle önemli olan kararın adil olup olmadığı yani neticesi değil, adil bir karar verilebilmesi için gerekli şartların sağlanıp sağlanmadığı usuli yükümlülöklere uyulup uyulmadığıdır. Yerel mahkemelerce herhangi bir önyargı taşınmaksızın yargılamada ileri sürölen tez, antitez ve bunların sübut unsuru olan delillerin iyi incelenmesi ve doğru bir şekilde değerlendirilmesidir (İnceoğlu, 2013: 209).

Adil yargılanma hakkı bütünüyle yargılama sürecini içerir. Bu ilke ve haklar ilk derece mahkemesi kadar istinaf ve temyiz incelemesi aşamalarını da kapsamakla birlikte bu aşamalar için de geçerli olup gözetilmesi gerekmektedir. AİHM'in istikrar kazanmış içtihatlarına göre yargılama bir bütündür; bu bütöünün belli bir noktasında ihlal edilen adil yargılanma hakkı, aşamaların birinde telafı edilmişse veya bu imkân tanınmışsa sözleşmeye aykırılıktan söz edilemeyecektir (İnceoğlu, 2013: 209).

Adil yargılama hakkı; silahlarda eşitlik ilkesi, çelişmeli yargılanma ilkesi, yargılamaya etkili katılma hakkı, delillere ilişkin ilkeler, davanın düzgün bir şekilde incelenmesi hakkı, gerekçeli karar haklarını kapsamaktadır. Adil yargılama yapabilmek için; yargı yeri önünde hak arama hakkı, yasalar ve yargı yerleri önünde eşit olma hakkı, kanunla kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkı, makul sürede ve gereksiz gecikme olmaksızın yargılanma hakkı, aleni duruşma hakkı, gerekçeli karar hakkı, hakkaniyete uygun yargılanma ile adil duruşma hakkı ve duruşmada hazır bulunma hakkı gibi hakların sağlanmış olması gerekir (Acu, 2014: 416).

Sözleşme'de yer alan güvenceler, Anayasa'da mevcut olsa da; Anayasa'daki adil yargılanma hakkı güvencesinin kapsamı, Sözleşme'deki adil yargılanma hakkı kapsamında göre daha geniş tutulmuştur. Anayasa'da adil yargılanma hakkı, bütün yargılamalar için geçerlidir. Oysa Sözleşme'de adil yargılanma hakkı güvencesi suç isnadı altındaki kişilerin yargılamaları ve kişisel haklara ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili yargılamalar ile sınırlı bulunmaktadır. Bunun anlamı ise, ceza muhakemesinde adil yargılanma hakkının sadece şüpheli ve sanıklar için geçerli bir hak olduğudur. Bu gibi

olaylarda müşteki, katılan veya suçtan zarar gören kişilerin adil yargılanma hakkını bireysel başvuruya konu etmeleri mümkün olmayacaktır (Şirin, 2018: 85).

1982 Anayasası da âdil yargılanma hakkı bakımından AİHS ile benzer düzenlemeler öngörmektedir. Ancak bu hakka ilişkin hükümler AİHS'de olduğu gibi tek bir maddenin çatısı altında bulunmamaktadır. Anayasa'nın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesi, sanık haklarına ilişkin hükmü ise, Anayasa'nın yasal hâkim güvencesi başlıklı 37.maddesine karşılık gelmektedir (Toprak, 2015: 90-91).

1982 Anayasası'nda da "bir mahkemeye başvurma hakkı" düzenlenmiştir. Anayasa'nın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesine göre; "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz*". Dolayısı ile AİHS'in, 6/1. maddesinin bu açıdan Anayasa'nın 38. maddesine karşılık geldiğini söyleyebiliriz. Anayasa'nın 37. maddesine göre; "*Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz*". Nitekim Anayasa'nın 142. maddesinde de; "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir*" hükmüne yer verilmiştir. Dolayısı ile AİHS'in, 6/1. maddesinin bu açıdan Anayasa'nın 37 ve 142. maddelerine karşılık gelmektedir (Hamdemir, 2018: 123).

Adil yargılanma hakkının temel unsuru olan bağımsız ve tarafsız mahkemelerde yargılanma hakkı, 1982 Anayasası'nın 138. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca hâkimlerin bağımsızlığını tesis etmek için onlara bazı güvenceler de tanınması gerekmektedir. Anayasa'da bu konu "hâkimlik ve savcılık teminatı" başlıklı 139. maddede düzenlenmiştir. Dolayısı ile AİHS'in, 6/1. maddesinin bu açıdan Anayasa'nın 138/1,2,3, 140 ve 141. maddelerine karşılık gelmektedir (Hamdemir, 2018: 123).

Anayasa'da makul sürede yargılanma ibaresine, açıkça yer verilmiş olmamakla beraber, bunun Anayasa'nın 36/1. maddesinde geçen "adil yargılanma hakkı" kavramı içerisinde olduğu söylenebilir. Bunun yanı sıra Anayasa'nın 141/4. maddesinde; "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir*" şeklinde bir hükme yer verilmektedir. Dolayısı ile AİHS'in 6/1. maddesinin bu açıdan Anayasa'nın 36/1 ve 141/4. maddelerine karşılık gelmektedir (Hamdemir, 2018: 124).

Açık yargılama ilkesi Sözleşme'nin yanında 1982 Anayasası'nda da güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 141/1. maddesine göre; "*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir*". Dolayısı ile AİHS'in, 6/1 maddesinin bu açıdan Anayasa'nın 142/1,2. maddesine karşılık gelmektedir (Hamdemir, 2018: 124).

AİHS'in 6. maddesinin 2. fıkrasında suçsuzluk karinesi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; "*Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır*." 1982 Anayasası'nda da suçsuzluk yani masuniyet karinesine yer verilmiştir. Anayasa'nın 38/4. maddesine göre; "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu*

sayılamaz". Dolayısı ile AİHS'in 6/2. maddesinin, 1982 Anayasası'nın 38/4. maddesine karşılık gelmektedir (Hamdemir, 2018: 124).

Yapılan açıklamaları özetlemek gerekirse, AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına, Anayasa'nın; hak arama hürriyetinin düzenlendiği 36. maddesi, kanuni hâkim güvencesinin düzenlendiği 37. maddesi, suç ve cezalara ilişkin ilkelerin düzenlendiği 38/4.,5.,6. maddesi, mahkemelerin bağımsızlığının düzenlendiği 138. maddesi, mahkemelerin bağımsızlığını tesis etmek için hâkimlik ve savcılık teminatının düzenlendiği 139. maddesi, hâkimlik ve savcılık mesleği ile ilgili bazı temel kurallara yer veren 140. maddesi, duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olmasını emreden 141. maddesi, mahkemelerin kuruluş, görev ve işleyişinin ancak kanunla düzenlenebileceğini belirten 142. maddesinin yerini tuttuğu görülmektedir (Hamdemir, 2018: 125-126).

2.2.6. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi

Suç ve cezaların kanuniliği kuralı, hukuk devletinin en temel kurucu unsurlarından olup bu kural ulusal ve uluslararası ve bütün insan hakları belgelerinde yer alan bir ilkedir.

5237 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde düzenlenen bu ilke, genel ifadelerle bir fiilin, kanuna göre suç kabul edilmemesi halinde bu fiile ceza verilemeyeceği ve bu fiilin kanunda öngörülenden farklı bir şekilde cezalandırılmayacağı şeklinde ifade edilebilir. Bu ilke, devletin cezalandırma yetkisini sınırsız ve keyfi bir biçimde kullanmasını önleyerek bireye devlet müdahalesine karşı güvence sağlar. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereği, hiç kimse kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; hiç kimse bir fiil için kanunda gösterilen ceza dışında bir ceza ile veya kanunda gösterilen cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaz.

Suç ve cezaların kanuniliği kuralı ilk olarak Fransız düşünür Montesquieu tarafından ifade edilmiştir. Bu ilke 1789 Fransız İnsan ve Yurttaşlık Hakları Bildirisinde de yer almıştır (Toprak, 2015: 99).

AİHS'in 7/1. maddesine göre; *"Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre bir suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkûm edilemez. Aynı şekilde hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez"*. Madde metninden açıkça anlaşılabilecek üzere, bir kimseye ancak işlediği zaman kanunen suç sayılan fiillerden dolayı ceza verilebilir. Keza bu halde kişiye verilecek ceza da suçun işlendiği zamandaki kanunun öngörmüş olduğu cezadan daha ağır ve yüksek bir ceza olamaz. Görüldüğü üzere AİHS'in 7/1. maddesinde, kanunsuz suç ve ceza olmaz ya da suç ve cezada kanunilik, diye ifade edilen evrensel bir hukuk ilkesi düzenlenmiştir (Hamdemir, 2018: 126).

Sözleşme'nin 7. maddesi, suç ve cezalarda yasallık ilkesini ilan ederek keyfi yargılama, mahkûm etme ve keyfi cezalandırmayı önlemeyi amaçlamaktadır. Bu madde maddi ceza hukukuna ilişkin bir güvence getirmektedir¹⁶. Nitekim ulusal makamların Sözleşme'nin 15. maddesi bağlamında olağanüstü dönemlerde dahi bu ilkeyi ve hakkı askıya alması mümkün değildir. Ayrıca AİHM suç ve ceza kavramlarının bağımsız niteliğine vurgu

¹⁶ Bkz. 3. Bölüm s. 121'de incelenen AİHM kararı; Başvuru no.: 59256, K.T. 2011.

yaparak onları ulusal hukuklardan farklı olarak algıladığını göstermiştir. Bir fiilin suç oluşturup oluşturmadığı, icrai ya da ihmali davranışın gerçekleştirildiği zamana göre belirlenmelidir (Koca ve Üzülmaz, 2011: 63).

Suç ve cezada kanunilik ilkesi, hukuk devletinin kurucu unsurlarından biridir. Kanunilik ilkesi, genel olarak bütün hak ve hürriyetlerin düzenlenmesinde temel bir güvence oluşturmanın yanı sıra, suç ve cezaların belirlenmesi bakımından özel bir anlam ve önemi haiz olup, bu kapsamda kişilerin kanunen yasaklanmamış veya yaptırıma bağlanmamış fiillerden dolayı keyfi bir şekilde suçlanmaları ve cezalandırılmaları önlenmekte, buna ek olarak, suçlanan kişinin lehine olan kanuni düzenlemelerin geriye etkili olarak uygulanması sağlanmaktadır (Toprak, 2015: 100).

Belirtmek gerekir ki AİHS'in 7. maddesinde geçen kanunilik kavramı, uluslararası hukuku da içine alacak şekilde tanımlanmıştır. Ayrıca maddedeki kanun kavramı ile kastedilen de, şekli anlamda kanunlar değildir. Olağan kanunlar yanında yazılı ve yazılı olmayan hukuku, AİHM kararlarını ve içtihat hukukunu da kapsamaktadır. Maddede geçen kanunilik kavramı özünde dört temel unsur barındırmaktadır. Bunlar: belirlilik, aleyhe olan kanunun geçmişe uygulanmaması, kıyas yasağı ve örf ve adete dayanarak yasal dayanağı olmayan suç ve ceza oluşturmanın yasaklanmasıdır (Tezcan vd., 2010: 269). Suç ve cezada kanunilik ilkesinde önemli olan hukukun ulaşılabilir ve öngörülebilir olmasıdır (Özdek, 2004: 218). Öngörülebilirlik ilgilinin gerekirse hukuki yardımdan da faydalanarak belirli eyleminin doğuracağı hukuki sonuçları değerlendirebilmesi anlamını taşımaktadır.

Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi sayesinde, suçlar ve bu suçlar karşısında uygulanacak cezalar önceden belirlendiği için kişi kendi fiillerine egemen olabilmek iktidarına sahip olmakta, başka bir ifade ile hangi hareketinin suç hangi hareketinin ise suç olmadığını bilebilmektedir. Böylece kişi yapmış olduğu hareketi sonucunda hangi ceza ile karşılaşabileceğini de öngörebilmektedir. Bu da kişi için önemli bir güvence oluşturmaktadır.

AİHS'in 7/1. maddesi hükmü sırf suçtan mahkûmiyet hallerine ilişkindir. Dolayısı ile suç teşkil etmeyen fiiller örneğin; disiplin cezaları, kabahatler ve tutuklama ya da güvenlik tedbiri gibi önleyici tedbirlerin uygulanması, infaz rejimine ilişkin kurallar, ceza hükmü içermeyen özel hukuk kanunları, idari kararlar ya da koşullu salıverilme şartlarına ilişkin yeni düzenlemeler bir ceza mahkûmiyeti sayılamayacağı için kural olarak madde hükmünün kapsamı dışındadır (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007: 327).

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine 1982 Anayasası'nda da yer verilmiştir. Anayasa'nın 38/1. maddesinde; *"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez"* hükmüne yer verilmiş, aynı maddenin 2. fıkrasında; *"Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır"* denilerek bu hükmün suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da cari olduğunu belirtmiştir. Başka bir ifade ile suç teşkil eden fiil işlendikten sonra yürürlüğe giren ve henüz dolmamış olan suç ve ceza zamanaşımı süresini uzatan veya mahkûmiyete, hükümlü aleyhine yeni sonuçlar

ekleyen kanunlar Anayasa'nın 38. maddesinin 1. fıkrasının ihlali anlamına gelecektir (Doğru, 2012: 34).

Yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde de kanunilik ilkesi Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak; *"Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz"* şeklinde açıklanmış, maddede ayrıca idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza oluşturma yasağı ile kıyas yasağına da yer verilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de belirlilik ilkesidir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gerekmektedir. Ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı yasaların koruyucu bir takım güvenceler içermesi gereklidir. Hukuk güvenliği, kuralların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini ve devletin de, kanuni düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntem ve açıklamalardan kaçınmasını gerekli kılar (Toprak, 2015: 101).

Anayasa'nın 38. maddesinin 3. fıkrasında ise; *"Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur"* hükmüne yer verilmek suretiyle suç ve cezaların kanuniliğine atıfta bulunulmuştur. Anayasa'nın 15/2. maddesinde ise savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde dahi suç ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla AİHS'in 7. maddesine Anayasa'nın 38/1.,2.,3. ve 15/2. maddelerinin karşılık geldiği söylenebilir (Hamdemir, 2018: 129).

Kıyas yapmak gibi modern ceza hukukunda yeri olmayan, cezaların yasallığı ilkesini zedeleyen yorum teknikleri de bu madde kapsamında yasaklanmıştır. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 2. maddesinin 3. fıkrası da ceza hukukunda kıyas yasağının yasal düzenlemesini oluşturmaktadır. Buna göre; *"...yasaların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz."* Böylece hukukumuzda kıyasa neden olacak şekilde genişletici yorum yapılamayacağı Türk Ceza Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiş ve yasaklanmıştır. Kıyas yasağı ile yargı organlarının ceza yasalarında yer alan fiillerin kapsamını genişletmeleri yasaklanmış bulunmaktadır (İnceoğlu, 2013: 288).

Sözleşme'nin 7. maddesinin ikinci fıkrasında İkinci Dünya Savaşı sonrasında savaş suçlularını yargılamak üzere kurulan mahkemeler düşünülerek ilk fıkradaki ilkenin *"uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel"* olmadığı ilan edilmiştir. 1982 Anayasası bu fıkayla benzer bir hükme ayrıca yer vermediğine göre, ikinci fıkranın bireysel başvuru kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün olmayacaktır.

2.2.7. Özel ve aile hayatına saygı hakkı

Özel hayat geniş bir kavram olup tümüyle kapsayıcı tanımının yapılması oldukça zordur. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlık olup bu koruma herkesin

istenmeyen müdahalelerden uzak, kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etmektedir (Toprak, 2015: 110). Özel hayatın gizliliği kavramının tanımlarındaki ortak hususun "*başkalarının öğrenilmesi istenilmeyen kişiye ait hususlar*" olduğu dikkat çekmektedir (Acu, 2014: 418).

AİHS'in 8/1. maddesine göre; "*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*". Bu hüküm ile kişinin özel hayatı, aile hayatı, konut donulmazlığı ve haberleşme hürriyeti güvence altına alınmaktadır. Devlet bu alana aynı maddenin 2. fıkrasında belirtilen istisnai durumlar dışında dokunmamakla yükümlü olduğu gibi, bu alana yapılabilecek müdahaleleri önlemek için gerekli tedbirleri de almakla yükümlüdür. AİHS 8/1. maddesinde korunan bütün kavramlar aslında bir bütün teşkil eden özel hayatın unsurlarıdır (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007: 331).

Maddenin düzenlemesinden anlaşılacağı üzere, özel hayata ve aile hayatına saygı, dört kategorideki hakları teminat altına almaktadır. Bunlar, özel hayata saygı, aile hayatına saygı, konuta ve haberleşme haklarına saygı olarak yer almaktadır. AİHM içtihatlarına göre, AİHS'in 8. maddesinin temel amacı bireyin, kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korunmasıdır (Öncü, 2013: 301). Bu maddede koruma altına alınmış olan bütün kavramlar esasen "özel hayat" kavramının birer unsurunu teşkil etmektedir.

Madde metninde düzenlemeye konu kavramların ya da özel hayat kavramının tanımı yer almamaktadır. Böylelikle de Mahkeme kararlarında somut uygulamaya göre bir uygulama ortaya çıkmış ve gelişen teknolojinin de etkisiyle karar çeşitliliği ve maddenin koruma kapsamı genişlemektedir. Devletin, kişinin başka insanların ilgi alanına müdahale etmeyen ve kendi şahsına yönelik tasarruflarına karşı koymuş olduğu kurallar özel hayata müdahale kapsamında değerlendirilmektedir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007: 331-332).

Devletin, kişinin bireysel davranışını ilgilendiren kurallar koyduğu her durumda özel hayata müdahalesi söz konusu olacaktır¹⁷. Bu müdahale AİHS'in 8. maddesinin 2. fıkrasınca meşru kılınmadığı sürece, Sözleşme'nin 8/1. maddesi ihlal edilmiş olmaktadır (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007: 334).

Aile hayatı için kan bağıının varlığı önemli olmakla beraber bu bağ tek başına aile hayatının varlığı için yeterli koşul oluşturmaz. Keza, kan bağıının olmaması da tek başına bir kişinin aile hayatı kavramına dâhil olmasını engellemez. Örneğin evlat edinme yoluyla kurulan ilişki de aile hayatı kavramına dâhil olabilir (Hamdemir, 2018: 132).

Aile kavramından bahsetmek için resmi niteliğe haiz bir evlilik ilişkisi aramayan Mahkeme, fiili birliktelikleri de bu kapsamda değerlendirmiştir. Mahkemenin fiili birliktelikleri tanınması ve bu kapsamda korumaya dâhil etmesi, devlet açısından o tip fiili birlikteliklere evlilik rejiminin sonuçlarından faydalandırma yükümlülüğü getirmemektedir. Para kazanma, çalışma hakkı veya vatandaşlık edinmek gibi sair sebeplerle yapılan kâğıt üzerindeki evlilikler, resmi şekle uygun bir şekilde kurulmuş olsalar dahi nitelik itibarıyla aile hayatı kavramının içine girmeyeceği için Sözleşme'nin koruma kapsamının dışında kalmaktadır (Hamdemir, 2018: 131).

¹⁷ Bkz. AYM kararı, Başvuru no.: 2013/6057, K.T. 16.12.2015.

Sözleşme'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında ise mutlak nitelikte kabul edilmeyen bu hakkın istisnaları ortaya konmuştur. Daha önce de belirtildiği üzere, AİHS'in 8/2. maddesine göre özel hayat, aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına yapılacak müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için bu haklara kamu otoritesi ancak kanunla öngörülmüş olmak koşuluyla, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve fıkra da belirtilen meşru nedenlerden birine yani ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi sebeplere dayanarak müdahalede bulunabilir (Hamdemir, 2018: 135).

Kanuna uygunluktan kasıt, ulusal hukukta müdahalenin yasal bir dayanağının olmasıdır. Müdahalenin meşruluğu onun ilgili maddelerin ikinci fıkralarında bulunan sebeplere dayanmasını ifade etmektedir. Müdahalenin meşruluğu için demokratik toplumda gereklilik unsuru aranmakta olup bunun içinde de müdahalenin meşru amacı gerçekleştirilmede orantılı olup olmadığı bakımından bir inceleme yapılmalıdır. Somut olay bağlamında hakka müdahale konusunda kamunun menfaati bireyin çıkarından daha üstün konumda bulunmalıdır.

AİHS'te özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı bir tek maddede düzenlenmişken 1982 Anayasası'nda buna karşılık gelecek birden çok madde bulunmaktadır. Herkesin, özel hayatına, aile hayatına, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyetine saygı gösterilmesi hakkı, 1982 Anayasası'nın da çeşitli maddelerinde güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın "özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddesine göre; "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*". Görüldüğü üzere bu maddede özel hayat ve aile hayatının dokunulmazlığı düzenlenmiştir. Özel hayat, bireyin kişiliğini geliştirip özgürce yaşayabileceği, diğer insanlarla ve dış dünya ile iletişim kurabileceği alandır. Aile hayatı, kişinin yakınları ile hayatını paylaştığı, devletin müdahale edemeyeceği kişilere özgü olan, şahıslarına ayrılmış alandır (Acu, 2014: 418).

Yine Anayasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrasında; "*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir*" denilmek suretiyle esasen özel hayat kavramına dâhil olan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ayrıca ve açıkça güvence altına alınmıştır. AİHS'in 8/1. maddesinde düzenlenen konuta saygı gösterilmesi hakkı, Anayasa'nın "konut dokunulmazlığı" başlıklı 21. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; "*Kimsenin konutuna dokunulamaz*" (Anayasa, m. 21/1). Konut, kişinin özel hayatını ve aile hayatını yaşadığı sınırlı ve fiziki olan mekandır (Acu, 2014: 418).

Yine AİHS'in 8/1. maddesinde düzenlenen herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı da Anayasa'da düzenlenmiştir. Anayasa'nın "haberleşme hürriyeti" başlıklı 22. maddesinin 1. fıkrasına göre; "*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır*" (Any., m. 22/1). Anayasa'da da özel hayat ve aile hayatına saygının sınırları Anayasa'nın 20. maddesinin 2. fıkrasında; konut dokunulmazlığı hakkının sınırları 21. maddenin 1. fıkrasında ve haberleşme özgürlüğünün sınırları ise 22. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında

da ifade hürriyetinin özel hayatı ve aile hayatını korumak amacıyla sınırlanabileceği belirtilmiştir (Hamdemir, 2018: 139).

Benzer şekilde Anayasamız da Sözleşme'ye oldukça yakın ifadelerle, her bir hakkı düzenlediği maddede (m. 20, 21 ve 22) haklara müdahalenin meşru nedenlerini ve usulünü, 13. maddede ise müdahalede uyulması gereken genel esasları detaylarıyla açıklamaktadır.

Haklara meşru sınırlamanın Anayasa'daki nedenlerine bakıldığında bunların; millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması olduğu görülmektedir (Any., m. 20/2; m. 21/1; m. 22/2). Bu meşru nedenler, AİHS'in 8/2. maddesinde de öngörülen meşru nedenlerdendir. Anayasa'nın 13/1. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı açıkça belirtilmiştir. Buraya kadar anlatılanlar hep birlikte değerlendirildiğinde, AİHS'in 8. maddesine Anayasa'nın 20, 21, 22, 26/2 ve 13. maddelerine karşılık geldiği sonucu ortaya çıkmaktadır (Hamdemir, 2018: 139).

2.2.8. Vicdan ve din özgürlüğü

Sözleşme'nin 9. maddesinin ilk fıkrasında vicdan ve din özgürlüğü tanınmış olup, din ve inancı değiştirme ile din ve inancı açığa vurma özgürlüğünün de hak kapsamında olduğu belirtilmiştir. AİHS'in 9/1. maddesine göre; *"Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir"* (Hamdemir, 2018: 140).

AİHM içtihatları ile vicdan ve din özgürlüğünün sınırları etraflıca tayin edilmiştir. Buna göre, inanç kavramı sözleşmenin 10. maddesindeki görüş veya fikir kavramlarından farklı yorumlanmaktadır. Mahkemeye göre bir görüşün inanç olarak nitelendirilebilmesi için iki ayrı şartın gerçekleşmesi gerekir. İlk olarak, görüşün belirli bir ikna edicilik, ciddiyet ve uyum seviyesini karşılaması gerekir. İkinci olarak, inancın insan yaşamının ve davranışlarının ağırlıklı ve önemli bir boyutuyla ilgili olması ve Avrupa demokratik toplumu açısından korumaya değer bulunması gerekir (Toprak, 2015: 112).

AİHS'in 9. maddesinin ilk fıkrasında herkesin vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğunu, herkesin din ve inancını değiştirme özgürlüğüne de sahip olduğunu, din ve inancını açığa vurma özgürlüğünü, bu hak kapsamında düzenlemiştir. Buradaki *"din ve inancı açığa vurma özgürlüğünü"* kişinin inancı nedeniyle davranışlarının dış dünyada algılanabilmesi, dışa vurması örneğin toplu ibadet yapma, ayin yapma, uygulama ve öğretme vb. olarak anlamak gerekmektedir. Kişinin inancını söz ile ifade etmesi, Sözleşme'de yer alan diğer haklar kapsamına girebilecektir. Bunlar; ifade özgürlüğü, özel hayata ve aile hayatına saygı, toplantı ve dernek özgürlüğü, vs. haklar olabilir (Acu, 2014: 420). Başka bir ifadeyle bu hak, din veya inancını değiştirme ve çeşitli şekillerde yani ibadet, öğretim, uygulama ve ayin gibi hallerde olduğu gibi açığa vurma ve yayma hak ve özgürlüğünü içermektedir (Hamdemir, 2018: 141).

AIHS'in 9/2. maddesine göre; "*Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir*" (Hamdemir, 2018: 142). Bu hakkın kişinin iç dünyasına bakan boyutu bireyin kalbinde ve zihninde olup bittiğinden devletin müdahale alanı dışında kalmaktadır. Ancak hakkın dışa bakan yönünün, din veya inancın ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmanın bazı sınırlamalara tabi olduğu açıktır. Nitekim ikinci fıkra din ve inancını açıklama özgürlüğünün belli sebeplere bağlı olarak sınırlandırılmasına izin vermektedir. Buradaki "*din ve inancı açığa vurma özgürlüğü*"nü, bireyin kanaatlerini davranışlarıyla dışa vurması misal olarak ayin yapma, uygulama ve öğretme vb. olarak anlamak gerekir.

Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen meşru sınırlama nedenleri 1. fıkra da belirtilen hak ve özgürlüklerin tümü için değil, 2. fıkra da açıkça belirtildiği üzere, din ve inancını açıklama özgürlüğü için geçerlidir. Başka bir ifadeyle din ve inancını açıklama özgürlüğü, 9. maddenin 2. fıkrasındaki meşru nedenlerle, demokratik bir toplumda zorunlu olan tedbirlerle ve kanunla sınırlanabilir (Hamdemir, 2018: 142).

Madde, sadece dini bir inanca sahip insanlar açısından koruma sağlamamakta aynı zamanda ateist, deist gibi farklı düşüncelere sahip insanları da koruma kapsamına almaktadır (Toprak, 2015: 113). Mahkemeye göre devlet dini çoğulculuk da dahil olmak üzere her türlü çoğulculuğun kaynağında yer almaktadır. Bu nedenle devlet başkalarına zarar verecek şekilde dini yorumlardan birine ağırlık ve ayrıcalık vermemeli, bir dini topluluğu aynı çatı altında birleştirme görevi olmadığını bilmeli ve dinler karşısında etkisiz ve tarafsız olmalıdır¹⁸. Devlet dini inançların ya da onları ifade biçimlerinin meşru olup olmadığı hususunda bir değer yargısı yürütmez, kanaat bildiremez ve o karşı görüşe sahip de olsalar dini toplulukların birbirilerine hoşgörü göstermelerini sağlamalıdır (Tezcan vd., 2010: 316).

Vicdan ve inanç özgürlüğüne, 1982 Anayasası'nda da yer verilmiştir. 1982 Anayasası'nın 24. maddesi, din ve vicdan hürriyetini düzenlemektedir. Anayasa'nın 24. maddesine göre; "*Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. ...Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz*" (Anayasa m. 24/1,3). Ayrıca Anayasa'mızın temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması başlıklı 15. maddenin 2. fıkrasında kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan dolayı kınanamayacağı belirtilmektedir (Toprak, 2015: 114).

Diğer yandan Anayasa, Sözleşme'ye paralel olarak dinin açığa vurulması konusunda bazı sınırlamalar getirmiştir. Bunlar: ibadet, dinî ayin ve törenlerin Anayasanın 14. maddesi hükümlerine aykırılık içermemesi, din ve ahlâk eğitim ve öğretiminin ilk ve ortaöğretim kurumlarında zorunlu dersler arasında olması ile dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar etmemedir (m. 24). Ancak Anayasa'da dini açığa vurma

¹⁸ Bkz. AYM kararı, Başvuru no.: 2014/256, K.T. 25.06.2014.

özgürlüğüne getirilen bu kısıtlamaların Sözleşme'de düzenlenenlerden oldukça farklı olduğu görülmektedir.

Anayasa'nın 14. maddesinde belirtilen meşru sınırlama sebepleri ise, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün bozulması, insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyetin ortadan kaldırılması ve Anayasa'da tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesi veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş sınırlanmasıdır. Ayrıca Anayasa'nın 24/5. maddesinde kimsenin siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama gibi özel bir amaçla, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemeyeceği, bu eylemlerin yasak olduğu belirtilmektedir. Yukarıdaki açıklamaların tamamı göz önünde tutulduğunda, AİHS'in 9. maddesine Anayasa'nın 24, 25, 15/2 ve 13 ve 14. maddeleri karşılık gelmektedir (Hamdemir, 2018: 142-143).

2.2.9. İfade ve düşünce özgürlüğü

Birden çok başka özgürlüğü bünyesinde barındıran ifade özgürlüğü Uran'a (2015: 88) göre, bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçıl yoldan açığa vurulması veya dış dünyada serbestçe ifade edilebilmesi olarak tanımlanmaktadır. İfade özgürlüğü, düşünce, kanaat ve inanç özgürlüğünü; düşünce, kanaat ve inancı açıklama ve yayma özgürlüğünü; bilgi edinme ve bilgiye ulaşabilme gibi hürriyetleri de kapsayan geniş bir özgürlük yapısı olarak nitelendirilmektedir (Uran, 2015: 88).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından demokratik toplum düzeninin temellerinden biri olarak görülen ifade özgürlüğü, Sözleşme'nin 10. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir (Şirin, 2018: 95): AİHS'in 10/1. maddesine göre; "*Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir*" (Hamdemir, 2018: 143). Düşünce ve ifade özgürlüğü hakkı, Anayasa ve sözleşmenin (AİHS) ortak koruma alanında yer almaktadır. Bu nedenle, bu hakkı ihlal eden eylem veya işlemler aleyhine bireysel başvuru yapılabilir¹⁹.

Sözleşme'nin 9. maddesinin 1. fıkrasında düşünce özgürlüğü, 10. maddesinde ise kanaat sahibi olma, bilgi ve kanaat açıklama, bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü, basın özgürlüğü, radyo ve televizyon yayıncılığı özgürlükleri koruma altına alınmıştır. Bu madde kapsamında fikirleri ifade etmek maksadıyla resimler, görüntüler veya eylemler gibi beş duyuya hitap eden ve diğer kişilerde farkındalık oluşturabilecek seviyedeki irade açıklama türleri de korunmaktadır. Bu açıdan ifade özgürlüğü sadece yazılı bir metnin veya bir konuşma ya da söyleşinin korunmasından çok daha geniş bir bakış açısıyla değerlendirilmelidir (Toprak, 2015: 119).

Sözleşmeye taraf olan devletler, bireylere serbestçe iletişim kurabilecekleri ve düşüncelerini özgürce yayabilecekleri bir ortamı sağlamak pozitif yükümlüğü altındadırlar. Devlet, özellikle ifade sahiplerine yönelik şiddet ve şiddet tehdidini ortadan kaldırmakla yükümlüdür.

¹⁹ Bkz. AYM kararı, Başvuru no.: 2013/8598, K.T. 02.07.2015.

Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan özgürlüklerin, maddenin 2. fıkrasındaki istisnalar saklı kalmak koşulu ile kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın kullanılması öngörülmektedir. Demokratik toplumlar açısından ifade özgürlüğü oldukça önemlidir. İfade özgürlüğü, kapsam olarak eleştiri hakkını da bünyesinde barındırmaktadır. Eleştiri hakkı olumlu ve olumsuz olmak üzere şekilde iki farklı şekilde tezahür edebilir (Toprak, 2015: 120). İfade özgürlüğü, 10. maddenin 2. fıkrasına tâbi olmak kaydıyla, sadece olumlu karşılanan ya da kimseye saldırgan gelmeyen veyahut insanların kayıtsız kalabildiği bilgi ve fikirler için değil, devlet veya halkın herhangi bir kesimi için saldırgan görünen, sarsıcı nitelik taşıyan ya da rahatsız edici olan fikirler için de geçerlidir (Hamdemir, 2018: 144). İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temel unsurları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık ilkelerinin var olması bakımından vazgeçilmez bir karakter taşımakla beraber sınırlamalardan muaf tutulmamıştır.

Sözleşme'ye göre ifade özgürlüğünün kullanılmasında birtakım sınırlamalar öngörülebilir. Bu durumlar ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün, kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin korunması olabileceği gibi, suçun önlenmesi, sağlığın, ahlâkın ve başkalarının ünü ve haklarının korunması da olabilmektedir (Toprak, 2015: 119).

AİHS'te her türlü ifade için gündeme gelecek tek bir sınırlama rejimi söz konusudur. Sınırlama sebepleri açısından yapılacak bir karşılaştırma sonucunda Anayasa'mızda mevcut olan Cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü gibi sınırlama sebepleri AİHS'in 10. maddesindeki meşru amaçlar arasında yer almamaktadır. Ancak AİHM bölünmez bütünlük kavramını "toprak bütünlüğü" şeklinde ifade edilen meşru amaç kapsamında görmektedir. Ayrıca Cumhuriyetin temel nitelikleri kapsamında gündeme gelen laiklik ilkesi de meşru amaç olarak değerlendirilmiştir (Toprak, 2015: 120).

İfade özgürlüğü, çeşitli yönleriyle 1982 Anayasası'nın bazı maddelerinde de güvence altına alınmıştır. 1982 Anayasası'nda ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek hak ve özgürlükler; düşünce ve kanaat hürriyeti (Anayasa m. 25), düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti (Anayasa m. 26), bilim ve sanat hürriyeti (m. 27), basın hürriyeti (m. 28), süreli ve süresiz yayın hakkı (m. 29)'dır. Anayasa'nın 30. maddesinde basın araçlarının korunması, 31. maddesinde kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı, 32. maddesinde düzeltme ve cevap hakkı, 83. maddesinde yasama dokunulmazlığı başlığı altında yasama sorumsuzluğu, 133. maddesinde "Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, radyo ve televizyon kuruluşları ve kamuyla ilişkili haber ajansları" başlığı altında radyo ve televizyon istasyonu kurma ve işletme hakkı düzenlenmiştir (Hamdemir, 2018: 145). Bunların dışında Anayasa'nın 74. maddesinde yer alan bilgi edinme hakkını da ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmek mümkün olabilecektir (Ulaş, 2013: 369). Görüldüğü üzere Anayasa'nın 26. maddesi AİHS'in 10/1. maddesine tekabül eden bir düzenleme içermektedir. Ancak AİHS'in 10/1. maddesinde, bu hakkın ülke sınırları gözetilmeksizin kullanılabilecek bir hak olması açıkça belirtilmiş olmasına rağmen bu husus Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilmemiştir (Hamdemir, 2018: 146).

Düşünce özgürlüğüne, 1982 Anayasası'nda da yer verilmiştir. 1982 Anayasası'nın 25. maddesi, düşünce hürriyetini düzenlemektedir. Anayasa'nın düşünce ve kanaat hürriyeti başlıklı 25. maddesine göre; "*Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz*" (Anayasa m. 25). Anayasa'nın 26. maddesinde ise düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti açıklanmaktadır (Toprak, 2015: 114).

İfade ve basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında, Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddelerinde özel sınırlama sebepleri yer almaktadır. Bu kapsamda Anayasa'nın 28. maddesinin 3. fıkrasında basın özgürlüğünün sınırlanması ile ilgili 26. ve 27. madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece basın özgürlüğü, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile ilgili genel hüküm niteliğindeki 26. maddedeki ve sanatsal ve bilimsel ifadelerle ilgili 27. maddedeki sınırlama rejimine tabi tutulmuştur. Basın özgürlüğüne yönelik diğer sınırlamalar ise 28. maddenin 4. ve izleyen fıkralarında yer almaktadır. 26. maddeye göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerinden birisi de başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut yasanın öngördüğü meslek sırlarının korunmasıdır.

İfade özgürlüğü konusunda devletin pozitif ve negatif olmak üzere yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında zorunlu olmadıkça ifadenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tüm tedbirleri almalıdır (Toprak, 2015: 122-123).

Yukarıda yapılan tespitler değerlendirildiğinde özetle AİHS'in 10. maddesine, Anayasa'nın 13., 26., 27., 28., 29., 30., 31., 32., 83/1., 130/4. ve 133/1. maddeleri karşılık gelmektedir (Hamdemir, 2018: 147).

2.2.10. Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü

AİHS'in 11. maddesinde örgütlenme özgürlüğü düzenlenmiştir. Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü, ifade hürriyetinin kolektif bir biçimde kullanılmasıdır. Bu sebeple Sözleşme'nin 11. maddesinde yer alan bu düzenleme ifade özgürlüğünün düzenlendiği 10. maddeye göre özel hüküm niteliği taşımaktadır (Toprak, 2015: 123).

AİHS'in 11/1. maddesine göre; "*Herkes asayışı bozmayan toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahiptir*". Hükümden de açıkça anlaşıldığı üzere bu maddede toplantı ve dernek kurma yani örgütlenme özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Bu iki özgürlük de demokratik devletin vazgeçilmez temel koşullarındandır (Hamdemir, 2018: 147).

Sözleşme'nin 11. maddesi iki özgürlüğü güvence altına almaktadır. Bunlar: barışçıl toplantı özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğüdür. Her ikisi de kişilerin ortak çıkarlarının korunması amacına dönük ve birbiriyle yakından bağlantılı olan haklardır.

Toplantı özgürlüğü, kamuya açık veya kapalı olan bir ortamda kişilerin bir fikri ve amacı açıklamak için bir araya gelmeleridir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007: 367). Madde metninde bahsedilen düzeni bozmayan ifadesi ile barışçıl niteliğe sahip, kamu düzenini bozmayan toplantılar kastedilmektedir²⁰. Devlet, bireylerin toplantılara katılma özgürlüğüne müdahale etmediği gibi, bu toplantının yapılmasından rahatsız olabilecek bir takım grupların müdahalesiyle toplantının engellenmemesi ve bu grubun toplantıya katılacaklara karşı herhangi bir zarar vermemeleri için gereken önlemleri almakla yükümlüdür (Doğru, 2006: 45).

Dernek, bir amaç etrafında iradi olarak bir araya gelen ve zaman içerisinde devamlılık gösteren bireylerin oluşturduğu bir topluluktur (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007: 369). Sendika kurma özgürlüğü ise daha geniş bir kavram olan örgütlenme özgürlüğünün özel bir biçimidir. Dolayısı ile dernek kurma özgürlüğü için geçerli olan kurallar niteliğine uygun düştüğü ölçü de sendika kurma özgürlüğü için de uygulanabilir. Keza siyasi parti kurma özgürlüğü de AİHM tarafından 11. maddedeki örgütlenme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir (Hamdemir, 2018: 148).

Örgütlenme özgürlüğünün iki boyutu vardır. Bu boyutlardan biri olumlu boyuttur, yani örgütlenme ya da bir örgüte katılma hakkı; diğeri ise olumsuz boyuttur, yani örgütlenmeye veya bir örgüte, derneğe katılmama hakkıdır. Başka bir deyişle bireyin üye olunacak dernek ya da sendika konusunda bir tercih hakkına sahip bulunmaması ya da bir derneğe veya sendikaya üye olmaya zorlanması AİHS'in 11/1. maddesinin ihlali anlamına gelir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007: 371).

AİHS'in 11. maddesinin 2. fıkrasından açıkça anlaşılacağı üzere barışçıl nitelikte toplanma özgürlüğü ile örgütlenme yani dernek, sendika ve siyasi parti kurma özgürlüğü, mutlak bir özgürlük olmayıp, bazı sınırlamalara tabidir. AİHS'in 11/2. maddesine göre; *"Bu hakların kullanılması, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel değildir."* Görüldüğü üzere toplanma ve örgütlenme özgürlüğü, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde, kanunla ve AİHS'in 11/2. maddesinde belirtilen meşru nedenlerinden birine dayanılarak sınırlanabilir (Hamdemir, 2018: 150).

1982 Anayasası'nda toplantı ve dernek kurma özgürlüğü farklı maddelerde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 33. maddesinde dernek kurma özgürlüğü ile ilgili düzenleme getirilirken, 34. maddesinde de toplantı ve gösteri yürüyüşü ile ilgili hükümlere yer verilmektedir. Söz konusu özgürlükle bağlantılı diğer Anayasa hükümleri ise şu şekilde sıralanabilir: Sendika kurma hakkı (Anayasa m. 51), toplu iş sözleşmesi yapma hakkı (m. 53), grev ve lokavt hakkı (m. 54), siyasî parti kurma, partilere üye olma ve üyelikten çıkma hakkı (m. 68), siyasî partilerin uyacakları esaslar bakımından siyasî parti özgürlüğü (m. 69) (Toprak, 2015: 124).

²⁰ Bkz. AYM kararı, Başvuru no.: 2013/2394, K.T. 25.03.2015.

Anayasa'nın 34/1. maddesine göre; *"Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir"*. Bu düzenleme, AİHS'in 11/1. maddesi ile paralel olan bir düzenlemedir. Anayasa'nın 34. maddesin 2. fıkrasında ise toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının mutlak bir hak olmadığı, bu hakka bazı koşullar altında müdahale edilebileceği düzenlenmektedir. Buna göre; *"Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir"* (AY., m. 34/2). Bu sınırlama sebepleri AİHS'in 11/2. maddesindeki meşru sınırlama sebepleriyle aynıdır. Dolayısı ile Anayasa'nın 34/2. maddesi, 13. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına, kanunla öngörülmüş olmak koşulu ile demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve Anayasa'da (m. 34/2) öngörülen meşru sebeplerden birine dayanılarak devlet tarafından müdahale edilebileceğini; bunun Anayasa ve AİHS'e uygun olacağını ifade edebiliriz (Hamdemir, 2018: 150).

Anayasa'daki güvencenin Sözleşme'den farklılık taşıyan dört ögesinin olduğu anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi; Anayasa'da dernek kurma özgürlüğü, önceden izin almaksızın kaydıyla düzenlenmiştir. Sözleşme'de ise böyle bir kayıt yoktur. İkincisi; Anayasa'da hiç kimsenin bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamayacağı ifade edilmiştir. Sözleşme'de böyle bir kayıt yoktur. Üçüncüsü; Anayasa'da silahlı kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirilmesi, mümkün görülmüştür. Sözleşme'de böyle bir kayıt yoktur. Dördüncüsü ise, Sözleşme'de sendika kurma hakkı aynı maddede ve aynı koşullarla düzenlenmiştir. Oysa Anayasa'da sendika kurma hakkı, ayrı bir maddede (md. 51) düzenlenmiş ve bu hakkın uzantısı sayılabilecek toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı (md. 53), grev hakkı ve lokavt hakkı (md. 54) da ayrıca düzenleme konusu yapılmıştır (Şirin, 2018: 98-99).

Sözleşme'nin ve Anayasa'nın örgütlenme ve toplantı özgürlüğü için kabul ettiği sınırlama nedenleri de birbiriyle benzerlik arz etmektedir (Toprak, 2015: 124). Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında AİHS'in 11. maddesine Anayasa'nın 13., 33., 34., 51., 53., 54., 68. ve 69. maddeleri mukabil olmaktadır.

2.2.11. Evlenme hakkı

Sözleşme'nin 12. maddesinde yer alan evlenme hakkına göre; *"Evlilik çağına gelmiş erkekler ve kadınlar bu hakkın kullanılmasını düzenleyen milli yasalarına uygun olarak evlenme ve aile kurmak hakkına sahiptirler"*. Sözleşme'nin 8. maddesi kurulmuş bir aileyi korurken, 12. maddesi ise evlenme ve aile kurma haklarını düzenlemektedir (Toprak, 2015: 128).

AİHS'in 12. maddesi ile devlete düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. Bu madde üzerinde devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Devletler evliliği, evlilik törenini ve hukuki sonuçlarını belirlemek bakımından geniş bir takdir alanına ve yetkiye sahiptirler. Ancak ulusal yasalar, aile kurma ve evlenme haklarının kullanılmasını, hakkın özünü

zedeleyici ve ihlal meydana getirici bir tarz ve ölçüde kısıtlamamalıdır²¹. AİHM içtihadına göre, Sözleşme'nin koruması altındaki evlilikler ancak tek eşli olan evliliklerdir (Doğru ve Nalbant, 2012: 539).

Her ne kadar bir başka fıkrada, bu hak için bir kısıtlama nedeni öngörülmemiş ise de maddenin kendi düzenlemesi içerisinde, bu hakka bazı sınırlamalar getirildiği görülmektedir. Bu sınırlamalardan biri evlenme çağına gelmiş olmak koşuludur. Evlenme hakkına ilişkin bir başka koşul ise bu hakkın kullanılmasının devlet tarafından ulusal yasalarda düzenlenmesi gerekliliğidir. Başka bir ifadeyle bu hakkın kullanılmasının kapsam ve koşulları Taraf Devletlerce ulusal kanunlarınca belirlenir (Hamdemir, 2018: 152).

Evlenme hakkının koruma altına alınmasındaki temel gerekçe, aile müessesinin başlangıcının evlenme fiili olmasından kaynaklanmaktadır. Evlenme hakkı bu sebepten dolayı karşı cinsten insanların evlenmesine yönelik olarak Sözleşme kapsamında bir koruma sağlamaktadırlar. İç hukukta hemcins insanların evlenmelerine dair bir yasa hükmü bulunmuyorsa, AİHM bu hemcins kişilerin evlenememelerini Sözleşme'ye aykırı bulmamaktadır. Sözleşme, evliliğin alenileşmesini, resmi bir şekilde yetkili makamlar önünde yapılmasını aramaktadır. Sözleşme'ye göre devletler, ulusal mevzuatında öngörmediği şekilde yapılmış dini evliliklere, resmi evliliğin bütün sonuçlarını tanımakla sorumlu tutamaz (Doğru ve Nalbant, 2012: 541).

1982 Anayasası'nda evlenme ve aile kurma, ayrı bir şekilde bir hak olarak düzenlenmemiştir. Anayasa'nın 20. maddesinde evlenme ve aile kurma hakkı değil, kurulmuş olan evlilikte "aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı" düzenlenmiştir. Keza 41. maddede de ailenin toplumun temeli olduğu belirtilmiş ancak evlenme hakkından hiçbir şekilde bahsedilmemiştir (Hamdemir, 2018: 153).

Anayasa'nın 41. maddesinde kurulmuş bir aile düzenini korumaya yönelik düzenleme yer alsa da, evlenme hakkını doğrudan düzenleyen bir Anayasal kural bulunmamaktadır. Genişletici yorum yapmak suretiyle 41. maddenin evlenme hakkını da koruduğunu söylemek, birey lehine faydalı olacaktır. Madde düzenlemesinin gerekçesinde; "*evliliklerin kurulmasını yaygınlaştırmak ve kolaylaştırmak*" ifadelerinin, Anayasa Mahkemesi önüne gelecek ihlale dayanan bireysel başvurularda evlenme hakkının normatif dayanağı olarak 41. maddenin kullanılmasının mümkün olduğu da düşünülebilecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre, aile kurumu özel olarak düzenlenmiş, anayasal güvenceye bağlanmış ve bu düzeyde korumaya alınmıştır.

Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi neticesinde, evlenme hakkının Anayasa tarafından koruma kapsamına alındığını söylemek mümkündür. Dolayısıyla evlenme hakkına ilişkin ihlal iddiaların Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla götürülmesi mümkün görülmektedir (Toprak, 2015: 130).

²¹ Bkz. AİHM kararı, Başvuru no.: 42971/05, K.T. 28.11.2006.

2.2.12. Etkili başvuru hakkı

Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'deki haklarından birinin ihlali iddiasını dile getiren kişinin, iç hukukta hak ihlalini ve sonuçlarını ortadan kaldıracak nitelikte bir başvuru yoluna sahip olmasını öngörmektedir. Nitekim etkili başvuru hakkı, AİHS ve eki Protokollerde öngörülen başka hükümlerle birlikte ileri sürülebilir. Bununla birlikte bu hak AİHS ve eki Protokollerde öngörülen haklardan birisinin de mutlaka ihlal edilmiş olmasını da şart kılmamaktadır. (Tezcan vd., 2010: 396).

AİHS'in 13. maddesine göre; *"Bu Sözleşmede tanınmış hak ve özgürlükleri engellenen kişi, engelleme resmi görevli kimselerce görevlerinin yerine getirilmesi sırasında yapılmış da olsa, ulusal bir makama fiilen başvuru hakkına sahiptir."* Etkili başvuru hakkının amacı Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden birinin ihlali halinde Sözleşme organlarından önce iç hukukta başvurulabilecek bir yetkili makamın oluşturulmasının güvence altına alınmasıdır (İnceoğlu, 2013: 439). AİHS'in sağlamış olduğu koruma istisnai yani ikincil nitelikte bir korumadır. Zira maddede de belirtildiği üzere AİHS'i imzalayan devletlerin en önemli yükümlülüklerinden biri, sözleşmeyi ihlal eden uygulamalardan mağdur olan bireylerin mağduriyetini gidermektedir (Toprak, 2015: 130-131).

Her ne kadar Sözleşme, taraf devletlere yükümlülüklerine uygun davranmaları için belirli bir takdir yetkisi tanıyor olsa da bu madde (AİHS m.13), yetkili ulusal makamların Sözleşme'deki haklar bakımından yapılan bir şikâyetin esasını ele almalarını ve uygun bir çözüm getirmelerini sağlayacak bir hukuki yol için iç hukukta bir düzenlemenin bulunmasını, etkili bir başvuru yolunun öngörülmesini zorunlu kılmaktadır. Aksi halde Mahkeme'ye başvuru için iç hukuk yollarının tüketilmiş olması koşulunun da bir anlamı kalmayacaktır. Sözleşme'nin 13. maddesinin bulunmasını gerektirdiği hukuki yol, kâğıt üzerinde yani teorik bir yol olmamalı, uygulamada da etkili ve etkin olan bir hukuki yol olmalıdır. Ayrıca hukuki yolun etkili olması için bu hukuki yolun kullanımının özellikle devlet görevlilerinin eylemleri veya ihmalleriyle haksız yere engellenmemesi de gerekir (Hamdemir, 2018: 153).

Bu madde çerçevesinde bireyin sağlanan korumadan faydalanabilmesi için sözleşmede düzenlenen bir hakkın ihlal edildiğine dair bir iddia ve başvuruda bulunması gereklidir²². İddianın sarîh olması zorunlu değildir. İtibar edilebilir, makul seviyede bir şüphe olması, iddianın dikkate alınması için yeterlidir. Bu madde, maddi hukuk açısından bir haktan ziyade usul hukuku açısından bir koruma sağlamaktadır (Hamdemir, 2018: 153).

1982 Anayasası'nın 40. maddesi, Sözleşme'nin 13. maddesindeki etkili başvuru hakkı ile paralel içeriğe sahiptir. Savunulabilir bir anayasal hak ihlali iddiasının ortaya çıkması halinde kişinin yani mağdurun yetkili makamlara başvuru hakkı, 40. madde çerçevesinde doğabilir. Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı, 40. maddeyi desteklemektedir. Nitekim 40. madde sadece devlet için değil başkaları tarafından anayasal bir hakkın ihlal edildiği kişiler için de uygulama

²² Bkz. AYM kararı, Başvuru no.: 2016/22418, K.T. 30.05.2019.

alanı bulabilir. Anayasa'nın 40. maddesi geciktirilmemeyi, Sözleşme ise etkililiği ön plana çıkarmıştır (İnceoğlu, 2013: 456).

Anayasa'nın 40. maddesi hükmü, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına dair genel bir hükümdür. Bu hükümden açıkça anlaşılacağı üzere tıpkı AİHS'in 13. maddesinde belirtildiği üzere, ihlali gerçekleştiren şahsın sıfatı önemli değildir. Eğer ihlali gerçekleştiren resmî görevliler ise doğan zarar Anayasa'nın 40/3. maddesi gereğince devletçe tazmin edilir. Maddede ayrıca Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu da belirtilmiştir. Anayasa'nın 36. maddesinde de hak arama hürriyeti düzenlenmiştir. Buna göre; *"Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir"*. Bu maddede esasen AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ilişkin bir düzenleme içermektedir. Buradaki düzenleme 40. maddedeki genel düzenlemeye nazaran daha özel bir düzenlemedir. Dolayısı ile 36. maddenin ihlalinin saptandığı durumlarda artık, 40. maddenin ihlal edilip edilmediğini tespit etmeye gerek kalmayacaktır (Hamdemir, 2018: 155).

Bireysel başvuru hakkının kapsamını belirlerken her iki metnin çakıştığı noktalar göz önünde bulundurulması gerektiğine göre, etkili başvuru hakkı ihlali iddiaları, Sözleşme'deki haklarla sınırlı olarak yapıldığı takdirde dikkate alınabilecektir.

2.2.13. Ayrımcılığa tabi tutulmama hakkı

AİHS'in 14. maddesi, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. AİHS'in 14. maddesine göre; *"Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır"*. Bu hüküm ile aynı ya da benzer durumda olanların, farklı muameleye, ayrımcılığa tabi tutulmaması gerektiği belirtilmektedir. Açıkça gösterilmemiş olmakla beraber bu husus, eşitlik ilkesinin bir neticesidir (Hamdemir, 2018: 156).

Uluslararası sözleşmelerde, iç hukuk düzenlemeleri ile devlet uygulamalarında kabul edilmiş bir esas olan ayrımcılık yasağına dair hükümlere büyük oranda temel hak ve hürriyetlerle ilgili sözleşmelerde rastlanmakla beraber kimi zaman da, *"Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin BM Sözleşmesi"*nde olduğu gibi sırf ayrımcılık yasağı konusunu içeren sözleşmeler de bulunmaktadır (Yıldız, 2012: 130).

Sözleşme'deki bir başka hak ve özgürlüğe yani ihlali durumuna bağlı olarak ileri sürülebilecek bu yasağın sınırlı bir uygulama alanı vardır. Bu nedenle ayrımcılığa uğrandığı iddia edilen hakkın Sözleşme ve Eki Protokollerde ele alınan bir hak olması zorunluluk oluşturmaktadır. Ancak bu hakkın ihlalinin kabulü için aynı zamanda AİHM'in konu bakımından yetkisindeki bir hakkın mutlaka ihlale uğramış olması gerekmemektedir. Bu eksikliğin giderilmesi amacıyla 12. Protokol'le genel bir ayrımcılık yasağı getirilmiş ancak Türkiye, 12. protokolü imzalamasına rağmen onaylamadığından bu protokol hükümleri yürürlüğe girmemiştir. Ayrımcılık yasağı hakkı Türkiye

bakımından halen sadece Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir haktır.

Sözleşme'nin 14. maddesi, sadece aynı ya da benzer durumda olanların Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerden yararlanma konusunda aralarında ayırım yapılmasını yasaklamamakta; hak ya da özgürlüğün kısıtlanması hususunda da ayırım yapılmasını yasaklamaktadır (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007: 402). 14. madde, Sözleşme ve Eki Protokoller'in diğer maddelerini tamamlayıcı niteliğe sahiptir. Bu maddenin bağımsız, kendi başına bir uygulama alanı yoktur. 14. maddenin ihlalinin söz konusu olabilmesi için, Sözleşme'deki diğer maddeler açısından ayrımcılığa yol açabilecek seviyede bir farklı uygulamanın söz konusu olması, bir mağduriyetin ortaya çıkması gerekmektedir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007: 401-402).

Aynı ya da benzer durumda olan bireylerin meşru bir amaç olmaksızın farklı muameleye tabi tutulmaları, 1982 Anayasası'nda da yasaklanmıştır²³. Anayasa'da ayrımcılık yasağı 10. maddede, kanun önünde eşitlik başlığı, altında düzenlenmektedir. Bu maddeye göre; *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malûl ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde yasa önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."* Ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak Sözleşme hükümleri ile Anayasa'mızda yer alan düzenlemelerin birbiriyle paralel şekilde düzenlendiği görülmektedir (Toprak, 2015: 134).

Anayasa Mahkemesi de Sözleşme ile ortak koruma alanında yer alan ayrımcılık yasağını, bağımlı şekliyle konu yönünden yetkisi içinde görmüştür. Şu hâlde, tek başına veya ortak koruma alanının dışında kalan bir hak yönünden ayrımcılık yasağının yani eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiası ileri sürülemez. Ayrımcılık yasağı yani eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiasının, mutlaka müşterek koruma alanında yer alan haklardan birinin ihlali bakımından ileri sürülmesi gerekmektedir (Şirin, 2018: 102).

Anayasa'nın 10. maddesi iç hukukta ve Anayasa'da tanınmış bütün hak ve özgürlükler için geçerli olmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu kapsamında 1982 Anayasası'ndaki bütün hak ve özgürlükler değil, sadece "Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki" hak ve hürriyetler korunduğu ve Anayasa Mahkemesi'ne bu haklar için bireysel başvuru yapılabileceği için 10. maddenin ihlali iddiası sadece bu hak ve özgürlükler yani bireysel başvuru kapsamında korunan hak ve özgürlükler bakımından dile getirilecek, ileri sürülebilecektir.

AIHS 14. maddesi hak veya özgürlüklerden yararlanma yani pozitif ayrımcılık yasağı ile hak veya hürriyetlerin kısıtlanması yani negatif ayrımcılık yasağını da içermektedir.

²³ Bkz. AYM kararı, Başvuru no.: 2014/256, K.T. 25.06.2014.

Nitekim ayrımcılık yasağı bir anlamda, negatif bir anlatımla, eşitlik ilkesinin ifade edilmiş şeklidir. Önemle belirtmek gerekir ki ayırım yapmamak mutlak olmayıp kimi zamanlarda eşit davranış sergileyebilmek için pozitif yönde ayrımcılık yapma gereği de duyulabilir (Yıldız, 2012: 133).

Son olarak belirtilmelidir ki hem AİHS'in 14. maddesindeki "veya herhangi başka bir durum bakımından" ibaresi, hem de Anayasa'nın 10. maddesindeki "ve benzeri sebeplerle" ibaresi, bu hükümlerde ayrımcılık için sayılan sebeplerin örnek kabilinden olduğunu; sınırlı sebepler olmadığını, sebeplerin çoğaltılabileceğini göstermektedir (Hamdemir, 2018: 158).

2.2.14. Mülkiyet hakkı

Mülkiyet hakkı, kişi ile eşya arasındaki ilişkiden kaynaklanan, hukuk düzeni tarafından eşya üzerinde kurulmasına izin verilen, korunup düzenlenen, en geniş hakimiyet hakkıdır. Mülkiyet hakkı mutlak haklardan olup kişi mülkiyet hakkına sahip olduğu eşyayı, kullanma, yararlanma, devretme, yok etme hakkına sahip olduğundan herkese karşı da bu hakkını ileri sürebilir. Aynı zamanda aynı bir haktır (Acu, 2014: 424).

1 No.lu Protokol'ün ilk maddesi, gerçek kişiler yanında tüzel kişilerin de sahip olduğu genel nitelikte bir hak olan mülkiyet ve ondan barışçıl bir şekilde yararlanma hakkını güvence altına almaktadır.

AİHS'in 1 No.lu Ek Protokolü'nün 1. maddesinde mülkiyetin korunması düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; *"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve kanunda öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir"* (AİHS, P1, m. 1/1). İlgili Protokolün 1. maddesinin 2. fıkrasına göre ise; *"Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri kanunları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez"* demektedir (AİHS, P1, m. 1/2) (Hamdemir, 2018: 167).

Mülkiyetin korunması konusunu düzenleyen 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin üç kural içerdiği görülmektedir. Maddenin 1. fıkrasında ortaya konulan iki kuraldan ilki, fıkranın birinci cümlesinde belirtilen, mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesi ilkesini ortaya koyan, genel nitelikteki kuraldır. İkinci kural, 1. fıkranın ikinci cümlesinde açıklanan, belli koşullarda, mal ve mülkten yoksun bırakılma konusunu ele alan kuraldır. Üçüncü kural ise maddenin 2. fıkrasında belirtilen, taraf devletlere mülkiyet hakkını genel yarara uygun şekilde düzenleme yetkisi veren kuraldır. Bunun yanı sıra 1. madde, herkese kendi mal ve mülk hakkının dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkını vermekle sınırlı olup, kişinin sadece mevcut bulunan mal ve mülküne uygulanabilir. Dolayısı ile bu madde vasiyetname ya da bağış yoluyla mülk edinebilme hakkını garanti altına almaz (Hamdemir, 2018: 167-168).

Mülkiyet hakkı Anayasal anlamda mutlak bir hak olmayıp, belli koşullar altında müdahale edilebilir bir haktır²⁴. Maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre mülkiyet hakkı, *"kamu yararı sebebiyle ve kanunda öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak"* sınırlanabilir (AİHS, P1, m. 1/1) (Hamdemir, 2018: 168). Anılan maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde kamu yararı amacıyla; 3. fıkrasında ise kamu yararı ve vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak amacıyla mülkiyet hakkının sınırlanabileceği açıkça düzenlenmiştir. Mahkeme kamu yararı kavramını geniş yorumlamakta bu da taraf devletlerin takdir yetkisini genişletmektedir. İkinci cümlede ayrıca sınırlamanın yasaya ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak yapılması gerektiği açıklanmıştır. Maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinde ise birinci kural yönünden açık ve belirli bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir.

Mülkiyet hakkının kapsamını taşınır ve taşınmaz mallar ile sınırlamamak gerekir. Somut ve soyut varlıklar, hisse senetleri, patent, telif hakları, gelir elde etme hakkı, enflasyondan kaynaklı zararlar, meslek icra etme hakkı gibi değerler de mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir (Doğru ve Nalbant, 2012: 651).

Anayasa'da mülkiyet hakkını güvence altına alan genel nitelikteki 35. madde yanında, mülkiyet hakkıyla ilgili özel nitelikte hükümler içeren maddeler de bulunmaktadır. Bu maddelerin hepsinin genel nitelikteki 35. madde ışığında ele alınıp yorumlanması daha yerinde olacaktır (Doğru, 2012: 57). Dolayısı ile bu maddelerde öngörülen müdahalelerin hepsinin hem 1 No.lu Protokol'ün 1/1. maddesinde hem de Anayasa'nın 35/2. maddesinde öngörülen meşru amaç olan "kamu yararı" amacını gütmesi, kanunilik şartını taşıması ve adil dengenin korunmuş yani amaç ile aracın makul bir orantılılık içinde bulunması gerekir (Hamdemir, 2018: 170).

Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesi: *"Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."* şeklindedir.

Anayasa'nın 35. maddesi ve 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi paralel ve benzer düzenlemelerle mülkiyet hakkına yer vermiştir. Anayasa'da mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı şeklinde hakkın kullanımına ilişkin genel bir ilkeye yer verilirken, ek protokolde ise devletlerin mülkiyeti kamu yararına düzenlemeleri ile vergiler ve diğer katkılar ile cezaların tahsili konusunda gerekli gördükleri kanunları uygulamaya koymalarının mülkiyet hakkının ihlali kapsamına girmediği belirtilmektedir (Toprak, 2015: 143-144).

Bu sınırlamaları getiren yasanın Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ilkelere uyularak çıkarılması zorunludur. Devlet mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olmaması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Anayasa Mahkemesi, norm denetimi çerçevesindeki kimi kararlarında mülkiyet hakkı yönünden yaptığı incelemede AİHM kararlarından yararlanmış ve madde metninde açıkça 'adil denge' ibaresine yer verilmemesine rağmen Anayasa'nın 13. maddesindeki '*orantılılık*' ilkesinden yola

²⁴ Bkz. AYM kararı, Başvuru no.: 2013/614, K.T. 25.06.2014.

çıkılarak yapılan sınırlamalarda kamu yararı ile kişinin menfaatleri arasında adil bir denge oluşup oluşmadığına bakarak bir sonuca varmıştır.

AIHS'te yer alan mülkiyet hakkı bağlamında onunla örtüşen düzenlemeler getiren 1982 Anayasası'nın 35. maddesi ve içtihat yoluyla hakkın kapsamına sokulan kamulaştırmaya ilişkin Anayasanın 46. maddesi bireysel başvurunun kapsamında bulunmaktadır.

1982 Anayasası'nda mülkiyet hakkı ile ilgili önemli bir hüküm de Anayasa'nın 38/10. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; "*genel müdasere cezası verilemez*".

Anayasa'ya göre mülkiyet hakkı, mutlak bir hak değildir. Buna göre; "*Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir*" (Hamdemir, 2018: 168).

2.2.15. Eğitim hakkı

Sözleşme'nin 1 No.lu Protokolünün 2. maddesinde düzenlenen eğitim hakkı, sosyal hak niteliğinde olması nedeniyle, diğerlerinden farklı olarak negatif bir biçimde formüle edilmiştir. Buna göre; "*Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir*" (AIHS, P1, m. 2). Bu madde, iki ana kural içermektedir. Birinci kural, maddenin ilk cümlesinde belirtilen, herkese öğrenim hakkının tanınmasıdır. İkinci kural ise maddenin ikinci cümlesinde belirtilmektedir. Buna göre, devlet, maddenin birinci cümlesinde belirtilen fonksiyonunun yerine getirirken, ana ve babanın dini ve felsefi inançlarına saygı göstermek mükellefiyetindedir (Hamdemir, 2018: 171).

Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. cümlesiyle, eğitim hakkını reddetmemeyle bağlanan Sözleşmeciler Devletler, yetki alanlarındaki herkese belli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına erişim hakkını ve tamamladığı eğitim çalışmalarının resmi olarak tanınması yoluyla alınan eğitimden yararlanma hakkını vermektedirler²⁵. 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesi genelde temel eğitime ilişkin olmakla beraber, bu madde yükseköğretime de uygulanabilir. Ancak yükseköğretime erişimin sınırlanması bu maddeye aykırılık teşkil etmez. Başka bir deyişle bu madde mutlak surette yükseköğretime uygulanmayabilir (Doğru, 2012: 63). Temel eğitimin belli yaş grubundaki çocuklar için zorunlu tutulması da 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesine aykırılık teşkil etmeyecektir (Gözübüyük & Gölcüklü, 2007: 434).

1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin 1. cümlesiyle güvence altına alınan eğitime erişim hakkı, kullanımı devlet tarafından, zamana, mekâna ve toplumsal ihtiyaçlara göre değişiklik gösterebileceği için düzenlenebilir bir haktır (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007: 433). Protokol ile eğitim hakkının güvenceye alınmasının yanı sıra eğitim hakkı ile bağlantılı diğer haklar da güvence altına alınmaktadır. Bu madde eğitimden yoksun bırakılmama hakkı, ebeveynin tercihlerine saygı hakkı, ebeveynin dini veya felsefi tercihi, ebeveynin dil tercihinin de kapsamaktadır. Ülkemizde gündeme gelen ana dilde eğitim sorunu bu madde kapsamında değerlendirilmektedir (Toprak, 2015: 147).

²⁵ Bkz. AYM kararı, Başvuru no.: 2015/269, K.T. 22.11.2018.

Anayasa'da ise bu özgürlük, çok daha ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesine göre; "*Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz*" (AY., m. 42/1). Ancak, 42. maddede, devletin, eğitim ve öğretim alanındaki yükümlülüğünü yerine getirirken, ana ve babanın dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakkına yer verilmemiştir. 42. maddenin 3. fıkrasında eğitim ve öğretimin, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı; 5. fıkrasında ilköğretimin bütün vatandaşlar için zorunlu olduğu; 8. fıkrasında Türkçe'den başka hiçbir dilin, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamayacağı ve öğretilmeyeceği belirtilmiştir. Burada ulusal dilde değil ana dilde eğitim güvence altına alınmış ancak anadil, sadece "Türkçe" ile sınırlanmıştır (Doğru, 2012: 63).

Diğer yandan Türkiye, 1 No.lu Protokol'ü onaylarken 2. maddeye çekince koymuş ve 3 Mart 1924 tarihli ve 430 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanunu hükümlerini saklı tuttuğunu ayrıca bildirmiştir. Esasen Anayasanın 174. maddesi uyarınca, Tevhid-i Tedrisat Kanunu'nun hiçbir hükmü Anayasa'ya aykırı olarak anlaşılamaz ve yorumlanamaz.

Anayasa'nın, "Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz" şeklindeki 42/1. maddesi, eğitim hakkını düzenleyen genel nitelikteki hükmü içermektedir. Bunun yanı sıra Anayasa'da eğitim hakkı ile ilgili olarak özel hükümler içeren bazı başka maddeler de bulunmaktadır. Anayasa'nın din kültürü ve ahlak öğretiminin devletin gözetimi altında yapılacağını ve ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer aldığını belirten 24/4. maddesi ve yükseköğretim kurumlarını düzenleyen 130. maddesi, eğitim ve öğrenim hakkı ile ilgili özel hükümler içeren diğer maddelerdir. Bu maddelerin Anayasa'nın konuyu düzenleyen genel nitelikteki 42. maddesi ve 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesi ve AİHM içtihatları ışığında yorumlanması gerekir (Hamdemir, 2018: 173).

2.2.16. Serbest seçim hakkı

Serbest seçim hakkı, Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 3'üncü maddesinde düzenlenmektedir: Bu maddeye göre; "*Yüksek Sözleşmeciler, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde makul aralıklarla gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler*" (AİHS, P1, m. 3). Maddenin ifade şekli, özellikle Taraf Devletlerin, yasama organlarını hür seçimlerle oluşturma mükellefiyetinin bulunduğu altını çizmektedir. Bu ifadelerin altında yatan neden, üstlenilen taahhüde daha büyük bir ağırlık kazandırma isteğidir. Yoksa maddenin bu ifade tarzından, sadece Taraf Devletlere pozitif bir yükümlülük getirdiği sonucu çıkarılmamalıdır. 3. maddenin ifade tarzı, Taraf Devletlerin pozitif yükümlülüğüne vurgu yapmakla beraber, maddede esasen yasama organı seçimlerinde, seçme, oy kullanma ve seçilme, aday olma hakkı güvence altına alınmaktadır (Hamdemir, 2018: 174).

Seçimin serbest olması demek, seçmenin belli bir yönde oy kullanma zorunda bırakılmaması; meşru olmayan yöntemlerle belli bir yöne sevk edilmemesi demektir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007: 438). Ayrıca bu kavram, seçmenin kimin için oy kullanacağı konusunda bir görüş oluşturma hürriyetini de içerir (Doğru, 2012: 67). Seçimlerin temel özelliği, seçmene birden fazla tercih hakkı sunmalarıdır. Dolayısı ile

gerçek bir seçimden bahsedebilmek için birden fazla tercih konusunun/adayın olması gerekir. Dolayısı ile tek partili seçim olmaz (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007: 438-439). Seçmen tercihini hiçbir baskı altında kalmadan serbestçe yapabilmelidir. İşte bunu gerçekleştirmenin en önemli yolu da gizli oydur. 3. maddede ortaya konulan bir başka ilke de serbest seçimlerin makul aralıklarla yapılmasıdır. 3. Madde bütün vatandaşların seçme ve seçilme hakkını kullanırken eşit muamele görme hakkını da içermektedir. Dolayısı ile herkes, eşit oy hakkına sahip olmalıdır (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007: 438). Ayrıca, seçimlerin bir anlam ifade edebilmesi için seçim sonuçlarının güvenilir olması gerekir. Bunun da açık sayım ve döküm ilkesi ve seçimlerin yargı denetimine tabi olmasını da gerektirdiği söylenebilir (Hamdemir, 2018: 175).

Serbest seçim hakkı, Sözleşme'nin güvence altına aldığı yegane siyasi haktır. Bu madde, devletlere belirli bir seçim sistemini kabul etme yükümlülüğü getirir tarzda yorumlanamaz. Bu düzenlemedeki koşullara uymak kaydıyla, devletler seçim sistemini belirleme noktasında serbesttirler. Bu madde kapsamında devletlerin bir takım sorumlulukları bulunmaktadır²⁶. Seçimler halkın kanaatlerini özgürce açıklamasını sağlayacak koşullar içerisinde gerçekleştirilmelidir. Bu madde ile demokratik bir devlet yapısının temel taşını oluşturan serbest seçim hakkı güvence altına alınmıştır. Böylece yasama organının hür seçimlerle oluşturulması kuralı devletlere yüklenmiştir. Bireyler, yasama organı seçimlerinde oy kullanmak ve aday olmak hakkına sahiptirler (Toprak, 2015: 148).

Anayasa'da serbest seçim hakkı bütün seçimler için geçerli olan bir hak olmasına rağmen Sözleşme'de bu hak yasayıcı seçimleriyle sınırlı olarak tanınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilk elden kural koyma yetkisine sahip olmayan organlara ilişkin seçimleri, yasayıcı seçimi olarak kabul etmemektedir. Bu bağlamda Mahkeme, ulusal parlamento seçimlerini, federe devletlerdeki seçimleri ve Avrupa Parlamentosu seçimlerini yasayıcı seçimi olarak görmüş; fakat belediye seçimlerini, meslek örgütü seçimlerini, devlet başkanı seçimlerini ve referandumları yasayıcı seçimi olarak görmemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki yaklaşımına bakıldığında siyasi parti kongresi, meslek odası, yerel yönetimler ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri ile referandum bağlamında ileri sürülen serbest seçim hakkı ihlallerini, konu yönünden yetkisizlik, gerekçesiyle incelemediği ve reddettiği görülmektedir (Şirin, 2018: 106-107).

Serbest seçim hakkı, Anayasa'nın 67. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasanın 67. maddesi; "*Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halk oylamasına katılma hakkına sahiptir*" şeklindedir. Anayasa'nın 67. maddesinde de seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma hakkı güvence altına alınmıştır. Seçimler ve siyasi haklar Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurlarıdır. Anayasa'nın 67. maddesinin 1.fıkrasında yer alan haklar demokrasiyi hayata geçirme hedefi ile doğrudan bağlantılıdır (Toprak, 2015: 148).

²⁶ Bkz. AYM kararı, Başvuru no.: 2017/20127, K.T. 07.06.2017.

Seçme hakkının sınırlandırılmasına izin veren AİHM, bu sınırlamaların neler olduğunu belirlemeyi taraf devletlere bırakmıştır. 1982 Anayasası'nın 67/3,5. maddesine göre; "18 yaşını doldurmayanlar, silah altında bulunan er ve erbaşılar ile askerî öğrenciler, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar" (AY., m.67/3-5).

Anayasa'nın 67/6. maddesine göre; "Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir". Aynı maddenin 7. fıkrasına göre; "Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz" (AY., m. 67/7). Bunlar serbest seçim hakkına yapılan müdahaleler için meşru amaçlar olarak kabul edilebilir.

Yasama organının seçimine ilişkin hükme ise Anayasa'nın 75. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre; "Türkiye Büyük Millet Meclisi genel oyla seçilen altıyüz milletvekilinden oluşur" (AY., m. 75/1). Anayasa'nın 77/1. maddesinde de "Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri beş yılda bir aynı günde yapılır" hükmüne yer verilmiştir. 76. maddede milletvekili seçilme yeterliliğine ilişkin koşullara; 78. maddede, TBMM seçimlerinin geriye bırakılması ve ara seçimlerine ve 79. maddede, seçimlerin genel yönetimi ve denetimine ilişkin hususlara yer verilmiştir. Bu nedenle buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında, 1 No.lu Protokol'ün serbest seçim hakkını düzenleyen 3. maddesine, Anayasa'nın 67., 75., 76., 77., 78. ve 79. maddeleri mukabil olmaktadır (Hamdemir, 2018: 176).

2.3. Bireysel Başvuruya Konu Yapılamayacak İşlem ve Kararlar

2.3.1. Genel olarak

Bireysel başvuru hakkının konusu ile ilgili olarak Anayasa'nın 148/3. maddesinde; "herkes, ...kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir", bu bağlamda 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinde ise; "Herkes,...kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir" denilmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise "ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal..."den söz edilerek bireysel başvurunun konusunun kamu gücünden kaynaklanan eylem, işlem ve ihmallerin oluşturduğu belirtilmektedir. Ancak gerek Anayasa'da gerekse yasada kamu gücünden kaynaklanan bütün eylem, işlem ve ihmallerle karşı bireysel başvuru yolunun açık olmadığı anlaşılmaktadır. Zira Anayasa'nın 148/3. maddesinde; "başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır" denilerek bireysel başvuruya ilişkin ilk koşul belirlenmiştir. Devamla ikinci fıkrada "bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz" denilmek sureti ile bireysel başvuru hakkının kapsamı somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda 6216 sayılı Kanun bireysel başvurunun sınırlarını tamamen somutlaştırmış ve hatta daraltmıştır. Kanun'un 45. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında hangi işlem ve kararlardan dolayı bireysel başvuru yoluna başvurulamayacağı belirtilmiştir (Kaya, 2018: 163).

6216 sayılı Kanun'un 45/3. maddesinde; "Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları

ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz" demektedir. Anayasa'da, "*kamu gücü tarafından yapılan temel hak ve özgürlük ihlallerine karşı bireysel başvuruda bulunulacağı*" belirtilmiş ancak bu ana kuralın istisnasını oluşturacak herhangi bir kamu gücü işleminden Anayasa'nın 148. maddesinde bahsedilmemiştir (Hamdemir, 2018: 187).

Bireysel başvuru hakkının kullanılması noktasında yalnız yargı organının yargısal nitelikteki işlemlerine karşı bu yol işletilebilmektedir. Yasama ve yürütme işlemlerine karşı bu hak doğrudan kullanılamamaktadır. Bu durumda yasama ve yürütme işlemlerine karşı ilgili merciler nezdinde yargı yoluna başvurduktan sonra verilen karara yönelik olarak bireysel başvuru hakkının kullanılması mümkündür. Aleyhine bireysel başvuru yoluna başvurmanın yasak olduğu işlemler; yasama işlemleri, düzenleyici nitelikte olan idarî işlemler, Anayasa Mahkemesi kararları ve Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı kararlar ve işlemlerdir (Toprak, 2015: 188).

2.3.2. Yasama işlemleri

Bireysel başvuru hakkının kapsamı dışında bırakılan işlem ve kararlardan ilki yasama işlemleridir. Yasama işlemi ifadesi öncelikle kanunları anlatır. Kanunlara karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir (Şirin, 2018: 114). Yasama işlemleri yasa, parlamento kararı ve içtüzükten oluşmaktadır. Yasa kavramı; şekli, organik ya da maddî anlamda olmak üzere farklı anlamlar taşımaktadır. Şekli anlamda yasa; anayasa tarafından yetkilendirilen organın Anayasa'da belirtilen usul ve şekil kurallarına uyarak yürürlüğe koyduğu yazılı hukuk kurallarıdır. Şekli anlamda yasaların içeriği, yani genel soyut ve sürekli olması nitelendirmede önem ifade etmemektedir (Atar, 2017: 173).

Maddî kriterde ise esas alınan, işlemin genel, soyut ve sürekli olmasıdır. Bu bakımdan işlemin hangi organ tarafından yapıldığına bakılmamaktadır. Dolayısıyla bu kriter kabul edildiğinde yürütme ve yargı organları da bu tip işlemler yapabileceğinden hatalı sonuçlara ulaşılabilme ihtimali olmaktadır (Gözler, 2011: 234-235). Bu sebeple dar anlamda maddî yasa kavramı ortaya çıkmıştır. Bu kavram, sadece yasama organının genel, soyut ve sürekli işlemlerini anlatmak için kullanılmaktadır (Atar, 2017: 172). Dar anlamda maddî yasalar, bireysel başvuru konusu yapılamayacak işlemler arasında yer almaktadır.

1982 Anayasası'nın 148/3. maddesinde ve 6216 sayılı Kanun 45/1. maddesinde, Sözleşme ve Eki Protokollerin kapsamında olmakla koruma kapsamına alınan temel hak ve hürriyetlerden herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi durumunda bu haklar bireysel başvurunun konusu edilebilecektir. Anayasada "*kamu gücü kavramı*" kullanıldığından yasama işlemleri de kamu gücünden kaynaklı işlemler olduğu için aslında yasama organı işlemlerinden dolayı bireysel başvurunun yapılabilmesi gerekir. Ancak Anayasanın bu hükmüne rağmen 6216 sayılı Kanunun 45/3. maddesi ile "*...yasama işlemleri...*"nin bireysel başvuru dışında bırakılması, başvurunun bütün kamu gücü işlemleri bakımından kullanılamayacağını göstermektedir (Kaya, 2018: 165).

6216 sayılı Kanun'un 45/3. maddesi gereğince, bir yasama işlemi olan kanunların doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurusunun konusu olamayacağı açıktır. Bu nedenden dolayı bizatihi Anayasa'ya aykırı bir kanunun uygulanmasından dolayı bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edilmiş olması durumunda, Anayasa Mahkemesi, işleme dayanak teşkil eden kanunu Anayasa'ya uygunluk açısından doğrudan denetleyip iptal edemeyecektir. Anayasa Mahkemesi, böyle bir durumla karşılaşıldığında, 6216 sayılı Kanun'un 50/2. maddesine göre, "ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere" dosyayı ilgili mahkemeye gönderen bir karar verirse; ilgili mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin geri gönderme kararından sonra başlattığı yeniden yargılama esnasında, tartışma konusu kanunu somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürebilir.

Bir diğer yasama işlemi olan parlamento kararları, esas olarak yasama organının kendi iç yapısına ve çalışma düzenine ilişkin kararlar ile yürütme ve yargı organı ile olan ilişkileri çerçevesinde alınan kararlardır (Gözler, 2011: 244). Dolayısı ile her şey parlamento kararı konusu olmaya elverişli değildir. Başka bir ifade ile kanun ile düzenlenmesi gereken konularda, parlamento kararı alınamaz.

Parlamento kararları kural olarak yargı denetimine tabi değildirler. Parlamento kararları da kanunlar gibi bir yasama işlemidirler. Ancak kanunlardan farklı olarak, yargı denetimine tabi değildirler. Ancak 1982 Anayasası, üç tane parlamento kararını bu kuraldan istisna tutmuştur. Yani şu üç parlamento kararı yargı denetimine tabidir. Bunlar: TBMM İçtüzüğü (AY., m. 148), milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması kararı (m. 85) ve milletvekilliğinin düşmesi kararıdır (m. 85) (Hamdemir, 2018: 194).

Bir yasama işlemi ister kanun, ister karar, isterse de diğer yasama işlemlerinden olsun kural olarak yasama işlemleri bireysel başvuru yoluna konu olamaz. Hatta yukarıda sayılan ve yargı denetimine tabi olan üç parlamento kararı da (TBMM İçtüzüğü, milletvekilliği dokunulmazlığının kaldırılması ve milletvekilliğinin düşmesi kararı) Anayasa Mahkemesi tarafından denetlendiği ve Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı da bireysel başvuru hakkı mümkün olmadığı için bireysel başvuruya konu olamayacaktır (6126 sayılı Kanun, m. 45/3) (Hamdemir, 2018: 195).

2.3.3. Düzenleyici idari işlemler

Yürütme organının belli bir sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamaları idarenin düzenleyici işlemleri olarak tanımlanmaktadır. Bunlar yönetmelikler ve diğer adsız düzenleyici işlemlerdir (Gözler, 2011: 308).

Anayasa'nın çeşitli maddelerinde örneğin yönetmelik için m. 124.'te idareye düzenleyici işlem yapma yetkisinin tanındığı görülmektedir. Yönetmelik 1982 Anayasası'nda açıkça yer alan düzenleyici nitelikte idarî işlemdir. Ancak bunun dışında kalan ve çeşitli yasalarda ifadesini bulan adsız düzenleyici işlemler örneğin genelge, tebliğ, sirkülerler de bu kapsamda değerlendirilmektedir (Toprak, 2015: 190).

İdari işlem, kamu gücü ayrıcalıkları içeren ve hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamalarıdır. Bir işlemi idari işlem yapan şey, onun idareden çıkmış olmasından

ziyade, kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısı ile idarenin her işlemi bir idari işlem niteliğinde olmayabilir (Gözler, 2007: 249-250).

Yönetmelikler, Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarının ilgilendiren kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşulu ile çıkardıkları düzenleyici idari işlemlerdir. Yönetmelikler de bir idari işlem olması sebebiyle Anayasa'nın 125/1. maddesi uyarınca yargı denetimine tabidirler (Hamdemir, 2018: 202).

Yasama organı işlemlerinde olduğu gibi 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasında, Anayasa'nın aynı fıkrasında yer alan *kamu gücü* kavramını daraltarak, düzenleyici idari işlemler de bireysel başvuru hakkının kapsamına alınmamıştır. Düzenleyici idari işlemler hakkında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılması, ilgili yasa hükümlerine göre mümkün değildir (Toprak, 2015: 191). Oysa Anayasa'daki kamu gücü kavramı herhangi bir kısıtlama olmaksızın düzenlenmiştir. Bu kavramın yasama, yürütme ve yargı organlarını kapsadığı kuşkusuzdur. Ancak 6216 sayılı Kanuna göre, düzenleyici idari işlemlere karşı doğrudan bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir. Diğer bir anlatımla bir yönetmelik veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin iptali için doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir (Göztepe, 2011: 28).

Ancak düzenleyici idari işlemin bireye uygulanması durumunda, Anayasa'nın 125. madde ve İYUK'a uygun olarak bunlara karşı idari yargıda dava açmak mümkündür. Zira Anayasaya (m. 125) göre idarenin bütün işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açıktır. Netice itibari ile idari yargının nihai kararlarına karşı, tüm olağan konun yolları tüketildikten sonra, bireysel başvuru yolunun açık olduğu da özellikle belirtmelidir (Kaya, 2018: 167).

2.3.4. Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler

6216 sayılı Kanun'un 45/3. maddesi; "*Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz*" hükmü ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlere karşı bireysel başvurunun yapılamayacağı açık bir şekilde düzenlemiştir (Kaya, 2018: 169).

Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin neler olduğu Anayasa'da ve kanunlarda açıkça ve sınırlı sayıda yazılmış değildir. Bu konuda bir yorum yapılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarının karşı oylarında²⁷ yargısal nitelik taşıyan kurulların ve mercilerin kararlarına karşı bireysel başvuru yapılabileceği savunulmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi konuya şekilci yaklaşmaktadır (Şirin, 2018: 116).

Anayasa'nın 125/1. maddesine göre kural olarak; "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*". Bu husus hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Ancak 1982 Anayasası, bu kurala bazı istisnalar getirmiştir. 1982 Anayasası'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler şunlardır:

²⁷ Bkz. İsmet Özkorul başvurusu karşılığı için; AYM, Başvuru No: 2013/7582, K.T. 11.12.2014.

- a) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar (AY, m. 90/5)
- b) Milli ya da milletlerarası tahkim yolu öngörülen kamu imtiyaz şartlaşma sözleşmeleri (AY, m. 125/1)
- c) Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma kararları (AY, m. 125/2).
- d) Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararları (AY, m. 159/10).

Sayılan işlemlerin yanı sıra Anayasa'da, Yüksek Seçim Kurulu kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağı (AY, m. 79/2) ve Sayıştay'ın kesin hükümleri aleyhine idari yargıya başvurulamayacağı (AY, m. 160/1) belirtilmiştir (Hamdemir, 2018: 207-208).

1982 Anayasası'nın Hâkimler ve Savcılar Kurulu başlıklı 159/10. maddesine göre; *"Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz"* demektedir. Aslında 12 Eylül 2010 tarihli halkoylaması ile onaylanan 5982 sayılı Anayasa değişikliği Kanunu'nun kabul edilmesinden önce HSK'nın bütün kararlarına karşı yargı yolu kapalıydı. Haklı olarak bu durum AİHM tarafından AİHS'in 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkına aykırı görülüp eleştirilmekteydi. Bu husus 11/12/2010 kabul tarihli ve 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu m. 33/5'te; *"Genel Kurulun veya dairelerin, meslekten çıkarma cezasına ilişkin kesinleşmiş kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulabilir; diğer kararları yargı denetimi dışındadır. Meslekten çıkarma kararlarına karşı açılan iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür. Bu davalar, acele işlerden sayılır"* şeklinde Anayasa'ya uygun olarak yeniden düzenlenmiştir (Kaya, 2018: 172).

Yine Anayasa'nın toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı başlıklı 53/4. maddesine göre; *"Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'na başvurabilir. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu sözleşme hükmündedir."* demektedir.

Anayasa'nın grev hakkı ve lokavt başlıklı 54/4. maddesine göre; *"Grev ve lokavtın yasaklandığı hallerde ve ertelendiği durumlarda ertelemenin sonunda uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulu'nca çözülür. Uyuşmazlığın her safhasında taraflar da anlaşarak Yüksek Hakem Kurulu'na başvurabilir. Yüksek Hakem Kurulu'nun kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir"* demektedir.

Yine Anayasa'nın sporun geliştirilmesi ve tahkim başlıklı 59/3. maddesine göre; *"Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz"* şeklinde ifade edilmektedir.

1982 Anayasası'nın seçimlerin genel yönetim ve denetimi başlıklı 79/2. maddesine göre; *"Yüksek Seçim Kurulu'nun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz."* Anayasa'nın 129/3,4. maddesine göre ise; *"Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz. Silâhlı kuvvetler mensupları ile hâkim ve savcılar hakkındaki hükümler*

saklıdır." Malum olduğu üzere YSK seçimle ilgili bütün konuları karara bağlama, itirazları inceleme mercii olarak, seçilme hakkının ve siyasal partilerin varlıklarını sürdürmelerinin en önemli kurumlarından birisidir. Bu nedenle Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun açık olması gerektiği düşünülebilir. Aksi durumda YSK'nın kararlarına karşı bireysel başvurunun yapılamaması, siyasal katılım haklarıyla ilgili çok önemli kamu gücü işlemlerinin temel hak ve hürriyetlere uygunluk bakımından denetlenememesine sebep olabilecektir (Göztepe, 2011: 28).

Anayasa'nın, bazı işlemleri yargı denetimi dışında bırakması, 2. maddesinde belirtilen, başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere, demokratik devlet ve insan haklarına saygılı devlet ilkelerine aykırılık meydana getirebilir. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, tam bu durumla ilgili bir çözüm olanağı sunacak iken; Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı kamu gücü işlemlerine karşı bireysel başvuru yolunun kapatılması, ulusal ve uluslararası düzenlemelere uygun bir tercih olmamıştır. Bu durum, hem Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen ilkelere aykırılık oluşturmakta hem de 5. maddesinde yer alan; *"Devletin temel amaç ve görevleri, ... demokrasiyi korumak, ... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır"* şeklindeki hükmüyle çelişmektedir. Dolayısı ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı karar ve işlemlere karşı bireysel başvuru yapılmasının yolunu açacak bir düzenleme yapılmasının hukuk devleti ilkesine uygun olacağı düşünülmektedir (Hamdemir, 2018: 212).

2.3.5. Anayasa Mahkemesi kararları

1982 Anayasası'nın 153/1. maddesine göre; *"Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir."* Yine Anayasa'nın 153/son. maddesine göre; *"Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar."* Anayasa'nın bu hükmünden hareketle Anayasa Mahkemesinin kararları bütün organları, makamları ve kişileri bağladığı görülmektedir. Yasama organının bilhassa iptal kararlarına ve gerekçelerine aykırı yasa çıkarmak da mümkün değildir (Gözler, 2011: 436). Aynı şekilde 152. maddenin son fıkrasında; *"Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz"* denilmekle kararlarının bağlayıcılığı izah edilmektedir (Kaya, 2018: 175).

1982 Anayasası'na uygun olarak Anayasa Mahkemesi kararları, 6216 sayılı yasanın 45. maddesinin 3. fıkrasında bireysel başvuru yapılamayacak işlem ve kararlar arasında düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesi kararları, 6216 sayılı yasanın 3. maddesinde sayılan Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkisi içine giren dava ve işler sonucu verdiği kararlardır. Bu kararlar şu şekilde sıralanmaktadır (Toprak, 2015: 191):

a) Anayasa Mahkemesi'nin soyut ya da somut norm denetimi üzerine verdiği kararlar (AY, m. 148/1, m. 152/1).

- b) Bireysel başvurular üzerine verdiği kararlar (AY, m. 148/3).
- c) Yüce Divan sıfatıyla verdiği kararlar (AY, m. 148/6-7)
- d) Siyasi partilerin kapatılması davalarında verdiği kararlar (AY, m. 69/4)
- e) Siyasi partilerin mali denetimi sonucunda verdiği kararlar (AY, m.69/3)
- f) TBMM'nin, milletvekillerinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesi kararlarına karşı açılan iptal davalarında verdiği kararlardır (AY, m. 85) (Hamdemir, 2018: 202-203).

Belirtilmelidir ki bu kararlara karşı AİHM'e bireysel başvuru yapılabilir. Örneğin parti kapatmaya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı yapılan başvurularda Anayasa Mahkemesi'nin parti kapatma kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelenmiş ve ihlal kararı verilmiştir. Yine bir başvuruda da Anayasa Mahkemesi'nin partilerin mali denetim sonucunda verdiği karar, aynı şekilde incelenmiş ve ihlal sonucuna ulaşılmıştır (Şirin, 2018: 115-116).

Belirtilen hükümlerden hareketle Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı bireysel başvurunun yapılmasının mümkün olmadığını tekrar belirtmeliyiz. Diğer bir ifade ile yargı organının kararlarının bireysel başvuru konusu olmasının en temel ve hatta tek istisnası Anayasa Mahkemesi kararlarıdır. Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma ve siyasi partilerin mali denetimine ilişkin kararları da dahil olmak üzere bütün kararlarına karşı bireysel başvuru yolu kapalıdır (Özbey, 2013: 209). Yargı kararları açısından, 6216 sayılı Kanun'un 45/3. maddesi, yalnızca Anayasa Mahkemesi kararlarını açıkça bireysel başvuru yolu dışında tuttuğundan, bunun dışında adli, idari ve askeri yargının tüm kesinleşmiş kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun açık olduğunun kabulü gerekir (Kaya, 2018: 176).

BÖLÜM 3: ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURUDA KABUL EDİLEBİLİRLİK ŞARTI OLARAK MAĞDUR KAVRAMI ve AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ ile ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA MAĞDUR KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. Mağdur Kavramı ve Genel Özellikleri

3.1.1. Genel olarak

Hukuk sistemimizdeki ismiyle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumu içinde ele alınması gerekli önemli ve ilk tanımlamalardan biri mağdur kavramıdır. Zira kurumun adlandırılmasında, bir hukuksal sürecin içinde güncel bir hukuksal sürecin aktörünün başvuru ile ilgili kişi olduğu ön bilgisi, sözcük tanımlamasının dilsel bilgi içeriğinde zaten bulunmaktadır. Kurumun adlandırılmasında bu prosedürün ulusal ve uluslararası hukukta geçirdiği gelişim aşamaları daha önce açıklandığı üzere etkili olmakla birlikte bireysel başvuru adlandırması, bir tarihsel süreç sonucu oluşmuştur (Katıman, 2016: 10).

Temel hak ve özgürlük ihlallerini gidermek gayesiyle teşkilatlanmış olan ulusal ve uluslararası düzeydeki organların üzerinde anlaşmaya varmaları gereken konuların başında, bir kişinin temel hakkının hangi durumda ihlal edilmiş sayılacağına, yani kişinin ne zaman mağdur sıfatı alacağına karar verebilmek gelmektedir. Hem ulusal hem de uluslararası düzeydeki hukuksal metinlerde mağdur sıfatı konusunda, birçok tanıma rastlamak mümkünse de, günümüzde ağırlık kazanan eğilim durağan, gelişme ve ilerleme göstermeyen tanımlama çabaları yerine, belirli ilkeler²⁸ üzerinde anlaşmaya dayanan ve günümüzün değişen sosyal ve ekonomik şartlarını gözetebilecek metinlerle organları yetkilendirmek ve donatabilmek olmaktadır.

6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabileceği; 46. maddesinin 1. fıkrasında, bireysel başvurunun ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabileceği belirtilmiştir; 2. fıkrasında, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapamayacağı, özel hukuk tüzel kişilerinin sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabileceği; 3. fıkrasında ise yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancıların bireysel başvuru yapamayacakları hüküm altına alınmıştır. Kamu gücü davranışı bir eylem, davranış ya da işlem gibi olumlu bir davranış olabileceği gibi yapılması gereken bir eylem ya da işlemin yapılmaması biçiminde olumsuz bir davranış veya ihmal şeklinde de olabilmektedir (Göztepe, 1998: 42).

²⁸ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Tazminat Hakkına Dair Temel Prensipler ve Kurallar başlıklı ve 60/147 sayılı Komite Raporu, 21.2.2006. <http://www.insanhaklarisavunuculari.org/dokumantasyon/items/show/357>. Erişim Tarihi: 01.03.2019.

Belirtilen açıklamalar ve kurallar karşısında, yapılacak bir bireysel başvurunun Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilebilmesi için öncelikle başvurunun dava ehliyetinin bulunması diğer bir deyişle mağdur statüsünün bulunması gerekmektedir.

6216 sayılı Yasa'nın 46. maddesinde, bireysel başvuru hakkına sahip olanlar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Maddede, kişilerin ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel haklarının doğrudan etkilenmesi gerektiği belirtilerek, mağdur statüsünün çerçevesi çizilmiştir.

Bu bağlamda, Mahkeme'nin kişi bakımından yetkisinin belirlenebilmesi için öncelikle mağdur statüsünün, ardında da, başvurunun kime karşı yapılması gerektiği ile başvuruda bulunabilecek kişilerin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

Genel anlamıyla mağdur, hak kaybına maruz kalmış, haksızlığa uğramış olan kimseyi tanımlamak için kullanılan bir ifadedir. Hukuk sisteminin değişik alanlarında farklı düzenlemelere ve tanımlamalara konu olsa da, mağdura ait bu ana özellik değişmemektedir. Öte yandan, hak kaybı, mağduriyet ve zarar gibi mağdur terimini açıklayıcı diğer ifade ve kavramlar, mağdur teriminin anlam ve kapsama alanını belirlemeye fayda sağlamaktadır (Katıman, 2016: 10).

Ulusal mevzuatımızda ehliyet ve menfaat ile ilgili kurallardan ziyade, bireysel başvuru yolu açısından mağdur kavramının, "dava ehliyeti" karşılığında, buna karşılık gelecek şekilde kullanıldığı görülmektedir. Konu ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin bugüne kadar vermiş olduğu kararlarda ortaya konulan ilkeler, bireysel başvuru kapsamında menfaat veya dava ehliyeti sorununun, hukuk ve ceza davaları ile idari davalardaki menfaat ve ehliyet kavramlarından farklı bir şekilde ve bağımsız olarak ele alındığını ortaya koymaktadır (Karali Saunders, 2017: 139).

Anayasa'nın 148. ve 6216 sayılı Kanun'un anılan hükümleri göz önüne alındığında, bireysel başvuru yoluna başvuracakların, başvurularına konu ettikleri kamu gücü işlemi, eylemi ya da ihmali nedeniyle kişisel olarak doğrudan etkilenmiş olmaları, başvuru ile ihlale yol açtığı ileri sürülen kamusal eylem, işlem veya ihmal arasında doğrudan şahsi ve özel bir bağ bulunması gerekmektedir (Karali Saunders, 2017: 139).

Genel bir ifadeyle mağdur, bir suçun mağduru, bir idari eylemin veya bir işlemin mağduru, bir özel hukuk ilişkisinden doğan ihtilafın mağduru olabilir. Anılan ifade çoğunlukla cezai anlamda, mağduriyetin öznesini çağrıştırmakla birlikte, gündelik olarak, sosyal hayat içinde yaşanan ve haksızlıkla özdeşleşmiş zor bir durumu açıklama amaçlı kullanılmaktadır. Genel anlamda mağdur, hukuk tarafından korunan bir menfaati zarara uğramış, bu menfaati ihlal edilen kimsedir (Katıman, 2016: 11).

Yargılama süreci içinde mağdur olma kavramı, başta korunmayı talep etmek gelmek üzere, bir dizi hakkı elde etme ve öne sürme hakkına sahip olmak ile eş güdümlü olarak görülür. Mağdur olma ve mağduriyet halinin giderilmesini istemek gibi hususlar, hukuk düzeni içinde çeşitli safhalarda, çeşitli görünümeler altında hukuksal sıfatlara sebebiyet verir. Literatürde ihtar keşide etme hakkı ile "ihtar eden", dilekçe hakkı ile "dilekçi", dava etme hakkı ile "davacı" gibi terimlerin arkasında, çoğunlukla, doğmuş ve doğacak

mağduriyetler sonucu oluşmuş zararları gidermek üzere hukuksal yollara başvurmuş olan "mağdur" konumunda bir kişi bulunmaktadır (Katıman, 2016: 11).

Dolayısıyla, zaman zaman farklı terimlerin kullanılmış olması, bizi gerçekte "mağdur" kavramından uzaklaştırmaz. Sadece mevcut bulunan hukuksal imkanlar içinde seçilen hukuksal süreç ve hukuksal işleme uygun farklı adlandırmalar söz konusu olmakla birlikte, bu terimler genelde bir hukuksal menfaatin zedelendiği bir mağduriyet halinin bulunduğu ve bu durumdan etkilenen bir kişinin, mağdurun, varlığına işaret etmektedir. Hukukumuzda mağdurla ilgili düzenlemeler, öteki hukuk alanlarına göre yer yer farklılıklar gösterir (Katıman, 2016: 11). Bu farklılıkları bazı hukuk alanları bakımından aşağıda detaylarıyla açıklamaya çalışacağız.

3.1.2. Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru yolu ve mağdur

6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 1. fıkrasında, bireysel başvuru yoluna ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından başvurulabileceği düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, "mağdur" kavramını, AİHM paralelinde durağan, değişmeyen olarak yorumlamamaktadır. Bu yaklaşım çerçevesinde mağdur kavramının günümüz toplumunun koşulları ışığında değişime tabi olduğu, devinimi olan hep aynı kalmayan ve kavramın aşırı biçimcilikten uzak bir şekilde yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir (Karali Saunders, 2017: 139).

Anayasa Mahkemesi Yüksel Bazarkaya/2016²⁹, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Burden/Birleşik Krallık kararına³⁰ atfen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, bireylerin doğrudan etkilenmedikleri hâlde ulusal hukukun sırf Sözleşme'ye aykırı olabilecek herhangi bir hükmünü başvuru konusu yapmalarına izin vermediğine vurgu yapmaktadır (Karali Saunders, 2017: 139).

Diğer yandan bir bireysel başvurunun kabul edilebilir bulunması için başvurunun sadece mağdur olduğunu ileri sürmesi yeterli olmayıp, ihlalden doğrudan etkilendiğini göstermesi veya mağdur olduğu konusunda Anayasa Mahkemesi'ni ikna etmesi gerektiği önemle vurgulanmaktadır. Bu itibarla, başvurularda mevcut mağdur olduğu zannı veya şüphesi mağdurluk statüsünün varlığı için yeterli olmayacaktır³¹. Anayasa Mahkemesi gerektiğinde, ilgili mevzuat hükümlerini yorumlayarak, başvurunun etkilendiğini ileri sürdüğü uygulamanın gerçekten başvurunun kendisini etkileme potansiyeli olup olmadığının değerlendirmesini yapabilmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu aktif yaklaşımı, 10 Ağustos 2014 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimleriyle ilgili olarak, Yüksek Seçim Kurulunun 8/6/2014 tarihli ve 2923 sayılı kararında milletvekili olmayan bir vatandaşın nasıl Cumhurbaşkanı adayı olacağının belirtilmemesinin anayasal haklarını ihlal ettiğini iddialarıyla yapılan bir başvuruya ilişkin kararından açıkça anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi Birinci Komisyonu, Anayasa'nın 101. maddesinde yer alan

²⁹ AYM, Başvuru no.: 2013/6615, K.T. 20.04.2016.

³⁰ AİHM, Başvuru no.: 13378/05, K.T. 29.04.2008.

³¹ AYM, Başvuru no.: 2013/1977, K.T. 09.01.2014.

hükümünü esas alarak değerlendirdiği başvuruda, başvuruçunun "aday" statüsünde olmadığını, mağdur sıfatının kazanılması için anılan madde hükmüne uygun olarak aday gösterilmesi gerektiğini tespit ederek, Cumhurbaşkanlığı seçimine yönelik çıkartılan Yüksek Seçim Kurulu kararından ötürü başvuruçunun bir hakkının ihlal edilmediği gerekçesiyle, başvurunun "kişi yönünden yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir³² (Karali Saunders, 2017: 140-141).

Bireysel başvuru yoluna başvurabilme ehliyetini ifade eden "mağdur" statüsünün varlığı hususunda ispat yükünün başvuruçularda olduğunu ortaya koyan diğer bir karar, bürokratların, yargı mensuplarının ve diğer kamu görevlilerinin gerektiği gibi yargılanmaması sonucunda ülkenin suç batağına itildiği, ihmaller ve geçişirmeler sebebiyle temel problemlerle ilgilenilmediği, anayasal güvencelerin sağlanamaması nedeniyle halkın aciz ve çaresiz durumda olduğu belirtilerek, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruya ilişkin kararda açıklıkla ortaya konulmuştur³³. Anayasa Mahkemesi'nin "kişi yönünden yetkisizlik" gerekçesiyle kabul edilemez bulduğu bu *Ayşe Hülya Potur/2014* başvurusunda, başvuruçunun şikayetlerinin somut bir olayla bağlantısının bulunmadığına, kamu gücünün belli bir işlemi ya da eyleminin başvuru konusu yapılmaktansa, ihlal iddialarının genel tespitlere dayandığı hususuna vurgu yapmıştır. Ancak başvuru dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, Türkiye'de temel hak ve hürriyetlerin korunması alanında devletin ihmalkâr davrandığı yönündeki soyut iddiasını, öncelikle kendisini doğrudan etkileyen somut olay ve olgular üzerinden ispatlayabileceği; somut bir olaya dayanmamakla birlikte, potansiyel ve kendisine yaklaşan bir ihlal tehdidi altında olduğunu inandırıcı bir şekilde açıklaması halinde bireysel başvurusunun kabul edilerek, şikâyetin esasının incelenebileceğini belirterek, Anayasa Mahkemesi'ne potansiyel mağdurların da başvuru yapabilmelerinin yolunun açık olduğuna atıfta bulunmuştur (Karali Saunders, 2017: 141).

Bireysel başvuru kurumu açısından başvuru ile mağduriyete konu işlem, eylem ve ihmal arasında kurulan ilişkinin, ilke olarak, başvurunun yapıldığı anda var olması ve en azından başvuru hakkında bir karar verilinceye kadar bu ilişkinin devam etmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda belirtilen ilkeler kapsamında, bir kişinin bireysel başvuruda bulunabilme ehliyeti açısından başvuruçuda üç temel koşulun varlığını aradığı anlaşılmaktadır: Başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalden dolayı, başvuruçunun güncel bir hakkının ihlal edilmesi, bu ihlalden dolayı kişisel olarak ve doğrudan etkilenmiş olması ve bunların sonucunda başvuruçunun kendisinin mağdur olduğunu ileri sürmesidir (Karali Saunders, 2017: 142).

³² AYM, Başvuru no.: 2014/10946, K.T. 2014.

³³ AYM, Başvuru no.: 2013/8479, K.T. 06.02.2014.

3.1.3. Diğer hukuk alanları içinde mağdur

3.1.3.1. Mağdur statüsü yönünden ceza hukuku ve uluslararası hukuk bireysel başvuru yolu

Hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişiler, ihlali gerçekleştiren kişilere karşı, adli yargı düzeninde ceza soruşturması ve kovuşturması başlatılmasını isteme ve hukuk davaları açabilme imkânına sahiptir.

Ceza hukuku prosedürü manasında mağdur, *"belirli bir suç ile zarara uğratılan hak ve menfaatin sahibi olan kişi"* olarak tanımlanmaktadır.

Ceza kanunlarında suç olarak düzenlenen fiilleri icra eden kişileri cezalandıran bilim olan ceza hukuku, ayrıca işlenen bu suçlar için çeşitli yaptırımlar da öngörmüştür. İşlenen suçun mağduru konumunda olan kişiler de şikayet ve ihbar gibi yollarla suçun failinin cezalandırılmasını talep edip yargılanmasını sağlayabilir, yine davaya katılmak gibi yollarla da ceza yargılaması sürecinde yer alıp işlenen suç sebebiyle meydana gelen zararlarını giderebilirler.

Mağdur ile zarar gören ceza hukuku düzenlemeleri içinde belirgin biçimde ayrılmakta olup bu iki kavram için yasalarda da ayırt edici ifadeler kullanılmaktadır.

Mağdur suçtan herhangi bir şekilde zarar gören kişi değildir. Bir kimsenin mağdur olarak adlandırılabilmesi için, bu kişinin suçtan zarar gören varlık ya da menfaatin sahibi olması ve söz konusu varlık ya da menfaatin suç teşkil eden fiille "doğrudan doğruya" zarar görmesi gerekmektedir (Hafızogulları ve Özen, 2012: 233).

Suçtan zarar gören kişi ise, suçun maddi konusu olmayan ya da maddi konuya sahip olmayan ancak "dolaylı olarak" suç nedeniyle mağduriyete uğramış kişilerdir. Birçok suçta suçtan zarar gören kişi ile mağdur aynı olmaktadır. Örneğin kasten yaralama suçunda suçun mağduru ile suçtan zarar gören kişi aynıdır. Bazı suçlarda ise mağdur ile suçtan zarar gören kişi kavramları kesişmez. Örneğin kasten öldürme suçunda ölen kişi mağdurdur; ancak suçtan zarar gören kişi değildir. Suçtan zarar gören kişi, mağdurun yakınları ya da mağdurun ölümünden dolayı zarara uğrayan kişiler yani mirasçılarıdır (Hafızogulları ve Özen, 2012: 234).

Yargılama faaliyeti olarak ceza muhakemesinin yapılabilmesi ve yargılama neticesinde verilecek kararların yerine getirilebilmesi amacıyla bazı önlemler alınabilir. Bu önlemler ile şüpheli veya sanığın yargılamada hazır bulunması, delillerin sağlıklı, eksiksiz toplanması ve yargılamanın sonunda verilecek kararların infaz ve icra kabiliyetine haiz olmasının sağlanması amaçlanmaktadır. Bu amaçlar doğrultusunda sanık veya şüpheli hakkında başvuru ve bazı temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren bu önlemlere koruma tedbirleri denir. Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin yapılması, bunun sonunda verilecek kararın yerine getirilmesini ve muhakeme giderlerinin karşılanmasını teminat altına almak için uygulanırlar (Hakeri, 2015: 313).

Ceza muhakemesi bireylerin hak ve özgürlüklerini ilgilendirmekle beraber, bu özellik koruma tedbirlerinde daha çok ön plana çıkmaktadır. Bu nedenle, koruma tedbirlerine

ilişkin düzenleme ve uygulamalar o ülkenin hukuk sistemi hakkında olumlu veya olumsuz bir izlenim edinilmesi için birer ölçüt niteliğindedir (Hakeri, 2015: 313).

Suçun mağduru ile suçtan zarar gören kişi arasında ceza hukuku içinde iki farklı ayrıma gidilmesi, doğal olarak, mağdur için yapılacak tanımlamalarda dikkate alınacak önemli bir noktadır. Gerçekten de özellikle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, kimi maddelerinde bu ayrımı açıkça hükme bağlamaktadır (Katıman, 2016: 88). Suçun mağduru ile suçtan zarar gören kişi ayrımının sonuçlarından biri, ceza hukuku anlamında mağdurun sahip olduğu haklara suçtan zarar gören kişinin aynı şekilde sahip olamamasıdır. Örneğin, Ceza Muhakemesi Kanunu 233. madde ile başlayan "Mağdur, Şikayetçi, Malen Sorumlu, Katılan" başlıklı CMK'nın Dördüncü Kitap, Birinci Kısımında, "Suçun Mağduru ile Şikayetçinin Hakları" düzenlenmekte, suçtan zarar gören kişinin bu haklara sahip olması ancak, davada katılan, şikayetçi gibi sıfatlara sahip olmasına bağlanmaktadır. Örneğin, mağdurun şikayetiyle, bazı suçların kavuşturulabilir olması, mağdurun davaya müdahale hakkı, bu duruma örnektir. Şikayetin, tek başına usul hükümlerinden faydalanmaya yeterli olmayacağı açıktır (Katıman, 2016: 87).

Nitekim 5271 sayılı Yasa'nın (CMK) 237. maddesi anlamında suçtan zarar görmemiş olan müştekinin, sanık hakkında açılan kamu davasına katılmasına dair karar usule aykırı olacağından, usulsüz verilen katılma kararı da temyiz yetkisi vermeyeceğinden, davaya katılma şikayetçi sıfatına bağlı tutulmamakta, katılma suçtan zarar görme şartına bağlanarak katılma ile elde edilecek usulü haklar, bu şartları sağlamayan yani suçtan zarar görme ihtimali bulunmayan şikayetçiye tanınmamaktadır³⁴ (Katıman, 2016: 87).

Yukarıda da açıklandığı üzere ceza mahkemelerinin ayrı yargılama usulleri vardır ve bu mahkemelerin yargılama faaliyeti sırasında uygulayacakları esas ve usuller 5271 sayılı Yasa'da düzenlenmektedir. Ceza mahkemelerince verilen ceza ve güvenlik tedbirleri ise 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yerine getirilmekte, infaz edilmektedir.

Bu kanun hükümlerine göre ceza mahkemeleri süreç sonrasında kesinleşen ve yerine getirilmesini onayladığı cezaya ilişkin hükmü ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermekte ve CMK ve 5275 sayılı Yasa'da öngörülen hükümler çerçevesinde cezaların yerine getirilmesi, Cumhuriyet Savcısı tarafından izlenmekte ve denetlenmektedir. Nitekim bu husus 5275 sayılı Kanunun 5. maddesinde detaylarıyla açıklanmaktadır.

Türk Ceza Kanuna göre mağdur, gerçek kişiler olabilir. Mağdurla ilgili özellikler, örneğin yaşı, sayısı, statüsü, suçtan etkilenme derecesi, ceza hukuku anlamında usul hukuku ve maddi hukuk yönlerinden suçun unsurlarına yönelik önemli veriler içermektedir. Çoğu zaman bu veriler suçun nitelendirilmesine doğrudan etki etmektedir. Yine benzer bir sonuç olarak, çoğu kez mağdurun yaşı, konumu ve maruz kalınan fiil ile sonuçları, cezanın ağırlaştırıcı, kimi durumda hafifletici sebepleri arasında sayılmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk yönünden belirtmek gerekirse, genel olarak ceza hukuku sistemlerinde, ceza baremlerinin saptanmasında farklılıklar olsa da, Fransız ceza hukuku

³⁴ Yargıtay, E. 2003/7476, K. 2015/20097, K.T. 19.09.2005.

gibi, mağdura ilişkin bu özellikler genel olarak suçun nitelendirilmesinde ve ceza tayininde benzer etkilere sahip olmaktadır (Katıman, 2016: 88).

Ceza hukuku anlamında mağdur kabul edilen kişi, uluslararası hukuk bireysel başvuru yolu içinde tanımlanan mağdur olabileceği gibi, ceza davasında mağdur sıfatı olmayıp, örneğin, sadece, şikayetçi sıfatına sahip olan kişi de uluslararası hukuk bireysel başvuru süreci içinde mağdur olarak değerlendirilebilecektir. Bu sebeple, bireysel başvuru yolu içinde kullanılan mağdur tanımının ceza hukukundaki anlamından daha geniş bir anlama sahip olduğu düşünülebilecektir. Ayrıca, iç hukuktaki bir davada müdahil statüsüne sahip olan kişinin, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı çerçevesi içinde kimi haklar yönünden bireysel başvuru yolu bakımından mağdur kabul edilebileceğini ileri sürmek mümkündür. Bu nedenle, ceza hukuku anlamında mağdur ile bireysel başvuru yolu bakımından mağdur arasında belirgin ayrılıklar bulunmaktadır. Bu ayrılıklar, bu iki farklı alanda mevcut aynı kavramı, aynı yönlerden karşılaştırmanın doğru bir yöntem olmayacağını saptamaya yeterli olacaktır (Katıman, 2016: 89).

Temel hak ve özgürlüklerin ihlali bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne kimlerin başvurabileceği sorusuna cevap verebilmek için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34. maddesi yanında birinci maddesini de dikkate almak gerekmektedir. Bu madde uyarınca, taraf devletler Sözleşme'yi imzalamakla, egemenliklerini kullandıkları yetki alanlarında bulunan her bireye Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğü altına girmişlerdir. Bu sebeple, ilgili Devletin yetki alanındaki *gerçek kişiler, hükümet dışı kuruluşlar veya kişi grupları* bu Devlet aleyhine Mahkeme'ye bireysel başvuruda bulunabilirler. Bunun için ayrıca ilgili devletin vatandaşı olmak gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Yine Sözleşme'ye taraf olsun veya olmasın diğer bir devletin vatandaşı veya vatansızlar da temel hak ve özgürlüklerinin ihlali halinde Mahkeme'ye başvuruda bulunabileceklerdir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "*Bireysel Başvurular*" başlıklı 34. maddesinde AİHM'e bireysel başvurunun şartları detaylarıyla sayılmış, AİHM'e başvuruda bulunabilmek için Sözleşme'ye taraf devletlerce Sözleşme'de yer alan bir hak ve özgürlüğün ihlal edilmesi ve başvurucunun bu ihlalden doğrudan etkilenecek mağdur olması gerektiği belirtilmiştir.

Mağdur kavramı AİHM'e göre, ulusal hukuklardaki dava ehliyeti gibi kavramlardan bağımsız olarak yorumlanması gereken özerk bir kavramdır. Buna göre, bir kişinin mağdur sıfatını haiz olabilmesi için, şikâyet konusunun kendisini bir şekilde doğrudan etkilemesi gerekmektedir. Bireysel başvuruda bulunabilmek için mağdur statüsünde olmak, başvurunun önde gelen koşullarından biridir. Bu sebeple bireysel başvuru yoluna başvuran kişilerin mağdur olup olmadıklarının tespit edilmesi büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda, kişilerin soyut dava açma hakkı ve mağdur kavramının anlaşılması önem arz etmektedir.

Bir Sözleşme ihlalinin mağduru olduğu iddiası için, Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, iddia edilen eylem veya ihmal ile başvuru arasında yeterince doğrudan bir bağlantı olmalıdır. Dolayısıyla bireysel başvuru yapan ilgili, söz konusu eylem veya

ihmalden doğrudan etkilenmedikçe ya da ihlalden doğrudan etkilenme riski olmadıkça Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında "*mağdur*" olduğunu ileri süremez. İleri sürse dahi, kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle yapmış olduğu başvurusu reddedilecektir. Bu açıklamalar nazara alınarak mağduru, genel olarak idari bir işlem ya da eylemden veya ihmalden doğrudan etkilenen kişi ya da kişiler olarak tanımlamak mümkündür. Dolayısıyla Sözleşme ve Eki Protokol hükümleri kapsamında bir hakkı doğrudan etkilenmeyen kişinin, mağdur olarak dava ehliyeti olamaz.

3.1.3.2. Medeni usul hukuku ile karşılaştırma

Adli yargı kolu düzeninde açılacak olan hukuk davaları, hak ve özgürlükleri hukuka aykırı şekilde kısıtlanan ve ihlale uğrayan kişilerin, uğramış oldukları maddi veya manevi zararların karşılanmasına yönelik olarak açabilecekleri davalardır. Hak ve özgürlükleri kısıtlayan hukuk dışı müdahaleler, kişilerin hakları üzerinde oluşturacakları yıpranma etkisiyle bazen gözle görülebilir açık bir zarara yol açabilirken, bazen de kişinin manevi kişiliğinde zarar doğmasına yol açabilecektir. Temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişiler böyle bir durumda, uğramış oldukları zararlara karşı maddi ya da manevi tazminat davaları açabilecekleri gibi hak ve özgürlük ihlallerinin önlenmesi ile ihlallerin kaldırılmasına yönelik olarak çeşitli tedbirler alınmasını da talep edebilirler.

Yukarıda da belirtildiği üzere hukuk yargılama düzeni içerisinde temel hak ve özgürlükleri ihlal edilenler, temel hak ve özgürlük ihlalinin gerçekleştirilen kişilere karşı dava açabilecekleri gibi, hak ve özgürlükleri ihlal eden eylemlere karşı da dava açabilme imkânına sahiptirler. Kişiler, bu davalardan tamamını ya da bir kısmını açabilme konusunda seçimlik hakka sahiptirler.

Hukuk mahkemelerinin yani özel hukuk yargılamasının ayrı bir usulü olup, bu mahkemelerin yargılamada uygulayacakları esas ve usuller özel hükümler saklı kalmak kaydıyla 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiştir. Hukuk mahkemelerince verilen ilamların icrası ise 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yerine getirilmekte ve infaz edilmektedir.

Bir davada taraf olma, usuli yönden hukuki ilişkinin süjesi olabilme yeteneğini tanımlayan "taraf ehliyeti" (Kuru vd., 2014: 208) ile davayı takip edebilme ehliyeti olarak tanımlanabilen "dava ehliyeti" kavramları (2014: 215), hukukumuzda hak ve borçlara sahip olma ehliyeti "hak ehliyeti" ile hak ve borçları kendi fiili neticesi edinme ehliyeti olarak tanımlanan "fiil ehliyeti" kavramları ile birlikte açıklanır (Pekcanıtez vd., 2011: 294). Hak ehliyetinin medeni usul hukukunda büründüğü şekil olan taraf ehliyeti ile fiil ehliyetinin medeni usul hukukunda büründüğü şekil olan "dava ehliyeti" kavramları (Pekcanıtez vd., 2011: 294), 6100 sayılı HMK ile 4721 sayılı TMK'nın birlikte okunmasını gerektirir (Katıman, 2016: 90-91).

Uluslararası hukuk bireysel başvuru yolu içerisindeki mağdur kavramı da, genel özellikler yönünden, "hak ehliyeti" ve "fiil ehliyeti" kavramlarına uzak değildir. Ancak, dava ehliyetinin bir görünümü olan temsil konusunda olduğu gibi, hak ehliyeti konularında da mağdur statüsünün değerlendirilmesi noktasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle, burada bir kez daha mağdur kavramının, uluslararası hukuk bireysel başvuru

prosedüründe tamamen özerk bir kavram olarak değerlendirildiğine atıf yapmak gerekecektir (Katıman, 2016: 91).

Bu hususta en dikkat çekici örnek, tüzel kişiliği olmayan kişi grupları yönündendir. Yalnız gerçek ve tüzel kişilerin dava ehliyetinin olduğunun kabul edildiği hukukumuzda, doktrin ve yargı organları, tüzel kişiliği bulunmayan toplulukların taraf ehliyetinin ve doğal olarak da dava ehliyetinin olmadığı ortak görüşündedir. Adi ortaklık veya miras ortaklığı gibi tüzel kişi olmayan kişi grupları söz konusu olduğunda davada taraf ehliyeti, söz konusu grubu oluşturan gerçek kişiler yönünden değerlendirilir ve konuya göre, örneğin taraf ehliyeti böylesi durumlarda mecburi veya ihtiyari dava arkadaşlığı yoluyla sağlanır. Her ne kadar, Yargıtay konu hakkındaki yerleşik kararlarında zaman içinde bazı esneklikler gösterse de bizim hukukumuz yönünden bu durumun bir istisna, ama uluslararası hukuk yönünden ise bir kural olduğunu unutmamak gerekecektir. Örneğin, Sözleşme'nin 34. madde düzenlemesiyle kişi gruplarının, Mahkeme önünde bireysel başvuru yapma ehliyetlerinin bulunduğu açıkça belirtilmektedir (Katıman, 2016: 91).

3.1.3.3 İdari yargılama hukuku ile karşılaştırma

Hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez ve zorunlu gereklerinden biri de idarenin yargısal denetimidir. İdarenin yargısal denetimi başlığı altında karşımıza çıkan en etkili yargısal başvuru yolu, idari yargı denetimidir. İdarenin yargısal denetiminin gereklerine uygun olarak, daha etkin bir şekilde hizmet verebilen uzmanlaşmış bir yargı kolu olarak idari yargı düzeni oluşturulmuştur. İdarenin idari yargı yoluyla denetlenmesinde esas olarak iki başlık altında denetimler yapılmaktadır. Bunlardan birincisi iptal davası, ikincisi ise tam yargı davası açılmak suretiyle idarenin yargısal denetiminin sağlanmasıdır.

İdare hukuku alanındaki dava ve taraf ehliyeti kavramlarının, bireysel başvuru yolundaki mağdur ve başvuru statüsüyle karşılaştırmalı incelemesi, her iki hukuk alanında başvurucaya bağlı şartlarda önemli benzerliklerin varlığını ortaya koymaktadır. Ancak, bu benzer terimlerin anlam ve işlev yönünden çok büyük farklılıklar gösterebilecekleri de göz önünde bulundurulmalıdır.

Her ne kadar doktrinde, taraf ehliyeti ve dava ehliyeti yönünden idari yargılama usulünün ayrı bir özelliği bulunmadığı belirtilmiş olsa da, yasa, lafzıyla açıkça "menfaat ihlali" ve "kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar" diyerek, "taraf" ve "dava ehliyeti" genel koşullarına, ayrıca "menfaat ihlali" kavramını da eklemektedir.

Gerek doktrinde gerekse de yerleşik içtihatlar da görüş birliği sağlanan noktalardan biri, davada taraf olma yeteneği ve dava açabilme yeteneğine ilişkin Medeni Kanun'da belirtilen genel ehliyet şartlarına ek olarak, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu 2. madde hükmü gereği, iptal davaları için, ayrıca "menfaat/kişisel hak ihlali" şartının arandığıdır. Ayrıca, tam yargı davaları için de, "kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar" olarak tanımlanan ehliyet durumunun ayrıca sağlanması gerekmektedir. Bu özel ehliyet şartı, sübjektif ehliyet olarak da adlandırılmaktadır. Bu iki şartın varlığı, iptal ve tam yargı davaları açabilme şartı olan genel yetki kurallarına ek olarak, her seferinde dava türüne göre ayrı ayrı olmak üzere, dava dilekçesinin ön inceleme ölçütleri içinde yer

almakta ve idari yargı organları tarafından öncelikle değerlendirilmektedir (Katıman, 2016: 95-100).

İdare mahkemelerince yapılan yargılama neticesinde verilen kararların infazı ve yerine getirilmesi aynı Kanunun 28. maddesinde düzenlenmiş olup, esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin verilen kararların gereklerinin yerine getirilmesi, "idare"ye görev ve sorumluluk olarak yüklenmektedir. Bu infaz görevini yerine getirilmemesi aynı zamanda kamu görevlisinin şahsi sorumluluğunu da doğurmaktadır.

İdari yargılama hukuku içinde geçen ehliyet konusu, çok büyük ölçüde, uluslararası hukuk bireysel başvuru süreci içindeki mağdur kavramına benzerlik gösterse de, idari yargı organı tarafından dava ehliyeti olduğu kabul edilen kişinin, uluslararası hukuk bireysel başvuru yolunda da mağdur sıfatını her zaman otomatik bir biçimde elde edeceğini düşünmek yanıltıcı olabilecektir. Nitekim, idare hukukunda kaymakamın idari dava açma ehliyetinin varlığının kabulüyle sağlanan "dava ehliyeti"nin, bireysel başvurularda kabul edilen "mağdur" statüsünün ölçütlerini kesinlikle sağlamayacağının altı hemen çizilmelidir.

Benzer şekilde, iç hukukta idare mahkemeleri önünde dava ehliyeti olmadığı tespit edilen bir davacının, bireysel başvuru yoluna başvuru hakkı olamayacağı sonucuna ulaşmakla da aynı yanılgıya düşülmüş olunacaktır. Bu sebeple, yukarıdaki örneğin tam tersi geçerli olmaktadır: dava ehliyeti olmadığına karar verilen bir kişinin uluslararası hukuk bireysel başvuru süreci içinde mağdur olduğunun ve bireysel başvuru hakkının olduğunun kabul edilebilir olması da mümkündür. Dolayısıyla, idari yargı yolu içinde, ehliyeti olmadığına yerel mahkeme tarafından karar verilen mağdur kişi, Anayasal denetim ve Avrupa insan hakları denetim yolu içinde davacı statüsüne sahip olabilecektir (Katıman, 2016: 95).

3.1.3.4. Özel kanunlardaki düzenlemeler

Genellikle ayrı bir tanıımı yapılmamış olsa da düzenlenen özel bir alan içinde, mağduriyetin özel halini içerir farklı mağdur kategorilerine kanunlarda yer verilmektedir. Amaçlanan öncelikle, özel bir durum içinde doğan belirli bir mağduriyet halini, durumun şartlarına uygun araçlarla bir an evvel sona erdirmektir. Şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınlar, çocuklar, aile bireyleri olarak tanımlanabilen "şiddet mağdurları"nın, örneğin, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında özel hükümlerle korunması hedeflenmiştir. Bu Kanun'da mağdurun tanıımı yapılmış ve mağdur sıfatının kapsamı detaylarıyla belirlenmiştir. Kimlerin hangi şartlarda mağdur sayılabileceği açıklanmaktadır.

Benzer bir biçimde, korunmaya ihtiyacı olan ve suç mağduru çocuklar da, Çocuk Koruma Kanunu'nun konusunu oluşturmaktadırlar. Bu kanunlar özel kanunlar olarak değerlendirilseler de, genel olarak, ceza hukuku dahilinde olan suç tiplerinin mağdurlarını karma hukuk kuralları ile korumaya çalışan ve cezai alanda tedbir yanı ağır basan normlardan oluşan düzenlemelerdir. Bu özel yasaların konusunu oluşturan mağdur grupları, insan hakları sözleşmelerinin konusunu oluşturan hakların ihlali söz konusu olduğunda uluslararası hukuk bireysel başvuru prosedürü içinde ayrı bir nitelendirme veya sınıflandırma olmaksızın genel olarak "mağdur" statüsü altında

değerlendirileceklerdir. Bütün insan hakları metinlerinde, insan hakları herkese tanınmış olduğundan mağdurun belirli bir kategorideki kişi veya kişilerden olmasının onun durumuna doğrudan bir etkisi olmayacaktır. Böyle olmakla birlikte, ayrımcılık yasağı gibi, hem negatif hem de pozitif sorumluluk yükleyen hakların kullanımı içinde, kişinin belli bir gruba aidiyeti gerçeği de Devletin ayrımcılık yasağı alanındaki özel sorumluluk borcu değerlendirmelerine etki edecektir. Kişilerin temel haklarının ayrımcılık yasağı ile birlikte nasıl ve hangi seviyede ihlal edilmiş olduğu değerlendirmelerinde mağdur statüsünün bu özel hali dikkate alınacaktır (Katıman, 2016: 98-100).

3.1.4. Mağdurun hukuki yararının bulunması şartı

3.1.4.1. Hukuki yarar kavramı

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkına sahip olanların, sadece bu hakka sahip olması yeterli olmayıp, aynı zamanda başvuruda bulunmakta ve Anayasa Mahkemesi'nden koruma istenmesinde korunmaya değer bir hukuki yararının olması da gerekmektedir (Kuru vd., 2014: 313). Dava açmakta olduğu gibi, kanun yoluna başvurmada da, başvurucunun hukukî yararı bulunmalıdır. Yani kanun yoluna başvuran tarafın, aleyhine kanun yoluna başvurduğu kararın değiştirilmesi veya kaldırılmasında, korunmaya değer bir hukukî yararı olmalıdır (Kuru vd., 2014: 719).

Sözlük anlamı itibari ile hukuki yarar, "hukuken korunan yarar" (Yılmaz, 2004: 489) demektir. Hukuken korunan yarar yani menfaat ise haktır. Hukuk literatüründe hak, hukuki güvence altına alınmış ve yararlanılması ferdin iradesine bırakılmış menfaat olarak tanımlanmaktadır (Hamdemir, 2018: 239).

Sözlük anlamı itibariyle, bir yükün altına girmek, bir şeyin zorluğunu çekmek olan hukuki yarar, yargı yoluna başvurunun geçerlilik kazanabilmesi için gerekli olan en önemli ve en karmaşık şartlardan biridir. Bir hak sahibinin yargı yoluna başvurabilmesi için, onun aleyhine yargı yoluna başvurduğu mahkeme kararından dolayı kişinin bir zorluğun, bir yükün altına girmiş olması, başka bir ifade ile, onun bu mahkeme kararından dolayı bir zarar görmüş ve hakkının ihlal edilmiş olması gerekir (Özbey, 2013: 267).

Bireysel başvuru yoluna başvuruda bulunmak için, bu konudaki talebin kabul edilebilir, yani dinlenebilir olması ve haklı olması, istem konusu ile ilgili başvuru yolunun açık olması gerekir. Ayrıca bireysel başvuruda bulunan kişi söz konusu işlem ve karardan dolayı bir zarara uğramış olmalıdır (Özbey, 2013: 268).

Usul hukukundaki hukukî yarardan maksat, davacının yani talep edenin mahkemeden hukukî korunma istemesinde korunmaya değer güncel bir yararının olmasıdır. Başka bir deyişle hakkına kavuşmak için davacının, mahkeme kararına ihtiyacı yok ise, hukukî korunma ihtiyacı ve dolayısıyla hukukî yararı da yok demektir. Daha önce açılmış ve görülmekte olan bir davanın tekrar açılmasındaki amaç hukukî olmayacaktır. Bu sebeple de açılan ikinci davanın hukukî yarar yokluğundan esasa girilmeden usulden reddedilmesi gerekmektedir. Buna göre davanın bir tarafı, aleyhine kanun yoluna başvurduğu mahkeme kararından dolayı zarara uğramışsa, kanun yoluna başvurmak için gerekli olan şartlardan biri olan hukukî yararın mevcut olduğu kabul edilecektir. Bir başka deyişle

taraf, aleyhine kanun yoluna başvurduğu karar nedeniyle maddi veya manevi olarak zarar görmüşse, kanun yoluna başvurabilir (Özbey, 2013: 269).

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmak için başvurunun hukuken korunan bir menfaatinin yani bir hakkının ihlal edilmiş olması gerekmektedir. 6216 sayılı Kanun'un 46/1. maddesinde bu husus belirtilmektedir. Yapılan bu düzenleme ile, bireysel başvuru yapabilmesi için kişinin bir hukuki yararının bulunması gerekliliği açıkça vurgulanmıştır. Buna göre de başvurunun iddia edilen ihlalden dolayı güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmiş olması şarttır (Özbey, 2013: 269). Kanun maddesindeki "etkilenenler" ifadesini, karar veya eylemden olumsuz yönde etkilenmek şeklinde algılamak; başka bir ifade ile "ihlal" olarak anlamak gerekmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, temel hak ve özgürlük ihlali durumuna karşılık öngörülmüş bir başvuru yoludur. Zaten Yasa maddesinin gerekçesinde de bireysel başvuru için bir hakka yönelik kişisel, güncel ve doğrudan bir ihlalin varlığının gerektiği belirtilmektedir. Dolayısı ile maddede geçen "*hakkı ... etkilenenler*" ibaresiyle kastedilen, bir "hakkı ihlal edilenler"dir (Hamdemir, 2018: 240).

Bireysel başvuru yolunda, başvurunun güncel ve kişisel bir hakkı kamu gücünün bir işlem, eylem ya da ihmalinden, doğrudan etkilenmiş yani ihlal edilmiş ve bu durumu ortadan kaldırmak için Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapmaktan başka bir yol kalmamış ise kişinin bireysel başvuruda bulunmada hukuki yararının var olduğu kabul edilmelidir. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurudan beklenen, bir temel hak ve hürriyet ihlalinin, Anayasa Mahkemesi'nce ortadan kaldırılması olduğuna göre, ihlalin genel mahkemelere başvurularak çeşitli hak arama vasıtalarıyla ortadan kaldırılması mümkün olduğu durumlarda, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmakta başvurunun hukuki yararının bulunmadığını kabul etmek gerekir (Göztepe, 1998: 67). Bu açıklamalardan da anlaşılmaktadır ki hukuki yarar şartı, ikincilik ilkesi ile de yakından ilişkilidir (Hamdemir, 2018: 241).

Hukuki yararın mevcut olup olmadığı belirlenirken bireysel başvurunun ikincil bir hak arama yolu olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Bireysel başvuru yolundan beklenen hukuksal yarar anayasal bir temel hak ve özgürlük ihlalinin ortadan kaldırılması olduğuna göre, başvurunun genel mahkemelere müracaat ederek ihlali giderme imkanı varsa, bireysel başvuruda bulunmada hukuksal yararının olmadığı kabul edilmelidir. Nitekim bu durumda iç hukuk yolları tümüyle tüketilmemiş olacaktır (Ekinci, 2011: 142; Göztepe, 1998: 67).

Başvurucu ile mağduriyete konu işlem, eylem ve ihmal arasında kurulan ilişkinin, bireysel başvuru sistemi açısından ilke olarak, başvurunun yapıldığı anda var olması ve en azından başvuru hakkında bir karar verilinceye kadar bu ilişkinin devam etmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen ilkeler kapsamında, bir kişinin bireysel başvuruda bulunabilme ehliyeti açısından başvurucuda üç temel koşulun varlığını aradığı anlaşılmaktadır, bunlar; başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalinden dolayı, başvurunun güncel bir hakkının

ihlal edilmesi, bu ihlalden dolayı kişisel olarak ve doğrudan etkilenmiş olması ve bunların neticesinde başvurucunun bizzat kendisinin mağdur olduğunu ileri sürmesidir³⁵.

Her ne kadar, bireysel başvuruların kabul edilebilirliği hakkında verilen kararlarda, somut olayın özelliğine göre, bu kategorilerin birbirlerinden çok keskin olarak ayrılmadığı gözlemlenmekteyse de, diğer bir deyişle başvuru sahiplerinin ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem, işlem veya ihmalden kişisel olarak doğrudan etkilenmediklerine karar verilen durumlar, aynı zamanda güncel menfaatlerinin varlığının da tespit edilemediği durumlar olarak karşımıza çıkabilmekte ise de, kararlar bağlamında güncel bir hakkın etkilenmesi, kişisel olarak ve doğrudan etkilenme koşullarından oluşan bu kategorilerin ayrıca incelenmesinin pragmatik yararının olduğu değerlendirilmiştir (Karali Saunders, 2017: 140).

6216 sayılı Kanun'un 46/1. maddesinde bireysel başvuruda aranan, bir hakkın "güncel", "kişisel" ve "doğrudan" etkilenmesi yani ihlal edilmesi koşulu, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin, anayasa şikâyetine ilişkin olarak içtihat yoluyla geliştirmiş olduğu, güncel, kişisel ve doğrudan bir yararın olması ölçütünün, 6216 sayılı Kanun ile bir kural haline getirilmesinden başka bir şey değildir (Ekinci, 2011: 142; Göztepe, 1998: 67). Yani Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin içtihat yoluyla geliştirdiği ölçütler, kanun koyucu tarafından kanun hükmü haline getirilmiştir. Aslında hukuki yarar kavramı, da 6216 sayılı Kanun'un 46/1. maddesindeki "güncel", "kişisel" ve "doğrudan" etkilenme, koşullarında ifadesini bulmaktadır (Göztepe, 1998: 67). Özetle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabilmesi için öncelikle "hak ihlali" gerekmemekte olup; bu ihlalin güncel, kişisel ve doğrudan olması lazımdır (Hamdemir, 2018: 241).

3.1.4.2. Menfaatin güncel olması

6216 sayılı Kanun'un 45/1. maddesinde herkesin bireysel başvuruda bulunabileceği belirtildikten sonra, Kanun'un 46. maddesinde, 6216 sayılı Kanun'un 46/1. maddesine göre bireysel başvuruda bulunan bir kişinin, bireysel başvuru kapsamında korunan bir temel hak ve özgürlüğünün "güncel", "kişisel" ve "doğrudan" etkilenmesi gerektiği belirtilmiştir. Güncellik şartı, kamu gücü işlem, eylem ya da ihmalden kaynaklanan temel hak ve özgürlüğü ihlalinin, bireysel başvuru anından mevcut olması gerekliliğine işaret eden bir şarttır. Bir başka ifade ile başvuru anında hak ihlaline neden olan işlem, eylem veya ihmal mevcut olmalıdır (Karaman, 2013: 154). Kamu gücü işlem, eylem veya ihmalden kaynaklanan ihlalin, başvuru anında mevcut olmasının yanı sıra, bireysel başvuru sonuçlanana kadar da güncelliğini devam ettirmesi gerekir (Özbey, 2013: 273). Güncel hukuki yarar, başvurunun yapıldığı anda ve devam ettiği esnada mevcut olan yararadır. Hatta bireysel başvuru karara bağlanırken de hukuki yararın varlığını sürdürüyor olması gerekir (Ekinci, 2011: 143).

Kural olarak, bir kişinin bireysel başvuruda bulunabilmesi için aykırılığını ileri sürdüğü eylem ve işlemlerden dolayı menfaatinin etkilenmiş olması ve bu durumun da başvuru sonuçlanana kadar güncelliğini koruması gerekir. Başka bir deyişle, başvuru yapıldığı zaman, kişi mağdur sıfatına haiz olmalıdır, başvuru karara bağlanana kadar da,

³⁵ AYM, Başvuru no.: 2013/6179, K.T. 20.03.2014.

mağduriyet durumu devam etmelidir. Öyle ki ilerde doğması muhtemel ihlaller için bireysel başvuruda bulunulamayacaktır. Yani neticesi belli olmayan iddialarla, somut olmayan konularda yapılan başvurular kabul edilemez. Hukuki yararlılığın ispat edilmesi ve aynı zamanda gerekçelendirilmesi de gerekir (Özbey, 2013: 273).

Yine belirtilmelidir ki henüz gerçekleşmemiş potansiyel hak ihlali iddiasına dayanan hususlarda başvuru yapılamaz. Bu husus 6216 sayılı Yasa'nın 46/1. maddesinin gerekçesinde belirtilmektedir. Başvurucuların, gelecekte muhtemel zarar görebilme ihtimalinin varlığı durumunda de güncel zarar görme koşulu gerçekleşmiş olmaz (Gören, 1994: 116).

Güncellik koşulu, esasen Almanya gibi, kanunlara karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun kabul edildiği ülkelerde, kanunlaşmış ancak henüz yürürlüğe girmemiş kanunlar aleyhine yapılacak bireysel başvurular için önem arz etmektedir. Nitekim bu başvuru yönteminde ihlalin henüz meydana gelmemiş olma ihtimali vardır. İlgili Yasa'nın uygulanması neticesinde ihlal olup olmadığı tam manasıyla anlaşılabilecektir. Ancak idari kararlara veya yargı kararlarına karşı bireysel başvurunun kabul edildiği ülkelerde bu koşulun varlığının tespiti pek bir sorun oluşturmamaktadır. Zira mevcut düzenlemeye dayanılarak uygulanan bir işlem ve eylem vardır (Göztepe, 1998: 65).

6216 sayılı Yasa'nın 45/3. maddesinin uygulaması kapsamında Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, kanunlara karşı mümkün olmadığı halde, yargı kararlarına karşı mümkün olduğu için aleyhine bireysel başvuruda bulunulan kesinleşmiş yargı kararı, varlığını koruduğu sürece güncellik koşulu da kendiliğinden gerçekleşmiş olacaktır (Hamdemir, 2018: 241).

Bireysel başvuru sahibinin itiraz edilen norm nedeniyle temel hak ve özgürlüklerinde uğradığı etkinin mevcut "güncel" olması zorunluluğu, diğer bir ifadeyle, başvuru yapılan normdan kaynaklanan temel hak ihlalinin başvuru anında mevcut olması, başvuru anında mevcut bir tehlikeyi işaret etmesi koşulu, anayasal yargı organına bireysel başvuruyu dar bir çerçeve içinde tutma imkanını verir. Bu da bireysel başvurunun temel hakların korunmasında genel hukukî koruma yollarının yanında ikincil derecede bir koruma mekanizması olma özeline işaret etmektedir (Özbey, 2013: 275).

Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararlarından, güncel bir hakkın etkilenmesi koşulunun, başvuru anında Mahkeme tarafından makul görülen bir hak ihlalinin süjesi olduğu iddiası ile birlikte bu ihlalden kaynaklanan mağduriyetinin, en azından bireysel başvurunun karara bağlandığı ana kadar var olması gerekliliğini ifade ettiği anlaşılmaktadır. Aşağıda, güncel bir hakkın etkilenme koşulunun gerçekleşmediği gerekçesiyle bireysel başvurunun kabul edilemezliğine dair verilen kararlardan örnekler sunulmuştur.

İnsan Hakları Tazminat Komisyonunca ödenen tazminat tutarının yeterli görülmesi konusunda verilen AYM'nin *Ramazan Acar/2015* kararında³⁶; 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra, Kanun'un uygulaması amacıyla oluşturulan Komisyonlar tarafından ödenmesi kararlaştırılan tazminatın yetersiz olduğu

³⁶ AYM, Başvuru no.: 2013/7939. K.T. 15.12.2015.

ileri sürülerek adil yargılanma hakkı kapsamındaki hak ihlali iddialarından kaynaklanan başvurularda, tazminat tutarının yeterli bulunduğunun tespit edilmesi halinde, mağduriyetin güncelliğinin bulunmadığı gerekçesiyle, başvuruların kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

Yalnızca ispat vasıtası olan kaza tespit tutanağının iptali isteminin reddi üzerine yapılan başvurular konusunda verilen AYM'nin *Mustafa Gürkan/2015* kararında³⁷; başvuru çift taraflı maddi hasarlı trafik kazasında düzenlenen kaza tespit tutanağının iptali için açmış olduğu davanın mahkemenin görevli olmadığından bahisle reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Olayda görevsizlik kararı veren ilk derece mahkemesi gerekçesini, başvuru aleyhine bir idari yaptırım kararı bulunmadığı, kaza tespit tutanağında yapılan kusur değerlendirmelerine karşı itirazlarda sulh ceza mahkemelerinin görevli olmadığı, olayla ilgili olarak çıkacak uyuşmazlıklarda yargılamayı yapacak olan yargı yeri tarafından kusura ilişkin bilirkişi raporu alınabileceği hususlarına dayandırmıştır.

Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu kaza nedeniyle henüz başlatılmış bir ceza soruşturması veya açılmış bir hukuk davasının bulunmadığını tespit ederek, yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre tek başına hüküm kurmak için yeterli olmayan ve yalnızca ispat vasıtası olan kaza tespit tutanağının tutulması ve iptal isteminin reddedilmesinden dolayı, başvuru gncel bir hakkının ihlal edildiğinden söz edilemeyeceği gerekçesiyle başvurunun kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (Karali Saunders, 2017: 143).

3.1.4.3. Menfaatin doğrudan ve kişisel olması

6216 sayılı Kanun'un 46/1. maddesine göre bireysel başvuruda bulunan bir kişinin, bireysel başvuru kapsamında korunan bir temel hak ve özgürlüğünün "güncel", "kişisel" ve "doğrudan" olarak etkilenmesi gerekir. Kişisellik koşulundan yani kişisel olarak etkilenmekten kasıt, hak ihlalinin başvuru ile ilgisinin olması bireysel başvuru sahibinin kamu gücünün bir işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle maddi veya manevi olarak bizzat mağdur olmasıdır (Özbey, 2013: 276). Bir başka ifadeyle başvuru, sadece kendisini etkileyen ihlaller için başvuruda bulunabilir; üçüncü kişileri etkileyen ihlaller için bireysel başvuruda bulunamaz (Ekinci, 2011: 143). Dolayısı ile kişisellik şartı, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruyu, "popüler dava"dan da ayıran; kurumun popüler davaya dönüşmesini engelleyen önemli bir unsurdur (Göztepe, 1998: 60).

Menfaatin kişisel olması demek, kişinin bir işlem nedeniyle maddi veya manevi olarak bizzat mağdur olması anlamına gelmektedir. Bireysel başvuru yoluna ancak temel hak ve özgürlüğün ihlalinin şahsen mağdur durumda bulunan kişi gidebilir. Birey, hak ihlali ile doğrudan etkilenenidir. Doğrudan etkilenen olmak kavramıyla anlatılan, temel hak ve özgürlük ihlalinin bireysel başvuruya konu olan eylem ve işlemde kaynaklanması, başka bir karara veya işleme gerek kalmaksızın onun, başvuru bir hak ve özgürlüğünü etkiliyor olmasıdır. Mahkeme, bireysel başvurunun kabulünde itiraz edilen normun

³⁷ AYM, Başvuru no.: 2013/7304. K.T. 15.04.2015.

başvuruda bulunana anayasal hak ve özgürlüklerinden birinde etkilemiş olması, haklarından birine zarar verilmiş olması şartını arayacaktır (Özbey, 2013: 278).

Bireysel başvurunun düzenlendiği 6216 sayılı Kanun'un 46/2. maddesinde tüzel kişilerin bireysel başvuru hakkı düzenlenmiştir. Ancak kanunda bu hüküm yer almasaydı dahi, kişisellik koşulundan dolayı özel hukuk tüzel kişilerinin, üyelerinin hakları için bireysel başvuruda bulunamayacakları yine söylenebilirdi (Oder, 2011: 95).

Federal Alman Mahkemesi, bir mahkeme kararına karşı yapılan başvurularda, davada taraf olmayanların başvurusunu kabul ederken, "davada taraf olmayan kişinin hukuki statüsünün doğrudan değişmesini" ölçüt olarak almaktadır (Karaman, 2013: 156). Federal Alman Mahkemesi'nin bu içtihadının Türk Anayasa Mahkemesi'nce de benimsenmesi; davada taraf olmayan ancak verilen kararla hukuki statüsü doğrudan etkilenen kişiler açısından da kişisellik koşulunun gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekir. Mağdur yani hakkı ihlal edilen kavramının geniş yorumlanması, Türk hukukunda kanunlara karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru mümkün olmadığı için kurumun popüler davaya dönüşmesine de sebep olmaz (Hamdemir, 2018: 244).

6216 sayılı Kanun'un 46/1. maddesine göre bireysel başvuruda bulunan bir kişinin, bireysel başvuru kapsamında korunan bir temel hak ve özgürlüğünün "güncel", "kişisel" ve "doğrudan" olarak etkilenmesi gerekir. Doğrudan etkilenmekten kasıt, kamu gücü işlem, eylem ya da ihmalinin, başka bir karara veya işleme gerek kalmaksızın başvurusunun hakkını etkiliyor olmasıdır (Özbey, 2013: 276). Gören'e göre; *"daha sonraki bir işlem aracılığıyla etki doğurmayan ya da böyle bir işlemin yapılmasına bağlı olmayan bir etkileme ya da temel hak zedelenmesi doğrudandır"* (Gören, 1994: 117).

Menfaatin varlığı koşulu ulusal hukuk ve AİHS ile eki Protokolleri'ne göre değerlendirilmelidir. İhlâl oluşturduğu ileri sürülen eylem veya işlem ile bundan doğan sonuç arasında nedensellik bağının bulunması lâzımdır. Menfaatin dolaylı olması, mağdur ile Mahkeme'ye başvuran kişi arasında özel ve yakın bir ilişkinin bulunmasıdır. Gerçek mağdurun ölüm veya başka bir nedenle başvuru yetkisini bizzat kullanmasının mümkün olmadığı durumlarda ana, baba, kardeş vb. yakınlarının hem gerçek mağdur adına, hem de iddia konusu ihlâlin kendilerini de mağdur ettiği gerekçesiyle Mahkeme'ye başvurması mümkündür. Aynı şekilde, yakınların (mirasçı vb. gibi) yapılmış bulunan bir başvuruyu ölen kişi yerine sürdürmeleri mümkündür.

Bu bağlamda başvuranın ölümü, ne başvuruyu kendiliğinden işlemekten kaldırır, ne de kendiliğinden başvuruyu takip hakkını mirasçılara geçirir. Mirasçıların başvuruyu takip edebilmeleri için, doğrudan, ya da dolaylı olarak maddi veya manevi menfaatlerinin bulunması, başvurunun konusunu oluşturan ihlâlin de mirasçıya geçen haklardan olması gerekir. Mirasçıya geçebilen hak kavramı da geniş yorumlanmalıdır³⁸.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun konusunu, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların oluşturması halinde, başvurusunun ölümü davayı sona erdirmelidir. Öte yandan başvurusunun ihlâlini ileri sürdüğü idari işlem sonradan kaldırılmışsa veya iptal

³⁸ AİHM, Başvuru no.: A284, K.T. 25.03.1994.

edilmişse, kanunun aradığı güncel ve doğrudan bir yarar unsurunun varlığı söz konusu olmayacağından başvuru yine sona erecektir (Özbey, 2013: 278).

Doğrudan kendisinin anayasal bir temel hak ve özgürlüğü ihlal edilmeyen gerçek ya da tüzel kişinin, başkalarına yönelik olan ihlal iddiasıyla bireysel başvuru yapabilmesine de imkan yoktur (Ekinci, 2011: 143). Örneğin bir meslek örgütünün sendika kurma ya da toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkının ihlali iddiasıyla bireysel başvuru imkanı varken, üyelerinin maruz kaldığı bireysel temel hak ihlalinin başvuru konusu yapabilmese söz konusu olmayacaktır (Göztepe, 1998: 58).

Karşılaştırmalı hukuktaki veriler göz önüne alındığında, doğrudan etkilenme koşulu, esasen kanunlar ve düzenleyici idari işlemler bakımından tartışma konusu olabilir. Bu koşul Almanya örneğinde olduğu gibi kanunlara karşı bireysel başvurunun mümkün olduğu sistemlerde önemlidir (Oder, 2011: 95). Çünkü doğrudanlık koşulu, bir kanunun bir temel hak ve özgürlüğü başka bir karar ya da işleme gerek kalmadan etkileyip etkilemediği sorununun çözmeye yönelik bir koşuldur. Eğer bir kanunun, bir temel hak ya da özgürlüğü etkilemesi için bir karara ya da işleme gerek varsa doğrudanlık koşulunun gerçekleşmediği kabul edilir. Bu koşul sayesinde, kanunlar için Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruların sayısı azaltılır. Federal Alman Mahkemesi'ne göre bir uygulama işlemine ihtiyaç duyulmamakla birlikte bir yasa "*kişileri daha önceden bir karar almaya itiyorsa ve bu kararlar sonradan yinelenemeyecek ve düzeltilenemeyecek nitelikteyse*" doğrudanlık koşulu yine gerçekleşmiş kabul edilir (Göztepe, 1998: 62). Eğer bir kanunun, bir temel hak ve özgürlüğü etkilemesi için bir idari karar ya da işleme ihtiyaç varsa, bu idari karar ya da işleme karşı da öncelikle kanun yoluna yani yargı yoluna başvurulur, kanun yolunda ihlalin giderilememesi durumunda bu sefer kanun yolunda verilen karara karşı son çare olarak Anayasa Mahkemesi'ne başvurulur.

6216 sayılı Yasa'nın 45/3. maddesi bağlamında, Türk hukukunda kanunlara ve düzenleyici idari işlemlere karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru mümkün olmadığı; yargı kararları açısından da doğrudanlığı tespit etmek zor olmadığı için doğrudanlık koşulunun Türk hukukunda fazla bir işlevselliğe sahip olmadığını kabul etmek gerekir (Oder, 2011: 96).

Anayasa Mahkemesi, gerçek ve tüzel kişilerin bireysel başvuru ehliyeti yönünden ihlali ileri sürülen hak ile başvurucağının bağlantısını değerlendirirken, başvurucağının şikâyeteye yol açan eylem, işlem veya ihmalin sonuçlarının doğrudan süjesi olması, dolayısıyla işlem veya eylem ile doğrudan ve kişisel bir bağının bulunması koşulunu aramaktadır. Aşağıda Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki yaklaşımını sergileyen kararlardan örnekler verilmiştir:

Kişisel olarak etkilenmiş olma koşulunun gerçekleşmediği bazı durumlara örnek olarak, velayeten açtıkları davalar dolayısıyla, anne ve babanın adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki şikâyetleri hakkında AYM'nin *Uğur Sağlamtaş ve Diğerleri/2016* kararında³⁹, yapılan tıbbî müdahale sonucunda % 98 oranında özürle hale gelen çocukları

³⁹ AYM, Başvuru no.: 2013/2960, K.T. 23.03.2016.

adına velayeten açtıkları davalar dolayısıyla, anne ve babanın adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki şikâyetlerinin, ihlale yol açtığı ileri sürülen yargılama sürecinin tarafı olmadıkları gerekçesiyle kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar veren Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yaşam hakkının ihlal edildiği şikâyetleri yönünden, anne ve babanın "mağdur" statüsünün bulunduğu kabul ederek, başvurunun esasını incelemiştir (Karali Saunders, 2017: 146).

Başvuruya yol açan yargılama süreci sırasında reşit olarak, dava ehliyeti kazanan başvuru adına ana ve babası tarafından yapılan başvuruya örnek olarak AYM'nin *Sabriye Yürekli ve Diğerleri/2016* kararında⁴⁰ başvuru, ulusal yayın yapan bir gazetede kızları hakkında çıkan haber nedeniyle kendileri adına asaleten, kızları adına ise velayeten kişisel itibar ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini belirterek Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği ve ailenin korunması haklarının ihlâl edildiğini ileri sürmüşler, ihlalin tespiti ile tazminat talebinde bulunmuşlardır.

Anayasa Mahkemesi, öncelikle kızları adına velayeten yaptıkları başvuru yanında kendi adlarına da asaleten başvuran başvuru sahiplerinin, asaleten yaptıkları bireysel başvuru yönünden mağdur statülerinin olup olmadığını incelemiştir; olaydan dolayı anne ve baba olan başvuru sahipleri üzerinde ortaya çıkan etkinin yoğunluğunun güncel ve kişisel hak ihlali olarak değerlendirme yapılmasına elverişli bir şekilde ortaya konulamaması nedeniyle anne ve babanın şikâyetleri yönünden mağdur statülerinin bulunmadığını tespit etmiştir. Öte yandan, başvuruya yol açan yargılama süreci sırasında reşit olarak, dava ehliyetine sahip hâle gelmiş ve yargılamanın geri kalanında ve nihai kararda davacı sıfatıyla yer alan kızları adına, ebeveyn başvuru sahiplerinin velayeten başvuru yapma haklarının bulunmadığını tespit edilerek, başvurunun kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir (Karali Saunders, 2017: 146).

Aşağıda Anayasa Mahkemesi'nin doğrudan etkilenmiş olma koşulunun gerçekleşmediği duruma örnek olarak, davada taraflardan birini vekâleten temsil eden kişinin adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair şikâyeti hususundaki kararı açıklanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi *Tuğba Arslan* kararında⁴¹, Ankara Barosuna kayıtlı serbest avukat olarak çalışan başvuru sahibi, başörtülü olarak katılması dolayısıyla hâkimin duruşma yapamayacağını belirterek müvekkiline kendisini bir başka avukatla temsil ettirmesi için süre tanınması ve duruşmayı ertelemesine karar vermesi nedeniyle din ve vicdan özgürlüğü, savunma, mahkemeye erişim ve çalışma hakkının, ayrıca ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, başvuru sahibinin Aile Mahkemesinde görülmekte olan bir davada taraflardan birini vekâleten temsil ettiğini, davanın taraflarından biri olmadığını, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının, hukuk yargılamasında tarafların, ceza yargılamasında ise hakkında suç isnat edilen kişilerin usulden kaynaklanan haklarını garanti altına aldığını, olayda mahkemeye erişim hakkı ve

⁴⁰ AYM, Başvuru no.: 2014/7115, K.T. 22.09.2016.

⁴¹ AYM, Başvuru no.: 2014/256, K.T. 25.06.2014.

savunma hakkına müdahale edilen kişinin, başörtülü olması nedeniyle duruşması ertelenen ve sonraki duruşmaya kabul edilmeyeceği belirtilen kişinin başvuru olmadığını tespit etmiş; işlemin mağduru olmayan başvuru, bu işlem aleyhine bireysel başvuru yapma hakkı bulunmadığı gerekçesiyle, savunma hakkı ve mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiaları yönünden, başvurunun "kişi yönünden yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

3.2. Mağdur Statüsü ve Bir Kabul Edilebilirlik Ölçütü (Kişi Bakımından Yetki)

3.2.1. Genel olarak

Bireysel başvuru yapabilmenin ön koşullarından biri de, bireysel başvuru ehliyeti olan kişinin "mağdur" olmasıdır. Mağdur kavramı, ihlalin muhatabı olan kişileri edilgen kıldığı için insan hakları ihlallerinin muhataplarını "kurtulan" şeklinde etken kılan bir nitelemeyle tanımlamanın daha yerinde olduğu savunulmaktadır. Bu statü resen, yani taraflar ileri sürmese dahi incelenir. Mağdurluk statüsünün tespiti, bazı olaylarda karmaşık ve zor olduğu için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir kişinin mağdur olup olmadığını, esasa yönelik incelemesiyle birlikte ele alabilmektedir⁴² (Hirsi Jamaa ve diğerleri/İtalya, 2012). Mağdur kavramı hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hem de Anayasa Mahkemesi tarafından aşırı şekilcilikle yorumlanmamakta, çağdaş toplum koşulları ışığında değişime tabi şekilde kavranmaktadır (Şirin, 2018: 37).

Bireysel başvuruda "mağdur" kavramını Anayasa Mahkemesi, tıpkı AİHM'de olduğu gibi davanın her aşamasında değerlendirmekte ve bu statünün bütün bir yargılama boyunca devam etmesi gerektiğini belirtmektedir (Efe, 2016: 132).

Nitekim Anayasa Mahkemesi *Musa Erdem ve Diğerleri/2013* kararında⁴³, bir başvurunun kabul edilebilmesi için başvuru sadece mağdur olduğunu ileri sürmesi yeterli olmadığını, başvuru ihlalden doğrudan etkilendiğini yani mağdur olduğunu göstermesi veya mağdur olduğu konusunda Anayasa Mahkemesini ikna etmesi gerektiğini, bu itibarla, mağdur olduğu zannı veya şüphesinin de mağdurluk statüsünün varlığı için yeterli olmadığını belirtmiştir. Başvuru konusu Antalya 5. Asliye Ceza Mahkemesinin 19/6/2012 tarihli ek kararı ile ertelenmiş cezanın aynen infazı için yapılan yeni ihbar hakkında işlem yapılmasına yer olmadığına ilişkin kararın, başvuru doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen, objektif olarak başvuru zarara uğratan bir karar olmadığını, başvuru ihlale neden olduğunu ileri sürdüğü mahkeme kararından kişisel olarak etkilenmesi mümkün olmadığını anlaşıldığını belirtilerek, başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir⁴⁴ (Efe, 2016: 133).

Anayasa'nın 12. maddesi temel haklara yönelik bazı özellikleri ortaya koymaktadır. Bunlardan dokunulmazlık, geniş anlamda ele alındığında, temel haklara yönelik herhangi bir müdahalenin yapılamayacağı anlamına gelir. Ne var ki hukuk sisteminde, başkalarının sahip oldukları hak ve özgürlükler ile farklı menfaatler, hakların sınırlandırılmalarını,

⁴² AİHM, Başvuru no.: 27765/09, K.T. 23.02.2012.

⁴³ AYM, Başvuru no.: 2013/1845, K.T. 07.11.2013.

⁴⁴ AYM, Başvuru no.: 2013/1977, K.T. 09.01.2014.

dolayısıyla geniş anlamda dokunulabilir olmalarını gerekli kılar. Dolayısıyla, bütün haklara mutlak dokunulmazlık tanındığını söylemek, aslında paradoksal bir şekilde, kimsenin haklara sahip olmadığını kabul etmek demektir. Hukukta yorum yöntemleri böyle anlamsız sonuçlara izin vermez. Bu nedenle dokunulmazlık kavramının dar anlamını kabul etmek gerekir. Yani söz konusu ifadeden, temel hakların, Devlet'in, kişileri temel hak sahibi olmaktan mahrum bırakamayacağı anlamda, dokunulmaz olduğunu anlamak gerekir (Şirin, 2018: 14).

Devredilmezlik sözcüğü ise, bu haklardan yoksun kalma konusunda, devletin dışında kalan üçüncü bir başka kişi ile de sözleşme yapılamayacağını anlatmakta; bir bakıma, özel hukuk alanında sıkça kullanılan sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğü yani butlanı kavramlaştırmasının anayasal temelini ortaya koymaktadır. Bunun tamamlayıcısı olarak görülebilecek vazgeçilmezlik kavramı ise kişinin, insan olmasından kaynaklanan haklarının bazı koşullarda kendisinden dahi korunmasını ifade etmekte, dolayısıyla, bir değer olarak temel hakların, örneğin kişilerin intihar girişimlerine veya insan onuruna yaraşmayan eylemlerine karşı dahi, bizzat korunacağını anlatmaktadır. Kişiliğe bağlılık niteliği ise, bir önceki cümlede geçen, herkes sözcüğüyle birlikte anlaşılmalıdır. Herkes, sözcüğü, Anayasa'nın bireysel başvuruyu da düzenleyen 148. maddesinde de yer almaktadır: "*Herkes (...) Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*" Burada da görüldüğü gibi temel hak ehliyeti "herkes" için tanınmış durumdadır. Herkes, sözcüğünde yer alan "kes" kavramı, etimolojik olarak "kişi" anlamına gelir. Kişilik sahibi olmak, bir insan hakkıdır. Şöyle ki; Türkiye'nin de taraf olduğu İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 6. ve Birleşmiş Milletler (BM) Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesinde, herkesin her yerde ve hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.

Bu hüküm uyarınca; erkek, kadın veya siyah veya beyaz, çocuk veya yaşlı her insan, sadece insan olmasından ötürü kişilik sahibidir. İşte Anayasa'nın 12. maddesi de kişilik statüsüne sahip olanların "temel hak ehliyeti"ne sahip olduklarını açıkça ortaya koymakta, başka bir deyişle her insanın insan olmasından dolayı hak ehliyetine sahip olduğuna işaret etmektedir. Bunun yanında hukuk düzeni, varsayımsal olarak da bazı kişilikler tanımaktadır. Bunlara tüzel kişi denmektedir. Tüzel kişiler de temel hak ehliyetine sahiplerdir (Şirin, 2018: 15).

Anayasanın 148. maddesinden hareketle, Anayasada öngörülen haklardan birisi, kamu gücü tarafından ihlal edilen "herkes" bireysel başvuru hakkının süjesi yani öznesi olabilir. "Herkes" kelimesi bütün kişiler anlamına gelir. Diğer bir ifadeyle, herkesin bireysel başvuru yoluna başvurabileceği, buradaki herkes kelimesinin temel hak ve özgürlük sahibi olma yeteneğine sahip gerçek ve tüzel kişileri kapsadığı kabul edilmektedir. Bu kapsamda sadece vatandaşlar değil, vatandaşlara özgü haklar hariç, diğer hak ve hürriyetler bakımından, yabancılar ve vatansızlar da taraf ehliyetine sahiptir. Ancak anayasanın yabancılar ve vatansızların hak ve özgürlüklerine bir takım sınırlamalar getirmesi durumunda, bu kişilerin taraf olma ehliyeti de doğal olarak bu kapsamda değerlendirilecektir (Atasoy, 2012: 76).

Anayasa'nın 148. maddesinin 3 ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 1 numaralı fıkraları uyarınca, gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden Sözleşme'ye ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunma hakkı tanınmıştır.

Anılan Kanun'un "Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar" başlıklı 46. maddesinde kimlerin bireysel başvuru yapabileceği hususunda daha özel açıklamalar yapılmıştır. Anılan maddenin 1. fıkrasına göre, bir kişinin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilmesi için üç temel ön koşulun birlikte arandığı anlaşılmaktadır. Bu önkoşullar; başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalden dolayı başvurusunun "*güncel bir hakkının ihlal edilmesi*", bu ihlalden kişinin "*kişisel olarak*" ve "*doğrudan*" etkilenmiş olmasıdır (Karali Saunders, 2017: 124).

Anayasa Mahkemesi'nin kişi yönünden yetki incelemesi, kim ve kime karşı gibi soruların sorulduğu, öğretide ve AİHM'in kararlarında Latince "*ratione personae*" kavramıyla da ifade edilen incelemeyi anlatır. Başvuru ehliyeti, mağdurluk statüsü gibi başlıklar Mahkeme'nin yetkisinden ayrı ele alınabilecekse de bunun, kişi yönünden yetki incelemesinin içinde değerlendirilmesinde bir sakınca yoktur. Bu incelemede başvurusunun; 1. Başvuru ehliyetinin olup olmadığı, 2. Mağdur olup olmadığı, 3. Temsilcilik durumu, 4. Başvurusunun Türkiye Cumhuriyeti aleyhine yapıp yapılmadığı ele alınır (Şirin, 2018: 15).

3.2.2. Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar (Taraf ve dava ehliyeti)

3.2.2.1. Genel olarak

6216 sayılı Kanun'da bireysel başvurularla ilgili, taraf ve dava ehliyetine ilişkin düzenlemeler bulunmamaktadır. 6216 sayılı Yasa'nın 49/7. maddesinde bireysel başvuruların incelenmesi sırasındaki izlenecek usule ilişkin açıklamaya yer verilmektedir. Bu sebeple taraf ehliyeti ve dava ehliyeti hususları usul kanunlarındaki hükümlere göre belirlenecektir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 31. maddesi taraf ehliyetine ilişkin hususlarda HMK'ya ve onun yollamada bulunduğu Türk Medeni Kanunu'na (TMK) atıfta bulunmuştur. Dolayısı ile taraf ve dava ehliyeti konusu, HMK'ya ve onun yollamada bulunduğu TMK'ya göre ele alınıp incelenecektir (Hamdemir, 2018: 232).

1982 tarihli Anayasa'nın 148. ve 6216 sayılı Yasa'nın 45. maddesine göre herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek Protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Nitekim 6216 sayılı Yasa'nın 46. maddesinde özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerine ilişkin olarak bireysel başvuru yolunu kullanacaklar, belirli ölçüde sınırlamış ve tarif edilmiştir. Anayasa'nın 148/2. maddesinde herkesin belirtilen haklar kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceği belirtilmektedir. Burada "herkes" ifadesiyle bireysel başvuru hakkına sahip olanlar yani bu hakkı kullanabilecek olanlar belirtilmiştir (Toprak, 2015: 163).

Bireysel başvuru yolu anayasa yargısı içinde bulunan bir dava türüdür. Bu yönüyle gerek medeni gerek adli gerekse idari yargılama usullerinden temelde ayrılmaktadır. Ancak bu dava türünün diğer yargılama kollarında olduğu gibi ne davacı ne de davalısı vardır. Bireysel başvuruda dava edilen ne dava konusu işlemin sahibi kamu organıdır ne de devlettir (Göztepe, 1998: 50). 6126 sayılı Yasa'nın 46. maddesinin 1. fıkrası mucibince sadece dava konusu işlem veya eylemin ya da ihmalin giderilmesi talebinde bulunmaktadır. Teknik olarak, şikayette bulunan/şikayetçi ya da davacı gibi isimlendirme ve nitelendirmeler bireysel başvuru yolunda bulunmamaktadır. Bireysel başvuruda ülkeler, diğer yargılama alanlarından farklı bir usul hukuku ve yöntem benimsemişlerdir (Toprak, 2015: 164).

Davada taraf olabilme yeteneğine taraf ehliyeti denir. Ayrıca medeni hukuktaki hak ehliyetinin, medeni usul hukukunda büründüğü şekli de taraf ehliyetidir (Kuru vd., 2014: 264). Dolayısı ile Türk Medeni Kanunu'na göre hak ehliyetine sahip olan herkes yani gerçek ve tüzel kişiler aynı zamanda taraf ehliyetine de sahip olacaktır. Nitekim HMK'nın 50. maddesinde bu durum medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip bulunanların davada da taraf ehliyetine sahip olacakları şeklinde belirtilmektedir (Hamdemir, 2018: 233).

Bireysel başvuruda taraf ehliyetini kazanmak için gerçek kişi de olsa tüzel kişilik de olsa bir temel hak ve özgürlük ihlalinin olması zorunludur. Bireysel başvuru hakkı, ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenlere tanınmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken hak ihlalinin mevcut ve doğrudan olması lazımdır. Kişi kendisini doğrudan etkilemeyen hak ihlallerinde, sonradan ihlali yapan kamu gücü tarafından telafisi yapılan işlemlerde veya gelecekte hak ihlali doğması potansiyelini taşıyan kamu gücü işlemlerine karşı bireysel başvuruda bulunamayacaktır.

Nitekim 6216 sayılı Yasa'ya göre mevcut ve doğrudan bir hak ihlali mevcut ise Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları, yabancılar ve özel hukuk tüzel kişilikleri bireysel başvuruda bulunabilecek, kamu tüzel kişilikleri bireysel başvuruda bulunamayacaktır.

Temel hak ve özgürlükler, devredilmez ve vazgeçilmez nitelikte haklar olduğu için bu hakların ihlal edilmesi durumunda hakkın süjesinin bizzat başvuruda bulunabileceğini kabul etmek gerekir. Bu konuda AİHM'in dava ehliyeti ve taraf ehliyeti arasında bir fark gözetmeyen, hak süjesine o hakla ilgili dava açma hakkı da tanıyan içtihadını benimsemek; Türk Medeni Kanunu veya HMK'daki hükümleri, bireysel başvuru kurumunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulamak, kurumun amacıyla daha bağdaşır niteliktedir (Hamdemir, 2018: 234).

Gerçek kişiler, sağ ve tam doğmak kaydıyla hak ehliyetine sahiptirler. Genel itibarıyla kişi kavramı, hukuk düzeni tarafından hak ve borç sahibi olabilecek varlıklar için kullanılmaktadır. Tüzel kişiler ise kendilerine hukuk düzeni tarafından kişilik tanınmış olan bir takım mal ile şahıs topluluklarıdır. Anayasa'nın hem gerçek hem de tüzel kişilere bireysel başvuru hakkı tanıdığı kuşkusuzdur. Tüzel kişilerin ancak temsilcileri niteliğindeki gerçek insanlar vasıtasıyla işlem yapabilmesinden dolayı başvuru şekli ve usulü farklı olmaktadır. Gerçek kişiler ile tüzel kişiler aynı hak ve borçlara sahip olsalar

bile tüzel kişilerin ancak temsilcileri aracılığıyla işlem yapabilme kabiliyetlerinden dolayı, onlara hususi bir prosedür düzenlenmesi bir mecburiyettir. Bu durumun bir örneği Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılmasında da kendini göstermektedir. Dolayısıyla bireysel başvuru hakkına sahip olanların, başvuru sahiplerinin niteliklerine göre ayrı ayrı incelenmesinde yarar bulunmaktadır (Toprak, 2015: 164).

3.2.2.2. Gerçek kişiler

1982 tarihli Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrasında, herkesin, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceği; 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 1. fıkrasında da, herkesin, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceği düzenlenmiştir (Efe, 2016: 154). Bu düzenlemelere göre burada dikkatle incelenmesi gereken husus, "herkes" sözcüğünden ne anlaşılması gerektiğidir (Özbey, 2013: 234).

Bu ibarenin hangi anlama geldiği ise ne Anayasa'da ve 6216 sayılı Kanun'da, ne de Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde yer almamaktadır. Ancak temel hak ve özgürlüklere öncelikle gerçek kişilerin sahip olması gerekliliği karşısında Anayasa Mahkemesi'ne öncelikle gerçek kişilerin başvurabileceklerinin kabulü zorunludur (Efe, 2016: 154).

Bu bağlamda gerçek kişilerin bireysel başvuruda bulunabileceklerinde kuşku bulunmamaktadır. 6216 sayılı Kanun'un "*Bireysel Başvuru Usulü*" başlıklı 47. maddesinin 3 ve 4. fıkralarındaki düzenlemelerden, gerçek kişilerin bizzat bireysel başvuruda bulunabilecekleri gibi kanuni temsilcileri ya da kendilerinin veya kanuni temsilcilerinin vekâlet verdikleri avukatlar vasıtasıyla da başvuru yapabilecekleri anlaşılmaktadır (Atasoy, 2012: 100).

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 10. maddesinde, genel olarak, fiil ehliyetine sahip olmak için ayırt etme gücüne sahip olmak ve ergin olmanın yanında, aynı zamanda ilgili kişinin kısıtlı da olmaması gerektiği kuralına yer verilmiştir. Ancak gerçek kişilerden, dava veya taraf ehliyeti bulunmasa dahi velayet veya kısıtlılık altında bulunan küçükler, akıl hastası, mahcur, engelli ve mahkûmların da Anayasa Mahkemesi'ne bizzat bireysel başvuruda bulunma hakları bulunmaktadır (Karali Saunders, 2017: 124).

Fiil ehliyeti, bir kimsenin kendi eylem ve işlemleri ile kendi lehine hak veya borç yaratabilme yeteneğidir. Türk Medeni Kanunu'nun 10. maddesine göre; "Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır." Maddeye bakıldığında gerçek kişiler için fiil ehliyetinin ikisi olumlu, biri olumsuz olmak üzere üç şartının olduğu görülmektedir.

Olumlu şartlar, ayırt etme gücüne sahip olmak ve ergin olmak; olumsuz şart ise kısıtlı olmamaktır. Ayırt etme gücü, makul bir şekilde davranma yeteneğidir. TMK'nın 13. maddesinde bu husus belirtilmektedir. Erginlik, belli bir yaşa gelmek veya kanun koyucu tarafından bazı şartların varlığı halinde o yaşa gelmiş gibi kabul edilmektir. Türk Medeni Kanunu'na göre kişi üç şekilde ergin olabilir. Bunlar TMK'nın 11 ve 12. maddelerindeki,

18 yaşına doldurmak, evlenmek ve mahkeme kararıyla 15 yaşını dolduran küçüğün kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilmesi halleridir. Kısıtlı olmamak ise, bir kimsenin kanunda öngörülen sebeplerden birine dayanılarak, mahkeme kararıyla fiil ehliyetinden tamamen veya kısmen mahrum edilmemesidir (Öztan, 2006: 253).

Belirtilen şartları taşıyan kişiler tam ehliyetli kabul edilirler. TMK'nın 14. maddesinde fiil ehliyeti bulunmayanlar belirtilmektedir. Dolayısı ile bu kişiler tam ehliyetli değildirler. Tam ehliyetlilerin dava ehliyeti vardır. Dolayısı ile bunların Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmaları mümkündür. Sorun ayırt etme gücüne sahip olmayanların yani tam ehliyetsizlerin, ayırt etme gücüne sahip olan küçükler ve kısıtlıların yani sınırlı ehliyetsizlerin ve tam ehliyetli olup kanun koyucunun bazı işlemleri yapabilmesi için belli bir kişinin rızasını ve görüşünü almayı zorunlu kıldığı kişilerin yani sınırlı ehliyetli olanların Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda dava ehliyeti açısından nasıl değerlendirileceğinde toplanmaktadır. Başka bir ifade ile tam ehliyetsizler, sınırlı ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetliler açısından dava ehliyeti meselesi TMK'ya göre mi çözüleceği, yoksa 6216 sayılı Kanun'da hüküm bulunmamasına rağmen bu konuda Anayasa Mahkemesi'nce anayasa yargısının özelliğinden dolayı içtihat yoluyla farklı bir yol mu izleneceği hususu çözüme kavuşturulmalıdır.

Tam ehliyetli olmayan gerçek kişilerin dava ehliyetine sahip olup olmadıkları meselesini TMK'nın hükümlerini esas alarak çözüme kavuşturacak olursak, tam ehliyetsizler adına hukuki işlemleri ancak kanuni temsilcilerinin yapabileceğini dolayısı ile bunların dava ehliyetlerinin olmadığını kabul etmek gerekir (Kuru vd., 2014: 275).

Tam ehliyetsizler, ayırt etme gücüne sahip yani mümeyyiz olmayanlardır. Tam ehliyetsiz gerçek kişilerin, dava ehliyetine sahip olup olmadıkları meselesini, TMK hükümlerini esas alarak çözüme kavuşturacak olursak; tam ehliyetsizler adına hukuki işlemleri ancak kanuni temsilcilerinin yapabileceğini dolayısı ile bunların dava ehliyetlerinin olmadığını kabul etmek gerekir (Kuru vd., 2014: 275).

Sınırlı ehliyetsizler, ayırt etme gücüne sahip küçükler ile ayırt etme gücüne sahip kısıtlılardır. Sınırlı ehliyetsizler, kural olarak dava ehliyetine sahip olmamakla beraber, istisnai hallerde, dava ehliyetine sahiptirler. Bu istisnalardan biri de kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardır. Temel hak ve hürriyetler devredilmez ve vazgeçilmez nitelikte haklar olduğundan, esasen bu hakları kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar arasında değerlendirilip, sınırlı ehliyetsizlerin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda dava ehliyetine sahip olduklarını kabul etmek gerekir (Hamdemir, 2018: 236).

Sınırlı ehliyetliler ise ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlanmamış kişilerdir. Ancak kanun koyucu bunlara, menfaatleri icabı bir danışman atanmasını uygun görmüştür. Bu kişilerin, TMK'nın 429. maddesinde sayılan hukuki işlemleri yapabilmek için yasal danışman onayını almaları zorunludur (Öztan, 2006: 272). Bu işlemler arasında "dava açmak" da vardır. TMK'daki bu hükümden yola çıkarak, sınırlı ehliyetlilerin yasal danışman onayını almadan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunamayacaklarını kabul etmek, bireysel başvuru kurumunun amacı ve işlevi ile bağdaşmamaktadır (Karaman, 2013: 150). Nitekim bu durum kişilerin hak kaybına uğramasına ve neticesinde büyük mağduriyetler yaşanmasına sebep olacaktır.

Türk Medeni Kanunu'na göre, her insanın hak ehliyeti vardır. TMK'nın 8. maddesine göre hak ehliyeti, haklara ve borçlara sahip olabilme yeteneğidir. İnsanlar açısından kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. TMK'nın 28. maddesine göre de hak ehliyeti ise sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlar. Öğretide yasaların cenine bir takım haklar tanımış olmasının, ceninin anayasal açıdan temel hak taşıyıcısı olduğu sonucunu doğurmayacağı fikri (Şirin, 2018: 165) savunulduğu gibi, ceninin temel hakların taşıyıcısı olduğu düşüncesi de ileri sürülmektedir (Atasoy, 2012: 100). Dolayısı ile her ne kadar ceninin hak ve özgürlüğün niteliğine göre bir hakkın süjesi olup olmayacağı tartışmalı ise de Medeni Kanun'a göre sağ ve tam doğmak koşulu ile kişi, ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Dolayısı ile niteliğine uygun düştüğü için insan onuru, yaşam hakkı, kişiliğin korunması ve mülkiyet hakkı açısından sağ ve tam doğmak koşulu ile kişi, ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olacaktır. Bu hakların korunması Almanya örneğinde olduğu gibi, kanuni temsilci veya vasi aracılığı ile sağlanabilir (Karaman, 2013: 119).

TMK'nın 28. maddesine göre kişilik ölümle sona ereceğinden, kişilerin öldükten sonraki hakları bakımından hak ehliyeti yoktur. Bu nedenle ölümlerin bireysel başvuruda taraf ehliyetleri bulunmayıp, AİHM'in *Kaya ve Polat/Türkiye/2008* kararında da belirtildiği üzere ölümler adına bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir⁴⁵. Ancak Federal Alman Anayasa Mahkemesi insan onurunun ölümden sonra da varlığını sürdürdüğüne, bu nedenle ölmüş kişilerin bu hak yani insan onurunun korunması hakkı açısından anayasa şikâyetinde taraf ehliyetine sahip olduklarını kabul etmektedir (Göztepe, 1998: 51).

Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'da çocukların kendi başlarına bireysel başvuruda bulunmalarıyla ilgili herhangi bir düzenleme yer almamakla birlikte, Anayasa'nın birçok maddesinde çocukların hakları koruma altına alınmıştır. Ayrıca, TMK'nın 346. maddesinde de özel durumlar belirtilerek hâkime çocuğun menfaatlerini koruma konusunda gerekli tedbirleri alma yetkisi verilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında, çocukların doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabileceklerinin kabul edilmesi gerektiği, Mahkeme'nin başvuruyu sırf bu sebeple reddetmesinin uygun olmayacağı düşünülebilir. Böyle bir başvuruyla karşılaşan Anayasa Mahkemesi'nin, çocuğun menfaatlerinin korunması gerekiyorsa kanuni temsilcilerini başvurudan haberdar etmesi dahi gerekebilir. Bu durumda çocuğun kanuni temsilcilerinin davada çocuğun menfaatlerine aykırı hareket etmeleri halinde, Mahkemenin asıl hak taşıyıcısının çocuk olduğunu göz önünde bulundurarak çocuğun menfaatlerini korumak için uygun olan tedbirleri alması, bu kapsamda örneğin çocuğa bir kayyım tayin edilmesi ve çocuğun yargılama süresince kayyım aracılığıyla temsil ettirilmesi yoluna gidilmesi de mümkündür.

Yapılan açıklamalar bağlamında nitekim 6216 sayılı Kanun'da dava açma hakkına sahip olanları belirtmek bakımından "herkes" ibaresi kullanılarak, gerçek kişilerin dava ehliyetine temyiz kudretine sahip olmak veya reşit olmak gibi bir sınırlama getirilmediği görülmektedir. Bu durumda reşit olmayan ya da temyiz kudreti bulunmayan kişilerin de

⁴⁵ AİHM, Başvuru no.: 2794/05 ve 40345/05, K.T. 21.10.2008.

kanuni temsilcilerinin izni olmadan bizzat başvuruda bulunabilmeleri söz konusu olabilecektir (Doğru, 2012: 100).

3.2.2.3. Tüzel kişiliğe ilişkin haklar bakımından özel hukuk tüzel kişileri

Türk Medeni Kanunu'nun 47. maddesine göre tüzel kişiler, kanunun aradığı özel hükümler uyarınca kişilik kazanırlar ve kanunda aranan şartların gerçekleşmesi ile kişilikleri sona erer. TMK'nın 48. maddesine göre tüzel kişiler, kişilik kazandıkları andan itibaren hak ehliyetine yani insana özgü nitelikler dışındaki bütün haklara ve borçlara sahip olurlar. Hak ehliyetine sahip oldukları için taraf ehliyetine de sahip olurlar. Tüzel kişiler de fiil ehliyetine sahiptirler ve fiil ehliyetine sahip oldukları andan itibaren dava ehliyetine de sahiptirler (Hamdemir, 2018: 235). Dava tüzel kişi adına, tüzel kişiyi temsile yetkili organlar tarafından açılır. Tüzel kişinin organı sıfatını taşımayan üyeleri veya ortakları tüzel kişi adına dava açamazlar. Tüzel kişiliğin son bulması taraf ehliyetini de sona erdirir (Kuru vd., 2014: 268-269).

Tüzel kişiler, özel hukuk ya da kamu hukukuna tabi olmaları açısından kendi aralarında özel hukuk tüzel kişileri ve kamu hukuku tüzel kişileri olarak ikiye ayrılmaktadırlar. 6216 sayılı Kanun, 46/2. maddesinde belirttiği üzere özel hukuk tüzel kişilerine Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı tanımış iken; kamu hukuku tüzel kişilerine bu hakkı tanımamıştır. Özel hukuk tüzel kişileri, kamu gücüne sahip olmadıkları için gerçek kişilerle ve diğer özel hukuk tüzel kişileri ile eşit durumdadırlar (Gözler, 2007: 79).

6216 sayılı Yasa'nın 46/2. maddesinde, özel hukuk kişilerinin yalnızca tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabileceği açıklanmıştır.

Buna göre özel hukuk kişileri olan dernekler, vakıflar, ticari ortaklıklar, örgütlenme hürriyeti veya hak arama hürriyeti gibi sadece tüzel kişiliğe ait hakların ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunulabilecektir (Ekinci ve Sağlam, 2012: 21). Diğer bir ifadeyle özel hukuk tüzel kişileri, doğalarına ve faaliyet alanlarına uygun olan eşitlik, mülkiyet hakkı, çalışma özgürlüğü, kanuni hâkim ilkesi, örgütlenme özgürlüğü, hak arama özgürlüğü gibi, temel hak ve özgürlüklerle ilgili konularda bireysel başvuruda bulunabileceklerdir (Atasoy, 2012: 109). Örneğin, evlilik ile ilgili bir hakkın ihlali durumunda evliliğin gerçek kişilere tanınmış bir hak olması karşısında özel hukuk tüzel kişileri doğalarına ve faaliyet alanlarına ilişkin olmayan bu tür haklar bakımından bireysel başvuruda bulunamayacaktır (Efe, 2016: 161). Yine bir özel hukuk tüzel kişisi, niteliğine uygun düşmediği için işkence yasağı veya evlenme hakkı ile ilgili başvuruda bulunamazken, niteliğine uygun düştüğü için dernek kurma ve toplantı özgürlüğü hakkı için başvuruda bulunabilir (Hamdemir, 2018: 227).

Nitekim madde gerekçesinde konuyla ilgili olarak, özel hukuk tüzel kişilerinin kendi tüzel kişilikleri ile ilgili olmayan üye ya da mensuplarına yönelik ihlal iddialarını bireysel başvuru kapsamında ileri süremeyecekleri ifade edilmiştir⁴⁶ (Oder, 2011: 91). Dolayısıyla bu nitelikteki başvurular Anayasa Mahkemesi tarafından, kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle reddedilecektir (Efe, 2016: 161).

⁴⁶ 6216 sayılı Kanun'un gerekçesi için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1211.pdf>. Erişim Tarihi: 01.03.2019

Özel hukuk tüzel kişileri hükmi şahsiyet olduklarından, 6216 sayılı Yasa'nın 47/3,4. maddesindeki düzenlemelere göre, ancak tüzel kişiliği temsile yetkili kişi veya kişiler tarafından ya da bunların vekâlet verdiği avukatlar vasıtasıyla başvuru yapabilirler (Atasoy, 2015: 119).

Bu noktada avukatın vekaletnamesinde, bireysel başvuru için özel yetkisinin bulunmasının zorunlu olup olmadığı hususunun açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün "Başvurucunun Temsili" başlıklı 61. maddesinin 1. fıkrasındaki "Bireysel başvuru, bizzat başvuru, kanuni temsilcisi ya da avukatı tarafından yapılabilir. Avukat veya kanuni temsilci aracılığıyla yapılan başvurularda temsile dair yetki belgesinin sunulması zorunludur" hükmü dikkate alındığında, aslında dava vekâletnamesinde bireysel başvuru için özel yetkinin arandığı yorumu yapılabilir. Zira İçtüzük, bireysel başvurularda temsilci olabilmeye ilişkin yetki belgesinin sunulmasını zorunlu tutmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki bireysel başvuruda bulunmak için vekâletnamede özel yetkinin mevcut olması gerektiğine ilişkin düzenleme açık bir şekilde mevzuatta yer almamaktadır (Oduncu, 2014: 224).

Özel hukuk tüzel kişileri davada kendilerini temsil yetkisine sahip organları aracılığıyla temsil edilirler. Ayrıca tüzel kişiliğin sonra ermesiyle özel hukuk tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapma yeterliliklerinin sona ermeyeceği bilinmektedir (Ergül, 2012: 26).

Bireysel başvuru hakkının kullanımında ehliyet gibi hususlar ulusal hukuk düzenine göre belirlenecek olup, başvuru olarak tüzel kişinin yabancı veya taraf devlet mensubu olması herhangi bir önem taşımamaktadır. Zira tüzel kişilerde, gerçek kişilerde olduğu gibi vatandaş, yabancı veya taraf devlet mensubu olma gibi bir koşul aranmamaktadır.

Tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklıkların, hak ve borçlarının ortaklara ait olduğu kabul edildiğinden, bireysel başvurunun ortaklık tarafından değil, ortaklar tarafından yapılması gerekir. Gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri tarafından yapılan başvurularla ilgili kararlarını başvuru ehliyeti hususunda karşılaştırdığımızda, Anayasa Mahkemesi'nin gerçek kişiler yönünden ehliyet ve menfaat kurallarını güncel usul hukuku kurallarından nispeten bağımsız olarak yorumlayabildiği halde, özel hukuk tüzel kişileri yönünden yorumunun aynı esnekliğe sahip olmadığı dikkat çekmektedir.

Başvurucu Şirketin⁴⁷ yasal temsilcisi olduğunu beyan eden H. S., yalan tanıklık suçuyla ilgili olarak Şirketi temsilen yaptığı şikâyet üzerine kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi nedeniyle şirketin anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, başvuru Kaçkar Çay San. ve Tic. A.Ş.'yi temsile yetkili kişi veya kişileri gösteren imza sirküleri ve eklerinin incelenmesinden, yönetim kurulunun 27/5/2013 tarihli kararıyla, şirketi temsile S. K. isimli kişinin seçildiğini ve bu kararın Çayeli Ticaret Sicil Memurluğu'na aynı tarihte tescil ettirildiğini, ayrıca adı geçen kişinin 9/5/2013 tarihinden itibaren üç yıl süresince münferiden atacağı imza ile her hususta ve her alanda şirketi temsil ve ilzama yetkili kılındığını tespit ederek, başvurunun şirketi temsile yetkili kişi tarafından yapılmadığı gerekçesiyle "kişi yönünden yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (Karali Saunders, 2017: 129).

⁴⁷ AYM, Başvuru no.: 2014/2937 , K.T. 21.07.2011.

3.2.2.4. Sınırlı haklar bakımından yabancılar

Anayasa ve yasalarda belirtilen temel hak ve hürriyetlerden yararlanmak veya bunları kullanmak bakımından herkes aynı konumda değildir. Bazı temel hak ve hürriyetlerden yararlanmak için sadece insan olmak yeterli iken, diğer bazı temel hak ve hürriyetlerden yararlanmak için vatandaş olmak gerekir. Keza, bazı temel hak ve hürriyetlerden ise sadece belirli kategorilerde bulunan kişiler yararlanabilir. Nihayet, temel ve hak hürriyetlerden yararlanmak bakımından yabancıların ise apayrı bir durumu bulunmaktadır (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2016: 160).

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 3. maddesinin 1/d fıkrasına göre yabancı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi ifade etmektedir (Efe, 2016: 175). Ayrıca belirtmek gerekir ki yabancıların, başka bir devletin vatandaşı, vatansız ya da mülteci olması mümkündür (Atasoy, 2015: 123).

6216 sayılı Yasa'nın 45/1. maddesinde, herkesin bireysel başvuruda bulunabileceği kural altına alınmışsa da aynı Yasa'nın 46/3. maddesiyle, yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancıların bireysel başvuru yapamayacakları ifade edilerek yabancılar bakımından bir kısıtlama getirilmiştir. Dolayısıyla yabancılar, yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak bireysel başvuru yapamayacaklardır (Efe, 2016: 176). Bu husus 6216 sayılı Yasa'nın gerekçesinde ayrıca ifade edilmiştir. Bu nedenle yabancıların bireysel başvuru hakkı Türk vatandaşlarına göre daha sınırlıdır (Atasoy, 2015: 124).

Nitekim Anayasa'nın 16. maddesinde de, temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla yabancılar, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru haklarını her konuda değil ancak kendilerine tanınan haklarla ilgili olarak kullanabileceklerdir (Ekinci ve Sağlam, 2012: 21). Örneğin yabancılar, yaşam hakkı gibi vatandaş olsun olmasın herkese tanınan haklar ile yerleşme ve seyahat özgürlüğü gibi vatandaşlar yanında yabancılar da tanınan sınırlı haklar bakımından Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabileceklerdir. Bu nedenle, yabancıların bir bireysel başvuruda bulunması durumunda başvuru yapılan hak veya haklar bakımından bireysel başvuruda bulunulup bulunulamayacağının belirlenmesi gerekmektedir (Sağlam M. , 2011: 763).

Anayasada tüm insanlara tanınan hak ve özgürlüklerden yabancılar da yararlanabilir, ancak sadece vatandaşlara tanınmış temel hak ve özgürlükleri haliyle Türk vatandaşı olmayan yabancılar kullanamaz. Siyasi haklardan yabancıların yararlanamaması durumu kural, yararlanması ise istisnadır. Siyasi haklar sadece Türk vatandaşlarının yararlanabilecekleri haklardandır. Eğer bir siyasi hak yabancılar tarafından da kullanılabilirse, ilgili siyasi hakkın yabancılar tarafından da kullanılabilirliğinin anayasa tarafından açıkça öngörülmesi gerekir. Örneğin Anayasanın 74. maddesinde düzenlenen dilekçe hakkından yabancıların, karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla yararlanabileceği düzenlenmiştir (Özbey, 2013: 244).

Yabancılar sadece Türk vatandaşlarına tanınan sınır dışı edilmeme, kamu hizmetine girme haklarıyla ilgili bireysel başvuruda bulunamayacakken, kendilerine sınırlı bir

şekilde tanınan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ile yerleşme ve seyahat özgürlüğü konularında anayasada kendilerine uygulanan kısıtlamalar dâhilinde bireysel başvuru yapabileceklerdir (Kılınç, 2008: 29).

Dolayısı ile yabancılar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki haklardan sadece Türk vatandaşlarına tanınan haklar için Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunamayacakları gibi, bu haklardan da Anayasa'da kendilerine tanınan sınırlar içerisinde yararlanabileceklerdir (Kılınç, 2008: 29).

Anayasa'nın 148/3. ve 6216 sayılı Yasa'nın 45/1. ile 46/3. maddeleri bir arada değerlendirildiğinde, vatandaş ve yabancı devlet vatandaşları dışında, vatansızların, mülteci ve sığınmacıların ya da ihlal gerçekleştiği anda yasa dışı yollarla devletin ülkesinde bulunanların da yabancılar ile aynı sınırlar çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkına sahip olduklarını kabul etmek gerekir (Ergül, 2012: 26). Zira, bu kişilerin de tıpkı yabancılar gibi Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 3. fıkrasıyla getirilen kısıtlama vatansızları da kapsamaktadır (Efe, 2016: 177).

Çalışma hakkı, toplantı ve gösteri hakkı, eğitim hakkı, mülkiyet hakkı, yerleşme ve ikamet hakkı gibi haklar yabancılar açısından sınırlandırılabilen haklardır. Eğer bu haklar sınırlandırılmışsa artık yabancıların bu haklar bakımından da Anayasa Mahkemesi'ne başvuruları mümkün değildir. Bu haklara yönelmiş bir başvuruda bulunulmuşsa bu durumda Anayasa Mahkemesi başvuruya konu olan hakkın sınırlandırılıp sınırlandırılmadığını mevzuat hükümlerine göre tespit ederek karar verecektir.

Yabancıların yaptıkları bireysel başvurularla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararı bulunmaktadır. Örneğin, boşanma davası sonucunda velayet hakkının anneye verilmesi ve annenin müşterek çocuğu yurt dışına götürerek orada sürekli yaşamaları neticesinde çocuğun babasının mahkemece tesis edilen kişisel ilişkiyi çocuğuyla kuramaması sebebiyle çocuğun Türkiye'ye iadesi isteminin reddine karar verilmesi ve Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle yapmış olduğu bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, başvuruyu esastan inceleyerek kabul edilebilirlik hükmüyle birlikte başvurunun aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁸. Yine Almanya Federal Cumhuriyeti vatandaşı olan başvurunun, Konya 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açtığı tanıma ve tenfiz davasının reddedildiğini belirterek anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürdüğü başvuruda⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, başvuruyu kabul edilemez bulmayarak esastan incelemiş ve başvurunun "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (Efe, 2016: 177).

⁴⁸ AYM, Başvuru no.: 2013/5126, K.T. 02.07.2015.

⁴⁹ AYM, Başvuru no.: E. 2013/4050 K. 2014/3742, K.T. 17/3/2014.

Nitekim AYM, temel hak ve özgürlükler hususunda yabancıların durumunu değerlendirirken, ülkemizin taraf olduğu AİHS'i de göz önünde bulundurmak zorundadır (Özbey, 2013: 246).

3.2.2.5. Yalnızca Türk vatandaşlarının yapabileceği başvurular

6216 sayılı Yasa'nın 46/3. maddesinde yabancıların bireysel başvuru hakkına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hüküm gereğince bazı haklar sadece vatandaşlara tanındığından, bu hakların ihlal edildiği gerekçesiyle yalnızca vatandaşlar bireysel başvuruda bulunabilecekler, yabancılar bu haklarla ilgili olarak bireysel başvuruda bulunamayacaklardır. (Atasoy, 2015: 121).

Türk vatandaşlarının sahip olduğu bu haklar yine Anayasa'da yerini bulmakta ve belirtilmektedir. Çünkü, Anayasamızda yer alan temel hak ve özgürlüklerin bir kısmından yalnızca Türk vatandaşları faydalanabilir. Genelde bu tür temel hak ve özgürlükler Anayasa'nın ikinci kısmında düzenlenmekte ve yer almaktadır. Sadece Türk vatandaşlarının sahip olduğu hakları Anayasa, belirtilen ilgili maddelerde "herkes", "kimse" vb. kelimeleri vurgulamak yerine "Türk", "Türk vatandaşı/vatandaşları" gibi sözcükleri kullanmak suretiyle bu durumu özel ve açıklayıcı olarak belirtmiştir (Özbey, 2013: 241).

Anayasa'nın 68., 69., 70. ve 72. maddelerinde sayılan bazı temel hak ve hürriyetlerin yalnızca vatandaşlara tanınmış olmasından ortaya şu sonuç çıkıyor ki, bu haklardan yabancılar yararlanamayacaktır (Gözler, 2011: 120).

Anayasa'nın 73. ve 74. maddesi farklılık arz etmektedir. Nitekim 73. maddede getirilen hüküm ile vatandaş-yabancı ayırımı yapılmamıştır (Özbey, 2013: 242). Ancak 74. maddede yapılan düzenlenme ile sınırlı olarak ve kullanımında karşılıklılık şartı gözetilerek yabacılara da dilekçe hakkı tanınmıştır (Özbey, 2013: 242).

Yine, Anayasa'nın "*siyasi haklar ve ödevler*" başlıklı dördüncü bölümü dışında da sadece Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Bunlar: Anayasa'nın 42., 59., 62. ve 23. maddelerinde düzenlenen ve yalnızca Türk vatandaşlarına özgülenen haklar olarak düzenlenmiştir (Atasoy, 2015: 122).

Özbudun'a göre, aslına bakılacak olursa Anayasa'nın başlangıç bölümü ilk bakışta tabii hak doktrininin benimsenmiş olduğu izlenimini uyandırmakta ise de, bu Anayasa'daki temel hak ve hürriyetler deyiminde anlatımını bulan pozitivist hak anlayışının, tabii hak görüşüyle bağdaştırılması elbette mümkün değildir (2011: 108). Dolayısıyla, dönemin şartlarında ve düşünce yapısıyla oluşturulmuş olan bir anayasaya konulan temel hak ve özgürlüklerin sınırları içerisinde hakların sağlanması, doğal hak anlayışıyla uyuşmayacaktır. Bu kapsamda bakıldığında, anayasal temel hak ve özgürlüklerin düzenlenişinde yapılması gerekenin, mümkün olduğunca özgürlükçü, evrensel, vatandaşlık ve milliyet unsurlarını içerir sözcüklerden uzak ve kapsayıcı bir yaklaşım sergilenmesi olduğu düşünülebilir (Özbey, 2013: 243).

3.2.3. Bireysel başvuru hakkına sahip olmayanlar

3.2.3.1. Kamu tüzel kişileri

1982 tarihli Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kamu tüzel kişiliğinin, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı ifade edilmiş ancak kamu tüzel kişilerinin temel hakların taşıyıcısı olup olmayacakları konusunda herhangi bir hükme ve açıklamaya yer verilmemiştir. Kamu tüzel kişiliğinde, idarenin bir organı veya kurumu, genel idarenin dışında hak ve fiil ehliyetine sahip olmakta, bu haliyle ayrı bir hukuk süjesi olarak varlık göstermektedir. Bu niteliğinden dolayı kamu tüzel kişisi, idari vesayet ilişkisi dışında genel idareden bağımsızdır (Atasoy, 2015: 126).

Bilindiği gibi, tüzel kişiler kamu hukuku tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişileri olmak üzere ikiye ayrılır. Anayasanın 123. maddesinde kamu tüzel kişiliğinin ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulabileceği düzenlenmiştir. Kamu tüzel kişiliğinin işleyişi, kamu yararı esasında hareketle kanunla düzenlenir. Kamu hizmeti amacıyla kurulan, kamu kurumları ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kamu tüzel kişileri arasında yer almaktadır. Anayasanın çeşitli maddelerinde, örneğin Anayasa'nın 130., 133. ve 135. maddelerinde bu tür tüzel kişiler açıkça düzenlenmiştir. Devlet, belediye ve köy birer kamu hukuku tüzel kişisi olup bu husus Anayasa'da belirtilmektedir (Özbey, 2013: 250).

Sistem olarak içinde yer aldığımız idari rejim sisteminde idare, özellikle amaç ve yöntemleriyle özel hukuk kurumlarından farklı bir öze sahip gibi değerlendirilmektedir. Kamusal bir yapılanma olan idare, özel çıkarlarla uyumlaştırılması mümkün olmayan "kamu yararı"nı gerçekleştirmeyi amaç edinmiştir. İdareyi oluşturan bu özgün özelliğinin bir sonucu olarak, Anayasa'nın ilgili hükümlerinden ve özellikle idarenin bütünlüğünün ve kamu tüzel kişiliğinin belirtildiği 123. maddesinde, kamu hukuku tüzel kişilerinin statüsünün, özel hukuk tüzel kişilerinin statüsünden farklı şekilde düzenlendiği görülmektedir (Özbey, 2013: 251).

Kamu tüzel kişiliklerinin bireysel başvuru ehliyetine ilişkin olarak Anayasa'da herhangi bir düzenleme mevcut olmamasına rağmen 6216 sayılı Kanun'da bu hususta açık bir düzenleme mevcuttur (Kaya, 2018: 187).

6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesinde, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapıp yapamayacağına ilişkin olarak; "*Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz.*" hükmü bulunmaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınmaması, kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine karşı tanınan bir yol olan bireysel başvurunun niteliğine uygun düşmektedir. Bu durum Anayasa Mahkemesi'nin *Büğdüz Köyü Muhtarlığı/ 2012* başvurusuna yönelik olarak verdiği kararında aynı doğrultuda belirtilmektedir⁵⁰.

Nitekim kamu tüzel kişileri, idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde kamu gücünü bizzat kullanan taraf olduklarından bireysel başvuru hakları bulunmamaktadır (Ekinci ve M.

⁵⁰ AYM, Başvuru no.: 2012/22, K.T. 25.12.2012.

Sağlam, 2012: 15). Bu husus, 6216 sayılı Yasa'nın 46. maddesinin gerekçesinde; hak ihlallerinin kaynağının kamu gücü olduğu açıklamasıyla belirtilmiştir. (Atasoy, 2015: 128).

Kanundaki bu düzenleme bireysel başvurunun yapısına da uygun düşmektedir. Zira bireysel başvurularının konusunu kamu gücü işlem, eylem ve ihlalleri oluşturmaktadır. Kamu hukuku tüzel kişileri de kamu gücüne sahip tüzel kişilikler olduklarından bireysel başvurularda başvuru olarak yer almaları işin doğasına da aykırıdır. Bu husus AYM kararlarında da aynı paralellikte ifade edilmiştir. AYM bir kararında kamu tüzel kişilerinin başvuru ehliyeti bulunmadığı gerekçesi ile kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunmalarının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. AYM'nin mezkur kararında başvuru Büğdüz Köyü Muhtarlığıdır. Yüksek Mahkeme bu kararında; kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru ehliyetlerinin bulunmadığı gerekçesiyle başvurunun kişi bakımından yetkisizlik sebebiyle reddine karar vermiştir (Kaya, 2018: 188).

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi köy, belediye⁵¹, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu⁵² ve vakıf üniversitesi⁵³ tarafından yapılan bireysel başvuruların kişi bakımından yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Yapılan açıklamalar bağlamında, AYM'nin yapılan bireysel başvuruyu değerlendirirken, öncelikle başvuru kamu hukuku tüzel kişisi olup olmadığını değerlendirmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Nitekim düzenlenen temel hak ve hürriyetler klasik haklar dışındaki hakları kapsamakta ise de, bireysel başvuru ancak AİHS ve eki protokollerdeki haklara yönelik olmalıdır (Özbey, 2013: 252).

Yukarıdaki kararlarında da görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar vermiş olduğu kararlarda kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru haklarının bulunmadığı gerekçesiyle başvuruları reddetmiştir (Atasoy, 2015: 129).

3.2.3.2. Tüzel kişiliğe ait olmayan haklar bakımından özel hukuk tüzel kişileri

Hukuk sisteminin temelinde kişilerin, gerçek kişiler ve tüzel kişiler, tüzel kişiler ise özel hukuk tüzel kişileri ve kamu hukuku tüzel kişileri olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulduğundan daha önce bahsetmiştik (Gözler, 2007: 37). Özel hukuk kurallarına uygun olarak gerçek kişilerin serbest iradesi ile kurulmuş olan ve bu alanda hukuki işlem yapan tüzel kişilere özel hukuk tüzel kişileri denilmektedir. Özel hukuk tüzel kişileri dernekler, şirketler gibi kişi topluluklarından oluşabileceği gibi vakıflar gibi mal topluluklarından da oluşabilir (Dural ve Ögüz, 2012: 209).

Özel hukuk tüzel kişilerinin durumu ise 6216 sayılı Yasa'nın 46/2. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere özel hukuk tüzel kişileri, yalnızca tüzel kişiliğe ait Anayasa, AİHS ve ek protokollerde belirtilen, doğalarına ve faaliyet alanlarına uygun olan temel haklardan herhangi birisinin ihlal edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilir (Ekinci, 2011: 147-148). Bu haklara örnek olarak kanun önünde eşitlik, çalışma hürriyeti, konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı,

⁵¹ AYM, Başvuru no.: 2012/1327, K.T. 12.02.2013.

⁵² AYM, Başvuru no.: 2012/743, K.T. 05.03.2013.

⁵³ AYM, Başvuru no.: 2013/1430, K.T. 21.11.2013.

kanuni hâkim ilkesi, hak arama hürriyeti gibi haklar verilebilir. Özel hukuk tüzel kişilerinin bizzat başvuru ehliyeti bulunmadığı için başvurunun tüzel kişi adına yetkili organları tarafından yapılması gerekir (Kaya, 2018: 188).

Özel hukuk tüzel kişileri, sadece tüzel kişiliğe ait haklar yönünden bireysel başvuruda bulunabilmektedirler. Bu cümleden iki anlam çıkabilir: Birincisi; tüzel kişiler, hakkın niteliği uyarınca bizzat sahibi olabildikleri haklar yönünden başvuru yapabilirler. Bu bakımdan tüzel kişilerin, yaşam hakkı, işkence yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, aile yaşamına saygı hakkı, evlenme hakkı, ölüm cezası yasağı gibi haklar dışındaki haklar yönünden başvuru yapabileceğini söylemek yanlış olmaz. İkincisi ise; özel hukuk tüzel kişileri, üyeleri adına başvuru yapamazlar (Şirin, 2013: 32).

Diğer bir ifade ile özel hukuk tüzel kişilerinin kendi üyelerinin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla başvuruda bulunmaları mümkün değildir (Özbey, 2013: 225). Zira özel hukuk tüzel kişilerinin üyeleri doğal olarak gerçek kişilerdir. Gerçek kişiler de ayrıca dava ve taraf ehliyetine sahip olduklarından kendileri ile ilgili ihlallerde bizzat bireysel başvuruda bulunmaları mümkündür. Bu nedenle özel hukuk tüzel kişilerinin üyelerinin haklarıyla ilgili başvuru yolu kapatılmıştır. Dolayısıyla bu nitelikteki bireysel başvurular Anayasa Mahkemesi tarafından, kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle reddedilecektir (Kaya, 2018: 186).

Netice olarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru imkanı AİHS'in 34. maddesine göre ancak mağdur olan, yani ihlalden zarar görene sağlanmıştır. Mağdur olan kişi ister bizzat kendisi, isterse de temsilcisi aracılığıyla bireysel başvurusunu yapabilir. Belirtilen anlamda özel hukuk tüzel kişileri, eğer bizzat ihlal edilen hakkın mağduru olmamışsa, bu ihlalden kendi üyeleri etkilense dahi, kendi kişiliği zarara uğramadığından bireysel başvuruda bulunma hakkı bulunmayacaktır (Özbey, 2013: 240).

3.2.3.3. Türk vatandaşlarına mahsus haklar bakımından yabancılar

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 3/1, d maddesine göre yabancı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi ifade etmektedir. 6216 sayılı Kanun'un 45/1. maddesinde, herkesin bireysel başvuruda bulunabileceği kural altına alınmışsa da aynı Kanun'un 46/3. maddesiyle, yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancıların bireysel başvuru yapamayacakları ifade edilerek yabancılar bakımından bir kısıtlama getirilmiştir. Dolayısıyla yabancılar, sadece Türk vatandaşlarına tanınan hak ve özgürlüklerle ilgili olarak bireysel başvuru yoluna başvuramayacaklardır (Efe, 2016: 175).

Anayasa'da yer alan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması hususunda 1982 Anayasası'nın 16. maddesi yabancıların durumunu düzenlemiştir. Bu hükme göre sınırlama kanunla ve uluslararası hukuka uygun olarak yapılabilecektir (Özbey, 2013: 266).

Bu madde, sözleşmeye taraf devletlerin AİHS'in 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü, 11. maddesinde düzenlenen toplanma ve örgütlenme özgürlüğü ile 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağını, yabancıların siyasal faaliyetleri açısından sınırlandırmalarına müsaade etmektedir. Dolayısıyla yabancıların hak ve özgürlükleri

bakımından sözleşmedeki konumu, vatandaşlarla tam olarak eşit durumda değildir. Ancak sözleşmenin diğer başka hükümleri için yabancı vatandaş ayrımı bulunmamaktadır (Özbey, 2013: 266).

Dolayısıyla yabancılar, bireysel başvuru haklarını her konuda değil ancak kendilerine tanınan haklarla ilgili sınırlı olarak kullanabileceklerdir (Ekinci ve Sağlam, 2012: 21). Örneğin yabancılar, yaşam hakkı gibi vatandaş olsun olmasın herkese tanınan haklar ile yerleşme ve seyahat özgürlüğü gibi vatandaşlar yanında yabancılara da tanınan sınırlı haklar bakımından Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabileceklerdir. Bu nedenle, yabancının bir bireysel başvuruda bulunması durumunda başvuru yapılan haklar bakımından bireysel başvuruda bulunulup bulunulamayacağının öncelikle belirlenmesi gerekmektedir (Efe, 2016: 176).

Ayrıca ve önemle belirtmek gerekir ki, 6216 sayılı Kanun'un 46/3. maddesi uyarınca, yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancıların bireysel başvuru yapması halinde, kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilecektir.

Anayasamızda, yalnızca Türk vatandaşlarının yararlanacağı temel hak ve hürriyetler "Türk, Türk vatandaşları" gibi kelimelerle ifade edilmişken, herkesin faydalanabileceği haklar da "herkes, kimse" gibi sözcüklerle ifade edilmiştir. Yabancıların haklarının özellikle kısıtlandığı bölüm "siyasi haklar ve ödevler" başlıklı bölümdür (Özbey, 2013: 277). Çalışmamızın AYM'ye bireysel başvuru imkânına sahip olanlar kısmında, vatandaşlar ve yabancılarla ilgili olarak yapılan ve özellikle Anayasa'daki maddeleriyle belirtilen haklara ilişkin açıklamaların bu bölüm ile de bağlantılı olması ve gereksiz tekrardan kaçınmak amacıyla anılan başlıklara bakılmasının faydalı olacağı önerisiyle şimdilik mevcut anlatımla yetinilmiştir.

3.2.4. Mağduriyet statüsü

Mağdur statüsünün esasları, 6216 sayılı Yasa'nın 45/1. maddesinde açıklanmaktadır. Aynı Yasa'nın 46/1. maddesinde ise esaslar ortaya koyulmuş, Anayasa Mahkemesi İçtüzük'ün 59/2,e maddesinde de bireysel başvuruda bulunanın güncel ve şahsi bir hakkının doğrudan zedelendiği iddiasının dayanaklarını Mahkemeye sunması gerektiği ifade edilmiştir (Doğru, 2012: 100).

6216 sayılı Yasa'nın 46/1. maddesinde bireysel başvuru imkanına sahip olanlar tarif edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, anılan kanun hükmünü önüne gelen bireysel başvurularda yorumlama imkânı bulmuştur. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin *Ayşe Hülya Potur/2014*⁵⁴ başvurusu hakkında kararına göre, bireysel başvuru yapan kişinin, ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücünden dolayı "*güncel bir hakkının ihlal edilmesi*", bu ihlalden dolayı bireyin "*kişisel olarak ve doğrudan*" etkilenmiş olması ve bunların neticesinde kendisinin "*mağdur*" olduğunu iddia etmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi'ne göre anılan ön koşulları sağlamayan başvurular kişi bakımından yetkisiz bulunması sebebiyle kabul edilemez bulunacaktır.

⁵⁴ AYM, Başvuru no.: 2013/8479, K.T. 06.02.2014.

Diğer taraftan bir bireysel başvurunun kabul edilebilmesi için başvuranın yalnızca mağdur olduğunu iddia etmesi yeterli olmayıp, bireysel başvuru yoluna konu ihlalden doğrudan etkilendiğini göstermesi veya mağdur olduğu hususunda Anayasa Mahkemesi'ni ikna etmek zorunda olduğunun altı çizilmektedir. Bu itibarla, bireysel başvuru sahiplerinde mevcut mağdur olduğu şüphesi mağdurluk statüsünün varlığı için yeterli değildir⁵⁵. Anayasa Mahkemesi gerektiğinde, ilgili mevzuat hükümlerini yorumlayarak, bireysel başvuru yapanın "etkilendiğini" ileri sürdüğü uygulamanın gerçekten kendisini etkileme potansiyeli olup olmadığının değerlendirmesini yapabilmektedir (Karali Saunders, 2017: 140).

Ancak yine Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru dolayısıyla, ülkemizde temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında devletin ihmalkâr davrandığı yönündeki soyut iddiasını, öncelikle kendisini doğrudan etkileyen somut olay ve olgular üzerinden ispatlayabileceği; somut bir olaya dayanmamakla birlikte, potansiyel ve kendisine yaklaşan bir hak ve özgürlük ihlal tehdidi altında olduğunu inandırıcı bir şekilde açıklaması halinde bireysel başvurusunun kabul edilerek, başvuruya konu şikâyetin esasının incelenebileceğini belirterek, potansiyel mağdurların da Anayasa Mahkemesine başvuru yapabilmelerinin yolunun açık olduğuna işaret etmiştir (Karali Saunders, 2017: 141).

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilmek için mağdur statüsünde olmak, başvurunun önde gelen koşullarından biridir. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak kapsamında korunan güncel ve kişisel bir hakkın varlığı, hakkın kamu gücü işlem ve eylemi nedeniyle ihlal edilmiş olması ve ihlal ile mağduriyet arasında nedensellik ilişkisinin bulunması bireysel başvurunun öncelikli koşulları olup mağduriyet statüsüne işaret etmektedir. Bu nedenle bireysel başvuruda bulunan kişilerin mağdur olup olmadıklarının tespit edilmesi önemlidir (Atasoy, 2015: 87). Bu bağlamda mağdur kavramının incelenmesinde fayda görülmektedir.

3.2.5. Mağdur çeşitleri

3.2.5.1. Doğrudan mağdur

6216 sayılı Yasa'nın 46/1. maddesine göre, ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem veya ihmâl sebebiyle güncel ve kişisel bir hakkı direkt olarak etkilenen kişi, mağdur konumundadır. Ancak AYM'nin *Türk Pediatrik Onkoloji Grubu Derneği Başvurusu/2012* kararında da açıklandığı üzere bireysel başvuruda bulunacak mağdur durumundaki kişinin, başvuru konusu yaptığı kamu gücü işlemi, eylemi ya da ihmali sebebiyle ya kişisel olarak mağdur olduğunu ya da başvuru ile arasında şahsi ve özel bir bağ bulunduğunu ispat ederek doğrudan etkilendiğini ispat etmesi gerekmektedir⁵⁶ (Atasoy, 2015: 90-91).

Bireysel başvuruda doğrudan mağdurluk, bir kişinin bireysel başvuruda bulunabilmesi için temel gerekliliktir. Doğrudanlık kriteri katı, esnek olmayan ve mekanik şekilde uygulanmamakla birlikte, bireysel başvuru mekanizmasının harekete geçirilmesi için

⁵⁵ AYM, Başvuru no.: 2013/1977, K.T. 09.01.2014.

⁵⁶ AYM, Başvuru no.: 2012/95, K.T. 25.12.2012.

vazgeçilmez nitelik taşımaktadır. Başvurucular, şikâyetle konu ettikleri iş, işlem veya fiilden doğrudan etkilendiklerini ikna edici şekilde ortaya koymak durumundadırlar. Zira Anayasa Mahkemesi'ne göre başvurucularda mağdur olduğu zannı ve kuşkusu, mağdurluk statüsünün varlığı için yeterli olmayacaktır. Doğrudanlık kriteri, kişinin bizzat başvuru olması sebebiyle, yaşıyor olmasını da gerekli kılar. Zira bizzat başvuru yapan veya adlarına başvuru yapılan yaşayan kişiler, bir tedbirden doğrudan etkilenebilir (Şirin, 2013: 39).

Anayasa Mahkemesi de kararlarında, ihlale uğrayan hak ve özgürlük ile başvuru arasında şahsi bir bağ arayarak, doğrudan mağdurun başvuru konusu kamu gücü işlemi, eylemi ya da ihmali sebebiyle kişisel olarak direkt olarak etkilenmiş olması gerektiğine işaret etmektedir⁵⁷ (Atasoy, 2015: 96).

Ancak AİHM, bizzat mağdur tarafından başvuruda bulunulması gerektiği yönündeki anılan AİHS hükmünü kararlarında geniş olarak yorumlayarak bazı durumlarda olayın mağduru ile başvuruda bulunan kişi arasında özel bir bağ bulunmasını yeterli görmektedir.

Örneğin, *İlhan/Türkiye*⁵⁸ kararında AİHM, jandarma tarafından gözetimine alınırken başına dipçikle vurulan ve bunun sonucunda beyinde meydana gelen zararın uzun süreli hafıza zayıflığına neden olan mağdurun kendisinin yerine kardeşinin yaptığı başvuruyu kabul etmiş ve işkence yasağının ihlal edildiğini tespit etmiştir. Aslında bu durumun aksinin kabulü, AİHS'in 2. maddesi tarafından yaşam hakkı ile sağlanan korumanın etkisiz kalması ve hak kaybı yaşanması sonucunu doğururdu. Zira ölmüş olan ya da kayıp olan bir kişinin bizzat AİHM'e başvuru yapmasına imkân bulunmamaktadır (Efe, 2016: 97).

3.2.5.2. Dolaylı mağdur

Temel hak ve özgürlüğü ihlal edilen bir mağdur, ihlal iddiasını bireysel başvuruya konu etmeden önce ölebilir. Ölülerin bireysel başvuru yapmaları mümkün değildir. Böyle durumlarda bireysel başvuruda bulunabilecek kişiler, yeterli hukuksal menfaati ve müdahale ile yakın bağlantısı bulunan yaşayan kişilerdir. Bu kişilere de "dolaylı mağdur" denmektedir. Dolaylı mağdurlukta öne çıkan üç özellik bulunmaktadır. Bunlar; mağdurun yakını olmak, yargılama ve soruşturma süreçlerine aktif olarak katılmak, hukuksal menfaatin ve yakın bağlantının ortaya konulması gerekliliğidir. (Şirin, 2018: 40).

Bir eylem veya ihmal, bir veya birden fazla kişiyi doğrudan mağdur edebileceği gibi bu mağdurla yakın ilişkisi olan başka kişileri de dolaylı olarak etkileyebilir (Çınar, 2013: 211). Diğer bir ifadeyle dolaylı mağdur, mağdur ile arasında yakın bir ilişki yani bağ bulunan kişinin, kendi hakları doğrudan etkilenmemesine karşın mağdur durumuna düşmesini ifade etmektedir. Örneğin kaybolan ya da sınır dışı edilen kişilerin yakınları, doğrudan mağdur yanında, bu eylemlerden dolaylı olarak etkilenmektedirler (Atasoy, 2015: 92). Ancak bu gibi durumlarda başvuru yapan ile başvuruya konu olan olayın doğrudan mağduru çok sıkı bir ilişki içerisinde bulunması gerekir (Atasoy, 2015: 92).

⁵⁷ AYM, Başvuru no.: 2013/1115, K.T. 05.12.2013.

⁵⁸ AİHM, Başvuru no.: 22277/93, K.T. 27.06.2000.

Dolaylı mağdurluk konusunun gündeme geldiği en yaygın örnekler, ölüm ve zorla kaybedilme olaylarıdır. Bu gibi olaylarda doğrudan etkilenen kişilerin başvuru yapması mümkün olmadığı için, ölen veya kaybolan kişinin yakınları bireysel başvuru yapabilirler. Yakın kavramı, her somut olayın koşullarına göre değerlendirilir. Anayasa Mahkemesi de dolaylı mağdurluk konusunda "yakın akraba ve eş" kavramını kullanmaktadır (Şirin, 2018: 40).

Mahkeme, bir kişi, doğrudan mağdurun yakını bile olsa; eğer yargılama veya soruşturma süreçlerinde aktif katılım sağlamamış ve ilgisiz kalmış ise, o kişiyi dolaylı mağdur saymayabilmektedir. Ayrıca ulusal yargılama süreçlerinde taraf olarak kabul edilmiş olmak veya yasal mirasçı statüsüne sahip olmanın, bireysel başvuruya ilişkin menfaat ortaya konmadıkça dolaylı mağdurluk için tek başına yeterli olmadığını da ayrıca vurgulamak gerekir (Şirin, 2018: 40).

Dolaylı mağdurluk konusunun gündeme geldiği olaylarda başvuru yapan bireysel başvuru yapmakta hukuksal menfaatlerinin olduğunu açıkça ortaya koymaları gerekmektedir. Bu, ölüm ve zorla kaybetmeyle yakından bağlantılı olaylarda, mağdurluk iddiaları yönünden nispeten kolaydır. Bunun dışındaki diğer olaylarda ise Mahkeme'nin yaklaşımı daha katıdır. Özellikle, adil yargılanma hakkı ve diğer nitelikli haklar gündeme geldiğinde, ölen kişinin yakını olmak, dolaylı mağdurluk için yeterli sayılmamaktadır. Böyle olaylarda devredilebilir bir hakkın olup olmadığı büyük önem taşımaktadır (Şirin, 2018: 42).

Mağdurla yakın ilişkisi olan kişilerin, mağduru etkileyen eylem ya da ihmalden dolaylı olarak etkilenmeleri söz konusu olabilir. Örneğin kaybolan ya da sınır dışı edilen kişilerin yakınları, doğrudan mağdur yanında, bu eylemlerden dolaylı olarak etkilenmektedirler. Bu şekilde dolaylı mağdur olan kişilerin kendi hakları açısından Mahkeme'ye başvuruda bulunabilmeleri mümkündür. Ancak, dolaylı mağdur olarak böyle bir başvuruda bulunabilmek için olayın doğrudan mağduru ile başvuru arasında çok yakın bir bağ olması gerekir. Anayasa Mahkemesi, başvuru ile doğrudan mağdur arasında olması gereken bu ilişkiyi; "*...başvurucu ile doğrudan mağdur arasında şahsi ve özel bir bağ bulunması gerekir*" diyerek açıklamaktadır⁵⁹.

Anayasa Mahkemesi, ölenin eşi ve çocukları tarafından yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruda, yaşam hakkının doğal niteliği gereği, yaşamını kaybeden kişiler açısından bu hakka yönelik bir başvurunun ancak yaşanan ölüm olayı nedeniyle mağdur olan ölen kişilerin yakınları tarafından yapılabileceğini belirterek, başvuru ehliyeti açısından bir eksiklik bulunmadığına karar vermiştir⁶⁰ (Atasoy, 2015: 97).

Yukarıdaki açıklamalar ve örnek kararlar bağlamında daha genel olarak ifade etmek gerekirse dolaylı mağdur, ihlalden etkilenen ya da ihlalin tespitinde menfaati olan ebeveynler ya da veliler gibi kimselerdir. Ebeveynler ayrıca, velayet haklarının ihlal edildiği durumlarda kendi adlarına da başvuruda bulunabilirler. Ayrıca, bir kimsenin

⁵⁹ AYM, Başvuru no.: 2013/1115, K.T. 05.12.2013.

⁶⁰ AYM, Başvuru no.: 2012/752, K.T. 17.09.2013.

başka birisine yönelik bir ihlalden etkilenmesi nedeniyle mağdur olması da söz konusu olabilir (Atasoy, 2015: 98).

3.2.5.3. Potansiyel mağdur

Bireysel başvuru ehliyeti yönünden özellik arz eden diğer bir başvuru türünü, kendilerinin temel hak ve özgürlüklerinin belirli bir işlemten doğrudan etkilenme tehdidi ya da tehlikesiyle karşı karşıya olduklarını ve dolayısıyla potansiyel olarak mağdur olduklarını iddia eden başvuru sahipleri tarafından yapılan bireysel başvurular oluşturmaktadır (Karali Saunders, 2017: 168).

Kamu gücü işlem, eylem veya ihmalden kaynaklanan temel hak ve özgürlük ihlalinin, bir kimsenin hukuk dünyasında ortaya çıkmış olması gerekir. Buna gerçek mağdur denir. Bir kanun veya uygulama, kişinin henüz menfaatinin ihlal etmemekle birlikte, her an ihlal edilebilecekse veya ihlal tehdidi içerisinde bulunduruyorsa, bu durumdaki kişilere de potansiyel mağdur denir (Hamdemir, 2018: 244; Anayurt, 2004: 177).

Potansiyel mağdur, kanun ve uygulamalarının henüz uygulanıp temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmeden önce yakın gelecekte uygulanacağı durumlarda kendisinin bu uygulama sebebiyle mağdur olacağını ispat etmelidir (Çınar, 2013: 211). Dolayısıyla başvuru sahibinin kendisi hakkında uygulanmayan ya da uygulanma ihtimali bulunmayan bir kanuna karşı bireysel başvuru yapabilmesi mümkün değildir (Çınar, 2013: 212).

6216 sayılı Kanun'un 46/1. maddesine göre, bireysel başvurunun ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabileceği öngörüldüğünden, potansiyel mağdurların Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapamayacakları söylenebilir (Efe, 2016: 144).

Potansiyel mağdur, bir ihlalin doğrudan mağduru olmamakla birlikte, bazı koşullar altında bireysel başvuru kapsamında korunan hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi tehlikesiyle karşı karşıya bulunan kimsedir. 6216 sayılı Kanun'un gerekçesinde şahsa yönelik doğrudan bir hak ihlalinin bulunması gerektiği belirtilerek, potansiyel mağdurların bireysel başvuruda bulunamayacakları açıkça ifade edilmiştir (Atasoy, 2015: 99).

Türk hukukunda da kanunlara ve düzenleyici idari işlemlere karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı kabul edilmediği için potansiyel mağdur kavramı ve bunların Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaları gibi tartışmanın gündeme gelmesi pozitif hukuk çerçevesinde olası değildir. Yasamanın ve yürütmenin işlemlerine karşı anayasa şikâyetinin kabul edildiği Almanya'da, Federal Alman Mahkemesi tarafından potansiyel mağdurların da anayasa şikâyetinde bulunabileceği kabul edilmektedir (Göztepe, 1998: 61).

Ancak yine doktrinde, kanunun kişilerin hak ve özgürlükleri üzerindeki etkisini hemen göstermemekle birlikte, ilerleyen dönemlerde pek muhtemel olarak gösterebileceği durumlarda kanuna karşı potansiyel mağdurların bireysel başvuru yapabilmesi gerektiği savunulmaktadır. Potansiyel mağdurluk kavramı, AİHM'in mağdurluğun ağır şartlarını hafifletmek için geliştirdiği bir kavramdır (Çınar, 2013: 211).

Yine Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda tedbir kurumu, bir yandan başvurudaki tarafların hak ve çıkarlarını koruyan, diğer yandan ise mahkemenin vereceği kararın etkinliğini güvence altına alan ve böylece bireysel başvuru yolunun işlevselliğine katkı sunan bir araçtır. Bu bakımdan hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli bir role sahiptir (Erol, 2017: 70). Tedbir talebinin mağdurun nitelenmesi bakımından değerlendirilmesinde, koruma talebinde bulunan başvuruçunun tedbir konusu ihlal sebebiyle doğrudan ve şahsen etkilenmiş olması gerektiği önem arz etmektedir. Bu bakımdan potansiyel mağdur konumunda bulunan başvuruçuların tedbir taleplerinin kabul edilmemesi olağandır. Nitekim tedbir kararının amacı, hakka yönelik mevcut olan ciddi tehlikenin, gerçekleşmiş bir zarara dönüşmesini önlemektir. Bu sebeple bir ihlalden etkilenme tehdidinin bulunması tedbir kararı için yeterli olmayacaktır. Dolayısıyla tedbir talebinin reddi veya kabulü kararları bu amaçlar ekseninde verilmelidir (Erol, 2017: 70).

AYM'nin özellikle sokağa çıkma yasakları nedeniyle yapılan başvurularda vurguladığı hususlardan birisi, tedbir taleplerinin başvuruçunun şahsına yönelik tehlikelere ilişkin iddialara dayanması gerektiğidir. Bu bakımdan kendisi sokağa çıkma yasağının uygulandığı bölgenin dışında ikamet eden bireylerin tedbir istemleri reddedilmiştir: Belirtilen kararda⁶¹ bu husus “*Bireysel başvurunun niteliği gereği, tedbir talepleri sadece başvuruçunun şahsına yönelik iddialar yönünden değerlendirilebilir. Bu kapsamda, Ankara’da ikamet ettiği anlaşılan başvuruçunun “sokağa çıkma yasağı” kararlarından derhâl tedbir kararı verilmesini gerektirecek şekilde kişisel olarak etkilendiğine ya da alınan kararların doğrudan mağduru olduğuna dair bir sonuca ulaşılammıştır.*” şeklinde açıklanmaktadır.

3.2.6. Mağduriyet statüsünün kaybı

3.2.6.1. Mağdurun ölümü veya kaybolması

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 28/1. maddesinde kişiliğin çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlayacağı ve ölümle sona ereceği düzenlemesine yer verilmiştir. Ölüm ile kişiliği sona erenlerin, hak ve fiil ehliyeti ortadan kalktığı için, bu durumun bireysel başvuru ehliyeti açısından da önemli sonuçları bulunmaktadır (Karali Saunders, 2017: 165).

Öte yandan, 6098 sayılı Yasa'nın 43. maddesinde ölüm ve gaiplik halinde temsil ilişkisinin son bulacağı düzenlenmiş, aynı Yasa'nın 513/1. maddesinde ise vekillik ilişkisinin vekalet verenin ölümü veya ehliyetini kaybetmesi halinde sona ereceği düzenlenmiştir (Karali Saunders, 2017: 165-166).

Mağdurun ölmesi ya da kaybolması durumunda ne şekilde karar verileceğine ilişkin olarak 6216 sayılı Kanun'da ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Dolayısıyla başvuruçunun, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmasından sonra ancak başvuru karara bağlanmadan evvel ölmesi ya da kaybolması durumunda bu kişilerin başvurularında nasıl hareket edileceğinin tespit edilmesi gerekir (Efe, 2016: 148).

⁶¹ AYM, Başvuru no.: 2015/19545, K.T. 22.12.2015.

Bu konuda usul kanunlarında çeşitli hükümlere yer verildiği görülmektedir: HMK'nın 55. maddesinde ve İYUK'un 26. maddesinde, kişinin ölümü halinde belli koşullar altında ölenin mirasçılarının davaya devam etmesine olanak tanınmıştır (Atasoy, 2015: 113).

Anayasa Mahkemesi vekâlet verenin başvuru öncesinde ölümü dolayısıyla hükmü kalmamış vekaletnamelere dayanarak avukatlar tarafından vekâlet veren adına yapılan bireysel başvurularla ilgili olarak, 4721 sayılı Medeni Kanun'un 28. maddesi ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 43. ve 513. maddeleri uyarınca, hukuki işlemde doğan vekâlet veren ile vekil arasında temsil yetkisine dair sözleşmenin, aksi kararlaştırılmadıkça veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça taraflarının birinin ölümü, ehliyetini kaybetmesi veya iflası ile hiçbir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden hükümsüz kalacağı gerekçesiyle kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararıyla birlikte, hükümsüz vekaletname ile başvuru yapan vekil hakkında, 6216 sayılı Yasa'nın 51. maddesi ile AYM İçtüzüğü'nün 83. maddesi uyarınca disiplin para cezasına hükmetmekte idi. Ancak son dönem kararları dikkate alındığında, Mahkeme'nin bu konudaki içtihadının, başvuruyu yapan avukat hakkında aynı hükümlere dayanılarak disiplin para cezasına hükmedilmesi ile birlikte başvuru hakkının kötüye kullanımı nedeniyle sadece başvurunun reddine karar verilmesi şeklinde değiştiği söylenebilir⁶².

Anayasa Mahkemesi, mirasçılara geçirilebilir haklar yönünden başvurucunun bireysel başvurunun incelenmesi sırasında ölümü halinde, mirasçılarının başvuruyu devam ettirmek konusundaki iradelerinin varlığını tespit ederek başvuruyu incelemeye devam edebilmektedir. Başvurucuların varislerinin bu yönde bir irade beyanında bulunmamaları halinde dahi, AYM İçtüzüğü'nün 80/1,ç maddesi uyarınca, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin varlığını tespit ederse incelemesini kendiliğinden sürdürebilir (Karali Saunders, 2017: 168).

Kişinin ölümünden ya da kaybolmasından kamu gücünün sorumlu tutulduğu hallerde, ölümle birlikte başvuru hakkının da sona erdiği ileri sürülemez. Bu nedenle ölen ya da kaybolan kişinin yakınlarının onun adına bireysel başvuruda bulunmaları mümkündür. Ayrıca, ölen kişinin yakınları ya da mirasçılarının ölüm olayı nedeniyle zarara uğradıklarını iddia ederek, kendi adlarına başvuruda bulunmalarına da bir engel yoktur (Şirin, 2013: 174).

Kişinin öldükten sonra temel hak ve özgürlük ihlaline maruz kalması halinde, onun adına bireysel başvuru yapıp yapılamayacağı tartışmalı bir konudur. AİHM uygulamaları kişinin ölümünden sonra, ölümle bağlantısı olmayan ihlaller nedeniyle kişi adına bireysel başvuruda bulunulamayacağı yönündedir (Şirin, 2013: 180).

AİHM, kişinin başvuruda bulunduktan sonra ölmesi halinde ölen kişinin ailesinin ve maddi hakları etkilenen mirasçılarının davayı devam ettirme konusunda yeterli menfaati bulunması koşuluyla davaya devam edebilmelerini kabul etmektedir (Atasoy, 2015: 114).

Bu durumlarda, mirasçılarının başvuruya devam etmeleri mirasçılara tanınan bir hak değildir. Mirasçılarının bireysel başvuruyu takip edebilmeleri için, doğrudan ya da dolaylı

⁶² AYM, Başvuru no.: 2014/15254, K.T. 17.11.2016.

olarak bireysel başvuruya konu olayla ilgili bir menfaatlerinin olması yani ölümün ardından korunmayı gerektirecek nitelikte bir hakkın varlığının mevcut olması gerekmektedir (Sağlam M. , 2011: 23). Diğer bir ifadeyle, mirasçılarının bireysel başvuruya devam edebilmeleri için, hukuki yararın varlığı koşulu sebebiyle, hâlen devam eden bir menfaatlerinin olması gerekmektedir (Atasoy, 2015: 95). Bu nedenle mağdurun ölümü veya kaybolması, öncesinde yapılan bireysel başvurunun Anayasa Mahkemesi tarafından otomatik olarak düşürüleceği anlamına gelmez (Çınar, 2013: 216). Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi her somut bireysel başvuruda mirasçılarının bireysel başvuruya devam etmelerinde hâlen devam eden hukuki menfaatlerinin bulunup bulunmadığını inceleyerek karar verecektir (Efe, 2016: 148).

Başvuranın ölümünden ya da kaybolmasından sonra hiçbir mirasçının veya aile yakınının davaya devam etmek istememesi durumunda AİHM, bu başvurunun kayıttan düşürülmesine karar vermektedir. Ancak, davanın konusu genel anlamda önemliyse, örneğin kamu yararının bulunması gibi, davaya sahip çıkacak bir mirasçı ya da aile yakınının yokluğuna rağmen AİHM davayı incelemeye devam etmektedir (Atasoy, 2015: 95).

3.2.6.2. İhlalin son bulması

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruda mağdur kavramını, tıpkı AİHM'in yaptığı gibi davanın her aşamasında değerlendirmekte ve bu mağdurluk statüsünün bütün bir yargılama boyunca devam etmesi gerektiğini belirtmektedir (Efe, 2016: 148).

Mağdurluk statüsü, ihlale sebep olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal sebebiyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenen kişinin ileri sürdüğü ihlalin tam olarak giderilmesiyle birlikte ortadan kalkar. Buna göre, bir bireysel başvuruda ihlal kararı verilebilmesi için mağdurluk statüsünün karar anına kadar devam etmesi gerekir. Eğer bireysel başvuruya konu temel hak ve özgürlük ihlali ortadan kaldırılmamış ya da tam olarak giderilmemişse, ihlal devam ediyor ve bu bakımdan kişinin mağduriyet statüsü yani kişinin mağduriyeti devam ediyor demektir (Atasoy, 2015: 95; Çınar, 2013: 218).

Belirtildiği üzere mağdurluk statüsünün bütün bir yargılama boyunca devam etmesi gerekmektedir. Ayrıca, başvurunun lehine bir karar verilmesi veya önlem alınması mağdurluk statüsünün ortadan kalkması için yeterli olmayıp ilgili makamlar tarafından temel hak ve özgürlük ihlalinin açıkça veya özü itibarıyla kabul edilmiş ve ihlalin sonuçları giderilmiş olmalıdır. Örneğin Anayasa Mahkemesi *Ümit Demir/2014* başvurusunda⁶³, başvurunun karar verilmeden önce Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik müdahalenin giderilmiş olması sebebiyle başvurunun mağdurluk statüsü sona erdiğine karar vermiş ve yapılan bireysel başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin "mağdurluk statüsünü kaybedilmiş olması" sebebiyle düşmesine karar vermiştir (Efe, 2016: 150).

AYM, *Fetih Ahmet Özer/2014* başvurusu hakkındaki başka bir kararında da, mağdurluk statüsünün bütün bir yargılama boyunca devam etmesi gerektiğini; somut olayda başvuru tarafından bireysel başvuruda bulunulduktan sonra hakkında yakalama emri

⁶³ AYM, Başvuru no.: 2012/1000, K.T. 18.09.2014.

çıkartılmasına dayanak yapılan 5275 sayılı Yasa'nın 105/A maddesinin (7/b) numaralı fıkrası ve bendinin iptali için AYM'ye başvurulması üzerine İnfaz Hâkimliği tarafından başvuru hakkındaki yakalama emrinin geri alındığını, sözü geçen kuralın AYM'nin 26/12/2013 tarihli kararı ile iptal edildiğini, AYM'ce, başvuru aleyhine verilen koşullu salıverilme kararının geri alınması kararının ve yakalama emrinin infaz edilmesinin bir müdahale oluşturacağı özü itibarıyla kabul edilerek sözü geçen kuralın iptal edilmiş ve İnfaz Hâkimliğince başvuru hakkındaki yakalama emrinin geri alındığını, böylece bireysel başvuruda bulunanın Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik müdahalenin giderilmiş olması nedeniyle başvurunun mağdurluk statüsünün sona erdiğini belirterek bireysel başvurunun, başvurunun "*mağdurluk statüsünü kaybetmiş olması*" nedeniyle düşmesine karar vermiştir (Efe, 2016: 151).

Başvurucunun durumunda meydana gelen değişiklikler, mağduriyetin sona ermesine sebep olsa bile eğer mağdurun geçmişte yaşadığı mağduriyet tam olarak giderilmemişse başvurunun mağdurluk statüsünün sona erdiğinden bahsedilemeyecektir (Atasoy, 2015: 96).

Yine başvuru, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapıp da mağduriyetinin giderilmesine yetecek miktarda tazminat alamaz ise mağduriyet statüsünün sona erdiğinden bahsedilemez. Zira bu defa başvuru Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra AİHM'e başvuru yapabilecektir. Bu durumda AİHM başvuruyu inceleyecek ve mağdur statüsünün ortadan kalkması nedeniyle başvuruyu kabul edilemez bulmayacaktır.

Nitekim AİHM, *Bazhenov/Rusya* başvurusunda⁶⁴, salt başvuru lehine verilen bir mahkeme kararının, başvuranın zararını ortadan kaldırmayacağını, ancak ihlalde bulunan devlet tarafından AİHS hükümlerinin ihlal edildiğinin açık olarak kabul edilmesi ve bundan doğan zararın ödenmesi durumunda başvurunun mağdurluk statüsünün ortadan kalkmış olacağını belirtmiştir (Çınar, 2013: 218).

3.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mağdur Kavramının Değerlendirilmesi

3.3.1. Genel Olarak

Temel hakları ihlal edilen bireylerin ulusal veya uluslararası bir mahkemeye başvurma hakkı insan hakları standartlarının iyileştirilmesinde son derece etkili bir yoldur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin öngördüğü koruma mekanizmaları ikincil nitelikte mekanizmalar olup sözleşmede düzenlenen hakları güvence altına almak sözleşmenin 1. maddesine göre taraf devletlerin yükümlülüğündedir. AİHM kurulduğu günden bu yana kendi yetkisinin ikincil nitelikte bir yetki olduğunu ve temel hak ihlali iddialarının esas olarak taraf devletlerin iç hukuklarında incelenip çözüme kavuşturulması gerektiğini vurgulamaktadır (Turabi, 2015: 132).

AİHM, iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığını araştırırken, bireysel başvuru yolu ile şikâyet edilen ülkede anayasa şikâyeti yolunun olup olmadığını dikkate almaktadır.

⁶⁴ AİHM, Başvuru no.: 37930/02, K.T. 20.10.2005.

Anayasa şikâyetinin varlığı halinde, bu yolu tüketilmesi gereken iç hukuk yolları kapsamında görmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru ile AİHM'e yapılan bireysel başvuru birbirinden farklıdır. AİHM'e yapılan başvuru AİHS'e taraf olmanın sonucu olup taraf sıfatı devam ettiği sürece başvuruculara bu yol engellenemeyecektir. Ülkemiz açısından, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun hayata geçirildiği tarih olan 23.09.2012'den sonra AİHM'e başvurabilmek için bu yolun tüketilmesi gerekmektedir (Turabi, 2015: 133). Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu tüketilmeden AİHM'e başvurulması halinde, AİHS'in 35/1. maddesine göre kabul edilmezlik kararı verilecektir (Kılınç, 2008: 24).

Ancak Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurunun ardından verilen kararın hak ihlalinin ortadan kaldırmadığı ve mağduriyetin devam ettiği düşünülüyorsa bu karardan sonra ilgililerin AİHM'e başvurmada yasal bir engel bulunmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "*Bireysel Başvurular*" başlıklı 34. maddesinde "*Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeci Taraflardan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir.*" şeklinde belirtilmektedir. Buna göre, Mahkemeye bireysel başvuru için başvuranın sayılan kişi, kuruluş veya kişi gruplarından birine dahil bulunması yanında, ayrıca Sözleşme ihlalinin mağduru olması da gerekmektedir. Önceki bölümlerde detaylarıyla açıklandığı üzere, başvuru yapabileceklerin tespiti ile mağdur kavramının her başvuruda ayrıntılı olarak incelenmesi gerekmektedir. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin kendisine bireysel başvuruda bulunabilecek olanlar ile mağdur statüsüne yaklaşımı etraflıca incelenmeye çalışılmış ve Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin örnek kararlarında, mağdur kavramına bakış açıları değerlendirilmiştir.

3.3.2. AİHM ile AYM'ye Bireysel Başvuru Uygulamasında Örnek Kararlar ve Mağdur Kavramının Değerlendirilmesi

Anayasa ve Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'ya göre, kamu gücünün bir işlemi nedeniyle Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin ihlâl edildiğini iddia eden herkes bireysel başvuru hakkına sahiptir. Ancak "herkes" ifadesinin bireysel başvurunun niteliğinden kaynaklanan bazı sınırları vardır ve Yasa bu sınırları belirtmiştir. Buna göre yabancılar için başvuru hakkı sadece yabancılara tanınan haklarla sınırlı olarak kabul edilmiştir: "Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz" (m.46.f.3). Öte yandan yabancılara sınırlı bir biçimde tanınmış haklar bakımından ise (toplantı ve gösteri yürüyüşü, yerleşme ve seyahat özgürlüğü vb.) ancak hukukun kendilerine tanıdığı sınırlar çerçevesinde bireysel başvuruda bulunulabilmeleri mümkündür. Tüzel kişiler açısından ise durum şöyledir: Özel hukuk tüzel kişileri örgütlenme hürriyeti veya hak arama hürriyeti bağlamında sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlâl edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir. Bunların kendi üyelerinin haklarını savunmak amacıyla başvuruda

bulunmaları kabul edilmemiştir. Kamu gücünün sağladığı ayrıcalık ve yükümlülükleri kullanan kamu tüzel kişilerine ise bireysel başvuru hakkı tanınmamıştır (m. 46/2).

AIHM ise oldukça eski tarihli içtihatlarından beri, bireysel başvuruda bulunanın şikâyet konusu tedbirden "doğrudan etkilendiğini" ortaya koyması gerekliliği üzerinde durmaktadır. Diğer yandan bu ölçütün katı, mekanik bir biçimde veya esnek olmayan bir şekilde uygulanmaması gerektiğinin altını da çizmektedir. Bu doğrultuda AIHM "dolaylı mağdur" içtihadını geliştirmiş, özellikle yaşam hakkı ve işkence yasağına dair başvurularda kişinin yakınlarının başvurularını da kabul etmiştir. Mahkeme'nin dolaylı mağdur kavramından algıladığı şey, bir kamu gücü eylemine maruz kalan şahıs dışında, bu şahıs ile özel ve kişisel bir yakınlık ilişkisi taşıyanların da AIHS bağlamında mağdur sayılabilmesidir. Fakat hemen belirtilmelidir ki Mahkeme, dolaylı mağdur statüsünü hısımlık gibi bir bağa indirgememiş, kişinin kendi menfaatini tam anlamıyla ortaya koyabilmesi halinde başka herhangi bir kişiye de dava açma hakkının tanınabileceğini ayrıca ifade etmiştir.

Aşağıdaki kararlar incelendiğinde de görüleceği üzere yapılan başvurularla ilgili verilen ilk kararlar kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığı gerekçesi ile ret yönünde olmuştur. Belirtilen hususlara ilişkin örnek Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına aşağıda detaylarıyla yer verilmiştir:

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda kişi yönünden yetkisizlik nedeni ile ret yönünde kararlar verilmiştir. İkinci Bölüme ilişkin bir başvuruda; *"Başvurucu, Büğdüz ve Dodurga Köyleri arasındaki yayla ve mera uyumsuzluğu ile ilgili davanın, yargılama ve yasa yolu incelemeleri sürecine ilişkin usul hükümlerinin yanlış uygulandığını belirterek âdil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür."* Başvuruyu kabul edilebilirlik şartları açısından inceleyen 3. Komisyon, 2012/22 sayılı kararı ile başvurunun kişi yönünden yetkisizlik nedeni ile kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Aynı şekilde Birinci Bölüme yapılan bir başvuruda da; *"Başvurucu, 06.4.2011 tarihli ve 6225 sayılı Bazı Yasa ve Yasa Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Yasa'nın 10 ve 12. maddeleriyle 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Yasa'ya eklenen ek 14. madde ve geçici 8. maddenin dördüncü fıkrasının (ç) bendi ile getirilen düzenlemeler nedeniyle üyelerinin haklarının ihlâl edildiğini ileri sürmektedir."* Başvuruyu kabul edilebilirlik şartları açısından inceleyen 2. Komisyon, 2012/95 sayılı kararı ile başvurunun kişi yönünden yetkisizlik nedeni ile kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (Toprak, 2015: 243).

Yine Anayasa Mahkemesi, derneklerin tüzel kişiliğine ait olmayan başvurularını kişi yönünden reddetmektedir. Bu hususta emsal bir Anayasa Mahkemesi kararında⁶⁵ aile, çevre ve mülkiyet gibi hakların ihlali bağlamında yapılacak olan sulama projesinin dernek tüzel kişisine ait haklara müdahale ettiğinden bahsedilemeyeceği ve bu projeden bireysel olarak etkilenme olabileceği gerekçesiyle tüzel kişinin mağdur sıfatının bulunmadığına ve bireysel başvuru yapma hakkı bulunmadığına karar vermiş başvuruyu kişi yönünden yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez bulmuştur.

⁶⁵ AYM, Başvuru no.: 2013/1212, K.T. 12.09.2013.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kapsamında verdiği *Ballıdere Belediye Başkanlığı* kararında, 6360 sayılı Kanun'un geçici 2'nci maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca belediyelerin tüzel kişiliğinin ilk mahalli idareler genel seçiminden geçerli olmak üzere kaldırılarak köye dönüşecek olması sebebiyle "yerel yönetim ilkesi"nin ihlal edildiğini iddia eden belde belediyesinin başvurusu hakkında, başvuruçunun kamu tüzel kişisi olması sebebiyle "kişi bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilmezlik kararı⁶⁶ vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, *İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi* kararında, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi'nin, hissedar olduğu taşınmaza kamulaştırmaz el attığı iddiasıyla aleyhine açılan dava sonucunda tazminata hükmedilmesinin mülkiyet ve adil yargılanma haklarını ihlal ettiğini ileri sürdüğü başvuruda, vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişisi olması nedeniyle, bireysel başvuru ehliyetinin bulunmadığına oy çokluğuyla karar vermiştir⁶⁷. AYM'ce kişi yönünden yetkisizlik sebebiyle reddine karar verilen başvuruyla ilgili muhalif kalan bir üye karşı oyunun gerekçesinde 6216 sayılı Yasa'nın 46/2. maddesini geniş yorumlayarak kamu tüzel kişilerinin hiçbir şekilde bireysel başvuru yoluna başvuramayacaklarını kabul etmenin bireysel başvuru kurumunun amacına aykırı olacağı gerekçesiyle kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanmadıkları hallerde sınırlı olarak da olsa bireysel başvuru hakkını kullanabilmelerinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir başvuruda mağduriyet statüsünü değerlendirmiş ve mağduriyetin bulunmadığı gerekçesiyle başvurunun düşmesine karar vermiştir⁶⁸. Bu karar aşağıda belirtildiği üzere açıklanmaktadır:

"...28. Somut olayda başvuruçudan AİHM'e tutukluluk süresinin uzunluğu nedeniyle başvuruda bulunulmuş, AİHM, 18/9/2012 tarihinde, başvuruçuya tazminat ödenmesini öngören dostane çözüm yoluyla başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verildikten sonra İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi, yirmi sekiz gün sonra, 16/10/2012 tarihinde yargılamayı sona erdirerek başvuru hakkındaki kararını vermiştir.

29. İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesince, başvuru hakkında dostane çözüm kararının verildiği 18/9/2012 tarihi ile hükmün verildiği 16/10/2012 tarihi arasındaki sürede, 11/10/2012 tarihinde bir duruşma yapılmış ve duruşmada Cumhuriyet savcısına mütalaada bulunması için süre verilmiş ve başvuranın tutukluluk halinin devamına karar verilmiş, nihayetinde ise 16/10/2012 tarihinde nihai karar açıklanmıştır. Dolayısıyla, Mahkeme yargılamayı, dostane çözüm sonucunda verilen kararın mahiyeti doğrultusunda bir an önce sonuçlandırmış, hükmüyle birlikte başvuruçunun bir suç isnadına bağlı olarak tutulma halini de sona erdirmiştir. Zira kişi serbest bırakılmadan yargılandığı davada ilk derece mahkemesinin kararıyla mahkûm olmuşsa, mahkûmiyet tarihi itibarıyla tutukluluk hali sona erer. Çünkü bu durumda kişinin hukuki durumu "bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu" olma kapsamından çıkmaktadır (B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 33).

⁶⁶ AYM, Başvuru no.: 2012/1327, K.T. 12.02.2013.

⁶⁷ AYM, Başvuru no.: 2013/1430, K.T. 21.11.2013.

⁶⁸ AYM, Başvuru no.: 2012/1000, K.T. 18.09.2014.

30. Böylece başvuru Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik müdahalenin giderilmiş olması nedeniyle başvuru mağdurluk statüsü sona ermiştir..."

Vekil tarafından takip edilen davalarda, vekalet ücretine ilişkin davanın tarafı olmayan avukatlar tarafından yapılan bireysel başvurular hakkında verilen kararda;

Kişisel olarak ve doğrudan etkilenmiş olma koşulu, vekil tarafından takip edilen davalarda, vekalet ücretine hükmedilmemesi veya maktu vekalet ücretine hükmedilmesi nedeniyle doğrudan, davanın tarafı olmayan avukatlar tarafından yapılan bireysel başvuruların kabul edilemez olduğuna dair kararlarda Anayasa Mahkemesi'nin dayandığı gerekçeyi oluşturmaktadır.

Bu bağlamda, *Atilla İnan*, kararında⁶⁹ avukat olan başvuru, Sayıştay Temyiz Kurulu tarafından yapılan yargılamada müvekkilinin beraat etmesine rağmen, kendi lehine vekâlet ücreti ödenmesine karar verilmemesi nedeniyle kendisi yönünden Anayasa'da yer alan savunma hakkı ile angarya yaşamının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, savunma hakkının ihlal edildiği iddiaları yönünden yaptığı incelemede, Sayıştay yargılamasında avukatla temsil edilenlerden, başvuru iddia ettiği gibi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323., 330. ve 447/2. maddeleri ile yerleşik mahkeme içtihatları uyarınca, davası lehine sonuçlananlar için vekâlet ücretine hükmedilmesinin kişisel bir hak olarak kabul edilmesi halinde dahi, bu hakkın, avukatın değil davası lehine sonuçlanan tarafın kişisel bir hakkı olduğunu, başvuru Sayıştay'daki davanın tarafı değil yargılamanın taraflarından birinin avukatı olduğunu, ayrıca davanın konusunun da vekâlet ücreti ile ilgisinin bulunmadığını tespit ederek, kararda vekâlet ücretine dair hüküm kurulmamasının başvuru güncel ve kişisel bir hakkını doğrudan etkilemediğine, başvuru "kişi yönünden yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Davaya müdahale talebinin reddinin davaya müdahale talebinde bulunan kişi dışındaki kişiler tarafından şikâyet konusu yapılması ile ilgili bir kararda⁷⁰ başvuru, oğlunun trafik kazasında yaşamını yitirmesi üzerine yürütülen ceza soruşturmasında eksik inceleme yapılarak kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verilmesi nedeniyle yaşam hakkının, olayda hizmet kusuru bulunan bakanlıklar aleyhine idari yargıda açılan tam yargı davasının makul bir sürede tamamlanmaması, bu davadaki taleplerinin haksız olarak reddedilmesi ve yargılama sonucunda verilen kararın hakkaniyete uygun olmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuru ayrıca ölenin kardeşi olan diğer oğlunun davaya müdahale talebinin haksız bir biçimde reddedilmesi nedeniyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

Anayasa Mahkemesi, müdahale talebinin reddine ilişkin şikâyetlerin davaya müdahale talebinde bulunan Faruk Karadavut tarafından yapılması gerektiğini, bu nedenle bu şikâyet yönünden bireysel başvuru ehliyeti bulunmadığı anlaşılan baba tarafından yapılan

⁶⁹ AYM, Başvuru no.: 2012/615, K.T. 21.11.2013.

⁷⁰ AYM, Başvuru no.: 2013/7346, K.T. 17.02.2016.

başvurunun bu kısmının kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (Karali Saunders, 2017: 147).

Yine bir kararında AYM, yasal düzenlemeler sebebiyle bir özel hukuk tüzel kişisi olan Türk Pediatrik Onkoloji Grubu Derneği'nin üyeleri için yaptığı başvuruyu⁷¹; özetle bireysel başvuruyu yapan ile korunması lazım gelen menfaat arasında şahsi ve özel bir bağ bulunması gerektiğini, başvuruda bulunan Derneğin yalnızca üyelerinin durumlarını etkileyen başvuru konusu yasama işleminin mağduru olmadığını, bu nedenle mağdur sıfatı taşımadığını belirterek, başvuru konusu işlem aleyhine bireysel başvuru yapma hakkı bulunmadığına ve bu nedenle başvurunun, kişi yönünden yetkisizlik, nedeniyle kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir (Atasoy, 2015: 97).

İnsan Hakları Tazminat Komisyonunca ödenen tazminat tutarının yeterli görülmesi konusunda verilen bir kararda⁷²; 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra, Kanun'un uygulaması amacıyla oluşturulan Komisyonlar tarafından ödenmesi kararlaştırılan tazminatın yetersiz olduğu ileri sürülerek adil yargılanma hakkı kapsamındaki hak ihlali iddialarından kaynaklanan başvurularda, tazminat tutarının yeterli bulunduğu tespit edilmesi halinde, mağduriyetin güncelliğinin bulunmadığı gerekçesiyle, başvuruların kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

Kişisel olarak etkilenmiş olma koşulunun gerçekleşmediği bazı durumlara örnek olarak, velayeten açtıkları davalar dolayısıyla, anne ve babanın adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki şikâyetleri *Uğur Sağlamtaş ve Diğerleri/2016* kararında⁷³, yapılan tıbbî müdahale sonucunda % 98 oranında özürlü hale gelen çocukları adına velayeten açtıkları davalar dolayısıyla, anne ve babanın adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki şikâyetlerinin, ihlale yol açtığı ileri sürülen yargılama sürecinin tarafı olmadıkları gerekçesiyle kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar veren Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yaşam hakkının ihlal edildiği şikâyetleri yönünden, anne ve babanın "mağdur" statüsünün bulunduğu kabul ederek, başvurunun esasını incelemiştir (Karali Saunders, 2017: 146).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Brumarescu/Romanya [BD]* kararında⁷⁴, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34. maddesinde yer alan "mağdur" kelimesi ile ihtilaf konusu eylem ya da ihmalden doğrudan etkilenen kişinin kast edildiğini belirtmektedir (Turabi, 2015: 89).

AİHM'in *Scherer/İsviçre/1994* kararına göre gerçek mağdurun ölüm veya başka bir nedenle başvuru yetkisini bizzat kullanmasının mümkün olmadığı durumlarda ana, baba, kardeş vb. yakınlarının hem gerçek mağdur adına, hem de iddia konusu ihlâlin kendilerini de mağdur ettiği gerekçesiyle Mahkeme'ye başvurması mümkündür. Aynı şekilde, yakınların (mirasçı vb. gibi) yapılmış bulunan bir başvuruyu ölen kişi yerine sürdürmeleri

⁷¹ AYM, Başvuru no.: 2012/95, K.T. 25.12.2012.

⁷² AYM, Başvuru no.: 2013/7939, K.T. 15.12.2015.

⁷³ AYM, Başvuru no.: 2013/2960, K.T. 23.03.2016.

⁷⁴ AİHM, Başvuru no.: 28342/95, K.T. 28.10.1999.

mümkündür. Mirasçılarının başvurusu takip edebilmeleri için, doğrudan, ya da dolaylı olarak maddi veya manevi menfaatlerinin bulunması, başvurunun konusunu oluşturan ihlâlin de mirasçıya geçen haklardan olması gerekir. Mirasçıya geçebilen hak kavramı da geniş yorumlanmalıdır.

Bireysel başvuruda "mağdur" kavramı, davada menfaat veya dava ehliyeti kuralları gibi kurallardan bağımsız bir şekilde yorumlanmaktadır. Ayrıca "mağdur" kavramının yorumu, günümüzde toplumun koşulları ışığında değişime tabi olup, AİHM'nin *Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri/İspanya* kararında⁷⁵ belirtildiği üzere bu kavram aşırı biçimcilikten uzak bir şekilde uygulanmalıdır (Turabi, 2015: 85).

Yine AİHM, somut olayın özelliklerine bakarak potansiyel mağdurların yani doğrudan bir ihlalden şikayetçi olmayan kişilerin başvurularını kabul etmektedir. AİHM *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/Danimarka* kararında⁷⁶, kız çocukları bulunan bir ailenin, henüz uygulanmamakla birlikte yakın gelecekte kız çocuklarına devlet okullarında cinsel eğitim dersi okutulmasına yönelik idari düzenleme aleyhine yaptıkları bireysel başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. Bu başvuruda AİHM söz konusu düzenlemenin yakın gelecekte uygulanması kuvvetle muhtemel olduğundan bahisle mağduriyet statüsü için yeterli derecede şartların oluştuğunu tespit etmiştir.

Bir başka örnekte ise iki anne, çocukları adına yaptıkları başvuruda çocuklarının devam ettiği İskoç okullarında öğrencilere disiplin tedbiri olarak fiziki cezalandırmanın varlığının Sözleşme'nin 3'üncü maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme *Campell&Cosans/Birleşik Krallık* kararında⁷⁷, başvurucuların çocuklarının halihazırda bedeni cezalandırmaya tabi tutulmasının beklenmesinin Sözleşme'nin 34. maddesine göre çok daraltıcı bir yorum olacağını, dolayısıyla çocukları henüz fiziki cezalandırmaya maruz kalmamasına rağmen her zaman çevrelerinde fiziksel cezalandırma riskinin varlığı ve potansiyel bedeni cezalandırılma tehdidinden etkilenebileceklerinden bahisle başvurucuları mağdur olarak kabul etmiştir.

AİHM, *Faik KILINÇ/Türkiye* kararında⁷⁸ başvuranın, Sözleşme'ye Ek 4 No'lu Protokol'ün 1. maddesi uyarınca, borcunu ödeme taahhüdünün ihlâli nedeniyle İcra İflas Kanunu'nun 340. maddesi uyarınca üç aya kadar tazyik hapsi cezası ile cezalandırılması ve 17 gün boyunca cezaevinde kalması nedeniyle borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yaşağı; Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca, hakkında uygulanan hapis cezasının yasal dayanağının bulunmadığından suç ve cezalarda kanunilik ile ilgili şikâyetleri bağlamında Mahkeme'ce; Sözleşme'ye Ek 4 No'lu Protokol'ün Türkiye tarafından henüz onaylanmadığından başvuranın bu yöndeki şikâyetinin Sözleşme hükümleriyle kişi yönünden bağdaşmadığı (ratione personae) gerekçesiyle kabul edilemez bulunduğu karar vermiştir.

⁷⁵ AİHM, Başvuru no.: 62543/00, K.T. 10.11.2004.

⁷⁶ AİHM, Başvuru no.: 5095/71, 5920/72, 5926/72, K.T. 07.12.1976.

⁷⁷ AİHM, Başvuru no.: 7511/76, 7743/76, K.T. 30.10.1991.

⁷⁸ AİHM, Başvuru no.: 59256, K.T. 2011.

Mağdurluk statüsünün tespiti, bazı olaylarda karmaşık ve zor olduğu için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Hirsi Jamaa ve diğerleri/İtalya* başvurusunda⁷⁹ da görüleceği üzere bir kişinin mağdur olup olmadığını, esasa yönelik incelemesiyle birlikte ele alabilmektedir.

AİHM, *Kutbettin ve Bedriye Turgut/Türkiye* başvurusunda⁸⁰ başvuranlar, oğullarının askerlik hizmeti sırasında nöbet yerinde intihar etmesi sonucu ölümü olayına ilişkin olarak, yetkili makamların oğullarının hayatını koruma konusunda yeterli tedbirleri almadıklarından ve ölüm olayına ilişkin olarak etkili bir soruşturma yürütülmediğinden şikayetçi olmuş olup, AİHM, 22 Eylül 2016 tarihli kararında, başvuranların Askeri Yüksel İdare Mahkemesi önünde açmış oldukları dava sonucunda tazminat ödenmesine hükmedilerek bu tazminatın ödenmiş olmasından dolayı mağdur sıfatının ortadan kalktığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 2. maddesinin esas boyutuna ilişkin şikayetlerin kişi yönünden kabul edilemez olduğuna, yürütülen soruşturmanın olayın hangi koşullar altında meydana geldiğini ortaya koymaya elverişli olacak nitelikte etkili olması nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesinin usuli boyutuna ilişkin şikayetlerinin açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Yine *Lopez Ostra/İspanya* davasında⁸¹ AİHM, arıtma tesisleri civarında oturan bir kimsenin Mahkemeye başvurduktan sonra başka bir yere taşınmasından sonra mağduriyetin sona erdiği yönündeki hükûmet savunmasını, başvurucunun taşınmış olmasının bizatihi kendisinin ve diğer aile bireylerinin uzun yıllar maruz kaldıkları gürültü, duman ve kirliliğin yol açmış olduğu mağduriyetin izlerini silmeye yetmeyeceğini, muhtemelen bu tesisin kapanmasını müteakip tekrar aynı yere taşınabileceğini belirtmek suretiyle mağdur sıfatının ortadan kalkmadığının altını çizmiştir.

AİHM'in *Aksoy/Türkiye* kararında⁸² belirtildiği üzere, mağdurun ölümü veya gaipliğine hükmedilmesi haline ilişkin olarak başvuru, bireysel başvuruda bulunup da karar verilmeden ölür veya başvurucunun gaipliğine hükmedilirse, ölenin veya gaibin mirasçıları bakımından doğrudan veya dolaylı da olsa mülkiyet hakkının ihlali iddiasında olduğu gibi hukuki yararlarının bulunması halinde bir mirasçısının davayı devam ettirebileceği kabul edilmektedir.

Hüseyin ÜNSAL/Türkiye kararında⁸³, askerlik hizmetini yerine getirmekte iken terör örgütü tarafından döşenen mayının patlaması sonucunda yaralanan başvuran tarafından yapılan başvuruda AİHM, Milli Savunma Bakanlığı tarafından ödenmiş olan tazminat ve bağlanan maaş dolayısıyla başvuranın mağdur sıfatının ortadan kalkmış olması nedeniyle başvurunun "kişi yönünden bağdaşmazlık" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

⁷⁹ AİHM, Başvuru no.: 27765/09, K.T. 23.02.2012.

⁸⁰ AİHM, Başvuru no.: 64625/11, K.T. 30.08.2016.

⁸¹ AİHM, Başvuru no.: 16798/90, K.T. 09.12.1994.

⁸² AİHM, Başvuru no.: 21987/93, K.T. 18.12.1996.

⁸³ AİHM, Başvuru no.: 39863, K.T. 2011.

Yine *Sami Erdoğan/Türkiye* başvurusunda⁸⁴ başvuran, bir özel hastanedeki yanlış tedavisi nedeniyle ilgili doktor hakkındaki şikayeti üzerine yürütülen ceza yargılamasının zamanaşımı nedeniyle düşmesinden dolayı adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden şikayetçi olmuş olup, AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının cezai boyutunun yalnızca bir suç isnadı altında bulunan kişilere koruma sağladığı ve dolayısıyla ceza yargılamalarına "katılan" sıfatıyla iştirak eden kişilerin bu maddenin mağduru olamayacağı gerekçesiyle, başvurunun konu yönünden bağdaşmazlık nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

AİHS'in 34. maddesine göre, bireysel başvuru yapabileceklerden bir diğeri "hükümet dışı kuruluşlar"dır. Bu bakımdan, AİHM'e bir kurum veya kuruluşun bireysel başvuruda bulunabilmesi için Sözleşmenin 34. maddesi anlamında onun hükümet dışı bir kuruluş olması gerekmektedir.

Mahkeme, *Radio France/Fransa* kararında⁸⁵ hükümet dışı kuruluşun zıddı olarak "hükümet kuruluşları" teriminin kamu gücünün kullanılmasında yer alan ya da hükümet kontrolünde kamu hizmeti sunan tüzel kişileri içerdiğini; belli bir kuruluşun bunlardan hangisine dahil olduğuna karar verilirken kuruluşun yasal statüsüne, yerine getirdiği hizmetin niteliğine, bunun çerçevesine ve siyasi otoriteden bağımsızlık derecesine bakılması gerektiğini belirtmiştir. Buna uygun olarak yapılacak değerlendirmede ilgili kurum veya kuruluş hükümet dışı değil ise, devletin bir anlamda kendisini uluslar arası bir mahkemeye şikayet etmesi düşünülemeyeceğinden, kural olarak başvuruda bulunamayacaktır. Mahkeme anılan kararda Radio France'ın mağdur statüsüne sahip olduğu sonucuna varırken, kamu hizmeti gören bir kuruluş olarak finansmanı açısından önemli oranda devlete bağımlı olmasına rağmen, yayında bağımsızlığı sağlamaya yönelik önemli bir çerçeve ile kurumsal otonomi öngören yasal mevzuatını dikkate almıştır. Bu çerçevede Radio France ile "özel" radyo istasyonlarını işleten diğer şirketler arasında küçük bir fark olduğunu dikkate almak suretiyle Radio France'ın Sözleşmenin 34. maddesi anlamında hükümet dışı kuruluş olduğu sonucuna varmıştır.

AİHM, *Loizidou/Türkiye* başvurusunda⁸⁶ başvuru özetle Türk yetkililerince yakalanması ve tutuklanmasının Sözleşme'nin 3., 5., ve 8. maddelerinin ihlalini teşkil ettiği iddiasıyla ve ayrıca, Türk yetkililerince kontrol edilen alanda bulunan mülkiyetine girişinin engellenmekte olmasının da Sözleşme'nin 8. maddesinin ve 1 nolu Protokol'ün 1. maddesinin devam etmekte olan ihlalini teşkil ettiği yönünde şikayette bulunması üzerine Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine ancak mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Türkiye'nin AİHM'in bireysel başvuru hakkını tanımamasının ardından kuzeyde kalan mallarına ilişkin mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri süren Kıbrıslı Rumların AİHM'e başvuru yolu açılmıştır. Bu süreçteki ilk başvuru Loizidou'dur (Dereboylulular ve Arman, 2018: 308). Bayan Loizidou iç hukuk yollarının etkinsizliği teziyle doğrudan AİHM'e başvurmuş ve başvurusu Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Bayan Loizidou, 1989'da Komisyona yaptığı başvuruda 1974 müdahalesi ertesinde adanın Kuzeyinde kalan mülklerinden yoksun bırakıldığını, mülklerine ulaşmasının ve

⁸⁴ AİHM, Başvuru no.: 21297/11, K.T. 15.02.2018.

⁸⁵ AİHM, Başvuru no.: 53984/00, K.T. 30.03.2004.

⁸⁶ AİHM, Başvuru no.: 15318/89, K.T. 23.03.1995.

onlardan yararlanmasının engellendiğini ve mülkiyet hakkının 1974 müdahalesinden itibaren sürekli olarak ihlal edildiğini ileri sürmüştür (Dereboylulular ve Arman, 2018: 309).

Başvurunun kabul edilmesinin akabinde AİHM, Loizidou'nun adanın kuzeyinde kalan taşınmaz malları üzerindeki mülkiyet hakkından mahrum bırakıldığı gerekçesiyle Aralık 1996'da Türkiye aleyhine hak ihlali kararı vermiştir. Başvurucunun mallarını 1974'ten beridir kullanamadığı gerekçesiyle tazminata hükmedilmiştir. Mahkeme, Loizidou başvurusuna ilişkin verdiği kararda, KKTC'nin uluslararası toplum tarafından tanınan bir devlet olmaması nedeniyle yaptığı işlemlerin geçersiz olduğunu, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin adadaki varlığı nedeniyle Türkiye'nin adanın kuzeyini tam olarak kontrol ettiğini, bu sebeple burada meydana gelen ihlallerden KKTC'nin değil etkin kontrol uygulayan Türkiye'nin sorumlu olduğunu ve başvurucunun mülkiyet hakkının ihlalinin "sürekli" bir nitelikte olduğuna dikkat çekmiştir (Dereboylulular ve Arman, 2018: 311).





SONUÇ

Anayasalar insanların iradesi ile yapılır ve çoğunlukla zaman içinde oluşur ve aşamalı olarak gelişir. Bu oluşum ve gelişim sürecinde temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından üst mercilerce hak ve özgürlük ihlallerinin denetlenmesi büyük önem kazanmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında bireysel başvuru kurumu ülkemizde, anayasa şikâyeti ve benzer kurumların kabul edildiği birçok Avrupa ve Latin ve Amerika ülkelerinden sonra ilk kez 1961 Anayasası hazırlanırken tartışılmış; sonrasında 1990'lı yıllarda Anayasa Mahkemesi'nin yıl dönümlerinde gündeme getirilmiş; 2000'li yıllarda ise Türkiye Barolar Birliği ve Anayasa Mahkemesi tarafından hazırlanan anayasa taslaklarında yer almıştır. Daha sonra ise Türkiye'nin AİHM'ne yapılan başvuru sayılarına göre ikinci sırada, ihlal kararlarında ise birinci sırada yer almasına bir önlem olarak bireysel başvuru yolu önleyici bir çare olarak görülmüş, 12 Eylül 2010 tarihli halk oylaması sonucunda yürürlüğe giren 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun ile kabul edilmiştir. Bu değişiklikte, yargı alanında çok kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin en önemlilerinden biri de, 1982 Anayasası'nın 148. maddesine eklenen üç, dört ve beşinci fıkralar ile Anayasa Mahkemesi'ne "bireysel başvuruları" inceleme yetkisinin verilmesidir.

Bu bağlamda temel hak ve hürriyetleri kamu gücü tarafından ihlal edilen bireylere, bu ihlali ortadan kaldırmak amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunma hakkı tanınması, Türkiye'de temel hak ve özgürlüklerin somut olarak korunması ve hayata egemen kılınması açısından çok önemli bir gelişmedir.

1982 tarihli Anayasa'nın 148. ve 6216 sayılı Yasa'nın 45. maddesine göre herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek Protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir.

Nitekim hukuk sistemimizde gerçek kişilerin, tüzel kişiliğe ilişkin haklar bakımından özel hukuk tüzel kişilerinin ve sınırlı haklar bakımından yabancıların bireysel başvuru hakkına sahip olduğu bilinmektedir. Yine kamu tüzel kişileri, tüzel kişiliğe ilişkin olmayan haklar bakımından özel hukuk tüzel kişilerinin ve Türk vatandaşlarına hasredilen haklar bakımından yabancıların bireysel başvuru hakkı bulunmamaktadır.

Kamusal ve toplumsal gelişmeler ile kamu tüzel kişilerinin, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileriyle gerek ticari gerekse sosyal etkileşimlerinin artması neticesinde özellikle kamu tüzel kişilerinin, kamusal ilişki içinde bulunmadıkları durumlarda aleyhlerine olan işlem ve eylemler sebebiyle bir mağduriyet yaşamaları halinde bireysel başvuru yapma haklarının bulunması gerektiği düşünülebilecektir. Zira kamu tüzel kişileri taraflarınca tesis edilmeyen başka bir kamu kurumunca tesis edilen bir idari işlem veya eylemin mağduru konumunda olabileceklerdir. Bu halde olağan yargı mercileri nezdinde hak arama imkanı bulunan kamu tüzel kişilerinin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunamamaları önemli hak kayıplarının yaşanmasına sebep olabilecektir.

Belirtilmelidir ki Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru imkanı AİHS'in 34. maddesine göre ancak mağdur olan, yani ihlalden zarar görene sağlanmıştır. Mağdur olan kişi ister bizzat kendisi, isterse de temsilcisi aracılığıyla bireysel başvurusunu yapabilir. Belirtilen anlamda özel hukuk tüzel kişileri, eğer bizzat ihlal edilen hakkın mağduru olmamışsa, bu ihlalden kendi üyeleri etkilense dahi, kendi kişiliği zarara uğramadığından bireysel başvuruda bulunma hakkı bulunmayacaktır.

6216 sayılı yasanın 46.maddesinin 1.fıkrasına göre, güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkileyen işlemler için bireysel başvuru kabul edilmekle beraber aynı yasanın 48. maddesinin 2.fıkrasında, önemli bir zarara uğramadığı için başvurunun kabul edilmezliğine karar verilebileceği de düzenlenmiş olmaktadır. Bu iki düzenleme arasında hak yönünden farklılık yaratılarak insan onuru yerine maddi zararın öne çıkarılması temel hak ve özgürlüklerin korumasını zayıflatmaktadır. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında bireysel başvuru hakkı sahibinin "herkes" olabileceği kabul edilmesine rağmen kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunması yasaklanmış, özel hukuk tüzel kişilerine ve yabancılara ise bir takım sınırlamalar getirilmiştir.

Çalışmamızda mağdur çeşitleri olarak doğrudan, dolaylı ve potansiyel mağdur kavramları detaylarıyla açıklanmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre doğrudan mağduriyette kamu gücü işlemi veya eylemi sebebiyle direkt olarak etkilenmiş olma koşulu aranmaktayken, AİHM bu konuda daha geniş yorum yaparak bazı durumlarda olayın mağduru ile başvuruda bulunan kişi arasında özel bir bağ bulunmasını yeterli görmektedir. Dolaylı mağdurluk halinde bireysel başvuru yapabilmek için de mağdurun yakını olmak, yargılama ve soruşturma süreçlerine aktif olarak katılmak ile hukuksal menfaatin ve yakın bağlantının ortaya konulması gerekmektedir.

Bireysel başvuru yolunun başlama tarihinden bugüne kadar çıkan içtihatlarla bakıldığında, bu kararların çoğunluğunun idari ret kararı ya da kabul edilmezlik kararı verilmek suretiyle reddedildiği, çok az bir başvurunun ise esasına girilerek incelendiği belirtilebilir. Bu durum da tezimizin konusu olan mağdurluk statüsü olarak bir kabul edilebilirlik şartının önemini ortaya çıkarmaktadır.

5982 sayılı bireysel başvuru hakkını tanıyan yasanın 12.09.2010 tarihinde referanduma sunularak kabul edilmesinin ardından Anayasa Mahkemesi Kanunu ve İçtüzükte bireysel başvuru hakkına uygun düzenlemeler yapılmıştır. Anayasa'nın 148. maddesinde bireysel başvurunun konusu, AİHS'nde yer alıp Anayasa'da karşılığı bulunan hak ve özgürlükler olarak belirlenmişken 6216 sayılı yasa ile AİHS'ne ek protokollerdeki hak ve özgürlüklerin de bireysel başvuru yoluna konu olabileceği belirtilmiştir.

Hukuk sistemimize kazandırılan bu yolun halk tarafından benimsenip kullanabilmesi ve bireysel başvurudan olumlu sonuçlar alınabilmesi için, tabana yayılmış bir bilinçlendirme arayışı içine de girilmelidir. Ancak bu yolla temel insan hak ve özgürlük ihlallerinin önüne geçilebilir ve bu kurumdan beklenen temel amaç olan AİHM önünde daha az sayıda mahkûm olma imkanı yaratılabilir.

Elbette ki, sadece bireylerin değil, hak ve özgürlük ihlallerine sebep olan kamu gücü organlarının da bu kuruma azami düzeyde önem vermesi gerekmektedir. Zira, bu kuruma

başvurmamıza neden olan şey aslında, kamu gücünün bizim hak ve özgürlüklerimizi inkar ya da ihlal etmesidir. Bu yol, kişileri Anayasa ile canlı bir diyaloga sokacak ve Anayasa Hukuku'nun gelişmesine özellikle de temel hak ve özgürlüklerin yorumuna katkıda bulunacak ve bu şekilde objektif Anayasa Hukuku en geniş kapsamıyla korunacak, yorumlanacak ve geliştirilecektir.





KAYNAKÇA

KİTAPLAR VE MAKALELER

- Acu, M. (2014). Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 2014(26). (403-434).
- Aliefendioğlu, Y. (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*. Ankara: Yetkin Yay.
- Anayurt, Ö. (2004). *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*. Ankara: Seçkin Yay.
- Armağan, S. (1971). Federal Almanya'da Anayasa Şikâyeti. *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Araştırmaları Dergisi*. (5). (53-75).
- Arnwine, S. E. (2011). Türkiye'de Anayasa Şikayeti. *Anayasa Yargısı Dergisi*. (2011).
- Atar, Y. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yay.
- Atasoy, H. (2015). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Koşulları*. Ankara: Adalet Yay.
- Atasoy, H. (2012). Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 9(3). (71-89).
- Aydın, Ö. D. (2011). Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. (2011).
- Çınar, İ. (2013). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü. Musa Sağlam (Ed.). *Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul edilebilirlik Kriterleri*. Ankara: Şen Matbaa.
- Çor, Y. (2008). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. (2008).
- Dereboylular, Ö. ve P. Arman. (2018). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrıs ile İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye'ye Etkisi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. (136). (293-326).
- Doğru, O. ve A. Nalbant. (2012). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt 1*. Ankara: Avrupa Konseyi.
- Doğru, O. (2012). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*. İstanbul: Legal Yay.
- Doğru, O. (2006). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. (64). (2006).
- Dural, M. ve T. Ögüz. (2012). *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Dursun, H. İ. (2014). Bireysel Başvuru Mekanizmasının Kabulü Sonrasında Genel Mahkemelerin İnsan Hakları Konusundaki Rolü ve Bu Bağlamda Anayasa'nın 90. Maddesinin 5 Fıkrası. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. (2014).
- Efe, M. (2016). *Anayasa Mahkemesi Uygulamaları Kapsamında Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları*. Ankara: Seçkin Yay.
- Ekinci, H. (2011). *Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*. HUKAB Sempozyum Serisi. Ankara: HUKAB Yay.
- Ekinci, H. (2013). Kabul Edilebilirlik Kriterleri. Musa Sağlam (Ed.). *Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri* içinde (161-197). Ankara: Şen Matbaa.
- Ekinci, H. ve M. Sağlam. (2012). *66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay.

- Erdoğan, T. (2015). Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikâyeti). *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. (87-138).
- Ergül, E. (2012). *Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması*. Ankara: Yargı Yay.
- Erol, G. (2017). Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda 'Tedbir'. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. (130). (55-88).
- Güngör, A. (2005). Anayasaya Uygunluk Denetimi. *Polis ve Sosyal Bilimler Dergisi*. (12-24).
- Gören, Z. (2011). *Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yay.
- Gözler, K. (2007). *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Kitabevi.
- Göztepe, E. (1998). *Anayasa Şikâyeti*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay.
- Gözübüyük, Ş. A. ve F. Gölcüklü. (2007). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Güveyi, N. (2015). *Anayasa Mahkemesi'ne Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşamaları*. İstanbul: XII Levha Yay.
- Göztepe, E. (2011). Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi. *TBB Dergisi*. (16 vd.).
- Gören, Z. (1994). Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti). *Anayasa Yargısı*. (11). (28-29 Nisan).
- Gözler, K. (2011). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Hafızogulları, Z. ve Özen, Muharrem. (2012). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: US-A Yay.
- Hakeri, H. (2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yay.
- Hamdemir, B. (2018). *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*. Konya: Seçkin Yay.
- İba, Ş. (2008). *Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- İnceoğlu, S. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)*. İstanbul: Beta Yay.
- Kaboğlu, İ. Ö. (2008). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*. İstanbul: Legal Yay.
- Karali Saunders, M. (2017). Bireysel Başvuruda Kişi Bakımından Yetki Kriteri. Muharrem İlhan Koç, Recep Kaplan (Ed.). *Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi* içinde (123-170). Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay.
- Karaman, E. (2013). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*. İstanbul: XII Levha Yay.
- Katıman, Esra. 2016. *Uluslararası Hukuk Bireysel Başvuru Prosedürü İçinde Mağdur Statüsü*. İstanbul : On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Kaya, S. (2018). *Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru*. Ankara: Adalet Yay.
- Kılınç, B. (2008). Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği. *Anayasa Yargısı* (25). (19-59).
- Kırtepe, A. (2012). Bireysel Başvuru Hakkının Kapsamı, Kullanılması. *HUKAB Dergisi*. (Nisan-Haziran 2012). (8-10).
- Koca, M. ve İ. Üzülmaz. (2011). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yay.
- Kuru, B., R. Arslan ve E. Yılmaz. (2014). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yay.

- Oder, B. E. (2011). Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda (Anayasa Şikayeti) Etkin ve Etkili Kullanım. Musa Sağlam (Ed.). *Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti"* içinde. Ankara: HUKAB Yay.
- Oduncu, L. N. (2014). Bireysel Başvuru Kanun Yolu İçin Dava Vekâletnamesinde Özel Yetkinin Yer Alması Zorunluluğu. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. (XVIII). (1). (209-241).
- Öncü, G. A. (2013). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa. Sibel İnecoğlu (Ed.). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme içinde*. İstanbul: Beta Yay.
- Özbey, Ö. (2013). *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*. Ankara: Adalet Yay.
- Özbudun, E. (2011). *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Basım.
- Özdek, Y. (2004). *İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*. Ankara: TODAİE Yay.
- Öztan, B. (2006). *Medeni Hukukun Temel Kavramları*. Ankara: Turhan Kitapevi.
- Paczolay, P. (2009). Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm mü? *Anayasa Yargısı Dergisi*.
- Pekcanitez, H. (1995). Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti. *Anayasa Yargısı Dergisi*. (1995).
- Pekcanitez, H., O. Atalay ve M. Özekez. (2011). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yay.
- Sağlam, F. (2012). Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar. Ece Göztepe, Aykut Çelebi (Ed.). *Demokratik Anayasa içinde*. İstanbul: Metis Yay.
- Sağlam, M. (2012). 1982 Anayasası ve 6216 sayılı Kanun Çerçevesinde Bireysel Başvuru Konusu Haklar. Alparslan Altan (Ed.). *Anayasa Mahkemesinin 50. Yılına Armağan içinde*. Ankara: Tayfun Matbaa.
- Sağlam, M. (2011). *Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti"*. Ankara: HUKAB Yay.
- Şirin, T. (2018). *Bireysel Başvuru Usul Hukuku*. Ankara: MRK Baskı.
- Şirin, T. (2013). *Türkiye'de Anayasa Şikayeti*. İstanbul: XII Levha Yay.
- Tanör, B. ve N. Yüzbaşıoğlu. (2016). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yay.
- Tezcan, D. (2010). *İnsan Hakları El Kitabı*. Ankara: Seçkin Kitap.
- Teziç, E. (2018). *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yay.
- Toprak, N. (2015). *Türk Anayasa Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu Ve Uygulaması. (Yayımlanmış Doktora Tezi)*. Konya. (<http://acikerisim.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/handle/123456789/14126?locale-attribute=en>, 2015).
- Turabi, S. (2015). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*. Ankara: Seçkin Yay.
- Turhan, M. (2006). Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu. Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen (Ed.). *Anayasa Yargısı İncelemeleri I içinde*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay.
- Turhan, M. (2013). Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Tartışma Paneli. *Anayasa Yargısı Dergisi*.
- Ulaş, K. (2013). İfade Özgürlüğü Hakkı. Sibel İnecoğlu (Ed.). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme içinde*. İstanbul: Beta Yay.

- Uran, P. (2015). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Basın Özgürlüğüne Yaklaşımı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. (120). (87-130).
- Uzun, C. D. (2012). Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolu (Anayasa Şikayeti Beklentiler ve Riskler). *Seta Analiz*. (1).
- Yazıcı, S. (2010). *Yeni Bir Uygulama Olarak Anayasa Şikâyeti - Konuşma*. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yay.
- Yıldırım, Z. (2013). İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. (XVII 2013).
- Yıldız, C. (2012). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Ayrımcılık Yasağını" Düzenleyen 14. Maddesinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarıyla Birlikte İncelenmesi. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. (11). (1). (127-150).
- Yılmaz, E. (2004). *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları.

DİĞER KAYNAKLAR

- https://www.anayasa.gov.tr/media/4898/kararlar_dergisi_50_6.pdf. Erişim Tarihi: 20 Şubat 2019.
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, *Ağır Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İhlalleri ve Ciddi Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri Mağdurlarının Çözüm ve Tazminat Hakkına Dair Temel Prensipler ve Kurallar* başlıklı ve 60/147 sayılı Komite Raporu, 21.2.2006. <http://www.insanhaklarisavunuculari.org/dokumantasyon/items/show/357>. Erişim Tarihi: 01.03.2019.
- <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ercep2011.pdf>. Erişim Tarihi: 05.03.2019
- Resmi Gazete Tarihi: 19.03.1954 Sayı 8662. <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf> Erişim Tarihi: 04/03/2019.
- <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130105-15.htm>. Erişim Tarihi: 04.03.2019.
- <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf>. Erişim Tarihi: 04/03/2019.
- <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf>. Erişim Tarihi: 13 Şubat 2019.
- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1=veritbn&kelimesec=16241. Erişim Tarihi: 05.03.2019.
- <http://tdkterim.gov.tr/bts/>. Erişim Tarihi: 05.03.2019.
- <http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekeceli-1982-anayasasi.pdf>. Erişim Tarihi: 05.03.2019.

ÖZGEÇMİŞ

Kadir Gökmen YILDIRIM, 02.05.1989 tarihinde Muğla'da doğmuştur. 2012 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 2014-2016 yılları arasında Kocaeli Barosu bünyesinde serbest avukat ve Kocaeli Vergi Dairesi Başkanlığı'nda kurum vekili olarak görev yapmıştır. 2016 yılında Adalet Bakanlığı'nda Hâkim olarak göreve başlamış, 2016-2019 yılları arasında Tokat ili Erbaa ilçesinde görev yapmış, halen Ankara ilinde aynı görevini sürdürmektedir. Evlidir.

