

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

**TÜRK HUKUKUNDA
ANAYASA MAHKEMESİ'NE
BİREYSEL BAŞVURU HAKKININ
SINIRLARI**

DOKTORA TEZİ

Mustafa BABAYİĞİT

Enstitü Anabilim Dalı: Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Halil KALABALIK

HAZİRAN – 2016

T.C.
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

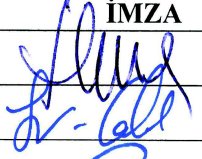
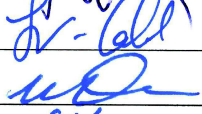
**TÜRK HUKUKUNDA
ANAYASA MAHKEMESİ'NE
BİREYSEL BAŞVURU HAKKININ
SINIRLARI**

DOKTORA TEZİ

Mustafa BABAYİĞİT

Enstitü Anabilim Dalı: Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi

“Bu tez 15/06/2016 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından Oybirliği / Oyçokluğu ile kabul edilmiştir.”

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ	İMZA
Prof. Dr. Halil KALABALIK	Basarılı	
Prof. Dr. Nusret İlker ÇOLAK	Basarılı	
Doç. Dr. İsa DÖNER	Basarılı	
Doç. Dr. Özer KÖSEOĞLU	Basarılı	
Yrd. Doç. Dr. Murat ERDEM	Basarılı	

BEYAN

Bu tezin yazılmasında bilimsel ahlak kurallarına uyulduğunu, başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunulduğunu, kullanılan verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, tezin herhangi bir kısmının bu üniversite veya başka bir üniversitedeki başka bir tez çalışması olarak sunulmadığını beyan ederim.



Mustafa BABAYİĞİT

15.06.2016

ÖNSÖZ

Bu tezin yazılması aşamasında, çalışmamı sahiplenerek titizlikle takip eden danışmanım Prof. Dr. Halil Karabalık'a değerli katkı ve emekleri için içten teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım. Tez izleme komitesi jüri üyeleri de çalışmamın son haline gelmesine değerli katkılar yapmışlardır. Bu vesileyle tüm hocalarıma ve tezimin son okumasında yardımlarını esirgemeyen dostlarıma teşekkürlerimi sunmayı borç bilirim. Son olarak tez yazım sürecinde kendilerine vakit ayıramadığım kızlarım Zeynep Emel ve Zehra Gönül'e ve her daim destekçim olan hayat arkadaşım Songül'e sevgilerimi sunarım.

Mustafa BABAYİĞİT

15.06.2016

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	v
ÖZET.....	vi
SUMMARY	vii

GİRİŞ	1

BÖLÜM 1: BİREYSEL BAŞVURU KAVRAMI, NİTELİKLERİ, TARİHSEL GELİŞİMİ VE BENZER KURUMLARDAN FARKLARI.....	7

1.1- Bireysel Başvuru Kavramı Ve Nitelikleri.....	7
1.1.1-Bireysel Başvuru Kavramı ve Tanımı	7
1.1.2- Bireysel Başvurunun Niteliği	9
1.1.3- Bireysel Başvurunun Özellikleri	14
1.1.3.1- Bireysel Başvuru Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasını Amaçlar	14
1.1.3.2- Bireysel Başvuru Anayasal Yargı Kolunda İncelenir	15
1.1.3.3- Bireysel Başvuru İkincil Niteliğe Sahiptir	16
1.1.3.4- Kamu Gücünün Bireysel Nitelikteki Hak İhlallerine Karşı Kullanılır	18
1.2- Bireysel Başvurunun İşlevi	19
1.3- Bireysel Başvuru Hakkının Tarihsel Gelişimi	23
1.3.1- Karşılaştırmalı Hukuktaki Tarihsel Gelişimi.....	23
1.3.2- Türk Hukukundaki Tarihsel Gelişimi	28
1.4- Bireysel Başvuru Yolunun Diğer Anayasal Denetim Usullerinden Farkları.....	33
1.4.1- Soyut ve Somut Norm Denetiminden Farklılıkları.....	33
1.4.2- Actio Popularis ve Yarı Actio Popularis Yolu İle Farklılıkları	35
1.4.3- Sınıf Davasından Farkları	37
1.4.4- Komünal Anayasa Şikâyetinden Farkları	38

BÖLÜM 2: TÜRK HUKUKUNDA ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURUDA BULUNABİLMENİN ŞARTLARI	39

2.1- Bireysel Başvuruya Konu Yapılabilecek Haklar	39

2.1.1- Genel Olarak	39
2.1.2- Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum	41
2.1.3- Anayasada Korunan Temel Hak ve Özgürlükler	44
2.1.4- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bu sözleşmeye Ek Türkiye'nin Taraf Olduğu Protokollerde Korunan Temel Hak ve Özgürlükler	47
2.1.5- Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Temel Hak ve Özgürlükler	51
2.2- Kişi Yönünden Aranan Şartlar	57
2.2.1-Genel Olarak	57
2.2.2- Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum	59
2.2.3- Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Taraf ve Dava Ehliyeti Kavramları	62
2.2.4- Gerçek ve Tüzel Kişilerin Durumu	63
2.2.5- Türk Vatandaşları ve Yabancıların Durumu	66
2.3- Bireysel Başvuruya Konu Olabilecek Temel Hak ve Özgürlüklerin Türkiye'ye Ait Kamu Gücü Tarafından İhlal Edilmiş Olması	68
2.4- Başvuru Sahibinin Doğrudan, Kişisel ve Güncel Bir Menfaatin Varlığı	72
2.4.1- Genel Olarak Hukuki Yarar Kavramı	72
2.4.2- Başvurucunun Doğrudan, Kişisel ve Güncel Bir Menfaatin Olması	75
2.5- Bireysel Başvurudan Önce Tüm Olağan Kanun Yollarının Tüketilmiş Olması	80
2.5.1- Tüketilmesi Gerekli Başvuru Yolları	80
2.5.2- Başvuru Yollarının Tüketilmesi Şartının Aranmayacağı Durumlar	86
2.6- Bireysel Başvuruda Usule İlişkin Şartlar	88
2.6.1- Bireysel Başvuruda Süre Şartı	88
2.6.2- Başvuru Formu	93
2.6.3- Başvuru Harcı	94
2.6.4- Başvurunun Yapılacağı Yerler	96
2.6.5- Başvurucunun Avukatla Temsili	97

BÖLÜM 3: TÜRK HUKUKUNDA BİREYSEL BAŞVURU HAKKININ

SINIRLARI	99
3.1- Bireysel Başvuru Yoluna Getirilen Sınırlama Düşüncesinin Nedenleri	99
3.2- Bireysel Başvuru Hakkına Yasa İle Getirilen Sınırlamaların Anayasallığının Genel Olarak İrdelenmesi.	101

3.3- Bireysel Başvuru Yolunun Sınırlarına İlişkin Karşılaştırmalı Hukuk Uygulaması	104
3.4- Bireysel Başvuru Yolunun Hukuki Niteliğinin Getirilen Sınırlamalar Açısından Önemi	105
3.4.1- Bireysel Başvuru Yolunun “Temel Hak” Olarak Kabulü ve Sonuçları	105
3.4.2- Bireysel Başvuru Yolunun “Dava” Olarak Kabulü ve Sonuçları	107
3.5- Zaman Bakımından Öngörülen Sınırlama	111
3.6- Kişi Bakımından Öngörülen Sınırlamalar	112
3.6.1- Genel Olarak	112
3.6.2- Bireysel Başvuru Hakkı Sınırlanan Kişiler	115
3.6.2.1- Kamu Tüzel Kişileri	115
3.6.2.2- Özel Hukuk Tüzel Kişileri Yönünden Sınırlamalar	137
3.6.2.3- Kişi Grupları ve Topluluklarının Başvuru Haklarının Varlığı Sorunsalı	144
3.6.2.4- Yabancılar Açısından Öngörülen Sınırlama	145
3.7- Konu Bakımından Öngörülen Sınırlamalar (Bireysel Başvuruya Konu Yapılamayacak İşlem Ve Kararlar).....	150
3.7.1-Anayasal ve Yasal Düzenleme ile Yasa Koyucunun Tercihinin Genel Olarak Değerlendirilmesi	150
3.7.2- Yasama İşlemleri	152
3.7.2.1- Yasama İşlemi Kavramı ve Kapsamı	154
3.7.2.2- Yasalara Karşı Doğrudan Bireysel Başvuru Konusu Yapılamaması	156
3.7.3.- Kanun Hükmünde Kararnamelerin Durumu	192
3.7.4- Parlamento Kararlarının Durumu	194
3.7.4.1- Parlamento Kararı Kavramı	194
3.7.4.2- Anayasa Mahkemesi Denetimine Tabi Olan Parlamento Kararları.....	196
3.7.4.3- Anayasa Mahkemesi Denetimine Tabi Olmayan Parlamento Kararları.....	197
3.7.5- Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri	198
3.7.5.1- Düzenleyici İşlem ve Türleri.....	198

3.7.5.2- Düzenleyici İşlemlere Karşı Bireysel Başvuruya Gidilememesi	199
3.7.5.3- Bireysel İşlem Niteliğindeki Düzenleyici İşlemlerin Durumu.....	201
3.7.6- Bireysel Başvuruya Konu Edilemeyecek Mahkeme Kararları	202
3.7.6.1- Anayasa Mahkemesi Kararları	203
3.7.6.2- Kesinleşmemiş Mahkeme Kararları	214
3.7.6.3- Yabancı Mahkeme Kararları	222
3.7.6.4- Savcılık İşlem ve Kararları.....	222
3.7.7- Anayasanın Yargı Denetimi Dışında Bıraktığı İşlemler.....	224
3.7.7.1- Genel Olarak	224
3.7.7.2-Yargı Denetimi Kavramı	229
3.7.7.3- Yargı Denetimi Dışında Bırakma Hususunda Anayasa Koyucunun Öngördüğü Amaç	234
3.7.7.4- “Mahkemeye Erişim Hakkı” ve “Etkin İç Hukuk Yolunun Var Olması Gerekliliği” Çerçevesinde Konunun İrdelenmesi	235
3.7.7.5- “Anayasa Yargısı” ve “Derece Yargısı” Ayrımının Bireysel Başvuru Açısından Yapılacak Değerlendirmelerdeki Önemi.....	238
3.7.7.6-Anayasa’nın Yargı Denetimi Dışında Tuttuğu İşlem ve Kararlar ...	239
3.7.7.7- Yargı Denetimi Dışında Bırakılan Kararlara Karşı Bireysel Başvuru Yapılabilirliğinin İrdelenmesi	258
3.8- Bireysel Başvuru Hakkının Sınırlandığı Alanlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Doğrudan Başvurulabilir Mi?.....	261
3.9-Bireysel Başvurunun Mekânsal Sınırı (Yabancı Kamu Otoritelerinin Hak İhlalleri).....	263
3.10- AİHS Kapsamında Yer Almayan Ancak Anayasada Güvence Altına Alınan Temel Hak ve Özgürlük İhlallerine Karşı Bireysel Başvuru Sorunu.....	264
3.10.1- Anayasa’da Öngörülen Sınırlamanın Değerlendirilmesi	265
3.10.2- Anayasa’da Öngörülen Sınırlamanın Sunduğu Fırsat ve Barındırdığı Tehlike.....	269
SONUÇ.....	271
KAYNAKÇA	282
ÖZGEÇMİŞ.....	297

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Baskı
B.N.	: Başvuru Numarası
BİO	: Bağımsız İdari Otoriteler (BİO)
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CMK	: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
E.	: Esas
ed.	: Editör
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUKAB	: Hukuk Adamları Birliği
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİT	: Kamu iktisadi teşekkülleri
Md-m.	: Madde
NGO	: Non-Governmental Organization
RG.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TÜSİAD	: Türk Sanayicileri ve İş Adamları Derneği
vd.	: ve devamı

Tezin Başlığı: Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının Sınırları

Tezin Yazarı: Mustafa BABAYİĞİT **Danışman:** Prof. Dr. Halil KALABALIK

Kabul Tarihi: 15 Haziran 2016 **Sayfa Sayısı:** vii (ön kısım) + 297 (tez)

Anabilim dalı: Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi

Türkiye’de 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru yolu hukuk sistemimize dâhil edilmiştir. Türkiye’de insan hakları ihlallerinin önlenmesine yönelik bir iç hukuk yolu olarak düzenlenen bireysel başvuru hakkı, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’da yapılan düzenlemelerle belirli alanlarda sınırlanmıştır.

Söz konusu kanun incelendiğinde, bir kısım sınırlamalarda yasa koyucunun öncelikle yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında uyumu tesis etme ve koruma gibi bir kısım endişeler ve gereklilikler çerçevesinde düzenleme yaptığı söylenebilir.

Ancak insan hak ve özgürlükleri bir bütünlük ifade ederler. Bir hak ve özgürlüğün ihlal edilmesi, ona tanınan güvencenin ortadan kaldırılması şeklinde tezahür edebileceği gibi, yasal olarak varlığı kabul edilen bir hak, değişik düzenlemeler vasıtasıyla içi boşaltılarak, dolaylı şekilde de kişilerin elinden alınabilir. Bireysel başvuru yolundaki asıl amaç, temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğini düşünen bireye, doğrudan Anayasa Mahkemesine başvurma olanağı tanımaktır. Bireysel başvuru hakkının Anayasada tanınmasına rağmen akabinde çıkartılan kanunlar vasıtasıyla bu hakkın kullanımına sınırlamalar getirilmesi bireysel başvurunun amacı ile ne kadar bağdaşacağı tartışılmalıdır.

Tezde bu tartışmalı nokta ele alınarak, “Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkının sınırları ” inceleme konusu yapılmıştır. Çalışmada, bireysel başvuru hakkının kullanımına ilişkin getirilen sınırlamalar, eleştirel bir gözle incelenerek, sınırlamaların yerindeliği, Anayasa’ya uygun olup olmadığı, temel hak ve özgürlüklerin korunması ilkesi ve bireysel başvuru hakkının özüne ne kadar uygun olduğu tartışılmış ve soruna ilişkin çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Temel Hak ve Özgürlükler, Bireysel Başvurunun Sınırları, Kamu Gücü.

Title of the Thesis: The Limits of the Right to Individual Application to The Constitutional Court in Turkish Law

Author: Mustafa BABAYİĞİT **Supervisor:** Professor Halil KALABALIK

Date: 15 June 2016 **Nu of pages:** vii (pre text) + 297(main body)

Department: Political Sciences and Public Administration

With the constitutional amendment in 2010, right to individual application to the Constitutional Court was included in Turkish Legal System. Right to individual application introduced as a domestic legal remedy for violation of human rights in Turkey was limited to certain areas by the Law Nr. 6216 on Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court.

Examining the said law, it can be said that, by introducing some restrictions, the legislator primarily aims to establish and protect the harmony between the legislative, judicial and executive powers.

However, human rights and freedoms are to be assessed as a whole. Rights and freedoms can be violated by abolishing the guarantee attributed to that right and freedom. Besides, a legally recognized right or a freedom can also be indirectly violated by means of different regulations that neutralize them. The main objective of individual application mechanism is to enable a person who thinks that his or her fundamental right is violated to directly apply to the Constitutional Court. It should be discussed if introducing the laws restricting the individual application, in spite of the fact that it is recognized in the Constitution, is compatible with the aim of individual application mechanism.

This thesis will examine and discuss "the limits of the right to individual application to the Constitutional Court in Turkish Law ". In this paper, the restrictions on the right to individual application will be examined from a critical perspective and it will be discussed how compatible these restrictions with the Constitution, the principle of protecting fundamental rights and freedoms and the right to individual application, and solutions will be presented.

Key Words: The Constitutional Court, Individual Application, Fundamental Rights and Freedoms, The limits of Individual Application, Public Authority.

GİRİŞ

İnsanoğlunun temel hak ve özgürlükleri her geçen gün daha da koruma altına alma bilincine ulaşması, bu haklar için ödenen ağır bedellerin sonucudur. Gerçekten tarihsel süreci incelediğimizde her bir temel hak ve hürriyetin ağır bedeller sonucu elde edildiği görülecektir. Temel haklar, ödenen ağır bedellerin sonucu olarak bireyin devlete karşı ileri sürdüğü savunma hakkı şeklinde ortaya çıkmışlardır (Gören, 2013:7). Hiçbir ayırım gözetmeksizin her bireyin sahip olduğu hakları ifade eden insan hakları, insanı tamamlayıcı unsurlar arasında kabul edilmektedir (Kalabalık, 2013a:24)

Gelişen hukuk sistemlerinde üst norm olma niteliği ile hukuksal çerçeveyi çizen, aynı zamanda hak ve sınırlarını belirleyip bu hakları güvence altına alan Anayasalar, devletlerin temelini ve hukuksal yapısını şekillendirmektedir. Devletin kuruluş ve yönetim şekli ile birlikte kişilerin hak ve özgürlükleri, devletin egemenlik yetkisini nasıl kullanacağı, sınırları, kamu yetkisini kullanırken hukuk karşısında nasıl hesap verebileceğini de düzenleyen ve üst norm olma özelliği ile hukuk güvenliğinin en başta teminatı anayasaların bizzat kendileridir.

Anayasalar hukuk güvenliğinin teminatı olma özellikleri gereği bir denetim mekanizması olarak anayasa yargısı kurumuna yer vermişlerdir. Son iki yüz yıl içerisinde ortaya çıkan anayasa yargısının temeli anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerine dayanır. Özellikle 19. yüzyılda yasama organınca çıkartılan kanunların yargı organınca denetlenmesinin demokrasi ile bağdaşmayacağı düşüncesi egemendi. Hukuk sistemlerinin gelişmesi ile anayasal hakların yasama organının tekelinde korunamayacağı, yargısal bir denetim yolu ile ancak anayasal hakların korunması ve kullanımının denetlenebileceği düşüncesi gelişti. Gelişen hukuk sistemleri ile birlikte temel hak ve özgürlüklerin korunması kanunilik denetimi yapan olağan yargı yerlerinin yanında anayasallık denetimini yapan Anayasa Mahkemelerince de sağlanmaya başlanmıştır. İnsan haklarının anayasalara yaygın olarak girmesi ve güvence altına alınması ise yirminci yüzyıldan itibaren (Kalabalık, 2013a:55).

Modern anayasalarda hukuk devleti idealini gerçekleştirmek için yer verilen iki ilke olduğu ileri sürülmüştür. Bu ilkelere birincisi, devletin sınırlanması ilkesi olup, bu

ilkeye göre, devletin bireyin özgürlük alanındaki yetkilerinin sınırlı olduğu kabul edilir. Diğer ilke ise, devlet iktidarının bölünmesi olup, bu ilke iktidarın önceden belirlenmiş organlar arasında paylaşılmasını öngören örgütlenme prensibidir. (Aliyev, 2010:11).

Anayasa mahkemeleri soyut ve somut norm denetimi yoluyla anayasa yargısının diğer işlevi olan devletin sınırlanması ve dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından yeterli güvence sağlayamamıştır. Anayasallık denetiminin temel hak ve özgürlüklerin korunması merkezinde yapılmaya başlanması ile birlikte ve bu konudaki ihtiyacın bir yansıması olarak anayasal denetim görevinin araç ve yöntemleri de değişiklik göstererek gelişmiştir. İşte bireysel başvuru, bu eksikliği gidermek ve Anayasa Mahkemelerinin temel hak ve özgürlükleri koruma işlevini icra edebilmesi için düşünülmüş anayasa yargısı içerisinde kalan olağan –dışı- hukuki çare olarak karşımıza çıkmıştır.

Bireysel Başvuru sisteminin özünde bireylerin temel haklarının kamu otoritelerine karşı korunması yatmaktadır. Temel haklar, bireysel başvuru yolu ile bireyin kullanabileceği, bir anayasal-yargısal yaptırıma kavuşmuştur (Gören, 2013:8). Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkı ile bireye bir yandan devlet karşısında anayasal hakların garantisini sağlamakta diğer yandan bireyin, demokrasinin temel ögesi olan kişi özgürlüğünün, hem süjesi hem savunucusu olma imkanı sağlanmaktadır (Gören, 2013:7-8).

Günümüzde birçok devlet, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla, bireylere başvuru hakkı tanımaktadır. Başta kıta Avrupa hukukunu benimseyen ülkelerde farklı usul, yöntem ve konularda bireylere Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı sağlamaktadır. Farklı usul ve yöntemler kabul edilse de bireysel başvuru yolu ile bireylere kamu gücü işlemleri sonucunda temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiası ile anayasa mahkemesinden bizzat hukuki korunma talep edebilmeleri amaçlanmaktadır (Göztepe, 1998:3).

Devletlerin genel olarak kabul ettiği üzere, başvuru ancak anayasada düzenlenmiş bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edilmesi halinde mümkün olduğundan, ihlal olgusunu denetleyecek mahkemenin de anayasaya uygunluk denetimi yapan anayasa mahkemesi olacağı noktasında genel bir kabul bulunmaktadır (Özbey, 2013:63).

Bireysel başvuru yolunun birçok devletin hukuk sisteminde yer almasının temel sebebi, devletlerin temel hakların korunması noktasındaki kendilerine biçtikleri rolün değişmesi ile de bağlantılıdır (Aliyev, 2010:10). Gerçekten devlet insan haklarına saygı göstermesinin yanında onu korumakla da yükümlüdür. Devlete yüklenen bu iki yönlü yükümlülüğün kapsamına Anayasa ile güvence altına alınan temel haklar da girecektir. Temel haklar; devlete bu hakların kullanımına saygı gösterme ve kullanımına müdahale etmeme gibi “temel haklara karşı olumsuz davranıştan kaçınma” edimi yanında, bu hakların etkili korunmasını sağlamak gibi “olumlu” davranışta bulunma yükümlülüğünü de yükler. İşte bu noktada bireysel başvuru kurumu, devletin, insan haklarını koruma alanında üzerine düşen ‘olumlu’ edimin yansıması veya icra vasıtası olarak değerlendirilmektedir (Aliyev, 2010:10-11) .

Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde bireysel başvuru hakkının kapsamı çok farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Kimi ülke uygulamalarında, başvuru sadece birel nitelikte işlemler yönünden tanınmış iken, bazı ülke uygulamalarında genel düzenleyici işlemler ve kanunlar da başvuru kapsamına alınmıştır. Diğer taraftan, bazı ülkelerde yalnızca anayasalarda güvence altına alınan temel haklar başvuruya konu yapılabilmekte iken, bir kısım ülkelerde bu hakların bazıları için başvuru hakkı tanınmıştır. Bir kısım ülkelerde ise Anayasa ile sınırlı kalmaksızın bütün temel hak ve özgürlükler başvuru kapsamına alınmıştır.

Bir temel hak ve özgürlük, somut olay karşısında kişi yönünden etkili bir koruma sağladığında ancak bir anlam ifade edecektir. Bireysel başvuru hakkı ile temel hakkın kullanıcısı olan bireylere, temel hak ve özgürlüklerinin ihlali durumunda anayasal korunma hakkını bizzat kullanma imkânı tanınarak temel hak ve özgürlüklerin etkili kullanımı sağlanmaktadır. Ayrıca bu koruma sistemi ile sağlanan etkili kullanım sayesinde, temel hak ve özgürlükler hukuk sistemi içerisinde işlevselliği ile hayat bulmuş olacaktır. Zira haklar kullanılabilirdikleri, işlevsel oldukları ve ihlali halinde hakkın korunması için etkili bir başvuru yolu sağladığı müddetçe hukuksal korumaya hizmet edecektir (Göztepe, 1998:3). Diğer bir anlatımla mevzuatta tanımlanmış olan bir hak etkili kullanım alanı bulamıyor veya işlevselliği sağlanamıyorsa kişi hak ve özgürlüklerine beklendiği gibi hizmet edemeyecektir.

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru yolu Türk hukuk sistemine dâhil edilmiştir. Anayasanın 148. maddesinde bireysel başvuru “ Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne Başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz. Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir” şeklinde düzenlenmiştir.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (6216 sayılı AYM Yasası) da 03.04.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş, kanunun bireysel başvuruyu düzenleyen 45 ila 51 inci maddelerinin yürürlük tarihleri 23.09.2012 olarak belirlenmiştir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi Yasası’nda bireysel başvuruya ilişkin ayrıntılı düzenleme yapılmış, özellikle bireysel başvuruya ilişkin Anayasa’da çizilen çerçevenin aksine yasa ile bireysel başvuru hakkının sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler yapılması eleştiri konusu yapılmıştır.

Çalışmanın Önemi

Türkiye’de insan hakları ihlallerinin önlenmesine yönelik bir iç hukuk yolu olarak düzenlenen bireysel başvuru yolu hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) yetkisinin aksine, 6216 sayılı AYM Yasasında yapılan düzenlemeler ile belirli alanlarda sınırlandırılmıştır. Böylece kamu gücü tarafından ihlal edilen her türlü idari ve yargı kararlarına karşı değil, ancak yasama organının sınırlarını çizdiği alanlarda yer alan işlem ve kararlara karşı bireysel başvuru yolunun kullanılabileceği düzenlenmiştir.

Söz konusu yasa incelendiğinde, bireysel başvuru hakkının kullanımına kişi, konu ve zaman bakımından sınıflandırılabileceğimiz birçok sınırlama getirildiği anlaşılmaktadır. Bir kısım sınırlamalarda yasa koyucunun öncelikle yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında uyumu tesis etme ve koruma gibi bazı endişeler ve gereklilikler çerçevesinde düzenleme yaptığı söylenebilir.

Ancak, insan hak ve özgürlükleri bir bütünlük ifade ederler. Bir hak ve özgürlüğün ihlal edilmesi, ona tanınan güvencenin ortadan kaldırılması şeklinde tezahür edebileceği gibi, yasal olarak varlığı kabul edilen bir hak, değişik düzenlemeler vasıtasıyla içi

boşaltılarak, dolaylı şekilde de kişilerin elinden alınabilir. Bireysel başvuru yolundaki asıl amaç, temel hak ve özgürlüğü ihlal edildiğini düşünen bireye doğrudan anayasa mahkemesine başvurma olanağı tanımaktır. Bireysel başvuru hakkının anayasada tanınmasına rağmen, akabinde çıkartılan yasalar vasıtasıyla bu hakkın kullanımına sınırlamalar getirilmesinin bireysel başvurunun amacı ile ne kadar bağdaşacağı tartışılmalıdır.

Çalışmamızda bu tartışmalı nokta ele alınarak “Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkının kullanımına ilişkin getirilen sınırlamalar” inceleme konusu yapılacaktır. Çalışmada, Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatları da değerlendirilmek suretiyle, bireysel başvuru hakkının kullanımına ilişkin getirilen sınırlamalar eleştirel bir gözle ele alınarak, sınırlamaların Anayasa’ya uygun olup olmadığı, temel hak ve özgürlüklerin korunması ilkesi ve Anayasa değişikliği ile tanınan bireysel başvuru hakkının özüne ne kadar uygun olduğu ele alınarak konuya ilişkin çözüm önerileri ortaya konulmuştur.

Çalışmanın Amacı

Çalışmamızın amacı yukarıda belirtilen norm ve esaslar çerçevesinde, Türkiye’de bireysel başvuru hakkının kullanımına ilişkin getirilen sınırlamaların yerindeliğini ve hukukiliğini tartışarak, özellikle yerinde olmayan sınırlamaları gerekçeleri ile ortaya koyarak, bunlara ilişkin çözüm önerileri sunmak ve ülkemiz açısından temel hak ve özgürlüklerin korunması anlamında bir fırsat olan bireysel başvuru hakkının etkin bir hak arama yolu olarak kabulüne/kalıcı olmasına katkı sağlamaktır.

“Bireysel başvuru hakkının sınırları” tabiri ile başvurunun şartları ve kapsamı arasında sıkı bir bağlantı ve ilişki vardır. Zira bir konunun veya kavramın sınırlarını tartışmak zorunlu olarak kapsamının tayinini de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle çalışmada, sınırlamaların yerindeliğini tartışabilmek için öncelikle bireysel başvuru kavramı, nitelikleri ve benzer kurumlardan farkları ile Türkiye’de bireysel başvuruda bulunabilmek için aranan şartlar ele alınmıştır.

Çalışmanın Kapsamı ve Yöntemi

Çalışmamızın kapsamı Türkiye’de bireysel başvuru hakkının kullanımına getirilen sınırlamalar olduğundan, bireysel başvurunun Anayasa Mahkemesi’nce esas yönünden

incelenmesi ve inceleme usulü gibi bireysel başvuru ile ilgili diğer konulara yer verilmemiştir. Yine konumuzun kapsamı gereği Türk hukuku incelenme konusu yapılmış, ancak çalışmada yeri geldikçe karşılaştırmalı hukuk ve AİHM'nin konuya bakışına dair bilgiler verilmiştir.

Tezin üç ana bölümden oluşması planlanmıştır.

Birinci Bölümde: Bireysel başvuru kavramı, nitelikleri, işlevi, tarihsel gelişimi ile diğer anayasal koruma yolları ile farklılıkları ortaya konularak, bireysel başvuru hakkının nasıl bir hak arama yolu olduğu ve kavramın kapsamı ele alınmıştır.

İkinci bölümde: Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilmenin koşulları incelenerek, bireysel başvuruda bulunmak için aranan şartların neler olduğu açıklanmıştır.

Üçüncü bölümde ise; Türk hukukunda bireysel başvuru hakkının sınırları ele alınarak, sınırlamaların yerindeliği ve hukukiliği tartışılmış, özellikle yerinde olmadığı düşünülen sınırlamalar gerekçeleri ile ortaya konularak, bunların nasıl aşılabacağı, sınırlamalara ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin nasıl bir tavır sergilemesi gerektiğine dair çözüm önerileri sunulmuştur.

BÖLÜM 1: BİREYSEL BAŞVURU KAVRAMI, NİTELİKLERİ, TARİHSEL GELİŞİMİ VE BENZER KURUMLARDAN FARKLARI

1.1- Bireysel Başvuru Kavramı Ve Nitelikleri

1.1.1-Bireysel Başvuru Kavramı ve Tanımı

Bireysel başvuru kurumunun olduğu birçok ülkedeⁱ, bireysel başvuru kavramı yerine Almanca dilinde “ die verfassungsbeschwerde” şeklinde ifade edilen ve Türkçeye “anayasa şikâyeti” olarak çevrilen kavram kullanılmaktadır. İngilizcede genelde ‘constitutional complaint’ şeklinde ifade edilen ‘anayasa şikâyeti’ yine Almancadaki ‘verfassungsbeschwerde’ teriminin bire bir çevirisidir.

Türkiye’de de Alman anayasasındaki kullanılagelen şekli ile “Anayasa Şikâyeti” terimi kullanılmakta iken (Şirin, 2013:6), Anayasamızda 5982 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası Anayasadaki kullanım şekline uygun olarak bireysel başvuru teriminin kullanımı tercih edilir olmuşturⁱⁱ.

Öğretide, Anayasada kullanılan şekli ile ‘bireysel başvuru’ kavramının öncelikle dil bilimsel olarak sorunlu olduğu ve ‘şikâyet’ yerine ‘başvuru’ terimi kullanılacaksa dahi ‘bireysel’ yerine ‘kişisel’ teriminin kullanılması gerektiğiⁱⁱⁱ (Şirin, 2013:9), ayrıca bireysel başvuru kavramının ‘halk davasını’ (actio popularis) da kapsayacak anlam içerdiğini (Şirin, 2013: 10; Göztepe, 2011:14; Sağlam, 2012, Anayasa...:420), yine

ⁱ Örneğin Almanya, Avusturya, İsviçre, Çek Cumhuriyeti ve Hırvatistan’da “anayasa şikâyeti” ifadesi kullanılmaktadır (Şirin, 2013:8).

ⁱⁱ Anayasa şikâyeti ve bireysel başvuru kavramlarının kullanımının yerindelğine ilişkin detaylı bilgi ve tartışmalar için bkz. Şirin, 2013: 5-10; Özbey, 2013: 65-69; Kılınç, 2008:21; Ural, 2013: 124-125.

ⁱⁱⁱ Şirin’e göre “ ...öncelikle birey kelimesi Türk Dil Kurumu (TDK) sözlüğünde “toplumları oluşturan ve düşünsel, duygusal, iradeyle ilgili nitelikleri toplum içinde belirlenen insanların her biri, feret” biçiminde tanımlanmaktadır. Ancak verfassungsbeschwerde usulünün potansiyel öznelere, sadece tekil gerçek kişileri imleyen birey kelimesini fazlası ile aşmaktadır. İleride ayrıntılı biçimde üzerinde durulacağı üzere, kişi gruplarının, hükümet dışı kuruluşların, siyasi partilerin, sendikaların, dernekler, şirketler gibi özel hukuk tüzel kişilerin ve hatta kimi ülkelerde belediyeleri de kapsayacak biçimde kamu tüzel kişilerinin bu hakkın/usulün öznesi olması mümkündür. Dolayısıyla bireyle ilgili olan, bireye özgü, ferdî anlamlarına gelen bireysel ifadesi, anılan öznelere kapsamaması nedeniyle, indirgemeci ve hatalı bir kullanım olacaktır. Bu dilbilimsel sorun, Anayasa metninin kendi içinde de çelişki yaratmaktadır. Anayasanın 148’inci maddesinin üçüncü fıkrasında, öngörülen başvuru yolunun öznesi olarak (hakkı ihlal edilen) “herkes” gösterilmiştir. Herkes kelimesi, etimolojik olarak her kişi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu başvuru yolu için kişisel başvuru ifadesinin kullanılması hem düzenleme ile ulaşılmak istenen amaca yönelik dilbilimsel bakımdan, hem de anayasal bütünlük açısından tutarlılık sağlayabilirdi. Çünkü ‘kişisel’ ifadesi, ‘bireysel’ ifadesine göre daha kapsayıcıdır..” Şirin, 2013:9 ayn.akt.

AİHM'e yapılacak bireysel başvuru ile anayasa mahkemesine yapılacak başvuruların karıştırılabileceği (Şirin, 2013: 10) gerekçesi ile 'bireysel başvuru' teriminin tercih edilmesinin yerinde olmadığı ileri sürülmüştür.

Yasama işlemlerine karşı başvuru imkânının bulunmaması göz önünde bulundurulduğunda mevzuatımıza kullanıldığı gibi "bireysel başvuru" teriminin tercih edilmesi başvuru hakkının kapsamı açısından uygun olacaktır (Özbey, 2013:67).

Öte yandan "şikâyet" terimine nazaran "başvuru" kavramının daha kapsamlı bir anlama sahip olması nedeniyle, " bireysel başvuru" kavramının bu hak arama kurumunu daha anlaşılır ve kapsayıcı olarak ifade ettiğini düşünüyoruz. Bu kapsamda birçok ülkede "anayasa şikâyeti" terimi kullanılmakta ise de Anayasa ve 6216 sayılı AYM Yasasındaki kullanılagelen hali ile "bireysel başvuru" terimin kullanılmasının iç hukukumuzdaki düzenlemeye uygun olduğu düşüncesi ile çalışmamızda "anayasa şikâyeti" yerine "bireysel başvuru " kavramını kullanılacaktır. Ancak, karşılaştırmalı hukuk incelemelerinde ilgili ülkenin kullanım şekline uygun olan terim tercih edilmiştir.

Bireysel başvuruya ilişkin öğretide yapılan tanımlar incelendiğinde:

Kalabalık, bireysel başvuruyu "*bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilenlerin başvurabilecekleri ikincil ve yardımcı nitelikte bir dava türüdür*" şeklinde tanımlamıştır (Kalabalık, 2013a: 363).

Aliyev'e göre " *Anayasa şikayeti, kamu otoritelerinin ağırlıklı olarak birel işlemlerine karşı anayasal hakların ihlali iddiasıyla, hakların ihlal edildiğine inanan bireyler tarafından harekete geçirilen, ihlali gerçekleştiren işlemin anayasallığını denetlemeye yetkili Mahkeme'ye başvuru hakkı tanıyan tali nitelikte hukuki çaredir*" (Aliyev, 2010:13).

Kılınç'a göre "*Bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti, temel hak ve özgürlükleri yasama, yürütme veya yargı organlarının işlemleri tarafından ihlal edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlanabilir*" (Kılınç, 2008:22).

Özbey bireysel başvuruyu "*Kamu gücüne karşı temel hak ve özgürlükleri korumayı amaçlayan, diğer olağan kanun yollarının tüketilmesinden sonra son hukuki çare olarak başvurulabilen, konusu ve tarafları ilk mahkemedeki yargılamadan yada idari işlem*

tamamen farklı, anayasal yargı yoluna tabi, kendine özgü, ikincil nitelikte bir dava türü” olarak tanımlamaktadır.(Özbey, 2013:71).

Şirin, bireysel başvuruyu tüm yönlerini açıklar biçimde *“Bireysel başvuru, anayasada veya anayasal belgede öngörülen belirli hak ve özgürlüklerden birinin veya birden fazlasının, yasama, yürütme ve yargı erklerinden bir veya birden fazlası tarafından, icrai veya ihmali bir edimle ihlal edilmesine karşı, hakkı ihlal edilen veya kamu düzenini gerektiren hallerde özel olarak yetkilendirilmiş kişi veya kişiler tarafından, söz konusu ihlalin geçici tedbir, iptal veya tespit kararları yoluyla önlenmesi amacıyla, olağan hukuk yolları tüketildikten sonra, ihlale konu olan eylem veya eylemsizliğin anayasa veya anayasal belgeye uygunluğunu incelemeye yetkili mahkeme önünde dava edilmesi imkânı tanıyan usuli bir haktır”* şeklinde tanımlamıştır (Şirin, 2013: 11). Bireysel başvurunun tüm yönlerini kapsar şekilde yapılan bu tanımına katıldığımızı belirtmek isteriz.

1.1.2- Bireysel Başvurunun Niteliği

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yoluyla dava edilen normu sadece kullanımını engellediği veya zayıflattığı temel hak bakımından denetler. Diğer bir anlatımla Mahkeme dava edilen normu diğer anayasa kurallarına uygunluk bakımından değerlendirmez.

Bireysel başvuru yolu istinaf ve temyizden farklıdır. Temyiz incelemesi sırasında maddi ve usuli mevzuatın doğru uygulanıp uygulanmadığı inceleme konusu yapılmaktadır . Buna karşın bireysel başvuru yolunda, bir yargı kararı sonucunda ve sürecinde temel bir hak veya özgürlüğün ihlal edilip edilmediğine ilişkin olarak, hak ve özgürlük odaklı bir değerlendirilmede bulunulur. Yasaların doğru uygulanmaması halinde mahkeme kararı temyiz merciince bozulabilecek, istinaf yolunda ise mahkeme kararı yerine yeni hüküm tesis edilebileceğinden bu tür bir hatalı uygulamanın hak ihlaline sebep olmaması da mümkündür (Ekinci ve Sağlam, 2014:102; Pekcanıtez, 1995:260-262). Yasa yollarında, somut olaya uygulanan yasa normlarının, normlar hiyerarşisine uygun olarak doğru şekilde uygulanıp uygulanmadığı öncelikli olarak incelenmekte ve temel hak ve özgürlükler bu çerçevede dolaylı olarak korunmaktadır. Buna karşın bireysel başvuru yolunda yasaların nasıl uygulandığından ziyade, temel hak ve özgürlükleri koruma odaklı bir inceleme yapılması amaçlanmıştır.

Diğer bir anlatımla, bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi temyiz mahkemelerinden farklı olarak hukuka uygunluk denetimi yapmaz. İncelemesini davacının temel haklarının ihlal edilip edilmediği ve temel hakların göz ardı edilip edilmediği ile sınırlı tutar (Göztepe, 1998:24)ⁱ.

Bireysel başvuru, kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireylerin, diğer başvuru yollarını tükettikten sonra başvurdukları istisnai ve ikincil nitelikte bir hak arama yolu olduğu söylenebilir (Kılınç, 2008:25; Pekcanitez, 1995:261; Göztepe, 1998:19). Bireysel başvuru yolu, hak ihlali iddiası çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi'ne, hak ve özgürlükler ile ilgili mevzuat hükümleri ışığında inceleme yapma yetkisi veren istisnai bir yargı yoludur (Ekinci ve Sağlam, 2014:101). Bireysel başvuru çerçevesinde AYM'nin olağan bir yasa yolu olmaması anayasa/yasa koyucu tarafından özellikle vurgulanmadığı, AYM uygulamaları ile, temyiz mercii rolünü üstlenmekten kaçındığı ileri sürülmektedir. (Algan, 2014:270). Anayasa'nın düzenlemesinden yola çıkarak bireysel başvurunun, olağanüstü bir hukuki çare olduğunun söylenemeyeceği, zira uzun yargılama ve tutukluluk gibi kesinleşmemiş mahkeme kararlarına karşı da bireysel başvuru yolunun kullanılabilmesi ileri sürülmüştür (Oder, 2013:15). Bu görüşe göre, bireysel başvuru yolu sonrasında anayasaya aykırılığı tespit edilen bir mahkeme kararı hakkında yeniden yargılama yapılır. Ancak bu yargılama eski yargılamanın devamı niteliğinde değildir. Anayasa Mahkemesi, kanun yolu hiyerarşisinde, bir üst mahkeme olarak kabul edilmemelidir.

Kesinleşmiş idari veya yargısal kararlara karşı başvurulabilmesi, dar bir çerçevede temel hak ve özgürlük odaklı bir incelemeye izin vermesi, olağan olarak öngörülen hukuki yolları kullanmadan başvuru yapılmasına olanak tanımaması gibi nedenlerle bireysel başvuru yolunun *ikincil, özel ve sınırlı bir yargı denetim mekanizması* olduğunu düşünüyoruz. Bireysel başvuru, olağan kanun yollarının devamı olmayıp, bu çerçevede hukuk düzeni içinde gerçekleştirilen uygulama hatalarının düzeltilebileceği bir

ⁱ Federal Alman Mahkemesinin kararlarında da bu husus şu şekilde ifade edilmiştir; “ *Bir anayasa şikayeti davasında mahkemelerin basit hukuka ilişkin yorumlarının doğruluğunu incelemek Anayasa Mahkemesi'nin görevi değildir (B VerfGE 32, 325 vd). Anayasa Mahkemesi bir temyiz mahkemesi değildir (B VerfGE 3, 219), aksine, yalnızca genel mahkemelerce verilen kararların anayasa hukukunu ihlal edip etmediğini denetler. Bu, mahkemenin bir temel hakkın anlam ve kapsamını dikkate almadığı durumlarda söz konusudur (B VerfGE 19, 310; st. Rspr.) Yani anayasa hukuku, kararın basit hukuka göre objektif olarak yanlış olması halinde ihlal edilmiş sayılmaz. Yanlış, temel hakların dikkate alınmamasından kaynaklanmalıdır (B VerfGE 18, 92 vd; st. Rspr.)*” (Göztepe, 1998:23 ayn.akt.)

yol/yöntem/çare değildir. Bundan dolayı bireysel başvuru aşamasında mahkeme kararları, delillerin doğru değerlendirilip değerlendirilmediği, mevzuatın doğru uygulanıp uygulanmadığı gibi yönlerden incelemeye tabi tutulmayıp, söz konusu kararın temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğine yönelik bir değerlendirmeye tabi tutulur. Olağanüstü bir hukuki çare olmasının diğer bir sonucu ise, bireysel başvurunun konu edilen yasanın uygulanmasını veya mahkeme kararının infaz edilmesini ya da idari işlem veya kararın yürütmesini prensip olarak durdurulmamasıdır (Fendeoğlu, 2013:35; Atasoy, 2012:89; Sabuncu ve Airwine, 2004:230; Kılınç, 2008:25-26).

Kısaca henüz kesinleşmemiş kararlara karşı gidilebilen başvuru yollarına, olağan kanun yolu denebilir. Kesinleşmiş kararlara karşı gidilebilecek kanun yolları ise olağan üstü kanun yolu olarak tanımlanabilir. Örnek verilecek olur ise, Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre olağan kanun yolu itiraz, istinaf, temyiz ve karar düzeltme iken, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi olağan üstü kanun yoludur. ATIF

Olağanüstü kanun yoluna başvuru yapılabilmesi için hükmün kesinleşmesi gerekmektedir. Kesin hükümlere karşı gidilebildiğinden bireysel başvuru yolunun da olağan üstü kanun yolu gibi kabul etmek gerektiği akla gelebilir. Ancak, kanun yolu önceki hükmün bir üst mahkemece denetlenmesi (Alongoya, Deren ve Yıldırım, 2005:480; Üstündağ, 1997:816) sonucunu doğurmakta iken, kanun yolunun aksine bireysel başvuru hükmün kesinleşmesini önlemez. Ayrıca, bireysel başvuruda hükmün bir üst mahkemece incelenmesi ve karara bağlanması söz konusu olmayıp, başvuruya konu yapılan temel hak ihlali iddiası ile ilgili sınırlı bir yargılama yapılır ve bu yargılama önceki yargılamanın devamı niteliğinde değildir (Özbey, 2013:70).

Ayrıca kanun yolu kavramı teknik olarak bir yargısal kararın başka bir mercii veya üst mahkeme tarafından denetlenmesi amacıyla taraflara tanınmış usuli bir olanak (Üstündağ, 1997:816) şeklindeki tanımlı incelendiğinde dahi, bireysel başvuru yolu bu manada bir kanun yolu olarak kabul edilemeyecektir. Zira temyiz aşamasında kararı veren mahkemenin olay ve belgeleri yorumlamasının ve değerlendirmelerinin hukuka uygun olup olmadığı denetlenir iken, bireysel başvuru ile Anayasa Mahkemesi önüne götürülen dosya hakkında, daha önceden yapılan yargılamaların devamı niteliğinde bir yargılama ve inceleme yapılmayacaktır (Pekcanitez, 1995:261).

Bireysel başvuru yolunun bir temyiz yolu olmadığı savunan Göztepe'ye göre; Anayasa Mahkemesi temyiz mahkemesi değildir. Zira, anayasa aykırılık iddiası halinde genel mahkemeler bu iddiayı bekletici sorun olarak ele alabilmekte iken, anayasaya aykırılık iddiası Anayasa Mahkemesi açısından davanın esasını oluşturur (Göztepe, 1998:25).

Bireysel başvuru yolu adli ve idari yargı yoluna ilave edilmiş ek bir dava türü olarak da görülmemelidir (Pekcanitez, 1995:261). Bireysel başvuru, hak ihlaline karşı başvurulacak nihai iç hukuk yolu olup, mevcut kanun yollarının devamı niteliğinde veya hukuk düzeninin tüm hatalarının düzeltilebildiği olağan üstü bir temyiz yolu olarak görülmemelidir. Zira bireysel başvuruda yalnızca bireysel başvuruya konu olan mahkeme kararı ile davacının bireysel başvuru kapsamındaki temel haklarının ihlal edip etmediği incelenecektir. Bu inceleme genel mahkemeler dışında yer alan ve anayasa yargı yolu içinde kalan Anayasa Mahkemesi'nde yapılacak olup, mahkemenin buradaki konumu da 'bir üst' mahkemede değildir. Bu nedenle bireysel başvuru ile genel mahkemelerin kararlarının tekrar temyiz incelemesine tabi tutulduğu ileri sürülemez (Göztepe, 1998:25).

Özetle bireysel başvurunun olağan-dışı hukuki çare olma özelliği, olağan yargı içinde kalan olağan-olağanüstü kanun yolları ayırımındaki olağanüstü kanun yolları kavramı ile karıştırılmamalıdır. Bireysel başvurunun olağan dışı hukuki çare olma özelliği, olağan yargı dışında kalmasını ifade eder. Kuşkusuz bireysel başvurunun bazı özellikleri olağan yargı içindeki olağan üstü kanun yolları ile benzerlik göstermektedir. Örneğin her ikisinde de başvuru hükmün kesinleşmesini ve icrasını durdurmaz (Aliyev, 2010:23). Ancak, yukarıda belirtildiği gibi, bu benzerlikler bireysel başvuruyu olağan yargı yolundaki olağan üstü kanun yolları grubuna dâhil etmeyecektir. Zira bireysel başvuru, olağan yargı yolunun dışında, ikincil nitelikte, olağan dışı hukuki çare, hak arama yolu ve davadır.

Kanaatimizce, bireysel başvuru; anayasal yargı yolu içinde kalan, ikincil nitelikte, kendisine özgü bir denetim/dava türü yolu olup, Anayasa Mahkemesi'nin ilk ve son derece mahkemesi olarak görev yaptığı, tüm olağan başvuru yolları tüketildikten sonra başvurulabilen, kamu gücü tarafından yapılmış hak ihlalinin var olup olmadığını tespit eden, ihlal var ise bunun önlenmesi ve sonuçlarının telafisini amaçlayan hukuki bir başvuru yolu ve davadır. Diğer bir anlatımla, özel olarak temel hak ve özgürlükler

açısından, Anayasanın birey yönünden ihlali durumlarının denetlendiği istisnai (sui generis) bir hukuki koruma yoludur (Özbey 2013:71).

Öğretide bireysel başvurunun dava olmadığı da savunulmaktadır. Bu görüşe göre; Bireysel başvuruda karşı taraf bulunmadığından bu yolun teknik anlamda bir dava olmadığı ileri sürülmektedir. Ayrıca bireysel başvurunun muhatabı Adalet Bakanlığı değil, bir bütün olarak kamu gücünü kullanan tüm kamu otoriteleri olup, kamu gücü ayrıcalık ve yetkisini kullanırken temel hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren her kurum ve kuruluş, başvurucunun karşısında olacaktır. Ancak, yargılama usulünde pratiklik sağlamak ve devletin resmi görüşünün alınması amacıyla Adalet Bakanlığına bilgi verilmektedir. Her ne kadar AIHM’de aleyhine başvuru yapılan ülkeler davalı olarak gösterilse de bu durum ülkelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni (AİHS) imzalamalarından ve sözleşmenin uygulanmasını taahhüt etmelerinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle iç hukuk yolu olan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu dava olarak kabul edilmemelidir. (Turan, 2015:4; Deynekli, 2011:81)

Bireysel başvurunun dava olmadığı düşüncesine katılmak mümkün değildir. Zira bir başvurunun dava olarak kabul edilmesi için mutlak surette karşı tarafta davalı taraf olmasına gerek yoktur. Bireysel başvuruda şekli anlamda davalının bulunmaması, başvuruyu dava olmaktan çıkarmayacaktır. Esasında teknik olarak gösterilmese de bireysel başvuruda davalı “kamu gücüdür” ve davalı kamu gücü bireysel başvuruya konu edilen işlem, eylem veya karar içinde gizlidir. Öte yandan bir başvurunun dava olarak kabul edilip edilmemesinde dikkate alınacak temel ölçüt başvuru sahibine hukuki koruma sağlayıp sağlamadığıdır. Nitekim Yargıtay, 07.12..1964 gün ve 3/5 sayılı İçtihadı birleştirme kararında davayı; ‘ ...*dava mahkemeden verilecek bir hükümle, bir iddia üzerinde hukuki korunmanın sağlanması dileğidir*’ şeklinde tanımlamıştır. Kuşkusuz bir başvurunun hukuki koruma sağlaması kararı veren makamın kararlarının tüm kişi ve kurumları bağlayıcı olması ile de ilintilidir. Bireysel başvuru sonucu verilecek ihlal kararının başvuru sahibine başvuru konusu yaptığı ihlal olgusu yönünden hukuki koruma sağladığı hususunda kuşku bulunmamaktadır. Öte yandan hükmü veren Anayasa Mahkemesi’nin kararlarının herkesi bağlayıcı olduğu da 1982 Anayasası’nın 153/son fıkrasında düzenlenmiştir. Ayrıca 6216 sayılı AYM Yasası’nın 50/5. fıkrasında “*Davadan feragat hâlinde düşme kararı verilir*” hükmü yer almakta olup, yasa hükmü dikkate alındığında kanun koyucu tarafından da bireysel başvurunun dava olarak

nitelendirildiği kanaatindeyiz. Bu nedenlerle bireysel başvurunun Anayasal yargı kolu içerisinde kendine özgü ikincil nitelikte bir dava türü olduğu düşüncesindeyiz.

1.1.3- Bireysel Başvurunun Özellikleri

1.1.3.1- Bireysel Başvuru Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasını Amaçlar

Bireysel başvuru hakkı ile amaçlanan; temel hak ve özgürlüklerin anayasa ve kanunların öngördüğü usul ve yöntemlerle korunup korunmadığını belirlemeye çalışmak (Aliefendioğlu, 1996:58) ve bu surette kişinin anayasa ve yasalarda güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerini korumaktadır (Özbey, 2013:78).

Bireysel başvuru hakkı ile kişilere anayasa yargı yolunda ikincil nitelikte bir yargılama imkânı tanınarak kendisi ile ilgili tesis edilen işlem ve yargı kararlarının temel hak ve özgürlüklerine zarar verip vermediğini denetleme imkânı tanınmıştır.(Aliyev, 2010:13) Bu denetimde amaçlanan kimi zaman doğrudan hakkın ortadan kaldırılmasını engellemek iken, bazende hakkın uygulamasını zayıflatan tasarruflara karşı kişiyi güvence altına almaktır.

Hangi temel hak ve özgürlüklerin bireysel başvuru hakkı ile korunacağı konusu ise, bu hakkı tanıyan ülkelerin anayasalarında farklı şekillerde düzenlenmiştir. Almanya ve İspanya örneğindeki bazı ülkelerde başvuruya konu yapılacak temel hak ve özgürlükler listesi oluşturularak anayasalarda sayılmıştır. Bazı ülkelerde ise, bireysel başvuru hakkı sadece belirli temel hak ve özgürlüklerin ihlali halinde tanınmıştır. Daha da ileri noktası, Polonya örneğinde olduğu gibi bazı ülkeler somut değerlendirme yaparak geçmiş hak ihlali şartını aramakta, gelecekteki hak ihlallerini başvuru kapsamı dışında bırakmaktadır. Bu ülkelerde kişinin hakkının ihlal edildiğinden endişe duyması yeterli olmayıp somut bir ihlal şartı aranmaktadır (Pimentel, 2011:69). Gerçekten başvuru için somut ihlal şartını aramak kişi açısından güvence altına alınan temele hakka ulaşmasını engeller niteliktedir. Zira görünüşte anayasa ve yasaya uygun gözükten işlem ve kararlar çoğu zaman hakkın elde edilmesini engeller, örneğin gözaltı kapsamını genişleten bir yasaya karşı bireysel başvuru hakkının, kişinin gözaltına alındıktan sonra yani zarar oluşuktan sonra kullanılabilmesi, kişinin anayasa ile teminat altına alınan özgürlük hakkının özü ile ne kadar bağdaşmaktadır.

Ülkemizde bireysel başvuru hakkına konu yapılacak temel hak ve özgürlükler 1982 Anayasasının 148 inci maddesinde düzenlemiştir. Madde metni incelendiğinde “ *Herkes Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilir..*” biçimindeki madde metni göz önüne alındığında, bireysel başvuru hakkı ile korunacak temel hak ve özgürlüklerin birinci kuşak ve klasik haklar ile sınırlandığı görülmektedir.

Bu şekildeki bir Anayasal düzenlemeye karşı, özellikle başvuruya konu yapılabilecek hakların tam listesinin oluşturulmasındaki güçlük olmak üzere, birçok eleştiri getirilmektedir. Gerçekten Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki haklar, ek protokoller ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları doğrultusunda değişip genişlemekte olup bu durum hakların güncel listesini oluşturulmasını güçleştirmektedir. Öte yandan Anayasada belirtilen hakkın kapsamı ile Sözleşmede belirtilen hakkın kapsamı da kimi zaman örtüşmeyebilir. (Sağlam, 2011, *Bir....*:46-57). Zira sözleşmedeki hak Anayasamızda düzenlenmiş ise de içerikleri farklı olabilmektedir. Bu taktide, mahkeme başvuruyu inceleme aşamasında başvuruya konu edilen işlem ve kararın zedelediği iddia edilen temel hak ve özgürlüğün bireysel başvuru hakkı kapsamında olup olmadığını inceleme durumunda olacaktır. Düzenlemenin yapılış şekline ilişkin eleştiri getirilecek birçok husus bulunmakta olup, bu eleştirilerin detayları ileri ki bölümlerde incelenecektir.

1.1.3.2- Bireysel Başvuru Anayasal Yargı Kolunda İncelenir

Temel hak ve özgürlüklerinin idari işlem veya yargı mercilerince ihlal edildiğini düşünen kişilere bireysel başvuru hakkı kapsamında Anayasa Mahkemesi’nde dava açma hakkı tanınarak temel hak ve özgürlüğün korunması amaçlanır (Paczolay, 2009:314)

Türk Anayasa yargısı içinde soyut ve somut norm denetimi bulunmakta iken, bu denetim yollarına ilave olarak üçüncü bir denetim yolu olarak bireysel başvuru yolu anayasa yargı sisteminde yer bulmuştur. Anayasa’da düzenlenen bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuru yapılabileceğinden, ihlal iddiasına ilişkin yargılamanın da Anayasaya uygunluğu denetlemekle görevli Anayasa

Mahkemesi tarafından yapılması devletler uygulamasında kabul edilmektedir (Özbey, 2013:73).

Bireysel Başvuru yolunun Anayasa Mahkemelerinin görev alanına dâhil edilmesi Anayasa Mahkemelerinin fonksiyonlarındaki değişimin bir sonucu olarak görülmektedir. Gerçekten Anayasa mahkemelerinin temel hak ve özgürlükler odaklı denetim anlayışının sonucu olarak mahkemelerin işlevleri genişlemiştir. Anayasa Mahkemesi, bu güçlendirilmiş fonksiyonu ile vatandaş nezdinde temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olarak benimsenmiştir (Sağlam, 2011, *Bir...*:30). Bunun yansıması olarak anayasa yargısı, salt kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen bir fonksiyondan sıyrılarak kanunların uygulanmasını da denetleyen bir fonksiyona yönelmiştir (Özbey, 2013:74). Başvuru yoluna konu edilebilecek işlem ve kararlar incelendiğinde; mahkeme, yasama işlemlerinden başka yargı kararlarını da denetler bir fonksiyona sahip olmuşturⁱ.

Değişik uygulamalarla birlikte birçok ülke, vatandaşlarına temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla bireysel başvuru hakkı tanıyarak (Pimentel, 2011:74), ihlal iddiası ile Anayasa Mahkemesini harekete geçirme imkânı tanınmıştır. Başvuru şartlarına ilişkin değişik sınırlamalarla birlikte başvuruyu inceleyecek merci Anayasa Mahkemesi olmaktadır.

1.1.3.3- Bireysel Başvuru İkincil Niteliğe Sahiptir

Temel hak ve özgürlüklerin ihlali halinde öncelikle başvurulacak merci kanunla düzenlenmiş genel mahkemelerdir. Yargı yolu kapalı olan idari işlemler dışında genel mahkemelerdeki yargılama süreci bitmeden kişi bireysel başvuru hakkını kullanamayacaktır. Zira genel mahkemelerin de, somut dava konusu edilen vakıanın yargılamasını yaparken, temel hak ve özgürlükleri koruma gibi fonksiyonu da vardır. Bu durumda ilgili, genel mahkemelerde somut dava ile menfaatini arar iken (doğrudan koruma) aynı zamanda bu menfaati nedeniyle ihlal edilen temel hak ve özgürlüğünün de korunmasını da (dolaylı koruma) istemektedir. İşte tüm hukuk yolları tüketildikten sonra başvuru halen temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğini düşünüyorsa, ancak bu aşamadan sonra bireysel başvuru yoluna müracaat edebilecektir. Bu durumda

ⁱ Venendik Komisyonu Türkiye Raporu, CDL-AD(2004)024, 2-47. paragraflar

bireysel başvuru yolu, ancak tüm hukuk yolları tüketildikten sonra kullanılabilen ikinci bir yoldur.

Bireysel başvuru yolunun ikinci niteliği ise bizzat bireysel başvuru kurumunun niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira diğer yargı mercilerince Anayasa tarafından korunan temel hak ve özgürlükler korunmadığı durumlarda ve mümkün olan kanun yollarının tüketilmesinden sonra bu yola başvurulması, bizzat bu yolun ikinci niteliğini göstermektedir. Diğer bir anlatımla bireysel başvuru yolunun ikinci niteliği, başvuru için aranan usul kurallarından “başvuruda bulunmak için diğer kanun yollarının tüketilmesi” ön şartında tezahür eder (Aliyev, 2010:22).

Ülke uygulamalarında değişiklik göstermekle birlikte, genelde her ülke mevzuatında bireysel başvuruya iç hukuk yolları tüketildikten sonra gidilebilmektedir (Pimentel, 2011:70). Kişi önce genel yargı yolları içerisinde hakkını arayacak, hak aramasının sonuçsuz kalması halinde ancak Anayasa Mahkemesine başvurabilecektir

Örneğin Çek Cumhuriyeti AYM Yasası madde 75/1’e göre, başvuru haklarını korumak için kanun tarafından tanınmış tüm hukuki çareler tükenmeden anayasa şikâyetinde bulunduğu takdirde başvuru kabul edilmez. Polonya AYM Yasası madde 46 ya göre Anayasa Şikâyeti yoluna, mümkün bütün hukuki çareler denendikten sonra, son idari karar veya mahkeme hükmünün tebliğinden itibaren 3 ay sonra başvurulabilmektedir. Yine Macaristan AYM Yasası’nın 48 inci maddesine göre anayasaya güvence altına alınmış hakları anayasaya aykırı normun uygulanması sonucu ihlal edilen herkes, mümkün hukuki çareler tüketildikten sonra veya kullanılacak başka hukuki çare mevcut olmazsa Anayasa Mahkemesi’ne şikayette bulunabilir. Benzer bir düzenleme de Letonya’da bulunmakta olup, Letonya AYM Yasası’nın 19/2-2 maddesinde “ ancak olağan hukuki çareler (üst yetkili kurum veya memura müracaat, olağan yargı içindeki mahkemelere başvuru vb.) tüketildikten sonra veya böyle hukuki çareler öngörülmedikçe anayasa şikâyetinde bulunulabilir.” hükmü yer almaktadır. Diğer taraftan Slovenya AYM Yasası madde 51/1’e göre de bireysel başvuruda bulunmak için öncelikle olağan ve olağan üstü kanun yollarının tüketilmesi gerekir. (Aliyev, 2010:22-25).

İncelenen ülke mevzuatları dikkate alındığında bazı ülkelerde bireysel başvuru için olağan kanun yollarının veya hukuki çarelerin tüketilmesi şartı aranmakta iken bazı

lkelerde ise olağan hukuki çarelerin yanında olağan üstü kanun yolları veya hukuki çarelerin de tüketilmiş olması arandığı söylenebilir.

Yeri gelmişken belirtelim ki; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 148.maddesinin 3. fıkrasında “ *Herkes Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır*” şeklinde düzenleme bulunmakta olup, Anayasadaki amir hüküm gereği Türkiye'de bireysel başvuru yoluna başvurabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmesi şartı vardır.

Öte yandan uygulama kanunu olan 6216 sayılı AYM Yasası'nın 45. maddesinin 2. fıkrasında “ *İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmali için kanunda ngrlmş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir*” hükmü, aynı kanunun 47 inci maddesinin 5 inci fıkrasında ise “ *Bireysel Başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir...*” hükmü yer almaktadır.

Anılan Anayasa hüküm ile uygulama kanundaki düzenlemeler birlikte irdelendiğinde, Türk hukukunda da bireysel başvuru hakkının ikincil bir başvuru yolu olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.

1.1.3.4- Kamu Gücünün Bireysel Nitelikteki Hak İhlallerine Karşı Kullanılır

Temel hak ve özgürlüklerin korunması, hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarındandır. Devletler, Anayasa ve kanunlarında temel hak ve özgürlüklerin korunması için düzenlemeler yapmakta ve bu konuda uluslar arası sözleşmelere taraf olmaktadır. Bu düzenlemelere rağmen temel hak ve özgürlüklere karşı bir ihlal durumunda adli veya idari yargıda kişiler hak arama yoluna gitmekte iken, kanunların bizatihi temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesi halinde, Anayasa Mahkemesine somut ve soyut norm denetimine başvurulmaktadır.

Bireyler mahkemelerin verdiği nihai kararlar sonucunda temel hak ve özgürlüklerinden birinin ihlal edildiğini düşünüyorlarsa, iç hukuktaki son çare olarak Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna gidebilmektedir. Gerçekten bireysel başvuru,

tüm hukuki çareler ve yollar denendikten sonra dahi ihlal iddiası var ise başvurulabilecek bir çare olup, başvuru ile kişinin ihlal nedeniyle korunması amaçlanır iken, başvurular sonucunda neticede hukuk düzeninin korunması ve bu konudaki anayasal içtihatların gelişmesi sağlanmaktadır (Kılınç 2008:26).

Bireysel başvuru yoluna ancak kamu gücü tarafından ihlal edilen temel hak ve özgürlüklerin korunması amacı ile gidilebilecektir. Burada kamu gücü tabiri ile anlatılmak istenen; yasama, yürütme ve yargı organları ve bu organlara bağlı veya ilintili kurumlardır (Göztepe, 1998:22). Bireysel başvuru yoluna, kamu gücünün bireysel nitelikteki işlem, karar veya eylemlerine karşı gidilebilecek olup, kamu gücünün bireysel nitelikteki işlem ve kararları icrai nitelikte olabileceği gibi ihmali bir işlem ve karar da olabilecektir. Hakkında başvuru yoluna gidilen işlem veya kararı olan kamu gücü Türkiye Cumhuriyeti'ne ait olmalıdır. Buna göre temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddiası ile başvuru konusu yapılacak işlem ve karar bireysel nitelikte olmalı, işlem ve kararı tesis eden kamu gücü Türkiye Cumhuriyeti'ne ait olmalıdır (Aydın, 2011:136-137).

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 148 inci maddesi incelendiğinde “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir....*” hükmü, 6216 sayılı AYM Yasası'nın 45 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında ise “*Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz*” hükmü yer almakta olup, her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde; Türk Hukukunda bireysel başvurunun konusu ancak Türkiye Cumhuriyeti kamu gücüne atfedilebilir bireysel nitelikteki işlem, eylem veya kararları olabilecektir.

1.2- Bireysel Başvurunun İşlevi

Bireysel başvuru kurumunun; bireylerin temel hak ve özgürlükleri korumak suretiyle bireysel adaleti gerçekleştirmek gibi asli-sübjektif ve hukuk düzenini korumak, anayasa hukukunu ve içtihatları ile anayasal adaleti gerçekleştirmek gibi tali-objektif olmak üzeri iki işlevi bulunmaktadır (Göztepe, 1998:17; Aliyev, 2010:21; Çoban, 2015:125).

Bireysel başvuru hakkı, bireysel başvuruya konu hakkı ihlal edilenlerce kullanılabilecek olması, yani başvuru hakkının kişiliğe (hakkı ihlal edilenlere) özgülenmesi, bireysel başvuru yoluna sübjektif anlam yüklemektedir (Şirin, 2013:67) Nitekim Anayasa'nın 148'inci maddesi ve AYM yasasının 45'inci maddesinde bireysel başvuru için başvuru sahibinin temel hakkının ihlal edilmesi şartının getirilmiş olması da bireysel başvurunun sübjektif niteliğini göstermektedir (Şirin, 2013:68)

Başvuru sonucunda ihlal kararının verilmesi ile, başvuru sahibi kişi ihlale konu hakkını elde etmektedir. Bu durum bireysel başvurunun sübjektif işlevini oluşturmaktadır. Gerçekten başvuru ile amaçlanan kişisel fayda, kişiye yönelik hak ihlalinin önlenmesidir. Kişiye yönelik ihlalin önlenmesi başvurunun doğrudan işlevini oluşturmaktadır. Diğer bir anlatımla; bireysel başvurunun en birincil görevi, bireyin sübjektif hak ve özgürlüklerine yönelmiş hukuk dışı muamelenin önüne geçmektir (Aliyev, 2010:17).

Anayasa mahkemelerini soyut norm denetimi vasıtasıyla yaptığı anayasallık denetimi, ister anayasal dengelerin, isterse hak ve özgürlüklerin korunması amacına yönelmiş olsun, sonuç itibarıyla objektif niteliktedir. Bu yolla yapılan denetimin ana hedefi anayasal düzeni korumaya yöneliktir (Aliyev, 2010:16). Bireysel başvuru yolu ise, kamu gücünü kullanan birimler tarafından hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireylere mağduriyetlerini gidermek amacıyla tasarlanmış, ikincil nitelikte anayasal hak arama yolu ve hukuki çaredir. Dolayısıyla bireysel başvurunun asıl işlevi, birey hakkının korunması olduğundan asli işlev sübjektif nitelikte olup, objektif işlevi ise dolaylı/tali niteliktedir.

Bireysel başvuru yolunun sübjektif niteliği, başvurunun geri alınması kurumunda kendisini belirgin şekilde gösterir (Aliyev, 2010:17) . Gerçekten başvuru sahibinin başvurusunu geri çekmesi ile yargılamanın sona ermesi bireysel başvuru sübjektif niteliğinin gereğidir (Göztepe, 1998:18). Yine aynı sübjektif nitelik, bireysel başvuru için başvuru şartlarından olan taraf sıfatında da görülebilir Taraf sıfatı, tarafın maddi hukuk ilişkisinin süjesi olup olmadığı ile ilgilidir (Aliyev, 2010:18). Zira davacı olmak için kural olarak dava edilen hakkın kullanıcısı olmak gerektiğinden bireysel başvuruya konu edilen hak ihlalinin kullanıcısı olma yani mağdur statüsünün bulunması bireysel başvurunun sübjektif niteliğini öne çıkarmaktadır.

Bireysel başvuru, kural olarak birel işlemlere karşı yapıldığı için, yargılama sonucu verilecek kararlar da sübjektif nitelikte olacaktır. Bireysel başvuru sonucu anayasa mahkemeleri tarafından verilen kararlar kural olarak tarafları bağlayıcı – sübjektif nitelikte olsa da, bazı ülkelerde kurumun yapısal özelliklerinden kaynaklanan sebeplerden ve genel olarak anayasa mahkemesi kararlarının yüksek hukuki bağlayıcılığı sonucunda, objektif nitelikte sonuçlar hâsıl olabilir (Aliyev, 2010:19).

Başvurunun açıklanan sübjektif/ doğrudan işlevinin yanında; anayasa hukukunun korunması, yorumlanması ve gelişmesi sonucunu doğuran objektif /dolaylı işlevi de vardır. Başvuru sonucunda kişisel hak ihlalinin önlenmesinin yanında kamu gücünün temel hak ve özgürlüklere ilişkin uygulamalarını şekillendirmesi ve ihlal kararları ışığında emsal olaylarda tavır değişikliğine gidilmesi sağlanmaktadır (Göztepe, 1998:20-21). Objektif işlev olarak tanımlanabilecek olan bu işlevde kamu gücü ihlal kararları ışığında emsal olaylardaki uygulamalarını düzenlemesi ile benzer durumda olan kişilerin hakkının ihlal edilmemesi sonucunu doğuracaktır. Öte yandan, anayasa hukukunun korunması, gelişmesi ve işlevinin kuvvetlenmesi ile vatandaşları anayasa hukukunu etkili biçimde kullanmaları yönünde harekete geçmelerine hizmet edecektir (Özbey, 2013:82). Göztepe; Vatandaşlar üzerindeki bu etkiyi psikolojik etki olarak şöyle tarif etmiştir. “...Anayasal bir hukuk devletinin egemenliği altında yaşayan bireylerin hukuk ve adalet duyguları, temel hak ve özgürlüklerin içi boş hukuk kurallarından ibaret olmadığı, gerek genel mahkemeler aracılığıyla gerekse Anayasa Mahkemesi’ne bizzat başvurarak bu haklarını somutlaştırabileceklerinin bilinciyle pekişir.” (Göztepe, 1998:20-21 ayn. akt).

Bireysel başvurunun objektif işlevinin tali olma özelliği sübjektif işlevinden kopmasının mümkün olmayışındandır. Zira bireysel başvuru sonucu ortaya çıkan ve yukarıda açıklanan objektif işlevler, nihayetinde somut bir başvurunun sonucu, AYM’nin temel hak ihlali olduğuna ilişkin kararının tali etkisi, yani sübjektif işlevin yansımasıdır.

Şirin; bireysel başvurunun objektif işlevinin, sübjektif işlevinden koparılamayacağını şu şekilde açıklamıştır “...sonuç itibariyle her anayasa şikayeti, somut olayın koşullarına bağlı olarak, esasen bir temel hak ihlaline dayanmaktadır. Ancak AYM’nin önünde gelen başvurular yoluyla, genel ve soyut durumdaki anayasa hükümlerini somut olayda ve hayat gerçekliğinde somutlaştırmakta ve buna göre bir karar vermekte ve

gerekçesinde konuyla ilgili yorumlarını ortaya koyarak, söz konusu hükme hayat vermektedir.” (Şirin, 2013:69 ayn. akt.).

Burada üzerinde durulması gereken nokta şudur: Anayasa Mahkemesi bir başvuru neticesinde bir uygulamanın anayasaya aykırı olduğu ve bireysel hakları ihlal ettiğini tespit ettikten sonra benzer uygulamaların ortadan kaldırılması; yasama, yürütme ve yargı organlarının görevidir (Çoban, 2015:125). Bireysel başvuru sonucunda verilen AYM kararlarının uygulama zorunluluğu neticesinde yargı organların önlerine gelen benzer davalarda Anayasa Mahkemesinin verdiği ihlal kararları yönünde uygulama ve yorum yapması sağlanmış olacaktır. Genel hukuk düzeni açısından oluşacak bu etki ile temel hakların anayasal güvencesi kuvvetlenmiş ve anayasal adalet sağlanmış olacaktır. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruyu incelerken uluslar arası sözleşme ve AİHM kararlarını örnekleme ile hâkimlerin de önlerine gelen somut davalarda kanunları AİHM kararları ışığında yorumlamaları gerektiğine dair anayasal görevlerinin uygulanmasına hizmet edecektir (Özbey, 2013:83).

Bireysel başvuru kurumu sayesinde farklı vakaların başvuruya konu yapılması AYM’ne bir yandan yeni yorumlar üretmek ve bu yorumları değişen hayat şartlarına bağlı olarak dinamikleştirme ve geliştirme fırsatı sunmuştur (Şirin, 2013:71). Bu sayede, ‘Anayasaya uygun yorum’ yönteminin alanı genişlemiş ve başvuru sonucu verilen kararların, başvuruya konu olayı aşarak tüm hukuk düzenine yayılan etkisiyle, yargı sisteminin bir bütün olarak iyileşmesine hizmet etmesi sağlanmaktadır (Turan, 2015:2). Gerçekten ülkemizde bireysel başvuru kurumuna kadar AİHM kararları maalesef yargı mercilerince gerektiği gibi dikkate alınmamış, AİHM kararlarına rağmen yargı mercilerince eski uygulamalar devam edile gelmiştir. Anayasa mahkemesine bireysel başvuruları inceleme yetkisi verildikten sonra ise, kamu gücü yetkisini kullanan devlet organları Anayasa Mahkemesince verilen ihlal kararlarını uygulama durumunda kalmışlardır (Turan, 2015:2). AYM kararlarının da AİHM kararları ile uyumlu olduğu dikkate alındığında bireysel başvuru kurumunun yürürlüğe girmesi ile birlikte AİHM kararlarının da ülkemiz hukuk zemininde hak ettiği uygulama alanını bulacağı bu bağlamda söylenebilir.

1.3- Bireysel Başvuru Hakkının Tarihsel Gelişimi

1.3.1- Karşılaştırmalı Hukuktaki Tarihsel Gelişimi

Temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasındaki hukuki çaba ve düzenlemeler çok eski bir tarihsel gelişim göstermekte ise de bireysel başvuru hakkının tarihsel gelişimi çok da eski değildir. Kuşkusuz temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasındaki yüzyıllardır gösterilen hukuki çaba ve gayretler bireysel başvuru kurumunun ortaya çıkışına dayanak teşkil etmektedir. Günümüzde bireysel başvuru kurumunun, başta Avrupa’da geniş bir uygulama alanı olmakla birlikte, Orta ve Güney Amerika, Afrika, Asya ve Uzak Doğu ülkeleri hukuk sistemlerinde de uygulamalarına rastlanılmaktadır (Pimentel, 2011:74).

Avrupa’da yaygınlaştığı şekliyle bireysel başvuru kurumunun ortaya çıkışı 20. yüzyıla denk gelmektedir. Avrupa’da kanunların anayasal denetiminin bu işle görevlendirilen bir mahkeme aracılığı ile yapıldığı ülkelerin çoğunda bireysel başvuru kurumu bulunmaktadır (Aliyev, 2010:13) Bugün Almanya ve İspanya başta olmak üzere birçok ülkede bireysel başvuru yolu tanınmakta olup, bu ülkelerde bu hakkın tanınması öncesinde düzenlemeler ve tartışmalarda yaşanmıştır.

Federal Almanya’da 1849 yılında Frankfurt’taki Paul Kilisesi’nde Almanya için ilk kez demokratik bir anayasa (Mellinghof, 2009:31) kabul edilmişti. Her ne kadar yürürlüğe girmemiş ise de bütün Alman vatandaşlarına Anayasa ile teminat altına alınan hakların ihlali halinde İmparatorluk Mahkemesi’ne başvuru hakkı tanıyan bu anayasanın (Mellinghof, 2009:31). Almanya’daki anayasa şikayeti oluşumunu etkilediği düşünülmektedir (Göztepe, 1998:26).

Almanya’da anayasa şikâyeti kurumunu etkileyen diğer bir gelişme 1818 Bavyera Anayasasıdır. (Mellinghof, 2009:31) Bu anayasada düzenlenen başvuru hakkı ile, vatandaşlara ve yerel yönetimlere sadece idari işlemlere karşı ve başka kanun yolu olmadığı takdirde anayasal haklardan birinin ihlal edildiği gerekçesi ile iki meclisten birine başvurma hakkı tanıyordu. Başvuru sonucu ise krala götürülüyordu. Burada düzenlenen usul incelendiğinde, vatandaşlara siyasal nitelikte bir anayasa şikâyeti tanındığı anlaşılmaktadır. Yargısal niteliği olmadığının gerekçesi ise başvurunun mahkemeye değil, meclislerden birine yapılması ve sonucunun krala sunulması ve kral’ın değerlendirmesi üzerine herhangi bir mahkemeye gidilememesidir. Bu

özellikleri nedeniyle bu düzenlemenin dilekçe hakkı kapsamında kaldığı değerlendirilmiştir (Göztepe, 1998:26; Karaman, 2013:47). Daha sonra 1919 Bavyera Anayasa ile yargısal anlamda anayasa şikâyeti düzenlenmiş ise de, bu düzenlemede de anayasa şikâyetinin konusu idari işlemlerle sınırlandırılmıştı ve mahkeme kararları başvuru kapsamında değildi. 1949 Bavyera Anayasası da anayasa şikâyetini düzenlemiş ve bu anayasadaki anayasa şikâyetine ilişkin gelişmeler federal Anayasa’da anayasa şikâyetinin düzenlenişini de etkilemiştir (Karaman, 2013:48).

1949 Bonn Anayasası hazırlanırken “Anayasa Şikâyeti” kurumunun anayasada düzenlenmesi noktasında yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Anayasa şikâyetinin gerekliliğini savunanlar, ikinci dünya savaşı deneyimi nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin korunması hususunda gereken her düzenlemenin yapılması gerektiğini savunuyorlardı. Bu kapsamda Bonn Anayasası yapılırken Anayasa şikâyeti gündeme gelmiş, ancak bu anayasadaki “*Kamu gücü tarafından hakları ihlal edilenlere kanun yolu açıktır. Aksi düzenlenmedikçe olağan kanun yolları geçerlidir*” hükmünün yeterli bir koruma sağlayacağı yönündeki görüşlerin baskın gelmesi ile anayasa şikâyeti 1949 Bonn Anayasası’na alınmamıştır. Daha sonraları Anayasa Mahkemesi anılan anayasa hükmünün yasalara karşı kanun yolunu içermediğini ilişkin karar vermesi ile anayasa şikâyetinin anayasa da yer almasının gerekliliği anlaşılmıştır (Göztepe, 1998:26).

Bu gereksinimin bir sonucu olarak Anayasa Şikâyeti, 1951 yılında Anayasa Mahkemesi Kanunu’nda düzenlenmiştir. Düzenlemenin savunucuları, anayasa şikâyeti ile temel haklara etkili bir koruma sağlanacağını, bu sayede devlete olan güvenin artacağı ve vatandaşların demokratik katılımının gerçekleşeceğini ortaya koymuşlar ve denetimin konusunda uzmanlaşmış bir mahkeme vasıtasıyla yapılmasının gerekliliği üzerinde durmuşlardır. Yasa gerekçesinde “ *Anayasa Şikâyeti ile halkın ve anayasanın birlikte gelişmesi sağlanacak ve yurttaşların demokratik bilinci yükselecektir. Eğer temel hakların korunması yargı yetkisi dışında bırakılırsa, anayasayı korumakla görevli Anayasa Mahkemesi en önemli işlevlerinden yoksun bırakılmış olacaktır.*” denilmektedir (Göztepe, 1998:27).

1959 yılında bireysel başvuru usulü Federal Anayasa Mahkemesi kanuna eklenmiş, nihayet 1969 yılında yapılan değişiklikle de “Anayasa Şikâyeti” Federal Alman Anayasasının 93. maddesinin 4/a fıkrasına eklenerek “*Herkes kamu gücü tarafından*

temel haklarından birinin veya Anayasa'nın 33,38,101,103,ve 104. maddelerinde tanınan haklardan birinin ihlale uğradığı iddiası ile Federal Anayasa Mahkemesine anayasa şikayeti davası açabilir.” şeklindeki düzenleme ile anayasa şikayeti anayasal metinde yerini almıştır.

Dünyada anayasa şikâyeti sisteminin kapsamlı bir şekilde ve iyi uygulandığı ülke Almanya'dır. Bu nedenle Avrupa Modeli Anayasa yargı sisteminde bireysel başvuru yolunu tercih eden ülkelerin çoğu Alman sisteminden etkilenmişlerdir (Sağlam, 2011, Bir...:43).

Almanya'da uygulanan anayasa şikâyetinin özellikleri, şartları ve sınırları ilerleyen bölümlerde yeri geldikçe ele alınacaktır.

İspanya'da “amparo başvurusu”ⁱ olarak adlandırılan bireysel başvuru yolunun kökenleri 12. yüzyıldan 16. yüzyıla kadar hüküm süren Arogon Krallığı'nın hukukuna dayandığı ileri sürülmüştür. Aragon hukukunda da halka; bazı haklarının kralın işlemlerine karşı korunması için Yüksek Adalet Divanına (*Justicia Mayor*) başvuru hakkı tanınmakta idi ve bu divan o günün şartlarında bir hayli önemli yetkilerle donatılmıştı.(Arwine, 2003:249). Halkı savunan bu kurum, önce fiili olarak 1592'de kaldırıldı, ardından 1716'da kuruma hukuken son verildi. Ancak Amparo başvurusuna esin kaynağı olan bu kurumun 1857 Meksika Anayasası ile yeniden ortaya çıktığı belirtilmektedirⁱⁱ (Karaman, 2013:53).

Amparo başvurusu II. Cumhuriyet döneminde yapılan 1931 Anayasası ile İspanyol hukukuna girmiştir. 1917 Meksika Anayasasından esinlenerek hazırlanan bu Anayasada amporo başvurusu yolu ile bireysel hak ve özgürlüklerin korunması görevi Anayasal Güvenceler Mahkemesine verilmiştir. Ancak iç savaş ve ardından Franco'nun iktidarı ele geçirmesi ile bu anayasa uygulamadı. Franco döneminde yasalara aykırılık başvurusu kurumu oluşturulmuş ise de bu kurum temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında gerekli etkiyi gösteremedi (Arwine, 2003:250).

ⁱ ‘Amparo’ kavramı koruma ve yardım anlamına gelmektedir. İspanya Anayasası'ndaki “amparo” usulü dilimize “bireysel başvuru” veya “Anayasa Şikayeti” olarak çevrilebilir. Ancak çalışmamızda konunun özgünlüğüne dikkat çekmek için İspanya'daki kullanılan hali “amparo başvurusu” ifadesini kullanacağız.

ⁱⁱ Meksika ve İspanya Anayasalarının etkileşimi ve sebeplerine ilişkin detaylı bilgi için bkz Karaman 2013:54 vd.

İspanya’da yaşanan rejim değişikliği sonrasında hazırlanan 1978 Anayasası ile devletin şekli ve yönetimine ilişkin köklü değişikliklere gidilmiş ve bu değişikliklere paralel olarak anayasada geniş bir hak ve özgürlükler listesi düzenlenmiştir. Ayrıca bu anayasa ile temel hak ve özgürlüklerin korunması için kamu denetçiliği ve amparo başvurusu gibi koruma mekanizmaları da düzenlenmiştir.

Günümüzde İspanya’da yürürlükte olan amparo başvurusunun temel dayanağı 1978 Anayasası ile yapılan düzenlemedir. Ancak 1978 Anayasası’nda amparo başvurusunun düzenlenmesinde, her ne kadar etkin bir şekilde uygulama imkanı bulamamış olsa da, 1931 Anayasası’ndaki amparo düzenlemesinin etkili olduğu gözden kaçırılmamalıdır.(Karaman, 2013:55) Öğretide İspanyol Anayasa Hukukunda yer alan bireysel başvuru yolunun genel olarak Alman modelinden esinlendiğini ileri sürenler olduğu gibi (Arwine, 2003:250; Gören: 2011:295; Ural: 2013:130) düzenlemenin Meksika modelinden örnek alındığını ve Kelsen teorisiyle de etkileşimi olduğunu savunanlar da bulunmaktadır.(Karaman, 2013:52-54)

İspanya’da 1978 Anayasası’nda Amparo kurumunun düzenlenmesinde ve kurumun önemli bir hak arama yolu olarak ortaya çıkmasında, bazı Avrupa ülkeleri anayasa mahkemelerinin anayasa şikâyeti davalarına bakmakla görevlendirilmelerinin etkili olduğu belirtilmektedir. (Göztepe, 1998:33; Gören,2011: 295).

1978 Anayasası’nda düzenlenen hali ile Amparo başvurusu, Anayasa’nın 53. maddesinin 2. fıkrasında işaret edilen temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlali halinde bireylere kanunla düzenlenecek durumlarda ve şekillerde Anayasa Mahkemesi’ne başvuru hakkı veren bir yargı yoludur (Baamonde, 2009:101). Amparo başvurusunun temel amacı, olağan kanun yollarının bunu gerçekleştiremediği durumlarda hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamaktır.

İspanya’daki Amparo başvurusunun özellikleri, şartları ve sınırları ilerleyen bölümlerde yeri geldikçe ele alınacaktır.

Avusturya’da ‘anayasa yargısı’ sistemine öncülük eden ülkeler arasında olup, 1868 Avusturya Anayasası’nda ilk kez anayasa şikâyeti terimine yer verilmiştir. (Şirin, 2013:52) Avusturya’da 1867 yılında İmparatorluk Mahkemesi kurulmuş ve 1868 çalışmaya başlamıştır. Avusturya’da Anayasaya Mahkemesinin öncüsü sayılacak bu

mahkeme, vatandaşların anayasayla güvence altına alınmış siyasal haklarının idarenin keyfi işlemlerine karşı korunması görevini üstlenmiştir. (Göztepe1998:28). Avusturya - Macaristan İmparatorluğu'nun 1918 yılında sona ermesinden sonra, 1919 yılında yasaların denetiminin de devredildiği Alman-Avusturya Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu 1 Kasım 1920 tarihli Fedaral Anayasa ile olmuştur. (Haller, 2004:50). Anayasa ile teminat altına alınan hakları koruma görevi yeni kurulan mahkemeye devredilmiş, 1929 yılında da Anayasa Mahkemesinin görevleri büyük ölçüde genişletilmiştir. 1933–1945 yılları arasındaki buhranlı dönem dışında Anayasa Mahkemesi önemini hep korumuştur (Göztepe, 1998:28).

1948 Avusturya Anayasasının 144. maddesi ile kişilere anayasal haklarını ihlal edildiği gerekçesiyle idari işlemlere karşı Anayasa Mahkemesi'ne şikâyet yoluna başvurabilme imkânı düzenlenmiştir. Daha sonra 1948 Anayasası'nda yapılan değişiklikle başvurunun kapsamı genişletilerek; kişilere, mevcut başvuru hakkına ilaveten, yasaya aykırı bir kanun hükmünde kararnamenin, anayasaya aykırı bir yasanın ya da hukuka aykırı bir uluslar arası sözleşmenin uygulanmasından dolayı haklarının ihlal edildiği iddiasıyla şikâyet yoluna başvurabilme imkânı da tanınmıştır (Göztepe, 1998:29).

Anayasanın 144. maddesine göre Avusturya'da anayasa şikâyetinin konusunu 'son aşama niteliğindeki her idari makamın karar ve eylemleri' oluşturmaktadır. Anayasa şikâyetine başvurun kişi, dava edilen idari makam karar veya eylemi nedeniyle anayasa tarafından güvenceye alınmış bir hakkının ihlal edilmiş olduğu veya yasaya aykırı bir düzenleyici işlemin, anayasaya aykırı bir yasanın ya da hukuka aykırı bir uluslar arası sözleşmenin uygulanması sonucu haklarının ihlal edilmiş olduğunu ileri sürmelidir (Haller, 2004:179). Anayasa'nın 144. maddesinde "temel haklar" ifadesi yerine "anayasal haklar" ifadesi kullanılarak, şikâyet konusu hakların kapsamı geniş tutulmuştur (Karaman, 2013:71).

Avusturya'da anayasa şikâyetine sadece 'son aşama niteliğindeki her idari makamın karar ve eylemleri' için başvurulabileceğinden yargı kararlarına karşı (bir istisna dışındaⁱ) başvuru yolu kapalıdır (Holzinger, 2009:66). Bu özelliği nedeniyle Avusturya

ⁱ Avusturya Fedaral Anayasası'nda 2008 yılında yapılan değişiklikle iltica mahkemesi adında yeni bir mahkeme kurulmuştur. Diğer mahkeme kararlarının aksine bu mahkemenin kararlarına karşı Anayasa

Anayasa Mahkemesi “ Özel İdare Mahkemesi” olarak da nitelendirilmektedir (Krauss, 1987:21 aktaran Pekcanitez, 1995:262). Ayrıca Anayasa Mahkemesinin temel hakların yasa koyucu, yürütme ve düzenleyici işlemleri ihdas edenlere karşı korunması hususunda tekel sahibi olduğu da söylenebilir (Haller, 2004:180).

Avusturya’da anayasa şikayeti usulü, Anayasa Mahkemesinin anayasal düzen içinde üstlendiği ‘devletin işleyişinin Anayasa’ya uygunluğunu sağlama ve Hukuk Devletine işlerlik kazandırma’ işlevinin önemli bir ögesi kabul edilmektedir (Holzinger, 2009:73).

Avusturya’daki anayasa şikayetin kapsamı, sadece idari işlemler nedeniyle başvuru yapılabilmesi açısından Almanya’daki sisteme göre dar iken, anayasa ile teminat altına alınan tüm haklar yönünden başvuru yapılabilmesi nedeniyle başvuru kapsamındaki hakların genişliği yönünden ise Almanya’ya göre daha kapsamlı olduğu söylenebilir (Göztepe, 1998:30).

Avusturya’da uygulanan anayasa şikâyetinin özellikleri, şartları ve sınırları ilerleyen bölümlerde yeri geldikçe ele alınacaktır.

İskandinav ülkelerinde de genellikle bireysel başvuru kurumuna yer verilmemesine karşın, güçlü ombudsmanlık kurumları ile bireyler gerektiğinde ombudsmanlık kurumuna başvurmak suretiyle bireyin haklarını savunacağı bu nedenle bireylerin ayrıca doğrudan anayasa mahkemesine başvurusuna imkân sağlayan düzenlemenin gerekmediği düşüncesi hâkimdir. Gerçekten de bu ülkelerdeki ombudsmanlık kurumları incelendiğinde; ombudsmanlık kurumunun etkili çalışması neticesinde bir çok davayı Anayasa Mahkemesi’nin önüne götürmeden çözmekte olup, gerektiğinde de ombudsman davayı anayasa mahkemesine gönderebilmektedir (Pimentel, 2011:75).

1.3.2- Türk Hukukundaki Tarihsel Gelişimi

Türkiye’de temel hak ve özgürlükleri evrensel boyutla örtüşür şekilde korunması amacıyla son yıllarda önemli değişiklikler yapılmıştır. Yapılan dönüşümün son aşaması bireysel başvuru hakkının tanınması olmuştur. Bireysel başvuru hakkının tanınması öncesinde bireysel başvuru hakkının tanınmasına da zemin hazırlayan gelişmeler ile

Mahkemesine başvurulması imkanı sağlanmıştır. Dolayısıyla Avusturya’da bir tek mahkeme için dahi olsa yargı kararlarına karşı Anayasa Mahkemesine şikayet yolu açılmıştır (Holzinger, 2009:67) .

bunlara paralel olarak yapılan önemli yasal düzenlemeler ve uluslar arası andlaşmalar dikkati çekmektedir.

Bu bağlamda 1961 Anayasasının görüşmeleri sırasında kendisi ile ilgili olmasa da bir yasanın iptali için dava açma hakkının tüm vatandaşlara tanınması “popular dava” (actio popularis) konusu tartışılmışⁱ ancak kabul edilmemiştir. Bu tartışmalarda amaçlanan teknik anlamda bireysel başvuru kurumunun getirilmesi olmamakla birlikte “actio popularis” hususunun gündeme gelmesi ile bireysel başvuru kurumunun tartışılmasına yaklaşılmıştırⁱⁱ.

Tahsin Bekir Balta; 1961 Anayasasının mahkemelerin kanunla kurulacağı (136/1) ve anayasa mahkemesinin anayasa ile verilen diğer görevleri yapabileceğine (147/11) ilişkin hükümlerini gerekçe yaparak bireysel başvuru yolunun kabulüne imkân sağladığını savunmuş ise deⁱⁱⁱ bu yorum öğretilde destek bulmamıştır^{iv}. 1961 Anayasası döneminde bireysel başvuru usulünün hukuk sistemimize dâhil edilmesi hususunda atılmış bir adım da yoktur.

1982 Anayasası’nın otoriter yapısı, temel hak özgürlüklerin korunması bağlamında 1961 Anayasası’na göre^v daha geri düzenlemeler içirmesi^{vi}, özellikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlama sebeplerindeki genişlik ve anayasa yargısına ilişkin çeşitli daraltmalara gidilmesi gibi hususlar kabul tarihi itibarıyla 1982 Anayasası’nın bireysel başvuru usulünün düzenlenişine ne denli uzak noktada olduğunu göstermekteydi.

Nitekim 1982 Anayasası’nın hazırlanması sürecinde bireysel başvuru hakkı konusunda herhangi bir önerinin ileri sürülmediği incelenen Danışma Meclisi tutanaklarından anlaşılmaktadır (Şirin, 2013:54).

1982 anayasasının kabulünden sonraki dönemdeki gelişmeler incelendiğinde; Türkiye 1954 yılından bu yana AİHS’ ne taraf olmasına rağmen yargı yetkisini tanımamakta idi. Yapılan ilk düzenleme ile Türkiye’nin 28 Ocak 1987’de 3 yıl süre ile AİHS’nin

ⁱ Temciler Meclisi Tutanak Dergisi C.4 B:53, D:2, 25.04.1961 s.215-218.

ⁱⁱ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Göztepe, 1998:125.

ⁱⁱⁱ Ayrıntılı açıklama için bkz. Balta, 1961: 557-558.

^{iv} Eleştiriler için bkz. Armağan, 1971:53-75; Azrak, 1962:661.

^v 1961 Anayasası, çoğunluğun iradesinin anayasal sınırlar içinde kalmasını sağlamak maksadıyla iki kurum ihdas etmiştir. Bu kurumlar Cumhuriyet Senatosu ve Anayasa Mahkemesi olup, düzenleme ile çoğunluğun muhtemel baskısına karşın ikili güvence getirilmesi amaçlanmıştır (Tanör, 1998:312-313).

^{vi} Güran’a göre 1982 Anayasası anayasal dengeyi korumayı etkin yargı denetimi vasıtasıyla yapmak istemiştir. bkz. Gürün, 1986:150.

yaptırım gücünü kabul etmiş ve bu bağlamda komisyonun bireysel şikâyet başvurularının incelenmesi yetkisini tanımıştır. Ülkemiz 22 Ocak 1990’da AİHM’nin zorunlu yargı yetkisini kabul etmiş, akabinde bu sürelerin bitiminde uzatma işlemi yapmış, nihayetinde ise 11 numaralı protokolün yürürlüğe girdiği 01 Kasım 1998 tarihinden sonra Mahkeme yetkisini daimi olarak tanımıştır. AİHM’nin yetkisinin tanınması ile Türkiye de yaşayan her bireye Sözleşme ile güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerinin çiğnendiği gerekçesi ile Türkiye’yi AİHM’ne bireysel başvuru yolu ile şikâyet edebilme imkânı tanınmıştır. Bu hak ile birey devletin yanında uluslar arası hukukun da öznesi olmuştur (Özbey, 2013:85).

Diğer bir gelişme ise, Anayasanın 10,15,17,30,38,87,90,131,143 ve 160 maddelerinde önemli değişiklik yapan 2004 yılındaki Anayasa değişikliğidir. Bu değişikliklerde bireysel başvuru hakkı gündeme gelmese de temel hak ve özgürlüklerin korunması ve korumanın etkinleştirilmesi bağlamında çok önemli düzenlemeler yapılmıştır. Ölüm cezasının kaldırılması, devlet güvenlik mahkemelerinin kaldırılması, basın özgürlüğünün güçlendirilmesine ilişkin değişiklikler bunların başlıcalarıdır. Bireyin uluslar arası hukukun öznesi olma konumunu güçlendiren düzenleme ise Anayasanın 90’ıncı maddesindeki değişikliktir. Değişiklik ile maddeye eklenen son fıkra ile “*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.*” ifadesinin anayasa hükmü haline getirilmesi ile temel hak ve özgürlüklere yönelik uluslar arası sözleşmelerin iç hukuk hükümlerinden üstün olduğu hususu Anayasal zemine kavuşmuştur.

Bu aşamada son yıllarda Anayasa Yargısının hukuki koruma rolü öne çıkmış ve “bireysel başvuru” mekanizmasının Türk yargı sistemine entegre edilebileceği gündeme gelmiştir.

Bireysel Başvuru mekanizmasının gündeme getirilmesinde bazı sivil toplum kuruluşlarının hazırlattıkları raporlar ve öğretilerde konuya ilişkin çalışmalar ile yargı kurumlarının çalışmaları ve görevlilerin bu konudaki düşünceleri de etkili olmuştur. Türkiye Barolar Birliği (TBB) tarafında 2001 yılında hazırlatılan ve 2007 yılında

gözden geçirilen Anayasa Taslağında bireysel başvuru mekanizmasına yer verilmiştirⁱ. Yine Türk Sanayicileri ve İş Adamları Derneği (TÜSİAD) tarafından 1998 ve 2003 tarihli iki çalışmada bireysel başvuru kurumunun kabul edilmesi gerektiği dile getirilmiş, ancak bireysel başvuru kurumu getirilirken Anayasa Mahkemesinin yapısının da değiştirilmesi gerektiği vurgulanmıştırⁱⁱ. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin de 1993, 2004 ve 2009 yıllarında yapılan kuruluş günü sempozyumlarını bireysel başvuru konusuna ayırdıklarını belirtmek gerekir. Yüksek Yargı mensuplarından da klasik haklarla sınırlı kalmak kaydıyla bireysel başvuru kurumunun ihdas edilerek Anayasa Mahkemesinin görev alanına dâhil edilmesi gerektiğini savunanlar olmuştur (Kılıç, 2004:92).

Atılan tüm bu adımlar sonrasında ise bireysel başvuru yolunu tanıyan anayasa değişikliği yapılmıştırⁱⁱⁱ. Bu değişikliğe götüren en önemli etkenlerden biri de Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen yukarıda açıklanan düzenlemenin beklenen faydayı sağlayamamasıdır. Gerçekten Anayasanın 90. maddesindeki düzenleme ile temel hak ve özgürlüklere uluslar arası boyutuyla koruma sağlama hedeflenmesine rağmen, bahse konu değişiklik AİHM’ne yapılan başvuruları ve Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarını aşağı çekmede başarılı olamadığından, bireysel başvuru bir çare olarak düşünülmüştür (Özbey, 2013:86).

12 Eylül 2010 tarihli halk oylaması sonucu yürürlüğe giren Anayasa değişikliği hakkındaki kanun ile Anayasanın 148. maddesinde düzenleme yapılarak bireysel başvuru kurumu anayasal temele kavuşmuştur. Bu maddeye eklenen fıkralar ile anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden herkesin, bu ihlalin kaldırılması için anayasa mahkemesine başvurabileceği düzenlenmiştir. Başvuruya konu hak ve özgürlüklerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi baz alınarak belirlenmesi, uluslar arası insan hakları hukuku ile bütünleşme iradesi olarak da değerlendirilebilir (Özbey, 2013:86). Nitekim 5982 Kanunun konu ile ilgili maddelerinin gerekçesi incelendiğinde, Avrupa konseyi Bakan Kurulu’nun 2004(6) sayılı tavsiye kararıyla bireysel başvuru kurumunun gerekliliğini vurguladığı ve

ⁱ Detaylı bilgi için bkz. Aybay ve diğ., 2007: 289-292.

ⁱⁱ Detaylı bilgi için bkz. Teziç ve diğ., 1998:44-49; Batum ve diğ. 2003: 139,132,139.

ⁱⁱⁱ Bireysel başvuru hakkının Anayasa değişikliğine gerek duyulmadan kanun veya AYM içtihatı yoluyla sağlanıp sağlanamayacağına ilişkin tartışmalar için bkz Şirin, 2013: 56-63;Göztepe, 1998:127-131.

Venedik Komisyonu'nun da bu kurumu teşvik ettiği, ayrıca bireysel başvuru mekanizması ile uluslar arası alandaki ülkemiz aleyhine yapılacak başvuruyu azaltacağına ve kurumun Anayasa Yargısının ayrılmaz bir parçası olduğuna değinilmiştirⁱ.

Anayasa Değişikliği sonrasında bireysel başvuru mekanizmasının uygulama kanunu da sayılacak olan 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun 03.04.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Uygulama kanununda bireysel başvuru hakkının kullanımına ilişkin şartlar, yargılama usulü ve mahkemenin konuya ilişkin çalışma usulü detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanun, bireysel başvuru hakkının kullanımını düzenleyen maddelerinin yürürlük tarihini 23.09.2012 olarak belirlemiştir. Ayrıca kanuna eklenen geçici madde ile de mahkemenin ancak bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak başvuruları inceleyeceği hüküm altına alınarak bu tarihten önce kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine bireysel başvuruların önü kapatılmıştır.

Ayrıca 12.07.2012 tarihinde 'Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü' Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve mevcut içtüzük yürürlükten kaldırılmıştır. İçtüzük'ün 59-84 maddelerinde bireysel başvuru yolu ayrıntılı şekilde düzenlenerek başvuru hakkının kullanılması ve başvuruların incelenmesi ile ilgili ayrıntılı hükümler düzenlenmiştir.

Anayasa Değişikliği ile hukuk sistemimizde yer bulan bireysel başvuru kurumunun düzenleniş şekline ve uygulama kanuna yönelik eleştiriler de bulunmaktadır. Başta kişilere doğrudan kanunlara karşı Anayasa mahkemesine başvuru hakkının tanınmamış olması olmak üzere, anayasadaki tüm haklar için başvuru yolunun açılmamış olması, üyelerin niteliğinin ikinci plana atılması, yargılama usulü açısından anayasal kurula yer verilmemiş olması bu eleştirilerin öne çıkanları olarak sayılabilir (Özbey, 2013:93). Ayrıca AİHS deki temel hakların kapsamının Anayasa'da sayılan temel haklara göre daha sınırlı olduğu bu nedenle düzenlemedeki asıl amacın AİHM'ne Türkiye aleyhine açılan davaların sayısını azaltma olduğu (Sağlam, 2012, Mukayeseli...:752; Turhan, 2004:249; Şirin, 2013:428) ve bu haliyle temel hakların korunmasının etkili olarak korunması açısında başarılı olmadığı dile getirilmektedir (Aliyev, 2010:41).

ⁱ 5982 Sayılı kanun gerekçesi madde 19.

1.4- Bireysel Başvuru Yolunun Diğer Anayasal Denetim Usullerinden Farkları

1.4.1- Soyut ve Somut Norm Denetiminden Farklılıkları

Bireysel Başvuru Kurumu Anayasa yargısının klasik görevleri olan soyut ve somut norm denetiminden farklı olarak bireylere temel hak ve özgürlüklerinin ihlali durumunda mağduriyetini giderme konusunda yeni olanaklar tanıyan bir hak arama yolu olarak anayasa yargısınaⁱ dahil olmuştur (Uzun, 2012b :5).

Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruyu incelerken başvuruya konu edilen işlem, eylem veya kararın anayasal bir hak ihlaline neden olup olmadığını inceleyecek ancak işlem, eylem veya kararın kanunsuzluğu üzerinde bir değerlendirme yapmayacaktır. Diğer bir anlatımla, ihlal iddiasına konu edilen eyleme uygulanan kanunun anayasaya aykırılığı üzerinde bir değerlendirme yapmayarak, 1982 Anayasasının 148. maddesinde bireysel başvuruya konu edilebileceği açıklanan bir temel hak ve hürriyetin kamu gücü işlem/eylemi neticesinde ihlal edilip edilmediğini karara bağlayacaktır (Özbey, 2013:140) .

Her ne kadar bireysel başvuru yolu somut norm denetimi ile benzeşiyor gibi gözükse de, bireysel başvuru yolunun özü, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine yapılan ihlallerin sona erdirilmesi iken, bu amaç somut norm denetiminde ancak sonuçlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira somut norm denetimiⁱⁱ Anayasa'ya aykırı normları hukuk düzeninden ayıklamayı amaç edinmiş olup, temel hak ve özgürlükleri koruma ve kullanılmasını geliştirici işlevi ve böylece demokrasinin gelişmesine katkısı (Yokuş, 2005:291) ise ikincil bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir anlatımla somut norm denetimin de anayasaya aykırı olduğu iddia edilen normun mutlaka temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesi gerekmekte, itiraz davasına konu edilen normun anayasaya aykırı olması yeterlidir (Özbey, 2013:142). Bu bağlamda diğer anayasal denetim yollarının yetersizliği (Kırtepe, 2012:8) nedeniyle, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını etkin şekilde sağlayacak mekanizma olarak bireysel başvuru yolu öne çıkmaktadır.

ⁱ Anayasa yargısı, doğrudan doğruya Anayasa'ya uyulmasını sağlamak amacıyla güden her türlü yargı işlemi veya anayasa hukuku sorunlarının yargısal usuller içerisinde bir karara bağlanması sürecini ifade eder. Dolayısıyla yargı denetimi yanında, bazı anayasal sorunların yargısal usullerle karara bağlanarak çözümlenmesi faaliyetidir (Kırath, 1966:15-19; Armağan, 1967:10).

ⁱⁱ Somut ve Soyut norm denetimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Teziç, 1986:21-38; Kaboğlu, 2007:78 vd.

Öte yandan, bireysel başvuru yolundan farklı olarak somut norm denetimine ancak yargılamayı yapan mahkemenin başvuruyu kabulü ile mahkeme vasıtasıyla gidilebilmesi, yine kanun ve kanun hükmünde kararname dışındaki hususlarda bu yolun kullanılamaması, her iki kurumun, koruma alanı açısından birbirinden ayrıldığını göstermektedir. Diğer bir anlatımla Anayasanın 152. maddesi itiraz yolunda anayasaya aykırılık iddiasını ileri sürme yetkisi bireye değil mahkemeye tanımıştır. Bireysel başvuruda ise, başvuru hakkı doğrudan bireye aittir (Özbey, 2013:142).

İki denetim yolu arasındaki diğer bir farklılık da başvurunun zamanı açısındandır. İtiraz yolunda, dava görüldüğü sırada taraflarca anayasaya aykırılık iddiasında bulunulduğunda veya mahkemece re'sen bu durum fark edildiğinde, mahkeme itiraz davası yoluyla anayasaya aykırılık iddiasını Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmektedir. Bireysel başvuru yolunda ise, tüm olağan başvuru yolları tüketildikten sonra 30 günlük süre içerisinde başvuru yapılmaktadır (Kaboğlu, 2010:336-3379).

Bir diğer farklılık da somut ve soyut norm denetiminde dava konusu edilen kanun ya da kanun hükmünde kararname, ayrıca soyut norm denetimi açısından TBMM iç tüzüğü iken, 6212 sayılı kanunun 45. maddesindeki düzenleme gereği yasama işlemleri bireysel başvuruya konu yapılamamaktadır. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuruyu incelerken kamu gücü tarafından ihlal edilen hususa anayasaya aykırı olan bir kanunun neden olduğunu anlasa dahi kanunun iptali yönünde karar alamayacak, sadece kamu gücü tarafından kanunun uygulanması suretiyle bireyin temel hak ve özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğinin tespiti ile yetinecektir.

Bu bağlamda somut ve soyut norm denetiminin bireysel başvuru vasıtası ile umut edilen amaca yani temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlallerin önlenmesine doğrudan hizmet edemedikleri, odaklandıkları noktanın anayasaya aykırı normların iptali olması nedeniyle ancak dolaylı bir etki ile insan haklarının korunmasına katkı sağladığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle her iki anayasal denetim yolunun insan haklarının korunması noktasında etkili bir mekanizma olmadığı, bu yöndeki ihtiyaçlar da göz önünde bulundurularak bireysel başvuru mekanizmasının anayasal bir denetim yolu olarak Anayasadaki yerini aldığını söyleyebiliriz.

1.4.2- Actio Popularis ve Yarı Actio Popularis Yolu İle Farklılıkları

Kökenleri Roma hukukuna kadar dayanan ‘Actio Popularis’ⁱ, hukuka aykırı bir düzenlemeye veya kanun hükmüne karşı kişisel bir zarar şartı aranmadan, yalnızca bahse konu hukuksuzluğun giderilmesi için açılabilen bir davadır (Paczolay, 2009:313; Aliyev, 2010:37; Şirin, 2013:40; Atasoy, 2015:10). Temel olarak objektif bir dava olarak kabul edilen bu dava türü, Anayasaya uygunluk denetim metodu olarak yeni olsa da idare hukuku alanındaki geçmişi çok önceye dayanır (Şirin, 2013:40).

Bu dava türü özellikle doğu bloğu ülkelerindeki rejim değişikliği sonrası doğu Avrupa’da anayasaya uygunluk denetimi açısından yaygınlaşmıştır. Dava konusu edilen normdan zarar görme şartı aranmaksızın, herkese veya sadece vatandaşlara anayasaya aykırı düzenlemelerin iptali amacıyla doğrudan AYM’ne başvurma hakkı tanınmıştır (Aliyev, 2010:37; Şirin, 2013:41). Esasında bu davanın açılması için dava konusu edilen normun somut bir olaya uygulanmış olmasına da gerek yoktur, önemli olan dava konusu normun Anayasaya aykırılığı olduğu olgusudur. Bu yönüyle soyut norm denetiminin farklı bir türü olarak da kabul edilmektedir (Şirin, 2013:41; Paczolay, 2009:313).

Batı Avrupa’da sadece Malta ve Lihtenştayn’da uygulanan bu dava türü, Doğu Avrupa’daki rejim değişikliği sonrasında en yaygın uygulanmasının görüldüğü Macaristan başta olmak üzere Makedonya, Gürcistan, ve Hırvatistan anayasa yargısında yerini almıştır (Şirin, 2013:42; Aliyev, 2010:37-38).

Bu dava türü ile herkese veya vatandaşa anayasaya aykırılık iddiası ile AYM’ne başvuru hakkı sağlanarak, hukuk sisteminin Anayasaya uygunluğu konusunda gerekli denetim imkânı sağlanmış olmaktadır. Buna karşın, bu dava türüne ilişkin yapılan eleştirilerin temelini AYM’leri üzerinde çok yoğun bir iş yükü oluşturduğudur. (Aliyev, 2010:39; Pimentel, 2011:68) . Eleştiri sahiplerinin ortak düşüncesi bu dava türünün nüfusu küçük ülkelerde uygulanabilir olduğudur. Nitekim daha önce Slovenya Anayasası’nda tüm bireylere bu yol tanınmış iken, 1991 Anayasasında bu dava türünün ‘kişisel ilgi’ ölçütü ile sınırlandırılması (Mavcic, 2009:91) bu kaygının bir sonucudur. Anayasa şikayetinin en iyi uygulandığı ülkelerden olan Federal Almanya’da da yine iş

ⁱ Actio Popularis’in eski Roma Hukuku’na dayanan bir dava türü olduğuna dair bilgi için bkz. Aliyev, 2010:37 dipnot. 106.

yükü kaygısı, ayrıca anayasa şikayeti kurumunun önceliğinin sübjektif işlevi olması nedeniyle ‘actio popularis’ davası federal düzeyde kabul edilmemiştir (Göztepe, 1998:22).

Bireysel başvuru yolu ile Actio Popularis davası arasındaki temel fark, bireysel başvuru yolunda başvuru sahibinin güncel, doğrudan ve kişisel bir hakkının ihlal edilmiş olması dava şartı iken Actio Popularis’te böyle bir şart aranmayıp bu davada taraf ehliyeti için dava konusu temel hakkın taşıyıcısı olmaya da gerek yoktur (Göztepe, 1998:22). Diğer bir anlatımla Actio Popularis yoluna başvurabilmek için kişinin, kendi hakkı veya menfaati ihlal olmasa dahi dava açma hakkı var iken (Paczolay, 2009:312), bireysel başvuru yolunda kişisel hak veya menfaatinin ihlal edildiğini ispat edemeyen başvuruçunun istemi dinlenilmez (Mellighof, 2009:35; Aliyev, 2010:37; Karaman, 2013:156). Bu özellikleri nedeniyle bireysel başvuru yoluna bireysel yarar için başvurulurken, ‘actio popularis’te kamu yararı öne çıkar (Mavcic, 2001:70; Atasoy, 2015:82; Ekinci, 2011:148). Başka bir anlatımla bireysel başvuru; öncelikle sübjektif bir koruma sağlamakta objektif işlevi ikincil nitelik taşımakta iken, Actio Popularis davasının objektif işlevi öne çıkmaktadır (Göztepe, 1998:21). Bu yönüyle Actio Popularis dava türünde bireyin başvurusu bir çeşit soyut norm denetimi ile sonuçlanmaktadır (Paczolay, 2009:313). Öte yandan Bireysel başvuru şartları arasında yer alan, kişisel hakların ve özgürlüklerin ihlal edilmesi şartı kaldırılacak olursa, anayasa şikâyeti halk davasına dönüşebilir (Kılınç, 2008:24).

İki kurum arasındaki diğer bir farklılık da, dava konusu edilen norm açısındandır. Actio Popularis de davaya konu edilen norm soyut düzenlemelerdir. Bireysel başvuru ise idari işlem ve yargı kararlarına karşı da ileri sürülebilmektedir.

Yarı Actio Popularis yolunda ise, bütün vatandaşlar dava açma hakkına sahip değildir. Bu durum Actio Popularis ile bu dava türünü ayırt eden özelliktir. Yarı Actio Popularis yolunda kişinin dava açabilmesi için dava konusu ettiği normdan doğrudan doğruya etkilenmesi gerekmemekle birlikte en az bir hukuki menfaatinin zedelenmiş olması, “kişisel ilgisinin bulunması”ⁱ veya hukuki pozisyonunun bu düzenlemeden olumsuz etkilendiğini ispat etmesi gerekmektedir (Şirin, 2013:44; Aliyev, 2010:38). Bireysel başvuru ile farkı ise bireysel başvuruda doğrudan doğruya kişisel bir hakkının ihlali

ⁱ Slovenya’da actio popularis yoluna başvuru 1991 yılında yapılan değişiklikle “kişisel ilgi” kriteri ile sınırlanmıştır, bkz. Aliyev, 2010:38.

dava için gerekli iken yarı actio popularis’ de kişinin dolaylı menfaatini ve hukuki durumunu etkilenmesi dava açmak için yeterlidir. Yine bireysel başvuruda somut idari işlem ve yargı kararları da başvuru konusu yapılabilmekte iken bu davada sadece soyut normlar dava konusu edilmektedir.

1.4.3- Sınıf Davasından Farkları

Başta ABD olmak üzere ortak hukuk sistemlerinde görünen ve aslında actio popularis dava türünün özel bir görünümü olan sınıf davası, belli bir hukuki eylem veya işlemde bir sınıf veya kategoriye mensup çok sayıda kişinin etkilendiği durumlarda, aynı durumda olan kişiler adına temsilcilerin, grup adına davayı yürütmesi ve sonuçlandırmasıdır (Şirin, 2013:45). Mensup olunan grubun sayıca çokluğu ve tüm üyelerinin katılımının olanaksız olması bu dava türünü ortaya çıkarmıştır (Şirin, 2013:45). Türk hukukunda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 113. maddesindeⁱ düzenlenen topluluk davası, sınıf davasına örnek verilebilir. Zira, topluluk davası ile, üyelerinin veya mensuplarının ya da temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için dernek ve diğer tüzel kişilere dava açma hakkı verilmiştir. Açılan davada dernek veya tüzel kişiler, ilgilerin haklarının tespiti, hukuka aykırı durumun giderilmesi ve ilgililerin gelecekteki haklarının önüne geçilmesini talep edebilecektir. Türkiye’de topluluk davaları genelde, tüketici hukuku, sendika hukuku, rekabet hukuku ve çevre hukuku alanlarında açılmaktadır (Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, 2015:271).

Bireysel başvuru yolundan farklarına baktığımızda, temel fark davayı açma hakkı olan sùje açısındanadır. İki kurum arasındaki benzerlik ise davanın sonuçlarının topluma etkileri ile ilgilidir. Bireysel başvuru sisteminin özü itibariyle ön plana çıkan özelliğı sübjektif işlevi olup, objektif işlevi tali niteliktedir. Objektif işlevi neticesinde tüm toplumu ilgilendiren sonuçları ve etkileri dolayısıyla sınıf davası ile benzerlikleri bulunmaktadır. Ancak bireysel başvuruda taraf ehliyeti kişilere verilmiş olup, bireysel başvuru hakkı olan kişilerin belli bir sınıf adına dava açma imkânı yoktur (Şirin, 2013:45). Öte yandan bireysel başvuruya ilişkin kararın asli etkilerinin sübjektif olması ve dava açan kişi yönünden bağlayıcılık ve hukuki koruma sağlaması bireysel başvuruyu sınıf davasından ayıran temel noktalardandır.

ⁱ HMK 113. madde “Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir”

1.4.4- Komüenal Anayasa Şikâyetinden Farkları

Komüenal anayasa şikâyeti, özerklik haklarının ihlal edildiği iddiası ile belediye veya belediye gibi yerinden yönetim kuruluşlarına, kamu gücü tarafından çıkartılan norm düzenlemelerine karşı diğer başvuru yolları tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesine başvuru imkânı tanıyan dava türüdür (Şirin, 2013:46). Federal Almanya’da uygulanan bu dava türü ile amaçlanan, belirtilen kamu tüzel kişilerinin özerklik statülerini etkileyecek ihlallerin önlenmesidir (Göztepe, 1998:102). Bu nedenle bu dava türüne başvuru hakkı sadece belediye ve belediye birliklerine verilmiş olup, konusu da özerklik haklarının ihlaline yol açan normatif düzenlemelerle sınırlıdır.

Bireysel başvuru yolunda olduğu gibi, belediyelerin veya belediye birliklerinin dava açabilmeleri için dava konusu normatif işlemin kendilerini doğrudan ve güncel şekilde etkilediğini ispat etmeleri gerekmektedir. Ayrıca dava açmadan önce başkaca başvuru yolu var ise bunun da tüketilmiş olması gerektiğinden, bireysel başvuru gibi Komüenal başvuru da ikincil bir hak arama yoludur (Göztepe, 1998:103).

Bireysel başvuru yolu ile farklılıklarına bakıldığında öne çıkan iki husus vardır. Birincisi, kişi yönünden farklıdır, zira Komüenal anayasa şikâyetine sadece belediye ve belediye birlikleri başvurabilir. İkinci farklılık dava edilen konu yönünden olup, komüenal anayasa şikâyeti, sadece özerklik haklarının ihlaline yol açan normatif düzenlemelere karşı yapılabilir (Göztepe, 1998:103; Şirin, 2013:46).

BÖLÜM 2: TÜRK HUKUKUNDA ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURUDA BULUNABİLMENİN ŞARTLARI

2.1- Bireysel Başvuruya Konu Yapılabilecek Haklar

2.1.1- Genel Olarak

Anayasanın bireysel başvuru hakkını düzenleyen 148. maddesinde “ *Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunmak için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.*” hükmü yer almaktadır. Anılan hüküm incelendiğinde bireysel başvurunun klasik veya birinci kuşak hakları kapsamına aldığı anlaşılmaktadır. Zira AİHS birinci kuşak hakları kapsamına almış olup (Sağlam, 2011, Bir...: 46-47; Arnwine,, 2011: 47) 148. maddede Anayasada yer olan haklardan ancak AİHS kapsamında kalanların başvuru kapsamına alındığı düzenlendiğinden, sosyal ve ekonomik haklar gibi Anayasada yer almakla birlikte AİHS kapsamına girmeyen bir temel hak ve özgürlük için bireysel başvuru yapılamayacaktır (Sağlam, 2012, Mukayeseli...:756). Bu tür bir düzenleme ile Anayasada koruma altına alınan bazı hakların kapsam dışına atılmasının temel insan haklarının korunması ilkesi ile ne kadar bağdaştığı tartışmalıdır (Sağlam, 2012, Mukayeseli...:756).

Anayasa değişikliği sonrası bireysel başvurunun uygulama kanunu olarak çıkartılan 6216 sayılı AYM Yasası'nın 45/1. maddesindeki “ *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*” şeklindeki hüküm ile Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden AİHS'ne ek, Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındakilerin de başvuru kapsamında olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile ek protokollerde belirlenen hakların da bireysel başvurun kapsamında olduğu haklar netleştirilmiştir (Göztepe, 2011: 35; Şahbaz, 2011:

80; Sağlam, 2012, Mukayeseli...:755). Anayasada bulunmayan bu hususun yasada düzenlenmesi ise meclis görüşmelerinde tartışmaya neden olmuştur.ⁱ

6216 sayılı AYM Yasası ile, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerde korunan hakların da bireysel başvuru kapsamına alınması veya kapsamda olduğunun netleştirilmesi olumludur. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sürekli değiştirilen bir metin değildir. Gelişen dünya şartları ve insan hakları noktasındaki gelişmelere paralel olarak korunması gereken ilave haklar taraf devletlerce imzalanan Ek protokoller vasıtasıyla insan hakları koruma alanına dâhil edilmektedir. Bu itibarla yasa ile bu düzenlemenin yapılması bireysel başvurunun işlerliği açısından önemli bir sakıncayı gidermiştir (Özbey, 2013:172).

Anayasa metni ile 6216 sayılı AYM Yasası'nın 45/1. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, bireysel başvuru kapsamındaki haklar için belirlenen üst çerçeve üç noktada toplanmaktadır: Buna göre; Anayasada güvence altına alınmış bir temel hak ve özgürlük olmalı, bu hak aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında veya AİHS'ne ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında kalmalıdır Bu birlikteliği sağlamayan haklar yönünden bireysel başvuru imkanı olmayacaktır (Sağlam, 2012, 1982...: 269; Göztepe, 2011: 38; Yokuş, 2014: 34; Özbey, 2013:172)

Son yıllarda yapılan Anayasa değişiklikleri ile Anayasamızdaki temel hak ve özgürlükler, AİHS'nde korunan haklar açısından genel itibariyle sözleşme ile uyumlu hale getirildiğinden, bireysel başvuru kapsamındaki hakların esas çerçevesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi belirlemektedir. Bu durumun sonuçları ise AİHS'nde sadece birinci kuşak hakların diğer bir ifade ile klasik hakların korunuyor olması nedeniyle (Sağlam, 2011, Bir...: 46-47; Arnwine,, 2011: 47) bireysel başvuruya konu hakların birinci kuşak haklardan ibaret olacağı gerçeğidir. Diğer bir sonuç ise, Anayasada düzenlenen sosyal ve ekonomik haklar veya dördüncü kuşak haklar bireysel başvuru konusu olamayacaktır (Karakaş, 2010: 41; Oder, 2011: 97; Göztepe, 2011:37).

Anayasa yapıcının açıklanan tercihinin altında, AYM'nin iş yükü kaygısı ile birlikte bireysel başvuru kurumunu getirmesindeki öncelikli amacın, AİHM'ne yapılacak

ⁱ Tartışmaları için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993) TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı 696, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-248/161, 11.01.2011, s.18

başvurularının önlenmesi olduğu anlaşılmaktadır. (Sağlam, 2012, Mukayeseli...:752; Turhan, 2004:249; Aliyev, 2010:41; Şirin, 2013:428).

Bireysel Başvuru kapsamındaki haklar noktasındaki bu sınırlayıcı düzenleme Türkiye'ye özgü bir durumda da değildir. Bireysel başvuru uygulamasının olduğu çoğu ülkede aynı doğrultuda düzenlemeler bulunmaktadır. Genel olarak düzenlemenin amacı Anayasa Mahkemelerinin iş yükünü altından kalkılamaz hale getirmemek ve mahkemeleri asli fonksiyonları olan yasaların anayasaya uygunluğu denetimi görevinden alıkoymamaktır (Sağlam, 2012, Mukayeseli...:755-756). Bu eksikliğin mahkeme içtihatları yoluyla çözülebilir. Zira AİHS ve Ek protokollerinde düzenlenmeyen birçok hak Anayasa Mahkemesince temel hak statüsünde kabul edilerek incelemeye alınabileceği ileri sürülmektedir (Özbey, 2013:173).

Bireysel Başvuru kapsamındaki hakların içtihatlar yoluyla belirlenmesi ve genişletilmesi elbette başvuru kapsamındaki hakların belirlenmesinde güçlüğü neden olabilecektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki hakların Ek protokoller ve AİHM içtihatları ile genişliyor olması, öte yandan aynı hak hem Anayasa hem de Sözleşmede yer alsa dahi içeriklerinin birbiri ile uyuşmama ihtimali, başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin tam bir listesinin oluşturulmasını zorlaştırmaktadır (Sağlam, 2011, Bir...:47; Karaman, 2013:170) Bireysel Başvuruya ilişkin mevzuatta başvuru kapsamındaki hakların listesinin olmaması, Anayasa Mahkemesine her başvuruda ihlal iddiasına konu yapılan hakkın başvuruya konu olabilecek bir hak olup olmadığı yönünden inceleme yapma sorumluluğu yüklemektedir (Sağlam, 2011, Bir...:47; Sağlam, 2012, Mukayeseli...:756-757).

2.1.2- Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

Federal Alman Hukukunda; temel hak ve özgürlükler ile “adalet hakları” olarak adlandırılan temel hak ve özgürlükler benzeri haklar bireysel başvuru konusu yapılmaktadır. Türkiye den farklı olarak, belli durumlarda yasama işlemlerine karşı da bireysel başvuru yapılabilen Federal Almanya da ekonomik ve sosyal haklar bireysel başvuru konusu yapılamaz (Kılınç, 2008:24; Mellinghof, 2009:34; Karaman, 2013:181)

İspanya hukukunda; Amparo başvurusu olarak adlandırılan bireysel başvuru hakkına konu olacak haklar tek tek sayılmak suretiyle belirtilmiştir. Nitekim İspanyol Anayasasının 53/2 fıkrasında Amparo başvurusu kapsamında kalan hakların hangileri

olduğuna işaret edilmiştirⁱ. Amparo başvurusu anayasada belirtilen tüm hakları kapsamamaktadır (Baamonde, 2013:101). Federal Almanya ve Türkiye’de olduğu gibi İspanya’da da ekonomik ve sosyal haklar bireysel başvuru kapsamı dışında tutulmuştur. Her ne kadar bireysel başvuru kapsamındaki haklar sınırlı olarak sayılmış ise de, İspanya Anayasa Mahkemesi içtihat yoluyla başvuru kapsamındaki hakların çerçevesini genişletmektedir. Mahkemenin bu konudaki gerekçesi genelde ‘ bireysel başvuru kapsamı dışındaki hakların başvuru kapsamında olan haklar ile ayrılmaz bir bağlantı içinde olduğudur (Arnwine, 2003:253;Karaman, 2013:184-187;).

Avusturya hukuk sisteminde; Anayasa ile güvence altına alınan bir hakkının idari bir işlemle ihlal edildiği veya maruz kalınan hak ihlalinin Anayasa’ya aykırı bir kanunun veya kanuna aykırı bir düzenleyici işlemin uygulanmasından kaynaklandığı iddiası ile anayasa mahkemesine bireysel başvuru yoluna gidebilmektedir (Holzinger, 2009:61) Avusturya da bireysel başvuru kapsamındaki haklar “Anayasada güvence altına alınan haklar” olarak belirlenmiştir. Avusturya mahkeme kararlarına karşı (iltica mahkemesi hariç) bireysel başvuru yoluna gidilememektedir (Holzinger, 2009:68) Anayasa mahkemesi başvuruyu incelerken, başvuru sahibinin “Anayasa ile güvence altına alınan temel hakkının” idari bir işlemle veya herhangi bir hakkının anayasaya aykırı bir kanunun ya da kanuna aykırı düzenleyici bir işlemin uygulanması neticesinde ihlal edilip edilmediğini araştırmaktadır (Holzinger, 2009:63)

Rusya’da; Anayasa ve Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Hakkında Fedaral Kanun’a göre Bireyler “ anayasal hak ve özgürlüklerinin” ihlal edildiği iddiasıyla anayasa mahkemesine başvurabilmektedir. Mahkeme tarafından başvurunun kabul edilebilmesi için davaya konu edilen normun başvuru sahibinin bir anayasal hak yada özgürlüğünü ihlal edip etmediği, söz konusu normun somut olayda uygulanıp uygulanmadığı veya uygulanması yönünde bir teşebbüsün olup olmadığını araştırmaktadır (Zorkin, 2009:287). Buna göre Rusya’da bireysel başvuru kapsamındaki haklar “anayasal hak ve özgürlükler ” olarak belirlenmiştir. Rusya’da Anayasa Mahkemesi yurttaşların bütün anayasal haklarının, hiçbir istisna gözetilmeksizin koruma altında olduğu görüşünde olup, başvuruya konu edilecek işlemler yönünden de aynı genişletici yorumu yapmaktadır. Bu bağlamda olağan kanunların yanında Anayasal

ⁱ Başvuru kapsamındaki haklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Baamonde, 2009: 101-102.

Kanunlar da başvuru sahibinin anayasal hak ve özgürlüklerini ihlal etmesi şartı ile bireysel başvuruya konu edilebilmektedir (Zorkin, 2009:286).

Azerbeycan sisteminde ise; Anayasada ve Anayasa Mahkemesi kanununda bireysel başvuru kapsamındaki haklar “ hak ve özgürlükler” olarak belirtilmiştir. Ancak bu hak ve özgürlüklerin niteliği veya hangi mevzuatta düzenlenen hak ve özgürlüklerin bu kapsamda kaldığı açıklanmamıştır. Bu durumda Anayasa mahkemesinin bu konudaki uygulaması önem arz edecektir (Aliyev, 2010:70-73; Rüstemzade, 2011:208).

Güney Kore hukuk siteminde bireylere “Anayasa ile güvence altına alınan temel haklarından birinin” kamu gücünün bir eylemi veya eylemsizliği nedeniyle ihlal edilmesi halinde Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı tanınmıştır. Kore’de bireysel başvuruya konu edilebilen kamu gücü işlemleri oldukça geniş tutulmuştur. Kanunlar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yasama ve yürütme organının işlemleri, uluslar arası anlaşmalar hatta yasama organlarının eylemsizliği dahi dava edilebilmektedir. Kore’de genel Mahkeme kararları bireysel başvuruya konu edilememekte iken; bunun istisnası, daha önce anayasaya aykırı bulunan bir kanun hükmünün mahkeme tarafından uygulanması halinde, buna ilişkin mahkeme kararları da bireysel başvuru konusu yapılabilmektedir (Kim, 2009:146-147). Güney Kore’de bireysel başvuruya konu olabilecek “Anayasa ile güvence altına alınan temel hakların” kapsamı içtihat yoluyla genişletilerek Anayasada düzenlenmeyen hak ve özgürlükler için de başvuru imkanı sağlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi içtihatlarına Anayasa’nın 37/1 maddesindeki “ Vatandaşların hak ve özgürlükleri, bunların Anayasada sayılmadığı gerekçesiyle göz ardı edilemez” hüküm ile 10/1. maddesindeki “ Devlet, bireylerin temel ve vazgeçilmez insan haklarını teyit ve garanti etmekle yükümlüdür” şeklindeki düzenlemeyi gerekçe yapmaktadır (Baysal, 2011:189).

Karşılaştırmalı hukuk genel olarak incelendiğinde, bazı ülkelerde bireysel başvuru kapsamındaki haklar açıkça sayılmış iken, Türkiye’nin de içinde bulunduğu bir kısım ülkelerde ise; genel ifadelerle başvuru kapsamındaki hakların sınırları belirlenmiştir. Genel ifadelerle hakların sınırlarının belirlenmesindeki amaç konu hakkındaki çözümün uygulamaya bırakılmasıdır (Özbey, 2013:179; Sağlam, 2012, Mukayeseli....:756-757). Bu tür bir yaklaşım yargı bağımsızlığının güçlü olduğu, demokrasinin ve hukuk devleti

ilkesinin oturduğu, ülkeler açısından hakların gelişimi noktasında olumlu katkılar sağlayacağını düşünmekteyiz.

2.1.3- Anayasada Korunan Temel Hak ve Özgürlükler

İkinci Dünya savaşı sonrası insanlığın yaşadığı acı tecrübelerin de etkisi ile “İnsan Hakları” kavramı 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uluslar arası belgelerde düzenlenerek üst norm olma vasfını elde etmiştir.

Günümüzde Anayasalar ideolojik tercihler nedeniyle temel hak ve özgürlükler farklı içerik ve şekilde düzenlenmekle birlikte, birçok ülke anayasalarını, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi önemli uluslar arası belgeler etkilemiştir (Özbey, 2013:180). Bu kapsamda, 1961 ve 1982 Anayasaları incelendiğinde anılan iki metinden birçok alıntı yapıldığı görülecektir.

İnsan hakkı kavramının gelişip güçlenmesi ile birlikte anayasalar, temel hak ve özgürlüklere ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin yanında bu hak ve özgürlüklerin nasıl korunacağı, hangi hallerde ancak sınırlanabileceğini de düzenlemişlerdir (Kaboğlu, 2010:234).

Temel hak ve özgürlüklerin iç hukuk sisteminde en sıkı şekilde korunması kuşkusuz bu hakların Anayasa’da düzenlenmeleri ile olmaktadır. Anayasaların üst norm olma özellikleri, değiştirilmesinin sıkı kurallara bağlanması, tüm organları bağlayıcı etkisi, kanunların Anayasaya uygun olma zorunluluğu bu yolun tercihini etkileyen faktörlerdir (Özbey, 2013:180; Ural, 2013:51) . Ancak Temel hak ve özgürlüklerin korunması için, bu hakların anayasada yazılı olması tek başına yeterli olmayıp, onun hukuk âleminde uygulanarak hayata geçirilmesi kişi yönünden değer ifade etmektedir (Göztepe, 1998:3). Diğer bir anlatımla Anayasada düzenlenmiş temel hakların lafzı kadar bunların Anayasa Mahkemesince nasıl yorumlandığı da önemlidir.

Anayasaya uygunluğun sağlanması yoluyla temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından Anayasa Mahkemesince yapılacak yorumlarda, ulusal mevzuatla birlikte temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan uluslar arası sözleşmeler ve buna bağlı hukuk normlarının esas alınması gerekmektedir (Aliefendioğlu, 1996:62).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer olan temel hak ve ilkeler, özellikle 1995, 2001, 2004 ve 2010 yıllarında yapılan Anayasa değişiklikleri ile birlikte 1982 Anayasası kapsamında da düzenlenmiştir. Ancak 1982 Anayasasının sınırlandırmaya ilişkin hükümleri bu noktada da devreye girmiş, temel hak ve özgürlüklerin alanlarını daraltma noktasında hükümler anayasada düzenlenmiştir (Aliefendioğlu, 1996:65).

1982 Anayasası'nın ikinci kısmında dört bölüm altında temel hak ve özgürlükler düzenlenmiştir. Birinci bölüm genel hükümleri (AY. mad. 12-16.), ikinci bölüm kişi hak ödevleri (AY. mad. 17-40 maddeleri), üçüncü bölüm sosyal ve ekonomik hakları ve ödevleri (AY. mad. 41-65), dördüncü bölüm ise siyasal hakları ve ödevleri (AY. mad. 66-74) belirtilmiştir.

- Birinci bölümde (AY. md. 12-16.) açıklanan genel hükümler: “Temel hak ve hürriyetlerin niteliği (md.12), temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması (md.13), temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması (md.14), temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması (md.15), yabancıların durumu (md.16)” dur.

- İkinci bölümde (AY. md. 17-40 maddeleri) sayılan kişi hak ödevleri: “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı (md.17), zorla çalıştırma yasağı (md.18), kişi hürriyeti ve güvenliği (md.19), özel hayatın gizliliği (md.20), konut dokunulmazlığı (md.21), haberleşme hürriyeti (md.22), yerleşme ve seyahat hürriyeti (md.23), din ve vicdan hürriyeti (md.24), düşünce ve kanaat hürriyeti (md.25), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (md.26), bilim ve sanat hürriyeti (md.27), basın hürriyeti (md.28), süreli ve süresiz yayın hakkı (md.29), basın araçlarının korunması (md.30), kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı (md.31), düzeltme ve cevap hakkı (md.32), dernek kurma hürriyeti (md.33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (md.34), mülkiyet hakkı (md. 35), hak arama hürriyeti (md.36), kanuni hakim güvencesi (md. 37), suç ve cezalara ilişkin esaslar (md.38), ispat hakkı (md.39), temel hak ve hürriyetlerin korunması (md.40)” şeklindedir.

- Üçüncü bölümde (AY md. 41-65) düzenlenen sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler : “ailenin korunması ve çocuk hakları (md.41), eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi (md.42), kıyılardan yararlanma (md.43), toprak mülkiyeti (md.44), tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması (md.45), kamulaştırma (46), devletleştirme ve özelleştirme (md.47), çalışma ve sözleşme hürriyeti (md.48), çalışma hakkı ve ödevi

(md.49), çalışma şartları ve dinlenme hakkı (md.50), sendika kurma hakkı (md.51), toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı (md. 53), grev ve lokavt hakkı (md.54), ücrette adalet sağlanması (md.55), sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması (md.56), konut hakkı (md.57), gençliğin korunması (md. 58), sporun geliştirilmesi ve tahkim (md.59), sosyal güvenlik hakkı (md. 60), sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler (md. 61), yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları (md.62), tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması (md. 63), sanatın ve sanatçının korunması (md. 64), devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları (md.65)” olarak belirtilmiştir.

- Dördüncü bölümde (AY. md. 66-74) hüküm altına alınan siyasal hakları ve ödevleri: “Türk vatandaşlığı (md.66), seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı (md.67), parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma (md. 68), siyasi partilerin uyacakları esaslar (md. 69), hizmete girme (md.70), mal bildirimi (md.71), vatan hizmeti (md.72), vergi ödevi (md.73), dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı (md.74)” dır.

Daha önce ifade edildiği üzere, bireysel başvuru hakkının düzenlendiği Anayasanın 148. maddesi ve 6216 sayılı AYM Yasasının 45. maddesine göre; “ Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu sözleşmeye ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki” birinin kamu gücü tarafından ihlali halinde bireysel başvuru yoluna müracaat edilebileceğinden, Anayasa’da düzenlenen temel hak ve özgürlüklerden ancak AİHS ve eki Türkiye’nin taraf olduğu protokollerde karşılığı olanlar bireysel başvuru konusu yapılabilecektir (Sağlam, 2012, 1982....: 269; Göztepe, 2011: 38; Yokuş, 2014: 34; Şirin, 2013:442-443; vd).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Eki protokoller genel itibariyle klasik diğer bir anlatımla birinci kuşak hakları kapsamına almıştır. Bu itibarla anayasada düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin bir kısmının karşılığı aynen veya bazı farklılıkları itibariyle anılan sözleşme ve protokollerde bulunmaktadır. Buna karşılık Anayasa’da sayılan bir kısım temel hak ve özgürlüğün karşılığı ise (sosyal ve ekonomik haklar gibi) söz konusu sözleşme ve eki protokollerinde yer almamaktadır.

İlerleyen başlıklarda AİHS ve Eki Protokoller kapsamında kalan haklar incelendikten sonra Anayasada düzenlenen temel haklardan hangilerin anılan sözleşmeler kapsamında kaldığı ayrıca ele alınacaktır.

2.1.4- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bu sözleşmeye Ek Türkiye'nin Taraf Olduğu Protokollerde Korunan Temel Hak ve Özgürlükler

Yukarıdaki başlıkta açıklandığı üzere, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruya konu hakların kapsamını belirlemede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve sözleşmeye EK Türkiye'nin taraf olduğu protokoller öne çıkmaktadır. Bu bağlamda AİHS ve Eki protokollerde koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerin irdelenmesi önem arz etmektedir.

İnsan hakları noktasındaki gelişmelere paralel olarak İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin ardından hazırlanan ve 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe giren “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” (AİHS) temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında öncü role sahiptir. Sözleşmenin yürürlüğe girişinden sonra da sözleşmeyi açıklayıcı veya tamamlayıcı, kimi hakların kapsamını genişleten koruma mekanizmalarını etkili hale getirmeyi amaçlayan 14 Protokol yürürlüğe girmiştir. Bu protokollerin bir kısmı yeni haklar sağlarken bir kısmı da sözleşmenin daha iyi uygulanmasına yönelik usul kurallarını içermektedir. Mevcut durumda AİHS metni ¹14 nolu Protokol hükümlerine uygun olarak değiştirilmiştir (Özbey, 2013: 183-184).

Hemen belirtmek gerekir ise, Sözleşmenin eki olarak kabul edilen protokollerin her biri hukuki açıdan ayrı bir sözleşme niteliğindedir. AİHS'nin bir parçası olma özellikleri onların hukuki açıdan ayrı sözleşme olma özelliklerini ortadan kaldırmayacaktır. Bu itibarla; bahse konu protokoller, AİHS'ne taraf olmakla birlikte anılan protokolleri onaylamayan devletler açısından hukuki açıdan bağlayıcı nitelikte olmayacaktır (Özdek, 2004:30).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında korunan temel hak ve özgürlükler AİHS'nin 1 ila 18. maddelerinde düzenlenenler ile bu sözleşmeye ek protokollerle belirtilen temel hak ve özgürlüklerdir. Diğer bir anlatımla, Sözleşme tüm hak ve özgürlükleri güvence altına almamıştır (Özbey, 2013:185). Bu bağlamda, AİHM

¹ AİHS ve Protokollerin imza, onay ve taraf ülkelerce konulan çekincelerin için bkz. <http://conventions.coe.int>.

başvuruya konu edilen hak ve özgürlüğün sözleşme veya eki protokoller kapsamında korunan bir hak olup olmadığını başvurunun kabul edilebilirlik şartı olarak incelemektedir. AİHM, AİHS ve ek protokollerde koruma altına alınmamış hakları kapsamı nedeniyle birçok başvurunun reddine karar vermektedir (Bilir, 2006:22-23)

Bu kapsamda değerlendirilmesi gereken bir diğer nokta da, taraf devletlerin Sözleşmeye ve ek protokollere çekince koyup koymadıklarıdır. Bazı şartlar altında sözleşmeye çekince koyulabilmektedir. AİHM koyulan bir çekincenin koşulları taşımadığı kanaatine varır ise çekincenin uygulanmazlığına karar vermeye yetkilidir (Anayurt, 2004:88). Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi de önüne gelen bireysel başvuruları incelerken, ihlal edildiği iddia edilen temel hak veya özgürlüğe ilişkin AİHS ve Protokollerinde düzenlenen hükümlere Türkiye'nin çekince koyup koymadığını da inceleyecektir (Özbey, 2013:187).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında kalan haklar, Sözleşmenin metninin 1 ila 18 inci maddelerinde düzenlenmiştir. Birinci madde genel düzenlemeyi açıklayan madde olmakla birlikte hakların korunması açısından genel ilke oluşturmaktadır. Birinci bölüm başlığı altında düzenlenen 2 ila 18 inci maddede temel hak ve özgürlükler şu şekilde sayılmıştır: Yaşama hakkı (md.2), işkence yasağı (md.4), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (md.4), özgürlük ve güvenlik hakkı (md.5), adil yargılanma hakkı (md.6), cezaların kanuniliği (md.7) , özel ve aile hayatına saygı hakkı (md.8), düşünme, vicdan ve din özgürlüğü (md.9), ifade özgürlüğü (md.10), toplantı ve dernek kurma özgürlüğü (md.11), evlenme hakkı (md.12), etkili başvuru hakkı (md.13), ayrımcılık yasağı (md.14), olağanüstü hallerde yükümlülüklerin askıya alınması (md.15), yabancıların siyasi faaliyetlerinin kısıtlanması (md.16), hakları kötüye kullanma yasağı (md.17), haklara getirilecek kısıtlamaların sınırlanması (md.18).

AİHS'ne Ek Protokoller'de düzenlenen haklar incelendiğinde: -1 Nolu Ek Protokolde; mülkiyetin korunması (md.1), eğitim hakkı (md.2), serbest seçim hakkı (md.3). -4.Nolu Ek Protokolde; borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı (md.1), serbest dolaşım özgürlüğü (md.2), vatandaşların sınır dışı edilmeleri yasağı (md.3), yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasağı (md.4). -7 Nolu Protokolde; cezai konularda iki dereceli yargılama hakkı (md. 2), adli hata halinde tazminat (md.3), aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı (md.4), eşler arasında eşitlik

(md.5). -12 No.lu Protokolde; ayrımcılığın genel olarak yasaklanması (md.1) şeklindedir. Türkiye, 1 No.luⁱ ve 7 Noluⁱⁱ Protokolleri imzalamış ve kabullerine dair süreci tamamlamış olduğundan, bu sözleşmeler Türkiye açısından bağlayıcıdır. Ancak 4 ve 12 Nolu Ek Protokollere Türkiye taraf değildirⁱⁱⁱ.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki protokolleri incelendiğinde, insan hakları açısından birinci kuşak haklar kapsamında kalan klasik hak ve özgürlüklere yer verildiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda Sözleşmenin koruduğu haklar İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin (İHEB) kapsamına alınan haklara göre daha dardır. Sözleşmede sosyal ve ekonomik haklara yer verilmediği gibi temel hak ve özgürlüklerin listesi kişisel ve siyasal haklar bakımından İHEB' ne göre daha dardır. Örneğin sığınma hakkı ve vatandaşlık hakkı İHEB' de yer almakta iken AİHS'de bu haklar düzenlenmemiştir (Özdek, 2004:29) Öte yandan sözleşme ve ek protokollerde koruma altına alınan mülkiyet, sendika kurma hakkı ekonomik hak kapsamında da sayılabileceği gibi, serbest seçim hakkı da siyasal hak sayılabilir (Özbey, 2013:187). Ayrıca Mahkeme bazı kararlarında^{iv} sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında Sözleşme ile korunan kişisel hakların uzantısı olan ekonomik hakların da dikkate alınması gerektiğini, diğer bir anlatımla sözleşmenin uygulanmasında ekonomik ve siyasal haklar ile kişisel ve siyasi haklar arasında kesin bir ayrıcı çizginin bulunmadığını belirtmiştir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007:49).

Burada önemle vurgulanması gereken nokta; AİHM'nin başvuruları incelemesinde esas olan başvuruya konu edilen olaylardır, mahkeme incelemesini olayların değerlendirerek yapar ve ihlale konu olaylarda sözleşme ve eki protokollerde koruma altına alınmış bir hak ihlali olup olmadığını değerlendirir. Bu kapsamda başvurunun ihlale konu olaya ilişkin sözleşme maddesini hatalı olarak ileri sürmesinin de bir önemi yoktur. Mahkeme önene gelen olayı inceleyerek söz konusu olay sözleşme ve eki protokollerinde korunan bir hakkın ihlalini içeriyorsa, ihlal edilen sözleşme maddesinin hangisi olduğunu re'sen

ⁱ Türkiye Ek 1. Nolu Protokolü, 6366 sayılı ve 10.03.1954 tarihli ' İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokollerin Tasdiki Hakkında Kanun' ile onaylamıştır. Bkz. 19.03.1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱ Türkiye Ek 7. Nolu Protokolü, 6684 sayılı ve 10.03.2016 tarihli '11 Nolu Protokol İle Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokollün Onaylanmasını Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" ile onaylamıştır. Bkz. 25.03.2016 tarih ve 29664 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱⁱ Türkiye 4 Nolu Protokolü imzalamasına ve onaylamasına rağmen, onay belgesi verilmediği için uluslararası hukuk açısından Protokole taraf değildir (Dinç, 2006:15). Türkiye 12 Nolu Protokolü imzalamasına rağmen henüz onaylamadığından, bu Protokole de taraf değildir.

^{iv} Airey/İrlanda Davası, 9.10.1979, A 32 P/S 26).

belirler (Bilir, 2006: 23). Bu kapsamda başvurunun ihlal edilen olayla ilgili hangi sözleşme maddelerinin ihlal edildiğini belirtme zorunluluğu da yoktur (Özbey, 2013:187).

Öte yandan AİHM olağan kanun yolunda dikkate alınması gereken hususları da incelemeyeceği gibi, başvuru sahibinin bu yöndeki taleplerini de dikkate alamayacaktır. Mahkemenin yetkisi; başvuruya konu edilen olayda AİHS ve eki protokollerinde koruma altına alınan haklarla ilgili doğrudan veya dolaylı bir hak ihlali olup olmadığı hususu ile sınırlıdır. Somut bir anlatımla; başvurunun taraf devlet mahkemesinin kamulaştırma bedelinin tespiti davasında uyuşmazlığı çözerken hata yapmak suretiyle kamulaştırma bedelin düşük belirlendiği bu nedenle bedelin AİHM’ce artırılması yönündeki talebi mahkeme tarafından incelenemeyecek ancak aynı başvurunun söz konusu mahkeme kararı nedeniyle AİHS de korunan mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediği iddiası mahkemenin inceleme alanı kapsamına girecektir.

Konuya ilişkin diğer bir husus ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi genişletici yorumu esas alan kararları ile AİHS ve eki Protokollerinde koruma altına alınmamış bazı hak ve özgürlükleri, koruma altına alınan haklar ile irtibatlı veya korunan haklar kapsamına giren yönleri ile değerlendirmekte ve ihlal kararı verebilmektedir. Burada değerlendiremeye alınan nokta, ihlale konu edilen olayın içeriği, dava edilen olay sözleşmede koruma altına alınmayan bir hak ile ilgili olmakla birlikte, bazen olayın sonuçları itibarıyla başvurunun sözleşme kapsamındaki bir hakkı ihlal edilmiş olabilmektedir (Sağlam, 2012, 1982....: 270-271; Özbey, 2013:189);. Bu konuya örnek vermek gerekir ise, AİHM Soering kararında İngiltere’nin Soering’i ABD’ye iade etmesinin, adı geçen açısından yıllarca idam edilme korkusu yaşamasına neden olacağı için, sözleşmenin 3. maddesindeki insanlık dışı muamele yasağı kapsamında kalacağı gerekçesi ile Soering’in ABD’ne iadesini durdurmuşturⁱ. Bu karardan anlaşıldığı üzere suçluların geri verilmesi ile ilgili özel düzenlemeler AİHS’de yer almamasına rağmen, AİHM ve komisyon somut olayı değerlendirerek olayın sonuçları itibarıyla sözleşmede korunan haklar kapsamında değerlendirebilmekte ve başvuruyu inceleyebilmektedir.

Bireysel başvuru kapsamına giren temel hak ve özgürlüklerin belirlenmesinde AİHM içtihatları Anayasa Mahkemesine yön verecektir. Zira Anayasa Mahkemesi bireysel

ⁱ Afta/re Soering c. Grande Bretange, 7.7.1989, Serie:A, no 161.

başvuru talebini değerlendirirken, başvuru konusunun sözleşme ve eki protokoller kapsamında korunan temel hak ve özgürlüklerin ihlale olup olmadığını AİHM içtihatlarını da dikkate alarak inceleyecektir (Özbey, 2013:190; Karaman, 2013:181). İnceleme sonucunda ihlale konu hakkın anılan sözleşme ve eki protokollerinde korunan bir hakkı ilgilendiği kanaatine varır ise, diğer şartların da tamam olması halinde başvurunun kabulü yönünde karar tesis edecek, aksi halde başvuruyu konu yönünden, diğer bir anlatımla sözleşme metniyle uyumsuzluk gerekçesi ile reddedecektir. Bu bağlamda AİHM'nin sözleşme ve eki protokolleri nasıl yorumladığına ilişkin içtihatları, Anayasa Mahkemesinin başvuru kapsamındaki hakların belirlenmesinde etkili olacaktır (Ural, 2013:161). Aksi yöndeki yaklaşım, yani Anayasa Mahkemesinin AİHM içtihatlarına aykırı bir şekilde sözleşme ve eki protokoller kapsamındaki hakların sınırlarını belirlenmesi, bireysel başvuru mekanizmasının kuruluş amacına da hizmet etmeyecektir. Zira bu durumda AYM kararından sonra haklarına kavuşamamış olan başvuru sahipleri AİHM'ne başvuru yapma durumunda kalacaklardır.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin başvuru konusu edilebilecek hakların kapsamını belirlerken, AİHS ve Eki protokollerini doğru ve eksiksiz yorumlaması önem arz etmekte olup, Anayasa mahkemesine bu araştırmayı yaparken yön verecek olan yine AİHM içtihatları olacaktır (Özbey, 2013:191; Ural, 2013:161).

2.1.5- Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Temel Hak ve Özgürlükler

Bilindiği üzere, 1982 Anayasasının bireysel başvuru kapsamındaki hakları belirlemedeki tercihi, başvuru kapsamındaki hakların tek tek sayılması yerine genel ifadelerle hakların kapsamını belirleme noktasında olmuştur. Zira Anayasa'nın 148/3. maddesinde göre bireysel başvuru yolu, Anayasa ile güvence altına alınmış tüm temel hak ve özgürlükler için değil, bunlar arasından AİHS kapsamında kalanlar için tanınmıştır.ⁱ 6216 sayılı AYM Yasası'nın 45/1.maddesi, salt olarak AİHS metninde yer alan temel hak ve özgürlüklerin değil, Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'e ek protokoller

ⁱ “Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa’da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir” (AYM Onurhan Solmaz kararı, Birinci Bölüm, 26.03.2013, Başvuru numarası (B.N.): 2012/1049, AYM Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr).

kapsamındakilerin de bireysel başvuruya konu edilebileceğini düzenlemiştirⁱ. Bireysel başvuru konusu yapılabilecek hak ve özgürlüklerin hangileri olduğunun belirlenmesi halinde, bu kategori dışında kalan ve bireysel başvuruya konu edilemeyecek hak ve özgürlükler de tespit edilmiş olacaktır.

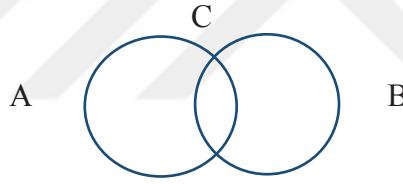
Anayasa'nın 148/3.maddesi ve 6216 sayılı AYM Yasası'nın 45/1.maddesi bağlamında bireysel başvuru kapsamındaki hakları matematiksel olarak ifade etmek konuya açıklık getirmesi noktasında faydalı olacaktır.

Buna göre;

A kümesi: 1982 Anayasasında güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri ifade etsin.

B kümesi: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerde yer verilen temel hak ve özgürlükleri ifade etsin.

Konuyu kümeleri simgeleyen şekiller üzerinde gösterirsek:



Bireysel başvuruya konu yapılabilecek ne A kümesi elemanlarının tamamı ve ne de B kümesi elemanlarının tümüdür. Her iki kümenin kesişim kümesini oluşturan C kümesini kapsamında kalan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine ilişkin iddialar bireysel başvuru yoluyla AYM önüne getirilebilecektir.

Şekilden de görüldüğü üzere gerek A ve gerekse B kümesinin, C kümesi dışında kalan alanlarında yer alan temel hak ve özgürlükler (matematik diliyle ifade edersek $A \setminus B$ ve $B \setminus A$ küme elemanları) bireysel başvuruya konu edilemeyecektir. Bu nedenle bireysel başvuru yapılabilecek temel hak ve özgürlükler açısından da anayasal bir sınırlama öngörüldüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. $A \setminus B$ ve $B \setminus A$ 'nın eleman sayısı C'nin

ⁱ Alman hukuk sisteminde Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular noktasında yetkisi açısından buna benzer bir sınırlama bulunmamaktadır. Hangi tür hak ve özgürlüklerin ihlalinin bireysel başvuruya konu edilebileceği Anayasa'da belirtilmiş, ancak herhangi bir uluslararası metine atıf yapılmamıştır. Bununla birlikte başvuru sahiplerinin başvurularında AİHM ve AİHS'e atıf yapmalarında herhangi bir sakınca yoktur (Mellinghof, 2009: 35).

eleman sayısı aleyhine ne kadar azalırsa, Anayasa ve Sözleşme uyumlaşması ve uygulaması o kadar birbirine yaklaşıp; C eleman sayısı azaldıkça bireysel başvurunun uygulanma alanı daralacaktır.

Anayasa koyucu tarafından böyle bir sınırlama getirilmiş olması, bireysel başvuru yolu düzenlemesi ile önceliğinin AİHM önünde Türkiye Devleti aleyhine yapılan başvuruların sayısını azaltmak ve bunu gerçekleştirecek alternatif bir iç hukuk yolu oluşturmak olduğu anlaşılmaktadır (Sağlam, 2012, Mukayeseli...:752; Turhan, 2004:249; Aliyev, 2010:41; Şirin, 2013:428). Bu nedenle Anayasa'daki hakların tamamı değil bir kısmı ve fakat Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmeye ek protokollerin kapsadığı hak ve özgürlüklerin tamamı bireysel başvuru konusu yapılmıştır (Sağlam, 2012, Mukayeseli...:756; Özbey, 2013:183). Temel haklar ve özgürlükler açısından Anayasa hükümlerinin, Sözleşme ve Protokoller'e nazaran daha geniş bir sınır çizdiği görülmektedir (Karaman, 2013:161-162). Bir kısım negatif statü hakları ile sosyal hakların tamamı bu bağlamda bireysel başvuruya konu edilemeyecektir (Bulut, 2009:34; İnceoğlu, 2013a:11)ⁱ.

AİHS ve bu sözleşmeye ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerde korunan temel hak ve özgürlüklerden Anayasada karşılığı olanlar belirtilerek bireysel başvuruya konu olabilecek hakları sıralayabiliriz, diğer bir ifade ile yukarıdaki çizilen "C" kümesi aşağıdaki gibi listeleyebilirizⁱⁱ;

- 1- *Yaşam Hakkı (AİHS md. 2) : Anayasa'nın 15/2, 17/1,38/9 maddeleri.*
- 2- *İşkence ve Benzeri Kötü yada onur kırıcı muamele yasağı (AİHS md. 3): Anayasa'nın 15/2 ve 17. maddeleri.*
- 3- *Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (AİHS md. 4): Anayasa'nın 18,24/1, 48, 50 ve 72. maddeleri.*
- 4- *Kişî özgürlüğü ve güvenliği hakkı (AİHS md. 5): Anayasa'nın 19 ve 49/3 maddeleri.*

ⁱ Ekonomik ve sosyal haklar, İspanya, Federal Almanya ve Meksika'da da bireysel başvurunun konusu edilemezler (Kılınç, 2008).

ⁱⁱ Ayrıntılı bilgi ve açıklama için Bkz. Sabuncu ve Arwine; 2004:229-246; Göztepe, 2011:35-36; Özbey, 2013:193; Şirin, 2013:442-443; İnceoğlu, 2013: 555-557; Doğru 2012: 1-65. Bireysel başvuru kapsamındaki hakları gösterir liste anılan kaynaklardan yararlanılarak hazırlanmıştır.

- 5- Adil yargılanma hakkı (AIHS md. 6): Anayasa'nın 15/2,36,37,38,138,141 ve 142.
- 6- Suç ve cezaların yasallığı (AIHS md. 7): Anayasa'nın 15/2, ve 38/1 maddeleri.
- 7- Özel yaşama, aile yaşantısına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı (AIHS md. 8): Anayasa'nın 17/1,20,21,22 ve 26/2 maddeleri.
- 8- Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (AIHS md. 9): Anayasa'nın 10,15/2,24,25,26,27,28,29,30,32 ve 133. maddeleri.
- 9- İfade Özgürlüğü (AIHS md. 10): Anayasa'nın 10,15/2,24,25,26,27,28,29,30,31,32, ve 133.
- 10- Örgütlenme ve toplantı özgürlüğü (AIHS md. 11): Anayasa'nın 33,34,51,53,54,68 ve 69.135 maddeleri.
- 11- Evlenme ve aile kurma hakkı (AIHS md.12): Anayasa'nın 20/1 ve 41. maddeleri.
- 12- Etkili başvuru hakkı (AIHS md. 13) : Anayasa'nın 36,40 ,7 ve 148/3.. maddeleri.
- 13- Ayrımcılık yasağı (AIHS md. 14) : Anayasa'nın 10. maddesi.
- 14- Mülkiyet hakkı(AIHS'ye ek 1. Nolu Protokol Md. 1): Anayasa'nın 21,30,35,38/10,46 ve 47. maddeleri.
- 15- Eğitim ve öğretim hakkı (AIHS'ye ek 1.Nolu Protokol Md.2): Anayasa'nın 24/3 ve 42. maddeleri.
- 16- Serbest seçim hakkı (AIHS'ye ek 1. Nolu. Protokol Md. 3) : Anayasa'nın 67,75,76,77,78,79,94,101,102,104,114, 116 ve 127/3. maddeleri.
- 17- Eşler arası eşitlik (AIHS'ye ek 7. Nolu Protokol Md.5): Anayasa'nın 41/1. maddesi.
- 18- Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı (AIHS'ye ek 7. Nolu Protokol Md.2): Anayasa'nın 36/1 ve 40/1. maddeleri

*19- Adli hata halinde tazminat hakkı (AİHS'ye ek 7. Nolu Protokol Md.3):
Anayasa'nın 40/3. maddesi.*

AİHS'nde yer almayıp 4 ve 12 nolu Protokollerde yer verilen ancak Türkiye'nin bu protokollere taraf olmaması nedeniyle bireysel başvuru kapsamında olmayan hakları şu şekilde belirtebiliriz: genel ayrımcılık yasağı (12. Protokol, Anayasa md.10), sözleşmeden doğan yükümlülük nedeniyle kişi özgürlüğünden yoksun bırakılmama (4. Protokol md.1; Anayasa md.38/8)ⁱ, seyahat ve yerleşme özgürlüğü (4.Protokol md.2; Anayasa md.23), vatandaşların sınır dışı edilememesi ve ülkeye girişlerinin engellenememesi (4. Protokol md.3; Anayasa md.23/6), yabancıların toplu sınır dışı edilmeleri yasağı (4. Protokol md.4; Anayasa md.16).

Türkiye Devleti 4 Ek Protokolü imzalamış, ancak yürürlüğe konmasına dayanak teşkil edecek takip eden süreçleri tamamlamamıştır. Bu durumda imzalanan söz konusu protokoller yer alan hakların bireysel başvuruya konu olup olamayacağı üzerinde durulabilir. AYM Yasası'nın 45.maddesinde "Türkiye'nin taraf olduğu protokoller" ibaresine yer verilmiştir. Protokoller imzalanmasına karşın, henüz onaylanıp yürürlüğe konulmadığı için uluslararası hukuk açısından Türkiye'nin bunlara "taraf" olduğu söylenemez. Zira Ek Protokollerin Avrupa Komisyonu organları nezdinde geçerlilik kazanıp, burada tanınan hakların AİHM önünde ileri sürülebilmesi için, onaylama, yürürlüğe koyma ve bunların Avrupa Komisyonu Genel Sekreterliği'ne verilmesi işlemlerinin aynı anda tamamının gerçekleşmesi gerekir (Pazarcı, 2001:155; Dinç, 2006:15).

Anayasa'da düzenlenmesine karşın AİHS ve Protokollerde yer almayan haklar genel olarak; AY'nın 48 ve 49. maddelerinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyeti ile çalışma hakkı ve ödevi, AY'nın 50. maddesinde düzenlenen çalışma şartları ve

ⁱ "Mahkemenin yetkisi bakımından ihlal edildiği ileri sürülen hakkın, Anayasa'da güvence altına alınan haklardan olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında yer alan bir hak olması da gerekmektedir. 2004 sayılı Kanun'un 340. maddesinde icra dairesinde kararlaştırılan ödeme şartının borçlu tarafından ihlali düzenlenmektedir. Maddede yaptırıma bağlanan sözleşmeye dayalı bir borcun ödenmemesi olmayıp, borçlunun haczedilen malının satışının taksitle ödeme teklif ve taahhüdü gerçekleşene kadar ertelenmesine ilişkin, resmî makamlar huzurunda verilen taahhüdün makbul bir sebep olmaksızın yerine getirilmemesidir. Burada korunan hukuki yarar, kişilerce devlet kurumlarına verilen sözlerin tutulması ve kamu otoritesine olan itimadın sarsılmamasıdır." (AYM, Erdinç Engin Kararı, Birinci Bölüm, 12.02.2013, B.N.: 2012/695, bkz, 22.02.2013 tarih ve 28567 sayılı Resmi Gazete).

dinlenme hakkı, AY'nın 60 ve 61. maddelerinde düzenlenen sosyal güvenlik hakkı, AY'nın 70. maddesinde düzenlenen kamu hizmetine girme hakkı şeklinde sayılabilir (Sabuncu ve Arwine, 2004:241; Göztepe 2011:36).

Sosyal haklar kapsamında kategorize edilebilecek bu haklardan Anayasa'nın 48.maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme hürriyetini konu alan bir başvuruyu değerlendiren AYM, "konu bakımından yetkisiz" olduğu sonucuna vardığı kararında şu gerekçeyi kullanmıştır: *"Başvurucunun başvuru dilekçesinde ifade ettiği ve Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme hürriyeti, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olmakla beraber, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına girmemektedir. Başvurucunun çalışma ve sözleşme hürriyeti konusundaki şikâyeti, Anayasa ve Sözleşmenin ortak koruma alanında olan bir başka hakla bağlantılı da değildir"*ⁱ.

Anayasa ile AİHS ve Protokollerde yer verilen temel hak ve özgürlüklerin karşılaştırılmaları ve Anayasa'da yer alan hangi hak ve özgürlüklerin bu bağlamda kabul edilerek bireysel başvuru çerçevesinde korunma talep edilebileceği, şekli bir yaklaşım sergilendiğinde nispeten daha kolay gibi gözükse de, maddi açıdan değerlendirildiğinde çeşitli zorlukları bünyesinde barındırmaktadır. AİHS ve Protokollerde yer alan hakların Anayasa'daki karşılıkları tespit edilirken bir kısım zorluklarla karşılaşılması muhtemeldir. Şöyle ki, AİHS'in bir maddesi ile teminat altına alınan bir hak veya özgürlük, Anayasa'nın değişik maddelerinde dağınık olarak korunmuştur. Bundan dolayı yapılacak değerlendirmelerin Anayasanın bütünlüğü ilkesi ışığında yapılması gerekir (İnceoğlu, 2013a:11).

Hangi hakların bireysel başvuruya konu edilebileceği değerlendirmesi yapılırken sadece sözleşmede açıkça sayılan haklar değil, AİHM'in içtihatları ile oluşturduğu haklar da gözönüne alınmalıdır (Karaman, 2013:161). Örneğin, Sözleşme ve ek Protokollerde yer almamasına karşın AİHM, yorum yolu ile bazı hallerde sosyal hakları da inceleme konusu yapmaktadır. Mahkeme'ye göre yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü hakkı ile sağlıklı bir çevrede yaşam, sosyal güvenlik, sağlık hakkı gibi sosyal haklar, Sözleşme ve ek Protokollerin ayrılmaz birer parçasıdır (Karakaş, 2010:37; İnceoğlu, 2013a:11; Sabuncu ve Arnwine, 2004:242; Şirin 2013:450-451). AİHM uygulamasında sadece

ⁱ AYM, Nesrin Kılıç kararı, İkinci Bölüm, 07.11.2013, B.N.: 2013/772, bkz. 05.12.2013 tarih ve 28842 sayılı Resmi Gazete.

AİHS madde metinlerini değil, insan haklarını koruma altına alan diğer uluslararası metinleri (örneğin ILO sözleşmeleri) de kaynak olarak kullanmış, taraf devletlerin bu sözleşmelere taraf olup olmadığına bakmaksızın yorumunda yer vermiştir (İnceoğlu, 2013a:11)ⁱ. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarında, AİHM ile uyumlu bir uygulama gerçekleştireceğinin sinyallerini vererek, bireysel başvuru konusu yapılabilecek haklar ile ayrılmaz bir bütün oluşturacak sosyal, çevre ve sağlık hakkı gibi hakları bireysel başvuru çerçevesinde değerlendirebileceğini belirtmiştirⁱⁱ.

Sözleşmeye üye devlet organlarının, ulusal mevzuat ile Sözleşme hükümlerini karşılaştırmalarının gerekebileceğini öngören AİHS, böyle bir durumda “*Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf’ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz*” (md.53) demek suretiyle konuya yaklaşımını göstermiştir. Bununla insan hakları koruma açısından Sözleşme hükümlerinin asgari bir standart oluşturduğu, ulusal devletlerin bu sınırları daha da genişletmelerinde herhangi bir sakınca olmadığı belirtilmeye çalışılmıştır (Şirin, 2013:448).

2.2- Kişi Yönünden Aranan Şartlar

2.2.1-Genel Olarak

1982 Anayasası’nın 12. maddesinin “*Herkes, kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*” şeklinde düzenlemesi temel hak ve özgürlüklere herkesin sahip olmasını ortaya koymuştur. Ancak herkesin temel hak ve özgürlük hakkına sahip oluşu, beraberinde herkesin aynı düzeyde ve aynı oranda hak ve özgürlüğe sahip olması sonucunu doğurmayacaktır (Özbey, 2013:227; Ural, 2013:223;Şirin, 2013:146). Zira temel hak ve özgürlüklerin özellikleri gereği her bir hakkı kullanacak süjeyi farklı kılmaktadır.

ⁱ Anayasa Mahkemesi itiraz ve iptal davaları çerçevesinde vermiş olduğu birçok kararlarında destek ölçü norm olarak insan haklarını güvence altına alan uluslararası sözleşmelere atıfta bulunmuş ve hatta bazen onları iç hukuk düzenlemelerinin üstünde değerlendirmiştir. (İnceoğlu, 2013:12-13).

ⁱⁱ “Başvurucunun başvuru dilekçesinde ifade ettiği ve Anayasa’nın 48. maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme hürriyeti, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olmakla beraber, AİHS ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına girmemektedir. **Başvurucunun çalışma ve sözleşme hürriyeti konusundaki şikâyeti, Anayasa ve Sözleşmenin ortak koruma alanında olan bir başka hakla bağlantılı da değildir.**” (AYM, Nesrin Kılıç kararı, İkinci Bölüm, 07.11.2013, B.N.: 2013/772, bkz. 05.12.2013 tarih ve 28842 sayılı Resmi Gazete).

Anayasamızda yer alan pek çok temel hak ve özgürlük bütün insanlara tanınmıştır. Bu haklardan yararlanmak için birey olmak yeterlidir ve bu hakları kullanmak için ayrıca bir şart aranmayacaktır. Bu haklara örnek olarak hak arama hürriyeti (AY. md.36) verilebilir. Bir kısım temel hak ve özgürlüklerin kullanımı ise sadece vatandaşlara tanınmıştır; bunlara örnek olarak, kamu hizmetlerine girme hakkı (AY. md. 70) verilebilir. Yine Toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı (AY: md 53) gibi bir kısım temel hak ve hürriyetlerin kullanıcıları “belirli bir kategorideki insan grubu” tarafından kullanılabilir. Öte yandan yabancıların temel hak ve özgürlükleri kullanabilmek bakımından statüsü çok farklıdır (AY. md.16) (Özbey, 2013:227; Ural, 2013:223; Karaman, 2013:118).

1982 Anayasasına göre, yabancılar herkese tanınan haklardan yararlanabilir. Ancak vatandaşların kullanımına hasredilmiş temel hak ve özgürlükleri yabancılar kullanamazlar (Kılınç, 2008:29). Bunlara en iyi örnek siyasal haklardır. Yabancıların siyasal hakları kullanabilmeleri istisnaidir, yabancıların siyasal haklardan istifade edebilmeleri için bu konuda özel bir düzenleme olması gerekecektir. Zaten istisnai olmanın doğal sonucu da budur. Örneğin yabancılar dilekçe hakkından yabancılar karşılıklı esasına göre faydalanabilmektedirler. Ayrıca Anayasa’nın 16.maddesi “ *Temel Hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.*” şeklindeki düzenlemesi ile temel hak ve özgürlüklerin yabancılar açısından sınırlandırılması özel olarak ele alınmıştır. (Özbey, 2013:228; Ural, 230-231).

Bu bağlamda Türk hukukunda bireysel başvuru hakkına sahip olanlara, diğer bir ifade ile bu hakkın süjesine ilişkin düzenlemeler incelendiğinde; bireysel başvuru hakkının kullanımına ilişkin Anayasa’nın 148. maddesi, bireysel başvuruya konu yapılabilecek temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilen “*herkesin*” Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapabileceğini düzenlemiştir. 6216 sayılı AYM Yasası’nın 45.maddesinde Anayasa hükmüne paralel olarak, bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilen “*herkesin*” bireysel başvuru hakkına sahip oluşu düzenlenmiştir. Aynı kanunun 46 maddesinde ise, bu hakkın kullanımına sahip olanlara ilişkin düzenleme yapılarak, “herkes” kavramının bireysel başvuruda nasıl uygulanacağı belirlenmiştir. Buna göre: -Bireysel başvuru, kamu gücü tarafından bireysel başvuruya konu edilen işlem, karar veya eylem nedeniyle güncel ve kişisel hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir. -Kamu tüzel

kişilerinin bireysel başvuru hakkı yoktur. -Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait hakların ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir. -Yabancılar yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak bireysel başvuru yapamaz.

Görüldüğü üzere, Türk hukukunda bireysel başvuru hakkının kullanımına ilişkin genel düzenleme bu hakkın “herkes” tarafından kullanılacağına ilişkindir. Elbette buradaki “herkes” kavramından anlaşılması gereken temel hak ve özgürlüklerin sahipleri veya diğer bir ifadeyle bu hak ve özgürlükleri kullanan veya bunlardan yararlanan “herkes” dir. Ancak kanun koyucu 6216 sayılı AYM Yasası’nda temel hak ve özgürlüklerin kullanıcısı olan gruplara diğer bir ifade ile hak ve özgürlüklerin süjeleri yönünden bireysel başvuru hakkını kullanımına ilişkin düzenlemeler yapmıştır. Bireysel başvuru hakkının kullanımı açısından Anayasa ve anılan kanunda geçen “herkes” kavramının neyi içerdiği ve temel hak ve özgürlüklerin kullanıcısı olan grupların bireysel başvuru hakkı kapsamında kimleri ifade ettiği hususunda, Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararları uygulamaya yön verecektir

Türkiye’de bireysel başvuru hakkına kişi yönünden getirilen sınırlamalar ve buna ilişkin tartışmalar üçüncü bölümde ele alınacağından, aşağıdaki başlıklarda sadece bireysel başvuru hakkına sahip olan kişiler genel olarak incelenecektir.

2.2.2- Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

Federal Almanya hukuk sisteminde; temel hak ve özgürlüklerin taşıyıcısı olan herkes bireysel başvuru hakkına sahiptir. *Konuya ilişkin Federal Alman Mahkemesi’nin içtihatlarına göre “ Temel haklar öncelikle bireylerin özgürlük alanlarının korunmasına hizmet eden ve bireylerin kamu yaşamına özgürce katılmalarını ve onu etkilemelerini güvence altına alan bireysel haklardır. Tüzel kişileri maddi temel hakların koruma alanına dâhil etmek, oluşturulmaları ve etkinlikleri, gerçek kişilerin kendilerini özgürce geliştirme haklarının bir ifadesi ise, özellikle tüzel kişiliğin maddi temel haklar alanına dahil edilmesi, tüzelkişiliğin arkasındaki bireysel açıdan anlamlı ve önemli görünüyorsa, olanaklıdır”*(Göztepe, 1998:50 aynen aktarım)

Bu açıklamalara göre, Federal Alman hukukunda anayasa şikâyetine her gerçek kişinin başvuru hakkı bulunmaktadır. Bu durumun istisnası ise sadece Alman vatandaşlarına verilen haklar yönündendir. Bu itibarla yabancıların, vatansızların, temel hakların niteliğine göre, ölümlerin ve ceninlerin de anayasa şikâyetine başvuru hakkı

bulunmaktadır. Öte yandan tüzel kişilere de bir temel hak öznesi oldukları ölçüde başvuru hakkı tanınmaktadır. (Karaman, 2013:120-121; Özbey, 2013:232; Melinghof, 2009:34; Kunig, 2011a:47).

Avusturya hukukunda ise; bireysel başvuruda taraflar, bir bireysel başvuru sahibi ile başvuruya konu edilen işlemi yapan idari makamdır. Dava konusu ile ilgili hukuki bir bağlantısı olan herkes davaya katılabilir. Başvuru sahibinin dava ettiği konuda güncel bir hakkının ihlal edilmiş olması gereklidir. (Holzinger, 2009:64-69)

İspanya hukuk sisteminde; bireysel başvuru hakkı temel hak ve özgürlüklerin ihlali nedeniyle meşru bir menfaat bağlantısı olan bütün gerçek veya tüzel kişilerle kamu denetçisine ve savcılık makamına tanınmıştır. İspanyol Anayasası'nın 162. maddesi başvuru hakkını kullanırken “kişi” kavramını tercih etmiştir. Yabancılar ilişkin olarak da İspanya Anayasası antlaşmalar ve kanunlar çerçevesinde, yabancıların da temel hak ve özgürlükleri kullanabileceğini düzenlemiştir. İspanya Anayasa Mahkemesi'ne göre özel ve kamu tüzel kişileri de amparo başvurusuna sahip olmakla birlikte kamu tüzel kişilerinin başvuru yetkileri istisnai bir durumdur (Bomoodee, 2009:102; Arnwine, 2003:257).

Güney Kore'de; Anayasa Mahkemesi Kanunun 68/1 maddesine göre temel hak ve hürriyeti ihlal edilen herkesin bireysel başvuru yapabilmektedir. Temel hakların kullanılması açısından Güney Kore vatandaşlarının hepsine bireysel başvuru yolu açık iken, yabancılar ve vatansızlar açısından durumlarının uyduğu ölçüde başvuru yolu açıktır. Güney Kore'de bireysel başvuruda bulunabilmek için, kural olarak başvuru hakkının kendisini doğrudan ilgilendiren bir işlem veya eylemin olması gerekmektedir. Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere tüzel kişilerinde bireysel başvuru hakkının olduğu ülkede, Cumhurbaşkanı da bireysel konularda başvurabilir. Dava edilen işlemde zarar gören üçüncü kişiler başvuru hakkına sahiptir (Baysal, 2011:192; Kim, 2009:145-146).

Rusya sisteminde; temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen yurttaşların bireysel başvuru hakkı bulunmaktadır. Rusya Anayasa Mahkemesi genişletici yorum ile, başvuru hakkının çerçevesini kişi yönünden olabildiğince geniş tutmuştur. Mahkemeye göre, bireysel başvuru hakkı sadece vatandaşlara tanınmış bir hak olmayıp, yabancılar ve vatansızlar da bireysel başvuru hakkına sahiptir. Mahkeme'nin yurttaşların birlikte dava

açmalarına olanak veren kararları, bireysel başvuru hakkına sahip olanların kapsamını genişletir niteliktedir (Zorgin, 2009:284-285).

Meksika da; Meksika Amparo başvurusu hakkına sahip olanlar; hakkı ihlal edilen kişi ya da kişiler ve sorumlu kurum ya da kurumlar, zarar gören üçüncü kişiler, Cumhuriyet savcılığı (C Savcılığı, Meksika’da ülke halkını temsil eden bir kurum olup, yürütme organı içinde yer almaktadır) olabilir (Pimentel, 2009:164).

Azerbaycan’ da; Anayasa’nın 130/V maddesine göre, temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes bireysel başvuru hakkına sahiptir. Burada mağdur kişi, bireysel başvuruya konu edilen işlem ve kararın uygulanması sonucu hak ve özgürlüğü ihlal edilen kişidir. Tüzel kişilerin de bireysel başvuru hakkına sahip olduğu ülkede “Halk Denetçisi” olarak adlandırılan “ Ombudsman’a” da bireysel başvuru hakkı tanınmıştır. Yabancılar ve vatansızların da kendilerine tanınan haklar açısından başvuru hakkının olduğu Azerbaycan’da bireysel başvuru, ilgili mahkeme veya belediye kararını kabul eden devlet veya yerel yönetim organı davalı olarak gösterilir (Aliyev, 2010:76-77; Rüstemzade, 2011:208).

AİHS ve AİHM uygulamalarında ise; AİHS’nin 33 ve 34 maddelerinde, Mahkemeye başvuru hakkı olanlar düzenlenmiştir. Buna göre, başvuru yetkisine sahip olanlar; biri devletler (devlet başvurusu) ve diğeri ise sözleşmenin uygulama alanı içerisinde bulunan (yer itibariyle) kişiler, kişi toplulukları ve hükümet dışı (resmi olmayan) kuruluşlar olmak iki grupta toplanmıştır. (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007:36) Sözleşme’nin “*İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü*” başlıklı 1. maddesindeki “ *Yüksek sözleşmeci taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlar*” şeklindeki düzenlemesi ile taraf devletler, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese, sözleşme’de öngörülen hak ve özgürlükleri tanımışlardır.

Sözleşme, “herkes” deyimini kullandığından sözleşmeci devlet, sözleşmede yer alan temel hak ve özgürlükleri herhangi bir kısıtlama olmadan, yani kişinin milliyeti, yaşı, ırkı, yaşadığı yer, gibi hususları dikkate almaksızın herkes için sağlama yükümlülüğü yüklemiştir. Sözleşmenin hak kullanıcısı olarak “herkes” ifadesini kullanmaktaki tercihi, sözleşmenin insan haklarının evrenselliği ilkesini benimsediğini göstermektedir (Özdek, 2004:33). Bu genel düzenlemeye karşın, Lithgow-Birleşik Krallık davasında (8

Temmuz 1986, Seri A no. 102, s.48, paragraf 116) verdiği kararda mahkeme“ *Sözleşme’nin 1.maddesi’ne gelince, Sözleşme ve Protokollerin hükümlerinin çoğuna göre bir devletin vatandaşları ve vatandaş olmayan kişiler aynı korumadan yararlanır, ancak bu, bazı metinlerde istisna olmayacağı anlamına gelmez”*(bkz. Örneğin Sözleşmede 5. madde. Fıkra 1.f ve 16, 4 nolu protokol 3. ve 4. madde) (Dutertre,2005:13) genel kuralın istisnalarının olabileceğini belirtmiştir.

Gerçek kişiler, AİHM’ ne bireysel başvuru hakkını hiçbir şarta tabi tutulmaksızın kullanabilir. Daha açık ifadesiyle, taraf bir Devletin vatandaşları, Sözleşmeye taraf ya da taraf olmayan bir devletin vatandaşları, mülteciler ya da 1951 Cenevre Sözleşmesi anlamında vatansızlar, ayrıca ihlalin işlendiği anda davalı devlet ülkesinde yasal ya da yasadışı olarak bulunan yabancılar, gerçek kişi olarak sözleşmeye taraf bir devlete karşı bireysel başvuruda bulunabilirler. Öte yandan gerçek kişinin fiil ehliyetinin olup olmadığı, ikamet ettiği yerin de bir önemi yoktur. Önemli olan, başvuranın Sözleşmeye aykırı davrandığı ileri sürülen devletin yargı yetkisi içinde geçici de olsa bulunmasıdır (Batum, 1996:34; Ergül, 2004:25; Özbey, 2013:238).

2.2.3- Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Taraf ve Dava Ehliyeti Kavramları

Bireysel Başvuruda dava konusu edilen husus, ihlalin giderilmesi talebidir. Bu nedenle dava edilen, dava konusu işlemin sahibi kamu organı olmadığı gibi devlette değildir (Göztepe, 1998:50). İhlalin giderilmesini talep eden kişi için “başvurucu” tabirinin kullanılacağı Anayasa ve 6216 sayılı AYM Yasası’da düzenlenmiş olup, şikâyetle bulunan/şikâyetçi, davacı gibi terimlerin kullanılması teknik olarak doğru olmayacaktır (Özbey, 2013:228).

Medeni usul hukukuna göre; *Taraf Ehliyeti*, davada taraf olabilme yeteneğidir. Taraf ehliyeti, medeni hukuktaki hak ehliyetinin medeni usul hukukundakiⁱ, görünümü olup hak ehliyetine sahip olan her gerçek ve tüzel kişi, davada taraf ehliyetine de sahiptir. (Kuru, 2015:94; Muşul, 2012:104; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes, 2015:184). *Dava Ehliyeti ise*; dava açma, takip etme ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir. HMK 51. maddesineⁱⁱ göre dava ehliyeti medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlendiğinden, dava ehliyeti için Medeni Hukuktaki fiil ehliyetinin Medeni Usul

ⁱ HMK 50. md. “ Medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir”.

ⁱⁱ HMK 51. md. “ Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir”.

hukukundaki görünümü denilebilir. Bu durumda fiil ehliyetine sahip olanların, dava ehliyetine de sahip oldukları söylenebilir(Kuru, 2015:103; Muşul, 2012:105; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 2015:185).

Bireysel başvuru açısından taraf ve dava ehliyeti ele alındığında; *Taraf Ehliyeti*; “ taraf ehliyeti” kişinin bireysel başvuruda bulunup bulunamayacağıdır. Daha açık bir ifade ile, dava etme yetkisi o hakkın sahibine ait olacağından bireysel başvuruya konu edilen temel hak ve hürriyetin sahibi olan, taraf ehliyetine de sahip olacaktır (Özbey, 2013:229; Ural, 2013:224). *Dava Ehliyeti*; bireysel başvuruya konu edilebilen temel haklarından veya özgürlüklerinden en az birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini düşünen kişilerin, yani bireysel başvuruda taraf ehliyeti olanların, bireysel başvuru yapabilmeleri için bizzat veya kanuni temsilci vasıtasıyla dava açma yetkisinin olmasına “dava ehliyeti” denilmektedir (Özbey, 2013:229; Ural, 2013:224).

Kural olarak, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olan bütün gerçek ve tüzel kişiler, dava ehliyetine de sahiptir (Kuru, 2015:103; Muşul, 2012:105; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 2015:185). Başvurucunun dava ehliyetine sahip olup olmadığı incelenirken dikkate alınacak olan, “başvurucunun ihlale konu ettiği temel hak veya özgürlüğü tek başına kullanıp kullanmadığıdır”. Bu bağlamda, kişi bireysel başvuruya konu ettiği hak veya özgürlüğünü tek başına kullanma ehliyetine sahip ise, ancak o hak nedeniyle dava ehliyetine sahip olacaktır. Bu kapsamda Federal Almanya Anayasa Mahkemesi; reşit olmayan ancak askerlik hizmetin yapmaları gereken kişiler açısından vicdani ret, disiplin cezaları ve askerlikle ilgili diğer konulardaki bireysel başvurularda dava ehliyetini tanımıştır. (Kayar, 2012:60; Özbey, 2013:229; Ural, 2013:224)

Türkiye’de, 6216 sayılı AYM Yasası’nın 45 ve 46. maddeleri incelendiğinde, başvuru hakkına sahip olanlar, yani taraf ve dava ehliyeti bulunanlar; genel kural olarak “herkes” , dava konusu edilen hakkın niteliğine göre ise, özel hukuk tüzel kişileri, yalnızca Türk vatandaşları ve yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklar dışındaki haklarla ilgili olarak yabancılar olmak üzere dört grupta sınıflandırılabilir

2.2.4- Gerçek ve Tüzel Kişilerin Durumu

1982 Anayasası’nın 148. maddesi bireysel başvuruya konu yapılabilecek temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilen “herkesin” Anayasa Mahkemesine

bireysel başvuru yapabileceğini düzenlemiştir. 6216 sayılı AYM Yasası'nın 45.maddesinde Anayasa hükmüne paralel olarak, bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilen “herkesin” bireysel başvuru hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Aynı kanunun 46 maddesinde bu hakkın kullanımına sahip olanlara ilişkin düzenleme yapılarak, “herkes” kavramın bireysel başvuruda nasıl uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Yukarıdaki kurallara bakıldığında “herkes” ibaresinin kullanıldığı görülmektedir. Bu ibarenin ise ne anlama geldiği ne Anayasa’da ne 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 Mahkemesine öncelikle gerçek kişilerin başvurabileceklerinin kabulü gerekir.

Gerçek kişilerin bireysel başvuru yapabilme ehliyetleri taraf ve ehliyetine göre belirlenecektir. Bu nedenle, kısıtlılar, çocuklar, cenin vs özel durumdaki gerçek kişiler için bireysel başvuru hakkının olup olmadığı taraf ve dava ehliyeti kurallarına göre çözülecektir (Ural, 2013:226)ⁱ.

Anayasa’nın 148/3.maddesinde; bireysel başvuru yolunu, hakkı ihlal edilen “herkesin” kullanabileceği belirtilmiştir. Buna karşın AYM Kanunu’nun 46/2.maddesine göre, “*Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.*” Anayasada yer almayan bir sınırlamanın neden yasada öngörüldüğü, söz konu maddenin gerekçesinde “*Bireysel başvurunun kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine karşı tanınan yol olması nedeniyle, kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınması, bu anayasal kurumun hukukî niteliği ile bağdaşmaz*” şeklinde açıklanmaya çalışılmıştır. Ayrıca düzenleme ile özel hukuk tüzel kişilerine tüzel kişiliği ilgilendiren hakların ihlali ile sınırlı olmak üzere bireysel başvuru hakkı tanınmıştır

Söz konusu düzenlemeler ışığında gerçek kişiler ve tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle sınırlı olmak üzere özel hukuk tüzel kişilerinin bireysel başvuru hakkı bulunmaktadır. Anayasa’nın 148/3 maddesindeki düzenleme çerçevesinde, Kamu tüzel kişilerinin ve tüzel kişilik hakları dışındaki alanlarda özel hukuk tüzel kişilerinin,

ⁱ Kısıtlı, çocuk, cenin, ve ölümler gibi özel durumlardakilerin bireysel başvuru hakkının olup olmadığına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Şirin, 2013:154-200; Atalay, 2015:108-118

“herkes” ibaresi bağlamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, AYM Yasasındaki düzenlemenin nasıl yorumlanıp uygulanması gerektiği, normlar hiyerarşisi çerçevesinde üzerinde durulması gereken önemli bir husustur. Bu konudaki detaylı inceleme ve tartışmalar üçüncü bölümde yapılacağından, bu başlık altında konuya ilişkin tartışmalara değinmeyerek gerekli açıklamaları ilgili kısma bırakıyoruz.

Konuya ilişkin karşılaştırmalı hukuk örnekleri incelendiğinde; Federal Almanya Anayasasının 19/III. Maddesine göre, doğasına uygun olduğu sürece temel haklar, yerli özel hukuk kişileri için de geçerlidir (Göztepe, 1998:52). Türkiye’deki konuya ilişkin düzenlemenin benzeri olduğu anlaşılmaktadır. Özel Hukuk tüzel kişileri örneğin dernekler, dayandıkları temel hakkın niteliği gereği kendilerine uygulanabilmesi ölçüsünde anayasa şikâyetine yetkilidir. Türkiye’den farklı olarak Federal Almanya bazı durumlarda kamu tüzel kişilerine de bireysel başvuru hakkı vermiştir. Buna göre, kamu hukuku tüzel kişileri de yalnızca temel hakkın koruduğu yaşam alanının ilgili hak sahibine doğrudan özgülenmesi halinde, şikâyete yetkili olabilmektedirler (örneğin bilim özgürlüğü nedeniyle üniversiteler gibi) (Hassemer, 2004:166).

İspanya hukuk sisteminde de özel hukuk tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapma imkânı var iken, kamu tüzel kişileri için bu hak istisnai durumlar için tanınmıştır (Baamonde, 2009:102). İspanya Anayasa Mahkemesi meslek örgütlerinin, parlamento gruplarının, sendikaların, üniversitelerin ve siyasal partilerin ancak kendi üyeleriyle ilgili yaptıkları bireysel başvuruları kabul etmiştir (Özbey, 2013:239).

AİHS’ne göre ise, sözleşmenin 34 maddesine göre, hükümet dışı kuruluşlar da AİHM’ye başvurabilirler. Maddedeki hükümet dışı kuruluşlar deyiminden, özel hukuk tüzel kişileri, örneğin siyasal partileri, sendikaları, şirketleri, vakıfları, dernekleri vs anlamak gerekir (Özbey, 2013:239; Karaman, 2013:134-135; Şirin, 2013:241) . Bu kapsamda İngiliz hukukuna göre kurulmuş, tüzel kişiliği bulunan ve bu sıfatla Sözleşme’nin 34. maddesinde sözü edilen “hükümet dışı kuruluşlar” deyimini içinde yer aldığı gerekçesi ile “Times Newspapers Ltd” ortaklığının yaptığı başvuru, kabul edilmiştir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007:38)ⁱ. Hükümet dışı kuruluşlar, taraf devletin sözleşmeye aykırı davranarak “kuruluş haklarına” zarar verdiği iddiası ile sınırlı olarak AİHM’ne başvurabilirler. Diğer bir anlatımla kuruluşların üyelerinin hakkına zarar

ⁱ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararı, Times Newspaper Ltd./İngiltere, 21.03.1975, no. 6538/74, Dr,2, s.90,102.

verildiği iddiasıyla AİHM' ye başvuru hakkı yoktur (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007:39; Özbey, 2013:240) . Tüzel kişinin başvuru yapabilmesi için taraf devletin uyrukluğunda olması da aranmayacaktır. Tüzel kişilerin taraf ve dava ehliyeti ise, ulusal hukuk düzenine göre belirlenmektedir. Tüzel kişilerin başvurularında vatandaş olma, yabancı olma veya taraf devlet ülkesinde yerleşik olma gibi koşullar aranmaz (Anayurt, 2004:185). Ayrıca, mahkeme organları, tüzel kişiliğin kamu hukuku niteliğini belirlemede kamu gücü kullanma ayrıcalığından yararlanıp yararlanmadığı kıstasını esas almaktadır (Özbey, 2013:241; Karaman, 2013:134; Şirin, 2013:241).

2.2.5- Türk Vatandaşları ve Yabancıların Durumu

6216 Sayılı AYM Yasası'nın 46. maddesinin 3. fıkrasında “ ... *Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz.*” Şeklinde düzenleme ile bazı durumlarda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkını sadece Türk vatandaşları tanımıştır. Diğer bir ifade ile, yabancıların da kural olarak bireysel başvuru yapma hakları olmakla birlikte, sadece Türk vatandaşlarına tanınan haklar yönünden Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı yabancılara tanınmamıştır (Kalabalık, 2013a: 365).

“Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklar” Anayasadaki bazı temel hak ve özgürlüklerin düzenleniş şeklinden anlaşılmaktadır. Genelde bu tür temel hak ve özgürlükler anayasamızın ikinci kısmının “siyasi haklar ve ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde düzenlenmiştir. Bu maddelerin düzenleniş şekli incelendiğinde “herkes”, “kimse” vb. kelimeleri vurgulamak yerine “Türk”, “ Türk Vatandaşı/Vatandaşları” gibi sözcükleri kullanmak suretiyle sadece Türk vatandaşlarının sahip olduğu hakları, özel olarak belirtmiştir (Özbey, 2013:242; Ural, 2013:244; Karaman, 2013:117).

Türk vatandaşlığı başlıklı 66 maddesine göre, “ *Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz*” şeklindeki düzenleme; yine Anayasanın seçme ve seçilme ve siyasi faaliyetlerde bulunma hakları başlıklı 67. maddesinde ‘*vatandaş*’ ifadesi; Parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma başlıklı 68. maddesindeki “ *vatandaş*” kelimesi; hizmete girme başlıklı 70. maddesindeki “ *Her Türk*” sözcüğü ile bu hakların sadece Türk vatandaşları tarafından kullanılabileceği vurgulanmıştır.

Bu bağlamda Anayasanın sadece vatandaşların kullanabileceğini belirtildiği temel hak ve özgürlükler yabancılar tarafından kullanılamayacaktır. 6216 sayılı AYM Yasasının 46. maddesinin 3 fıkrası gereği, bu hakların ihlali iddiasıyla yabancılar tarafından bireysel başvuruda da bulunulamayacaktır. Esasında bu düzenleme olmasa dahi temel hak ve özgürlüğün ihlali iddiasıyla bireysel başvuruya o hakkın kullanıcısı veya o haktan yararlananlar başvurabileceğinden, yabancılar, kullanamadıkları hakkın ihlali iddiası ile bireysel başvuru yapamazlardı. Ancak yasa koyucunun, bu hususu AYM'nin takdirine bırakmamak için bu şekilde bir düzenleme yaptığını kanaatindeyiz.

Anayasada siyasi haklar ve ödevler başlığı altında düzenlenmesine rağmen “vergi ödevi” başlıklı 73. maddesi ve “dilekçe hakkı” başlıklı 74. maddesi farklılık arz etmektedir. 73. Maddede “herkes” deyimini kullanmak suretiyle bu maddenin yabancıları da kapsadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan 74. maddede “*Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkın sahiptir.*” şeklindeki düzenleme ile dilekçe hakkı yabancılar için sınırlı olarak verilmiştir (Özbey, 2013:243; Şirin, 2013:205; Ural, 2013:245; Kalabalık, 2013a :319).

Temel hak ve özgürlüklerin yabancılar yönünden sınırlandırılması, Anayasa’nın 16 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “*temel hak ve hürriyetler, yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir*” şeklindeki hüküm ile, yabancıların hak ve özgürlüklerine sınırlama getirilebileceği (Er, 2012:411) ancak yabancılar hakkındaki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla ve milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlandırabileceğini hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda, yabancılar yönünden bireysel başvuru hakkını sınırlamaya ilişkin düzenlemenin kanunla olması, Anayasa’nın 16. maddesinin gereğidir.

Anayasanın 16. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması açısından, yabancılarla vatandaşlar arasında farklı düzenleme yapılabilmesine imkân tanımaktadır. Yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması, kanunla yapılacak ve düzenlemenin uluslar arası hukuka uygun olması aranacaktır. Sınırlamayı düzenleyen kanun veya Anayasa ile uluslar arası hukuk arasında bir çatışma olması durumunda, uluslararası hukuk önce geleceğinden, yabancı için sınırlama uluslar arası hukuka göre

yapılacaktır (Aliefendioğlu, 1996:373). Nitekim Türkiye’de ilgili kanunlarda yapılan düzenlemelerle, yabancıların mülkiyet hakkı, basın hürriyeti, dernek kurma hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, yerleşme ve seyahat hürriyeti gibi temel hak ve özgürlüklerine, vatandaşlar için Anayasa’da öngörülmemiş olan çeşitli sınırlamalar getirilmiştir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2012: 164).

Yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin ancak kanunla sınırlanabilmesinin doğal sonucu, kanun hükmünde kararnameyle, Bakanlar Kurulu kararıyla, tüzük ve yönetmelikle sınırlama yapılamayacak olmasıdır. Sınırlamaya ilişkin kanuni düzenlemenin uygulamasını veya ayrıntılarını gösteren yönetmelik, genelge veya idari işlem tesis edilmesi ise mümkündür (Gözler, 2011:121).

Bilindiği gibi, Avrupa Konseyi ülkelerinde yaşayan herkes, yaşadıkları devlet aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurarak haklarını arayabilirler. Bu bağlamda, Türkiye’de yaşayan yabancılar da Türkiye aleyhine AİHM ‘ne başvurabilecektir (Gözübüyük, 2010:186).

AİHS, sözleşmedeki haklar yönünden herkes için koruma sağlanmasını öngörmüş iken, “Yabancıların Siyasal Etkinliklerin Kısıtlanması” başlıklı 16.maddesi ile yabancılar yönünden bir kısıtlama getirmiştir. Bu madde, sözleşmeye taraf devletlerin; ifade özgürlüğü (md.10) , toplanma ve örgütlenme özgürlüğü (md. 11) ve ayrımcılık yasağını (md. 14) yabancıların siyasal faaliyetleri bakımından sınırlandırmalarına izin vermektedir. AİHS bu düzenleme ile, sözleşme kapsamındaki haklara ilişkin vatandaş ve yabancı arasında yapılacak ayırımın, konularını belirterek vatandaş yabancı ayırımının sınırını da çizmiştir. Bu itibarla; sınırlama yapılmasına izin verilen alanlar açısından yabancıların sözleşmedeki konumunun, vatandaşlarla eşit olmadığı söylenebilir. (Özdek, 2004:34).

2.3- Bireysel Başvuruya Konu Olabilecek Temel Hak ve Özgürlüklerin Türkiye’ye Ait Kamu Gücü Tarafından İhlal Edilmiş Olması

Anayasa’nın 148. ve 6216 sayılı AYM Yasası’nın 46/1. maddesinde; Herkesin Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki her hangi birinin “*kamu gücü*” tarafından ihlal edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesine

başvurabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, bireysel başvuru hakkının kullanılabilmesi için, “başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüğün, *kamu gücü* tarafından ihlal edilmiş olması” gerekli olup, ihlale *kamu gücünün* sebep olmuş olması temel bir başvuru şartıdır.

Burada “kamu gücü” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği önemlidir. Kamu gücü (yani egemenlik), bireysel hak ve özgürlükleri güvence altına almak ve söz konusu yetkiyi sınırlamak amacıyla, erkler arasında paylaştırılmıştır. Genel olarak kamu gücüⁱ ifadesi ile en başta yasama, yürütme ve yargı organları ile bu organlara tabi olan merciler anlaşılmaktadır (Göztepe, 1998:42; 2011:27; Kılınç, 2008:24; Şirin, 2013:266). Nitekim Anayasa’nın 6 ve devamı maddelerinde egemenliğin yani kamu gücünün hangi erkler tarafından kullanılacağı ve bunların yasama, yürütme ve yargı olduğu belirtilmiştir. Kamu gücü faaliyeti icrai ya da ihmaliⁱⁱ bir işlem veya eylem şeklinde olabilir. (Göztepe, 1998:42; Aydın 2011:136).

Bireysel başvuru yoluna, bireylerin hak ve özgürlüklerini ihlal etme kabiliyeti bulunan kamu hukuku alanında cereyan eden ve kamu gücü kullanılarak yapılan işlem ya da eylemler nedeniyle başvurulabilir. Örneğin kamu hukuku tüzel kişilerinin özel hukuk ilişkilerinden kaynaklan hak ihlali iddiaları, söz konusu işlemde kamu gücü ve kamusal ayrıcalık kullanılmadığı için başvuruya konu yapılamayacaktır (Göztepe, 1998: 43-44; Atasoy, 2015: 8).

Öte yandan bireysel başvurunun mahiyeti gereği, başvuruya konu edilen kamu gücü işlem veya eylemi kesinleşmiş ve icra edilebilir diğer bir ifade ile bağlayıcı ve emredici nitelikte olmalıdır. Dolayısıyla kesinleşmemiş, icra edilebilir niteliğini kazanmamış ya da kişileri bağlamayan işlemler bireysel başvurunun konusu olamayacaklardır. Bu nedenle, bireylerin hak ve özgürlüklerini ihlal etme kabiliyeti bulunmayan; genel direktifler, kurum içinde bildirilen görüşler, bilirkişi raporları, idari prosedüre ilişkin ara işlemler, yargısal tavsiye ya da öneriler gibi işlemler bireyler için bağlayıcı ve emredici olmadıklarından, bireysel başvuruya konu yapılamaz. (Göztepe, 1998: 44, Çınar, 2013:195; Ekinci, 2011:141; Turan, 2015:5).

ⁱ *Federal Alman Anayasası’nın bir tanımı olan kamu gücü (öffentliche Gewalt) işlemleri ifadesi, en geniş manada yasama, yürütme ve yargı organlarının işlemlerini anlatmaktadır* (Kılınç, 2008:24 aynen aktarım.)

ⁱⁱ Kılınç’a göre Kamu gücünün ihmal yoluyla işledikleri işlemlerin bireysel başvuru konusu olup olamayacağı tartışmalıdır bkz. Kılınç, 2008:24.

Kamu gücünün, kullanımından bahsedebilmek ve bunun sebebiyet verdiği ihlal iddiasında bulunabilmek için; yasama, yürütme ve yargı organlarının işlem, eylem ve kararları ile sonuç ihlal arasında bir neden-sonuç ilişkisinin kurulması gerekir. Eğer ihlal ile kamu gücü arasında bir illiyet bağı kurulamamışsa, bu durumda söz konusu ihlalin giderimi açısından bireysel başvuru yoluna değil, başkaca hukuk yollarına müracaat etmek gerekir. Diğer bir ifade ile, bireysel başvuru konu yapılan hak ihlaline, “kamu gücünün sebep olup olmadığı” sorusu, başvurunun incelemesinde temel bir ölçüttür. Bu nedenle AYM, hak ihlali iddiasıyla başvuruya konu edilen işlem veya eylemin kamu gücü kaynaklı olup olmadığını araştıracaktır.

Öte yandan, hak ihlaline sebep olarak gösterilen kamu gücü faaliyeti, Türkiye Cumhuriyeti’nin yetki alanı içinde, Türkiye kamu gücüne atfedilebilir biçimde gerçekleşmiş olmalıdır. Yani kamu gücü kullanan organların Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ne atfedilebilir bir bağı bulunmalıdırⁱ (Aydın, 2011:136-137). Diğer bir anlatımla, yabancı devletlerin veya uluslararası veya uluslar üstü örgütlerin işlemleri aleyhine bireysel başvuru yapılamaz (Şirin 2013:264; Aydın, 2011:136), AYM’nin bu konuda herhangi bir yetkisi yokturⁱⁱ. Bununla birlikte Türkiye’nin sınır ötesinde gerçekleştireceği faaliyetleri nedeniyle oluşabilecek muhtemel hak ihlalleri nedeniyle, hakları ihlal edilenlerin bireysel başvuru hakkının olduğu kabul edilebilir (Çoban, 2010:196; Şirin, 2013:272). Ancak böyle bir kabul için Türkiye’nin tek başına inisiyatif olarak faaliyette bulunması gerekir. Bununla birlikte Türkiye’nin uluslararası bir oluşumun parçası olarak, sınır ötesi faaliyette bulunması halinde, hakları ihlal edilen

ⁱ Nitekim AYM’si bir kararında Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Devletinin işlemine dayalı bir ihlal iddiasının Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilemeyeceğini belirtmiş ve başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “*Anayasa Mahkemesinin yetkisizliği*” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Bkz, AYM Komisyon Kararı, İkinci Bölüm Üçüncü Komisyon 13.5.2014, , B.N.: 2014/7 sayılı karar.

ⁱⁱ AYM, Ali Kemal Renklioğlu Kararı, Birinci Bölüm, 12.02.2013, B.N. 2012/171, par.15-17, bkz, 22/02/2013 tarih ve 28567 sayılı Resmi Gazete. Başvurucu söz konusu bireysel başvurusunda Fransa Cumhuriyeti Devleti tarafından gerçekleştirilen emekli maaşı kesintisi ile hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunmuş, AYM’si Anayasa’nın 148 ve 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesi uyarınca işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle bireysel başvuruda bulunulan kamu gücünün, Türkiye Cumhuriyeti Devletine ait veya O’nun adına kullanılmış olması gerektiğini; bu anlamda, ancak Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kamu gücü kullanan organlarına atfedilebilir şekilde gerçekleşmiş temel hak ve özgürlük ihlallerinin bireysel başvuru konusu olabileceğini; Fransa Cumhuriyeti Devleti tarafından gerçekleştirildiği belirtilen emeklilik maaşında kesinti yapılması işleminin Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilemeyeceğini, Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından gerçekleştirilen bir işlem, eylem ya da ihmal iddiası bulunmadığını belirtmiş ve başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “*Anayasa Mahkemesinin yetkisizliği*” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

kişilerin bireysel başvuru yolu ile AYM'ye başvuru yapamayacaklarının kabulü gerekir (Aydın,2011:136).

Konuya ilişkin karşılaştırmalı hukuk örneklerine incelendiğinde; Federal Almanya'da, Anayasa şikâyetinin konusunu kamu gücünün her türlü işlemi yani yasama, yürütme ve yargı işlemleri olabilir (Gören, 1994:112; Mellinhof, 2009:36). Anayasa şikâyeti doğrudan doğruya yasalara karşı olabileceği gibi, bir devlet makamının veya bir mahkemenin işlemlerine karşı da yapılabilir (Hassemer, 2004:1; Mellinhof, 2009:36). Almanya'da kamu gücü, işlemi yapan kurum ve kuruluşun isim veya sıfatıyla değil, hak ihlaline neden olanın devleti ve egemenliği temsil edip etmediğine göre belirlenmektedir (Şirin, 2013:266). Federal Almanya'da yasalara karşı doğrudan anayasa şikâyetine başvurulabilmesi için şikâyetle bulunanın yürütmenin özel bir işlemine gerek kalmaksızın, yasanın yürürlüğe girmesiyle doğrudan doğruya ve güncel bir müdahaleye muhatap olması gerektiğinden, uygulamadan doğrudan yasaya karşı anayasa şikâyeti uygulamasına nadir olarak rastlanmaktadır (Hassemer, 2004:1-3).

İspanya hukuk sisteminde; Amparo başvurusu, kamu güçlerinin işlemlerinden, ihmallerinden veya eylemlerinden kaynaklanan temel hak ihlallerine karşı yapılır (Arnwine, 2011:253). Doğrudan kanunlara karşı Amparo başvurusuna gidilememekte olup; başvuru, kanun niteliği taşımayan işlemlere karşı yapılabilir. Ancak kanunların uygulanma işlemlerine veya uygulanmamasına karşı Amparo başvurusu mümkündür. Yasama organlarının kanun niteliği taşımayan kararlarına karşı da amparo başvurusu yapılabilmektedir (Baamonde, 2009:103). İspanya hukukunda kamu güçlerinden anlaşılması gereken, Devlet, özerk bölgeler ve diğer yerel, hizmetsel ya da mesleki yerinden yönetim kuruluşlarıdır. Bunların memurları ve diğer görevlileri de kamu gücü kavramı içindedir (Arnwine, 2011:253).

Avusturya hukukunda ise; Anayasa şikâyetinde, taraflar şikâyet sahibi ile başvuruya konu işlemi yapan idari makamdır. Anayasa şikâyeti, idari makamların nihai kararlarına karşı kullanılacak bir yoldur. Ayrıca, uyuşmazlıkla hukuki bir bağlantısı olan herkes davaya katılabilir. Avusturya'da, bir kanunun herhangi bir mahkeme kararı veya idari işlem ya da eyleme gerek duyulmaksızın doğrudan doğruya hukuki sonuç doğurduğu durumlarda, kanunun anayasaya aykırı olmasından dolayı zarar gördüğünü iddia eden

kişiler, söz konusu kanuna karşı anayasa şikâyetinde bulunabilmektedir (Holzinger, 2009:69).

Güney Kore de; kamu gücünün kullanılması veya kullanılmaması (genel mahkemelerin hükümleri hariç) yani devlet organlarının bir eylemde bulunması veya eylemsizliği nedeniyle, Anayasa tarafından güvence altına alınan temel hakların doğrudan ihlal edilmiş olması halinde kişi, Anayasa şikâyetinde bulunabilir. Kamu gücü işlemi bir yasama işlemi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, düzenleyici işlem veya başka bir devlet işlem olabilir. Kore’de AYM’si, ihlalin Anayasa’ya aykırı kanun veya kanun hükmünden kaynaklandığını tespit etmesi halinde Anayasa’ya aykırılık kararı verir (Kim, 2009:147; Baysal, 2011:186).

Bireysel başvuruya konu yapılamayacak kamu gücü ihlallerinin neler olduğu ve buna ilişkin eleştirilere üçüncü bölümde yer verilecektir. Bu nedenle kamu gücü ile ilgili açıklamaları burada sonlandırıp konuya ilişkin detaylı açıklamaları ilgili kısımlara bırakıyoruz.

2.4- Başvuru Sahibinin Doğrudan, Kişisel ve Güncel Bir Menfaatin Varlığı

2.4.1- Genel Olarak Hukuki Yarar Kavramı

6216 sayılı AYM Yasası’nın 46/1. maddesinde “ *Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.*” şeklindeki düzenleme ile, bireysel başvuru hakkının kullanılması için sadece başvuru hakkına sahip olmayı yeterli görmemiş olup, yasa hükmü ile, bireysel başvuruda hukuki yarar şartının nasıl aranacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle öncelikle hukuki yarar kavramının açıklanmasında fayda vardır.

Hukuki yarar veya diğer bir söylemle hukuki menfaat; sözlük anlamı itibariyle bir yükün altına girmek, bir şeyin zorluğunu çekmek olarak ifade edilebilir. Hukuki yarar, yargı yoluna başvurmanın yegâne şartlarından biri olmakla birlikte tespiti en güç ve karmaşık olan dava şartlarındandır (Ercan, 2001:681).

Esasında bir davada hukuk menfaatin tespiti o davanın görülebilmesinin yegâne koşuludur. Zira ortada çözülecek bir uyuşmazlık olması için, bir tarafın mahkeme tarafından çözümlenebilecek hukuki bir yararının olması gerekir.

Nitekim 6100 sayılı Hukuk muhakemeleri Kanunun 114. maddesindeⁱ hukuki yarar dava şartı olarak sayılmıştır. Hukuki yarar, HMK'nun gerekçesinde “*Hukuki yarardan maksat, davacının sübjektif hakkına hukuki koruma sağlaması hususunda mahkemeye başvurmada hali hazırda mahkeme kararına muhtaç bir konumda değilse onun hukuki yararının bozulduğundan söz etmek mümkün değildir*”ⁱⁱ şeklinde açıklanmıştır.

Medeni Usul hukukunda, Davacının dava hakkına sahip olması, dava açabilmek için yeterli değildir. Bundan başka, davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması gerekir, dolayısıyla dava hakkı, hukuki yarar ile sınırlıdır. (Kuru, 2015:126) Bu nedenle Usul hukukunda hukuki yarardan maksat, davacının mahkemeden hukuki koruma istemesinde korunmaya değer bir yararının olmasıdır. Diğer bir ifade ile davacının, hakkına kavuşmak için mahkeme kararına ihtiyacı yok ise, hukuki koruma ihtiyacı, dolayısıyla hukuki yararı da yok demektir (Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 2015:250; Özbey, 2013:269)

Dava açmaktaki hukuki yarar, hukuk düzenince kabul edilmiş meşru bir yarar olmalı, bu yarar dava açan hak sahibi ile ilgili olmalı ve dava açıldığı sırada hukuki yarar halen var olmalıdır. İleride oluşacak yarar için dava açılamaz, hukuki yarar dava tarihinde olmalı dava sonuna kadar da bulunmalıdır. Ayrıca davanın açılmasındaki yarar, hukuki olmalıdır. Yani ideal ya da ekonomik yarar, tek başın yeterli olmaz. Davacı, dava hakkına kavuşmak için mahkemenin kararına ihtiyaç duymalıdır. Davacı, mahkemeye başvurmayıp, başka bir hukuki çare veya daha basit bir yolla hakkına kavuşabilmekte ise, artık davacının, dava açmakta hukuki yararının olduğundan söz edilemez (Kuru, 2015:126-127; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 2015:250)

İlk derece mahkemesine dava açan tarafa, dava konusu ettiği diğer bir anlatımla netice talep olarak isteği hususun, hukuki yarar getirmesi gerekir. Aynı şekilde Mahkeme kararlarına karşı kanun yoluna başvurmak için de hukuki yarar şartı aranır. Kanun yoluna başvurmada hukuki yarar için, ilgilinin mahkeme kararı nedeniyle bir yükün altına girmiş olması veya bir zarara uğraması yada bir menfaatinin zedelenmiş olması gerekir. Kanun yolan başvurmada hukuki yarar, öncelikle başvuran tarafın talebi ile mahkemenin hükmünün karşılaştırılması ile tespit edilir. Tarafın talebine göre

ⁱ HMK ‘nun 114. maddesinde dava şartları düzenlemiş olup, aynı maddenin 1-h bendinde “ davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması” dava şartı olarak sayılmıştır.

ⁱⁱ Bkz. 6100 sayılı HMK’nun 114. maddesinin gerekçesi

mahkemenin hükmü ilgilinin aleyhine ise hukuki yarar var kabul edilir. Davada haklı çıkmasına yani hüküm lehine olmasına rağmen, hukuki yarar var ise, örneğin hükmün gerekçesinin tarafın aleyhine olması halinde, kanun yoluna başvurulabilir (Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, 2015:541; Muşul: 2012:575).

Hemen belirtelim ki; temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından hukuki yarar kavramı dar yorumlanmamalıdır. Örneğin davası kabul edilmesine rağmen bir mahkeme kararının gerekçesinin ilgili tarafı tatmin etmemiş olması da yargı yoluna başvuru imkânı sağlamalıdır. Zira gerekçe; kişi açısından o hakkın kendisine verilmesi veya verilmemesinin kanıtı olacağından, gerekçenin de tarafı tatmin etmesi gerekir. Bu anlamda karar lehine olmasına rağmen, gerekçenin yetersizliği sebebiyle kanun yoluna başvuran taraf açısından hukuki yararın olduğu düşüncesindeyiz.

Kanun yoluna başvurmada hukuki yararın bulunması şartının aranmasının sebebi, mahkemelerinin gereksiz yere meşgul edilmelerinin önlenmesidir. Çünkü kanun yolu ile mahkeme kararı neticesinde ortaya çıkan zararın ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Mahkeme kararından zarar görmeyenlerin yargı yoluna başvurarak mahkemeleri boş yere meşgul etmeye hakları yoktur (Ercan, 2001:682).

Hukuki yarar konusunda Alman öğretisinde şekli hukuki yarar (formelle Beschwer) (şekli teori) ile maddi hukuki yarar (materielle Beschwer) (maddi teori) ayrımı yapılmaktadır Alman Hukuku'nda hâkim olan görüşe göre, kanun yoluna başvurma açısından davacı bakımından şekli hukuki yarar geçerli olmalıdır. Yani davacının dava dilekçesindeki talep sonucu ile mahkemenin hükmü karşılaştırılmalıdır. İkisi örtüşmüyorsa yani ilk derece mahkemesinde verdiği dilekçenin talep sonucu ile mahkeme hükmü arasında fark var ise, davacı bakımından hukuki yarar gerçekleşmiştir. Davacı bakımdan hukuki yararın tespitinde ileri sürülen bir diğer görüş ise; maddi anlamda hukuki yararın ölçü olarak alınmasıdır. Bu görüşe göre davacının kanun yoluna başvurabilmesi için, mahkeme kararından maddi anlamda zarar görmüş olması veya üst mercie gidildiği takdirde, verilmiş hükme nazaran daha lehe bir kararın elde edilme imkanının o taraf için mevcut olması gereklidir. Davalı açısından kanun yararına başvurmada ölçüt mahkeme hükmü dolayısıyla bir zarar görüp görmediği olacaktır. Bu nedenle davalı bakımından hukuki yararın bulunup bulunmadığının tespitinde maddi

anlamda hukuki yararın olup olmadığı dikkate alınır. (Kutbay, 2006:160-162;Ercan, 2001:684-685; Muşul, 2012:537).

Öte yandan ceza yargılaması açısından da hukuki yararın varlığı gerekmektedir. Dava şartı, yargılamanın her aşamasında aranacağından ve yargı yollarındaki hukuki işlemler yargılama faaliyeti olduğundan, başvuru sahibinin yasa yollarına gitmekte hukuki yararı olmalıdır.ⁱ

Ceza yargılamasındaki hukuki yarar kavramının geniş yorumlanmasını savunan yazarlar; ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amaç olduğundan, sanığın kendi aleyhine bile yasa yoluna gidilebileceği düşüncesindedirler. Bu görüşe göre, kararın tarafları tatmin etmemesi yeterli görülmeli, yasa yoluna başvuran kişinin bunda bir menfaatinin bulunduğu kabul edilmelidir (Kunter, Yenisey ve Nuğoğlu, 2006:1316)

Ceza yargılamasında hukuki yarar şartı aranması kuşkusuz usul ekonomisinin gereğidir. Ancak bu hukuki yararın nitelikli olması gibi koşullar getirilerek yasa yollarına başvuru hakkı zorlaştırılmamalıdır. Örneğin beraat eden sanık, kararın gerekçesini temyiz sebebi yapabilir, çünkü gerekçe beraat hükmünün ispat aracı olup, gerekçenin içeriği noktasında, sanık hakkı ihlal edildiğini düşünüyorsa hukuki yarar var kabul edilmelidirⁱⁱ. Aksi düşünce ceza yargılamasının amaçları arasında olan maddi gerçekliğin ortaya çıkartılmasını güçleştireceği düşünüyoruz.

Hukuki yarar kavramına ilişkin bu genel açıklamaların ardından bireysel başvuruda hukuki yararın nasıl uygulanacağına geçebiliriz.

2.4.2- Başvurucunun Doğrudan, Kişisel ve Güncel Bir Menfaatin Olması

6216 sayılı AYM Yasası'nın 46/1. maddesinde “ *Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.*” şeklindeki düzenleme ile bireysel başvuruda, hukuki yararın nasıl aranacağı, temel ilkeler belirtilmek suretiyle açıklanmıştır. Buna göre başvuru sahibi açısından başvuruya konu edilen husus

ⁱ Yargıtay uygulaması da bu doğrultudadır.“ sanık hakkında hükmolunan beraat kararına temyizde hukuki menfaati bulunmadığı, temyiz de hükmün gerekçesine de yönelmediğinden temyiz talebinin CMUK'nun 317. maddesi uyarınca reddine” 8. CD, 14.6.2001 ve 11942 karar sayılı ilam.

ⁱⁱ 8. CD, 14.6.2001 ve 11942 karar sayılı ilamı.

nedeniyle “ güncel”, “kişisel” ve “ doğrudan” bir hakkının etkilenmiş olması, hukuki yararın unsurları olarak sayılmıştır. Diğer bir ifade ile, yasa hükmündeki ‘*güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler*’ kriteri, hukuki yarar şartının, bireysel başvuru kurumundaki özel görünümüdür denilebilir.

Diğer bir yönüyle 6216 sayılı AYM Yasası’nın 46/1 maddesi, aynı yasanın 45/1 ve AY’nın 148/5. maddesinde geçen “*Herkes.....hakları ihlal edildiği iddiası ile.Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*” ifadesindeki ‘*Herkes*’ sözcüğünü somutlaştırarak, bireysel başvuruda bulunmak için aranacak mağdurluk kriterlerini netleştirmiştir diyebiliriz¹.

Bireysel başvuruda talep sahibinin hukuki yararının olup olmadığı, yukarıda açıklanan maddi yaklaşım çerçevesinde incelenmelidir. Zira ihlale konu işlem veya eylem nedeniyle kişisel ve güncel bir hakkı doğrudan etkilenenler bireysel başvuru yapabileceğinden, başvuru için maddi yaklaşımda olduğu gibi zarara uğrama/etkilenme kriteri dikkate alınmaktadır. Öte yandan bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilen hususlar incelenmeyeceğinden ve bu kurum bir temyiz yolu da olmadığından şekli yaklaşım ile hukuki yarar değerlendirilemeyecektir.

Bu açıdan Anayasa mahkemesi de incelemesini yaparken; dava konusu edilen normun, başvuru sahibinin bireysel başvuruya konu yapılabilecek güncel ve kişisel bir hakkını, doğrudan etkileyip etkilemediğini araştıracaktır (Sağlam, 2011, Bir...:52).

Bireysel başvuru yolu ikincil nitelikte bir dava yolu olduğundan, olağan kanun yoluna başvuru ile elde edilebilecek bir konuda bireysel başvuru yoluna gidilmesinde ilgilisinin hukuki yararı olmayacaktır (Ekinci, 2011:142). Bu itibarla bireysel başvuruda bulunanın, kişisel ve güncel bir hakkının doğrudan etkilendiğinin kabulü için, hak

¹ Nitekim Anayasa Mahkemesi içtihatlarında bu husus “6216 sayılı Kanun’un “Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar” başlıklı 46. maddesinde kimlerin bireysel başvuru yapabileceği sayılmış olup anılan maddenin (1) numaralı fıkrasına göre bir kişinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmesi için üç temel ön koşulun birlikte bulunması gerekmektedir. Bu ön koşullar; başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalden dolayı başvuru sahibinin “güncel bir hakkının ihlal edilmesi”, bu ihlalden dolayı kişinin “kişisel olarak” ve “doğrudan” etkilenmiş olması ve bunların sonucunda başvuru sahibinin “mağdur” olduğunu ileri sürmesidir. Bu üç temel koşula ilave olarak 6216 sayılı Kanun’un “Bireysel başvuru hakkı” başlıklı 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre Anayasa Mahkemesine ancak Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin ihlal edildiği iddiasıyla başvurulabilir. **Burada çıkan sonuca göre Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamında bir hakkı doğrudan etkilenmeyen kiş “mağdur statüsü kazanamaz.”** şeklinde açıklanmıştır. Bkz. AYM, Fethi Ahmet Özer Kararı, Birinci Bölüm, 20.03.2014. B. No: 2013/6179, AYM Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr.

ihlalinin önlenmesine yönelik tüm kanun yolları tüketilmesine rağmen, ihlalin devam ediyor olması, yani ihlalin başka bir hukuki yol ile önlenememiş olması gerekir. (Göztepe, 1998:67).

Kişisellik ilkesi ile başvuru hakkı, *kişiye* yani ihlalden *kişisel olarak zarar görene* özgülenmiştir. Bu özgülemenin sonucu olarak, başvuru sahipleri, sadece kendi hakkının ihlal edildiği iddiası ile bireysel başvuruda bulunabilirler. Diğer anlatımla başkalarının hakları ihlal edildi iddiası ile başvuru yapılamayacaktır (Ekinci, 2011:143).

Kişisellik şartının, mevcut olup olmadığının tespitinde tartışmalı olabilecek bir nokta, özel hukuk tüzel kişilerinin bireysel başvuru hakkının çerçevesinin belirlenmesinde kendisini gösterir. Tüzel kişiler kişisellik şartı gerekçe gösterilerek, üyelerinin ihlal edilen hakları için bireysel başvuru hakkından mahrum bırakılabilir mi? Başvuru hakkı sadece tüzel kişilik hakları ile mi sınırlıdır? Konun koyucu bu sorulara 6216 sayılı AYM Yasası'nın 46/2. maddesindeki “...*özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir*” şeklindeki düzenleme ile cevap vererek ve özel hukuk tüzel kişilerinin üyelerine ilişkin başvuru hakkını sınırlamayı amaçlamıştır (Oder, 2011:95). Bu hükmün AYM'nin içtihat üretme alanını daralttığı düşüncesindeyiz. Zira anılan yasanın 46/1 maddesindeki ‘*kişisel ve güncel bir hakkının doğrudan etkilenmesi*’ ölçütleri başvuru hakkı olanları belirlemede yeterli iken bu şekildeki bir kazuistik hükmün konulması AYM'nin içtihat üretme alanını daraltabilecektir. Bu nedenle özel hukuk tüzel kişilerine yönelik söz konusu düzenleme yerine konunun AYM içtihatlarına bırakılması uygun olurdu. AYM'nin, ‘*kişisel ve güncel bir hakkının doğrudan etkilenmesi*’ kriterleri çerçevesinde, başvuru sahibi tüzel kişiliğin kuruluş amacına ve davanın niteliğine göre, tüzel kişiliğin başvuru hakkının olup olmadığı belirlemesi, hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi açısından yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Bireysel başvuruda güncellik kriteri; hak ihlalinin bireysel başvurunun yapıldığında mevcut ve halen devam ediyor olması ile ilgilidir. Hukuki yarar kavramı başlığında açıklandığı gibi, hukuki yarar dava açıldığı esnada var olmalı ve dava süresince devam etmelidir. Bu nedenle başvurunun dava konusu ettiği ihlalin, başvuru esnasında güncel yani mevcut olması ve ihlalin dava süresince devamı gerekir (Göztepe, 1998:65; Karaman, 2013:157) Diğer bir ifade ile ileride ortaya çıkacak ihlal iddiası ile

başvuru yapılamayacak olup, talep sahibi açısından, başvuru yapıldığı tarihte dava edilebilecek bir hak ihlali bulunmalı ve bu ihlal başvuru karara bağlanıncaya kadar da devam etmelidir (Gözübüyük, 1987:11;).

Başvuru sahibinin başvuru sırasında hukuki menfaatinin mevcut ‘güncel’ olması zorunluluğu, diğer bir ifadeyle, başvuruya konu yapılan temel hak ihlalinin başvuru anında olması ve başvuru sırasında mevcut bir tehlikeyi işaret etmesi şartı, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruyu dar bir çerçeve içinde tutma imkânı verir. Bu da bireysel başvurunun ikincil derecede koruma sağlayan bir başvuru yolu olmasından kaynaklanmaktadır (Sağlam, 2011, Bir...:52).

Bireysel başvuru için, talep sahibinin kişisel ve güncel hukuki menfaatinin olması yanında, bu menfaatin doğrudan başvuru sahibini ilgilendirmesi, hak ihlalinin doğrudan onu etkilemesi gerekir. Diğer bir anlatımla dava edilen temel hak ihlalinin bireysel başvuruya konu olan eylem ve işlemde kaynaklanması ve başvuruya konu yapılan eylem veya işlemin başka bir karara veya işleme gerek kalmaksızın, başvuranın bir hakkını etkiliyor olmasıdır (Göztepe, 1998:62;). Bireysel başvuruda *doğrudan etkileme* ölçütü soyut işlem için dava açma imkânını engeller mahiyetidir. Örneğin yasalardaki soyut düzenlemeler, kişi hakkında uygulaması yapılmadan, yani yasa hükmü gereği ilgili hakkında bir işlem veya eylem tesis edilmeden, bireysel başvuruya konu edilemeyecektir. Bu özellikleri de bireysel başvuru yolu ile *actio popularis* (halk davası) arasında fark olduğunu göstermektedir. (Özbey, 2013:276; Turan, 2015:5)

Öte yandan, yasa hükmü doğrudan zarara uğratma şartını sağlıyorsa, diğer bir ifade ile yasanın yayınlanması ile birlikte başka bir işleme gerek kalmaksızın başvuru sahibinin kişisel ve güncel bir hakkı doğrudan etkileniyor ve ihlale karşı başka bir başvuru yolu düzenlenmemiş ise artık yasa hükmüne karşı doğrudan bireysel başvuru yapılabilmelidir. Bu başvuru 6216 sayılı AYM Yasası’nın 45/3. maddesi kapsamında değerlendirilmemelidir. Zira dava edilen doğrudan soyut yasa hükmü değil, o yasa hükmünün başvuru hakkında başka bir işlem veya karar olmadan doğrudan uygulanmasıdır. Nitekim AYM bir başvuruda, talebin doğrudan yasaya değil yasanın uygulanması mahiyetindeki örtülü işleme yönelik olduğu belirterek, başvuru sahiplerinin bireysel başvuru anlamında mağdurluk statülerinin bulunduğunu kabul etmiş ve

başvuruyu kabul edilebilir bularak ve esas yönünde incelemiştirⁱ Yasama işlemine karşı doğrudan başvuru imkânı tanınmaması halinde ise doğrudan etkilene şartı sadece yargı kararlarına karşı gidilen başvurularda dikkate alınabilir (Şirin, 2013:414). Zira yasama işlemlerine karşı doğrudan başvuru yapılamaması halinde, dava edilen işlem ve karara karşı nihayetinde bir mahkeme kararı neticesinde gidilir.

Bireysel başvuru yoluna müracaat etmekteki hukuki yararını, yani kişisel, güncel bir hakkının doğrudan etkilendiğini başvuru sahibi ispat etmeli ve gerekçelendirmelidir. Bu bağlamda soyut, netice talebi olmayan veya ucu açık talep içeren başvurular kabul edilmeyecektir. (Kılınç, 2011:92-93).

Federal Almanya hukuk sisteminde de, bireysel başvuruda bulunmak için hukuki menfaatin bulunması şartı aranmaktadırⁱⁱ. Hukuki menfaatin olup olmadığını belirlemede esas alınan kriter ise; Başvuru sahibine ait bir temel hak veya temel hak benzeri bir hak ihlal edilmiş olması, temel hak ihlali başvuru anında mevcut olması ayrıca şikâyet sahibinin, davaya sebep olan işlemle doğrudanⁱⁱⁱ ilgili olmasıdır (Mellighof, 2009:36).

Federal Alman hukuk sisteminde bireysel başvuru için aranan doğrudan ilgili olma şartını Mellighof makalesinde şu şekilde açıklamıştır; *“şikâyet sahibinin davaya sebep olan işlemle doğrudan ilgili olması şarttır. “Doğrudan ilgili olma” sorunu sadece kanunlara yönelik Anayasa şikâyeti başvurularında pratik bir öneme sahiptir. Bir kanunun şikâyet sahibini doğrudan ilgilendirmesi ihtimali, ancak kanunun doğrudan yürütülmesi, yani yürütme organının herhangi bir işlemine gerek olmaksızın doğrudan etkili olması halinde ortaya çıkabilir. Kanunların yürütülmesi için herhangi bir uygulama işleminin gerekli olduğu durumlarda, bu işlem beklenmeli yada ilgili makamlardan talep edilmeli ve ancak bundan sonra, ihtiyaç varsa, dava konu edilmelidir. Bu koşul, ilgili normun herhangi bir somut uygulaması olmaksızın, maddi*

ⁱ AYM Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi Kararı, Genel Kurul, 10.12.2015, B.N.:2014/8843, bkz. 27.1.2016 tarih ve 29606 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱ Konuya ilişkin Federal Almanya Anayasa Mahkemesi içtihatları için bkz. Şirin, 2013:383-407; Göztepe, 1998: 58-69.

ⁱⁱⁱ *“Federal Almanya’da doğrudanlık koşulunun aranmadığı istisnai durumlarda kabul edilmiştir: 1- Eğer idari işleme karşı bir kanun yolu yoksa bunun dayanağı olan yasaya karşı doğrudan anayasa şikâyetine gidilebilir. 2- Yasa ilgilileri güncel olarak ilgilendiriyor ve ileride düzeltemeyecekleri kararlar vermeye zorluyor ya da uygulama işleminin yapılmasından sonra düzeltilmeyecek bir durumda bırakıyorsa, 3- ilgilinin genel mahkemelere başvurmasından ne bir ön sorun olarak anayasaya aykırılığın dikkate alınması ne de bu yolla Anayasa Mahkemesi’nin iş yükünün azaltılması bekleniyorsa, doğrudan doğruya yasaya karşı anayasa şikâyetinde bulunma yoluna gidilebilir.”* (Göztepe, 1998: 63-64 aynen aktarım).

olaylar ve hukuki meseleler görevli ve yetkili mahkemelerce ortaya konmaksızın herhangi bir kanuna karşı dava açılmasını imkânsız hale getirmek suretiyle Anayasa şikâyetinin bir tür genel, soyut norm denetimine dönüşmesini engellemektedir. Bu nedenle, doğrudan kanunlara karşı Anayasa şikâyeti yoluna gidilmesi çok nadir olarak ortaya çıkan bir durumdur” (Mellighof, 2009:36 aynen aktarım).

Güney Kore’de; Anayasa mahkemesi Anayasa ve kanunlarda açık bir hüküm rağmen bireysel başvuruda kişisel, güncellik ve doğrudan olma şartlarını aramaktadır (Kılınç, 2008:32). Buna göre bireysel başvuru, davaya konu edilen kamu otoritesi işleminin, bizzat başvuru sahibi hakkında sonuçlar getirmesi halinde yapılabilir. Başvurunun bir yasaya ilişkin olduğu durumlarda da yasa hükmünün doğrudan başvuru sahibinin haklarını ihlal etmesi gerekir. Güney Kore’de; güncellik ilkesi gereği hak ihlali başvuru anında mevcut olmalıdır. Başvuranın, bu tür işleme henüz muhatap olmamakla birlikte, gelecekte muhatap olacağını iddia etmesi yeterli değildir. Ancak bir zararın gelecek zamanda ortaya çıkacağı kesinlik taşıyorsa, temel hakların etkin korunması adına, anayasa şikâyetine başvurmak mümkündür (Kim, 2009:148).

AİHM de yapılacak başvurularda başvuru ile başvuruya konu edilen işlem veya karar arasında yakın, somut, güncel bir menfaat ilişkisi bulunması koşulunu aramaktadır. AİHM’si menfaatin varlığı ile ilgili olarak, ihlal oluşturduğu iddia edilen eylem veya işlem ile bundan doğan sonuç arasında nedensellik bağının bulunmasını aramaktadır.ⁱ Menfaatin dolaylı olması ise mağdur ile başvuru arasında özel ve yakın bir ilişki olmasıdır. Mağdurun ölüm veya başka bir nedenle başvuru yetkisini bizzat kullanmasının mümkün olmadığı durumlarda ana, baba, kardeş gibi yakınlarının, hem gerçek mağdur adına, hem de iddia konusu ihlalin kendilerini de mağdur ettiği gerekçesiyle Mahkemeye başvurması mümkündürⁱⁱ.

2.5- Bireysel Başvurudan Önce Tüm Olağan Kanun Yollarının Tüketilmiş Olması

2.5.1- Tüketilmesi Gerekli Başvuru Yolları

Devletin egemenlik yetkisini kullanan yasama, yürütme ve yargı mercileri, sahip oldukları yetki ve kamu gücü kullanma kudreti nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin korunması ve bireysel hak ihlallerinin önlenmesinde daha etkin konumdadır. Bu

ⁱ AİHM, Adolf/Avusturya kararı 26.03.1982.

ⁱⁱ Ayrıntılı bilgi ve mahkeme kararları için bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, 2007:49.

nedenle de insan hakları ihlallerinin önlenmesi, öncelikle bu mercilerin görevi olup, hukuk sisteminin sağlıklı işlediği bir düzende, Anayasa Mahkemesine başvurulması yerine ilgili mercilerin insan hakları ihlallerini gidermeleri beklenir. Buna rağmen ihlal ortadan kaldırılmamışsa, ilgililer son çare olarak bireysel başvuru yoluna başvururlar.(Özbey, 2013:286).

Bireysel başvuru için kanun yollarının tüketilmiş olması şartı, bireysel başvurunun ikincil nitelikte bir hak arama yolu olmasının, diğer bir ifade ile temel hak ihlallerini önleme açısından son ve olağan üstü çare olarak düzenlenmesinin doğal sonucudur (Göztepe, 1998:71). İkincilik ilkesi, bireysel başvurunun temel ve genel kabul görmüş özelliği olduğundan, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunu kabul etmiş tüm ülkelerde bir takım farklılıklar olmakla birlikte, kanun yollarının tüketilmiş olması, başvuru şartı olarak düzenlenmiştir (Kaplan, 2015:1530).

Türkiye’de de Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılabilmesi için öncelikle tüm olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şartı aranmaktadır. Bireysel başvuru için tüm başvuru yollarının tüketilmiş olmasına ilişkin düzenlemeler Anayasanın 148. maddesi ile 6216 sayılı AYM Yasasının 45. maddesi ile yapılmıştır.

Anayasa’nın 148. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesinde “... *Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır*” şeklindeki hüküm ve 6216 sayılı AYM Yasası’nın 45. maddesinin 2. fıkrasında “*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.*” şeklindeki düzenleme ile, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılmadan önce ihlale konu edilen hususa ilişkin idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmiş olması gerektiği vurgulanmıştır.

Ayrıca aynı Yasanın 47. maddesinin 3. fıkrasındaki “ *başvuru dilekçesinde..... başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamalar,.... belirtilmesi gerekir.....*” şeklindeki düzenleme ile de başvuru yollarının tüketildiğinin ispat külfetini başvuru sahibine yüklemiştir.

6216 sayılı AYM Yasası’nın 45. maddesinin incelenmesinde , “ idari ve yargı yolları” ifadesi tercih edilerek bireysel başvurudan önce hem idari hem de yargı yollarının

tüketilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu itibarla kanunda gösterilen tüm idari ve olağan yargı yolları tüketildikten sonra bireysel başvuru için mahkemeye müracaat edilecektir.

Kanun yollarının tüketilmesine ilişkin Anayasanın 148. maddesin 3. fıkrasındaki “...olağan kanun yolları..” şeklindeki ifade yerine 6216 sayılı AYM Yasası’nın 45. maddesinde “...*kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının....*” ifadesinin tercih edilmesi doktrinde tartışılmaktadır.

Bir görüş tarafından, (Göztepe, 2011:26-27) Anayasadaki “olağan kanun yolu” kavramının bahse konu 6216 sayılı Yasada “idari ve yargısal başvuru yolları” biçiminde düzenlenmesinin, anayasaya aykırı bir genişletme olduğu ve bundaki sebebin ya usul hukukuna ilişkin temel kavramların bilinmemesinden kaynaklandığı veya bilinçli şekilde anayasaya aykırı bir düzenleme yapıldığı savunulmuştur.ⁱ Bu görüşe göre, Anayasadaki ifadenin genişletilmesi hakkın kullanımını daraltmakta ve zorlaştırmaktadır.

Diğer bir görüş ise (Özbey, 2013:283-284); kamu gücü kavramının sadece yargı organlarını kapsamadığı, idari birimlerin de kamu gücü yetkisini kullandıkları, dolayısıyla idari birimler tarafından yapılan hak ihlallerine karşı bir takım idari itiraz vb. başvuru yollarının ilgili kanunlarda düzenlendiği, bu nedenle de idari başvuru yolları tüketilmeden başvuru kabul edilemeyeceği, öte yandan Anayasadaki ‘ olağan kanun yolu’ kavramının sadece yargısal olağan kanun yollarını kapsamadığı, Anayasanın bütünlüğü ilkesi gereği “ idari olağan kanun yollarını” da içerdiği, aksi halde Anayasadaki düzenlemenin “olağan yargısal kanun yolları” şeklinde düzenleneceği gerekçesi ile bahse konu düzenlemelerin anayasaya aykırı olmadığı yönündedir.ⁱⁱ

ⁱ Göztepe bu görüşünü şu şekilde gerekçelendirmektedir: “ *kanun yolu, davanın taraflarına tanınan ve yanlış olan kararların tekrar incelenmesini ve değiştirilmesini sağlayan hukuki yoldur. Medeni usul hukukunda temyiz, karar düzeltme (olağan) ve yargılamanın iadesi (olağanüstü); ceza muhakemesinde itiraz, istinaftemyiz (olağan) ile Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itirazı, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi (olağanüstü) ; idari yargılama usulünde ise temyiz, kararın düzeltilmesi (olağan) ve yargılamanın yenilenmesi (olağanüstü) olmak üzere kanun yolları kabul edilmiştir. Hem medeni, hem ceza, hem de idari usul hukukunda kanun yolu ile kastedilenin ‘yargısal’ bir başvuru yolu olmasıdır. Dolayısıyla anayasa koyucunun iradesinin aksine, olağan kanun yolu kavramının ‘idari ve yargısal başvuru yolları’ olarak düzenleyen yasa koyucu, anayasa şikayetinin önkoşulunu artırdığı ve hakkın kullanılmasını zorlaştırdığı için Anayasa’ya aykırı bir düzenleme yapmıştır.*” (Göztepe, 2011: 26-27).

ⁱⁱ Yazar görüşünü verdiği şu örnekle açıklamıştır. “*idari yargılama Usulü Kanunun 28. maddesinin 3. ve 4. fıkralarına göre ‘ Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idari aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir. Mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu*

Kanaatimizce; 6216 sayılı AYM Yasasının 45. maddesinin 2. fıkrasında geçen ‘...idari...’ ifadesinin kullanılması uygun olmamıştır, anılan düzenlemenin Anayasanın 148. maddesindeki düzenlemeye paralel olarak ‘olağan kanun yolları’ şeklinde düzenlenmesi daha uygun olacaktır. Şöyle ki, Anayasa’nın Yargı Yolu başlıklı 125. maddesinde “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmü yer almakta olup, Anayasada hangi idari işlemlerin yargı denetimi dışında bırakıldığı da sayılmıştır. Yine Anayasanın 148. maddesinin 5. fıkrasında “Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir” hükmü gereğince yasalaşan bireysel başvurunun usul ve esaslarının düzenlendiği 6216 sayılı AYM Yasasının 45. maddesinin 3. fıkrasında “.....Anayasa mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu yapılamaz.” hükmü yer almaktadır. Bu itibarla; ihlale konu yapılan eylem veya işlem, Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı bir idari işlemde kaynaklanmıyorsa ilgilisi zaten bu işlem veya eylemle ilgili yargı yollarına başvuracaktır. Başvurmuş olduğu yargı organı da dava edilen işlem ve eylemle ilgili dava açmadan önce bir idari başvuru yolu öngörülmesi halinde öncelikle bu idari başvurunun yapılması gerektiği gerekçesiyle davayı usulden -dava şartı yokluğundan- reddedeceğinden yargı yoluna başvuracak kişi zaten öncelikle idari başvuru yolunu tüketecektir. Olağan kanun yollarından sonuç alamaması durumunda ise, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna gidecektir. Diğer bir anlatımla, olağan kanun yoluna başvurabilmek için zaten tüketilmesi gerekli olan idari başvuru yolunun bireysel başvurudan önce bitirilmesini aramak yersizdir. Özetle olağan başvuru yolunun bitirilmiş olması, içinde kanunlarda düzenlenen idari başvuru yollarının tüketilmesini de kapsar. Bu nedenle AYM Yasasının 45. maddesinin 2. fıkrasında ayrıca idari başvuru yollarının tüketilmesini aramanın gereksiz olduğu ve Anayasada verilen hakkın daraltılmasına neden olması açısından hak arama hürriyetine aykırı olduğu düşüncesindeyiz.

görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açılabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir.’ Görüldüğü üzere, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında iptal ya da yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanmamamsı halinde idare ve kararı uygulamayan kamu görevlileri hakkında tazminat davası açılabileceği öngörülmüştür. Hakkında verilen iptal ya da yürütmenin durdurulması kararının uygulanmamasından mağdur olan herkes, idari yargıda, kararı uygulamayan kamu görevlisi hakkında da adli yargıda tazminat davası açabilecektir. Buna göre ilgili kişi, öncelikle ilk mahkeme kararına dayanarak idareye başvuracak, idare, kararı yerine getirmezse, anılan maddeye göre sorumluluğu olan idare ve kişiler hakkında dava açma hakkına sahip olacaktır. Ancak halen sonuç alamadıysa, son çare olarak da Anayasa mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunacaktır.” (Özbey, 2013:283).

Bu açıklamalar ışığında, 6216 sayılı AYM Yasası'nın 45. maddesinin 2. fıkrasındaki anılan düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin iş yükü düşünülerek yapıldığı, ancak düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu ve kanuni düzenlemenin Anayasadaki hükme uygun olarak *“olağan kanun yollarının tüketilmiş olması”* şeklinde yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Bireysel başvuruya müracaat etmeden önce var olan idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi yani söz konusu temel hak ihlalinin genel mahkemelerin yerleşik düzeni içinde ortadan kaldırmaya ve çözmeye yönelik olanakların kullanılması gereklidir (Ekinci, 2011:144). Bu nedenle kesinleşmiş karar ortaya çıkmadığı sürece bu yola başvurulamaz. Başvurucunun kendi hatasından kaynaklanan sebeplerle, örneğin ihmal veya kusurdan dolayı dava, itiraz veya temyiz süresini kaçırmaması ya da ilk derece veya kanun yolunda ileri sürmediğiⁱ hak ihlalinin oluşturan işlemi bireysel başvuruya konu etmesi halinde yasa yollarının tüketilmesinden söz edilemeyecek ve başvuru kabul edilmeyecektir (Kaplan, 2015:1533; Özbey, 2013:287)

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna başvurmadan önce idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmiş sayılması için, iddia edilen hak ihlaline konu vakıa ile ilgili idari ve yargı mercilerinde başvuruların yapılmış olması gereklidir (Kaplan, 2015:1516). İlgili, bu başvurularda usul kurallarına uygun hareket etmek zorunda olup, usul kurallarına aykırı hareket etmesi nedeniyle başvurusunun reddedilmesi Anayasa mahkemesinden koruma görmeyecektir. Bu itibarla idari ve yargı organlarına yapılan başvuruların usul kurallarına aykırı hareket edilmesi veya sürelerle riayetsizlik nedeniyle reddedilmesi halinde, bireysel başvurular Anayasa Mahkemesince başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulunacaktır (Ekinci, 2012:6; Kaplan, 2015:1532)ⁱⁱ. Örneğin temyiz süresinin kaçırılması veya mahkemece verilen kesin süreye rağmen usulü işlemin yerine getirilmemesi nedeniyle temyiz başvurusu reddedilmiş ise idari ve yargısal başvuru yolları tüketilmemiş olacaktır.

ⁱ Nitekim AYM, bir kararında bu hususu şu şekilde açıklamıştır. *“Bireysel başvurunun ikincil niteliğinin bir sonucu olarak olağan kanun yollarında ve genel mahkemeler önünde dayanılmayan iddialar Anayasa Mahkemesi önünde şikayet konusu edilemeyeceği gibi genel mahkemelere sunulmayan yeni bilgi ve belgeler de Anayasa Mahkemesine sunulamaz.”* AYM, karar, Birinci Bölüm, 26.3.2013, B.N.:2012/946, AYM Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr.

ⁱⁱ Bkz. AYM karar, 4.12.2013, B.N.: 2013/7521, AYM Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr

İdari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi şartının anlamı; başvuru sahiplerinin, hukuk sistemi içinde yer alan olağan hukuk yollarına başvurmuş ve davalarını bu hukuk sisteminin benimsediği en yüksek makama kadar taşımış olmalarını gerektirmesidir (Şahbaz, 2011:84). Bunun bir sonucu da idare ve yargı organları önünde ileri sürülmeyen vakaların bireysel başvuru yolu ile AYM önüne getirilemeyeceğidirⁱ. Çünkü idare ve yargı organları, bu yeni vakıa ile ilgili bir değerlendirme yapma fırsatı bulamamış, diğer bir ifade ile bu husus hukuk sisteminin benimsediği denetiminden geçmediğinden yeni ileri sürülen vakıa ile ilgili başvuru yolu tüketilmemiş olacağından AYM de bu iddiayı incelemeyecektir (Ekinci, 2012:5; Kaplan, 2015:1532-1533)ⁱⁱ.

Öte yandan, başvuruya konu temel hak ihlalini ortadan kaldırmaya yönelik birden fazla etkili iç hukuk yolu varsa, başvuru sahibinin bunlardan birini kullanmış olması gerekli ve yeterli olacaktırⁱⁱⁱ (Ekinci, 2012:5; Kaplan, 2015:1531). Ayrıca bir kanun yoluna başvurulmuş ise bu yolun sonucu beklenmeli ve bu iç hukuk yoluna ilişkin süreç usulüne uygun şekilde tamamlanmış olmalıdır^{iv}. Diğer bir anlatımla usulüne uygun olarak tüm başvuru yolları tüketildikten sonra bireysel başvuru yapılmalıdır.

Burada ele alınması gereken diğer bir nokta da tüketilmesi gereken olağan kanun yolunun mevcut ve etkili bir yol olmasının gerekliliğidir. Etkili bir başvurudan söz edebilmek için başvuru yolunun sadece hukuken mevcut bulunması yeterli olmayıp, bu yolun uygulamada fiilen de etkili^v ve ulaşılabilir^{vi} olması gerekir. Ayrıca tüketilmesi gereken iç hukuk yolunun, ihlal iddiasını ele alıp inceleyerek ihlali önleme, sonlandırma veya ihlal sona erdi ise hak ihlalini karara bağlama, gerektiğinde tazminata hükmetme

ⁱ Bkz. AYM, Mümin Meriç, Kararı, Birinci Bölüm, 20.02.2014, 2013/7204, prg 30, Karar için bkz. 18.3.2014 tarih ve 28946 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Ekinci, 2012:5.

ⁱⁱⁱ Bkz. AYM, Şebnem Nebioğlu Öner, Kararı, Birinci Bölüm. 7.11.2013, B.N.: 2013/2355, karar için bkz. 5.12.2013 tarih ve 28842 sayılı Resmi Gazete.

^{iv} Bkz. AYM, Hilal Özkök, Kararı, İkinci Bölüm, 14.1.2014, B.N.:5028, karar için bkz. 8.2.2014 tarih ve 28907 sayılı Resmi Gazete

^v AİHM bir kararında konuyu şu gerekçe ile açıklamıştır; “*Mahkeme Sözleşme’nin 35. maddesinin sadece ulaşılabilir, yeterli ve söz konusu ihlaller ile ilgili yolları tüketmeyi zorunlu kıldığını hatırlatmaktadır. Bir başvuru yolunun olayların olduğu dönemde hem teoride hem de pratikte etkili ve ulaşılabilir olduğunu, yani bu yolun ulaşılabilir, başvurunun şikâyetlerini telafi etmeye imkân verebilmesini ve mantıklı olarak kazanma şansının olduğunu ispatlamak, iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazını yapan hükümete aittir.*” Bkz. AİHM Kararı, Nada/İsviçre, 12.09.2012, B.N.: 1059308,

^{vi} Nitekim AYM de AİHM’ne benzer bir gerekçe ile konuyu açıklamıştır; “... tüketilmesi gereken başvuru yollarının ulaşılabilir olmaları yanında, telafi kabiliyetine haiz olmaları ve tüketildiklerinde başvuru sahibinin şikâyetlerini gidermede makul başarı şansı tanınmaları gerekir. Dolayısıyla mevzuatta bu yollara yer verilmesi tek başına yeterli olmayıp uygulamada da etkili olduklarının gösterilmesi ya da en azından etkili olmadıklarının kanıtlanmamış olması gerekir. AYM, Adnan Oktar, Kararı, Birinci Bölüm, 2.10.2013, B.N.: 2013/514, bkz. 5.11.2013 tarih ve 28822 sayılı Resmi Gazete.

ve sorumluların ortaya çıkarılması bakımından da yeterli usulü güvencelerin sağlanması gerekirⁱ . (Ekinci, 2012: 7; Haris vd., 2013: 795 Kaplan, 1531-1532). Bu nedenle gerçekte olmayan ya da etkisi bulunmayan hukuk yollarının bireysel başvurudan önce tüketilmesi zorunluluğu yoktur.

2.5.2- Başvuru Yollarının Tüketilmesi Şartının Aranmayacağı Durumlar

Bireylerin doğrudan ulaşma imkânına sahip olmadıkları hukuk yolları, “olağanüstü kanun yolu” olarak kabul edilir. “Ulaşılabilirlik” ve “etkililik” şartlarını taşımayan bu türden kanun yollarının bireysel başvurudan önce tüketilmelerine gerek yoktur. AİHM olağanüstü kanun yollarını tüketilmesi gereken iç hukuk yolu olarak kabul etmemektedir (Yaman, 2004: 177; aynı yönde bkz. Kuş, 2014: 83)

Anayasa Mahkemesi de kararlarında, kullanılması başka kişi ya da mercilerin takdirine bağlı olan kanun yollarının olağanüstü kanun yolu olduğunun altını çizmektedir (Atasoy, 2015:197).

Bireysel başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmesi gerekmekte iken, bazı özel durumlarda olağan kanun yolları tüketilmeden de başvuru yapılabilmektedir. Bu durumlar üzerinde tartışmalar olmakla birlikte genelde; İtiraz (karar düzeltme), yargılamanın yenilenmesi, idari başvurular, devam eden yargılamalarda bazı özel durumlar ve bazı ara kararlar, Anayasaya aykırılık iddiası, yargılamanın uzunluğuna ilişkin başvurular, uzun tutukluluk süresine ilişkin başvurular olarak sayılabilir

Konuya ilişkin karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde; Bazı özellikli durumlarda başvuru yollarının tüketilmesinin aranmadığı görülmektedir. Bu durumlar genel olarak; ağır hak ihlali, kullanılacak başvuru yolunun etkisizliğinin bilinmesi, bireysel başvuruya konu ihlalin özel bir öneme sahip olması gibi durumlardır.

Federal Almanya’da; kanun yollarının tüketilmesinin aranmadığı üç durum vardır. Bunlar, a)Şikâyetçi açısından ağır ve giderilemez zarar doğma ihtimali, b)Anayasa şikâyetinin genel bir öneme sahip olması, c)Kanun yolları tüketilse bile bir sonuç alınamayacağının bilinmesidir. Federal Anayasa Mahkemesi bu istisnaları sınırlı olarak

ⁱ Bkz. AYM, Tahir Canan , Kararı , Birinci Bölüm, 18.9.2013, B.N.: 2012/969, bkz. 01.11.2013 tarih ve 28808 sayılı Resmi Gazete.

kullanmakta ve genel uygulama haline getirmemektedir (Göztepe, 1998:78-81; Kılınç, 2008:359).

İspanya hukuk sisteminde; Temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi halinde, amparo başvurusunda bulunabilmek için öncelikle bütün kanun yolları tüketilmiş olmalıdır. Amparo başvurusunun temel amacı, olağan kanun yollarının bunu gerçekleştiremediği durumlarda hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamaktır (Arnwine, 2003:250)ⁱ. Kanun yollarının tüketilmesi kuralı; hem yasama, hem yürütme hem de yargı organlarının işlemlerinden/kararlarından kaynaklanan ihlaller için geçerlidir.

İspanya’da olağan kanun yollarının tüketilmesinin aranmadığı durumlara örnek olarak, merkezi parlamento ve özerk topluluk meclislerinin yasa gücünde olmayan kararları ve yasama niteliğine haiz parlamento kararları sayılabilir. Bunlar için doğrudan Anayasa Mahkemesinde amparo başvurusu yapılabilir. Ancak bunu mutlak olarak yorumlamamak gerekir. Yasama organları içinde çalışan personelle ilgili olan ya da idari nitelik taşıyan yasama organı kararları/işlemleri için kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu koşulu taşımayan başvurular Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmektedir. Yine yasama niteliğine haiz parlamento kararının gözden geçirilmesi için bir iç mekanizma öngörülmüşse bunun kullanılması zorunludur (Arnwine, 2003:259).

Azerbaycan sisteminde ise bireysel başvurunun ikincil nitelikte bir hak arama yolu olmasının sonucu olarak bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi için, olağan tüm kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir (Aliyev, 2010:82) Azerbaycan’da olağan kanun yolunun tüketilmiş olmasının aranmadığı iki durum vardırⁱⁱ. Bunlardan ilki mahkemeye başvuru hakkının ihlalidir. Mahkemeye başvuru hakkı ihlal edilen şikâyetçi, başvuru hakkı ihlal edilmesinden itibaren 3 ay içinde doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna gidebilir. İkinci durum ise, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi sonucu başvuru sahibinin ağır ve telafisi güç zararın verilmesi diğer mahkemeler vasıtasıyla önlenememesi halinde doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna gidilebilir (Aliyev, 2010:86).

ⁱ Bkz. STC 1/1981, BOE 24.02.1981. nüm.47.

ⁱⁱ Azerbaycan Anayasa Mahkemesi Kanunu mad. 34.

Güney Kore’de de kanunlarda belirtilen diğer kanun yolları tüketildikten sonra bireysel başvuru yoluna gidilebilmektedir. Tamamlayıcılık kuralı olarak da ifade edilen bu şart ile kuvvetler ayrılığının sürdürülmesi, Anayasa Mahkemesi’nin iş yükünün azaltılması ve Mahkemenin içtihat hukukunun geliştirilmesinin sağlanması amaçlanmıştır (Kim, 1992:350). Temel kural başvuru öncesi kanun yollarının tüketilmiş olması iken, Güney Kore Anayasa Mahkemesi bu kurala bir kısım istisnalar tanımıştır. Bunlar; a)Başvuranın haklı gerekçelerle hukuk yollarını kullanamamış olması ya da bireyin uğradığı zararın kanunla öngörülen hukuk yollarıyla giderilmesi ihtimalinin pek düşük olması (Kim, 2009:148), b)Gerekli şartın başvuru sahibi açısından kendisine avantaj sağladığı öne sürülemeyecek bir hata sonucu yerine getirilememiş olması mevcut kanun yollarına başvurarak mağduriyetinin giderilemeyeceğine dair yüksek bir olasılığın mevcudiyeti, c)Bireysel başvuruda iletilen konunun anayasal açıdan genel bir öneme sahip olması, d) Kanun yollarının elverişliliği hakkında belirsizlik bulunmasıdır (Kim, 1992:351-352).

Letonya’da AYM Yasası’nın 19/2-3 maddesine göre başvurunun genel bir öneme sahip olması veya diğer hukuki çareler ihlal sonucu oluşan önemli zararı önlemede yeterli değilse, Anayasa Mahkemesi istisnai olarak kanun yollarının tüketilmesi şartını aramadan bireysel başvuruyu kabul edebilir (Aliyev, 2010:26),

Slovenya’da AYM Yasası’nın 51/1 inci maddesine göre, bireysel başvuruda bulunmak için olağan ve olağan üstü kanun yollarının tüketilmiş olma şartı aranmakta iken, aynı kanunun 51/1 inci maddesinde başvuru konusunun iddia ettiği ihlal açıkça belliyse ve başvuru konusu birel işlemin uygulanması başvuru için telafisi güç zararlar doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi istisnai olarak olağanüstü kanun yollarının tüketilmesini aramadan başvuruyu karara bağlamaktadır (Aliyev, 2010:25).

2.6- Bireysel Başvuruda Usule İlişkin Şartlar

2.6.1- Bireysel Başvuruda Süre Şartı

1982 Anayasasında 2010 yılında değişiklik yapılmasını sağlayan 5982 sayılı Anayasa değişikliği kanunu, bireysel başvuru hakkının kullanımına ilişkin gerekli düzenlemelerin 2 yıl içinde tamamlanmasını ve başvuru yolunun düzenlenmesine ilişkin yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren bireysel başvuru yoluna gidilebileceğini öngörmüştür.

Anılan düzenlemenin gereği olarak yasalaşan ve bireysel başvuru hakkını da düzenleyen 6216 sayılı Kanun 03 Nisan 2011 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Söz konusu Kanunun 45 ila 51. maddeleri arasındaki hükümler bireysel başvuru hakkını düzenlemekte olup, yürürlük başlıklı 76/1.a maddesinde kanunun bireysel başvuru yolunu düzenleyen 45 ila 51. maddelerinin 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe gireceği kabul edilmiştir. Aynı Kanunun geçici 1. maddesinin 8. bendinde mahkemenin ancak 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak başvuruları inceleyebileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu itibarla; bireysel başvuru hakkının kullanılabilmesi zaman bakımından ilk şart, bireysel başvuruya konu yapılan işlem, eylem veya kararın 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşmiş olmasıdır.

Anılan kanunun 47. maddesinin 5. fıkrasında “ *Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvurmayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvuru yolunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder*” hükmü yer almaktadır.

Bu düzenleme ile bireysel başvurunun kullanılabilmesi zamanla ilişkin ikinci şart, otuz günlük süre şartıdır. Kuşkusuz bu sürenin başlangıcı başvuru yollarının tüketilmesinden veya başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten başlayacaktır.

Her iki koşul birlikte değerlendirildiğinde; bireysel başvuru hakkına sahip olan ve başvuruya konu yapılabilecek temel hak ve özgürlüğü kamu gücü tarafından ihlal edilen ilgili tarafından, ihlale sebep olan işlem veya kararın 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşmiş olması kaydıyla başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuru yoluna gidilebilir.

Anayasa Mahkemesi, incelediği başvurularda ilk inceleme olarak başvurunun zamanında yapılıp yapılmadığını araştırır. Mahkeme, başvuru hakkının kullanılabilmesi zaman açısından uygulamaya yön verecek kararları ile zaman şartının nasıl

yorumlanacağına yönelik içtihatlarını oluşturmuşturⁱ. Söz konusu içtihatlar irdelendiğinde, mahkemenin temel gerekçesi “.. Anılan Anayasa ve kanun hükümleri uyarınca Anayasa Mahkemesi’nin zaman bakımından yetkisinin başlangıcı 23/09/2012 tarihi olup, Mahkeme, ancak bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvuruları inceleyebilecektir. ..Hukukun genel ilkelerinden birisi hukuk güvenliği prensibidir. Bu ilke, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmelerini, devletin de hukuki düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Kanunlar, ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır. Bu nedenle, bireysel başvurular bakımından Anayasa Mahkemesi’nin zaman bakımından yetkisi için kesin bir tarihin belirlenmesi ve Mahkemenin yetkisinin geriye yürür şekilde uygulanmaması hukuk güvenliği ilkesinin bir gereğidir...”

Doktrinde belirtilen gerekçenin içeriğine ilişkin eleştiriler olmuştur. Özbey’e göre, mahkemenin gerekçesini hukuki güvenlik ilkesine dayandırması isabetsizdir. Zira hukuki güvenlik ilkesi, sonuçları itibariyle maddi hukuku ilgilendirmektedir. Maddi hukuka ilişkin düzenlemeler kişi lehine ise geçmişe dönük olarak uygulanabilmektedir. Bu nedenle kararın gerekçesi, usul hükümlerine dayandırılmalı ve buna göre formüle edilmelidir (Özbey, 2013:156-157) ⁱⁱ.

Mahkemenin oluşturduğu içtihatlar komisyonlar açısından belirleyici olmuştur. Komisyonlar inceledikleri başvurularda zaman yönünden kabul edilmezlik tespit

ⁱ AYM Zafer Öztürk Kararı, Birinci Bölüm, 25.12.2012, B.N.: 2012/51; AYM Türkan Altun Kararı, İkinci Bölüm, 25.12.2012, B.N: 2012/388, her iki karar için bkz. 05.01.2013 tarih ve 28519 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱ Yazara görüşünü şu şekilde açıklamaktadır. “.. Her ne kadar yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerinden ise de, birey lehine olan maddi kuralların geçmişe yürütülmesi de aynı derecede hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu durum “ hukuki güvenlik” ilkesiyle açıklanmaktadır. Oysa bireysel başvuru, kişi lehine getirilmiş, temel hak ihlallerini ortadan kaldırmayı amaçlayan bir usul kuralıdır. Kanun koyucu siyasi tercihi gereği, kişinin lehine olduğu için bu şekildeki bir usul kuralının daha önceki ya da yürürlüğünden sonraki kesinleşmiş karar ve işlemlere uygulanmasını isteyebilir. Nitekim AİHM’ye bireysel başvuru yetkisi tanınırken de, başvurusunun belli bir tarihten sonra kesinleşen karar ve işlemlere yönelik olması şartı konulmuştur. Bu durum ‘hukuk güvenliği’ ilkesi ile de ilgili olmayıp, tamamıyla siyasi bir tercihten kaynaklanmaktadır. ...Buna göre ‘zaman’a ilişkin konulan bu kural tamamıyla kanun koyucunun bir tercihinin sonucudur. Bu sebeple, bir gerekçe konulacaksa bunun ‘hukuki güvenlik’ ilkesi değil de düzenlemenin ‘usul hukukunu’ ilgilendirmesi nedeniyle yürürlüğe girdiği tarihten sonraki işlem ve işlemlere uygulanması gerektiği düşüncesine dayandırılması ve bu kapsamda bir formülasyon yapılmasını daha uygun olduğu kanaatindeyiz” (Özbey, 2013:157).

ettiklerinde, ilgili içtihatlarla atıf yapmak suretiyle zaman yönünden kabul edilmezlik kararı vermektedirler.

Sağlam'a göre bireysel başvuru için süre şartının aranması onun olağanüstü bir yargı yolu olmasının sonucudur. Süre koşulu ile yargı kararlarının kesinliği ve hukuk güvenliği ilkeleri korunmuş olmaktadır (Sağlam, 2005:160).

Bireysel başvuru için süre şartının konması, Anayasa Mahkemesi açısından başvuruların incelenmesinin zaman bakımından sınırlarını belirlemesinden ziyade, söz konusu temel hak ihlallerinin hangi sürelerde inceleneceğini açıklığa kavuşturması suretiyle, tarafların durumlarını netleştirmesi, diğer bir anlatımla konunun kamu veya bireyler yönünden uzun süreler belirsizlik içinde kalmasının önüne geçmesi açısından önem arz etmektedir (Nalbant, 2010:235-236).

Bireysel başvuru için öngörülen 30 günlük süre, kural olarak başvuru yollarının tüketildiği tarihten itibaren başlayacaktır. Burada başvuru yollarının tükenme usulüne göre, son yargı veya idari merciine başvuru yapılmış ise, başvuru yapılan yerin kararının tebliği veya tefhimi beklenmelidir. Diğer durumlarda ise süre, kararın ilanıya veya ilan yapılmıyorsa, kararın başvurucaya herhangi bir yolla bildirilmesiyle ya da öğrenme tarihiyle başlayacaktır (Göztepe, 1998:81; Göztepe, 2011:29).

Bireysel başvuruda bulunana kamu otoritesince ilgili kararın tamamı verilmemişse, başvurucaya bu konudaki talebiyle birlikte sürenin kesildiği ve kararın tamamının başvurucaya verilinceye kadar da işlemeyeceği kabul edilmelidir. Temel anayasal hak ihlalinin bir adli ya da idari makamın ihmalinden kaynaklandığı durumlarda ise, ihmalin devamı süresince ve ihmal sona ermiş ise sona ermesinden itibaren 30 gün içinde bireysel başvuru yapılabilir (Ekinci, 2011:145; Göztepe, 1998:81-82).

Bireysel başvuru için başvuru yollarının tüketilmiş olması aranacağından, başvuru sahibi kendi hatasından kaynaklanan sebeple dava, itiraz veya temyiz süresini kaçırmış ise kanun yollarının tüketilmiş olduğundan bahsedilemeyeceğinden anayasa şikâyeti bu sebeple kabul edilmeyecektir (Kılınç, 2008:34). Öte yandan 6216 sayılı AYM Yasası'nın 47/5. maddesine göre haklı bir mazereti nedeniyle başvuru süresini kaçıranlar eski hale getirme talebinde bulunabilirler. Bunun için başvuru sahibinin mazeretin kalktığı tarihten itibaren 15 gün içinde mazeretlerini belgeleyen delillerle

birlikte mahkemeye başvurusu gerekir. Mahkeme öncelikle mazeretin geçerli bir mazeret kabul edilip edilmeyeceğini inceleyerek, mazereti kabul eder ise başvuruyu diğer şartları taşıması koşuluyla esastan inceler, mazereti kabul etmez ise süre şartını taşınamaması nedeniyle başvurunun reddine karar verir. Karşılaştırmalı hukukta bireysel başvuru için öngörülen süreler incelendiğinde; Federal Almanya hukuk sisteminde, bir mahkeme kararı veya idari işleme karşı bir ay içinde anayasa şikâyeti başvurusunda bulunulabilir. Anayasa şikâyeti bir yasama işlemine karşı yapılacak ise başvuru süresi, yasanın yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıldır.¹ Diğer bir anlatımla kanun yolları tüketildikten sonra kesinleşen mahkeme kararları aleyhine bir aylık sürede, yasa ve kanun yolu kapalı işlemler aleyhine ise bir yıl içinde başvurulması gerekecektir (Kılınç, 2008:38). Ayrıca başvuru için aranan sürede başvurunun gerekçeleri de kapsamlı bir şekilde Anayasa Mahkemesine sunulmalıdır (Mellinghof, 2009:41-42).

İspanya hukukunda yasama organlarının yasa gücü olmayan işlemleri ve kararları aleyhine kesinleşme tarihinden itibaren üç ay içinde amparo başvurusu yapılabilir. Bunun dışındaki, parlamentoların veya organlarının idari nitelikteki işlemlerine ve bunlara ilişkin yargı kararlarına karşı kesinleşmesinden itibaren; yürütme erki ve kamu yönetimi organlarının karar ve işlemlerine karşı, bunlara ilişkin mahkeme kararının taraflara tebliğ edilmesinden itibaren; yargı kararlarına karşı ise tebliğ edilmesinden itibaren, 20 gün içinde amparo başvurusu yapılabilmektedir (Arnwine, 2003:261).

Avusturya'da ise anayasa şikâyeti, işlemin yazılı olarak bildirildiği tarihten başlayarak en geç altı hafta içinde yapılabilmektedir. Sözlü olarak açıklanan kararlara karşı dava açma süresi, işlem veya kararın öğrenildiği tarihten başlar (Holzinger, 2009:62).

Güney Kore uygulamasına bakıldığında, Anayasa şikâyeti başvurusu, temel hakkı ihlal eden bir kanuna karşı yapılacak ise, davaya konu hak ihlalinin öğrenilmesinde itibaren 90 gün ve gerçekleşmesinden itibaren her halde 1 yıl içinde yapılabilir. Öte yandan, anayasa şikâyetinden önce, diğer kanun yollarına gidildiği durumlarda, son başvuru yerin kararının tebliğ edilmesinden itibaren 30 gün içinde başvuru yapılabilir (Jang-Dae, 2009:149).

Azerbaycan'daki durum incelendiğinde, Anayasa Mahkemesi kanunda, normatif hukuki işlemler için başvuru süresi öngörülmemiş olup, sadece mahkeme kararlarına karşı

¹ Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu madde 93.

yapılacak Anayasa şikayeti için hak düşürücü süre öngörölmüştür. Düzenlemeye göre, son derece mahkeme kararlarına karşı, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 6 ay içerisinde şikayette bulunulabilir (Azerbaycan AYM Yasası m. 34.4.1) Halk denetçisinin başvurularında da aynı süre aranmaktadır. Şikayetçinin mahkemeye başvuru hakkı ihlal edilmiş ise, süre ihlalin gerçekleştiği tarihten itibaren başlayarak üç aydır (Aliyev, 2010:88).

2.6.2- Başvuru Formu

Türkiye’de Anayasa Mahkemesine bireysel başvurular, 6216 sayılı AYM Yasası ve ona dayanılarak AYM Genel Kurulu tarafından kabul edilen içtüzükte gösterilen usul ve esaslar çerçevesinde yazılı olarak yapılabilmektedir. Başvuruların içtüzükte belirtilen bireysel başvuru formu kullanılarak veya başvuru formunda bulunması gereken bütün bilgileri içeren ve aynı formatta olan bir dilekçeyle yapılması zorunludur. Dava süreci, başvuru sahibinin veya temsilcisinin başvuru formunu doğrudan Anayasa Mahkemesi veya kanunda gösterilen diğer yerlerden birine vermesiyle başlar. Başvuru formunda bulunması gerekenler İçtüzük m. 59/1’de sayılmaktadır. Bu formda istenen bilgiler, tam ve okunaklı bir şekilde doldurulmalı ve başvuru tarafından imzalanmalıdır. Başvurucunun şayet bir avukatı ya da kanuni temsilcisi varsa form bunlar tarafından da imzalanır.

Form, sadece başvurunun esasına yönelik ve başvurunun karara bağlanmasında zorunlu olan özlü bilgileri içermeli ve form, toplamda ekleri hariç 10 sayfayı geçmemelidir. Sayfa sayısı belirtilenden fazla ise, başvuru formuna ayrıca başvuru formuna “Açıklamalar” kısmının en fazla 10 sayfalık bir özetini eklemesi gerekir. 10 sayfalık özetin eklenmemesi bir eksiklik olduğundan verilen süreye rağmen bu eksikliğin giderilmemesi hâlinde başvurunun reddi kararı verilebilecektir. Ayrıca dosyanın içeriği gerektirdiğinde, İçtüzüğün 59. maddesinde sayılan belgeler ya da onaylı örneklerinin, başvuru formuna eklenmesi gerekir. Başvuru formuna ek olarak sunulan belgelerin tarih sırasına göre numaralandırılarak, her bir belgenin tanımlayıcı başlıklar hâlinde dizi pusulasına bağlanması gerekir.

Başvurucunun ihlal iddiasına dayanak gösterdiği belgeler bir resmî kurumun elinde bulunuyor ve başvuru bunları temin için her türlü hukuki girişimlerini yapmasına rağmen bu bilgi ya da belgeler kendisine verilmiyorsa, başvuru bunlara

erişememe nedenlerini delilleri ile birlikte formda belirtmesi gerekir. Mahkeme, başvuruyu sonuçlandırmak için belirtilen bilgi ya da belgelerin temin ve incelenmesinin gerekli olduğuna karar verdiği takdirde ilgili kurum ya da kuruluştan söz konusu bilgi ve belgeleri resen talep edebilir.

6216 sayılı AYM Yasası'nın 47/5. maddesine göre, başvurucunun dilekçesi ve eklerinde herhangi *bir eksiklik olması* ihtimali dikkate alınarak Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü tarafından oluşturulan Bireysel Başvuru Bürosu tarafından eksikliğin giderilmesi için başvurucuya veya varsa vekiline on beş günü geçmemek üzere bir süre vermesi kabul edilmiştir. Eksiklik bildiriminde ayrıca geçerli bir mazeret olmaksızın bu sürede eksikliğin tamamlanmaması halinde başvurunun reddine karar verileceği ihtarının da yapılması gerekir (m. 47/6).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu, talep edileni kesin bir dille ortaya koyması beklenen dilekçelerin gerekçeli olmasını ve bu gerekçede de mutlaka *“ihlal edildiği iddia edilen temel hak veya özgürlük(ün), şikâyetçinin ihlalin temelinde olduğunu iddia ettiği bir makam veya organdan çıkan ihmal veya faaliyet”*in belirtilmesi gerektiğini söylemektedir (m. 23 ve 92).

İspanya'da dilekçenin *“başvurunun özel anayasal önemini ispatlamak”* durumunda olduğu belirtilmekte ve onun başvurunun temelindeki olayların kısa ve özlü bir şekilde ortaya koyar, çığnendiği iddia edilen anayasal hükümlere yer verir ve ihlal edildiği düşünülen hak ve özgürlüğün yeniden tesisi ve korunması için gerekli işleri kesin olarak belirtir bir tarzda kaleme alınması istenmektedir (Kanun, m. 49). Ayrıca dilekçeye başvurucunun temsilcisine yetki verdiğine dair belgenin ve başvuruya esas teşkil eden idarenin ya da yargı kararının örneklerinin de eklenmesi gerekir.

2.6.3- Başvuru Harcı

6216 sayılı AYM Yasası'nın 47/2. maddesi bireysel başvuruların harca tabi olduğunu belirtmiş ve 75/8. maddesi de 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununda yaptığı değişiklik ile Harçlar Kanuna bağlı (I) sayılı Tarifenin *“A) Mahkeme Harçları”* başlıklı bölümünde gerekli düzenleme yapılmıştır. Ayrıca anılan Kanunun 47/3. maddesinde harcın ödendiğine dair belgenin başvuru dilekçesine eklenmesi istenmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta anayasa mahkemelerine yapılan başvurudan harç alınmasının istisnai bir durum olduğu görülmektedir. Hem Federal Almanya hem de İspanya’da Anayasa Mahkemeleri önündeki davaların yargılama giderlerinden muaf olduğu belirtilmektedirⁱ. Oysa Avusturya’da başvuru harcı alınmaktadır.

Başvuru harcı sürecin başlatılmasıⁱⁱ için alınır ve temel amacı, tamamen gereksiz başvurularla mahkemenin zaten yoğun olması beklenen iş yükünün daha da ağırlaştırılmasının önüne geçilmesidir. Hiç harç alınmaması halinde kişiler yargıya başvurmayı bir araç haline getirebilecek ve gerçekten mağdur olanların haklarını elde etmelerinin gecikmesi ile karşı karşıya kalınacaktır. Başvuru hakkının kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi amacıyla getirilen harç uygulamasını Venedik Komisyonu da yerinde bulmaktadır (Çoban, 2010:191). Ancak bu harcın yargıya erişim hakkını kısıtlamaması için başvurunun maddi durumu dikkate alınarak harcın karşılanamaması halinde kişilerin adli yardım kurumundan yararlanması sağlanmalıdır.

Anayasa Mahkemesine göre yasama organı yargı hizmetlerinin verilmesi karşılığında harç alınmasını düzenlerken bunun Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında bulunan mahkemeye erişim hakkını zedelememesine dikkat etmelidir. Mahkeme bu konudaki değerlendirmesini yaparken de AİHM içtihatlarıyla oluşan kriterleri uygulamıştır: *“harcın miktarının makul olması”, “harcın alınmasında haklı bir amacın olması”, “ulaşılacak istenen amaç ile harç miktarı arasında orantı olması” ve “ödeme gücü olmayanlar bakımından etkili adli yardım sisteminin olması”*ⁱⁱⁱ.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesi İçtüzüğüne göre başvurunun söz konusu harcı ödeme gücünün bulunmaması hâlinde adli yardım talebinde bulunması mümkündür.

ⁱ Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun 34. maddesi *“Federal Anayasa Mahkemesi önündeki davalarda kişiler, yargılama giderlerinden muaf tutulmuştur”* derken İspanyol Mahkemesi Kanununun 95. maddesi *“Mahkeme önündeki dava ücretsizdir”* hükmünü içermektedir.

ⁱⁱ Anayasa Mahkemesi; Bireysel başvuru harcının, başvuru sürecinin başlatılması için alındığını, başvuru sürecinin, esas hakkında inceleme ile sonuçlanması zorunlu olmayıp, ön inceleme veya kabul edilebilirlik incelemesi ile de sona ermesi mümkün olduğunu, bu nedenle fazla veya yersiz olarak tahsilât yapılması hâlleri dışında, başvurudan feragat durumunda bireysel başvuru harcının iadesinin mümkün olmadığına karar vermiştir. Bkz. AYM İrfan Akkaya Kararı, Birinci Bölüm, 12.2.2013 B.N.: 2012/69, bkz. 22.02.2013 tarih ve 28567 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱⁱ Bkz. AYM Kararı, Genel Kurul, 20.10.2011, E.2011/54, K.2011/142, Bkz. 2.12. 2011 tarih ve 28157 sayılı Resmi Gazete.

Genel hükümlere göre bu konuya ilişkin talepler başvuruların kabul edilebilirliği hakkında karar verecek Bölüm veya Komisyonlar tarafından hükme bağlanır.

Bölümler veya Komisyonlar, bu yöndeki talepleri değerlendirirken başvurucunun özellikle bireysel başvuruya konu olayla ilgili diğer yargılama safhalarında adli yardımdan yararlandırılıp yararlandırılmadığını ve bu tür yardımdan yararlandırılmamış olması hâlinde ise geçen süre içinde ekonomik durumunda esaslı bir değişikliğin olup olmadığı gibi konuları dikkate alırlar. Bu nedenle başvuru, daha önce adli yardımdan yararlandırılmamış ise, maddi durumundaki esaslı değişikliği belgelendirmiş olmalıdır.

Başvurucu, başvuru harcını ödeyemeyecek durumda ise başvuru formunun son sayfasındaki sonuç talepleri bölümünde durumunu belirterek, buna dayanak gösterdiği belgeleri forma eklemelidir.

Anayasa Mahkemesi adli yardım talebine ilişkin verdiği ilk bölüm kararında konunun çözümlenmesinde 6100 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir.ⁱ

Başvuruya konu somut olayda terör olayları nedeniyle köyünü terk etmek zorunda kalan bir kimse, uğradığı zararların karşılanması için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işleme karşı açtığı davada ret kararı verilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ve hak arama hürriyetinin ihlal edildiğinden bahisle, tazminat ve adli yardım talebinde bulunmuştur.

2.6.4- Başvurunun Yapılacağı Yerler

Bireysel başvuru; Başvuru Formu veya aynı içeriğe sahip dilekçelerin ya doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesine ya da diğer mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla Anayasa Mahkemesine gönderilmesi ile yapılabilmektedir (6216 s. Yasa, m. 47/1).

Ayrıca aynı maddede “*başvurunun diğer yollarla kabulüne ilişkin usul ve esaslar İçtüzükle düzenlenir*” denilerek mektup, faks veya elektronik posta yoluyla da başvuru alınabilmesinin yolu açık tutulmuştur. Mahkemeye doğrudan doğruya yapılabilecek

ⁱ AYM, Fettah Hansu Kararı, İkinci Bölüm, 16.4.2013, B.N.: 2013/906, AYM Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr.

başvuruların yanında diğer yolların açık tutulması yargıya erişimin kolaylaştırılması açısından önemlidir. Başlangıçta kanun ile getirilen bu sınırlama, ciddi olmayan başvuruların engellenmesi amacına yöneliktir. Mahkemenin içtihadının yerleşik hale gelmesi ve bilinir kılınmasının ardından başvuru yapılabilecek yerlerin bir içtüzük değişikliğiyle genişletilmesi düşünülebilir.

Federal Alman ve İspanya örneklerinde de başvurunun yapılmasında bizdeki uygulamaya benzer bir usul benimsenmiştir. İspanyol Anayasa Mahkemesi Kanununun 85/2. maddesinde, başvuru dilekçelerinin Anayasa Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğüne veya her yerdeki hukuk mahkemeleri yazı işlerine sunulabileceği esası benimsenmiştir. AİHM İçtüzüğü'nün 47. maddesine göre ise Sözleşme'nin 34. maddesinde düzenlenen bireysel başvuru, Mahkeme Başkanı başka türlü karar vermedikçe, Yazı İşleri Müdürlüğü'nün hazırladığı başvuru formu ile ve posta yoluyla yapılabilmektedir.

2.6.5- Başvurucunun Avukatla Temsili

6216 sayılı AYM Yasası'nda bireysel başvurunun avukatla temsil zorunluluğunu getiren bir düzenleme olmadığı gibi bunu engelleyen bir hüküm de bulunmamaktadır. Başvurucu isterse bir avukatla temsil edilebilir ve bu durumda Kanunun 47/4. maddesi uyarınca, vekâletnamenin başvuru dilekçesi ile birlikte Mahkemeye sunulması gerekmektedir.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda ülkeler arasında yeknesak bir uygulamanın olmadığı görülmektedir. İspanya modelinde olduğu gibi bazı ülkeler davacı veya katılanın Anayasa Mahkemesi önünde bir avukat tarafından temsilini zorunlu görmektedir. Bu görevi yapacak avukatların ilke olarak İspanya'da baroya kayıtlı olmaları gerekir. Ancak hukuk fakültesi mezunları da kendi hak ve çıkarlarını savunmak amacıyla bizzat davada yer alabilirler (Kanun, m. 81). Federal Alman Anayasa Mahkemesi önünde ise sadece duruşmalı işlerde avukat zorunluluğu mevcuttur. Bunun dışında davanın tarafları, davanın her aşamasında bir Alman mahkemesinde avukatlık yapabilen bir kişi veya Alman yüksek öğretim kurumlarında öğretim elemanı olan bir hukuk profesörü tarafından temsil edilebilirler (Kanun, m. 22).

Başvurucunun bir avukatın hukuki yardımından yararlanması başvuruların kalitesinin yükseltilmesi açısından faydalı olabilecektir. Tam olarak hazırlanmış ve iyi

gerekçelendirilmiş bir başvuru dilekçesi, Mahkemedeki yargı sürecini hızlandıracağı gibi incelemeyi kolaylaştırıcı bir işlev de üstlenebilecektir. Ancak avukatla başvuru zorunluluğunun başvurucular için önemli bir maliyet oluşturacağı ve mali bakımdan yetersiz olanların bu yolu kullanmaktan uzak durabileceği gerçeği de ortadadır. Her ne kadar avukatlık ücretinin ödeme gücü olmayanlar açısından adli yardım mekanizması devreye sokularak yargıya erişimde bir engel olmaktan çıkarılabileceği ileri sürülse de adli yardımın hem bürokrasiyi artırdığı hem de oldukça maliyetli olduğu gözden uzak tutulmamalıdırⁱ.

Avukatla temsil zorunluluğunun olumsuz bir takım yönlerinin daha ağır basacağı düşüncesiyle kanun koyucunun bu konuda bir mecburiyet getirmekten kaçındığı söylenebilir. Ancak Mahkeme bireysel başvuruları dosya üzerinden incelemekle birlikte gerek gördüğünde duruşma da yapabilmektedir (Kanun, m. 49/4). Bu halle sınırlı olarak, Federal Alman deneyimine benzer şekilde, avukatla temsil zorunluluğu getirilebilirdi.

ⁱ İspanya örneğinde her yıl yapılan 10 bin civarında başvurunun 3500-4000'inde adli yardım talebinde bulunmaktadır. (Çoban, 2010: 190).

BÖLÜM 3: TÜRK HUKUKUNDA BİREYSEL BAŞVURU HAKKININ SINIRLARI

3.1- Bireysel Başvuru Yoluna Getirilen Sınırlama Düşüncesinin Nedenleri

Birinci bölümde ele alınıp tanımlandığı üzere bireysel başvuru, kamu otoritelerinin, kamu gücü kullanılarak yaptıkları eylem, işlem ve kararlara karşı bireylerin anayasal haklarının ihlal edildiği iddiasıyla harekete geçirdikleri, ihlale sebebiyet veren işlemin anayasallığının denetlenmesi amacıyla, bu konuda yetkilendirilmiş Mahkemeye (Anayasa Mahkemesine) müracaat hakkı tanıyan tali bir hukuksal yoldur (Harutyunyan ve Mavčić, 1999)

İnsan hakları ihlallerinin önlenmesine yönelik olarak iç hukuk düzenlemelerinde öngörülen bireysel başvuru yolu hakkı, AIHM’in yetkisinin aksine, ulusal makamlar tarafından belirli alanlarda sınırlanmıştır. Kamu gücü tarafındanⁱ ihlal edilen her türlü idari ve yargı kararlarına karşı değil, ancak yasama organının sınırlarını çizdiği alanlarda yer alan işlem ve kararlara karşı bireysel başvuru yolu kullanılabilirⁱⁱ.

Bireysel başvuru hakkına kimlerin sahip olduğuna ilişkin yasal düzenleme Anayasa’nın 148.maddesi ile 6216 sayılı AYM Yasası’nın 45 ve 46.maddelerinde yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeler incelendiğinde, bireysel başvuru hakkına ilişkin bir takım sınırlamalar öngörülmüştür. Bu bölümde söz konusu sınırlamalar irdelenecek ve bunların Anayasa ve uluslararası mevzuat çerçevesinde yerindeliği ve hukukiliği inceleme konusu yapılacaktır.

ⁱ “*Kamu gücü*” nü kullanan organlar ise başta devlet tüzel kişiliği içinde yer alan yasama, yürütme ve yargı organları ve bu organlara tabi olan merciler ile yerinden yönetim kuruluşlarıdır.” (AYM, Ali Kemal Renklioğlu Kararı, 12.02.2013, B: 2012/171, par.15, bkz. 22.02.2013 tarih ve 28567 sayılı Resmi Gazete).

ⁱⁱ Polonya hukukunda yasalara karşı bireysel başvuru yolu mümkündür. Ancak bir yasanın eksiksiz şekilde uygulanması ve bunun sonrasında bir insan hakkı ihlali mevzubahis olduğunda bireysel başvuru yoluna gidilemez. (Michal Balcerzak: “Guaranteeing the Long Term Effectiveness of the ECHR: The Importance of Effective Remedies”, Applying and Supervising the ECHR: The Improvement Of Domestic Remedies With Particular Emphasis On Cases Of Unreasonable Length Of Proceedings, Council of Europe, 2006, (http://www.echr.coe.int/Documents/Pub_coe_Domestics_remedies_2006_ENG.pdf, E.T. 01.08.2015) s. 22-25).

Söz konusu sınırlamalar bir bütün halinde incelendiğinde, yasa koyucunun bir kısım endişeler ve gereklilikler çerçevesinde söz konusu sınırlamaları getirdiği ileri sürülebilir. Yasa koyucunun öncelikle yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında uyumu tesis etme ve korumayı amaçladığı söylenebilir. Kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların inceleme konusu yapılamayacağının belirtilmesi (Anayasa m.148/4), yasama işlemleri ve düzenleyici işlemlere karşı bu yolun kullanılamaması, Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa tarafından yargı denetimi dışına bırakılan işlemlerin bu yolun kapsamı dışında bırakılması (AYM Yasası, m.45/3), kamu kurumlarına bu yola başvurma hakkı tanınmaması (AYM Yasası m.46/2) bu kaygılar doğrultusunda düzenlenmiştir.

Bireysel başvuru yolunun olağan bir yargı yolu olmaması, ikincil bir hukuki çare olarak öngörülmüş bulunması, bu yola konu edilebilecek işlem ve kararlarının incelemeye konu edilebilecek yönlerinin sınırlı olması ve ihlal kararlarının doğrudan işlem ve kararı ortadan kaldırmaması ile yasa koyucu tarafından yeni bir derece yargı yolu oluşturulmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Kamu gücü kullanıcıları arasında sahip olduğu yetkiler çerçevesinde çok önemli bir konuma sahip bulunan yasama ve yürütme organının bir kısım işlem ve kararlarının, üçüncü erk olan yargı erki tarafından tartışılmasının önüne geçilmek amaçlanmıştır. Bu şekilde erkler arası güçler dengesinin yargı erki lehine çevrilmesi önlenmek istenmiştir.

Yasama organı tarafından yapılan yasal düzenlemeler ile Anayasa'nın 148/3.maddesinde öngörülmeyen sınırlamaların AYM Yasası ile getirildiği görülmektedir. Bunun temelinde yukarıda genel olarak belirtilen endişeler yatmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'ne karşı bir güvensizlik bulunduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır. Zira AYM'nin kuruluşundan bu güne kadar, önemli bazı kavram ve kurumlar ile ilgili olarak süreç içerisinde farklı kararlar verebilmiş olması, bireysel başvuru yolunda da benzer şekilde hareket edebileceği endişelerini akıllara getirmiş ve bir kısım sınırlamalar bu nedenle öngörülmüş olabilir.

Devlet iktidarını kullanan yasama ve yürütme organlarının, yetkileri çerçevesinde yapacakları düzenlemeler ile hak ve özgürlükler üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak kamu gücü kullanma istem ve eğilimleri, bu konuda bu erkler aleyhine bir sınırlama getirilmesini engellemiş, yasama organınca (dolayısıyla bu organ içerisinde çoğunluğu

oluşturan yürütme erkinin etkisi ve yönlendirmesi ile) bir kısım sınırlamalar öngörülmüştür.

Bireysel başvuru hakkının sınırları tabiri ile başvurunun şartları ve kapsamı arasında sıkı bir bağlantı ve ilişki vardır. Zira bir konunun veya kavramın sınırlarının çizilerek, söz konusu alan içerisinde değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmek, zorunlu olarak kapsamının tayinini de beraberinde getirebilmektedir. Dolayısıyla çoğu kez konunun açıklanmasında, normal olarak bireysel başvurunun şartları ve kapsamı başlığı altında değerlendirilebilecek kimi hususlar, konumuz ile bağlantısı nedeniyle sınırlı olarak burada incelemeye tabi tutulacaktır.

Bu bölüm altındaki açıklamalarımızda, “bireysel başvuru hakkının sınırları” ibaresi, başvurunun şartları ve kapsamından ayırık şekilde, anayasa ve yasa koyucusunun salt olarak doğrudan bireysel başvuru dışında bırakmayı murat ettiği işlem ve eylemler ile bağlı kalmaya çalışacağız.

3.2- Bireysel Başvuru Hakkına Yasa İle Getirilen Sınırlamaların Anayasallığının Genel Olarak İrdelenmesi.

Bu başlık altında bireysel başvuru hakkına ilişkin 6216 sayılı AYM Yasası’nın 45. maddesinin 3. fıkrası ve 46. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan sınırlamaların anayasallığı üzerinde durulacaktır.

AYM Yasası’nın “Bireysel başvuru hakkı” başlıklı 45.maddesinin 3.fıkrası aşağıdaki şekildedir.

“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.”

AYM Yasası’nın “Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar” başlıklı 46. Maddesinin 2. ve 3. fıkrası aşağıdaki şekildedir.

“(2) Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.(3) Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz.”

Görüldüğü üzere söz konusu maddeler incelendiğinde, bireysel başvuru yolunun kullanımına bazı sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre;

- 1.Yasama işlemleri aleyhine doğrudan,
- 2.Düzenleyici idari işlemlere karşı doğrudan,
- 3.Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı,
- 4.Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlere karşı,
- 5.Kamu tüzel kişileri tarafından,
- 6.Özel hukuk tüzel kişilerince kendilerine ait olmayan hakların ihlal edildiği gerekçesiyle,
- 7.Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklar ile ilgili olarak yabancılar,

Bireysel başvuru yoluna başvur(ul)amaz.

Bireysel başvuru yolunun Anayasal dayanağını oluşturan Anayasa'nın 148.maddesinin kimler tarafından hangi nedenlerle bireysel başvuru yolunun kullanılacağına dair 3., 4. ve 5. fıkraları aşağıdaki gibidir:

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.”

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”

AYM Yasası'nın 45.ve 46.maddelerinde öngörülen sınırlamaların, Anayasa içerisinde doğrudan yer almadığı gözükmemektedir. Zira AYM Yasasında yer verilen bir kısım sınırlamalar, Anayasa'nın başkaca maddelerinde dolaylı olarak ifade edilmekle birlikte, doğrudan bireysel başvuru yolu zikredilerek öngörülen bir sınırlama maddesi bulunmamaktadır. Bu durum doğal olarak AYM Yasası'nın 45 ve 46.maddelerinin ilgili fıkralarının anayasa ile uyumlu olup olmadığı sorununu gündeme getirmektedir.

Anayasa'nın 148.maddesinin 3.fikrasında “kamu gücü tarafından” gerçekleştirilen ihlallerden bahsetmiş, ancak kamu gücünü kullanan devlet organlarının neler olduğuna dair herhangi bir tayinde bulunmamıştır.

İnsan hakları koruma mekanizmalarının ortaya çıkış sebebi, devlet iktidarı karşısında potansiyel olarak ihlal tehdidi altında olan hak ve özgürlüklerin güvence altına alınma çabasıdır. Devlet iktidarı yasama, yürütme ve yargı organları tarafından, aralarında kurulan bir denge ve kontrol mekanizması çerçevesinde kullanılmaktadır. Asıl hak ihlallerine sebebiyet verecek yasama erkinin “yasama faaliyetleri”, yürütme erkinin “düzenleyici idari işlemleri”, yargı erkinin bir kısım kararlarının bireysel başvuru yolu kapsamı dışına çıkartılmış olması, Anayasa koyucunun 148.maddesinde öngördüğü, AİHM içtihatları ile uyumlu, temel hak ve özgürlükleri açısından güvence oluşturacak bireysel başvuru modelinin gayesi ile uyuşmaz.

Öte yandan “ bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapamaz” şeklindeki düzenlemenin de başarılı olmadığı savunulmuştur (Aliyev, 2010:41) . Buna göre bireysel başvuru konusu hususu genelde mahkemelerin kanun yolunda gözetmeleri gereken hususları gözetmediğinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle bireysel başvurunun amacı kanun yolları vasıtasıyla çözülemeyen veya mahkemeler tarafında sebep olunan insan hakları ihlallerini önlemek olduğuna göre bizzat ihlale sebep olan eksiklik, ihmal veya hatanın‘ kanun yolunda gözetilmesi gereken husus’ olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi’nin inceleme yapma yetkisinin dışında tutulması, bireysel başvuru kurumunun amacına aykırı olduğu dile getirilmiştir (Aliyev, 2010:41)

Anayasa ve AYM Yasası’nın bireysel başvuruya ilişkin düzenlemeleri birlikte düşünüldüğünde bireysel başvuru yolunun, sanılan aksine, devlet işlemlerinin tüm veya önemli bir kısmı için değil, sadece yargı kararları için kurgulanan sınırlı bir yol olduğu değerlendirilmesi yapılabilecektir (Yücel, 2013:149).

Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama sebeplerinin belirsiz ve geniş şekilde yorumlanmaya müsait olması, yasama organına bu alanlarda kapsamlı bir yetki vermektedir(Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2012:133). Benzer durumun yürütmenin işlem ve eylemleri ile yargısal kararlar açısından da geçerli olduğunu söylemek güç olmayacaktır.

3.3- Bireysel Başvuru Yolunun Sınırlarına İlişkin Karşılaştırmalı Hukuk Uygulaması

Federal Alman hukuk sisteminde kamu otoritelerinin her türlü işlemlerine karşı AYM'ne bireysel başvuru yapılması olanaklıdır. Federal Almanya Anayasası'nın 1.maddesinin 3.fikrasına göre "...temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan bağlar", buradan yapılacak lafzi çıkarım sonucunda, temel haklarla ilintili olarak yasama, yürütme ve yargı organları işlem, eylem ve kararlarının bireysel başvuru konusunu oluşturduğu sonucuna varılmakta ve Alman AYM tarafından bu şekilde uygulanmaktadır (Karaman, 2013:202). Bununla birlikte Alman AYM tarafından ortaya konulan içtihatlar çerçevesinde, ihlale konu hakkın doğası ve başvuruçuların nitelikleri ile ihlale konu hak arasındaki ilişkisi gibi hususlar göz önüne alınarak, bireysel başvuru yolunun kullanımına ilişkin olarak belirli sınırlamalar ortaya konulmuştur.

İlke olarak yasal düzenlemelere karşı bireysel başvuru hakkının olmadığını kabul eden Alman AYM, istisnai olarak bazı hallerde yasa normlarının da doğrudan bireysel başvuruya konu edilebileceğini kabul edebilmektedir

İspanya hukuk sisteminde, Türkiye'deki düzenlemeye benzer şekilde, AYM açısından açıkça bir kısım sınırlamalar öngörülmüştür. Buna göre genel nitelikteki idari işlemler ve kanunlar ile kanun değerindeki genel işlemler aleyhine, merkezi yasama organı (Cortes) tarafından veya onun organları kararlarına karşı bireysel başvuru yoluna gidilemez. Yine doğrudan Kral tarafından gerçekleştirilen eylem ve işlemler bireysel başvuru kapsamı dışındadır (Holzinger, 2009; Arnwine, 2003:253; Baamonde, 2009:103).

Avusturya anayasa yargısında AYM'nin temel görevi yasaların anayasallık denetimini yapmaktır. Bunun için yasaların yürürlüğe girmesi gerekir (a posteriori denetim). AYM yasalara ilişkin anayasallık denetimini kendiliğinden başlatabileceği gibi, Anayasada belirtilen kurumların başvurusu üzerine ya da bireysel başvuru yolu ile doğrudan veya dolaylı olarak da başlayabilir. Görüldüğü üzere, Türkiye'dekinden farklı olarak, yasal düzenlemeler bireysel başvuru dışında bırakılmamış, bilakis bireysel başvurunun temel konusunun doğrudan veya dolaylı olarak yasal düzenlemeler olduğu vurgulanmıştır. Yine düzenleyici idari işlemler de bireysel başvurunun temel dayanak noktalarını oluşturmaktadırlar (Haller, 2004:179; Holzinger, 2009:61; Pekcantez,

1995:262)ⁱ. Bununla birlikte Avusturya yargı sisteminde yargı kararlarına karşı bireysel başvuru hakkı kapatılmıştırⁱⁱ.

3.4- Bireysel Başvuru Yolunun Hukuki Niteliğinin Getirilen Sınırlamalar Açısından Önemi

Bireysel başvuru yolunun sınırlarının tayini açısından söz konusu kavramın niteliğinin özel olarak ele alınması ve tespiti gerekir. Kavramın niteliklerine genel olarak birinci bölümde yer verilmesine karşın, inceleme konumuzun mahiyeti ve yapacağımız yorumlara esas teşkil etmesi açısından burada, özellikle hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda, yapacağımız değerlendirmelerde, bireysel başvuru yolunun bir hak mı, yoksa bir dava mı olduğu belirlenmeye çalışılacaktır.

3.4.1- Bireysel Başvuru Yolunun “Temel Hak” Olarak Kabulü ve Sonuçları

Bireysel başvuru yolunun hukuki niteliğinin tespiti, söz konusu kurumu düzenleyen anayasal ve yasal hükümlerden yola çıkılarak yapılacak basit bir yorum ile mümkün değildir. Zira bu hususta söz konusu metinlerde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle öğretilerde kabul edilen çeşitli yöntemler vasıtasıyla belirleme yapılabilecektir. Konuya dair Anayasal ve yasal düzenlemelerin içeriğine ve mahiyetine bakarak çözüm bulmaya çalışan “maddi yaklaşım” ile düzenlemelerin lafzına ve düzenlemenin formüle edilmiş tarzına dayanarak çareler arayan “şekli yaklaşım” kullanabileceğimiz yöntemlerden biridir (Şirin, 2013:15). Temel hak ve özgürlükleri içerip teminat altına alan ulusal ve uluslararası düzenlemeler yaşayan metinler olup, statik değil dinamik şekilde yorumlanıp uygulanmalarını gerektirir (Ramcharan, 1995:5). Zamana, yere ve

ⁱ Konuya ilişkin **Avusturya Federal Anayasası’nın 140/1.maddesinin ilgili cümlesi şu şekildedir:** “...Herhangi bir kanunun Anayasa’ya aykırı olmasından dolayı doğrudan zarar gördüğünü iddia eden kişiler de söz konusu kanuna karşı Anayasa Mahkemesi’nde dava açabilir. Ancak bunun için, söz konusu kanunun herhangi bir mahkeme kararına ya da idari işleme gerek duyulmaksızın doğrudan doğruya hukuki sonuç doğurması şarttır; bu başvurular için 89. maddenin 3. fıkrası uygulanır”. **Anayasa’nın bireysel başvuru hakkını ve kapsamını düzenleyen Anayasa’nın 144/1.maddesine göre** “Anayasa Mahkemesi, Bağımsız İdari Kurullar dahil olmak üzere idari makamların işlemlerine karşı, Anayasa ile güvence altına alınan bir hakkının söz konusu işlem nedeniyle ihlal edildiğini iddia eden ya da kanuna aykırı bir düzenleyici işlemin uygulanması veya bir kanunun hukuka aykırı bir şekilde duyurulması veya Anayasa’ya aykırı bir kanunun uygulanması veya hukuka aykırı bir uluslararası anlaşmanın uygulanması nedeniyle herhangi bir hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin şikayetlerini karara bağlar”. (Holzinger., 2009:77 vd.).

ⁱⁱ Avusturya AYM’nin bireysel başvuru yolu ile sadece idarenin işlem ve eylemlerini inceleme yetkisinin bulunması nedeniyle, bu Mahkeme öğretide “Özel İdare Mahkemesi” olarak da adlandırılmaktadır. (Pekcanitez, 1995:262; Holzinger, 2009:61).

kişiyeye göre farklı manalar kazanabilirler. Maddi veya şekli yöntemin tek başına kullanılarak yapılacak zihin yürütme faaliyetleri bizleri yanlış sonuçlara götürebilir.

Şekli yaklaşıma göre bir değerlendirme yapmak gerekir ise, bireysel başvuru yolunun 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği ikinci kısımda düzenlenmediği açıktır. Yine bireysel başvuru yolunun anayasal temelini oluşturan 148.madde hükmünün ne başlığında ve içeriğinde ve ne de sistematik olarak bulunduğu kısım ve bölümde, bu yolun hak olduğuna dair bir ibare yer almamaktadır. Bu bilgiler ışığında bireysel başvuru yolunun temel bir anayasal hak olmadığı yorumu yapılabilir ise de, Anayasa'nın "hak arama hürriyeti" başlıklı 36.maddesi, "temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlıklı 40.maddesi, "anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını" düzenleyen 11. Maddesi birlikte incelendiğinde, bireysel başvuru yolunun "temel bir hak" olduğu sonucu çıkmaktadır(Şirin, 2013:18-20).

Bireysel başvuru yolu, "*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.*" hükmünü içeren Anayasa'nın 40.maddesinde geçen "*yetkili makam*"ın 148.maddesinde özel olarak belirtilmesi sonucunda, 36.madde çerçevesinde yargısal başvuru mercii olarak bireylere Anayasa Mahkemesi'ne müracaat etme yetkisi veren temel bir haktır (Şirin, 2013:20) ⁱ.

Maddi yaklaşım çerçevesinde de, bireysel başvuru yolunun bir hak olarak kabulü gerekir. Her ne kadar söz konusu kurumu düzenleyen 148.madde de buna ilişkin somut bir belirleme yer almamakta ise de, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için öngörülen sistem içerisinde önemli bir yere sahip olan bireysel başvuru yolunun, temel bir hak olarak kabul edilmemesi düşünülemez (Şirin, 2013:20-21).

Anayasanın 148.maddesinde bireysel başvuru yolunun hak olduğu konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemesine karşın, söz konusu kurumunun uygulama esaslarını göstermek amacıyla kabul edilen Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45.maddesinin başlığı "Bireysel Başvuru Hakkı" şeklindedir.

ⁱ Doğrudan bireysel başvuru yolu nitelendirilmemiş ise de, öğretide, Anayasa'nın 40.maddesi bağlamında, temel hak ve özgürlüklerin korunması çerçevesinde yetkili makamlara başvuru hakkı çerçevesinde yargısal yollara başvuru hakkının temel bir hak olarak kabul edildiği konusunda bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu: 2012: 198.

Almanya hukuk sisteminde, bireysel başvuru yolu (anayasa şikayeti) genel olarak bir “hak” olarak kabul görmektedir. Karşılaştırmalı hukukta genel olarak bireysel başvuru hakkı, usuli ve negatif statü haklarından biri olarak kabul edilmektedir (Şirin,2013:22-25).

Temel hak ve özgürlüklerin nasıl ve ne şekilde sınırlamaya tabi tutulacağı Anayasa’nın 13.maddesinde *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyi destekler ve temel hak ve özgürlükleri daha teminatlı kılmak için Anayasa’nın 12. Maddesinde temel hak ve özgürlüklerin nitelikleri, 14. Maddesinde kötüye kullanma yasağı, 15.maddesinde olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin nasıl ve ne şekilde sınırlandırılabilceği gibi düzenlemelere yer verilmiştir. Bireysel başvuru yolunun temel hak olarak kabul edilmesi halinde, anayasal hükümlerin korumasından yararlanacak, aksi takdirde yararlanamayacaktır(Şirin, 2013:27-28).

Temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanun ile hakkın özüne dokunulmaksızın ve ölçülülük ilkesine uygun olarak yapılabilir. Bu halde bireysel başvuru temel hak olarak kabul edildiğinden, KHK ile bireysel başvuru yoluna ilişkin bir düzenleme yapılması olanaklı değildir. Zira Anayasa’nın 91.maddesi “temel haklar, kişi hakları ve ödevleri” hakkında KHK düzenlenemeyeceğini emretmektedir.

3.4.2- Bireysel Başvuru Yolunun “Dava” Olarak Kabulü ve Sonuçları

Bireysel başvuru yolu, yasal mevzuatta öngörülen yasal yolların tüketilmesi sonrasında, özel olarak anayasal ihlallerin tespitini konu edinen bir dava olduğu söylenebilir. Bireysel başvuru yolunun bir dava olduğu konusunda tereddüt bulunmamakla birlikte, bu davanın “sübjektif” veya “objektif” bir dava olduğu üzerinde durulmalıdır (Şirin, 2013:30-31). Zira kabul edilen türe göre, söz konusu davanın mahiyeti ve sonuçları çeşitli yönlerden farklılık arz edecektir.

Sübjektif davadan kasıt, daha çok kişilerin kendilerine ait haklar ile ilgili uyuşmazlıkları konu alan davalar iken, objektif dava ile anlatılmak istenen ise kişisel hak ve taleplerin

üzerinde genel olarak genelin hak ve sorumluluklarını etkileyebilecek, bu nedenle hukuk düzeni açısından problem oluşturan hususları konu alan davalardır. Bu özellikleri itibarıyla temel olarak sübjektif davaları, hakları ihlal edilen kişilerin bireysel olarak yürütmeleri gerekmekte iken, objektif dava açısından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Objektif dava, re'sen araştırma ilkeleri uygulanarak, davaya konu olayı karara bağlayacak merci tarafından kendiliğinden devam ettirilerek sonuca bağlanır (Şirin, 2013:30).

Gerek sübjektif ve gerekse de objektif davada kişilerin haklarının korunması söz konusu olmakla birlikte, objektif davanın temel amacı kamu gücünü kullanan organların hukuka uygun olarak davranmalarını, eylem ve işlemlerinin hukuk devletinin bir gereği olarak, normlar hiyerarşisi çerçevesinde hukuka uygunluğunu sağlamaktır. Objektif dava sonucunda, bireylerin kişisel hakları da teminat altına alınmaktadır, ancak bu dolaylı bir sonuçtur (Şirin, 2013:31).

Bireysel başvuru davasının sübjektif veya objektif dava olup olmadığı hususunda net bir söylemde bulunmak olanaklı değildir. Ancak söz konusu kurumun belirli özelliklerinden yola çıkarak, hangi dava türüne daha yakın olduğu konusunda çıkarımlarda bulunmak mümkündür.

Anayasa'nın 148.maddesine göre "hakkı ihlal edilen" kişilerin bireysel başvuru yoluna gitmesi olanaklıdır. Dolayısıyla hakkı ihlal edilen kişi dışında kalan kişilerin, ihlal edilen hak ile ilgili olarak bu yolu kullanıp kullanamayacakları, Anayasa Mahkemesi tarafından "*hakkı ihlal edilen (kişi)*" kavramını nasıl ve ne şekilde yorumlayacağı ile ilgilidir. Dar bir yorum yapılması durumunda doğrudan hakkı ihlal edilen kişinin bireysel başvuru yolunu kullanması gerekecek iken, bu kavramın geniş yorumlanması durumunda doğrudan olmasa da, dolaylı veya muhtemel olarak hakkı ihlal edilen kişilerin de "ihlal edilen hak" ile ilgili olarak bireysel başvuru yolunu işletebilmeleri mümkün olabilecektir.

Görülmekte olan bir dava sırasında davaya bakan mahkeme, anayasa aykırı bir kanunun varlığını tespit etmesi durumunda, kendiliğinden davanın taraflarının istemlerini beklemeksizin, söz konusu düzenlemenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmektedir. Bu durum somut norm denetimi yolunun objektif bir dava özelliği

taşıdığını göstermektedir. Bununla birlikte bireysel başvuru yolu, kamu makamlarınca resen kullanılabilecek bir yöntem değildir.

Anayasa koyucu 148.madde de daha geniş anlama sahip bulunan “menfaat” yerine “hak” kavramını oturtmuştur.

Anayasa’nın 11.maddesi anayasanın üstünlüğünü düzenleyen, hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağladığını emredici şekilde ilan eden bir hükümdür. Bireysel başvuru yolu ile kişilerin ihlal edilen subjektif haklarının mı, yoksa daha genel olarak ihlale konu hükmün anayasal düzenden çıkartılmasını sağlayarak hukuk devletinin mi bir koruyucusu olduğu tartışmasında 11. Madde önemli bir ölçütdür. Kamu gücü tarafından hakkı ihlal edilen kişi bireysel başvuru yolunu başlatmakta özgürdür, ancak başvurunun devam edip etmemesi noktasında tamamen serbest olup olmadığı konusu üzerinde durulup irdelenmesi gereken önemli bir husustur. Zira bireysel başvuru hakkı, temel bir haktır. Bu özelliği itibariyle “kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez (md.12) bir haktır. Bununla birlikte hukuk devleti normları, ilke ve prensipleri çerçevesinde kabul edilemeyecek ağırlıkta bir ihlale karşı bireysel başvuru yoluna başvurulması ve sonradan dava sahibinin davasından vazgeçmesi halinde davanın, anayasal düzenin, temel hak ve özgürlükleri koruyucusu olma görev ve sorumluluğunda bulunan bir yargı organı tarafından devam ettirilemeyeceği kabul edilemez. Böyle bir kabul Anayasa’nın 11, 12, 36, 40 ve 148.maddelerini etkisizleştirecek, halk oylaması ile kabul edilerek anayasal sistemimize dâhil edilen bireysel başvuru yolunu anlamsızlaştıracak ve temel hak ve özgürlüklerin korunması için ulusal ve uluslararası sözleşmeler ile ortaya konulan irade ile bağdaştırılamayacak bir durum ortaya çıkacaktır.

Anayasa ve ilgili yasal düzenlemede bireysel başvuru davasının objektif özelliği açıkça belirtilmemiş ise de, temel hak ve özgürlüklerin önemi, hukuk devleti olmanın ve anayasal yargı sisteminin mahiyeti gereği yasa koyucu, 148.maddede açıkça belirtilmemiş olmasına karşın, AYM Kanunu’nun 49/5.maddesinde (ve AYM İçtüzüğü’nün 73.maddesi), bireysel başvuru sırasında Mahkeme’nin, temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında zorunlu gördüğü tedbirleri resen alabileceği hükme bağlanmıştır. Zorunlu tedbirlerin uygulanması noktasında başvuru sahibinin iradesi bulunabileceği gibi, bu konuda bir talebinin yer alması gerekli değildir.

Bireysel başvuruyu kabul eden Avrupa ülkelerinin büyük kısmında (Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Polonya, Macaristan, Rusya, Sırbistan, İsviçre, Makedonya, Ukrayna ve Andorra) başvuru sahibi davasını geri çekmek istese de, davaya bakmakla yetkili makam gerek gördüğü durumlarda davayı devam ettirerek ihlal kararı verebilmektedir Harutyunyan, Nussberger ve Paczolay. 2010:40).

AYM İçtüzüğü'nün 75.maddesinde “pilot karar usulü”ne yer verilmiştir. Söz konusu usul incelendiğinde, Mahkeme'nin önüne gelen bireysel başvuruya konu işlem veya karar ile ilgili olarak, sadece kişilerin temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine dair tespit ile yetinmeyerek, söz konusu işlem veya kararın “yapısal bir sorun” olup olmadığı tespiti yapabileceği, bu yapısal sorunun giderilmesi için alınması gerekli tedbirleri öngörebileceği, belirleyeceği ilkeler çerçevesinde idari mercilerce yapısal sorunun giderilmesinin beklendiği belirtilmiştir. Yine benzer şekilde AYM İçtüzüğü'nün 80.maddesinde, başvuru sahiplerinin başvurularından feragat etmek veya başvuruyu takipsiz bırakmak ya da başvuruya konu hak ihlalinin ortadan kaldırılmış olması nedenleriyle düşme kararı verilmesi gerekirken Mahkemenin, “*Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ya da insan haklarına saygının gerekli kıldığı hâllerde incelemeye devam edebileceği*” ve sonucuna göre bir karar vereceği düzenlenmiştir.

Anayasa ve ilgili yasal düzenlemede yer almayan bir düzenlemenin içtüzük ile getirilmiş olması, normlar hiyerarşisi açısından çeşitli tartışmalara sebebiyet verebilecektir. Ancak bireysel başvuru yolunun mahiyeti, bunu inceleyip karara varacak Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından kurgulanan anayasal sistemin güvencesi ve sistem çerçevesinde iç hukuk yollarının en son basamağı olması, ağır ve sistematik insan hakları ihlallerinin varlığı halinde buna seyirci kalmasının mantıksızlığı gibi hususlar gözönüne alınarak Anayasa Mahkemesi çıkardığı içtüzük ile, esasen Anayasa'nın 148/3.maddesinde var olan ancak AYM Kanunu'nun 45.maddesi ile sınırlanan görev ve yetkisi hayata geçirilmek istenmiştir. Konuya dair Mahkeme'nin yaklaşımı açısından verdiği ipucu noktasında önemli bir düzenlemedir. Bu çerçevede AYM'nin bireysel başvuru yolunun objektif dava olduğu konusunda bir kabulünün olduğu söylenebilecektir.

3.5- Zaman Bakımından Öngörülen Sınırlama

Anayasa'nın Geçici 18.maddesinin son fıkrasında yer alan “*Bireysel başvuruya ilişkin gerekli düzenlemeler iki yıl içinde tamamlanır. Uygulama kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bireysel başvurular kabul edilir*” şeklindeki hüküm gereği düzenlenen AYM Yasası'nın 74/8.maddesine göre “*Mahkeme, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler.*” Bu düzenleme ile bireysel başvuru yolu açısından, hakkı ihlal edilen işlem ve kararlar ile ilgili olarak belirli bir zaman sınırlaması getirilmiştir. **23 Eylül 2012** tarihinden önce kesinleşen işlem ve kararlar aleyhine AYM'ye başvuru mümkün değildir. Bu tarih AYM'nin zaman bakımından yetkisini (rationetemporis) tayin eder. Bu tarih öncesinde hak ihlaline maruz kalan bireyler, iç hukuk yollarını tükettikten sonra, bu kapsamda kalan işlem ve kararlar aleyhine AYM'ye değil, doğrudan AİHM'e başvurarak koruma talebinde bulunabileceklerdir.

23 Eylül 2012 tarihi ile AYM'ye yapılacak bireysel başvuru yolu zaman bakımından sınırlanmış olmakla birlikte, bu sınırlama, ilgili işlem ve karara konu somut haklar ile ilgilidir. Bu kararın dışında, ancak bunlarla bağlantılı olan hak ihlallerinin varlığı durumunda, söz konusu hak ihlali 23 Eylül 2012 tarihi sonrasına taşmış ve etkilerini halen devam ettirmiş ise bu halde hak ihlali iddiası AYM önünde bireysel başvuruya konu yapılabilecektir.

AİHM benzer bir olaya ilişkin olarak Türkiye aleyhine yapılan bir başvuruda, 1980 yılında gözaltına alındıktan sonra kaldırıldığı hastanede vefat eden kişi ile ilgili, olaya karışan güvenlik güçleri aleyhine açılan ceza davasının 2003 yılında sonuçlandığı ve iki kamu güvenlik gücü mensubuna 2 yıl 1 ay hapis cezası verilen olay hakkında yapılan başvuruda, olayın Türkiye'nin Komisyonun inceleme yetkisini tanıdığı 28 Ocak 1987 yılından önce gerçekleşmiş olması nedeniyle, olay hakkında yapılan soruşturmanın etkililiği konusunda yetkisinin olmadığına karar vermiştir. Buna karşın AİHM, aynı olayda 1987 yılından sonra yapılan soruşturma ve yargılama işlemlerinin etkililiği ve sonucunda verilen hapis cezasının ölçülülüğü ve orantılılığını inceleme konusu yaparak Sözleşmenin 2.ve 3.maddelerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹.

¹ Teren Aksakal v. Türkiye, 11.09.2007, B.N.: 51967/99.

AYM'nin de benzer bir yaklaşım tarzı benimseyerek, 23 Eylül 2012 tarihinden önce gerçekleşen ve biten hak ihlalleri ile ilgili olarak zaman bakımından yetkisi olmaması nedeniyle değerlendirme yapamayacak ise de, daha önceden başlayan ve ancak belirtilen tarihten sonra devam eden hak ihlallerinin varlığı durumunda, 23 Eylül 2012 tarihinden sonrakilerine ilişkin tespit ve değerlendirmeler yapmak için yapılacak bireysel başvuruları kabul etmelidir.

Yasa tarafından öngörülen 23.09.2012, kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle AYM tarafından resen gözönünde bulundurulması gereken ve bu şartı taşımayan başvuruların zaman yönünden yetkisiz bulunarak kabul edilemez bulunmasını sonuçlayan bir tarihtir. Bu tarihten önce verilmiş ve kesinleşmiş kararlar aleyhine, gerekli şartları taşıdığı taktirde AİHM'e başvuru yapılmasının önünde herhangi bir engel yoktur (Ekinci ve Sağlam, 2014:25; Turan, 2014:115).

Bireysel başvuru yolunun, bir hukuki çare olarak hakları ihlal edilen bireyler tarafından kullanımı için yasa koyucu tarafından başlangıç tarihi olarak belirlenen 23 Eylül 2012 tarihinden başka, bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar için ikinci bir süre öngörülmüştür. AYM Yasası'nın 47.maddesinin 5. Fıkrasına göre *“Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler”*ⁱ. Olağan halde 30 gün içerisinde, mazeret halinde ise mazeretin sona erdiği tarihten itibaren 15 gün zarfında bireysel başvuru yolunun kullanılmaması, yapılan başvurunun kabul edilemez bulunmasına sebebiyet verecektir.

3.6- Kişi Bakımından Öngörülen Sınırlamalar

3.6.1- Genel Olarak

Anayasa'nın 148/3.maddesinde belirtildiği üzere, temel hak ve özgürlüklerinden herhangi biri kamu gücü tarafından ihlal edilen *“herkes”* bireysel başvuru yolunu

ⁱ AYM Yasası'nın 47.maddesi gerekçesinde bireysel başvuru için 30 günlük süre öngörülmesinin nedeni *“Bireysel başvurunun kişisel ve güncel bir temel hak ihlalinin ortadan kaldırılmasına yönelik bir anayasal kurum olması, başvuruların belirli bir sürede yapılmasını zorunlu kılmaktadır.”* şeklinde gösterilmiştir.

kullanabilirⁱ. *Herkes* dil bilimi açısından bütün kişiler (her kişi) anlamına gelir. Kişilik, insanlara tanınan hukuki bir statüdür. Her insan, doğrudan ve tabi olarak hukuk tarafından “kişi” olarak kabul edilmeyebilir. Günümüz modern hukuk anlamında “kişi” ibaresi sadece gerçek kişileri değil, tüzel kişileri de ifade etmek için kullanılan bir üst kavramdır (Şirin, 2013:145-146).

Lafzi olarak yapılacak bir yorum sonucunda hukuk düzeni tarafından kişi olarak kabul edilen ve Anayasa ile teminat altına alınan herhangi bir hak ve özgürlüğü ihlal edilen *herkes* bireysel başvuru yolunu kullanabilir. Ancak “hak” kavramının hukuki olarak öngörülen sınırları, hakların mahiyeti itibariyle dava açacak öznelere arasında ayırma gitmeyi zorunlu kılması, usul kurallarınca öngörülen teknik nedenlerden dolayı, bireysel başvuru yoluna başvuran kişiler arasında bir sınırlama yapılması kaçınılmazdır (Şirin, 2013:146).

Herkes Anayasada yer alan her hakkın mutlak sahibi ve kullanıcısı değildir. Yine her hak sahibinin, yargı organları önünde hakkını talep etmek ve savunmak açısından “taraf ehliyetine” sahip olduğu da söylenemez. Hak ve taraf ehliyetine ilişkin olarak Anayasa’da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa’nın 12.maddesinde, öz itibariyle taraf ehliyetinin düzenlendiği ve *herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlerine sahip olduğunun* belirtildiği gözden uzak tutulmamalıdır. HMK’nın 50.maddesine göre “*medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir*”. Medeni haklardan yararlanma ehliyetinden anlaşılması gerekenin ne olduğu ise Medeni Kanun’un 8.maddesinde “*her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler*” şeklinde formüle edilmiştir. Hak ehliyeti, çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren başlar (MK. 28.madde).

Dava, taraf ve hak ehliyeti kavramlarının kapsam ve içeriğinin belirlenmesi açısından Anayasa Mahkemesi, ikincil alt normlardan yararlanabilir. Ancak bu noktada AYM’nin mutlaka bunlardan yararlanması ve alt normlarca belirlenen ilke ve prensipleri dışına çıkmaması gerektiğini iddia etmek olanaklı değildir. Zira ilk olarak normlar hiyerarşisi

ⁱ Türkiye Anayasa düzenlemesine benzer şekilde, Federal Almanya, Avusturya, İspanya, Meksika ve Güney Kore anayasa yargısında temel hakları ihlal edilen herkesin bireysel başvuru yolunu kullanabileceğine yer verilmiştir.(Kılınç: 2008:27).

çerçevesinde Anayasa hükümleri tüm yasaların üzerindedir, anayasa hükümlerini uygulamak ve yorumlamak ile görevlendirilen AYM'nin alt normların dar kalıpları içerisinde kalarak eylem ve işlemlerini sürdürmesini beklemek ve bunu zorunlu kılmak normlar hiyerarşisine aykırıdır. Yine Anayasa'nın 148/5 ve 149.maddeleri çerçevesinde AYM'nin, özerk ve otonom yapısı da göz önüne alınarak, Anayasa ve yasalar ile düzenlenmeyip, bilerek veya ihmal edilerek açık bırakılan alanları, kendi iç tüzüğü ve içtihatları ile temel hak ve özgürlük sahasını genişletecek şekilde doldurması mümkündür. Türk anayasal düzenine bireysel başvuru yolunun getirilmesinin temel nedenlerinden biri, AİHM önünde Türkiye aleyhine yapılan başvuruların sayısı, verilen ihlal kararlarının sayısı ve niteliğidir. Bireysel başvuru yolu ile AİHM tarafından benimsenen ilke ve prensipler çerçevesinde bir yargılama yapılarak, şikâyetlerin AİHM önüne gitmesinin önlenerek, hak ihlallerinin ulusal makamlarca çözüme kavuşturulmasıdır. Bu çerçevede AYM'nin uygulamalarını AİHM pratiğine yakınlaştırması ve onun ile uyumlaştırması beklenmektedir/gerekmektedir. AİHM'in dava ve taraf ehliyeti konusunda hak ve özgürlükleri genişleten bir yaklaşımı benimsediği rahatlıkla söylenebilir(Şirin, 2013:152-154)ⁱ.

AYM'nin önünde, anayasal ve yasal olarak boş bırakılan alanlar ile ilgili olarak, karşılaştırmalı hukukta yer alan muadil yargı organları tarafından üretilen prensipler ve kavramlar ile uluslararası insan hakları mekanizmaları tarafından ortaya konulan yaklaşımlardan yararlanarak, kendine has, anayasa yargısını zenginleştirici, temel hak ve özgürlüklerin alanını genişleten ve kamu gücü kullanan organların görev ve yetki sahalarını daha da belirginleştiren kavramlar oluşturup kullanabilir.

AİHM uygulamasında, bireysel başvuru yolunu kullanma hakkı bulunacak kişilerde aranan “mağdur” olma hali, ulusal iç hukuk kurallarında tanımlanan “menfaat”, “hukuki işlem yapmaya ehil olma” kavramlarından bağımsız ve özerk şekilde yorumlanmaktadırⁱⁱ. Mağdur sıfatına sahip olmak için muhakkak bir zarara uğramış olmak gerekmezⁱⁱⁱ. ‘Mağdur’ kavramı AİHM tarafından, günümüz yaşam koşulları

ⁱ İçtüzük açısından Anayasa Mahkemesine tanınan özerkliğin ve kendi çalışma usul ve esaslarını belirleme yetkisinin, yargılama usulü dışında kalan alanlara ilişkin olduğu, dolayısıyla yargılamaya ilişkin olan alanlar hakkında iç tüzük ile düzenleme yapılamayacağı haklı olarak savunulmaktadır (Kandoğlu, 2004: 5 vd.)

ⁱⁱ Bkz. *Gorraiz Lizarraga ve diğerleri v.İspanya*, B.No: 62543/00, par. 35.

ⁱⁱⁱ *Marckx v. Belçika*, 13 Haziran 1979.

ışığında geliştirici şekilde yorumlanır ve gereksiz şekil şartlarına sıkı sıkıya bağlı kalınmayarak başvuru hakkının önüne geçilmemesi amaçlanır.

Anayasa'nın 148/3.maddesinde yer verilmemesine karşın, AYM Yasası'nın 46.maddesinde kamu tüzel kişileri, özel hukuk tüzel kişileri ve yabancılar açısından, bireysel başvuru hakkının kullanımı ile ilgili olarak bir takım sınırlamalar öngörülmüştür.

AYM Yasası'nın 46.maddesi aşağıdaki şekildedir.

“(1) Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.

(2) Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlâl edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.

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

Aşağıda sırasıyla kişiler bakımından getirilen bu sınırlamalar inceleme konusu yapılacaktır.

3.6.2- Bireysel Başvuru Hakkı Sınırlanan Kişiler

3.6.2.1- Kamu Tüzel Kişileri

Anayasa'nın 148/3.maddesinde bireysel başvuru yolunu, hakkı ihlâl edilen “herkesin” kullanabileceği belirtilmiştir. Buna karşın AYM Kanunu'nun 46/2.maddesine göre “Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlâl edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.” Anayasada yer almayan bir sınırlamanın neden Yasada öngörüldüğü, söz konusu maddenin gerekçesinde “*Bireysel başvurunun kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlâllerine karşı tanınan yol olması nedeniyle, kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınması, bu anayasal kurumun hukukî niteliği ile bağdaşmaz*” şeklinde gerekçelendirilmeye çalışılmıştır.

Söz konusu düzenlemeler ışığında kamu tüzel kişilerinin Anayasa'nın 148/3 maddesindeki düzenleme çerçevesinde, “herkes” ibaresi bağlamında değerlendirilip

değerlendirilemeyeceği, AYM Yasasındaki düzenlemenin nasıl yorumlanıp uygulanması gerektiği, normlar hiyerarşisi çerçevesinde üzerinde durulması gereken önemli bir husustur.

3.6.2.1.1-Temel Hak ve Özgürlükler Kullanıcısı Olarak Kamu Tüzel Kişiliği Kavramından Anlaşılması Gereken

Hukuk düzeni tarafından gerçek kişiler dışında bir takım varlıklara da “kişi” sıfatı tanınmıştır. Bu, insan ömrünün ve imkânlarının sınırlılığı nedeniyle, bazı amaçlara ulaşmaktaki zorluk ve bunların gerekliliği noktasında ortaya çıkmış bir zorunluluktur. Bu anlamda “tüzel kişi”, gerçek kişiler haricinde kişi sıfatına dahil varlıkları belirten, belirli niteliklere sahip, belli amaca yönelmiş kişi ve mal topluluklarıdır (Serozan, 2011:439-440). Buna göre tüzel kişiler kişi ve mal toplulukları olmak üzere iki sınıfa ayrılırlar (Kalabalık ve Erdem, 2014: 324)

Kamu tüzel kişileri, kamu otoritesine sahip, kamu görevi icra eden tüzel kişiler şeklinde tanımlanabilir. Diğer bir anlatımla kamu tüzelkişileri kamu hukukundan doğan tüzel kişiliklerdir (Kalabalık, 2008:61; Kalabalık ve Erdem, 2014: 325)ⁱ. Anayasa’da kamu tüzel kişisi kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanmamakla birlikte, söz konusu kavrama birçok maddede yer verilmiştir (Şirin,2013:227)ⁱⁱ. Anayasa’ya göre kamu tüzel kişisi, kanunla veya kanunun açıkça yetki verdiği hallerde kurulabilir (md.123/son). Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 55. maddesi ve Anayasa’nın ilgili maddesi ışığında bir sonuca varmak gerekirse, kamu tüzel kişiliği kendiliğinden teşekkül edebilecek veya bireylerin inisiyatifıyla oluşturulabilecek birlikler değildir, her halde yasama organının doğrudan veya dolaylı iradesine bağlı olarak hukuk dünyasında tezahür edebilirler (Gözübüyük ve Tan, 2008:182; Duran, 1982:71)

Anayasa Mahkemesi mahalli idarelerle ilgili vermiş olduğu bir kararında kamu tüzel kişilerinin özelliklerini şu şekilde belirlemeye çalışmıştır.ⁱⁱⁱ “*Anayasa’nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olup kanunla düzenleneceği, kuruluş ve görevlerinin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanacağı*

ⁱ Kamu Tüzel Kişiliği kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Kalabalık, 2008: 61-69.

ⁱⁱ Anayasa md.29/son, 31/1, 46/1, 47/3-4, 82/1, 123/3, 124/1, 127/1, 128/1, 130/1, 133/son, 134/1, 135/1, 161/1.

ⁱⁱⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 18/10/2012 , E.2010/82, K.2012/159, bkz, 23.07.2013 tarih ve 28716 sayılı Resmi Gazete.

belirtilmiştir. Buna uygun olarak 126. maddede, merkezi idareye, 127. maddede ise mahallî idarelere ilişkin esaslara yer verilmiştir.

Mahallî idareler, il, belediye veya köy gibi belli yerlerde oturanların, mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere, merkezi idarenin dışında, devletten ayrı tüzel kişilikleri bulunan, belli bir özerkliğe sahip olan, karar organları seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileridir. Bir başka ifadeyle, bir yöredeki ortak ve yerel nitelikteki gereksinimlerin yeterli şekilde karşılanabilmesi için, hizmeti yerine getirmekle görevli kamu tüzel kişiliklerine özerklik tanınmasıdır. Bu yönetim şekli, merkezi yönetimin malvarlığından ayrı malvarlığı, bağımsız gelir kaynakları ve bütçesi olması esasına dayanır.”

Danıştay'a göre, "Kamu tüzelkişiliği; idarenin bir organının veya kurumunun, genel idarenin dışında, hak ve fiil ehliyetine sahip olması; yani, bir hukuk süjesi olması demektir. Kamu tüzelkişiliği ancak yasayla veya yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulabilmektedir. Yasa, kendisinin vücut verdiği idarenin bir organına veya kurumuna hak ve fiil ehliyetini kazandırmaktadır. Bu niteliğinden dolayı, kamu tüzelkişisi, idari vesayet ilişkisi dışında, genel idareden bağımsızdır."ⁱ

3.6.2.1.2. Karşılaştırmalı Hukukta Kamu Tüzel Kişilerin Başvuru Hakkı

Federal Almanya Anayasası'nın 19/3.maddesinde yerli tüzel kişilerin niteliklerine uygun olarak temel haklardan yararlanabileceği belirtilmesine karşın, bu tüzel kişiler arasında özel veya kamu tüzel kişisi ayrımı yapılmamıştır. Yine Alman AYM Yasasında konuya ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiş ve konunun değerlendirilmesi AYM'nin içtihatlarına ve uygulamasına havale edilmiştir (Sabuncu, 1982:143; Şirin, 2013:228).

Alman AYM'si, öğretide savunulan “*aradan sızma teorisi*” kullanarak kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru hakkı olup olmadığını temellendirmeye çalışıp bu konudaki genel yaklaşımını oluşturmuştur. Mahkemeye göre, temel haklar ilkesel olarak kamu tüzel kişileri için geçerli değildir. Zira kamu tüzel kişileri üzerindeki örtü kaldırıldığında görülecektir ki asıl özne sivil veya gerçek kişiler değil bir tüzel kişi olarak “*devlet*”tir. Temel hakların tanınması ve buna ilişkin olarak korunması sisteminin getirilmesindeki

ⁱ Danıştay, 10. D; 29.01.2008 tarih, E.2007/2534. (Gözübüyük ve Tan, 2008: 182).

amaç gözönüne alındığında devlet, bizatihi kendisi temel haklarını kullanıcısı olamaz (Şirin, 2013:228-229).

Alman AYM'si, kamu tüzel kişileri arasında bir anlaşmazlık çıkabileceğini öngörmüş, ancak kamu tüzel kişilerinin aynı anda hem bir hakka ve hem de bir ödevde sahip olamayacaklarını, yetki ile hakkın aynı bünyede barınamayacağını, dolayısıyla bir tüzel kişiliğin kamusal ödevler yüklendiği çerçevede temel haklara dayanamayacağını kabul edip, kamu tüzel kişilikleri arasındaki çatışmanın bir “yetki anlaşmazlığı” olduğunu belirterek çözüm yerinin bireysel başvuru yolu olmadığını kabul etmiştir (Şirin, 2013:229).

Yine Alman AYM'sine göre, kamu tüzel kişilerinin temel hak sahibi olduğunu kabul etmek, devlet organları arasında bir tür kargaşaya neden olabilecektir. Zira yasama ve yürütme organının kamu tüzel kişiliklerinin birisi lehine yaptığı bir değişiklik çoğu kez başka bir kamu tüzel kişiliğinin hakkının ihlali anlamına gelecektir. Bireysel başvuru yolunun kamu tüzel kişiliklerine tanınacak olması, potansiyel olarak yasama ve yürütme organının birçok eyleminin AYM önünde dava edilmesine neden olabilecektir (Göztepe, 1998:53; Şirin, 2013:230).

Alman AYM yukarıda belirtilen yaklaşımlar çerçevesinde emeklilik kurumunun, sosyal sigortalar kurumunun, genel sağlık fonunun, kamu tasarruf bankalarının şikâyetlerini kabul etmemiştir (Şirin, 2013:230).

Alman AYM'nin genel yaklaşımı kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yolundan yararlanamaması ise de, bu yaklaşımına bazı alanlarda istisnalar getirmiştir (Kunig, 2011a:47; Göztepe, 1998:54). Mahkemeye göre AİHS ile de güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ve buna bağlı ilkelerden kamu tüzel kişilerinin de yararlanabilmesi gerekir(Kunig, 2011b:322; Karaman, 2013:139; Şirin, 2013:231)ⁱ.

Alman AYM, vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini kullanmalarına ve hayata geçirmelerine aracılık ve hizmet eden, bu çerçevede devletten bağımsızlaşarak özerk biçimde hareket edebilen kamu tüzel kişiliklerinin bireysel başvuru yolunu kullanabileceklerini kabul etmektedir. Bu tüzel kişilikler doğrudan bir temel hak ile sıkı bağ içerisinde faaliyetlerini yürütmektedirler. Bu çerçevede üniversite, fakülte,

ⁱ Ancak savcılık kurumunun yargılama sürecindeki işlevi ve konumu göz önüne alınarak, savcılık “davanın tarafı” olarak bireysel başvuru yoluna başvuramaz.

yüksekokul, araştırma enstitüsü gibi kamu tüzel kişiliklerinin Anayasa'nın sanat ve bilim özgürlüğüne dair hükmü kapsamında ve bu hükme işlerlik kazandırma gayesiyle yaptıkları bireysel başvurular Mahkeme tarafından değerlendirmeye tabi tutulmaktadır (Hassemer, 2004:3; Kunig, 2011a:47; Kılınç, 2008:29; Göztepe, 1998:54; Şirin, 2013:231).

Alman AYM, bireysel başvuru yapacağını kabul ettiği kamu kurumlarının başvurularına konu olaylarda, kamusal bir ödev mi ifa ettikleri yoksa temel bir hakkın kullanıcısı/taşıyıcısı konumunda mı olduklarını gözetmektedir. Örneğin Mahkeme, bir kişinin olağan usuller dışına çıkarak üniversiteye profesör olarak atanması yönünde alınan bir idare mahkemesine karşı, ilgili üniversitenin, söz konusu idare mahkemesi kararının bilim özgürlüğünün ihlali anlamına geldiği iddiasıyla yaptığı başvuruyu kabul etmiştir. Mahkeme bu kararında başvuru üniversiteyi, özerk bir kurum olarak bilim özgürlüğü hakkının kullanıcısı olarak görmüştür (Kunig, 2011a:47; Şirin, 2013:232).

Benzer bir başka kararında Alman AYM, kamu hukukuna tabi radyo kuruluşları üzerine ek vergi yükümlülüğü getiren bir yasaya karşı ilgili radyo kuruluşlarının başvurusunu, basın özgürlüğünün ihlali kapsamında değerlendirerek kabul etmiştir (Kunig, 2011a:47; Sabuncu, 1982:143; Şirin, 2013:232).

Kilise ve dini cemaatler ile ilgili olarak Alman AYM, faaliyet gösterdikleri alandaki temel hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi noktasındaki gerekliliklerini dikkate alıp, bunların devlet tarafından oluşturulmamaları ve kiliselerin devlet hiyerarşisi dışında yer alması nedeniyle, bu bağlamdaki tüzel kişilikler kamusal anlamda faaliyet gösteren tüzel kişilikler olarak kabul edilseler ve bu çerçevede kendilerine bir kısım ayrıcalıklar tanınmış olsa da, kamu gücü kullanan ve devlet ödevi yerine getiren kurumlar olarak kabul edilmediklerinden dolayı bireysel başvuru yolunu kullanabileceklerini kabul etmektedir (Kunig, 2011a:47; Sabuncu, 1982:143; Göztepe, 1998:54).

İspanya anayasal yargı sisteminde de, özel tüzel kişiliklerin kendileri ve üyeleri ile ilgili durumlarda bireysel başvuru yolunu kullanmaları (amparo) mümkündür. İstisnai olarak kamu tüzel kişileri de amparo başvurusu yapabilirler. Bu kapsamda kamu tüzel kişileri kendileri aleyhine verilen bir yargı kararına karşı temel haklarının ihlali iddiasıyla bireysel başvuru yapabilirler. Aynı çerçevede merkezi devlet organları da bu yolu kullanabilir. Anayasa Mahkemesi oluşturduğu içtihatları ile meslek odaları,

üniversiteler, siyasal partiler, sendikalar, parlamento grupları ile birlikte, belediyeler, özerk topluluk yönetimleri gibi merkez teşkilat içerisinde yer alan kamu tüzel kişiliğine sahip kuruluşların da amparo başvurusu yapabilmelerine olanak tanır şekilde uygulama geliştirmiştir (Arnwine, 2003:101-102; Arnwine 2011:45).

İspanya hukuk sisteminde kamu denetçisi veya savcılık tarafından da bireysel başvuru yolunun istisnai durumlarda işletilmesi mümkündür. Genellikle vatandaşların haklarını veya yasa ile düzenlenmiş kamu yararını muhafaza etmek için de söz konusu kurumlar yapılan bir başvuruya müdahil olabilirler(Arnwine, 2003:103).

3.6.2.1.3- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Konuya Bakış

AIHS'nin 34. maddesinde “*hükümet dışı örgütlerin*” (non-governmental organization- NGO) de bireysel başvuru haklarının bulunduğu düzenlenmiştir. Bu kavram ile kural olarak özel hukuk tüzel kişiliğine sahip siyasal partiler, sendikalar, şirketler, vakıflar, dernekler ve meslek kuruluşlarını anlamak gerekir (Gözübüyük, 1987:6; Poroy, 2006:123; Gemalmaz, 1997:830) ve bunların bireysel başvuru hakları olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte kamu tüzel kişilerinin bu kavram içerisinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır.

Genel uygulama kamu kurum ve kuruluşları veya kamu tüzel kişilerinin AIHM'e bireysel başvuru yapamayacağı yönündedir (Erdal ve Bakırcı, 2003:69). Ancak AIHM konuya AYM Kanunu'nun 46/2.maddesindeki düzenleme ile ortaya konulan yaklaşım benzeri kategorik olarak bakmamış, söz konusu kavramı negatif olarak devletin kurumsal sistemi haricinde olan ve kamu gücü kullanımına iştirak etmeyen organizasyonlar olarak yorumlamıştır. Mahkeme değerlendirme yaparken söz konusu kişiliğin hukuki statüsüne, bu statüye tanınan haklara, gerçekleştirilen faaliyetlerin doğasına ve siyasi otoritelerden bağımsızlık derecesine bakmaktadır (Karaman, 2013:134; Şirin, 2013:241) ⁱ.

AIHM yorumu çerçevesinde merkezi yönetim organlarının NGO olmadıkları açıktır. Yerel yönetimler tarafından açılan davalar Mahkemece “*kişi bakımından yetkisizlik*” gerekçesiyle reddedilmektedir. Zira söz konusu birimler kamusal fonksiyon icra eden ve hükümet yetkilerine sahiptirler. Tek başına özerk olmak veya belirli bir otonom yapıya

ⁱ Radio France ve diğerleri v. Fransa, 30.03.2004, Başvuru no: 53984/00 (Yılmaz, 2005:138).

sahip olmak tek başına ilgili oluşumu “hükümet içir örgüt” olmaktan çıkartmamaktadır (Şirin, 2013:242).

AIHM’ce, bir tüzel kişilik kamu hizmeti yerine getirmekten ziyade serbest piyasa ve rekabet koşulları çerçevesinde ticari nitelikte kabul edilebilecek bir faaliyette bulunuyor ve adli yargı yetki alanına giren usul ve yasalara bağlı ise bu halde söz konusu kişilik NGO olarak kabul edilmektedir. Bu halde ilgili tüzel kişiliğin yasa ile kurulup kurulmaması, yönetiminde devletin hisse payının miktarı önem arzetmemektedir. Önemli olan husus davaya konu olay içeriğinde özel bir hukuk rejimine tabi olup olmadığı, hukuk tarafından kendisine belirli ayrıcalıkların tanınıp tanınmadığı, kamu gücünü kullanarak kendisine bir üstünlük sağlayıp sağlamadığıdırⁱ.

Kamu hukuku tüzel kişilerinin AIHM’e başvuruda bulunamamalarının sebebi, devlet organlarının, kamu gücü kullanıcısı olarak, insan haklarının taşıyıcısı olamayacağına dair kanaattir (Tezcan, Erdem ve Sancaktar, 2004:112).

Ticari faaliyetler içerisinde bulunulmasa dahi hükümet yetkilerini kullanmayan ve merkezi devlet organizasyonunun denetimine tabi olmayan tüzel kişilikleri de devletten bağımsız kabul ederek NGO olarak AIHM tarafından kabul edilmektedir. Mahkeme bir kararında Yunanistan’da yer alan kutsal manastırları, göttükleri ruhani amaçlar ve öngördükleri kültürel ve sosyal faydalar ve devlet hiyerarşisi dışında kendi oluşumları içirişinde faaliyette bulunmalarından yola çıkarak hükümet dışı olarak kabul etmiş ve gerçekte kamu tüzel kişileri olmalarına rağmen yaptıkları başvuruyu kabul etmiştirⁱⁱ.

3.6.2.1.4- Anayasa Mahkemesinin Konuya Yaklaşımı

a. İptal Davası Işığında Anayasa Mahkemesi’nin Konuya Bakışı

Anayasa’nın 148/3.maddesinde açıkça ve her hangi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın, temel hak ve özgürlüklerinden herhangi biri kamu gücü tarafından ihlal edilen “herkes” tarafından bireysel başvuru yolunun kullanılabileceği belirtilmesine karşın, AYM Yasası’nın 46.maddesinde bu hakka sınırlamalar getirilmiştir. Dayanağını Anayasa’dan almayan yasal bir düzenleme ile temel bir hak olan bireysel başvuru hakkına sınırlamalar getirilmiştir.

ⁱ Iran ShippingLines v. Turkey, 13.12.2007, B.N: 40998/98, par. 79-82.

ⁱⁱ Holy Monasteries v. Yunanistan, 09.12.1994, B.N: 13092/87, par. 49.

Ana muhalefet partisi tarafından, Anayasal bir hakkın yasa ile değiştirildiğinin, kamu tüzel kişileri açısından bireysel başvuru hakkının ortadan kaldırıldığı değerlendirilmesi yapılarak, AYM Yasası'nın 46.maddesinin Anayasa'nın 36 ve 148.maddelerine aykırı olduğu iddiası ile bu düzenleme aleyhine Anayasa mahkemesine iptal davası açılmıştır. AYM, iptal davası sonrasında verdiği kararında, ana muhalefet partisi (CHP) tezlerini kabul etmeyerek, yasal düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme gerekçesinde bu kararını şu şekilde temellendirmeye çalışmıştırⁱ:

“Anayasalar genel ve soyut düzenlemeler içeren metinlerdir. Anayasa'nın 148. maddesinde bireysel başvuruda bulunma hakkı herkese tanınmış bir hak olarak gözükmekle birlikte, Anayasa'da yer alan “herkes” ibaresinin kapsamında aynı zamanda kişilerin niteliğinden kaynaklanan nedenlerle bazı kısıtlamaları da içinde barındırdığının, kabulü gerekir.

Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan “herkes” ibaresinin, kamu gücü kullanan kamu tüzel kişilerini de kapsadığı şekilde anlaşılmaya elverişli olmadığı, bu konuda kanun koyucunun bireysel başvuruda bulunma ile ilgili hak sahipleri yönünden takdir hakkının bulunduğu da kabulü gerekir.

Bireysel başvuru yolu, Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin korunması için kabul edilmiş bir yol olmadığı gibi genel bir hak arama yolu da değildir. Bu nedenle Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğünden de farklı bir niteliğe sahiptir. Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğü genel mahkemelerin koruma işlevini düzenlerken, bireysel başvuru yolu daha özel, istisnai ve ikincil bir hak arama yolu olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle 36. maddede yer alan “herkes” ibaresi ile 148. maddede yer alan “herkes” ibaresinin her iki maddede düzenlenen hak arama yollarının niteliğine uygun olarak yorumlanması gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 36. ve 148. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir”.

Anayasa Mahkemesi'nin, AYM Yasası'nın 46/2.maddesinin Anayasa'nın 36.ve 148.maddelere aykırı olmadığına dair kararında yer verdiği gerekçeler incelendiğinde, temel hak ve özgürlükler aleyhine olarak, hangi yorum tekniği ve hukuksal ve toplumsal

ⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 01.03.2012, E. 2011/59, K. 2012/34, bkz. 2.04.2013 tarih ve 28606 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete.

gereksinim doğrultusunda, “herkes” sözcüğünün “kamu tüzel kişilerini” kapsamayabileceği ve yasa koyucu tarafından Anayasa’nın açık düzenlemesi aksine kanunen sınırlama getirebileceği noktasında açıklık bulunmadığını söylemek zor değildir. AYM’nin özgürlükler dışına çıkarak, bireysel başvuru hakkının kapsamını daraltma hususundaki eğilimin, Anayasa’nın açık düzenlemeleri çerçevesinde temellendirilmesi kolay değildir.

Çalışmamız bağlamında bireysel başvuru yolunun, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve güvence altına alınması noktasında önemli bir rolü olduğu kabul edilmiştir. Bu özelliği itibariyle bireysel başvuru, Anayasa ve AİHS bağlamında teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerle çok sıkı bir ilişki içindedir. Bundan dolayı, bireysel başvuru için getirilecek sınırlamaların Anayasa’nın 13.maddesinde öngörülen sisteme uygun olması gerekir.(Şahbaz, 2011:81; Ermenek, 2013:28; Şirin, 2013:26-27). Söz konusu sisteme göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın sadece Anayasa’da belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bireysel başvuru yolu açısından öngörülecek sınırlamaların Anayasal bir dayanağının bulunması, söz konusu hakkın kullanımının özüne dokunmaması ve kanunla yapılması gerekir. Bu bilgiler ışığında AYM Yasası’nın 46.maddesine karşı açılan iptal davasının reddi kararında belirtilen AYM gerekçelerine katılmak olanaklı değildir. Yapılması gereken iptal davasının kabulü ile Yasa’nın Anayasa’ya aykırılığını tespit ederek, bu konunun AYM içtihatları ile olaysal olarak değerlendirme yapılmasına olanak sağlanarak, hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından kategorik olarak yasaklanmasının önüne geçilmesi olmalıydı. Zira Anayasa Mahkemesinin ve yargısının varlık nedenlerinden biri de yasama organına karşı insan haklarının korunması ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi ve teminat altına alınmasıdır (Selçuk, 1991:267; Gören, 1999:252).

b. Bireysel Başvuru Kararları Işığında AYM’nin Konuya Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi’nin kamu tüzel kişileri tarafından yapılan başvurular ile ilgili tavrının, verdiği bireysel başvuru kararları gerekçeleri incelendiğinde, kategorik ve şekli bir yorum ile oluşturulduğunu söylemek mümkündür.

AYM tarafından konu ilk kez 2012/22 nolu bireysel başvuru kapsamında değerlendirilmiş. Başvurucu Çankırı ili Orta ilçesi Büğdüz Köyü Muhtarlığı’dır. Başvuru konusu, başvuru ile komşu köy olan Dodurga Köyü muhtarlığı arasındaki

yayla ve mera uyumsuzluğu ile ilgili olarak adli yargı mahkemeleri tarafından görülen davanın, yargılama ve yasa yolu incelemeleri sürecinde usul hükümlerinin yanlış uygulandığı belirtilerek adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıdır¹.

AYM, Anayasa'nın 148.maddesinin üçüncü ve AYM Yasası'nın 46.maddesinin ikinci fıkralarına atıfta bulunarak, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapma haklarının bulunmadığını, “*kamu tüzel kişisi*” kavramı içine, merkezi idare birimleri yanında, mahalli idarelerin de girdiğini, başvurucunun, “*kuruluş esasları kanunla düzenlenen ve merkezi idarenin vesayet denetimi altına bulunan kamu tüzel kişiliğine sahip bir mahalli idare birimi*” olduğu ve kamu gücü ayrıcalıkları ve yetkileriyle donatıldığını, AYM Yasası'nın 46.maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru haklarının bulunmadığını belirtilerek, başvuruyu kişi yönünden yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur.

AYM söz konusu kararında, bireysel başvuruya konu edilen ihlale konu hakkın niteliğine, bu bağlamda talepte bulunan kamu tüzel kişinin söz konusu hakkın kullanıcısı veya taşıyıcısı olup olmadığına/olamayacağına, bu hak ile ilgili olarak hakkın elde edilmesinde kamu gücü yetki ve olanaklarının kullanılıp kullanılmadığını irdelememiştir.

Karşılaştırmalı hukukta ve AİHM pratiğinde, kamu hukuku tüzel kişilerinin genel olarak bireysel başvuru yapamayacakları kabul edilmekle birlikte, istisnai durumlarda, doğrudan veya dolaylı olarak kamu gücü kullanımını gerektirmeyen ve tüm gerçek ve tüzel kişiler açısından kullanımları mümkün olan bir kısım usuli haklarının ihlali halinde başvuru yapabilecekleri kabul edilmektedir. Karara konu olayda, iki kamu tüzel kişiliği arasında var olan ihtilafın çözümüne dair yapılan yargılama süreçlerinde, kamu tüzel kişilerinin de “adil yargılanma hakkı” çerçevesinde hak talebinde bulunacakları kuşkusuzdur. Zira yargılama sırasında kamu gücünden kaynaklı olarak, başvuru lehine bir ayrıcalık tanınmamakta, önceden konulmuş mevzuat hükümleri çerçevesinde hak talebinde bulunmaktadır.

Bireysel başvuru yoluna başvuran kişinin sahip olduğu hukuki kişilikten ziyade, başvuruya konu edilen hak, amaçsal bir yorum yapılarak, değerlendirme konusu

¹ AYM, Büğdüz Köyü kararı, İkinci Bölüm, 25.12.2012, B.N.: 2012/22, (Bireysel Başvuru Seçme Kararlar 2012-2013, 2015: 15-20).

yapılmalı, ihlalin kaynağını oluşturan işlem ve eylemin kim tarafından yapıldığından ziyade, söz konusu ihlalin kamu gücünün kullanımından kaynaklı olup olmadığı tespit edilmeye çalışılmalıdır. Olayımızda iddiaya konu hak ihlalinin, bir kamu gücü kullanıcısı olan, mahkemelerce yapıldığı iddiası vardır. Bu ihlalin mağdurları, pasif konumda olan ve o anda kamu gücü kullanmayan köy tüzel kişiliğidir. Bireysel başvuru yolunun temel hak ve özgürlükler temelinde şekillenen bir anayasal düzen inşa edilmesini amaçladığı gözönüne alındığında, bu düzenin inşasına kamu tüzel kişilerinin yardımcı olamayacakları iddia edilemez.

Bu nedenlerle AYM kararının yerinde olmadığını, kabul edilebilirliğe engel başkaca bir engel yoksa Mahkemenin başvurunun esasına girerek adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespit edilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Anayasa Mahkemesi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi tarafından yapılan, başvurucunun hissedarı olduğu taşınmaza kamulaştırmasız el attığı iddiasıyla açılan dava neticesinde aleyhine tazminata hükmedilmesinin mülkiyet hakkına ve adil yargılanma hakkına bir müdahale olduğunu iddia ettiği başvuruyu, başvurucunun kamu tüzel kişisi olduğundan bahisle kişi yönünden kabul edilemez bulmuşturⁱ. Başvurucu talebinde, kamu tüzel kişisi olmasına karşın, başvuru konusu olayda kamu gücünü kullanan kamu tüzel kişisi olarak hareket etmediğini, kamu tüzel kişilerinin her faaliyetinde kamu gücü kullandığının iddia edilemeyeceğini, bazı durumlarda özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket ederek oluşturulan eylemlerinin bulunduğunu belirterek, başvurusunun kişi yönünden kabul edilemez bulunmamasını talep etmiştir. Bu talepleri karşılayan gerekçesinde Mahkeme; *“6216 sayılı Kanun’un 46. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunamayacakları düzenlenmiş olup, anılan hükümde, başvuruya konu olayın özel hukuk ilişkisinden ya da kamu gücü kullanılmasından kaynaklanan bir olay olup olmadığı ayrımı yapılmamıştır. Bu açıdan ilgili idarenin içinde bulunduğu hukuki ilişkinin niteliğinin bir önemi yoktur”*ⁱⁱ demiştir.

ⁱ AYM, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi kararı, Birinci Bölüm, 21.11.2013, B.N.: 2013/1430 (Bireysel Başvuru Seçme Kararlar 2012-2013, 2015: 27-37).

ⁱⁱ AYM, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi kararı, Birinci Bölüm, 21/11/2013, B.N.: 2013/1430, par.26 (Bireysel Başvuru Seçme Kararlar 2012-2013, 2015: 32).

Mahkeme üyesi Erdal Tercan söz konusu karara muhalif kalmış ve muhalefet gerekçesinde şu görüşlerine yer vermiştir: “(...) 6216 s.K. m.46,2 cümle 1’deki hükmü, kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanmadıkları hâllere de teşmil etmek, kamu tüzel kişilerinin de yararlanabilecekleri temel hak ve özgürlükleri kapsam dışı bırakacak şekilde yorumlayıp, uygulamak ve kamu tüzel kişilerinin kategorik olarak hiçbir şekilde bireysel başvuruda bulunamayacaklarını kabul etmek bireysel başvurunun niteliğine aykırı olduğu gibi, amacına da uygun düşmez. O nedenle kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanmadıkları hâllerde, yararlanabilecekleri temel hak ve özgürlüklere ilişkin konularda, sınırlı da olsa bireysel başvuru yapabilmelerini kabul etmek gereklidir (...)”

Mahkemenin, ilk kararına benzer şekilde, şekli ve kategorik bir yaklaşım sergilediği ve başvurucunun hukuki kimliğinin dışına çıkarak ihlale konu hak ve başvuru arasındaki bağ ile ilgili bir değerlendirmede bulunmadığı görülmektedir. Kamu tüzel kişilerinin hak kullanıcısı ve taşıyıcısı oldukları durumlarda bireysel başvuru yapabilmelerinin mümkün olduğunu düşünüyoruz. Bu tür başvurular Mahkemeye, kamu tüzel kişilerin hangi tür hakların bireysel başvuruya konu edilebileceklerine ilişkin prensipleri belirleyebileceği fırsatları sunmaktadır. Mahkemenin, temel hak ve özgürlüklerinin kullanımı ve onlara sağlanan güvenceler açısından daha öngörülebilir bir anayasal düzen kurgulanması için, şekli ve kategorik yaklaşımdan kaçınmasının bireysel başvuru ile amaçlanan hedeflerin gerçekleşmesi açısından faydalı alacağı kuşkusuzdur.

AYM başka bir kararında haklı olarak, yasa hükümleri çerçevesinde, soyut, genel ve objektif şartları kaybetmesi nedeniyle Belediye tüzel kişiliği sona eren kamu tüzel kişisinin, yasal düzenlemeyi konu ettiği başvurusunu, başvuru sahibinin kamu tüzel kişisi niteliğine sahip olduğu gerekçesiyle kişi yönünden kabul edilemez bulmuşturⁱ. Zira kamu tüzel kişisi tarafından başvuruya konu edilen sorun, doğrudan başka bir kamu gücü kullanıcısı olan yasama organı tarafından yapılan yasal düzenlemen kaynaklanmaktadır. Bu halde, iki kamu gücü kullanan devlet organları arasındaki ihtilafın, şekli olarak hak ihlaline neden olunmuş olsa bile, bireysel başvuruya konu edilememesi, söz konusu yolun doğası gereğidir.

AYM’nin kararlarına yansıyan eğilimine göre yasama organı tarafından bir tüzel kişiliğin kamusal niteliğe haiz olduğunun belirtilmesi, bu kişilerce yapılan bireysel

ⁱ AYM, Ballıdere Belediye Başkanlığı Kararı, Birinci Bölüm, 12.02.2013, B.N.: 2012/1327, Bkz. 22/02/2013 tarih ve 28567 sayılı Resmi Gazete.

başvuruların kendiliğinden geçersiz sayılmasına sebebiyet verebilecektir. Kamu tüzel kişiliğinin hak taşıyıcısı olup olmaması, ihlale konu hakkın usuli nitelik arz edip etmemesi, hakkın ihlal seviyesi gibi hususiyetler göz önüne alınmayarak kategorik bir yaklaşım sergilenmektedir (Şirin, 2015:15).

3.6.2.1.5- Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleşen Kamu Tüzel Kişilerinin Bireysel Başvuru Hakkı

Kamu iktisadi teşekkülleri (KİT), kamusal kaynakları kullanmak yoluyla ekonomik alanda faaliyet gösteren devlet kuruluşları olarak tanımlanmaktadır. Anayasa'nın 128.maddesinde yer alan “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” ibareleri incelendiğinde, KİT’lerin kamu tüzel kişisi olarak görüldükleri anlaşılmaktadır. AYM verdiği kararlarda, Anayasaya paralel şekilde KİT’lerin kamu tüzel kişisi olduklarını vurgulamıştırⁱ. Anayasa'nın 165.maddesinden “*Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklar*”ın KİT oldukları kuşkusuzdur. Bununla birlikte sermayesinin yarısından azının devlete ait olduğu kuruluş, teşebbüs ve ortaklıkların KİT olup olmadığı, bunların varlığına esas teşkil eden yasal düzenlemelerin içeriğinden ve öngörülen hak-yetki ve niteliklerinden anlaşılabilecektir (Ayanoğlu, 2004:190; Kalabalık, 2008:206)ⁱⁱ.

Anayasa'nın 82 ve 108.maddelerinin lafızları incelendiğinde, devletin ve kamu tüzel kişilerinin başkaca özel teşebbüs ve ortaklıklara sermaye koyarak girebilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

Herhangi bir kuruluş, teşebbüs ve ortaklığın niteliğinin KİT olduğunun belirlenmesi onu doğrudan ve hemen temel hak sahibi olmaktan alı koyacak ve bireysel başvuru yolunu kapatacak bir konuma mı sokacaktır? Bu şekilde basit bir sonuca varmak kolay değildir. Zira KİT’lerinden bazıları faaliyetlerini özel hukuk hükümlerine tabi olarak, serbest piyasa koşulları ve rekabet hükümleri içerisinde, diğer özel hukuk tüzel kişileri ile eşit şartlarda ve yükümlülükler altında yürütmektedirler. Bununla birlikte bir kısım KİT’lere bazı yetkiler tanınmış olsa bile (örneğin kamulaştırma yapma gibi), yasal düzenlemeler

ⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 22.12.1994, E: 1994/70, K: 1994/65-2, bkz. 28.01.1995 tarih ve 22185 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱ Kamu İktisadi Teşebbüsleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Kalabalık, 2008:206-216.

izin verilmedikçe kamu gücü kullanmaları olanaklı değildir (Ayanoğlu, 2004:198). Yasa koyucunun bu yönde bir takdir kullanma mecburiyeti bulunmamaktadır. Dolayısıyla her kamu tüzel kişinin doğrudan kamu gücüne sahip olduğu kabul edilemez (Şirin, 2013:249).

Bunlara ek olarak KİT'lerin kamu tüzel kişi olsa dahi, AİHM kararlarında ortaya konulan ilkeler çerçevesinde bir yaklaşım tarzı benimsenerek, başvuruya konu edilen hakkın mahiyeti ve yürütülen faaliyet çerçevesinde ilişkisi de gözönüne alınıp, ilgili kamu tüzel kişinin yönetim ve sermaye yapısı, tabi olduğu hukuk rejimi, özel hukuk hükümlerine tabi olup olmaması gibi özellikleri dikkate alınarak, fiilen bir kamu gücü kullanılıp kullanılmadığı, bu çerçevede kamusal bir ödev altında bulunup bulunmadığı ve temel hak sahibi olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmeler neticesinde kamu gücü karşısında korunması gereken bir temel hak sahibi olduğu sonucuna varıldığı takdirde, bireysel başvurusu kabul edilerek değerlendirmeye alınmalıdır.

KİT'lerin, başka bir kuruluş, teşebbüs ve ortaklık ile birlikte hareket ederek faaliyette bulunması halinde, diğer gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin sahip olduğu hakların teminatlı ve korunaklı olabilmesi, KİT'lerin mahiyetlerine uygun bir kısım haklardan faydalanmasını ve bunları yargı mercileri önünde dava ederek koruma talep edebilmesini zorunlu kılabilir.

Alman AYM yaklaşımına göre özel alanda faaliyette bulunmasına karşın sermayesinin yalnızca kamuya veya kamu idaresine ait özel hukuk tüzel kişilerin, özel-kamu ortak girişimi olmak ile birlikte hâkim sermayesi kamuya ait olan tüzel kişilerin ve bir hak ve özgürlük kullanımının mevzu bahis olmadığı, özelleştirilmiş nitelikteki bir kamusal fonksiyonu yerine getiren tüzel kişilerin bireysel başvuru hakkı bulunmadığı kabul edilmektedir (Şirin, 2013:225). Almanya AYM ilke olarak kamu tüzel kişilerinin temel hak sahibi olabileceğini kabul etmemektedir (Şirin 2013:225 -235).

Alman AYM, özel hukuk alanında faaliyet gösteren, tek hissedarının devlet olduğu ve bu nedenle devletten bağımsız hareket kabiliyeti bulunmayan kamu iktisadi teşebbüslerinin (KİT) temel hak sahibi olamayacağını ve buna paralel şekilde bireysel başvuru yolunu kullanamayacağına hükmetmiştir. Böyle bir durumda ilgili tüzel kişiliğin tabi olduğu hukuk rejimi ile tasnif şeklinin önemi yoktur (Şirin, 2013:235).

Sermayesinin çoğunluğunun devlete ait olduğu bir tüzel kişilik, özel hukuk alanında, örneğin ticaret hukukuna tabi olarak, faaliyet gösterse dahi, kamu sermayesinin yoğunluğu göz önüne alınarak, söz konusu tüzel kişiliğin kamusal bir ödev yerine getirdiğı, hak ile kamusal ödevin bir arada, tek bir bünyede bulunamayacağı Alman AYM tarafından kabul edilmektedir (Şirin, 2013:235).

Alman hukuk öğretisinde savunulan bir yaklaşıma göre, bazı kurumlar tarafından sunulan hizmetler devletin münhasıran ödev alanına görmektedir. Örneğin posta, sağlık, güvenlik gibi egemenlik hakkı ile sıkı sıkıya bağı olan temel hak ve özgürlüklerin icra edilmesi, kısmen veya tamamen devlet dışı kişi ve kurumlara devredilmesi halinde bu kişilerin temel hakları kullanımından bahsedilemez. Zira devletin ödevi olan bir husus özelleştirme yoluyla ortadan kalkmayacak, bu ödevi üstlenen özel kişi veya tüzel kişilik gerekli yükümlülöklere katlanacaktır. Yani tamamen kamusal bir ödevin varlığı halinde, mülkiyet fiilen özel kişilere aktarılsa dahi, temel hakların kullanımı ve buna bağı olarak ihlali halinde bireysel başvuru yolu hakkının yokluğu gerçeğı ortadan kalkmayacaktır (Şirin, 2013:236).

Alman AYM bir elektrik şirketi tarafından yapılan başvuru üzerine yaptığı değerlendirmede, şirketin gördüğü hizmetin niteliğini dikkate alarak, temel hak ve özgürlükler açısından söz konusu başvuru sahibinin kullanıcı değil bir yüklenici olduğunu belirterek başvurusunu kabul edilemez bulmuştur. Yine mahkeme benzer şekilde çok ortaklı, karma yapılı bir şirketteki kamu payının hâkim durumda olduğunu tespit ederek, söz konusu teşebbüsün yaptığı başvuruyu temel hak ve özgürlüklerin kullanıcısı olamayacağı gerekçesi ile geri çevirmiştir (Şirin, 2013:237).

Alman öğretisinde, kamunun idaresinde bulunan mülkiyet payının çoğunlukta olduğı ve bundan dolayı karar alma sürecinde devletin etkin olduğı bir ortaklığa katılan özel kişilere bireysel başvuru yolunun kapatılmış olmasının bu kişilerin haklarının korumasız bırakılmasının düşünölebileceğı, ancak kamu gücünün faaliyetlerinin sunduğı imkânlardan faydalananların, risklerine de katlanmayı göze almaları gerektiğı belirtilmektedir. Buna ek olarak söz konusu ortaklık ilişkileri çerçevesinde, kamu gücü tarafından diğer ortakların haklarına yapılacak müdahaleler noktasında, ilgili ortaklar temel hak sahibi olarak bireysel başvuru yolu ile koruma talep edebileceklerdir (Şirin, 2013:237).

3.6.2.1.6- Kamu Tüzel Kişilerinin Bireysel Başvuru Hakkına Getirilen Sınırlamanın Anayasallığının İrdelenmesi

Anayasa'nın 148.maddesinde bireysel başvuru yoluna “herkes”in başvurabileceği, herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın belirtilmiştir. Buna karşın AYM Kanunu'nun 46/2.maddesi ile kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yoluna başvuramayacağı düzenlemesi getirilmiştir. Anayasal düzenleme ile öngörülmeleyen bir sınırlama, daha sonra söz konusu anayasa hükmünün uygulanmasına dair usul ve esasların içermesi gereken yasa maddesi ile öngörülmüştür. Bu hal, söz konusu yasal düzenlemenin anayasaya uygunluğu tartışmasını da doğal olarak beraberinde getirecektir.

Çalışmamız bağlamında bireysel başvuru yolunun, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve güvence altına alınması noktasında önemli bir rolü olduğu kabul edilmiştir. Bu özelliği itibariyle bireysel başvuru, Anayasa ve AİHS bağlamında teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerle çok sıkı bir ilişki içindedir. Bundan dolayı, bireysel başvuru için getirilecek sınırlamaların Anayasa'nın 13.maddesinde öngörülen sisteme uygun olması gerekir.(Şahbaz, 2011:81; Ermenek, 2013:28; Şirin, 2013:26-27). Söz konusu sisteme göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın sadece Anayasa'da belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bireysel başvuru yolu açısından öngörülecek sınırlamaların Anayasal bir dayanağının bulunması, söz konusu hakkın kullanımının özüne dokunmaması ve kanunla yapılması gerekir. Şu halde bireysel başvuru yolunu kullanacak başvuruçular açısından Yasa ile getirilen sınırlamalar ile kamu hukuku tüzel kişileri hakkında getirilen sınırlamalar Anayasa'ya aykırıdır. Zira Anayasa'nın 148.maddesinde “herkes” ibaresi kullanılmışken, AYM Yasası ile bu ibare, Anayasada kendisine dayanak teşkil edecek bir düzenleme olmamasına rağmen, daraltılmıştır.

Yasa koyucu tarafından özel hukuk tüzel kişilerinin temel hak ve özgürlüklerini kullanabilecekleri kabul edilmiştir (AYM Kanunu md. 46/2). Dolayısıyla yasa koyucu tüzel kişiliklerin, gerçek kişiler gibi belirli ve kendilerine özgü hakları kullanabileceklerini öngörüp kabul etmektedir. Kamu hukuku tüzel kişileri de bu çerçevede belirli hakları kullanabilecekler ve kullanımları sırasında hakları ihlal edilebilecektir. Yasa koyucu kamu hukuku tüzel kişilerinin bireysel başvuru yoluna

gidip gidemeyeceklerini tartışma konusu yapmadan ve bu hususta değerlendirmede bulunma gereği hissetmeksizin, AYM'nin yetkisini tamamen ortadan kaldıracak tarzda, kategorik olarak bir yasaklama getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapamayacaklarına ilişkin düzenlemenin şekli anlamda ve kategorik olarak bir değerlendirmeye tabi tutulduğu ve bu doğrultuda kararlarını oluşturduğu görülmektedir (Göksu ve Gülenler, 2014:28 vd)ⁱ. Mahkeme kamu tüzel kişileri tarafından yapılan başvuruları “*kişi yönünden yetkisizlik*” gerekçesiyle kabul edilemez bulmaktadır. Mahkeme kamu gücü kullanan tüzel kişiliklerinin bireysel başvuru yapabilmelerini, bu kurumun hukuki niteliğine aykırı görmektedir.

Söz konusu yasal düzenleme Anayasaya birçok açıdan aykırılık teşkil etmektedir. Herhangi bir kişinin (gerçek veya tüzel) temel hak sahibi olup olamayacağına dair karar verme veya buna ilişkin sınırlar öngörme yasa ile yapılamaz. Böyle bir kayıt ancak anayasal düzlemde konulabilir. Anayasa'nın 148.maddesinde öngörülen bireysel başvuru yolunun temel bir hak olduğunu yukarıda tespit etmiştik Dolayısıyla temel bir hakkın yasa ile anayasal dayanağı olmaksızın sınırlanması Anayasa'nın 13.maddesinde belirtilen ilkeler bağlamında hukuki bir zeminden yoksundur. Zira yapılan bu düzenleme ile temel bir hak kamu tüzel kişileri tarafından tamamen, ölçüsüz ve orantısız şekilde kullanılamaz duruma getirilmektedir. Böyle bir düzenleme hakkın özünü zedelemektedir. Yine özel hukuk tüzel kişilerine tanınan ve Anayasaca herhangi bir sınırlama öngörülme-yen bireysel başvuru yoluna başvurma hakkının kamu hukuku tüzel kişilerinin elinden yasa ile alınmış olması Anayasa'nın 10.maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine de aykırıdır (Şirin, 2013:244-245). Zira kamu tüzel kişilerinin, kamu gücü kullanmaksızın, özel hukuk alanında, özel hukuka tabi olarak gerçekleştirdikleri işlemler mevcuttur. Mülkiyet hakkının kullanılması noktasında, özel hukuk tüzel kişilerine tanınan korumanın, benzer zeminde faaliyet gösteren kamu tüzel kişilerinden

ⁱ “Bireysel başvuru, kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine karşı tanınan bir yol olduğundan kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınmaması, bu anayasal kurumun hukuki niteliğinden kaynaklanmaktadır” AYM, Ballıdere Belediye Başkanlığı kararı , Birinci Bölüm, 12.2.2013, B.N.: 2012/1327, par.18, bkz. 22.02.2013 tarih ve 28567 sayılı Resmi Gazete; Anayasa Mahkemesi'nin benzer yaklaşımını sergilediği kararlar için Bkz. AYM, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Kararı, Birinci Bölüm, 21/11/2013, B.N.: 2013/1430, par.27 (Bireysel Başvuru Seçme Kararlar, 2015: 32); AYM, SantaFarma İlaç Sanayi A.Ş. Kararı, Birinci Bölüm, 06.02.2014, B.N.: 2013/5554, par.22, bkz 13/03/2014 Tarih ve 28940 sayılı Resmi Gazete.

esirgemesi, objektif olarak anayasal hukuk düzenini koruma işlevini yerine getirmeyi amaçlayan bireysel başvurunun gayesine uygun değildir (Göztepe, 1998:29).

1961 Anayasası'nın 149.maddesine göre Yüksek Hâkimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve üniversiteler, kendi alanlarını ilgilendiren hususlar ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davası açabilme yetkisine sahiptiler. Ancak bu yetki 1982 Anayasası ile kaldırılmıştır.

1982 Anayasasında bazı kurumlara ayrı bir tüzel kişilik tanıdığı ve bu kurumların dayanaklarının Anayasada açıkça düzenlendiği görülmektedir. Yerel yönetimler (belediye, il özel idaresi, köy), üniversiteler, TRT, Atatürk, Kültür, dil ve Tarih Yüksek Kurumu, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, HSYK, Yargıtay, Danıştay, Sayıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi bu bağlamda sayılabilir. Anayasanın bu tüzel kişiliklere özel olarak yer vermesinin temelinde, söz konusu kuruluşların ifa ettikleri kamusal görevin mahiyeti ve önemi yatmaktadır. Bundan dolayı söz konusu kuruluşlara belirli derecede özerklik ve ayırt edicilik tanınmıştır. Almanya uygulamasında olduğu gibi, AYM'nin içtihatları ile bu kurumlara kullandıkları yetkilere paralel olarak yararlandıkları temel haklar göz önüne alınarak bireysel başvuru yolu açılması olanaklıdır. Bunun için Anayasa Mahkemesi'nin önündeki yasal engel teşkil eden AYM Kanunu'nun 46/2.maddesini iptal etmesi veya normlar hiyerarşisi çerçevesinde oluşturacağı içtihatları ile ihmal etmesi gerekir. Bu şekilde bilim ve sanat özgürlüğünün yoğun şekilde kullanımına ihtiyaç duyan üniversitelerin veya ifade ve basın özgürlüğünün varlığının temelini teşkil ettiği TRT'nin bireysel başvuru yolunu kullanabilmesi olanaklı olacaktır.

Bununla birlikte öğretide, AYM Yasası'nın 46.maddesinin 2.fıkrasında yapılan işlemin mahiyeti ve bu işlemin taraflarına ilişkin herhangi bir ayırım yapılmadığı, dolayısıyla işlemin içerisinde bulunan kamu tüzel kişilerinin herhangi bir şekilde bireysel başvuru yolunu kullanamayacaklarını, üniversitelerin de bu kategori içerisinde kaldıkları ileri sürülmüştür (Göksu ve Gülener, 2014:31).

Kamu tüzel kişilikleri, her kişi gibi (gerçek veya tüzel) adil yargılanma hakkının öznesi konumundadırlar. Zira adil yargılanma hakkı hukuk düzeninin ve hukuk devleti ilkesinin temel ve kurucu unsurudur. Adil bir yargılanma sürecinde, yargılamaya iştirak eden tüm öznelerin ortak amaca özgülenmiş ortak iradeleri ve çabaları gerekir.

Mahkemenin eylem ve kararları kadar, davanın taraflarının fiil, söylem ve tavırları da adil yargılanmanın bir unsurudur. Gerçek kişilere nazaran, sahip oldukları yetkiler ve objektif ödevler çerçevesinde kamu tüzel kişilerinin adil yargılanma sürecinde faaliyet göstermekten ve bu süreçte hak ve sorumluluk sahibi olmaktan men edilmeleri düşünülemez. Kamu tüzel kişilerinin muhatapları ile kurduğu ilişkide, diğerlerine nazaran sahip olduğu eşitsiz yetki ve güç, yargılama süreçlerinde geçerli değildir. Yargılama süreçlerinin kendine has usul ve kuralları bulunmaktadır. Maddi alanda sahip olunan yetki ve güçler, yargılama sürecinde anlamını yitirirler. Bundan dolayı adil yargılanma hakkı talebi ve bu süreçte yapılan ihlallere karşı bireysel başvuru yetkisinin kamu tüzel kişilerinden sakınılması amaçsal açıdan da tutarlı değildir (Şirin, 2013:247; Özbey, 2013:240; Ermenek, 2013:27).

Tüm kamu tüzel kişiliklerini aynı kategoride değerlendirmek, kamu tüzel kişilerinin sosyal ve ekonomik hayatta özel hukuk hükümlerine tabi olarak gerçekleştirdikleri işlem, eylem ve kararların çeşitliliği, bir kısım kamu tüzel kişiliklerinin özerk yapıya sahip olmaları (EPDK, BDDK, TMSF vs) gibi hususlar göz önüne alındığında görüldüğü kadar kolay gözükmemektedir. AİHM tarafından öngörülen yaklaşım kabul edilerek, her tüzel kişilik, yasa ile kurulup kurulmaması veya yönetiminde devletin hisse payının miktarı tek başına baz alınarak bir çıkarım yapılmamalıdır. Başvuruya konu edilen ihlale konu hak çerçevesinde, kamu tüzel kişiliğinin özel hukuk rejimine tabi olup olmadığı, hukuk tarafından kendisine belirli ayrıcalıkların tanınıp tanınmadığı, mevcut olayda kamu gücünü kullanarak kendisine bir üstünlük sağlayıp sağlamadığı gibi hususlar irdelenerek bir sonuca varılmalıdır.

3.6.2.1.7- Bağımsız İdari Otoritelerin Bireysel Başvuru Hakkı

1929 ekonomik krizi sonrasında ABD, darboğazdan çıkmak için düzenleyici kurumlar ihdas etme yolunu seçerken, Avrupa söz konusu sorunu devletleştirme yoluyla çözmeye gayret etmiştir. 1980 sonrasında ise durum tersine dönerek devletleştirme yaklaşımından vazgeçilerek özelleştirme gereği hissedilmiş, özelleştirme ihtiyacı ile paralel şekilde idari yapılarda düzenleyici kurumlar, diğer bir ifadeyle bağımsız idari otoriteler (BİO) ihdas edilmeye başlanmıştır. BİO'lara gereksinim duyulmasının ikinci nedeni ise, teknolojik gelişmeler doğrultusunda daha karmaşık bir hal alan ve özel uzmanlık gerektiren altyapı, finans, rekabet gibi sahalarda iktidarın ve ekonomik ya da

sosyal diğer baskı gruplarının olumsuz etkilerinden uzak düzenleyici ve denetleyici kurumlara gereksinim duyulmasıdır. Oluşturulan BİO'lar yetkili oldukları alanlarda izin verme, kural koyma, izleme, yaptırım uygulama, kamuoyunu bilgilendirme, bilgi isteme, araştırma-geliştirme, anlaşmazlıkları çözme gibi görev ve sorumluklar ile donatılmışlardır (Karakaş, 2008:100; Kalabalık, 2008:223-224).

BİO'ların oluşturulmasının temelinde, kendilerine verilen görev ve yetkiler gözönüne alındığında, kamu yararının tesis edilip, güçlendirilmesi, siyaseti etkileyip yönlendirme ve kamuoyu oluşturma olanaklarına sahip çeşitli güç odaklarının birey hak ve özgürlükleri aleyhine sonuç doğuracak istek ve arzularını kontrol etme düşüncesinin yattığını söylemek zor olmayacaktır (Çevik ve Demir, 2005:249-257; Tepe ve Ardiyok, 2004:107).

Varlıklarını borçlu oldukları yasal mevzuat, sahip oldukları görev ve yetkiler çerçevesinde kamu gücü kullanma olanaklarının varlığı, idari ve mali yapıları itibarıyla BİO'ların kamusal özelliklere sahip oldukları ve sistematik olarak idari hiyerarşi dizilimi içerisinde bulundukları tartışmasızdır (Kalabalık, 2008:225). Bununla birlikte klasik diğer kamu kurumlarından ayrılma neden olan özelliklere sahiplerdir. Bunlardan birisi bağımsız olmaları, diğeri ise denetleme ve düzenleme yapma yetki ve görevleridir (Ulusoy, 1999:5-7; Tan 2002:117-120). Başka bir zaviyeden değerlendirildiğinde BİO'lar yasama, yürütme ve yargı erklerinin kesişiminde yer alan kendilerine has özelliklere sahip oluşumlardır (Akıncı, 1999:375-376).

Anayasa'nın 167.maddesi doğrultusunda Türkiye'de 1980'li yıllardan sonra BİO'lar kurulmaya başlanmıştır. Anayasal düzenlemede Devlete yüklenen mesuliyetler dışında, KİT'lerin özelleştirilmesi, küresel ölçekte meydana gelen değişim ve gelişmeler, uluslararası kuruluşların etkisi ile süreç içerisinde BİO'lar kurulmuş, sayıları arttırılmış, görev ve yetkileri genişletilmişti (Karakaş, 2008:110; Kalabalık, 2008:223).

Varlıklarına esas teşkil eden yasal dayanaklar incelendiğinde Türkiye'de BİO'ların hepsinin aynı özelliklere sahip olmadıkları görülecektir. İkili bir ayrıma tabi tutmak gerekirse, ilk grupta yer alan BİO'ların kamusal yaşamı doğrudan etkileyen ve kamusal ağırlığı daha fazla olan alanlarda faaliyet gösterdikleri (RTÜK, SPK, BDDK, Kamu İhale Kurulu, Rekabet Kurulu gibi), ikinci grupta yer alanların ise daha önceden devletin tekelinde bulunan ancak daha sonra rekabete açılan kamusal hizmetlere özel

sektörün de girmesine olanak sağlayan alanlarda faaliyet gösterdikleri (Telekomünikasyon Kurulu ve EPDK gibi) söylenebilir (Karakaş, 2008:110).

Türkiye’de faaliyet gösteren BİO’ların, kanun ile kuruldukları, kamu tüzel kişiliğine haiz oldukları, faaliyette bulundukları alanla ilgili düzenleme ve denetleme yetkilerinin bulunduğu, üyelerinin Bakanlar Kurulu tarafından belirli bir süreliğine atandıkları, idari yaptırım uygulama konusunda alanlarında geniş yetkilere sahip oldukları, uyuşmazlık çözümü konusunda kısmi yargı yetkisi ile donatıldıkları, kendi tüzel kişilikleri ile birlikte personel ve özel bütçelerinin olduğu, tüm kararlarını kendi kurullarınca aldıklarını, başkaca kişi ve kurumun karar alma süreçlerine doğrudan ve yasal müdahale olanaklarının olmadığını söylemek mümkündür (Karakaş, 2008:110-112; Kalabalık, 2008:225-228).

BİO’ların işlem ve kararlarına karşı yargı yolu açıktır (Kalabalık, 2008:228). Faaliyet gösterdikleri alanlarda sahip oldukları yetki ve görevler gözönüne alındığında, temel hak ve özgürlükler açısından önemli bir kamu gücü kullanıcıları oldukları kuşkusuzdur. Verdikleri işlem ve kararlar dolaylı olarak bireysel başvuru yoluna konu edilebilirler. Zira BİO’ların işlem ve kararları önce derece yargı yolunda incelenecek, daha sonra hakları ihlal edilen bireyler yargı kararı ile birlikte dolaylı olarak BİO’ların işlem ve kararlarını bireysel başvuruya konu ederek, AYM tarafından değerlendirilmesi sağlanabilecektir.

Üzerinde durulup tartışılması gereken husus, BİO’ların, doğrudan bireysel başvuru yolunu kullanıp kullanamayacaklarıdır. BİO’ların ihdasının temelinde, yasama ve yürütme erklerinin yani siyasi organlar ile çeşitli baskı gruplarının, bireylerin ekonomik ve sosyal yaşamlarında hayati öneme sahip bir kısım alanlarda keyfi davranmalarının önüne geçilmesi, kişilerin hak ve özgürlüklerinin sadece kamu gücü kullanan organlara ve fakat gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin işlem, eylem ve kararlarına karşı korunması yatmaktadır. Yasama ve yürütme organının önemli kamu gücü kullanıcıları oldukları kuşkusuzdur. Bu erkleri kullanıcılarının sahip oldukları kamu gücü doğrultusunda doğrudan veya dolaylı olarak, yetkileri olmadığı halde BİO’ların faaliyette bulundukları alanlara müdahale etmeleri, BİO’ların görev ve yetkilerini hak ve özgürlükler aleyhine ve fakat siyasiler ve baskı grupları lehine sonuç doğuracak şekilde kullanmaları mümkündür. Bu halde kamu tüzel kişiliğine haiz BİO’ların idari

yargı nezdinde söz konusu işlem ve kararların iptali için başvurulmasında herhangi bir tereddüt yoktur. Bununla birlikte idari yargı yolundan bekledikleri sonucu alamamaları halinde, bu yolu tükettikten sonra AYM nezdinde bireysel başvuru yapabilecekler midir?

Yukarıda değinildiği üzere, Anayasa'nın 148/3.maddesinde bireysel başvuru yolunu, hakkı ihlal edilen "herkesin" kullanabileceğinin belirtilmesine karşın, AYM Yasası'nın 46/2.maddesi ile kamu tüzel kişileri açısından bu hak, bu kişiler açısından sınırlanmamış adeta Anayasa tarafından verilen hak, AYM'ye takdir hakkı tanımayacak şekilde yok edilmeye çalışılmıştır. AYM, söz konusu düzenleme aleyhine açılan iptal başvurusunu, yetersiz ve tatmin olmayan gerekçe ile kabul etmeyerek düzenlemenin Anayasal olduğuna hükmetmiştir. Bu karara ilişkin değerlendirmelerimize yukarıda yer verdiğimizden tekrara düşmemek açısından yenilemeyeceğiz.

BİO'lar, klasik kamu tüzel kişiliklerinin sahip olduğu mananın dışında, farklı bir gaye ile kuruluş, çok önemli yetkiler ile donatılmış ve belirli mesuliyetler yüklenmiştir. Bu çerçevede kuruluş amaçlarına uygun olarak faaliyette bulunmaları için kendilerine tüzel kişilik tanınarak idari organizasyonlarını kurma olanakları ile harcamalarında kullanılmak üzere özel bütçe tahsis edilmiş, özel nitelikler aranan üyelerine belirli teminatlar verilmiştir. Bütün bunlar ile değişken bir yapıya sahip olan yasama ve yürütme organlarının keyfi müdahalelerinin önlenmesi sağlanmıştır. Bu amaç ile bağdaşmayacak şekilde, doğrudan veya dolaylı olarak siyasilerin işlem ve kararları ile faaliyet sahalarına müdahalede bulunularak, yine doğrudan veya dolaylı olarak bireylerin hak ve özgürlüklerini tehlikeye sokacak kamu gücü kullanımları aleyhine, derece yargılaması sonrasında, bireysel başvuru yolunun kapalı olduğunun kabul edilmesi düşünülemez. Açık Yasal düzenlemeye rağmen, BİO'lar tarafından yapılan bireysel başvuruları AYM'nin kategorik olarak reddetmeyerek işin esasına girip inceleme yapmasının, sonucuna göre önemli bir ihlalin varlığını tespit etmesi durumunda, kadının soyadı sürecinde olduğu gibi, Yasal düzenlemeyi ve iptal başvurusunu reddettiği kararını görmezden gelip ihmal ederek karar vermesinin uygun olacağını düşünüyoruz.

3.6.2.2- Özel Hukuk Tüzel Kişileri Yönünden Sınırlamalar

3.6.2.2.1- Genel Olarak

AYM Yasası'nın 46.maddesinin 2.fıkrasına göre kamu hukuku tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunamayacakları genel olarak belirtilmesine karşın, özel hukuk tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapabilecekleri ancak bu başvurunun “*sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği*” iddiasıyla sınırlı olabileceğine yer verilmiştir.

“Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler” (TMK. m.48.), *“Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar.”* (TMK m.49.) . Tüzel kişi kendisini meydana getiren organlardan bağımsız bir iradeye sahiptir. İradesi organları aracılığıyla tezahür eder.

Özel hukuk tüzel kişileri sadece, özel hukuk alanında faaliyet göstermek üzere kurulan kişiliklerdir. Kamu hukuku tüzel kişiliklerinden farklı olarak, özel hukuk tüzel kişilerinin, doğrudan kamu gücü kullanma yetkisi bulunmamaktadır (Dural ve Oğuz, 2010:234).

Anayasa'nın 148/3.maddesinde belirtilmesine ve buna yönelik olarak Anayasa'nın diğer maddelerinde kendisine dayanak bulunmamasına karşın, temel bir hak olduğu kuşkusuz olan bireysel başvuru yapma hakkı, Anayasa'nın 13.maddesinde öngörülen sınırlama rejimine aykırı olarak, özel hukuk tüzel kişileri açısından Yasa ile sınırlanmıştır. Söz konusu sınırlama, özel hukuk tüzel kişileri açısından, bireysel başvuru hakkına orantısız ve bu hakkın özünü zedeleyecek tarzdadır. Zira özel hukuk alanında faaliyette bulunan ve kuruluş amacı doğrultusunda faaliyette bulunan, bireylere göre daha kapsamlı araçlarla daha organize şekilde, kamu gücü kullanan ve hak ihlaline neden olan kişi ve kurumların eylem, işlem ve kararlarına karşı mücadele edebilme olanağına sahip tüzel kişiliklerin bireysel başvuru yapma haklarının sınırlandırılması normlar hiyerarşisine ve bireysel başvuru ile öngörülen koruma mekanizmasına aykırıdır.

Bir kısım hak ve özgürlükler (örneğin evlenme, boşanma vs.gibi) mahiyetleri ve doğası gereği bireylere (gerçek kişilere) sıkı sıkıya bağlı olduklarından, bu hakların tüzel kişiler tarafından kullanılması mümkün değildir. Dolayısıyla tüzel kişiler bu hakların kullanıcısı veya taşıyıcısı olamazlar (MK md.48). Bununla birlikte, gerçek kişilerle sıkı

sıkıya bağı olan hak ve özgürlüklerin, mensubu oldukları tüzel kişilikler tarafından, hakkın kullanıcısı ve taşıyıcısı olmamalarına karşın bu yetkilere sahip kişilerin doğrudan veya dolaylı iradeleri doğrultusunda bireysel başvuruya konu edilebilmeleri olanaklı görülmelidir.

Anayasa'nın 148.maddesinde güvence altına alınan haklarının kamu gücü tarafından ihlal edilmesi şartıyla “herkes”in bireysel başvuru yolunu kullanabilmesi olanaklıdır. Bireysel başvuruya konu edilen hak ile başvuru yapacak kişi arasında doğrudan bir bağın bulunması söz konusu yolun mahiyeti gereğidir.

AYM Yasası'nın 46/2.maddesinde öngörülen, kapsamı tartışmalı “tüzel kişiliğe yönelik olmayan ihlal” kavramı belirsiz olup yorumlanmaya muhtaçtır. Tüzel kişiliklerin hak ve yetkilerinin neler olduğu genel düzenlemeler yanında, kuruluşlarına dayanak teşkil eden tüzükleri birlikte değerlendirmeye tabi tutularak belirlenebilir. Bu bağlamda örneğin kuruluş sözleşme, tüzük veya senetlerinde yer verilme dahi, tüzel kişilerin mülkiyet haklarının varlığı tartışmasızdır ve Anayasal güvence altındadır.

AYM Yasası'nın 46/2.maddesi incelendiğinde, özel hukuk tüzel kişileri arasında herhangi bir ayırım gözetmeksizin, kategorik olarak bir düzenleme yapılarak, toptan bir sınırlama getirilmiştir. Oysa ki, günümüz ekonomik ve sosyal hayatında çok önemli görevler üstlenen dernek ve sendikaların, kendi üyelerinin haklarını korumak amacıyla bireysel başvuru hakkı tanınmaması, bu tüzel kişilerin kuruluşlarına dayanak teşkil eden Anayasal düzenlemelerin lafzı ve ruhuyla bağdaşmamaktadır (Çoban, 2010:189).

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 113.maddesinde “topluluk davası” tanımlanmıştır. Buna göre “*Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir*”. Yasa koyucunun abesle iştigal etmeyeceği ve kendi içerisinde tutarlı olduğu kabul edilir ve yasal düzenlemelerin yorumlanması bu ön kabul doğrultusunda yapılmaya gayret edilir. Topluluk davası çerçevesinde dernek ve tüzel kişilere tanınan adli merciler önündeki dava açma hakkının, bundan daha önemli sonuçları olabilecek AYM önünde bireysel başvuru açısından tanınmamış olması büyük bir çelişki ve eksikliklerdir.

Hangi amaçla kurulursa kurulsun, tüzel kişiliklerin temel amacı, kendisini var eden bireylerin, kuruluş amacı doğrultusunda hak ve özgürlüklerini teminat altına almak ve daha da geliştirmektir. Söz konusu tüzel kişiliklerin kuruluş gayesi ekonomik olabileceği gibi, sosyal veya siyasi de olabilir.

Kendi iradeleri ile varlıklarına son veren özel hukuk tüzel kişilikleri tarafından daha önceden başlatılan bireysel başvuru davası süreci, davaya konu hakkın mahiyetine uygun olarak özel hukuk tüzel kişileri yerine geçen tüzel kişiler tarafından veya söz konusu tüzel kişiliğin hak ve yetkilerini devralan yeni oluşum veya tüzel kişilik tarafından devam ettirilebileceği gibi, eğer ihlal edilen hak özel hukuk tüzel kişisini oluşturan üyelerini ilgilendiriyor ise bu halde ilgili üyeler bireysel başvuru dava sürecine müdahil olarak davayı devam ettirebilmelidirler.

Bununla birlikte özel hukuk tüzel kişileri kendi iradeleri ile değil ve fakat ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık nedeniyle kamu gücü kullanan bir otorite tarafından varlıklarına son verilmiş ve onun yerine geçmiş ise bu halde yapılan bireysel başvuruların akıbeti ne olacaktır? Kanaatimizce bu halde özel hukuk tüzel kişilerinin hak ve yetkilerini geçici bir süre üstlenen kamu otoritelerinin, söz konusu kişiliğin tüm hak ve yükümlülüklerini olumlu yönde devam ettirmeleri zorunlu olduğundan, sonuçları itibariyle lehe olacağı kabul edilmesi gereken bireysel başvuru davalarına müdahil olarak devam ettirmelidirler. Bu kabul, bireysel başvuru yolundan beklenen ve hak ve özgürlükler açısından önemli sonuçlar doğurabilecek objektif niteliği açısından da gereklidir.

3.6.2.2.2- Konunun Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İncelenmesi

Alman AYM, tüzel kişiler ve kişi topluluklarının hak ehliyetlerinin ve buna paralel olarak şikâyet haklarının olup olmadığı konusunda genel bir kural öngörmekten kaçınarak, ihlale konu hakkın niteliği ve kapsamı ile şikâyetle bulunanın irtibatını değerlendirerek, şikâyetçi açısından söz konusu hakkın uygulanabilir olup olmadığını, hakkın kişisel olarak mı yoksa toplu olarak mı kullanıma açıklığını inceleyip şikâyet hakkını buna göre belirlemektedir. Bu durum Alman öğretisinde “temel hak ehliyetinin göreceliği” olarak adlandırılmaktadır (Şirin, 2013:223).

Alman Federal Mahkemesi, tam olarak tüzel kişiliğe sahip olmayan “adi ortaklık” gibi kişi topluluklarının da hak sahibi olabileceklerini, bunların en azından organ benzeri bir

örgütlenme yapılarının olması, oturmuş ve işleyen bir yapılarının olması ve belirli bir süre faaliyetlerini devam ettirmeleri durumunda fiil ve dava ehliyetlerinin olduğuna karar vermiştir (Bilgili, 2002:197). Alman AYM de benzer bir yaklaşımı kabul etmekte ve tüzel kişi kavramını medeni hukukta sahip olduğu kavramsal anlamından daha öteye götürüp geniş şekilde yorumlamaktadır. Mahkeme medeni kanun anlamında hak ehliyeti ve buna paralel olarak dava ve taraf ehliyeti olmayan kişi topluluklarının kısmi olarak hak ehliyetlerinin olduğunu ve buna paralel olarak da bireysel başvuru haklarının olabileceğine hükmetmiştir (Karaman, 2013:138; Şirin, 2013:222).

Tüzel kişilerin vicdanı ve ruhu olmadığı kabul edilebilir. Ancak Alman AYM temel hak ve özgürlüklerin göreceliliği ilkesinden hareket ederek, somut olayın özelliklerini de dikkate alarak, din ve dünya görüşü özgürlüğünün, tüzel kişilikler açısından da geçerli olduğunu kabul ederek, dinsel amaç taşıyan ve bu amaçla örgütlenen tüzel kişilerin yaptıkları başvuruları kabul edebilmiştir (Şirin, 2013:223). Alman AYM insan onuru, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü, kadın erkek eşitliği, cinsiyet, soy ve ırk bakımından eşit muamele, evlilik ve aile hakkı, sığınma hakkı, yurttaşlar arası eşitlik ve serbest seçim hakkı gibi insan ile sıkı sıkıya bağlı olan temel haklar dışındaki hakları farklı şekillerde de olsa, nitelik olarak tüzel kişilerinde kullanabileceğini ve bunların sahip olabileceğini kabul etmiştir.

İspanya uygulamasında kamu güçleri tarafından yapılan ihlallere karşı vakıf ve dernekler dahil olmak üzere tüzel kişilerin de başvuru hakkı vardır (Guerra, 2010:71).

3.6.2.2.3- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Konuya Yaklaşımı

AİHS'nin 34.maddesi AİHM'ne başvuru yapabilecek özneleri düzenlemektedir. Buna göre “Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeciler Taraflar'dan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren *her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları* Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeciler Taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler.

AİHM tüzel kişileri “insan haklarının yararlanıcısı” olarak kabul etmektedir(Şirin, 2013:225). Dolayısıyla Sözleşmede yer alan ve tüzel kişilerin niteliklerine uygun olarak

kullanabilmeleri mümkün olan haklarının ihlal edildiği iddiası ile ilgili olarak AİHM'e başvurabilirler. Konuya ilişkin olarak AİHM'nin yaklaşımı oldukça geniştir.

AİHM, tüzel kişilerin sahip oldukları hakların kapsamını oldukça geniş yorumlamaktadır. Normal olarak gerçek kişilerin sahip olduğu ifade özgürlüğüne, olayın özelliklerine göre tüzel kişilerin de sahip olabileceği Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Mahkeme Autronic AG v. İsviçre davasında, kuracağı sistem ile Sovyet uydusundan doğrudan görüntü alarak yayın yapmak için izin başvurusunda bulunan Autronic AG isimli şirketin başvurusunu kabul etmeyen İsviçre hükümetinin eylemini, şirketin ticari yayın izni talebini ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirerek Sözleşmenin 10. maddesine aykırı bulmuştur. Mahkeme gerekçesinde *“ne bir limited şirket olarak başvurucunun hukuki niteliğinin, ne başvurucunun faaliyetlerinin ticari niteliğinin ne de ifade özgürlüğünün esas doğasının, başvurucuyu 10'uncu madde korumasından mahkûm bırakamayacağı”*na yer vermiştir. Mahkeme bu yaklaşımı ile sadece bilginin içeriğini ifade özgürlüğü bağlamında kabul etmemiş, ayrıca bunların aktarımını ve yayımını da içerecek şekilde geniş yorumlamış ve bu özgürlükten tüzel kişilerin de yararlanabileceği sonucuna ulaşmıştır (Şirin, 2013:223)

Benzer şekilde AİHM başka bir kararında Sözleşmenin 8.maddesi ile güvence altına alınan “özel hayata saygı hakkı”ndan sadece gerçek kişilerin değil, gerçek kişilerin de yararlanması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkeme Société Colas Est ve diğerleri v. Fransa kararında, herhangi bir denetim ve sınırlama olmadan idari soruşturma kapsamında tüzel kişilerin bürolarında ve mülklerinde arama ve inceleme yapılmasını tüzel kişilerin yönetimine, şubelerine ve işyerine saygı duyulmaması olarak kabul ederek, tüzel kişilerin konutuna yeterli güvenceler sağlanmaksızın girilmek suretiyle ilgili yasa hükümlerinin keyfi ve kötüye kullanıldığını belirterek Sözleşmenin 8.maddesinin ihlali kararı vermiştirⁱ.

AİHM uygulamasına göre tüzel kişilerin mağdurluk statüsü kazanabilmesi için bizzat tüzel kişiliğin (onun üyeleri değil) uyuşmazlık konusu uygulamadan doğrudan etkilenmiş olması gerekirⁱⁱ. Dolayısıyla Mahkeme, üyelerin uğradığı saldırılar nedeniyle

ⁱ Société Colas Est ve diğerleri v. Fransa, 16.4.2002, B.N: 37971/97,

ⁱⁱ Asociación de aviadores de la Republica, Jaime Mata vd/İspanya; Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus vd/Fransa, Dayras et autres et l'association « SOS Sexisme » /Fransa; GrandeOriented'ItaliadiPalazzoGiustiniani/İtalya

dolaylı olarak mağdur olduğundan bahisle tüzel kişilerin başvuru haklarının olmadığını açıkça kabul etmiştirⁱ. Bir kısım haklar gerçek kişilerle sıkı şekilde bağlıdır. Yaşama hakkı, evlilik hakkı, aile yaşamına saygı hakkı, eğitim hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bunlara örnek olarak gösterilebilir. Bu hakların doğası gereği tüzel kişiler tarafından kullanılmaları mümkün olmayacaktır. AİHM, tüzel kişiyi oluşturan üyeler adına, tüzel kişiler tarafından yapılan başvuruları, başvuru ehliyetlerinin olmaması nedeniyle “kişi yönünden kabul edilemez” bulmaktadırⁱⁱ.

3.6.2.2.5- Bireysel Başvuru Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi’nin Konuya Yaklaşımı

1982 Anayasasında tüzel kişilerin hak ehliyetine sahip olup olmadıklarına dair anayasa metninde açık bir ifade bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa gerekçesine bakıldığında mülkiyet hakkını düzenleyen 35.maddenin gerekçesinde konuya değinildiği ve tüzel kişilerin de malik sıfatına sahip olarak mülkiyet hakkına sahip olduklarına yer verildiği görülmektedir. 35.maddenin lafzında yer alan herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğuna dair ifadesinin içeriğine gerçek kişiler ile birlikte tüzel kişilerin de dahil olduğu bu şekilde vuzuha kavuşmaktadır (Şirin, 2013:217)ⁱⁱⁱ.

Anayasa metninde yer alsın (vakıf, sendika, kooperatif, siyasi partiler) veya almasın (şirketler) özel hukuk tüzel kişilerinin bireysel başvuru haklarının bulunduğu açıktır (AYM Kanunu 46/2). Bununla birlikte madde metninde “tüzel kişiliğe ait haklar” ile ilgili yapılan özel vurgu nedeniyle, özel hukuk tüzel kişileri gerek üyelerinin haklarının ihlali ile ilgili olarak ve gerekse başkaca tüzel kişiliklerinin haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuru yapma yolu kapatılmaya çalışılmıştır.

ⁱ Asociación de aviadores de la Republica, Jaime Mata vd/İspanya; Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus vd/Fransa,

ⁱⁱ “Kendisinin mağdur olduğunu iddia etmeye muktedir bulunmayan bir meslek birliği, bir hükümet dışı örgüt, kendi üyeleri üzerinde etki doğuran bir önlem/işlem aleyhine başvuru yapamaz” (X. Union v. Fransa, 4.05.1983, B.N.: 9900/82, Poroy: s.124) Bkz.Gözübüyük: 1987:7;. AİHM’nin benzer yaklaşım ile kabul edilemez bulduğu kararlara başkaca örnekler olarak Norris ve diğerleri v. Birleşik Krallık, 16.05.1985, B.N.: 10581/83 ve Asociacion de Aviaores v. İspanya, 11.03.1985, B.N.: 10733/84 ile Agrotexim Hellas SA ve diğerleri v. Yunanistan, 12.2.1992, B.N.: 14807/89 kararları gösterilebilir,

ⁱⁱⁱ Hak sahibi olmaları nedeniyle tüzel kişilerin de şikâyet haklarının olması normal kabul edilebilir. Buna karşın Amerikan İnsan Hakları Mahkemesine tüzel kişilerin başvuru hakkı bulunmadığı kabul edilmektedir. Bunun temel sebebi tüzel kişilerin varlıklarına dair teoride tartışılan ve kendilerini oluşturan bireylerin dışında, soyut olarak hak sahibi olup olmadıklarına değinen tartışmalar ile ilgili olarak Mahkemenin kabul ettiği yaklaşımdır (Şirin: 2013:217, dpn. 364).

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bireysel başvuru karar gerekçeleri incelendiğinde, Mahkeme'nin kararlarını AYM Yasası'nın 46.maddesinin gerekçesine uygun olarak oluşturduğu ve tüzel kişilerinin kendi kişilikleri ile ilgili olmayan veya üyelerine ait hak iddiaları konusunda bireysel başvuruda bulunulamayacağını kabul ettiği anlaşılmaktadır. Mahkeme söz konusu yaklaşımında tüzel kişinin kuruluş amacını, güncel ve doğrudan bir hak ihlalinin olup olmadığını irdelemektedirⁱ. Mahkeme bu tür başvuruları “kişi yönünden yetkisizlik” gerekçesiyle kabul edilemez bulmaktadır.

3.6.2.2.5- Yasal Düzenlemenin Eleştirisi ve Konuya İlişkin Değerlendirmelerimiz

Bireysel başvuru yolunun, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve güvence altına alınması noktasında sahip olduğu önem ve oynadığı rol gözönüne alındığında, söz konusu hakkın, temel bir hak olduğu ve Anayasa'nın 13.maddesinde belirtilen güvencelerden yararlanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu doğrultuda bireysel başvuru hakkı, özüne dokunulmaksızın Anayasa'da belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Özel hukuk tüzel kişileri açısından Anayasa'nın 148/3.maddesinde belirtilmeyen bir sınırlamanın, AYM Yasası ile öngörülmüş olması, normlar hiyerarşisi gözönüne alındığında, Anayasa'ya aykırıdır.

Toplumsal hayatın gelişmesinde, bireylerin hak ve özgürlüklerin korunması noktalarında çok önemli görevler ifa etmesi Anayasa tarafından öngörülen özel hukuk tüzel kişilerinin, görev ve fonksiyonlarını yerine getirmelerini sınırlayarak onları durağan hale getirebilecek Yasal düzenlemeler Anayasa'nın ruhuna ve özüne aykırıdır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, 13.1.2011 tarihli HMK'nın 113.maddesi çerçevesinde “topluluk davası” adı altında dernek ve tüzel kişilere verilen dava açma yetkisinin, bireysel başvuru noktasında sınırlandırılması anlamsız olup, yasa koyucu açısından önemli bir tutarsızlığı da beraberinde getirmektedir.

ⁱ “Somut olayda kanuni düzenleme “çocuk hematolojisi” ve “çocuk onkolojisi” bilim dallarının birleştirilmesine yönelik olup, çocuk hematolojisi ya da çocuk onkolojisi yan dallarında uzmanlık eğitimi tamamlamış veya Kanun'un yayımı tarihi itibarıyla eğitimleri devam etmekte olan gerçek kişilerin durumlarında değişiklik yapmıştır. Bu durumda, söz konusu yasama işleminin başvuru konusu derneğin tüzel kişiliğine ait haklarına bir müdahale oluşturduğu söylenemez. Amacı çocuk onkolojisi alanında tıbbi kaliteyi artırmak olan ve yalnızca üyelerinin durumlarını etkileyen başvuru konusu yasama işleminin mağduru olmayan derneğin, bu işlem aleyhine bireysel başvuru yapma hakkı bulunmamaktadır” AYM, Türk Pediatrik Onkoloji Grubu Derneği Kararı, Birinci Bölüm, 25.12.2012, B.N.: 2012/95, par.23 (Bireysel Başvuru Seçme Kararlar, 2015:26).

Dernek ve sendikalar gibi, varlık gayeleri üyelerinin hak ve özgürlüklerini koruma altına almak olan ve onları, üyelerine karşı daha güçlü yapıya sahip gerçek ve tüzel kişilerin eylem, işlem ve kararlarına karşı korumak olan tüzel kişiliklerin bireysel başvuru haklarının “sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edilmesine” indirgenmesi izahı güç bir durumu da beraberinde getirmektedir.

Bireysel başvuru yolu ile öngörülen ve beklenen sonuçlardan biri, hak ve özgürlükler konusunda zamanın ve olayın şartlarına göre dinamik ve yaşayan bir insan hakları hukuku oluşturması konusunda AYM’ye taktir hakkının tanınmasıdır. AYM’nin dar kalıplar içerisinde hapsedilmeye ve çalışmaya zorlayan her Yasal düzenleme, Anayasa’nın 148/3.maddesinde yer alan düzenlemenin lafzına ve ruhuna aykırılık oluşturacaktır. Bu noktada karşılaştırmalı hukukta Almanya örneğinde olduğu ve AİHM uygulamasında gözlendiği üzere, bireysel başvuru davasını görecekt AYM’ye geniş bir uygulama ve yorum sahasının bırakılması yararlı sonuçlar doğurabilecektir.

AYM Yasası’nın 45/3.maddesi ile yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yolunun kapatılmak istenilmiş olması nedeniyle, aşağıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere, bu noktada AYM tarafından yapılması gereken, ya AYM Yasası’nın 46/2.maddesinde öngörülen sınırlama sebeplerini görmezden gelerek ihmal etmesi veya bireysel başvuruyu “somut bir dava” kabul ederek, bu hususu somut norm denetimi çerçevesinde Genel Kurul önüne götürerek, Yasa’nın iptalini sağlamak olmalıdır.

3.6.2.3- Kişi Grupları ve Topluluklarının Başvuru Haklarının Varlığı Sorunsalı

AİHM uygulamasına göre, herhangi bir tüzel kişiliğe sahip bulunmamasına karşın, kişi grupları ve topluluklarının bireysel başvuru yapma haklarının varlığı kabul edilmektedir. Bunun için söz konusu kişi grubu ile topluluğunda yer alan kişilerin başvuru dilekçesini birlikte imzalamaları ve yine bu kişilerin grup veya topluluk adına Mahkemeye başvuru için temsil yetkisi vermeleri gerekir (Aydın, 2011:150; Çınar, 2013:205).

Kişi grupları veya toplulukların bireysel başvuru yapabilecekleri noktasında mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, yasaklayan bir hüküm de yoktur. Söz konusu başvurunun hak ve özgürlüğü ihlal edilen kişi ile sıkı sıkıya bağlı bulunduğu gözönüne alındığında, herhangi bir tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya

gruplara karşı kamu gücü kullanan kişi ve kurumların işlem ve kararları ile bu kişilerin hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğinin ortaya konulması güçtür. Fakat bu husus ortaya konulduğu takdirde, kişi grupları veya topluluklar tarafından, ortak hareket edilerek bireysel başvuru yapabilmelerinin olanaklı olduğu kabul edilmelidir. AİHM uygulamasına benzer şekilde, grup veya topluluk adına başvuru yapılabilmesi için, bunu oluşturan kişilerin temsil yetkisi vermeleri şartı aranmalı, bu gereklilik karşılandığında başvurunun esasına girilebilmelidir.

3.6.2.4- Yabancılar Açısından Öngörülen Sınırlama

Yabancı kavramından ne anlaşılması gerektiği mevzuatımızda, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 3.maddesinin 1.fıkrasının d bendinde "*Türkiye Cumhuriyet Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi*" şeklinde tanımlanmıştır.

1982 Anayasası'nın 66.maddesinde "Türk" (vatandaş) tanımı normatif olarak yapılmıştır. Bu kategori dışında kalanlar doğal olarak "yabancı" kabul edileceklerdir. Anayasa'nın 16.maddesi yabancılar açısından temel hak ve hürriyetlerinin, müttekabiliyet ilkesi çerçevesinde, milletlerarası hukuka uygun olarak yasa ile sınırlanabileceğini belirtmiştir. Bu düzenlemelerden, Anayasa'nın 12.maddesi çerçevesinde vatandaşlara tanınan hak ve hürriyetlerin tamamından, kanun ile bir sınırlama getirilmediği takdirde, yabancıların da yararlanacağı sonucu çıkartılabilir.

Kural olarak bireysel başvuruda bulunabilmek için Türk vatandaşı olmak gerekli değildir. Vatandaşlar ile birlikte yabancı ülke vatandaşları, haymatloslar (vatansızlar) veya mülteciler haklarının Türkiye Devleti kamu gücü kullanıcıları tarafından ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ne bireysel başvuru yapabilirler.

Kural, herkesin bireysel başvuru yapabilmeleri ise de, yasa koyucu yabancılar açısından bu hakkın kullanımına ilişkin olarak sınırlayıcı bir hüküm öngörmüştür. AYM Kanunu'nun 46/3.maddesine göre "*Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz*"ⁱ.

ⁱ 6216 sayılı Yasa'nın 46.maddesinin 3.fıkrasına ilişkin gerekçesinde şu ibarelere yer verilmiştir: "*Anayasa'nın herkese tanıdığı temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak, yabancıların da bireysel başvuru haklarının bulunduğu açıktır. Ancak yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan Anayasal haklara ilişkin yabancılar bireysel başvuru hakkına sahip değildir. Bu nedenle yabancıların bireysel başvuru hakkı Türk vatandaşlarına göre daha sınırlıdır*".

Ulusal makamlar tarafından öngörülen “hak koruma mekanizması” çoğu kez vatandaşlık (yurttaşlık) pozisyonu ile ilintilidir. Her ne kadar temel insan haklarının önemli niteliklerinden birisi evrensel olmaları ise de, ulusallık temelinde bu ilke bilinen anlam ve kapsamı ile uygulama alanı bulamamaktadır.

Klasik liberal anlayış doğrultusunda devlet, egemenlik ve insan hakları noktasında vatandaşlar ile yabancılar arasında ayrım yapabilmektedir. Ancak 2. Dünya Savaşı sonrasında yaşanan gelişmeler, egemenlik anlayışı ve vatandaşlık statüsüne bakıştaki farklılaşmalar nedeniyle vatandaş ile yabancı arasındaki makas giderek kapanma noktasına gelmiştir. Bunun en önemli tezahürü Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi düzlemlerinde oluşturulan hukuki zemindir. Bu durum AİHS’in 1. Maddesinde “Sözleşmeci Devletler, bu Sözleşmenin Birinci Bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri, kendi egemenlik yetkisi içinde bulunan herkes için güvence altına alırlar” şeklinde yer alan düzenleme ile müşahhaslaşmıştır (Şirin, 2013:203).

Bireysel başvuru yoluna başvurabilmek için “kamu gücü” tarafından ihlal edilen bir hakkın varlığı gerekir. Bu gücü kullanma yetkisinin yasama, yürütme ve yargı organlarına ait olduğu tartışmasızdır. Kamu gücü kullanan organların Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ne atfedilebilir bir bağı bulunmalıdır. Aksi takdirde, yabancı devletlerin veya uluslararası veya uluslar üstü örgütlerin işlemleri aleyhine bireysel başvuru yapılamaz, AYM’nin bu konuda herhangi bir yetkisi yokturⁱ. Bununla birlikte Türkiye’nin sınır ötesinde gerçekleştireceği faaliyetleri nedeniyle oluşabilecek muhtemel hak ihlalleri nedeniyle, hakları ihlal edilen yabancıların bireysel başvuru hakkının olduğu kabul edilebilir (Çoban, 2010:196). Ancak böyle bir kabul için Türkiye’nin tek başına inisiyatif olarak faaliyette bulunması gerekir. Bununla birlikte Türkiye’nin uluslararası bir oluşumun parçası olarak, sınır ötesi faaliyette bulunması halinde, hakları ihlal edilen kişilerin bireysel başvuru yolu ile AYM’ye başvuru yapamayacaklarının kabulü gerekir (Aydın,2011:136)ⁱⁱ. Ancak bu tür melez müdahalelerin varlığı halinde, Türkiye’nin söz konusu uluslararası oluşumdaki konumu

ⁱ AYM, Ali Kemal Renklioğlu Kararı, Birinci Bölüm, 12.02.2013, B.N. 2012/171, par.15-17, bkz, 22/02/2013 tarih ve 28567 sayılı Resmi Gazete. Başvurucu söz konusu bireysel başvurusunda Fransa Cumhuriyeti Devleti tarafından gerçekleştirilen emekli maaşı kesintisi ile hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur.

ⁱⁱ AİHM’in 2003 yılında, İngiltere Devletinin Irak’ın güneyindeki Basra bölgesinde askerleri tarafından açılan ateş sonucu hayatını kaybeden Iraklı sivillerin yakınları tarafından yapılan başvuruyu kabul ederek, ölümlerle ilgili olarak İngiltere’nin etkili bir soruşturma yürütmediğini ve Sözleşmenin 2.maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (Sağlam, 2012).

ve sorumluluğu dikkate alınarak yapılan başvurular AYM tarafından değerlendirilmeli ve Türkiye'nin kamu gücü kullanımının hak ihlaline sebebiyet vermesi halinde yapılan başvurular kabul edilebilmelidir (Şirin, 2015:8).

İspanya Anayasasının 53. Maddesinde amparo başvurusu yapabilecekler için “*her vatandaş*” ibaresini kullanılmaktadır. Bununla birlikte 162. maddesinde “*meşru bir menfaati olduğunu iddia eden her tür gerçek ve tüzel kişi*”nin amparo başvurusu yapabileceğine yer verilmiştir. İspanyol AYM'nin bu konuya ilişkin olarak içtihatları ile yabancılar açısından bireysel başvuru hakkı bağlamında değerlendirilebilecek hak ve özgürlüklerin sınırlarını genişletme eğiliminde bulunduğunu söylemek zor olmayacaktır. Bununla birlikte İspanyol Anayasası, mütakabiliyet (karşılıklılık) esasını gözönünde bulundurarak, yabancıların yararlanacağı temel hak ve özgürlüklerin belirlenmesinde antlaşmalar ve yasal düzenlemelerin gözönünde bulundurulması ile bir sonuca varılmasını öngörmektedir. Bu durum doğal olarak yabancıların başvuru seçeneklerini, vatandaşlara nazaran sınırlamaktadır (Sağlam, 2012, Mukayeseli.); Baamonde, 2009:103).

Almanya'da, mevzuatta açıkça yer verilmemekle birlikte, Alman AYM içtihatları ile yabancıların vatandaşlara özgü haklarla ilgili bireysel başvuru yapma haklarının bulunmadığı yönünde bir uygulama geliştirmiştir (Mellinghof, 2009:34).

“*Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz*” (AYM Yasası md. 46/3) hükmü bağlamında, yabancıların bireysel başvuru haklarının sınırının belirlenebilmesi için, “yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan hakların” neler olduğu üzerinde durulmalıdır. Anayasa'da sadece Türk vatandaşlarına hasredilen haklar genel olarak siyasal haklardır. Seçme, seçilme hakkı ve siyasi faaliyette bulunma hakkı (Any., md. 67), siyasi parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma (Any., md. 67), kamu hizmetine girme hakkı (Any., md. 70) bu tür haklara örnek olarak verilebilir. Yine gerçekte bir ödev olmasına rağmen bir hak olarak düzenlenen vatan hizmeti sadece vatandaşlara tanınan bir haktır. Söz konusu haklar ile ilgili metinlerde genellikle hak sahibini göstermek için “Türk”, “Türk vatandaşı” veya “vatandaş” ifadeleri kullanılarak, hakların yalnızca Türk vatandaşlarına ait olduğu belirtilmeye çalışılmıştır (Karaman, 2013:117; Özbey, 2013:242; Ural, 2013:244).

Anayasa ile güvence alınan hak ve özgürlüklerden yabancıların, Türk vatandaşları ile ortaklaşa yararlanabildikleri haklar şunlardır: yaşam hakkı (AİHS md.2), işkence yasağı (AİHS md.3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (AİHS md.4), özgürlük ve güvenlik hakkı (AİHS md.5), adil yargılanma hakkı (AİHS md.6), suç ve cezaların kanuniliği (AİHS md.7), özel ve aile hayatına saygı (AİHS md.8), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (AİHS md.9), ifade özgürlüğü (AİHS md.10), toplantı ve dernek kurma özgürlüğü (AİHS md.11), evlenme hakkı (AİHS md.12), etkili başvuru hakkı (AİHS md.13), ayrımcılık yasağı (AİHS md.14).

Uluslararası insan hakları metinlerinde düzenlenen haklar bütün insanlara tanınmıştır. Bununla birlikte devletin karar alma süreçlerine katılım imkanı öngören siyasi haklar bu kuralın istisnasıdır. Bu bağlamda herhangi bir katılım hakkının yabancılarla tanınıp tanınmaması, ilgili devletin siyasi tercihinin bir sonucudur. AİHS'in 16. maddesi de bu doğrultuda bir hüküm içermektedir. Buna göre “*Sözleşmenin on, on bir ve on dördüncü maddeleri, Sözleşmeciler Devletlerin yabancıların siyasal faaliyetler üzerine yasaklar koymasına engel olmaz*”. Böyle bir düzenlemenin uluslararası insan hakkı metinleri açısından olağan olmadığı ve eleştirildiği görülmektedir. Ancak AİHM'in söz konusu metni dar şekilde yorumlayıp uyguladığı ve sadece siyasal faaliyetlere özgülendiği görülmektedir (Şirin, 2013:204-205).

Dilekçe hakkı Anayasa'nın 74.maddesinde düzenlenmiştir. Bu hak mütakabiliyet esasıⁱ gözetilmek şartıyla yabancılarla da tanınmıştır. Bu kabul, başka bir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı bulunan yabancılar hakkındadır. Mütakabiliyet esası çerçevesinde başka ülke vatandaşlarına, Türk vatandaşlarının sahip olduğu hakları kullanma noktasında kısıtlama getirilmesi mümkündür. Bununla birlikte herhangi bir ülke vatandaşı olmayan vatansız (haymatlos) kişiler bakımından durum farklıdır. Zira vatansızlar hakkında mütakabiliyet esası işletilemez. Dilekçe hakkının bir kısım yabancılarla tanınmamasının sebebi, bu yabancıların tabi bulundukları devleti TC vatandaşlarına söz konusu hakkı vermemeleridir. Vatansızlar açısından böyle bir tehdit/tahdit bulunmamaktadır. Yine

ⁱ Anayasa Mahkemesi kararlarına göre mütakabiliyet esasından anlaşılması gereken “en az iki devlet arasında uygulanan ve her birinin ülkesinde diğerinin vatandaşlarına aynı mahiyetteki hakları karşılıklı olarak tanımalarını ifade eden bir prensiptir. Bu ilkeye göre; bir yabancıların Türkiye’de bir haktan yararlanabilmesi, Türklerin de o yabancıların ülkesinde aynı tür ve nitelikte olan haklardan yararlanmasına bağlıdır. Karşılıklı muamele esası andlaşma ile ya da kanunla olabilir. (Anayasa Mahkemesi Kararı, 13.6.1985, E: 1984/14, K: 1985/7, Şirin, 2013:205); Öğretide vatansızların da yabancıların tabi olduğu hukuki statüye sahip olmaları ve yabancılar için belirlenen sınırlamaların bunlar için de geçerli olduğu ileri sürülmüştür (Karaman, 2013:119; Ergül: 2012:26; Aydın, 2011:150).

dilekçe hakkının, vatansızlara tanınmasında egemenlik hakkı noktasında bir sakınca oluşturmaz. Temel hak ve özgürlüklerin yorumunda şüphe edilmesi halinde, hak ve özgürlükler lehine yorum yapılması hukukun genel bir ilkesidir (Şirin, 2013:206).

İktisadi, ekonomik ve sosyal haklar genel olarak herkese tanınan haklardır. Ancak açıkça olmamakla birlikte Anayasa'nın lafzi yorumundan hareketle bu kategoride değerlendirilebilecek bir kısım hakların yabancılar açısından sınırlandırıldığı görülebilecektir. Anayasa'nın 2. Maddesine göre resmi dil Türkçe'dir. Kamu hizmetlerinde ve her türlü yazışmalarda Türkçe kullanılmalıdır. Bu çerçevede Türkçe bilmeyen tüm yabancıların, devlet ile olan ilişkilerinde zorunlu olarak ana dillerini veya bildikleri başkaca dilleri kullanamayacakları açıktır.

Anayasa'nın 42. Maddesinde Türkçe dışında başkaca bir dilin eğitim ve öğretim kurumlarında vatandaşlara ana dil olarak okutulup öğretilmeyeceği belirtilmiştir. Bu düzenleme anadilinde eğitim hakkı konusunda yabancılar açısından bir kısıtlama içermektedir. Buna benzer şekilde Anayasa'nın 27.maddesinde bilim ve sanat eserlerinin yayım ve dağıtım hakkı bakımından; 38.maddesinde ise işlenen bir suç nedeniyle iade olunup olunmama açısından yabancılar ile vatandaşlar arasında bir ayırım gözetildiği anlaşılmaktadır (Şirin, 2013:207).

Anayasa mahkemesi, mütakabiliyet ilkesi Anayasa metninde sadece dilekçe hakkının sınırlanması açısından öngörülen bir prensip olmasına karşın, 35.maddede, herhangi bir sınırlama öngörülmezsizin herkese tanınan mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında da bir gerekçe olarak kullanmış ve yabancılar mülk satışına ilişkin düzenlemeleri iptal etmiştir¹.

Anayasa Mahkemesinin 35.maddenin açık lafzına rağmen “ülkede yabancının arazi ve emlak edinmesi salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez. Toprak, devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlık simgesidir” gibi bir yorum sonucunda, Anayasa ile yabancı-vatandaş ayrımı gözetmeksizin herkese tanınan mülkiyet hakkı sınırlandırılabilmiştir.

AYM'nin itiraz ve iptal davaları ile önüne gelen hususlardaki yaklaşımını, bireysel başvuru davalarında devam ettirip ettirmeyeceğini şimdiden söylemek zordur.

¹ Konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları: 13.6.1985, E: 1984/14, K: 1985/7; 9.10.1986, E: 1986/18, K: 1986/24; 14.3.2005, E: 2003/70, K: 2005/14, bkz. Şirin, 2013: 208-209, dpn.320.

Anayasa'nın 16.maddesine göre "Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir." Yabancıların hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında 16.madde hükmü önemli bir mihenk taşıdır. Her ne kadar Anayasa'nın 13.maddesinde temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlanabileceği öngörülmüş ise de, AYM tarafından 16.maddenin, uluslararası hukuk içerisinde yer alan özellikle AİHS olmak üzere uluslararası insan hakları metinlerini kendisine dayanak yaparak, yabancıların temel hak ve özgürlüklerine yönelik sınırlamalarda daha özgürlükçü bir uygulama geliştirebilir. Gerek mülkiyet hakkı, gerek yabancıların iadesi gibi konularda AİHM in içtihatlarında belirtilen ilkeler doğrultusunda, önüne gelecek bireysel başvuru taleplerini değerlendirerek sonuçlandırması olanaklıdır.

AİHM'e göre bir kişinin vatandaş veya yabancı olup olmasına bakılmaksızın bir kişinin sınır dışı edilmesi veya iadesi halinde, bu kişiye işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yapılabilecek ise, bu halde işkence ve kötü muamelenin önlenmesine dair Sözleşmenin 3.maddesi ihlali söz konusu olabilecektir.

3.7- Konu Bakımından Öngörülen Sınırlamalar (Bireysel Başvuruya Konu Yapılamayacak İşlem Ve Kararlar)

3.7.1-Anayasal ve Yasal Düzenleme ile Yasa Koyucunun Tercihinin Genel Olarak Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerinin ne olduğu Anayasa'nın 148.maddesinde sayılmıştır. Ancak bu tür bir düzenlemenin Anayasada yer almış olması, AYM'nin tüm görev ve yetkilerinin sadece bu maddede belirtilenler ile sınırlı olduğu, belirtilenlere ek olarak yasal düzenlemeler ile yeni yetki ve görevlerin verilmeyeceği anlamına gelmez. AYM'nin bir kısım yetki ve görevlerinin anayasa metninde düzenlenmesinin sebebi, bunların diğer yetkilere göre önemli/üstün olmaları, dolayısıyla zor değiştirilebilir kategoriye alınarak daha güvenceli hale getirilmesi isteminin tezahürüdür (Şirin, 2013:62). AYM'nin yetkilerini daraltacak yasal bir düzenleme yapılması mümkün olmamakla birlikte, yetki ve görevlerini genişletebilecek, temel hak ve özgürlükler ile anayasal düzenin korunması, tahkim edilmesi ve genişletilmesine hizmet edecek yasal düzenlemeler yapılması mümkündür.

Bireysel başvuru, genel olarak bir kural veya kararın anayasaya uygunluğu konusunda denetim sağlanması için değil, güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamaya matuf bir yoldur ve hakkı ihlal edilen kişiye tanınan bir haktır (Kılınç, 2008:26-27). Bu bireysel başvuru yolunun sübjektif niteliğinin bir gereğidir.

Bireysel başvuru yoluna müracaat eden kişi bir yandan ihlal edilen kişisel hakkının korunmasını talep ederken, diğer taraftan zedelenen, bozulan, aksayan hukukun ve kamu düzeninin onarılmasını da istemektedir. AYM tarafından tespit edilecek ihlal oluşturacak noktalar, idari ve yargı organları açısından eğitici bir etki oluşturacak, bunların mevcut ve gelecekteki uygulamalarında daha dikkatli ve özenli davranmalarına sebebiyet verecektir. İdari ve yargı organlarının, AYM tarafından yapılan tespitler çerçevesinde eylem ve kararlarını genel olarak bir daha benzeri ihlallere sebebiyet vermesinin önüne geçecek şekilde düzeltmemeleri, bireysel başvuru ile öngörülen hakların korunması sistemini etkisizleştirecektir (Mellinghof, 2009:33; Kılınç, 2008:27). Bireysel başvuru yolu ile başvuru yapan bireyin sübjektif hak ve özgürlükleri korunmakta iken; bu yolun objektif niteliğinin doğal bir sonucu olarak, başkaca bireylerin hak ve özgürlüklerinin de kamu gücü kullanıcılarının işlem ve kararları ile ihlal edilmesinin önlenmesi de dolaylı olarak hedeflenmektedir. Bu neticenin elde edilebilmesi için, ihlale konu işlem veya kararı veren kamu gücü kullanıcısının bireysel başvuru sonucunda verilen karar neticesinde kendisini gözden geçirerek eğitmesi veya ihlale neden olan işlem ve kararları yenilememesi ya da bunları ortadan kaldırması beklenir.

Bireysel başvuru önündeki en önemli tehditlerden birisi AYM'nin temel hak ve özgürlükler ile ilgili olarak, bu davalar çerçevesinde, kendisine nasıl bir yol çizeceğidir. AYM temel hak ve özgürlüklerin kapsamının belirlenmesine, kamu gücü kavramına, idari ve yargı organların işlem ve kararlarının hangi raddede ihlal oluşturabileceğine dair yapacağı dinamik bir yorum sayesinde bireysel başvuru yolu ile beklenen sonuçlar elde edilebilecek iken, statik bir yorum ve uygulamanın tercih edilmesi halinde temel hak ve özgürlükler açısından potansiyel bir tehdit olan uygulamaların devamını ve tahkim edilmesini sonuçlayabilecektir. Bireysel başvuru yolu ile dava konusu edilen “insan hakları”, zamanın gerekliliklerine göre değişen şartlar nedeniyle zorunlu olarak Anayasa Mahkemesinin belirli anayasal ve yasal hükümlerini tartışma konusu yapmasını ve burada yapacağı yorumlardan bir sonuç çıkarmasını gerektirir. Anayasa

Mahkemesi yargıçlarının nitelikleri, yapılacak yorum faaliyetinin kalitesini belirleyecektir.

Anayasa'nın 148.maddesinde bireysel başvuru yapılabilecek işlem ve kararlar ile ilgili herhangi bir sınırlama öngörülmemesine karşın, AYM Yasası'nın 45/3.maddesi ile bir kısım sınırlamalar öngörülmüştür. Buna göre *“Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.”* Söz konusu sınırlamaların bir kısmının Anayasa'nın diğer maddelerinden veya bireysel başvuru yolunun doğasından kaynaklandığı söylenebilir. Bununla birlikte bir kısım sınırlamaların ise herhangi bir Anayasal dayanağı olmadığının söylemek zor olmayacaktır. Bireysel başvuru yolu için getirilen bu sınırlamaların, bu yoldan beklenen objektif sonuçların gerçekleşmesine ve kamu gücü kullanan kişi ve kurumları eğiterek, hak ve özgürlükler konusunda daha güvenceli bir anayasal düzen sağlanması amacına zarar vereceği açıktır.

Konuları bakımından bireysel başvuru yolu dışında bırakılan hususları sırasıyla inceleme konusu yapacağız ve bunlara ilişkin eleştiri, tespit ve önerilerimize yer vereceğiz.

3.7.2- Yasama İşlemleri

Anayasa'nın 153/son maddesine göre *“Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar”*.Bu anayasal hükme rağmen uygulamada AYM tarafından itiraz veya iptal davası bağlamında önüne gelen davalar çerçevesinde iptal ettiği yasa hükümleri, mahiyetlerine dokunmaksızın yasama organı tarafından yeniden yasalaştırılabilmektedir (Yıldırım, 1994:21; Aliefendioğlu, 1996:294). Anayasamızda yer alan pozitif düzenlemelerde buna engel olabilecek açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bunun sebebi unutkanlık veya ihmal değil, anayasadan yetki alan ve yasama, yürütme ve yargı yetkisini kullanan organ, kurum ve kişilerin Anayasal hükümlere saygı duyacaklarına/duymaları gerektiğine dair ön kabul ve haklı beklentidir. AYM kararlarının, sonuç ve gerekçeleri itibarıyla ilgili kurum ve kuruluşlar ya da kişilerce hayata geçirilmemesi, AYM kararlarından beklenen güvence gücünü zayıflatacaktır.

AYM'nin iptal ve itiraz davaları çerçevesinde verilen bir kısım kararlarının tamamen veya kısmen icra edilmemesi tehdidi/tehlikesi, bireysel başvuru davası neticesinde verilecek kararlar açısından da mevzubahistir. Ancak böyle bir uygulamanın Anayasa'nın 11., 12., 13., 14., 36., 40., ve 148.maddesi ışığında öngörülen insan haklarını koruma anayasal sisteminde yeri yoktur. Bireysel başvuru yolu insan hakları ihlalleri nedeniyle başvurulmuş yargısal bir hukuki çaredir. Neticesinde verilecek bir kararın uygulanmayarak doğrudan ve dolaylı etkilerinin ortadan kaldırılması açıkça Anayasaya aykırılık teşkil edecektir. Zira Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, hiç kimseye, kişilere tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya sınırlandırmasını sonuçlayacak şekilde yorumlanıp uygulanamaz (m. 14). AYM kararlarının sonuç bölümü kadar, gerekçelerinin de bağlayıcı olduğu genel olarak kabul edilmektedir (Yıldırım, 1994:21; Aliefendioğlu, 1996:294).

AYM'nin önüne gelen uyuşmazlıklarda, temel hak ve özgürlükleri, diğer ideolojik değerlerin önüne geçirmesi, yorum ve kararlarını buna göre oluşturması gerekir (Turhan 2007:400). Buna karşın AYM'nin bu güne kadar, itiraz ve iptal davaları çerçevesinde sergilediği tavır, insan haklarını koruyup, tahkim eden ve onu yücelten bir yaklaşımı değil, daha çok bürokratik tabakanın menfaatleri doğrultusunda hareket eğilime işaret etmekte, kararlarında hak ve özgürlük temelli bir yaklaşımdan ziyade devleti ve resmi ideolojiyi koruma emareleri göstermektedir. (Şirin, 2013:106) AYM, sadece anayasanın değil, aynı zamanda bireylerin hak ve özgürlüklerinin de koruyup gözetken bekçisidir (Şirin, 2013:107).

AİHM in insan haklarını koruma sistemi açısından ikincil bir fonksiyon ifa etmesi ve egemenlik anlayışı çerçevesinde AYM'nin insan hakları ve özgürlük temelli olarak Anayasa ve insan haklarına ilişkin uluslararası metinleri daha geniş ve farklı bir biçimde yorumlayarak uygulaması olanaklıdır (Letsas, 2007:21). Bu konuda bireysel başvuru yolu AYM'ye sunulan önemli bir enstrümandır. AYM başta AİHM olmak üzere, bireysel başvuru yolunun etkin şekilde işletildiği Almanya, Avusturya ve İspanya gibi ülke uygulamalarında kullanılan yorum yöntemleri ve oluşturulan kavramlardan da faydalanarak, Türkiye açısından yaşayan bir insan hakları hukuku yargı sisteminin inşasında hayati bir rol alabilir.

İnsan hak ve özgürlükleri bir bütünlük ifade ederler. Bir hak ve özgürlüğün ihlal edilmesi, ona tanınan güvencenin ortadan kaldırılması şeklinde tezahür edebileceği gibi, yasal olarak varlığı kabul edilen bir hak, değişik düzenlemeler vasıtasıyla içi boşaltılarak, dolaylı şekilde de kişilerin elinden alınabilir. Bireysel başvuru yolu davasında AYM, hak ihlalinin varlığı veya yokluğu konusunda bütüncül bir bakış açısıyla olaya yaklaşmalıdır. Yaşam hakkı bir kişi hakkıdır ve devlet tarafından korunması ve güvence altına alınması gerekir. Devletin negatif yükümlülüğü bizzat kişilerin yaşam hakkına saygı duymak ve zarar vermemektir. Pozitif yükümlülüğü ise, yaşam hakkına sıkı sıkıya bağlı bulunan ve onu temellendirip var eden diğer tali görevleri yerine getirmektir. Kişilerin sağlık haklarının güvence altına alınmadığı, basit temel tedavi olanaklarından mahrum bırakıldıkları bir ortamda, yaşam hakkının güvence altına alındığından bahsedilemez. Zira ekonomik durumunun olanaksızlığı nedeniyle sağlık birimleri tarafından tedavi edilemeyen bir kişi açısından önemli olan hak, sosyal sağlık güvencesinden adil olarak yararlanma hakkı değildir, o anda ihlal edilen yaşam hakkıdır (Algan, 2007:74; Şirin, 2013:116-117).

3.7.2.1- Yasama İşlemi Kavramı ve Kapsamı

Yasama işleminin, genel bir ifade ile belirtilmek istenirse, yasama organınca tesis edilen sonuç doğurucu irade açıklaması olduğu söylenebilir. Zira yasama organı tarafından gerçekleştirilen tüm işlemler yasama faaliyeti olarak kabul edilemez. Yasama organının yasama faaliyeti dışında başkaca işlem ve kararları da bulunmaktadır. Bu nedenle yasama işleminden anlaşılması gereken şey, yasama organının yasama görev ve yetkileri çerçevesinde gerçekleştirdiği faaliyetlerdir (Gözler, 2011:240).

Yasama, maddi ve şekli anlamda ele alınabilir. Şekli anlamda, devletin hukuki işlemlerini ve bunu yerine getiren organa ve yapılış şekillerine göre tayin edilir. Bu çerçevede yasamadan kasıt, anayasa tarafından yasama organı olarak gösterilen ve ismi belirtilen kurumun faaliyetidir. Yani yasama organınca tesis edilen sonuç doğurucu bir irade açıklamasıdır. Maddi anlamda bakıldığında ise yasama, objektif hukuku formüle edip ona yürürlük sağlama faaliyetidir (Özbudun, 2011a:198). Yasama faaliyetlerinin nasıl ve ne şekilde yerine getireceği belirli kurallara ve sınırlamalara tabidir. Maddi anlamda yasama işleminin neticesi olan yasayı devamlı, objektif ve kişisel olmayan düzenleyici kurallar olarak tanımlayabiliriz (Kaboğlu, 2010:405-406).

Öğretide ve AYM kararlarında yasa ve yasama faaliyetleri şekli kıstas baz alınarak, söz konusu faaliyetleri icra eden organa göre tanımlamaktadır. Yani “yasama organı” (parlamento) tarafından ortaya konulan faaliyetler kabul edilmektedir (Teziç, 2012:435). Yasama faaliyetleri ilke olarak kendi içinde “yasalar” ve “parlamento kararları” olarak ikiye ayrılır (Özbudun, 2011a;303-304; Gözler, 2001:240). Yasalar, yasama organının genel nitelikteki düzenleyici; parlamento kararları ise ilke olarak bireysel nitelikte tesis ettiği işlemlerdir. Parlamento kararlarının bireysel nitelikte olma genel özelliğinin tek istisnası olarak İçtüzük gösterilebilir (Gözler, 2011:243). Bununla birlikte yasa veya parlamento kararı özelliği taşımayan ancak yasama organı tarafından gerçekleştirilen diğer (isimsiz) yasama işlemleri de bulunmaktadır (Çekiç, 2009:113).

AİHM tarafından “yasa koyucu” kavramı şekli bir yaklaşım ile tanımlanıp kabul edilirken, “yasa” kavramı maddi bir yaklaşım çerçevesinde izah edilip uygulanmaktadır. Bu çerçevede yürütmenin tasarruflarıⁱ ile yargı kararlarıⁱⁱ “yasa” olarak görülüp değerlendirilmeye tabi tutulmuştur.

Anayasa’nın 7.maddesine göre “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez*”. Anayasa’nın üçüncü kısmında Cumhuriyetin temel organları içerisinde, “yasama” başlıklı birinci bölümünde TBMM düzenlenmiştir. Yani Anayasa tarafından yasama organı olarak TBMM öngörülmüş ve 87 ilâ 92.maddeleri arasında TBMM’nin görev ve yetkileri sayılmıştır. Açık bir istisna öngörülmediği sürece TBMM’nin bütün faaliyetlerine karşı bireysel başvuru yoluna gidilebilir (Şirin, 2013:278).

Yasama işleminden ne anlaşılması gerektiği, bir bireysel başvuru neticesinde verdiği kararda AYM tarafından “*Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca çıkarılan kanunlar ve alınan meclis kararları yasama işlemlerini oluşturmaktadır. Kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu tarafından Anayasa’da belirlenen usullere uyulmak suretiyle yapılan, Cumhurbaşkanınca Resmî Gazete’de yayımlanan ve meclis kararları dışında kalan işlemlerdir. Meclis kararı ise Türkiye Büyük Millet Meclisinin,*

ⁱ Golder v. Birleşik Krallık kararı, 21.02.1975.

ⁱⁱ Sunday Times v. Birleşik Krallık, 26.04.1979, B.N: 6538/74; Dudgen v. Birleşik Krallık, 22.10.1981, B.N: 7525/76.

yapısına ve iç işleyişine yönelik veya yürütme ve yargı organlarıyla olan ilişkilerine dair kanun dışında yaptığı işlemlerdir”ⁱ şeklinde belirtilmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde Yasama organı tarafından, Meclisin idari ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla alınan kararlar “yasama işlemi” olarak kabul edilemezler. Zira idari iş ve işlemler nedeniyle mülkiyet, mali konular ve personel ile ilgili hukuki işlem yapılması kaçınılmaz bir zorunluluktur. Yapılan bu hukuki işlemler özel hukuk işlemi veya idari işlem niteliğinde işlem özelliklerine sahip olabileceklerdir. Bu tasarruflara karşı yerine göre adli veya idari yargı organları nezdinde dava açılması mümkündür (Sarıgözel, 2013:72; Çekiç, 2009:110-113).

3.7.2.2- Yasalara Karşı Doğrudan Bireysel Başvuru Konusu Yapılamaması

3.7.2.2.1- Genel Olarak

Anayasa Mahkemelerinin temel görevi yasaların anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetlemektir. Anayasa yargısı son dönemde yasaların anayasalara uygunluğu denetiminden, yasaların uygulanmasının anayasallığını irdelemeye doğru bir değişim geçirmiştir. Yani anayasa yargısı, temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında yasamanın denetimi ile yetinmeyip, yargının denetlenmesine doğru bir yönelim içerisinde (Paczolay, 2009:314). Bu çerçevede bireysel başvuru yolu ihdas edilmiştir. Nitekim Anayasa’nın AYM’nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148.maddesinde bu hususa açıkça yer vermiştir. Kamu gücü kullandığı tartışmasız olan yasama organının faaliyetlerinin bir ürünü olan “yasa”lara karşı kural olarak, 148/3.maddenin lafzından hareketle bireysel başvuru yoluna gidilmesinde anayasal hükümler çerçevesinde bir sakınca gözükmemektedir.

Anayasal düzlemde herhangi bir sorun ve şüphe olmadığı gözükken yasal düzenlemelere karşı bireysel başvuru yoluna gidilebilme meselesi, AYM Yasası’nın 45/3.maddesinde yer verilen düzenleme nedeniyle tartışmalı hale gelmiştir. Söz konusu yasal düzenleme şu şekildedir:

ⁱ AYM, Gökhan Ünal kararı, İkinci Bölüm, 5.3.2013, B.N.: 2012/30, par.15, bkz. 27.03.2013 tarih ve 28600 sayılı Resmi Gazete .

“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.”

Nitelik itibariyle anayasal bir hak olan bireysel başvuru hakkına yönelik olarak yasa ile getirilecek bir sınırlamanın, Anayasa’nın 13.maddesi uyarınca anayasal dayanaktan ve meşruiyetten yoksun olduğu söylenebilir. Anayasa koyucu, kamu gücü tarafından temel hak ihlallerine karşı bireysel başvuru yapma konusunda Anayasa’da açık bir sınırlama öngörmemiştir. Kamu gücü kullanan organlar arasında en önemlilerinden birisi şüphesiz, kişi hak ve özgürlükleri konusunda yasal düzenlemeler ile müdahale etme yetkisi bulunan yasama organıdır. Yasama faaliyetlerinin bireysel başvuru dışında tutulmasının anayasallığı bu nedenle tartışmalıdır.

Bireysel başvuru hakkı temel bir haktır. Bu nedenle bireysel başvuru için getirilecek sınırlamaların Anayasa’nın 13.maddesinde öngörülen sisteme uygun olması gerekir. (Şahbaz, 2011:81; Ermenek, 2013:28; Şirin, 2013:26-27). Söz konusu sisteme göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın sadece Anayasa’da belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bireysel başvuru yolu açısından öngörülecek sınırlamaların Anayasal bir dayanağının bulunması, söz konusu hakkın kullanımının özüne dokunmaması ve kanunla yapılması gerekir. Şu halde bireysel başvuru yolunu kullanacak başvuru sahipleri açısından Yasa ile getirilen sınırlamalar ile kamu hukuku tüzel kişileri hakkında getirilen sınırlama Anayasa’ya aykırıdır. Zira Anayasa’nın 148.maddesinde “herkes” ibaresi kullanılmışken, AYM Kanunu ile bu ibare daraltılmıştır.

Yasal düzenleme ile Anayasa’da öngörülmemiş bir husus getirilmekte, yasal düzenlemelere karşı bireysel başvuru yolu kapatılmaktadır. Ancak burada bir “sınırlamadan” daha çok, Anayasa’da olmadığı halde, Yasal düzenleme ile “geri alma” durumu söz konusudur. Zira Anayasa tarafından verilen bir hak, yasa ile kullanılamaz hale getirilmektedir. Yasal düzenleme ile temel hak ve özgürlüklerin geri alınması kabul edilemez (Erdinç, 2015:110).

3.7.2.2.2- Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun Tasarısının Konumuz Bakımından İrdelenmesi

AYM Yasası'nın 45.maddesinin 3.fıkrasında yer alan norm, AYM Yasa tasarısının ilk halinde yer almamasına karşın, Anayasa Alt Komisyonunda yapılan değişiklik ile tasarıya eklenmiş ve mevcut haliyle yasalaşmıştır. Konumuz açısından önemli olması ve çalışmamıza ışık tutması açısından Tasarının “Esas hakkındaki inceleme” başlıklı 49.maddesinin 6.fıkrasına yer vermek istiyoruz. Fıkra metni şu şekildedir:

“Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlalinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar”.

Bu bölüm yasa yapım sürecinde Anayasa Alt Komisyonu tarafından madde metninden çıkartılmış, Genel Kurul görüşmeleri sırasında konu yeniden gündeme gelip tartışılmadığından, üzerinde herhangi bir değerlendirme yapılmadan Yasa mevcut haliyle son şeklini almıştır. Alt Komisyon’da yapılan tartışmalar incelendiğinde Taslak metinde yer alan 49.maddenin 6. Fıkrasına ilişkin olarak ileri sürülen itirazların genel olarak şu başlıklarda toplandığı söylenebilir (Göztepe, 2011:31)ⁱ:

- Anayasada yer almadığı halde bu düzenleme ile Anayasa Mahkemesi’ne yeni bir iptal yolu açılmış olacaktır.
- Bireysel başvuru görüşmelerini yapan üyeler aynı zamanda yasanın iptalini değerlendirecek Genel Kurul toplantısına da katılacaklarından sakıncalı bir durum ortaya çıkacaktır.
- Bu düzenleme ile AYM hem hâkim ve hem de savcı durumuna düşecektir. İtiraz yolu ile Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerce ileri sürülmesi durumunda vakıa ve delil değerlendirme, hukuku somut olaya uygulama mahkemenin takdir yetkisinde olmakta, itiraz halinde mahkeme aradan çıkmaktadır.
- Yasa koyucunun, AYM tarafından yapılan ihlal tespitleri çerçevesinde *hassasiyet göstererek* yeni bir düzenleme yapılacağı beklenmektedir.

ⁱ “Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu”, TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 696, s. 20.

Anayasa Alt Komisyonu tarafından AYM'ne kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin iptal istemiyle Genel Kurul'a götürülmesi halinde yeni bir iptal yolunun açılacağına dair görüş yasal dayanaktan yoksundur. AYM'nin bireysel başvuru davasını görmekle yetkili bölümleri tarafından, Genel Kurul'a yapılması muhtemel bir başvuru iptal davası değil, olsa olsa itiraz olarak kabul edilebilir. Zira iptal davası, yargı organları haricinde başka bir öznenin başvurusu halinde söz konusu olabilir.

AYM yüce divan sıfatıyla yaptığı yargılamalarda ve parti kapatma davaları sürecinde, herhangi bir normun anayasaya aykırı olduğu kanaatine vardığında AYM genel kuruluna iptal davası açabilmektedirⁱ. Böyle bir durumda geçerli olmadığı kabul edilen, Mahkemenin aynı anda hem savcı ve hem de savcı olma durumu, bireysel başvuru açısından da evleviyetle geçerlidir ve bu durum Anayasaya aykırılık teşkil etmez.

Bireysel başvuruyu karara bağlayan bölüm üyelerinin, aynı zamanda Genel Kurul üyesi olmaları nedeniyle, bölüm tarafından iptal istemiyle normların Genel Kurula götürülmeleri halinde, kendi iddiaları ile ilgili olarak kendilerinin karar vermesinin sakıncalı olabileceği itirazı yersizdirⁱⁱ. Şöyle ki, bu itiraz kabul edildiği takdirde bireysel başvuru incelemesine konu hak ihlaline sebebiyet veren düzenlemenin Anayasaya aykırılığı hiçbir zaman iddia edilemeyecektir. Zira ihlal kararından sonra yeniden yargılama yapacak mahkeme tarafından, ihlal kararına konu düzenlemenin somut norm denetimi çerçevesinde AYM önüne götürülmesi halinde de bireysel başvuru üyeleri Genel Kurul üyesi olarak konuya dair karar verme konumunda olacaklar ve daha sonradan kanaatlerini belirtmiş olmaları nedeniyle çekilmeleri gündeme gelecektir.

İnsan hakları koruma mekanizmalarının çalışma usul ve esasları açısından temel kabulü, bireysel hak ve özgürlüklerin potansiyel olarak devlet iktidarı tarafından tehdit edildiği savına dayanır. Bireysel başvuru davasına konu yasal düzenlemeyi, gerekli hassasiyeti göstermeyerek yasalaştıran yasama organından, AYM tarafından bireysel başvuru

ⁱ Konuya ilişkin güzel bir örnek teşkil etmesi açısından bkz. AYM Kararı, Genel Kurul , 09.07.2002, E: 2002/121, K: 2002/62, bkz. 31.08.2002 tarih ve 24862 sayılı Resmi Gazete : Halkın Demokrasi Partisi'nin kapatılması hakkındaki davaya bakmakta olan Anayasa Mahkemesi'nin, 9.7.2002 günlü toplantısında, 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 25. maddesi Anayasa'ya aykırı görüldüğünden Anayasa'nın 152., 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddeleri uyarınca iptaline karar verilmesi istenilmiş ve bu istem AYM tarafından AYM Genel Kurulu'nun önüne somut norm denetimi yoluyla getirilmiştir.

ⁱⁱ Öğretide bireysel başvuru yolunda somut norm denetimi ile yasal düzenlemelerin AYM önüne götürülemeyeceği savunulmaktadır. (Özbey, 2013:203)

davası çerçevesinde vermiş olduğu ihlal kararında belirttiği ilke ve prensipler çerçevesinde kendiliğinden harekete geçerek ilgili yasayı gözden geçirmesini bekleyip temenni etmek hak ihlalleri açısından devleti daha güçlü ve bireyi korumasız hale getirecektir.

Bireysel başvuru ile AYM'ne normların temel hak ve özgürlükleri daha korunaklı kılmak açısından uygun şekilde yorumlanarak uygulamaya konu edilip edilmediklerini denetleme imkânının sağlanmış olması yanında, beklenen diğer bir sonuç AYM tarafından anayasal bir hukuk düzeninin tahkim edilmesine olanak sağlanmasıdır (Göztepe, 2011:32). AYM'nin elinden böyle bir olanağın alınması, temel hak ve özgürlükler açısından bireysel başvurudan beklenen sonuçların elde edilmesini zorlaştıracak ve hatta bazı durumlarda imkânsız hale getirebilecektir.

3.7.2.2.3-Temel Hak ve Özgürlükleri İhlal Eden Anayasaya Aykırı Bir Yasal Düzenlemenin Varlığının Bireysel Başvuru Yolu Davasında Anayasa Mahkemesi kararı İle Ortaya Konması Halinde Yasa Koyucunun Öngördüğü Muhtemel Çözüm Yolları

AYM Yasası'nın 45/3.maddesi içeriği ve söz konusu kanunun yasalaşma sürecinde kanun koyucunun Anayasa Alt Komisyonu ve Genel Kurul aşamasında ortaya çıkan iradesi çerçevesinde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin gerçekleşen ihlalinin doğrudan veya dolaylı olarak bir yasal normdan kaynaklandığının AYM tarafından bireysel başvuru davası sonucunda verilen karar ile tespit edilmesi halinde, yasa normunun Anayasaya aykırılığının düzeltilme yolları olarak çeşitli ihtimalleri öngördüğü söylenebilir:

- Somut norm denetimi (itiraz davası) yolu ile yasa normu AYM önüne getirilerek anayasallık denetimi sağlanabilir.
- Anayasa Mahkemesi kararında yer alan tespitler çerçevesinde yasama organı hassasiyet göstererek harekete geçip önceki düzenlemeden kısmen veya tamamen vazgeçerek yeni bir düzenleme yapabilir.
- Temel hak ve özgürlük ihlali doğrudan veya dolaylı olarak yasa normundan kaynaklanıyor ise bu durumda sorun bireysel başvuru davası yoluyla iç hukuk yargı yolu olan AYM tarafından değil, AİHM tarafından değerlendirilmelidir.

Konumuz bağlamında kısaca bu ihtimaller üzerinde duracağız.

a. Somut Norm Denetimi (İtiraz Davası) İle Konunun Anayasa Mahkemesi'nin Önüne Getirilmesi

Bir yasanın doğrudan veya dolaylı olarak uygulanması neticesinde kamu gücü kullanan yargı makamlarının kararları çerçevesinde hak ve özgürlük ihlalinin yapıldığının tespit edilmesi halinde AYM, söz konusu ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı ilgili mahkemeye gönderebilir (AYM Yasası m.50/1). Yeniden yargılama yapmak suretiyle davayı tekrar görmeye başlayan mahkeme, ihlalin nedenin yasadaki kaynaklandığı kanaatine varırsa, somut norm denetimi yoluyla bu normu AYM önüne taşıyabilir (Sağlam, 2012, Mukayeseli...:441-443).

Ancak böyle bir yolun işletilebilmesi için, bireysel başvuru davasına konu edilen hususun bir mahkeme kararı olması, mahkeme kararından kaynaklı bir hak ihlalinin bulunması, AYM tarafından tespit edilecek hak ihlalinin bir mahkeme kararı ile birlikte bir yasa normunun doğrudan veya dolaylı olarak yorum ve uygulandığının tespit edilmesi, yeniden yargılama yapacak yargılama merciinin söz konusu normun önündeki dava açısından somut olarak uygulanabilir olduğu ile birlikte normun anayasaya aykırılığını ciddi görmesi gerekir. Bu hallerden birinin eksikliği halinde somut norm denetimi yoluyla temel hak ve özgürlüklerinin ihlaline dayanak teşkil ettiği AYM kararı ile sabit olan yasal düzenlemelerin anayasaya aykırılığının tespit edilme olanağı doğmayacaktır.

Uzman mahkeme olarak adlandırabileceğimiz derece yargı ve temyiz mahkemelerinin, AİHM içtihatlarını da gözönüne alan bir değerlendirme faaliyeti gerçekleştirerek, Anayasaya aykırı ve hak ihlaline neden olabileceğini düşündükleri yasa normlarını, karar vermeden önce itiraz yoluyla AYM önüne götürmeleri beklenir. Böylece, anayasaya aykırı yasal düzenlemenin mahkeme tarafından somut olaya uygulanmak zorunluluğundan kaynaklanacak hak ihlalinin bireysel başvuru yoluna başvurmaksızın önüne geçilmiş olacaktır.

AYM tarafından temel hak ve özgürlük ihlalinin mahkeme kararından kaynaklı olmayıp, ona dayanak teşkil eden yasal düzenlemeden kaynaklandığını tespit etmiş olması halinde dahi, yeniden yargılama yapacak mahkemenin somut norm denetimi

yoluna başvurmaması muhtemeldir. Zira mahkemelerin böyle bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Anayasa'nın 153.maddesine göre AYM kararları yargı organlarını da bağlayıcı niteliktedir. Ancak bu bağlayıcılık, AYM kararı doğrultusunda yeniden yargılama yolunun mahkemelerce kabulü noktasındadır. Bunun dışına çıkarak AYM'nin, kararı ile mahkemelere somut norm yolunu çalıştırmaları talimatı veremez. Aksi kabul hâkimlerin Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar vereceklerini teminat altına alan Anayasa'nın 138.maddesinin 1.fikrasına ve hiçbir organ, makam veya merci tarafından yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin olarak hâkimlere emir ve talimat verilemeyeceğini güvence altına alan 2.fikrasına aykırılık teşkil edecektir.

Yasal düzenlemeden kaynaklı hak ihlalinin, mahkeme kararından değil de, doğrudan idarenin eylem ve kararından kaynaklanması halinde ise, AYM tarafından yapılan hak ihlali tespitine rağmen, idari makamların somut norm denetimi yoluna gitme olanakları olmadığından, bu yol işletilerek söz konusu normun anayasaya aykırılığı AYM önünde denetleme konusu yapılamayacaktır.

b. Yasama Organının “Hassasiyet Göstererek” Yasal Düzenlemeyi Gözden Geçirmesi

AYM Yasası'nın 50.maddesinin 1. fıkrasına göre “*Esas inceleme sonunda, başvuruçunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir.*”

Dolaylı olarak, yasal düzenlemelerin idari işlem ve yargı kararlarına dayanak teşkil etmesi nedeniyle, yasa normlarının bireysel başvuruya konu edilmeleri ve AYM'nin konuyu esastan inceleyerek hak ihlali tespitinin yapılması sonrasında AYM kararında söz konusu ihlalin ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedebilir. Ancak mahkeme kararında “*yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar veremez*”. Mahkemenin esas hakkındaki verdiği karar gerekçeleri “ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir ve mahkemenin internet sayfasında yayımlanır”. Yine Mahkemece uygun bulunacak kararlar Resmi Gazetede yayımlanır (AYM Yasası md.50/3).

AYM'nin hak ihlaline ilişkin gerekçesinde söz konusu hak ihlalinin yasadan kaynaklandığını tespit etmesi, bu kararın başvurunun “ilgilileri” ile Adalet Bakanlığı’na tebliğ etmesi, bu şekilde yasama organının söz konusu yasa normunun anayasa hükümlerine aykırılık teşkil ettiğini öğrenmesi ile “hassasiyet göstererek” gerekli değişiklikleri yapması mümkündür.

Dolaylı olarak yasal düzenlemelerin AYM önüne bireysel başvuru yoluyla getirilmesi halinde söz konusu ihlale konu yasal düzenlemenin anayasa ile uyumlaştırılması yolunda yapılması gerekenler açıktır. Buna karşın, istisnai olarak, yasal düzenlemelerin doğrudan hak ve özgürlük ihlallerine dayanak teşkil etmesi nedeniyle, AYM tarafından bireysel başvuru yolunun kabul edildiği hallerde, AYM'nin yasal düzenlemeyi denetleme yetkisini doğrudan (yasayı iptal ederek) veya dolaylı olarak (somut norm denetimi yolunu işleterek) kendisinde görmeyerek, bu konuda sadece ihlal tespiti yapmakla yetinmesi halinde nasıl bir yol izleneceği belirsizdir. Zira AYM Yasası'nın 50.maddesinin 1. Fıkrası uyarınca Mahkeme ihlal kararı ile birlikte “ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere” de hükmedecektir. Bu halde doğrudan yasadan kaynaklı hak ihlallerinde, arada herhangi bir idari işlem ve eylem ile yargı kararı olmadığından, ihlal kararı ile hükmedilecek “yapılması gereken” şey, söz konusu yasanın değiştirilmesi noktasında gerekli süreçleri işletmesi için kararın Meclise gönderilmesi olacaktır. Bu durumda erkler ayrılığı ilkesi çerçevesinde çeşitli sorunların çıkması ve farklı tartışmaların ucunun ateşlenmesi muhtemeldir.

Almanya uygulamasında Alman AYM içtihatları ile ortaya çıkan “yasama organlarına çağrı kararı” benzeri bir uygulamanın benimsenmesi mümkündür (Oyar, 2013a:70). Bu şekilde AYM ihlal tespiti yaptığı ve buna dayanak teşkil eden normların anayasaya aykırı olduğunu değerlendirdiği kararları ile yasama organına bir çağrıda bulunur şekilde, söz konusu yasaların anayasaya uygun hale getirilmesini dolaylı olarak talep etmesi/bildirmesi mümkün olabilir.

c. Konuya İlişkin Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunun Kapatılarak Konunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde İncelenmesi

Hak ve özgürlüklere müdahalenin idarenin eylem ve işlemlerinden ya da yargı organlarından kaynaklanmayıp doğrudan yasal düzenlemeden kaynaklanması halinde, AYM Yasası'nın 45/3.maddesinin AYM tarafından dar ve şekilci bir yoruma tabi

tutulması nedeniyle yapılan bireysel başvuruların kabul edilmemesi halinde, söz konusu ihlale ilişkin başvurulabilecek bir iç hukuk yolunun bulunmaması nedeniyle, ihlalin giderimi için AİHM'e başvuru yapılabilmesi mümkündür.

3.7.2.2.4- Sorunun Karşılaştırmalı Hukuktaki Görünümü

Karşılaştırmalı hukukta, kamu gücü tarafından oluşturulan belirli eylem ve kararlara karşı bireysel başvuru yolunun kapatıldığı veya sınırlandırıldığı örnekler bulunmaktadır. Ancak bu tür örnekler genel olarak yasalar ile ilgili olmayıp, yürütme veya yargı erkleri tarafından kullanılan kamu gücü ile ilgilidir. Bu nedenle bireysel başvuru uygulamasında yasaların kapsam dışı bırakılması istisnai bir uygulamadır denilebilir.

Alman uygulamasında kural olarak yasal düzenlemelere karşı doğrudan başvuru yapılamaz. Bireysel başvuru yoluna başvurulabilmesi için, başvuru sahibinin dava konusu edilecek işlem ile ilgili doğrudan bağlantısının bulunması gerekir. Bir yasal düzenlemeye karşı bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi, temel bir hak ve özgürlüğe karşı yasa ile doğrudan ve güncel bir müdahale halinde mümkündür (Sağlam, 2011, Anayasa...:28-29). Bununla birlikte bu özelliklere sahip olmayan yasal düzenlemelerde *uygulama işleminin* ilgili makamlarca icra edilmesi beklenmeli ve ondan sonra ihtiyaç duyulduğu takdirde bireysel başvuru yoluna gidilmelidir (Mellinghof, 2009;35-36; Şirin, 2013:279).

Alman uygulamasında yasalara karşı doğrudan bireysel başvuru istisna, dolaylı başvuru ise kuraldır. Kanun tarafından, onun hayata geçirilmesine olanak sağlayan işlem ve eylemlerin yapılması sonrasında, iç hukuk yolunda öngörülen kanun yollarının tüketilmesini müteakip, hak ihlalleri bireysel başvuruya konu edilebilir (Kılınç, 2008:35).

Yine dolaylı yoldan yasaların bireysel başvuruya konu yapılabilmesi için, derece mahkemelerindeki yargısal süreçler içerisinde ilgililerin söz konusu yasanın anayasaya aykırılığını ileri sürmüş ve mahkemeden bu aykırılığı somut norm denetimi yoluyla giderilmesini talep etmiş olması gerekir. Aksi durumda kanun yolunun tüketilmemesi durumu ile karşılaşılabilecektir (Aydın, 2011:139).

Bununla birlikte, istisnai olarak doğrudan yasa normlarına karşı bireysel başvuru yapılabilmesi olanaklıdır. Şöyle ki, herhangi bir yasa, başvuru sahibinin temel bir hak

ve özgürlüğüne “doğrudan” ve “güncel” olarak müdahalede bulunuyor ise, bu halde söz konusu yasal düzenleme bireysel başvuruya konu edilebilir. Bunun için başvuru sahibinin, ilgili yasal düzenlemenin büyük olasılıkla kendi temel hak ve özgürlüklerine zarar vereceğini izah etmesi ve bu ihlalin herhangi bir uygulama işlemine gerek kalmaksızın “doğrudan” gerçekleşme olanağının bulunması gerekir (Sağlam, 2011, Anayasa...:29; Mellighof, 2009:35-36; Karaman, 2013:203; Şirin, 2013:279).

İspanya anayasal sisteminde yasalara karşı “doğrudan” bireysel başvuru yoluna (recurso de amparo) gidilmesi mümkün değildir. İspanya merkezi parlamentosu veya özerk topluluk meclisleri tarafından “yasa” adı altında düzenlenen veya buna eş değerde veya yasa gücünde olan hukuki düzenlemeler bireysel başvuruya konu edilemez. Bu kapsam içerisine meclis içtüzükleri de dahildir (Arnwine, 2003:254-255; Baamonde, 2009:103). Bireysel başvuruya yasaların uygulama işlemleri veya uygulanmaması (eylemsizlik/ihmal) konu edilebilir (Baamonde, 2009:103).

Bununla birlikte İspanya AYM kararları ile yürütme ve yargı kararları bağlamında önüne gelen bireysel başvurular sırasında yasaların anayasaya aykırılığını tespit etmesi, temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin anayasa aykırı bir yasadan kaynaklandığını belirlemesi durumunda ilgili yasanın anayasaya aykırılığını tespit edebilmektedir (Tsereteli, 2007:13).

Avusturya hukuk sisteminde ise yasaların Anayasa’ya aykırılığı farklı şekillerde AYM’nin önüne getirilebilmektedir. En sık kullanılan yöntem Mahkemenin kendiliğinden başlattığı incelemedir. Yine Mahkeme, anayasa şikâyeti ve bireysel başvuru incelemeleri sırasında da, yasa normunun Anayasaya aykırı olabileceğini re’sen değerlendirebilir. Yine belirli devlet organlarına ve yasal düzenlemelerden doğrudan etkilenen kişilere de yasaların denetimi için AYM’ye başvuru yapma yetkisi tanınmıştır (Holzinger, 2009:68). Mahkeme bu başvurular çerçevesinde normun anayasaya aykırı olduğu kanaatine varırsa, bunu bir ön sorun olarak kabul eder ve önündeki bireysel başvuru veya anayasa şikâyeti incelemesini durdurarak, normun anayasaya uygunluk denetimi sürecini başlatır ve sonucuna göre önündeki şikâyet ve başvuruyu karara bağlar(Holzinger, 2009:63-64,).

3.7.2.2.5- İptal ve Bireysel Başvuru Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi'nin Soruna Yaklaşımı

Konuya dair AYM ilk yaklaşımını 6216 sayılı AYM Yasası'nın 45.maddesinin 3.fıkrası aleyhine ana muhalefet partisinin iptal istemiyle açmış olduğu dava nedeniyle vermiş olduğu kararında izhar etmiştir. Mahkeme iptal istemini kabul etmeyerek, söz konusu düzenlemenin Anayasaya aykırılık teşkil etmediğini belirtmiştirⁱ. Mahkeme gerekçesinde:

“Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamaması, tamamen bireysel başvuru hakkının niteliği ile ilgili olduğu gibi bu işlemlerin uygulanmadıkları sürece bireylerin herhangi bir hakkının ihlaline yol açabilecek niteliğe sahip bulunmamalarından da kaynaklanmaktadır. Yasama işlemleri soyut veya somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olduğu gibi uygulanmaları bir hak ihlaline yol açmış ise bu işlem nedeniyle hakkı ihlal edilen kişi Anayasa Mahkemesine başvuru imkânına sahip bulunmaktadır. Aynı şekilde düzenleyici idari işlemler de doğrudan Danıştay denetimine tabi olmakla birlikte uygulanmaları bir hak ihlaline neden olmuş ise hakkı ihlal edilen açısından Anayasa Mahkemesine başvuru imkânı bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile başvuruca somut bir olayda henüz uygulanmamış kanun veya düzenleyici idari işlemin sadece hukuk düzeninde var olması, kural olarak bireysel bir hakkın ihlaline neden olmayacağı, dolayısıyla da bu işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamayacağı açıktır.” Demiştir.

Anayasa mahkemesi kararının gerekçesinin temelini, yasa yoluyla doğrudan herhangi bir aracı işleme gerek kalmaksızın doğrudan temel hak ve özgürlüklere müdahale yapılamayacağını kabul ederek oluşturmuştur. Ancak yakın geçmişte Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile Türkiye Adalet Akademisi ile ilgili yapılan bir yasa değişikliği ile, söz konusu kurumda görev yapan üst düzey yöneticiler ile diğer idari kadrolarda görev yapan tüm çalışanların görevine son veren yasal düzenleme yapılmıştırⁱⁱ. Söz konusu yasa yürürlüğe girmesi ile sonuçlarını doğurmuş ve belirtilen kişilerin görevleri sona ermiş, yerlerine yeni atamalar yapılmıştır. Hakları ihlal edilen

ⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 01.03.2012, E. 2011/59, K. 2012/34, bkz. 2.04.2013 tarih 28606 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱ 15.02.2014 tarih 6524 sayılı Yasa'nın 20 ve 39.maddeleri.

kişilerin herhangi bir yargısal yola başvurma hakları bulunmamaktadır. Zira söz konusu işlem yasa ile doğrudan gerçekleştirildiğinden, idari veya adli herhangi bir yargı yoluna başvurulması olanaklı değildir. Söz konusu yasal düzenlemelerin bir kısmı Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmişⁱ, ancak verilen kararlar geriye yürümeyeceğinden yapılan önceki tasarruflar geçerliliklerini devam ettirmiştir. Bireysel işlem niteliğindeki yasa düzenlemeleri yapılabilme ihtimali AYM tarafından açılan iptal davasında gözönüne alınmamıştır. Bu ihtimalin önemli kamu gücü kullanıcısı olan yasama organına, hak ve özgürlükler aleyhine zamanın ve şartların öngördüğü gereksinim doğrultusunda, tehlikeli bir takdir alanı yarattığı gözden uzak tutulmamalıdır.

Konuya ilişkin olarak AYM'nin yaklaşımını gösteren diğer bir süreç “kadının soyadı” çerçevesinde yapılan itiraz davası ve bireysel başvuru ile ilgili verdiği kararlarda görülebilir. Kadının evlenmeden önceki soyadını, evlendikten sonra kocasının soyadından ayrı olarak kullanmasını engelleyen Mülga Türk Medeni Kanunu’nun 153.maddesi ile ilgili yapılan itiraz başvurusu AYM tarafından reddedilerek anayasaya aykırı görülmemiştirⁱⁱ. Benzer düzenleme 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 187.maddesinde de yer almış ve AYM, 2010 Anayasa değişikliklerinden sonra vermiş olduğu yeni bir kararı ile 8’e karşı 9 oy çokluğuyla söz konusu “kadının soyadı” düzenlemesinin Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştırⁱⁱⁱ. AYM son kararını, aynı konuya ilişkin olarak AİHM tarafından *Tekeli v. Türkiye*^{iv} davasında vermiş olduğu ihlal kararı ve bu kararda yer verilen tespitlere rağmen oluşturmuştur.

Söz konusu kararlara dayanak oluşturan TMK’nın 187.maddesi şu şekildedir: “*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir*”

ⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 10.4.2014 tarih ve E.: 2014/57, K.: 2014/81, bkz. 14.05.2014 tarih ve 29000 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 29.09.1998, E: 1997/61, K: 1998/59, bkz. 15.11.2002 tarih ve 24937 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 10.03.2011, E: 2009/85, K: 2011/49, bkz. 21.10.2011 tarih ve 28091 sayılı Resmi Gazete.

^{iv} *Tekeli v. Türkiye*, 16.11.2004, B.No: 29865/96; AİHM’in konuya ilişkin benzer mahiyetteki kararları *Leventoğlu Abdulkadiroğlu v. Türkiye*, 28.5.2013, 7971/07; *Tuncer Güneş v. Türkiye*, 03.09.2013, 26268/08.

Bireysel başvuru yolunun anayasa yargısı çerçevesinde olanaklı kılınmasından sonra, kadının soyadına ilişkin olarak yapılacak bir başvuruyu nasıl değerlendireceği merak konusu olan AYM, konuya ilişkin olarak yapılan bir başvuruyu değerlendirmiş ve kadınların evlenmeden önceki soyadlarını tek başına kullanmalarına dair yasal zeminin bulunmamasını özel hayata saygı hakkının ihlali olarak görmüştürⁱ.

AYM, bireysel başvuru yolu ile önüne getirilen Türk Medeni Kanunu'nun 187.maddesinin kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunduğunu ihlal kararı ile sabit görmesine karşın, bu ihlale dayanak teşkil eden ve ihlal etmeye devam eden yasal düzenlemeyi iptal etmemiş veya edecek bir yasal süreci (itiraz davası/somut norm denetimi) başlatamamıştır. Bunun yerine Anayasa md.90'dan hareket ederek *“Uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşmenin hükümlerinin somut uyumsuzluk açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvurucağının manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.”*ⁱⁱ sonucuna varıp, ilgili yasal mevzuatı **ihmal etmek** suretiyleⁱⁱⁱ kararını oluşturmuştur.

AYM'nin bireysel başvuru çerçevesinde ihlale dayanak teşkil eden TMK'nın 187.maddesinin anayasallık denetimine olanak sağlayacak yargısal süreci neden başlatmamıştır? Kararlardan açıkça anlaşılmamakla birlikte Anayasa'nın 152.maddesinde yer alan on yıl yasağının bu yaklaşıma dayanak oluşturduğu düşünülebilir. Zira daha önceden itiraz davası çerçevesinde iptal başvurusu ret edilen bir yasa normuna karşı, on yıllık süre geçmeden (11.03.2021 de bu süre dolmaktadır), yeniden itiraz başvurusunda bulunulamaz. Ancak AYM'nin yaklaşımın bu şekilde

ⁱ AYM, Sevim Akat Eşki kararı, Birinci Bölüm, 19.12.2013, B.N.: 2013/2187, bkz. 07.01.2014 tarih ve 28875 sayılı Resmi Gazete. Anayasa Mahkemesi'nin kadın soyadına ilişkin olarak itiraz ve bireysel başvuru çerçevesinde verdiği kararların değerlendirmesi için bkz. Duymaz, 2014; Tahmazoğlu-Üzeltürk, 2014.

ⁱⁱ AYM, Sevim Akat Eşki kararı, Birinci Bölüm, 19.12.2013, B.N.: 2013/2187, par. 47, bkz. 07.01.2014 tarih ve 28875 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱⁱ İhmal yolunun lehindeki ve aleyhindeki görüşler için bkz. Gözler, 2011, Yazar eserinde eşit seviyedeki normlar arasında ihmal yolu kullanılmasının olanaklı olmadığını iddia etmektedir. Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verilen kararını, *“üst normlar alt normları geçersiz”* kılar ilkesi ile *“sonraki norm önceki normları geçersiz kılar”* prensibi çerçevesinde TMK'nın 187.maddesini irdeleyerek Anayasa'nın 90.maddesini de gözetenek oluşturduğu kanaatindeyiz.

olmadığı, bir kararında yer verdiği “*Bireysel başvuru yolu, kamusal bir düzenlemenin soyut biçimde Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülmesini sağlayan bir yol olarak kabul edilemezⁱ*” gerekçesinden açıkça anlaşılmaktadır.

Bireysel başvuru kapsamında AYM vermiş olduğu 5.3.2013 tarih ve 2012/30 sayılı başka bir kararında “*Bir yasama işleminin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda, bireysel başvuru yoluyla doğrudan yasama işlemine değil ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmellere karşı başvuru yapılabilecektir*” denilerek, yapılan başvuru ile ilgili olarak “*konu bakımından yetkisizlik*” gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

Başka bir bireysel başvuruda başvuru 6352 sayılı Kanun’un geçici 1. Maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle*” ibaresinin Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali AYM’den talep edilmiştir. Mahkeme kararındaⁱⁱ, bir yasama işleminin doğrudan ve herhangi bir hak ihlali gerekçe gösterilmeksizin soyut olarak Anayasa’ya aykırı olduğundan bahisle iptali için Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamayacağını belirtmiştir.

AYM, benzer tavrını 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun’un 3. maddesi ile 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu’nun 4. maddesinde yer alan kuralların Anayasa’ya aykırılığının konu edildiği bireysel başvurudaⁱⁱⁱ ve 5174 sayılı Kanun’un 40. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla iptali için yapılan başvuruda^{iv} kendisini konu bakımından yetkisiz görerek başvuruları reddetmiştir.

ⁱ AYM, Gökhan Ünal kararı, İkinci Bölüm, 5.3.2013, B.N.: 2012/30, par.17, bkz. 27.03.2013 tarih ve 28600 sayılı Resmi Gazete .

ⁱⁱ AYM, Ahmet Soysal kararı, Birinci Bölüm, 26.03.2013, B.N. 2012/237, AYM Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr.

ⁱⁱⁱ AYM Gökhan Ünal kararı, İkinci Bölüm, 5.3.2013, B.N.: 2012/30, bkz. 27.03.2013 tarih ve 28600 sayılı Resmi Gazete.

^{iv} AYM, Arif Güneş kararı , İkinci Bölüm, 05.03.2013, B.N: 2012/837., bkz. 27.03.2013 tarih ve 28600 sayılı Resmi Gazete.

3.7.2.2.6- Yasalara Karşı Doğrudan Bireysel Başvuru Yolunun Kapatılmasının ve Anayasa Mahkemesi Tarafından Yasaların Anayasallık Denetimine Tabi Tutulamamasının Sonuçları

İnsan hak ve özgürlüklerine ilişkin bireysel başvuru yolu ile oluşturulan anayasal koruma mekanizmasının etkin şekilde çalışmasını temin etmek, objektif sonuçlar doğurmasını sağlamak için, AYM kararlarının ihlale dayanak teşkil eden işlem ve karar üzerinde, onun tüm olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırabilme otoritesinin bulunabilmesi gerekir. Hak ihlalinin doğrudan yasal düzenlemeden kaynaklanması halinde AYM'nin sadece ihlal tespiti ile yetinmesi, söz konusu yasal düzenlemenin anayasallık denetimini yapamaması, bireysel başvuru ile öngörülen amaçlarla bağdaşmamaktadır. Mevcut yasal düzenlemenin temel hak ve özgürlükleri yasama organı ve dolayısıyla yürütme erki lehine korumasız bıraktığı söylenebilir.

Yasal düzenlemelerin bireysel başvuru davası sırasında ve neticesinde AYM tarafından doğrudan anayasallık incelemesi yapılamaması neticesinde, benzer düzenlemelerden kaynaklı birden fazla hak ihlali ile ilgili olarak gerek ilk derece mahkemelerinin ve gerekse AYM'nin iş yükü artacaktır. Bu artış nedeniyle işletilmesi zorunlu olan usuli işlemler ve prosedürel süreçler nedeniyle gereksiz iş gücü, para ve zaman israfına sebebiyet verilebilecektir.

Bireylerin birçoğu teknik hukukun gerekliliklerinden ziyade, sonuçta ne olup olmadığı ile ilgilidirler. AYM tarafından bireysel başvuru yolunda hak ihlaline sebebiyet verdiği tespit edilen bir yasal düzenlemenin, bu karara rağmen halen varlığını devam ettirmesi bireyler açısından anlamlandırılabilir bir sonuç değildir. Daha önceden hak ihlaline dayanak oluşturan bir yasal düzenlemenin kendisine uygulanması nedeniyle hakkı ihlal edilen birey nezdinde doğrudan, diğer kişiler nezdinde ise dolaylı olarak hukuk devleti, Anayasa ve yasalara olan güven ve itimat zedelenecektir. Zira Anayasa yargılama hukukunun ilkeleri ve hukuk devletinin gereklilikleri ile erkler aykırılığı prensibi çerçevesinde izahı zor olan bu durumun, bireylere izahı mümkün değildir.

Bireysel başvuru nedeniyle her hak ihlali için AYM tarafından uygun bir tazminat ödenmesi kararlaştırılabilir. Hak ihlaline neden olan ve AYM tarafından bu niteliği tespit edilen bir yasal düzenlemenin varlığını koruyarak yeni hak ihlallerine neden olması, devletin birden fazla tazminat ödemesine neden olacaktır. Toplanan vergilerle

ödenen bu tazminatların, hangi gerekçe ile ödendikleri, erkler aykırılığını benimsemiş, hukuk devletine saygı duyduğu iddiasında olan bir devlet tarafından vatandaşlarına izah edilemez, mazur gösterilemez.

Bireysel başvuru yolu sürecinde Anayasaya aykırılığı şüphesi taşıyan bir yasal düzenlemenin, başvuruyu inceleyecek Bölüm tarafından Genel Kurul önüne getirilmesi mantıklı ve kısa yol iken; bu olanağın AYM Yasası ile ortadan kaldırılmaya çalışılarak, yasaların yeniden yargılama yapacak mahkemeler vasıtasıyla dolambaçlı ve daha zahmetli ve uzun sürecek bir yöntem ile somut norm denetimi vasıtasıyla AYM önüne getirilmesini beklemek anlamsızdır.

Doğrudan yasaların hak ve özgürlük ihlaline neden olması ve bu durumun AYM tarafından etkin şekilde denetlenememesi, söz konusu hak ve özgürlükler açısından bir iç hukuk yolu olarak AYM'ya yapılacak bireysel başvurunun AİHM tarafından etkin bir iç hukuk yolu olup olmadığının sorgulanmasına neden olacaktır. Asıl düzenleniş gayesinden birisi AİHM önündeki Türkiye aleyhine yapılacak başvuru sayısını azaltmak olan bireysel başvuru yolunun, kısmen etkin olmadığının AİHM tarafından tespit edilmesinin yolunun açılması, abesle iştilal etmeyeceği varsayılan yasa koyucu açısından uygun bir durum olmayacaktır.

3.7.2.2.7- Konuya İlişkin Anayasa Mahkemesi İçtüzük'ü İle Öngörülen Alternatif Bir Çözüm Yolu: Pilot Karar

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 75.maddesinde “Pilot Karar” usulü düzenlenmiştir. Buna göre “*Bölümler, bir başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığını ve bu sorunun başka başvurulara da yol açtığını tespit etmeleri ya da bu durumun yeni başvurulara yol açacağını öngörmeleri hâlinde, pilot karar usulünü uygulayabilirler*”. “*Bölüm pilot kararında, tespit ettiği yapısal sorunu ve bunun çözümü için alınması gereken tedbirleri belirtir*”. Pilot karar sonrasında “*Benzer nitelikteki başvurular idari mercilerce bu ilkeler çerçevesinde çözümlenir; çözümlenmediği takdirde Mahkeme tarafından topluca görülerek karara bağlanır*”.

Yasal düzenlemenin doğrudan veya dolaylı olarak, temel hak ve özgürlükleri, anayasaya aykırı şekilde ihlale dayanak oluşturması halinde yapısal bir sorunun varlığından söz etmek gerekir. Zira özel olarak bireysel başvurucunun sübjektif hakkını ihlal eden yasal

düzenleme, yasaların genelliği çerçevesinde başkaca kişilerin hakkının ihlaline sebebiyet verebilir (Şirin, 2013:285).

Pilot Karar usulünün içtüzükte düzenlenme amacı, benzer nitelikte hak ihlallerine konu, aynı mahiyette birden fazla başvurunun bulunması durumunda, bunlar arasında birini seçip ihlali ve ihlale konu yapısal düzenlemeyi tespit edip kararlaştırdıktan sonra, benzer mahiyetteki diğer başvurular ile ilgili karar verilmesini erteleyerek, idarenin yapısal sorunlar ile birlikte hak ihlallerini gidermesini sağlamaktır. Bu şekilde hem hak ihlali açısından yapısal sorun teşkil eden düzenleme veya uygulama ortadan kaldırılmış olacak ve hem de o ana kadar oluşan hak ihlallerinin giderimi sağlanmış olacaktır.

Pilot kararın bildirileceği “idari merciler” yürütme erki hiyerarşisi içerisinde faaliyet gösteren birimlerdir. Söz konusu idari birimler ihlale konu düzenleme idari bir tasarruftan kaynaklanıyor ise belirtilen ilkeler çerçevesinde bu uygulamayı gözden geçirerek; ihlal yasal bir düzenlemeden kaynaklanıyor ise yürütme organını temsil eden siyasi gücün yasama meclisini harekete geçirerek söz konusu yasal düzenlemenin mahzurlarını ortadan kaldırarak pilot kararının gereği yerine getirilebilir. Anayasanın üstünlüğü çerçevesinde hukuk devleti olmanın gereği olarak, pilot karar çerçevesinde idari mercilerden beklenen üzerlerine düşen objektif sorumluluk gereğince, hak ve özgürlükler açısından ihlale dayanak teşkil eden düzenleme ve uygulamalar ile ilgili gereğini yapmalarıdır.

Pilot karar yasama organı açısından bir tür “yasama organına çağrı” mahiyetindedir (Şirin, 2013:285). Yasama organı, söz konusu kararı öğrendiği andan itibaren, kendiliğinden harekete geçerek, kararda belirtilen ilkelere uygun bir davranış sergileyebilir.

Bireysel başvuru davası neticesinde verilecek kararlar bağlamında, anayasaya aykırılıkları tespit edilen yasalar ve uygulamalar ile ilgili idari mercilerce ve yasama organınca üzerlerine düşen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi Anayasa’nın 11., 12., 13., 14., 36., 40., ve 148.maddesi ışığında öngörülen insan haklarını koruma anayasal sisteminin lafzına ve ruhuna aykırı olacaktır. Zira Anayasa hükümlerinden hiçbiri, hiç kimseye, kişilere tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya sınırlandırmasını sonuçlayacak şekilde yorumlanıp uygulanamaz (m. 14).

3.7.2.2.8- Yasaya Karşı Bireysel Başvuru Yoluna Gidilememesine Dair Düzenlemenin Anayasa Mahkemesi Yorumu İle Aşılıp Aşılamayacağı Sorunu

Herhangi bir düzenlemenin kişilerin temel hak ve özgürlükleri üzerinde etki yaratması iki şekilde olur: İlgili düzenlemenin bizzat kendisi bu özelliğe sahiptir ve doğrudan haklar ve özgürlükler üzerinde uygulanabilir veya söz konusu düzenleme doğrudan böyle bir etki göstermez, etki gösterebilmesi için buna olanak sağlayacak ilave işlem veya işlemlere ihtiyaç vardır. Birinci halde düzenlemenin doğrudan, ikinci halde ise dolaylı olarak etkisinden bahsedilebilir. AYM Yasası'nın 45/3.maddesinin konumuza ilişkin düzenlemesinde “*Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı*” belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemenin lafzı çerçevesinde, yasal düzenlemelere karşı bireysel başvurunun kullanılmasına olanak sağlayacak iki yolun varlığından bahsedilebilir:

Birinci yol, Anayasa'nın 148/3.maddesinde düzenlenen bireysel başvuru yolunun uygulama usul ve esaslarını düzenleme bağlamında çıkartılan AYM Yasası'nın 45/3.maddesini, temel hakları sınırlandıran ancak anayasal bir dayanağı bulunmayan, Anayasa'nın 148/3.maddesinde belirtilmeyen bir sınırlamayı öngördüğünü tespit ederek, Anayasa'nın üstünlüğünü düzenleyen 11.maddesinden hareketle, önüne gelen bir bireysel başvuru davasında kendisini yetkili görerek iptal etmesidir. Bunun zorlama bir yorum olacağı açıktır, ancak çözüm bağlamında da göz ardı edilmemelidir (Şirin, 2013:286). (yasalara karşı doğrudan bireysel başvuru)

İkinci yol ise, madde metninde açıkça yasalara karşı “*doğrudan*” bireysel başvuru yapılamayacağı düzenlemesi yapılmıştır. Bu lafzın mefhumu muhalifinden, “*dolaylı*” olarak yasalar aleyhine bireysel başvuru yapılabileceği çıkarımı yapılabilir. Zira Yasa Koyucunun amacının hukuk sisteminde *actio popularis* (yurttaş başvurusu) benzeri bir dava türü ihdas edilmesinin önüne geçmek olduğu, buna karşın somut bir hak ihlali bağlamında herhangi bir yasal düzenlemenin bireysel başvuru konusu yapılabileceği sonucuna varılabilir. (yasalara karşı dolaylı bireysel başvuru)

a. Yasal Düzenlemelere Karşı Doğrudan Bireysel Başvuru

Yasal düzenlemeler genel, soyut ve objektif özellikleri nedeniyle genellikle kişilerin hak ve özgürlükleri üzerinde doğrudan etki göstermezler. Bunun için bir yargı kararına veya

idari bir işleme ihtiyaç duyulmakta ve bunlar vasıtasıyla bireyler yasa normunun içeriğinden etkilenmektedirler. Bununla birlikte, herhangi bir uygulama işlemine ihtiyaç duyulmaksızın, doğrudan kişi hak ve özgürlükleri üzerinde etki doğuran yasal düzenleme yapılması olanaklıdır. Bu halde söz konusu yasal düzenlemelerin doğrudan bireysel başvuruya konu edilip edilemeyeceği sorunu gündeme gelebilmektedir.

AYM Yasası'nın 45.maddesinin 3.fıkrasında yer alan “*yasama işlemleri... aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı ...*” hükmün lafzi yorumu neticesinde, yasa koyucunun yasal düzenlemelere karşı “*doğrudan*” bireysel başvuru yapılmasını amaçladığı açıktır. Doğrudan kelimesinin karşılığı “aracısız olarak”, “herhangi bir aracı kullanmadan” ibareleridirⁱ.

Yasal düzenlemenin temel hak ve özgürlükleri, herhangi bir ara işleme gerek duymaksızın doğrudan ihlal etmesi durumunda dahi, yasal düzenlemenin lâfzî yorumu neticesi, bireysel başvuru yolunu kullanamayacaktır. Bu durumda bireyin etkisiz olduğu belli olan idari ve yargısal mercilere başvurması beklenecek ve sonrasında bireysel başvuru yolu ile hak ihlalinin giderilmesini talep edebilecektir (Kaplan, 2013:165).

Yasa koyucunun yasal düzenlemelere karşı “doğrudan” bireysel başvuru yapılamayacağını öngörmüş olmasının sebebi, kanunların genel, soyut ve objektif nitelikleri çerçevesinde, olağan zamanlarda doğrudan kişi temel hak ve özgürlükleri üzerinde herhangi bir etkide bulunmayacak olmasıdır. Zira bu halde zorunlu olarak idari ve yargı birimlerinin eylem, işlem ve ihmalleri neticesinde bir uygulama işlemi gerçekleşecek ve bunlar bireysel başvuru konusu yapılabilecektirⁱⁱ. Böyle bir başvuru yapıldığında, idari ve yargısal birimlerin eylem, işlem ve kararları ile birlikte doğrudan yasal düzenlemede bireysel başvuruya konu yapılabilecek ve AYM'den anayasallık denetimi talep edilebilecektir.

Kişilerin temel hak ve özgürlükleri üzerinde yasal düzenlemelerin doğrudan etkide bulunması mümkündür. Bu bağlamda bir mesleğe hak kazanmayı düzenleyen, bir tüzel kişiliğin hak ve yetkilerini daraltan, seçme ve seçilme hakkını sınırlayan, çalışanların özlük haklarını ilgilendiren, memurların kadrosunu kaldıran, bir kısım memurların emekli edilmelerine sebebiyet verebilecek yasal düzenlemeler yapılması mümkündür.

ⁱ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr. ET: 15.10.2015.

ⁱⁱ AYM, Gökhan Ünal kararı, İkinci Bölüm, 5.3.2013, B.N.: 2012/30, par.18, bkz. 27.03.2013 tarih ve 28600 sayılı Resmi Gazete.

Bu tür yasalara karşı doğrudan bireysel başvuru yoluna başvurulmasının olanaklı olduğu kabul edilmelidir (Atasoy, 2015:177; Sabuncu ve Arwine, 2004:233).

AYM, idare aleyhine açılan davaların reddi halinde idare lehine vekâlet ücreti hükmedilmesini emreden 659 sayılı KHK hükmünün adil yargılanma ve yargıya erişim hakkını sınırladığı iddiasıyla ilgili yapılan bireysel başvuruda, doğrudan KHK hükmünün başvuruya konu edilmesine karşılık, Mahkeme başvuruyu konu bakımından kabul edilebilir bularak işin esasına girmiş, 659 sayılı KHK hükmünün derece mahkemesi tarafından yapılan uygulamasını, uygulama işlemi olarak kabul ederek bunun üzerine kararını bina etmiştir. Söz konusu kararda AYM'nin gerçekte doğrudan 659 sayılı KHK hükmüne yönelik bir iddiayı incelediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu kabul ve uygulama AİHM pratiği ile uyumludur¹.

Bir kısım yasaların öngördükleri hükümler nedeniyle “*bireysel işlem/idari karar niteliğinde yasa*” özelliğine sahip olabilmesi mümkündür. Yetki ve usulde paralellik ilkesi gereğince ataması, tayini ve seçimi gereken belirli makamlarda bulunan görevlilerin, doğrudan yasama organının müdahalesi ile kanun gücü çerçevesinde görev ve unvanlarını kaybetmeleri veya bunların değişmesi halinde, yasama meclisinin, yetki sınırlarını aşarak, idari makamlar yerine geçip “bireysel işlem niteliğinde yasa” yaptığından bahsedilebilecektir. Bu halde söz konusu yasal düzenlemenin, taşıması gereken genellik, soyutluk ve objektif olma özelliklerini barındırmadığı, şeklen yasa özelliğine sahip olsa da, gerçekte yürütmenin yasama organındaki gücünü ve çoğunluğunu kullanarak oluşturduğu idari bir karar niteliğinde olduğu söylenebilecektir.

Lâfzî yorum sonucunda yasaların “doğrudan” bireysel başvuruya konu yapılamayacağı söylenebilecek ise de, aynı sonuca sistematik ve amaçsal yorumdan hareket ederek ulaşılamaz. Zira yukarıda yer verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, istisnai de olsa, bazı yasaların kişi hak ve özgürlükleri üzerinde herhangi bir ara işleme gerek kalmaksızın doğrudan etkide bulunarak, onları zarara uğratması (Babayiğit, 2016:209) veya en azından zarar tehlikesi ile karşı karşıya koyması mümkündür. Yorum metotları uygulandığında bir norm birden fazla anlama gelebiliyor ve bu çıkarımlardan bazıları

¹ AYM, Serkan Acar kararı, Birinci Bölüm, 02.10.2013, B.N.: 2013/1613, par.37, bkz. 15.11.2013 tarih ve 28822 sayılı Resmi Gazete. AYM bu kararında, derece mahkemesi tarafından aleyhe vekalet ücretine hükmedilmesinin hak arama özgürlüğü bağlamında ölçülü olup olmadığını değerlendirmiş ve ihlal tespiti yapmamıştır.

anayasaya aykırılık teşkil ediyor ise, bu halde anayasaya uygun olan sonucu doğuran yorumun kabul edilmesi gerekir (Kaplan, 2013:168).

Bireysel başvuruyu inceleyecek Bölümlerin, yasal düzenlemelere karşı doğrudan başvuru yapılmış olması halinde, kendilerini Anayasa'nın 152.maddesi çerçevesinde “*davaya bakan mahkeme*”, söz konusu yasal düzenlemeyi de “*davada uygulanacak kural*” olarak kabul ederek, söz konusu yasal düzenlemenin anayasaya aykırılığını itiraz yoluyla Genel Kurul önüne götürebilmeleri mümkündür. Bu yönde yapılacak yorum ve gelişecek uygulamanın önünde mevzuat açısından herhangi bir engel yoktur (İnceoğlu, 2013a:12; Aydın, 2011:144-145). Aksine yapılacak dar yorum ve uygulama anayasa ile uyumlu olmayacak ve bireysel başvurunun öngörülen amacı ile çelişecektir (Sağlam, 2011, Anayasa...:28). Anayasa Mahkemesi'nin, anayasal hak ve özgürlüklerle hiçbir şekilde bağdaşmayan bir yasayı uygulama zorunluluğu bulunmamakla birlikte, bu tür bir yasanın varlığının Bölümler tarafından öğrenildiğinde, bu meselenin bekletici sorun yapılarak, yasanın iptalinin değerlendirilmesi için itiraz sürecini başlatması anayasa yargısının temel bir işlevidir (Oyar, 2013a:70).

Anayasa'nın 148.maddesinin 4. fıkrası ile bununla paralel düzenleme içeren AYM Yasası'nın 49.maddesinin 6.fıkrası uyarınca “*bireysel başvurulara ilişkin incelemelerde kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar incelemeye tabi tutulamaz*”. Hak ihlalinin kaynağının doğrudan ve bizzatıhi yasanın oluşturduğu hallerde, bunlara karşı gidilecek bir kanun yolu ve orada gözetilmesi gereken hususlardan bahsedilemez. Dolayısıyla bu hükümler, yasaların doğrudan bireysel başvuru yolu ile AYM önüne götürülebileceği şeklinde yorumlanabilir (Kaplan, 2013:170).

AİHS sözleşme hükümleri ve AİHM içtihatları ile uyumlu, temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında ek bir iç hukuk sistemi geliştirmek amacıyla bireysel başvuru yolunun öngörüldüğü düşünüldüğünde, AİHM içtihatları ile geliştirilen ve istisnai olarak uygulama alanı bulan “potansiyel/muhtemel mağdur” kavram ve uygulamasının AYM tarafından kabul edilerek uygulamaya geçirilmesi beklenebilir. Zira söz konusu yaklaşım, bazı durumlarda ağır hak ihlallerine sebebiyet verebilecek olması nedeniyle “doğrudan mağdur” olma şartının hafifletilmesine yönelik olarak oluşturulmuş otonom bir kavramdır (Çınar, 2013:211-212; Özkan, 2005:101). AİHM mağduriyet kavramının dar, mekanik ve esnek olmayan bir tarzda yorumlanıp uygulanmasının hak ihlallerine

sebebiyet verebileceğini belirterek, somut olayın şartları çerçevesinde potansiyel mağdurların başvurularını kabul etmektedirⁱ. Hak ihlaline neden olabilecek bir düzenlemenin, yakın gelecekte uygulanma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, söz konusu hakkın kullanıcısı bireylere de mağduriyet ve dolayısıyla bireysel başvuru hakkı tanınmaktadır. Ancak bu kabul ve uygulama *actio popularis* yolunu açabilecek türde değildir (Kaplan, 2013:172)ⁱⁱ.

Potansiyel mağduriyet, bir düzenlemenin bireye uygulanmadan ve ihlal ortaya çıkmadan önce ancak yakın gelecekte uygulanma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, bireyin kendisinin mağdur olduğunu iddia edebilmesi durumudur (Özkan, 2005:101; Çınar, 2013:211).

b. Yasal Düzenlemelere Karşı Dolaylı Bireysel Başvuru

Herhangi bir yasaya karşı, söz konusu normun uygulamasından ve yorumundan kaynaklı olarak ortaya çıkan hak ihlalleri çerçevesinde, ilgili normların hukukiliklerini tartışarak konuyu bireysel başvuru yolu ile AYM önüne getirmeleri mümkündür. Böyle bir durumda başvuru hak ihlali sebebiyet verdiğini düşündükleri yasayı soyut bir hukuki sorun olarak öne sürmekten ziyade, somut olarak yasanın uygulanmasını bir kişisel problem olarak hak ihlali çerçevesinde Mahkeme önünde tartışmaya açmaktadırlar (Kaya, 2013:172; Kaplan, 2013:177; Göksu ve Gülener, 2014:91).

Dolaylı olarak yasal düzenlemenin bireysel başvuruya konu edilebilmesi için, başvuru sahibinin, öncelikle yasanın uygulanmasına ve özgürlükler üzerinde etki göstermesine sebebiyet veren idari işlem, eylem ve karar ile yargısal karara karşı iç hukuk yolunu tüketmiş olması gerekirⁱⁱⁱ. Bu şekilde, uygulama işlemlerine dayanak teşkil eden yasal

ⁱ Amuur v. Fransa, 25.6.1996, B.N: 19776/92; Karner v. Avusturya, 24.7.2003, B.N.: 40016/98.

ⁱⁱ “Bireysel başvuru yolu, bireylerin maruz kaldığı temel hak ihlallerinin tespit edildiği ve tespit edilen ihlalin ortadan kaldırılması için etkin araçları içeren anayasal bir güvencedir. Ancak Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, kamusal bir düzenlemenin soyut biçimde Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülmesini sağlayan bir yol olarak düzenlenmemiştir.” (AYM, Serkan Acar kararı, Birinci Bölüm, 02.10.2013, B.N.: 2013/1613, par.37, bkz. 15.11.2013 tarih ve 28822 sayılı Resmi Gazete,).

ⁱⁱⁱ “Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca, başvuru Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir. Anayasa Mahkemesinin başvuru yolları henüz tüketilmeden bir başvuruyu kabul edip incelemesi kural olarak mümkün değildir.” (AYM, Laura Alejandra CACERES kararı, İkinci bölüm, 16.04.2013, B.N.: 2013/1243, par.24,; Aynı yöndeki yaklaşım ve kabul için bkz.

düzenleme, ihlale sebebiyet veren söz konusu uygulama ile birlikte bireysel başvuruya konu olabilir(Sağlam, 2012, Anayasa...:441).

Yasal düzenlemelerin dolaylı olarak bireysel başvuru yolu ile AYM önüne götürülebilmesi noktasında değerlendirilmesi gereken diğer bir husus, karşılaştırmalı hukukta ve AİHM pratiğinde uygulaması olan, iç hukuk yolunda söz konusu normun anayasaya aykırılık iddiasının yapılmasının gerekip gerekmediği noktasındadır. Zira böyle bir itiraz derece yargılamaları sürecinde yapıldığı takdirde yargılama mercii söz konusu iddiayı ciddi bulursa söz konusu yasanın itiraz yoluyla AYM tarafından incelenmesini sağlayabilecektir.

Karşılaştırmalı hukukta Alman uygulamasında, iç hukuk yolları tüketilirken anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmamış olması, bireysel başvuruda yasanın anayasaya aykırılığı gerekçe gösterilerek hak ihlalinin giderimi talebinde bulunulmasını engellemektedir (Aydın, 2011:139). Güney Kore Anayasa Mahkemesi uygulaması da bu yöndedir (Kılınç, 2008:31). AİHM pratiği incelendiğinde, ulusal iç hukuk çözüm mekanizmasında talep edilmeyen bir hak ihlalinin ve buna dayanak teşkil eden düzenlemelerin incelemeye alınmayacağı yönündedir.

Derece yargılamaları sürecinde anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmayan bir yasal düzenlemenin, hak ihlaline sebebiyet vermesi halinde bireysel başvuru yolunda anayasallık incelemesinin talep edilememesinin bireysel başvuru yolunun mahiyeti ile bağdaşmayacağı öğretide haklı olarak ileri sürülmektedir (Aydın, 2011:139; Göztepe, 2011:32). Zira bireysel başvuru yolunun amacı başvuru sahibinin uğradığı haksızlığın giderilmesinin yanı sıra hukuk düzeninin anayasa ile uyumlu hak ve özgürlüklere saygılı olmasını temin etmek ve bunun güvencelerini sağlamaktır.

c. Bireysel Başvuru Davası Bağlamında Yasalara Karşı Somut Norm Denetimi Yolu Açılabilir Mi?

AYM Yasası'nın 45.maddesinin de içinde olan maddelerine karşı ana muhalefet partisi iptal isteminde bulunmuş, ancak bu istem AYM tarafından kabul edilmemiştirⁱ.

Birinci Bölüm, 02.10.2013, B.N.: 2013/1613; İkinci Bölüm, 16.04/2013, B.N.: 2013/469,; Birinci Bölüm, 16.04.2013, B.N.: 2012/869, bkz AYM Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr).

ⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 01.03.2012, E. 2011/59, K. 2012/34, bkz. 2.04.2013 tarih ve 28606 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete.

Somut norm denetiminden kasıt, “*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması*” (md.152) halinde ilgili yasa veya kanun hükmünde kararnamenin iptali için yetkili ve görevli mahkemenin AYM’ne başvurusıdır.

Anayasa’nın 152.maddesinden yola çıkılarak somut norm denetimi yoluna başvurulabilmesi için aşağıdaki koşulların varlığı gerekir:

- Görülmekte olan bir davanın var olması,
- Söz konusu uyuşmazlığa bakan organın bir mahkeme sıfatına haiz olması,
- Somut norma konu edilecek yasa veya kanun hükmünde kararname hükmünün görülmekte olan dava ile ilgili olarak mahkemece somut olaya uygulanacak olması,
- Mahkemenin kendiliğinden veya taraflardan birisinin ileri sürmesi üzerine anayasaya aykırılığı AYM götürmeye karar vermesi,

Anayasa Mahkemesi’nin somut norm yoluna başvurup başvuramayacağını tayin etmek için, bireysel başvuru bağlamında ileri sürülen hak ihlallerinin değerlendirilmesi sırasında;

- Bireysel başvuru yolunun bir “dava” olup olmadığı,
- Bireysel başvuru incelemesini yapan AYM’nin ilgili “bölümünün” Anayasa’nın 152.maddesi bağlamında “davaya bakmakta olan mahkeme” olarak kabul edilip edilemeyeceği açıklığa kavuşturulmalıdır.

aa. Bireysel Başvuru Yolunun “Dava” Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceği Sorunu

Çekişmeli yargı yolu, özel hukuk alanında ortaya çıkan ve davaların hangi mahkemelerce ve hangi usullere göre inceleneceğini belirtmek için kullanılır (Kuru,Arslan ve Yılmaz, 2012:71). AYM Yasası’nın 49/2.maddesinde yer alan düzenleme nazara verilerek, bireysel başvuru yolunun çekişmeli işlerden olduğu görüşü savunulmuştur. Zira söz konusu maddeye göre AYM, bireysel başvurunun kabul

edilebilir olduğuna karar verdikten sonra, başvurunun bir örneğini Adalet Bakanlığı'na bildirmek zorundadır. Bu hükmün bireysel başvuru sürecinde Adalet Bakanlığını taraf haline getirdiği görüşü ileri sürülmüştür (Ermenek, 2013:23-24; Şirin, 2013:289). Ancak Adalet Bakanlığı'nın kendisine gönderilen başvuru ile ilgili olarak görüş bildirme zorunluluğu bulunmayıp, gerekli gördüğü halde görüş bildirme keyfiyeti vardır.

Mukayeseli hukukta bireysel başvuru yolu ile işletilen yargılama süreci, çekişmesiz işlerden kabul eden uygulamalar bulunmaktadır(Şirin, 2013:288).

Adalet Bakanlığı'nın, bireysel başvurunun kendisine bildirilmesinden sonra yazılı olarak cevap verip vermeme konusunda muhtariyetinin olduğu ve bu nedenle AYM Yasası'nın 49/2.maddesinin bireysel başvuru yolunu çekişmeli hale getirmeyeceği görüşü de öğretilde savunulmaktadır (Çoban, 2011:176).

Bu halde çekişmesiz işlemlerin yargısal bir faaliyet çerçevesinde dava olarak kabul edilip edilmediğinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

HMK'nın 382.maddesine göre, taraflar arasında bir uyuşmazlık olmadığı, ilgililer tarafından ileri sürülebilecek bir hakkın bulunmadığı ve hâkimin resen harekete geçebileceği hallerde çekişmesiz yargının varlığından söz edileceği belirtilmiştir. Bundan dolayı çekişmesiz yargıya konu olabilecek işlerde dava yerine talep, davacı yerine ise talepte bulunan kavramları kullanılarak çekişmeli yargıdan farkı ortaya konmaya çalışılmaktadır.

Bireysel başvurunun kendine has özellikleri gözönüne alındığında, söz konusu yolun salt bir çekişmesiz yargı yolu olduğu söylenemez (Ermenek, 2013:22). Zira bireysel başvuru yukarı paragrafta yer verilen ölçütlere uygun değildir. Bireysel başvuru yolunda çözümü talep eden bir uyuşmazlık, yani başvuru edenin ihlal edilen temel bir hak ve özgürlüğü vardır. Buna ek olarak bireysel başvuru yolu AYM'nin kendiliğinden harekete geçerek işletebileceği bir yol olmayıp, her halde bir hak sahibinin başvurusuna ihtiyaç vardır (Korkmaz, 2014:74-75).

Öğretilde, çekişmesiz işlerinde yargısal bir iş olarak kabul edilebileceğinden hareketle, Anayasa'da geçen “dava” kavramının “çekişmesiz işleri” de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği ileri sürülmüş ve Anayasa'nın 152.maddesi çerçevesinde

“bakılmakta olan dava” kavramının içerisine mahkemelerce görülen çekişmesiz işlerin de dahil olduğu ve bu çerçevede ileri sürülecek anayasaya aykırılık iddialarının AYM tarafından kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir (Öden, 2010:511-521; Aydın, 2011:144). Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, somut norm yolu ile amaçlanan temel amacın anayasaya aykırılıkların giderilmesi olduğundan yola çıkıp aksine bir düzenleme bulunmamasını dayanak yaparak, bu görüşe uygun bir yaklaşım tarzı belirleyerek, çekişmesiz işlere ilişkin mahkemeler tarafından çözüme kavuşturulan bir meseleyi dava olarak kabul ederek, yapılan somut norm denetimi başvurusunu sonuca bağlamıştırⁱ.

Bu değerlendirmeler ışığında bireysel başvuru yolunun, Anayasa’nın 152.maddesinde tanımlanan ve somut norm yoluna gidilebilmesi açısından gerekli olan “dava” bağlamında kabulü gerekmektedir (Şirin, 2013:291). Kaldı ki yasa koyucu tarafından da bireysel başvurunun dava olarak düşünüldüğü AYM Yasası’nın 50.maddesinin son fıkrasında yer verdiği “davadan feragat” ibaresinden de anlaşılmaktadır .

bb. Bireysel Başvuru İncelemesini Yapan AYM Bölümleri “Mahkeme” Olarak Kabul Edilebilir Mi?

Anayasa Mahkemesi’nin bu güne kadarki uygulamaları bir bütün halinde incelendiğinde, Mahkemenin kendisini siyasi parti kapatma ve yüce divan sıfatıyla baktığı davalarda, Anayasa’nın 152.maddesi bağlamında “davaya bakmakta olan mahkeme” olarak kabul ettiği ve somut norm denetimi yolunu işlettiği, iptal ve itiraz davaları ile önüne gelen davalarda ise, dava konusu itibarıyla kendisini sınırlayarak, önüne iptal için gelen yasal düzenlemeler dışında başkaca normların anayasallığını denetleme konusunda kendisini yetkili görmediği anlaşılabacaktır (Başlar, 2005:44)ⁱⁱ.

Somut norm denetimi yoluna gidilebilmesi için, görülmekte olan bir anlaşmazlığa uygulanan yasayı değerlendirecek otoriteye sahip bir “mahkeme”nin varlığı gerekir. Mahkeme kavramından maddi olarak ne anlaşılması gerektiğine ilişkin yasal mevzuatımızda bir açıklık bulunmamakta, ancak bazı organların isimleri şekli olarak

ⁱ AYM, Kararı, Genel Kurul, 26.09.1968, E: 1967/21, K: 1968/36, bkz, 04.03.1969 tarih ve 13139 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱ “Anayasa Mahkemesi Yüce Divan olarak görev yaparken ve siyasi parti kapatma davalarında Anayasa’nın 152.maddesindeki “bir davaya bakmakta olan mahkeme”dir.” (AYM Kararı, Genel Kurul, 16.6.1994, E: 1993/3, K: 1994/4 Demokrasi Partisi kapatma kararı).

gerek Anayasa ve gerekse diğer alt düzenlemelerde, Anayasa Mahkemesi şeklindeki kullanımda da olduğu üzere, mahkeme olarak adlandırılmaktadır(Başlar, 2005:1-11 vd.).

Mahkeme kavramı Türk hukukunda, dar anlamda mahkemeyi (İngilizce “court” ibaresinin karşılığı) ve geniş anlamda mahkemeyi (İngilizce “tribunal” kelimesinin karşılığı) kapsayacak şekilde geniş bir anlam da kullanılmaktadır (Başlar, 2005:11). AİHM mahkeme kavramını, geniş anlamda mahkeme (tribunal) olarak algılamakta ve adil yargılanma ilkesini bu çerçevede değerlendirmektedir. AİHM’in kabulü ışığında disiplin kurulları, tüketici sorunları hakem heyetleri ve benzeri oluşumlar, dar anlamda mahkeme olarak kabul edilemeyecek olsalar da, geniş anlamda mahkeme olarak kabul edilip, bunların kararlarına karşı yapılan bireysel başvurular kabul edilmektedir (Şirin, 2013:292).

Türk hukukunda “*mahkeme*” kavramı Anayasa Mahkemesi tarafından dar anlamıyla kabul edilmiştir. Bu kabul dışında yapılan başvuruları AYM, söz konusu mercilerin Anayasa’nın 152.maddesinde düzenlenen ve yargılama yapmaya yetkili mahkeme niteliği taşımamaları gerekçesiyle, yetkisizlik iddiasıyla reddetmiştir (Başlar, 2005:16).

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarında, kendisini sadece yüce divan ve siyasi partilerin kapatılması davalarında, Anayasa’nın 152.maddesi bağlamında, “mahkeme” olarak kabul ederek, yasa normlarının anayasal denetimini sağlayacak somut norm yolunu işletebilme yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. Ancak, bu davalar dışında kalan uyuşmazlıklar bağlamında “mahkeme” sıfatını taşımadığını belirterek, somut norm yolunu işletemeyeceğini, anayasaya aykırı bir hükmün varlığı halinde, bu normu bir yana bırakarak doğrudan Anayasa hükmünün uygulanması gerektiğini söylemiştir (Başlar, 2005:47).

Anayasa Mahkemesi’nin, yüce divan ve siyasi parti kapatma davaları haricinde yaptığı yargısal faaliyetler ile ilgili olarak kendisini “mahkeme” olarak kabul etmeme yaklaşımı Anayasa’nın 148 ve 11.maddeleri ışığında tartışmalıdır. Zira AYM’nin görevi yasa, kanun hükmünde kararname ve Meclis içtüzüğünü şekil ve esas bakımından denetlemektir. Anayasa’nın 11. Maddesi emredici mahiyettedir ve bu madde ışığında kanunların anayasaya aykırı olması mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi’nin faaliyetleri çerçevesinde anayasaya aykırı olduğunu gördüğü bir maddeyi görmezden

gelerek yoluna devam etmesi, anayasal düzenin ve temel hak ve özgürlüklerin bekçisi konumundaki bir Mahkeme açısından kabul edilemez bir yaklaşımdır ve anayasaya aykırıdır. AYM'nin asıl işlevi Anayasaya uygunluk denetimi yapmak olup, siyasi parti kapatma davalarına bakma ve yüce divan sıfatıyla ceza davası görebilme görevi bu denetim görevi çerçevesinde verilen görev olup, bunlarla sınırlı değildir (Başlar, 2005:94; Şirin, 2013:294-295). Bu şekilde yapılacak yorum ve gelişecek uygulama AİHM pratiği ile de paralellik arzedecektir.

Öğretide, bireysel başvuru görüşmelerini yaparken AYM'nin (Bölümler veya Genel Kurul) somut norm denetimini başlatacak “mahkeme” olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir (Bilir, 2014:5). AYM İçtüzüğü'nün 28/3.maddesinde yapılan değişiklik ile “*Bölümlerden birinin görülmekte olan bir başvuruya ilişkin olarak vereceği karar, Bölümlerin önceden vermiş olduğu bir kararla çelişecekse ya da konunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülürse ilgili Bölüm dosyadan el çekebilir. Bölüm Başkanı başvuruyu Genel Kurul önüne götürmek üzere Başkana iletir*” şeklini alan düzenleme ile AYM'nin tüzük ile somut norm denetimi yolunu açma olanağını kendisinde tanıma gayreti içerisinde olduğu iddia edilerek, bu durum eleştirilmiştir (Eren, 2015).

Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarına dayanak teşkil eden eski AYM Yasası'nın 22.maddesi hükmüne, yeni AYM Yasasında yer verilmemiştir. Eski düzenlemenin hukuk düzeninden çıkartılmış olması ile AYM'nin önceki kararlarına esas teşkil eden dayanak ortadan kalktığından, AYM açısından öngörülen sınırlamanın ortadan kaldırıldığından bahsedilebilir. Yeni AYM Yasası'nın gerçekte bireysel başvuru usulü gereği olarak düzenlendiği gözönüne alınırsa, bireysel başvuruda dahil diğer incelemelerinde AYM'nin kendisini “mahkeme” olarak kabul etmesi gerekir (Şirin, 2013:295; Kaya, 2013:134; Kaplan, 2013:175; Aydın, 2011:144-145).

cc. Konuya İlişkin Değerlendirmemiz

Yukarı başlıklarda yapılan değerlendirmeler ışığında başvuru yolu incelemesinin bir “dava” olduğu, bu incelemeyi yapan Bölümler ile Genel Kurul'un söz konusu “davayı” incelemeye yetkili ve görevli “mahkeme” olduğunun kabulü gerekir. Aksi yorum ve kabul, temel hak ve özgürlük ihlali iddialarını inceleyip, değerlendirerek bundan sonuç çıkartacak AYM'nin yetkinliğine zarar verecektir. Ayrıca bu durum AYM'nin etkinliği

ile kararlarının otoritesini, Anayasa tarafından uluslararası hukuk ile uyumlu olma iddiası ile ortaya konan, etkin bir insan hakları ihlallerini önleme mekanizması ile çelişecek şekilde sınırlayacaktır.

Bu değerlendirme paralelinde görüş beyan ederek, bireysel başvuruya konu edilen ve hak ihlaline dayanak teşkil eden yasa veya KHK'ların, Anayasa'ya aykırı olduklarının tespit edilmesi halinde Bölümlerin konuyu itiraz davası olarak Genel Kurul önüne getirebilmesi gerektiği ileri sürülmüştür (Çoban, 2010:210; Atasoy, 2012:89).

Öğretide, bireysel başvuruyu inceleyen Bölümler'in, doğrudan veya dolaylı olarak hak ihlaline dayanak teşkil eden yasal düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı olduğundan bahisle iptali istemiyle itiraz yolu kullanılarak Genel Kurul önüne götürülemeyeceği savunulmaktadır. Zira itiraz talebini inceleyecek Genel Kurul'un on yedi üyesinin olduğu, itiraz talebinde bulunan üyelerin daha önceden konuya ilişkin kanaatlerini belirtmiş olması nedeniyle Genel Kurul toplantısına katılmalarının sakıncalı olduğu, bu halde AYM Yasası'nın 21.maddesi uyarınca Genel Kurul için öngörülen toplantı ve karar yeter sayısına ulaşamayacağı ileri sürülmüştür (Özbey, 2013:203; Yalçınöz, 2014:193-194).

Yine benzer şekilde ancak farklı bir gerekçe ile yasa koyucunun hak ihlalinin yasadan veya KHK'den kaynaklanması halinde AYM'nin nasıl hareket edeceğini göstermediğini, bu nedenle Bölümlerin yasa normlarının iptali için Genel Kurul'a başvuru yapabileceklerinin kabulünün yasama organının amacına ters düşeceği ileri sürülmüştür (Aydın, 2011:143; Bilir, 2014:4; Sarıgüzel, 2013:76). Zira tarihsel yorum metoduna başvurulduğunda, AYM Yasa tasarısında var olan ve Bölümlerin somut norm denetimi başlatmasına dayanak oluşturan hüküm, Komisyon görüşmeleri sırasında tasarıdan çıkartılmış ve Genel Kurul sürecinde konu gündeme gelmemiştir. Bu nedenle yasa koyucunun amacının, Bölümlerin yasa hükümlerinin anayasal denetimini sağlamak amacıyla AYM önüne götürülmesi hususunda yetkisinin bulunmadığı şeklinde yorumlanmaktadır.

Savunulan bu görüşlere katılmadığımızı belirtmek isteriz. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere, bir yasal düzenlemeye ilişkin olarak yapılan iptal isteminin AYM tarafından reddi sonrasında, söz konusu yasanın anayasallık incelemesinin itiraz yoluyla bir daha yapılamaması ortaya çıkabilir. Yine AYM içtihatları incelendiğinde, ilk derece yargı

mercii olarak baktığı siyasi partilerin kapatılması ve yüce divan yargılamalarında, Mahkeme'nin itiraz yoluyla yasal düzenlemelerin anayasallık denetimi sürecini başlattığı görülmektedir. Bu halde AYM, kendisinin davacısı/savcısı olduğu bir husus ile ilgili olarak karar alma durumuna gelmektedir. Ancak bu Anayasa'da düzenlenen anayasa yargısının zorunlu bir sonucudur. Aksine yorumun/durumun kabulü, Anayasanın ve dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin bekçisi konumunda bulunan AYM'yi etkisiz hale getirecektir.

Bölüm üyelerinin, itiraz (somut norm yöntemi) yoluyla yasaların anayasallık denetimi talep etmeleri halinde Genel Kurul toplantılarına katılmaması gerekçesi olarak, daha önceden görüşlerini belirtmiş olmaları (ihzas-ı reyde bulunmaları) ileri sürülmektedir. AYM, yasaların anayasallık denetimini yaptığı sırada çekışmeli bir yargılama yapmamaktadır. Önündeki uyuşmazlığın, menfaatleri birbirleri ile çatışan iki tarafı bulunmamaktadır. Mahkeme üyelerinin tüm işlem ve kararlarını, kamunun menfaatinin gerekleri doğrultusunda, hukuk devleti ilkesi, temel hak ve özgürlüklerinin korunması, Anayasa'nın öngördüğü temel prensipleri ile uyumlu şekilde olması gerekir. Bu gereklilik, yasaların Anayasallık denetimi öncesinde, üyelerin belirtmiş olduğu görüşler nedeniyle çekilmelerine dair yaklaşımın yersizliğini ortaya koymaktadır.

Bölümler "mahkeme" sıfatına ve yetkilerine haiz olduğundan, önlerine gelen bireysel başvurular çerçevesinde, hak ihlallerinin doğrudan veya dolaylı olarak yasa normundan kaynaklandığına kanaat getirmeleri veya tarafların bu yöndeki iddialarını ciddi ve ikna edici bulmaları halinde, söz konusu normu iptal için "itiraz" yoluyla Genel Kurul önüne getirmeleri mümkündür. Bu hususta Bölümler resen hareket edebilirler. İtiraz yoluna gidilmesi konusunda tarafların talepte bulunmaları halinde, Bölümler ilgililerin sundukları hukuki gerekçelere dayanmak zorunda değillerdir. Bireysel başvurunun amaçlarından birisinin de objektif anayasa hukukunun geliştirilmesi olduğu gözönüne alındığında böyle bir sonuca varılması kabul edilmelidir (Melinghof, 2009:38; Kaplan, 2013:182-183).

Daha da ileri giderek AYM, bireysel başvuru davasına dayanak teşkil eden ve yasa normlarının hayatiyet bulmasına dayanak teşkil eden uygulama işleminin (idari işlem veya yargısal karar vs.) hak ihlaline sebebiyet vermediğini tespit ettikten sonra, söz konusu işleme dayanak teşkil eden normun koruma altına alınan temel hak ve

özgürlüklere aykırı olduğunu tespit edebilmeli ve bu tespit sonrasında normun iptali ile sonuçlanabilecek süreci başlatabilmelidir. Bu şekilde anayasaya aykırı olan normun hukuk düzeninden ayıklanması ile hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti güvencelenmiş olacaktır (Şahbaz 2011:92; Çoban, 2010:210; Özbudun, 2011b). Aksi durumda söz konusu sakıncalı düzenlemeler hak ihlallerine sebebiyet vermeye devam edecek, yeni mağduriyetler yaratacak, derece yargı birimleri ile AYM'nin anlamsız şekilde iş yükü artacak, bireylerin hukuk sistemine ve yargının işleyişi ile anayasal düzene karşı olan güvenleri sarsılacaktır.

3.7.2.2.9- Alternatif Bir Çözüm: Anayasaya Aykırı Olduğu Düşünülen Yasaların Uygulamada “İhmal Edilmesi”

Bireysel başvuru yolu sürecinde anayasaya aykırı olduğu düşünülen yasa normlarının var olduğunun AYM tarafından tespit edilmesi, ancak kendisinde söz konusu yasayı doğrudan veya dolaylı olarak (itiraz yolu ile) iptal edecek yetkiyi görmemesi veya on yıl yasağı çerçevesinde anayasal engel nedeniyle anayasaya aykırılığının iddia edilememesi gibi hallerde, temel hak ve özgürlük ihlallerine dayanak teşkil eden bir norm hukuk dünyasında varlığını korumaya devam edecektir. Varlığını devam ettirdiği sürece de yeni hak ihlallerine sebebiyet vermeyi sürdürecektir.

AYM Yasası'nın 50.maddesinin 1.fikrasına göre “*Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir*”. Bu madde çerçevesinde AYM, bireysel başvuru ile ilgili esas hakkındaki kararında, ihlalin neden kaynaklandığını belirtmeli, ihlalin ve sonuçlarının ne şekilde ortadan kaldıracağına dair yol haritasını göstermelidir. AYM, yasa normunu doğrudan iptal etmese bile, ihlal kararında yer vereceği usul ve ilkeler çerçevesinde, yürürlükte bulunan yasa normunun ihmal edilmesi suretiyle, hak ihlallerinin önüne geçilmesini sağlayabilir. Sakıncalı görülen yasa normu, gerek AYM tarafından ve gerekse AYM'nin tespit ettiği ilkeler ışığında derece mahkemelerince, uygulanması “ihmal” edilerek, doğrudan temel hak ve özgürlükler ile ilgili Anayasa hükümleri veya uluslararası sözleşme maddeleri gözönüne alınarak sorun çözüme kavuşturulabilir¹.

¹ Öğretide, Anayasaya aykırı olduğu düşünülen ancak bir şekilde AYM önüne getirilerek anayasallık denetiminden geçirilememiş yasa normlarının veya doğrudan anayasa yargısı kapatılan yasaların,

1961 Anayasası'nın 151.maddesine göre; bir yasa hükmünün anayasaya aykırılığının mahkemeler tarafından görülmekte olan bir dava bağlamında iddia edilmesine karşın, süresinde Anayasa Mahkemesi'nin karar vermemesi halinde mahkeme, “anayasaya aykırılık” iddiasını kendisi kanaatine göre çözümleyerek davayı yürütebilirdi. Dolayısıyla mahkemelerin önündeki davalar ile ilgili olarak yasa normunu ihmal ederek, gerektiğinde doğrudan anayasa hükmünü uygulama yetkisi, Anayasa hükmü ile sabittiⁱ. Ancak söz konusu düzenlemenin muadili olan 1982 Anayasası'nın 152.maddesinde, davayı görmekte olan mahkemelere bu yetki açıkça tanınmamış ve süresinde itiraz davasının sonuçlandırılmaması halinde görülmekte olan davanın “yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırılacağı” belirtilmiştir.

Normlar hiyerarşisinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin AİHS hükümlerinin ulusal yasa ve Anayasa normlarının üzerinde olduğu ve bu şekilde yorumlanması gerektiği öğretide genel olarak savunulmaktadırⁱⁱ. Buna göre gerek AYM ve gerekse derece yargılaması yapan makamlar, temel hak ve özgürlüklerin teminat altına alınması bağlamında herhangi bir yasa normunun AİHS'e aykırılık teşkil etmesi halinde, söz konusu yasanın uygulanması ihmal edilerek doğrudan Anayasa ve AİHS hükümleri uygulanabilecektir.

Yürürlükte bulunan ancak temel hak ve özgürlükleri ihlal edici etkiye sahip olduğu AYM tarafından gerekçeleri ile ortaya konulan bir yasa normunun, gerek AYM ve gerekse derece mahkemelerince “ihmal edilmek” suretiyle uygulanamaması için, söz konusu yasal düzenlemenin çözümü gereken mahkeme önündeki somut olayla bağlantısının olması gerekir (Kaplan, 2013:187).

Amerikan yargı sisteminde, Federal Yüksek Mahkemesi'nin yasaları iptal etme yetkisi yoktur. Bununla birlikte bu Mahkeme tarafından bir yasanın Anayasaya aykırı

görülmekte olan davalarda uygulanmaları gerektiğinde, söz konusu normların ihmal edilerek doğrudan anayasa kuralının uygulanabileceği belirtilmektedir (Özbudun ve Aliefendioğlu: 1988: 187-188).

ⁱ Konuya ilişkin olarak 1961 Anayasası döneminde AYM tarafından verilmiş birçok karar vardır. Bir örnek vermek gerekirse AYM, Türk Ceza Kanunu'nun 481.maddesinin anayasallık denetimini yaptığı bir kararında “*“mahkemelerce Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcı niteliğini açıklayan 8 inci maddenin ikinci fıkrasına dayanılarak, 481. maddenin birinci fıkrasındaki ispat hakkını sınırlayıcı hükümlerinin bir yana bırakılması ve kurallar kademeleşmesinde en üst düzeyde bulunan Anayasa'nın 34. maddesindeki hükmün doğrudan doğruya uygulanması gerekmektedir.”* demiştir. (AYM Kararı, Genel kurul, 06.05.1982, E: 1981/8, K: 1982/3 bkz. 30.11.1983 tarih ve 18237 sayılı Resim Gazete).

ⁱⁱ Konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Fendoğlu, 2000: 371 vd.; Gözübüyük, 1987:8

olduğunun tespit edilmesi durumunda, artık ilgili yasa normu ülke bütününde hiçbir mahkeme tarafından uygulamalarında kullanılmamaktadır (Oyar, 2013a:70).

Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bireysel başvurularda, Anayasa'ya veya AİHM içtihatlarına uygun olmayan, ancak şekli olarak yürürlüğünü devam ettirmesi nedeniyle uygulama kabiliyeti bulunan yasaları, ihmal etmek suretiyle gözardı ederek, sanki söz konusu yasal düzenleme yokmuş gibi karar verebileceğinin sinyalini vermiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 187.maddesi uyarınca kadının kocasının soyadını kullanması öngörülmüş olmasına ve bu düzenlemeye karşı yapılan iptal davası AYM tarafından iptal edilmiş olmasına karşınⁱ, önüne gelen bireysel başvuruyu kabul etmiş ve kadınların evlenmeden önceki soyadlarını tek başına kullanamamalarını hak ihlali olduğuna hükmetmiştirⁱⁱ.

AYM, bireysel başvuru yolu ile önüne getirilen Türk Medeni Kanunu'nun 187.maddesinin kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunduğunu ihlal kararı ile sabit görmesine karşın, bu ihlale dayanak teşkil eden ve ihlal etmeye devam eden yasal düzenlemeyi iptal etmemiş veya edecek bir yasal süreci (itiraz davası/somut norm denetimi) başlatamamıştır. Bunun yerine Anayasa md.90'dan hareket ederek *“Uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşmenin hükümlerinin somut uyumsuzluk açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvurucunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.”*ⁱⁱⁱ sonucuna varıp, ilgili yasal mevzuatı **ihmal etmek** suretiyle^{iv} kararını oluşturmuştur.

ⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 10.03.2011, E: 2009/85, K: 2011/49, bkz 21.10.2011 tarih ve 28091 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱ AYM, Sevim Akat Eşki kararı, Birinci Bölüm, 19.12.2013, B.N.: 2013/2187, bkz. 07.01.2014 tarih ve 28875 sayılı Resmi Gazete; Anayasa Mahkemesi'nin kadın soyadına ilişkin olarak itiraz ve bireysel başvuru çerçevesinde verdiği kararların değerlendirmesi için bkz. Duymaz, 2014; Tahmazoğlu-Üzeltürk, 2014.

ⁱⁱⁱ AYM, Sevim Akat Eşki kararı, Birinci Bölüm, 19.12.2013, B.N.: 2013/2187, par. 47, bkz. 07.01.2014 tarih ve 28875 sayılı Resmi Gazete.

^{iv} İhmal yolunun lehindeki ve aleyhindeki görüşler için bkz. (Gözler, 2011); Yazar eserinde eşit seviyedeki normlar arasında ihmal yolu kullanılmasının olanaklı olmadığını iddia etmektedir. Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verilen kararını, *“üst normlar alt normları geçersiz”* kılar ilkesi ile *“sonraki*

AYM'nin bu kararını özgürlükçü bir yaklaşım doğrultusunda, yasama organı tarafından Anayasa'ya aykırı şekilde sınırlanan yetkisini, fiili olarak önüne gelen başvurularda aşma eğilimi neticesinde mi oluşturduğu; yoksa AİHM tarafından konuya ilişkin verilen açık hak ihlali kararınınⁱ varlığı nedeniyle, AİHM nezdinde etkin bir iç hukuk yolu olarak kabul edilebilme çabasıdan kaynaklı mı olduğu süreç içerisinde vereceği kararlar ile netleşecektir.

3.7.2.2.10- Bireysel Başvuruya Konu Edilemeyecek Bir Yasa'nın Uygulanmasına İlişkin Başvuru Yapılabilir Mi?

Yasal düzenlemeyle, bu düzenlemenin uygulanması birbirinden farklı kamu güçleri tarafından ifa edilen eylemlerdir. Zira uygulama, yasanın koruduğu değerlerden ve öngördüğü sonuçlardan farklı şekilde gelişerek hak ihlaline konu edilebilir. Kanunların birçoğu genel, soyut ve objektif niteliklere haiz olduklarından, doğrudan kişilerin temel hak ve özgürlüklerin üzerinde etki doğurmazlar. Birçok durumda yasama faaliyeti sonrasında gerçekleşecek “uygulama işlemi” ile birlikte hak ve özgürlükler üzerinde etkili olmaya başlarlar. Uygulama işleminden kastedilen şey, yasanın uygulanmasını sağlayacak ek işlem veya işlemlerdir (Kaplan, 2013:156-157).

Alman AYM'si bu konuya ilişkin kararlarında, bireysel başvuru yolu kapatılan yasaların uygulanmasına ilişkin olarak da başvuru yapılamayacağını kabul etmiştir (Şirin, 2013:309). Bireysel başvuru yapılamayacak yasal düzenlemeler mevzuatta açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla Almanya açısından sınırlı bir uygulama alanı bulan bu içtihat pratiğinin, tüm yasalara karşı bireysel başvuru yolunu kapatan Türkiye uygulamasına ışık tutmayacağı değerlendirilmektedir. Buna karşın anayasa yargısı tamamen kapatılan inkılâp kanunları ile OHAL ve Sıkıyönetim KHK'ları ile bunların uygulamalarına karşı bireysel başvuru yolunun kullanılmaması düşünülebilir (Şirin, 2013:310). Ancak insan hakları hukuku ışığında ve AİHM içtihatları ile şekillenen temel hak ve özgürlükleri koruma sistemi ile demokratik toplum düzeninin gerekliliği bağlamında, OHAL ve Sıkıyönetim KHK'ları uygulamalarından kaynaklı hak ihlalleri

norm önceki normları geçersiz kılar” prensibi çerçevesinde TMK'nın 187.maddesini irdeleyerek Anayasa'nın 90.maddesini de gözeterek oluşturduğu kanaatindeyiz.

ⁱ *Tekeli v. Türkiye*, 16.11.2004, B.N: 29865/96; AİHM'in konuya ilişkin benzer mahiyetteki kararları *Leventoğlu Abdulkadiroğlu v. Türkiye*, 28.5.2013, 7971/07; *Tuncer Güneş v. Türkiye*, 03.09.2013, 26268/08.

iddiaları ile ilgili olarak önce idari yargı yolu ve daha sonra ise bireysel başvuru yolu kullanılabilmelidir (Şirin, 2013:311).

3.7.2.2.11- Bireysel İşlem Niteliğindeki Yasaların Durumu

Yukarıda kısaca değinildiği üzere, yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yoluna gidilmesini düzenleyen AYM Yasası'nın 45.maddesinin 3.fıkrası aleyhine ana muhalefet partisi tarafından iptal istemiyle AYM'ye başvuru yapılmış, ancak bu başvuru AYM tarafından reddedilmiştirⁱ.

AYM, iptal talebini ret ettiği kararının gerekçesinde, yasal düzenlemelerin ancak uygulanmaları halinde hak ihlaline sebebiyet verebileceğini, uygulanmamaları halinde hak ihlaline neden olmayacaklarını, uygulanmaları durumunda uygulama işlemine karşı AYM'ye bireysel başvuru yapılabileceğine yer vermiştir. AYM'nin kabulüne göre yasaların doğrudan uygulanarak hak ihlaline sebebiyet verebilmesi olanaklı görülmemektedir.

Ancak bir kısım yasal düzenlemeler incelendiğinde, yürürlüğe girmeleri ile hak ve özgürlükler aleyhine sonuçlar doğurmaya başladıkları, söz konusu yasaların uygulanmaları için ayrıca ikinci bir işleme gerek kalmadığı, yasanın öngörülen sonuçlarının mahzurlarının ortadan kaldırılması için daha sonrasında kamu gücü kullanan kişi ve organların işlem ve kararlar tesis ettikleri müşahade edilmektedir.

Konuya ilişkin olarak yasama organının yargı erkinin işleyişini etkileyebilecek (Babayiğit, 2016:209), hâkim ve savcılık teminatını zedeleyebilecek, hukuk devleti prensibine zarar verebilecek, doğrudan bireysel işlem niteliğinde kabul edilebilecek hükümler içeren yasal düzenlemeler yapıldığı çok yakın geçmişte müşahade edilmiştir. Normal olarak herhangi bir kamu görevlisinin ataması ve görevden alınması ilgili yasal mevzuatlarında belirlenmiştir. Yetki ve usulde paralellik ilkesi uyarınca, atamayı yapan makam görevden almaya da genel olarak yetkilidir. Ancak, yetki ve usulde paralellik ilkesini zedeleyecek şekilde, hukuk devleti ilkesini zedeleyecek tarzda yasal düzenlemeler yapılmış ve yasama organı tarafından çıkartılan yasalar ile atamasını yapmadığı kurumlarda görevli kamu çalışanlarının görevlerine son verilmiştir (Babayiğit, 2016:209) .

ⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 01.03.2012, E. 2011/59, K. 2012/34, bkz. 2.04.2013 tarih ve 28606 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete.

Normal işleyişte idarenin tüm işlem ve eylemleri yargısal denetime tabidir. Ancak idari bir işlem veya kararın, idari makamlarca değil, doğrudan yasama organı tarafından yasa şeklinde alınması halinde, yapılan idari işlem şeklindeki yasal düzenlemelere karşı adli veya idari yargı organları nezdinde hak araması mümkün değildir. Yasal düzenlemelere karşı bireylerin doğrudan AYM'ye iptal davası açması da olanaksızdır. AYM Yasası'nın 45/3.maddesinin açık düzenlemesi doğrultusunda bireysel başvuru yolu da yasa koyucu tarafından kapatılmaya çalışılmıştır.

Hak ve özgürlükler açısından en büyük tehdit kaynaklarından birisi önemli sonuçlara haiz kamu gücü kullanma yetkisine sahip yasama organıdır. Yasama organının, uygulama işlemi gerektirmeyen, yasal düzenlemeler ile hak ve özgürlüklere müdahale etmesi durumunda Anayasa ve AYM Yasasında bireylere herhangi bir çözüm formülü öngörülmemiştir. AYM Yasası'nın, Anayasa'nın 148/3.maddesinden bağımsız olarak değerlendirilerek yorumlanması, bireylerin haklarını araması için ulusal makamlar nezdinde çözüm bulamayacaklarını sonuçlayacak ve doğrudan AİHM'e başvurmaları beklenecektir.

1982 Anayasası'nın 148/3.maddesinde konu bakımından bireysel başvuru yoluna, yasal düzenlemelerin veya bu güce sahip diğer işlem ve kararların konu edilemeyeceğine dair herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Anayasanın 13.maddesi doğrultusunda Anayasal dayanağı bulunmayan hiçbir sınırlama yasal düzenlemeler ile öngörülemez. Bu nedenle yasal düzenlemelere karşı doğrudan bireysel başvuru yolu yapılamayacağına ilişkin yasa normu, yukarıda birçok yerde değerlendirme konusu yapıldığı üzere, Anayasaya aykırıdır. Anayasa Mahkemesi önüne gelen ve bu düzenlemeleri iptal edebilmesine olanak sağlayan iptal davasını, kanaatimizce güncel siyasi tartışmalar ve gruplaşmalar nedeniyle kamuoyu baskısı altında kalarak kabul etmemiş ve iptal başvurusunu, tatmin edici olmayan gerekçelerle reddetmiştir.

Kanaatimizce mevcut durumda Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel işlem niteliğindeki yasal düzenlemeler ile ilgili, bireylerin tek başvuracakları yolun AYM önünde bireysel başvuru olduğu gözönüne alınıp, başkaca çözüm yolu olmadığı kabul edilerek, kadının soyadı davasında sergilediği tavır doğrultusunda, AYM Yasası'nın 45.maddesinin üçüncü fıkrasını görmezden gelip ihmal ederek başvuruları kabul edip esasa girmeli ve şartlar oluştuğu taktirde iptal kararı verebilmelidir (Babayiğit,

2016:209) AYM denetiminden iptal davası neticesinde geçen bireysel işlem niteliğindeki yasal düzenlemelerin somut norm denetimine tabi tutulması olanaklı değildir. Çünkü bu işlemler ilk derece mahkemeleri önünde davaya konu edilemezler.

3.7.3.- Kanun Hükmünde Kararnamelerin Durumu

Kanun Hükmünde Kararname (KHK), “yasama organının konu, süre ve amacı belirleyen bir yetki kanunu ile verdiği yetkiye veya doğrudan doğruya Anayasa’dan aldığı yetkiye dayanarak, yürütmenin çıkarttığı, parlamentonun tasdiki ile maddi ve şekli anlamda kanun gücü kazanacak olan kararnameler” olarak tanımlanabilir (Kuzu, 1985:132). KHK’ların kamu gücü niteliği taşıdığı hususu açıktır (Şirin, 2013:297).

Anayasa’nın 148/3.maddesinin açık hükmü ve AYM Yasası’nın 45/2.madesinde yer alan düzenlemenin lafzi yorumu ışığında KHK’lara karşı doğrudan bireysel başvuru yoluna gidilip gidilemeyeceği farklı görüşler ışığında irdelenmesi gerekir.

Öğretide savunulan bir görüşe göre; AYM Yasası, yasama işlemlerine karşı anayasa şikâyetini sınırlamıştır. KHK’ların maddi anlamda yasama işlemi olduğu kabul edildiğinde bunlara karşı bireysel başvuru yoluna gidilemeyecektir (Oder, 2011:100).

Yine AYM Yasası’nın 45/2.maddesinde sadece “yasama işlemleri” değil “düzenleyici idari işlemler” de bireysel başvuru dışında bırakılmıştır. Düzenleyici idari işlemlerden kasıt tüzük ve yönetmelik gibi düzenlemelerdir.

Anayasa Mahkemesinin bir kararında kabul edildiği üzere KHK’lar öngörülen şekli ve yapan organ nedeniyle bir yürütme işlemi, ifa ettiği fonksiyon bakımından ise bir yasama işlemidir¹. Türk anayasa öğretisinde KHK’ların yürütmenin düzenleyici işlemleri olduğu kabul edilmektedir (Özbudun, 2011a:248; Gözler, 2011:357; Şirin, 2013:298). Ancak “yürütme” ile “idare” kavramları aynı anlam ve mahiyette değildir ve Anayasa tarafından da farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılmıştır (Gözler, 2009b:28; Şirin, 2013:298-299).

Anayasa’nın 148/1.maddesinde yer verilen “Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz” düzenleme

¹ AYM Kararı, Genel Kurul, 05.02.1992, E: 1990/22, K: 1992/6, bkz. 27.11.1993 tarih ve 21771 sayılı Resmi Gazete.

uyarınca, Anayasa koyucu, Anayasa'nın 119 ilâ 122.maddelerinde düzenleyen KHK'ler için AYM de dava açılmayacağını belirtmiştir. AYM Yasası'nın 45/3maddesi *“Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler bireysel başvurunun konusu yapılamaz”* hükmünü haiz olduğundan, bu bağlamdaki KHK'lar bireysel başvuru konusu yapılamaz. Bunlar dışında kalan KHK'lar aleyhine bireysel başvuru yolunun açık olduğu öğretide ileri sürülmüştür (Şirin, 2013:299).

Çalışmamız bağlamında bireysel başvuru yolunun, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve güvence altına alınması noktasında önemli bir rolü olduğu kabul edilmiştir. Bu özelliği itibariyle bireysel başvuru, Anayasa ve AİHS bağlamında teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerle çok sıkı bir ilişki içindedir. Bundan dolayı, bireysel başvuru için getirilecek sınırlamaların Anayasa'nın 13.maddesinde öngörülen sisteme uygun olması gerekir (Şahbaz, 2011:81; Ermenek, 2013:28; Şirin, 2013:26-27). Söz konusu sisteme göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın sadece Anayasa'da belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bireysel başvuru yolu açısından öngörülecek sınırlamaların Anayasal bir dayanağının bulunması, söz konusu hakkın kullanımının özüne dokunmaması ve kanunla yapılması gerekir. Şu halde bireysel başvuru yolunu kullanacak başvuru sahipleri açısından KHK ile getirilen sınırlamalar ile kamu hukuku tüzel kişileri hakkında getirilen sınırlama Anayasa'ya aykırıdır. Zira Anayasa'nın 148.maddesinde “herkes” ibaresi kullanılmışken, AYM Kanunu ile bu ibare daraltılmıştır.

AYM, idare aleyhine açılan davaların reddi halinde idare lehine vekâlet ücreti hükmedilmesini emreden 659 sayılı KHK hükmünün adil yargılanma ve yargıya erişim hakkını sınırladığı iddiasıyla ilgili yapılan bireysel başvuruda, doğrudan KHK hükmünün başvuruya konu edilmesine karşılık, Mahkeme başvuruyu konu bakımından kabul edilebilir bularak işin esasına girmiş, 659 sayılı KHK hükmünün derece mahkemesi tarafından yapılan uygulamasını, uygulama işlemi olarak kabul ederek bunun üzerine kararını bina etmiştir. Söz konusu kararda AYM'nin gerçekte doğrudan 659 sayılı KHK hükmüne yönelik bir iddiayı incelediği söylenebilir¹.

¹ AYM, Serkan Acar kararı, Birinci Bölüm, 02.10.2013, B.N.: 2013/1613, par.37, bkz. 15.11.2013 tarih ve 28822 sayılı Resmi Gazete ; AYM bu kararında, derece mahkemesi tarafından aleyhe vekâlet ücretine hükmedilmesinin hak arama özgürlüğü bağlamında ölçülü olup olmadığını değerlendirmiş ve ihlal tespiti yapmamıştır.

Yukarıda yasama organı tarafından ihdas edilen yasalar ile ilgili yaptığımız değerlendirmeler, KHK'lar içinde evleviyetle geçerlidir. Zira maddi anlamda ifa ettikleri fonksiyonlar itibariyle, yürürlükte bulundukları süre zarfında yasaların doğurduğu tüm sonuçları gerçekleştirmeye haizdirler.

3.7.4- Parlamento Kararlarının Durumu

3.7.4.1- Parlamento Kararı Kavramı

Yasama organı olan Meclis tarafından gerçekleştirilen yasama faaliyetleri farklı şekilde tasniflere tabi tutulabilecek ise de, genel kabule uygun olarak kendi içinde “yasalar” ve “parlamento kararları” olarak ikiye ayrılabilir(Özbudun, 2011a:303-304; Gözler, 2011:240). Türk öğretisinde parlamento kararlarından ne anlaşılması gerektiği konusunda çeşitli açıklamalar yapılmakla birlikte, genel olarak, Parlamento'nun yasa yapma faaliyetleri haricindeki bütün işlemlerini kapsayan geniş bir tanım yapılmaktadır (Özbudun, 1979:4; Çekiç, 2009:117-119). Bununla birlikte parlamento kararlarını içerikleri bakımından “içtüzükler”, yargısal nitelikli “meclis kararları” ve “diğer meclis kararları” olarak üçlü bir ayrıma tabi tutarak incelemek de mümkündür (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2012:285).

“Yasa” ve “parlamento kararı” arasında, sahip oldukları çeşitli özellikler nedeniyle bir kısım farklılıklar vardır. Yasa, yasama organının “düzenleyici işlemi”, parlamento kararları ise “bireysel işlemi” olarak kabul edilebilir. Zira yasama organının belirli bir kişi, durum veya somut olaylara karşı ortaya çıkan iradesi “parlamento kararı” şeklindedir. “Yasa” şeklinde ortaya çıkan yasama organı iradesi ise daha çok kural/norm koyma ihtiyacını karşılamak içindir (Gözler, 2011:370 vd.).

Parlamento kararlarının neler olduğu hususunda yardımcı olmak üzere belirli bazı niteliklere sahip olması gerektiği belirtilmiştir. Bu özellikler kısaca şunlardır (Çekiç, 2009:117-121).

- Yasama meclislerinin genel kurulları tarafından alınırlar,
- Yasama meclislerince genel kurulda yapılan bir oylama neticesinde alınırlar,
- Yasama organının iç işleyişine, yürütme organı ile olan münasebetlerine ve mevzuatta parlamento kararı olması belirtilen işlemler hakkında alınabilirler,

- Cumhurbaşkanı'nın onayına tabi değildirler,
- Kural olarak yargısal denetime tabi değildirler,

Parlamento kararlarının bir kısmı bizzat Anayasa tarafından belirtilmiş bir kısmı ise Meclis İçtüzüğünde yer almıştır. Anayasaca öngörölmüş parlamento kararlarına örnek olarak şunlar gösterilebilir:

- TBMM İçtüzüğü (md.95),
- Yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararı (md.83),
- Milletvekilliğinin düşmesi kararı (md.84),
- Meclisin kendi seçimlerinin yenilenmesine dair kararları (md.77/2),
- Meclis Başkanı ve Başkanlık Divanı seçimi kararları (md.94),
- Meclisin tatile girmesi kararı (md.93/2),
- Kapalı oturum yapılması kararı ile bu oturumlardaki görüşmelerin yayınlanmasına dair kararlar (md.97/2),
- Bir milletvekilinin, Bakanlar Kurulu tarafından verilecek görevi kabul etmesine ilişkin karar (md.82/2),

Anayasada yer bulan parlamento kararları dışında Meclis İçtüzüğünden kaynaklı bir kısım kararlar da bulunmaktadır:

- Komisyonlara üye seçme kararları (İç Tüzük md.20)
- Dilekçe Komisyonu kararları ve bu Komisyonun raporu üzerine Genel Kurul tarafından alınacak kararlar (İç Tüzük md.119-120)
- Açık (İç Tüzük md.143) ve gizli (İç Tüzük md.147) oylama kararlarıⁱ.

Parlamento kararlarının bazıları, sadece Meclisi ilgilendirmeleri nedeniyle yargı denetimi dışında tutulmuştur. Ancak bir kısım parlamento kararları ise, ya Anayasanın

ⁱ Parlamento kararlarına dair bu tespitler Kurnaz, 2006:109'da yer verilen görüşlerden yararlanılarak yapılmıştır.

açık hükmü veya AYM'nin içtihatları doğrultusunda yargı denetimine tabi hale getirilmiştir (Kurnaz, 2006:109-110).

Parlamento kararları, ilgili komisyonlarca görüşülmesini müteakip Meclis Genel Kurulunca karara bağlanır. Alınan kararlardan yayımlanması gerekenler Meclis Başkanınca Resmi Gazetede yayımlanmalarını müteakip yürürlük kazanırlar. Yasalardan farklı olarak, parlamento kararlarının yürürlükleri için Cumhurbaşkanının imzası gerekmez (Atar, 2011:181).

3.7.4.2- Anayasa Mahkemesi Denetimine Tabi Olan Parlamento Kararları

Meclis içtüzüğü değişiklikleri, yasama dokunulmazlıklarının kaldırılması ve düşürülmesi kararları, yukarıda yapılan tanım çerçevesinde, birer parlamento kararı olmalarına karşın, Anayasa söz konusu kararların AYM tarafından denetlenebileceğini açıkça belirtmiştir. Yasa koyucu tarafından belirtilen parlamento kararlarının AYM denetimi kapsamına alınmasının sebebi, bu işlemlerin parlamenter sistem açısından sahip oldukları önem ve değerden kaynaklanmaktadır (Sarıgözel, 2013:73).

Bu kararlara karşı AYM nezdinde itirazda bulunulması mümkündür. Buna karşın temel hak ihlali iddiasıyla söz konusu kararlara karşı AYM'ne bireysel başvuru yapıp yapılmayacağı tartışmalıdır. Ancak şu hususa değinmek gerekir ki, söz konusu kararlara karşı öngörülen tek iç hukuk yolu AYM'ne yapılacak itirazdan ibarettir. Dolayısıyla tek iç hukuk yolu olarak AYM'nin kendisinin öngörüldüğü bir karara karşı bireysel başvuru yolunun yapılamayacağı akla gelebilir. Ancak bunu yasaklayan açık bir düzenlemenin bulunmadığı gözden uzak tutulmamalıdır (Şirin, 2013:278, dip.70).

Yasama dokunulmazlığının kaldırılmamasına yönelik olarak verilen bir parlamento kararı aleyhine yapılan başvuruyu AİHM kabul ederek adil yargılanma ilkeleri ışığında incelemiş ve Meclisin verdiği yargılanmanın ertelenmesine dair kararın objektif koşullara bağlanması, erteleme kararının açık şekilde gerekçelendirilmesi, sürecin şeffaf işlemesi zorunluluğunun bulunduğuna değinmiştir (Kırıt, 2010:91)ⁱ. Parlamento kararlarından İchtüzük, dokunulmazlığın kaldırılması ve milletvekilliğin düşmesi kararları (md.85 ve 148 uyarınca) Anayasa'nın denetimine tabidir. Bunlar dışında kalan

ⁱ Kart v. Türkiye, 08.07.2008, B.No: 8917/05.

Parlamento kararlarına karşı Anayasa’da açık bir hüküm veya yasaklama yer almamaktadır.

3.7.4.3- Anayasa Mahkemesi Denetimine Tabi Olmayan Parlamento Kararları

Meclis içtüzüğü değişiklikleri, yasama dokunulmazlıklarının kaldırılması ve düşürülmesi kararları dışında kalan parlamento kararlarına karşı AYM veya başka bir yargı yoluna gidilebileceğine dair bir iç hukuk yolu yer almamaktadır. İstisnai haller haricinde parlamento kararlarına karşı herhangi bir yasa yolu öngörülmemesinin hukuk devleti açısından önemli bir sakınca doğurmayacağı öğretide ileri sürülmüştür (Özbudun, 2011a:217).

Zira parlamento kararları ile vatandaşlar açısından uyulması zorunlu objektif, soyut ve genel kural konulması mümkün değildir. Yasa koyucu, yargısal denetimden kaçınmak amacıyla, yasa ile düzenlenmesi gereken bir hususu parlamento kararı şeklinde kabul etse dahi, AYM tarafından yapılan işlemin özellik ve nitelikleri gözönüne alınarak anayasa yargısı denetimine tabi tutması mümkündür (Gören, 2006:165).

AYM’nin denetimi dışında bırakılan ve başkaca bir iç hukuk yolu öngörülme-yen parlamento kararlarına karşı doğrudan bireysel başvuru yolunun kullanılabilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.

Genel bir ilke olarak parlamento kararlarının bireysel başvuruya konu edilmelerinin önünde herhangi bir anayasal ve yasal engel bulunmamaktadır. Bu nedenle bu kararlara karşı bireysel başvuru yolunun açık olduğu kabul edilmelidir. Ancak her parlamento kararının temel bir hak ve özgürlüğü ihlal edip etmediği ayrı bir tartışma konusudur. Bu konuda önceden bir kabulde bulunulamaz. Her olayın kendine has koşulları çerçevesinde bir hak ihlalinin olup olmadığı AYM tarafından incelenerek bu konuda bir karar verilmelidir (Şirin, 2013:300-301).

Almanya pratiğinde parlamento kararları ile birlikte parlamento komisyonlarının faaliyetlerinin de bireysel başvuruya konu olabileceği kabul edilmektedir (Şirin, 2013:301).

3.7.5- Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri

3.7.5.1- Düzenleyici İşlem ve Türleri

İdari işlem, içeriğinde kamu gücü ayrıcalıklarını barındıran ve hukuki sonuç doğurabilecek mahiyetteki irade açıklamalarıdır. İdareden ortaya çıkan her işlem idari işlem değerinde olmayabilir, dikkat edilmesi gereken husus söz konusu işlemin kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olup olmadığıdır (Gözler, 2009b:251-252; Kalabalık, 2008:329).

Yürütmenin idari işlemleri, tek taraflı ve iki taraflı olarak iki kategoriye ayrılır. Tek taraflı idari işlemleri de, bireysel idari işlemler ve düzenleyici idari işlemler olarak ikiye ayrılır. Memurun atanması veya emekliye ayrılması, öğrencinin okula kaydı veya okuldan kaydının silinmesi gibi işlemler bireysel idari işlemlere örnek gösterilebilir. Bu çerçevede düzenleyici işlemleri, yürütme organı tarafından ihdas edilen, yasa normları gibi genel, soyut ve objektif niteliklere sahip, belirli bir kişi veya kurumdan ziyade, belli konumda bulunan herkesi ilgilendiren tek taraflı işlemler şeklinde izah etmek mümkündür (Gözler, 2009a:416).

Yürütme organının düzenleyici işlemlerinin başlıcaları “kanun hükmünde kararname”, “tüzük” ve “yönetmeliktir”. Bununla birlikte öğretide söz konusu işlemler arasında kararname, karar, tebliğ, genelge, talimat ve ilan gibi isimler taşıyan, ancak genel, soyut ve objektif hukuk kuralları koyan düzenlemelerin de yer aldığı söylenmiştir (Giritli, ve diğerleri, 2011:423; Özbudun, 2011a:248; Gözler, 2011:357 vd; Özay, 2004:427; Kalabalık, 2008:338-339). Bununla birlikte öğretide savunulan, bizim de katıldığımız, diğer bir görüşe göre KHK’ları kategorik olarak, doğrudan yürütmenin salt düzenleyici işlemi olarak kabul etmek doğru değildir. Zira KHK’lar şekli olarak yürütme işlemi gibi gözüke de, fonksiyonları bakımından bir yasama işlemidirⁱ. Hukuk mevzuatında kullanılan “yürütme” ile “idare” kavramları aynı anlam ve mahiyette değildir ve Anayasa tarafından da farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılmıştır (Gözler, 2009a:28; Şirin, 2013:298-299). Bu nedenle AYM Yasası’nın 45.maddesinin 3.fıkrasında geçen “idarenin düzenleyici işlemleri” kavramına KHK’ların dahil olmadığını, KHK’ların

ⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 05.02.1992, E: 1990/22, K: 1992/6, bkz. 27.11.1993 tarih ve 21771 sayılı Resmi Gazete.

yasama faaliyetleri çerçevesinde onunla benzer şekilde değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği kanaatindeyiz¹.

Genel, soyut ve objektif niteliklere sahip olan düzenleyici işlemler ile idare, bireylerin doğrudan hukuksal durumlarından ziyade, belirli bir alanda hukuksal düzenleme yaparak, bu alan ile ilgili olan kişilerin hukuksal durumunu etkilemektedir. Dolayısıyla idarenin düzenleyici işlemleri ile düzenleme yapılan hukuksal alan ile ilgili doğrudan veya dolaylı bağlantısı olan kişilerin haklarına müdahalede bulunulabilir. Hakları ihlal edilen kişilerin bundan dolayı iptal davası yoluna başvurmaları olanaklıdır (Sargüzel, 2013:78; Aydın, 2013:17). Herhangi bir işlemin kim veya hangi kurum tarafından yapıldığına değil, doğurduğu hukuki sonuçlara bakılarak bir nitelendirme yapılmalıdır (Özay, 2004:426).

3.7.5.2- Düzenleyici İşlemlere Karşı Bireysel Başvuruya Gidilememesi

AYM Yasası'nın 45.maddesinin 3.fıkrasında, yasalar gibi, idarenin düzenleyici işlemlerine karşı da doğrudan bireysel başvuru yoluna gidilemeyeceği düzenlenmesi yapılmıştır.

İdarenin tüm işlem ve eylemlerinin yargısal denetime açık olması, hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Zira hukuk devleti ilkesi, Anayasa ve diğer ikincil kurallar ile bir devletin kendisini bağlı kabul edip, kendisini yargı denetimine açmasını zorunlu kılar. Anayasamızın 125.maddesi de, bunu vurgulamak amacıyla “*“İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”*” şeklindedir. Bu düzenleme ile bağlantılı olarak Anayasanın 138.maddesinin son fıkrası “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez”*” düzenlemesine haizdir.

Düzenleyici idari işlemlere karşı idari yargıda dava açılması mümkün iken, söz konusu işlemlerin bireysel başvuru kapsamı dışında bırakılması önemli bir çelişkidir (Özbey, 2013:200; Sarıgüzel, 2013:79).

¹ Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu yönde karar vermiştir. AYM Kararı, Genel Kurul, 10.01.1991, E.1990/25, K.1991/1, bkz. 05.03.1992 tarih ve 21162 sayılı Resmi Gazete.

Kamu gücü tarafından ortaya konulan işlemlerin bireysel başvuruya konu edilebilmeleri için, bunların kişilerin haklarını ihlal edebilme olanaklarının bulunması gerekir. Bundan dolayı bağlayıcı nitelikte olmayan genel direktifler, kurum içi görüş bildirimleri, bilirkişi raporları, öneri ve tavsiye niteliğindeki işlemlere karşı bireysel başvuru yoluna gidilemez (Ekinci ve Sağlam, 2014:17-18).

Hak ihlaline dayanak teşkil eden düzenleyici idari işlemler ile ilgili olarak doğrudan başvuru yapılamayacak ise de, bireysel başvuru sonrasında verilecek karar ile hak ihlaline dayanak teşkil eden düzenleyici idari işlemlerin ortadan kaldırılmasına veya düzeltilmesine yol açabilecek bir yol başlatılabilir mi? Öğretide, açık yasa hükmü nedeniyle, düzenleyici idari işlemlere karşı doğrudan bireysel başvuru yoluna gidilemeyeceği, bu nedenle yasal yollar tüketildikten sonra bireysel başvuru yoluna konu edilen düzenleyici idari işlemler ile ilgili olarak, AYM tarafından bireysel başvuru sonucunda verilecek ihlal kararında, AYM'nin ihlale konu oluşturan düzenleyici işlemin kaldırılması konusunda yapılması gerekenlere hükmedemeyeceği belirtilmiştir. Söz konusu görüş sahiplerine göre, aksinin kabulü yasa ile verilmeyen bir yetkinin dolaylı olarak AYM tarafından kullanımı sonucunu doğuracaktır (Özbey, 2013:201). Benzer duruma ilişkin olarak aksini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bunlara göre, hak ihlaline dayanak teşkil eden düzenleyici idari işlemler ile ilgili olarak, hak ihlalini tespit eden AYM'nin, esas hakkında vereceği kararında söz konusu düzenleyici işlemlerin sonuçlarının nasıl kaldırılacağı konusunda yapılması gerekenleri de göstermesi gerektiği ileri sürülmüştür (Aydın, 2011:161).

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, bireyler açısından hak ihlaline neden olduğu düşünülen idari işlem ile birlikte buna dayanak teşkil eden düzenleyici işlem de idari yargı uygulamasında dava edilebilmektedir. Bu uygulamaya paralel şekilde, olağan olarak idari işlem ile birlikte dolaylı olarak düzenleyici işlemlerin bireysel başvuruya konu edilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Zira AYM Yasası ile bireysel başvuru sınırları dışında tutulmaya çalışılan husus, düzenleyici işlemlere karşı doğrudan başvuru yapılmasının önünün kapatılmasıdır (Şimşek, 2011:136). Yoksa “dolaylı” olarak idari işlem ile birlikte düzenleyici işleminin, hukuk yolları tüketildikten sonra, bireysel başvuru yapılması mümkündür.

3.7.5.3- Bireysel İşlem Niteliğindeki Düzenleyici İşlemlerin Durumu

Yürütmenin idari işlemleri, tek taraflı ve iki taraflı olarak iki kategoriye ayrılır. Tek taraflı idari işlemleri de, düzenleyici idari işlemler ve bireysel idari işlemler olarak ikiye ayrılır.

Düzenleyici işlemlerde idare, tüzük, yönetmelik, karar, sirküler, genelge, genel emir gibi farklı şekillerde isimlendirilebilecek kararlar ile objektif ve genel düzenlemeler yapmaktadır. Bu tür işlemler hukukun önemli yazılı kaynakları arasında yer almaktadırlar. Kamu gücü kullanan idare, düzenleyici işlem yapmak yetkisine, mahiyeti gereği kendiliğinden sahiptir; bunun için Anayasada özel bir düzenlemenin var olması aranmaz. Bununla birlikte düzenleyici işlemler, normlar hiyerarşisi çerçevesinde yasaya ve Anayasaya aykırı olamazlar (Özbey, 236).

Bireysel idari işlemler, belirli kişiler üzerinde hukuki sonuç doğururlar. İdari işlem tesis edilen kişi veya kişiler belirlidir ve muhatap olan kişilerin menfaatleri yapılan bireysel idari işleminden dolayı etkilenmektedir. Atama, emekliye sevk etme, bir yerden başka bir yere nakletme gibi işlemler bireysel idari işlemlere örnek olarak gösterilebilir (Gözler,2009a: 416; Özbey, 2013:211).

AİHM *Apostol-Gürcistan davasında*, Gürcistan idari organları tarafından verilen ve muhatabını doğrudan etkileyerek hak ihlaline sebebiyet veren bireysel kararlara karşı AYM'ye başvuru yolunun bulunmaması nedeniyle, bu tür işlemlere karşı Gürcistan yargı sisteminde öngörülen AYM'ye bireysel başvuru yolunu etkili bir iç hukuku yolu olarak görmeyerek, kendisine yapılan başvuruları kabul edip karara bağlamıştır¹.

Genel olarak düzenleyici işlemlerin doğrudan uygulama kabiliyetlerinin bulunmadığı ve bunların hayat kazanmaları için bir idari işleme ihtiyaç duyduğu ve idari işlemlere karşı idari yargıya başvuru yapılarak iptalinin talep edilebileceği söylenebilir. Ancak, yukarıda inceleme konusu yaptığımız üzere, bireysel işlem niteliğindeki yasal düzenlemeler yapılması mümkün iken, buna benzer şekilde idarenin düzenleyici işlem yapamayacağı iddia edilemez. Yani düzenleyici işlemler ile herhangi ikinci bir idari işlem veya karara gerek kalmaksızın doğrudan bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahale edilebilir. Bu ihtimalin gözardı edilerek, kategorik bir yaklaşım ile tüm

¹ Apostol v. Gürcistan, 28.11.2006, B.N: 40706/2.

düzenleyici işlemlere karşı bireysel başvuru yapılamayacağını yasa ile düzenlemesi kabul edilemez (Göztepe, 2011:36).

Herhangi ikinci bir işleme gerek kalmaksızın, düzenleyici işlemler tarafından hak ve özgürlük ihlaline neden olunması halinde, AYM'ye bireysel başvuru yapılabilir. AYM, kadınların soyadı özgürlüğü konusunda yasalar açısından sergilediği yaklaşımını, düzenleyici işlemler noktasında da devam ettirmeli, AYM Yasası'nın 45/3.maddesini ihmal ederek, başvuruları kabul edip işin esasına girmelidir. Aksi yaklaşım, doğrudan hak ihlaline neden olan düzenleyici işlemler ile ilgili olarak AYM'nin etkin bir iç hukuk yolu olmadığı sonucunu doğuracak ve bireylerin AİHM yolunu kullanmalarına neden olacaktır.

3.7.6- Bireysel Başvuruya Konu Edilemeyecek Mahkeme Kararları

Anayasa'nın 148/3.maddesinde yer verilen "kamu gücü" kullanma yetki ve görevi olan organlar arasında yargı birimlerinin olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle yargı organları, kararları vasıtasıyla hak ve özgürlükler açısından tehdit oluşturabilir. Bireysel başvuru yolunun kullanılabilmesi açısından, iç hukuk yollarının tüketilmesi ön şart olarak öngörüldüğünden, çoğu kez bireysel başvuru davalarının konusunu mahkeme kararları oluşturacaktır.

Bireysel başvuru konusu olabilecek mahkeme kararından kasıt, yargılama sürecinde usul meseleleri hakkında verilen kararlar, maddi varlıkların ortaya konulması ve değerlendirilmesi ile bu süreçte hukuk kurullarının yorumlanarak somut uyuşmazlıklara uygulanmasıdır (Mellinghof, 2009:39).

AYM Yasası'nın 45/3.maddesinde açıkça "*Anayasa Mahkemesi kararları (...) bireysel başvurunun konusu olamaz*" denilmiştir. Yine sadece kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı bireysel yoluna başvurulması genel bir kaide olduğundan, kesinlik kazanmamış nitelikteki, mahkeme kararlarına, hâkimlik kararlarına, mahkeme karar gerekçelerine karşı bireysel başvuru yolu kullanılamaz.

AYM'nin bireysel başvuru konusundaki yetkisi ulusal kamu gücü kullanıcılarından olan milli mahkeme kararları ile sınırlı olup, yabancı mahkeme kararlarına karşı da bireysel başvuru yoluna başvurulamaz.

Ceza yargılama sürecinde önemli görev ve yetkilere sahip bulunan savcılık işlem ve kararlarına karşı da doğrudan bireysel başvuru yapıp yapılamayacağı incelenmesi gereken bir durumdur.

Sırasıyla belirtmiş olduğumuz kararları inceleme konusu yapacağız.

3.7.6.1- Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi'nin çözmekle görevli ve yetkili olduğu uyuşmazlıklar noktasında taşıdığı sıfat ve sahip olduğu yetkileri itibariyle kamu gücü kullanıcısı olarak hak ihlallerine sebebiyet verebileceği tartışmasızdır. Bu noktada ilkesel olarak AYM kararlarının da bireysel başvuruya konu edilebileceği kabul edilmelidir. Ancak bireysel başvuru sürecinde görev yapacak AYM üyelerinin, aynı zamanda AYM kararını veren Bölüm ve Genel Kurul üyeleri de olması, konuyu karmaşık ve tartışmalı hale getirmektedir.

Bu ve benzeri kaygılarla yasa koyucu AYM Yasası'nın 45/3.maddesinde yer alan *"Anayasa Mahkemesi kararları (...) bireysel başvurunun konusu olamaz"* görüşü ile AYM kararlarını bireysel başvuru yolu dışına çıkarmaya çalışmıştır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 153 maddesinde yer alan ve AYM kararlarının kesin olduğunu belirten hüküm ile uyumlu olduğu söylenebilecek bu yasal düzenlemenin, AYM'nin 148/3.maddesinde yer verilen ve başvuru yapılabilecek mahkeme kararlarına ilişkin herhangi bir sınırlama öngörmeyen hüküm ile çelişkili olduğu ve beraberinde çeşitli tartışmaları gündeme getireceği açıktır. AYM Yasası ile kategorik bir düzenlemeyle AYM kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun kapatılmasından ziyade, buna ilişkin yorum ve uygulamanın, olaysal bazlı olarak AYM içtihatları ile şekillenmesinin daha uygun, hak ve özgürlükler açısından daha teminatlı olacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Anayasa'da, AYM'nin görevine giren davalar bireysel başvuru davaları, iptal ve itiraz davaları, siyasi parti kapatma davaları ve yüce divan yargılamaları olarak belirtilmiştir. Bunun dışında AYM'nin mahkeme kararı olarak kabul edilemeyecek tarzda meydana getirdiği kararları da bulunmaktadır. Siyasi partilerin mali denetimine dair aldığı kararlar, Anayasa Mahkemesine ve Uyuşmazlık Mahkemesine başkan ve başkan vekili seçimine ilişkin aldığı kararlar, Bölüm üyelerinin belirlenmesi kararları bu bağlamda

değerlendirilebilir (Köküarı, 2009:19). Öğretide, herhangi bir ayırım yapmaksızın AYM'nin yargılama niteliğinde veya idari nitelikli kararları arasında ayırım yapmaksızın tüm kararlarının bireysel başvuru konusu yapılamayacağı ileri sürülmektedir (Ekinci ve Sağlam, 2014:19). Buna karşın konuya ilişkin genel bir yaklaşımdan ziyade, kararlar türleri üzerinde değerlendirme yapılmasının daha uygun olacağını düşünüyoruz. Bu nedenle AYM'nin görevli olduğu davalar bağlamında, bireysel başvuruya konu edilip edilemeyeceklerini inceleyeceğiz.

3.7.6.1.1- Bireysel Başvuru Yolu

3.7.6.1.1.1-Komisyon ve Bölüm Kararları İle İlgili Değerlendirmeler

Anayasa'nın 148/3.maddesinde AYM'ye tanınan bireysel başvuruları inceleme yetkisi sonucunda verilecek kararların tekrar bireysel başvuruya konu edilmesi temel mantık kurallarına aykırı olup bir kısır döngüye sebebiyet verecektir. Anayasa'nın 153 ve AYM Yasası'nın 66.maddelerinde geçen ve AYM kararlarının kesin olduğuna dair ibareleri, bireysel başvurunun mantığı içerisinde, AYM'nin bireysel başvuruya dair verdiği kararlar aleyhine bireysel başvuru yolunun işletilememesi olarak yorumlamak gerekir.

AYM Yasası'nın 22.maddesi“*Mahkemede, bireysel başvuruları karara bağlamak üzere bir başkanvekili başkanlığında yedişer üyesi olan iki bölüm bulunur. Bölümler, bir başkanvekilinin başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır*” hükmünü içermektedir.

AYM Yasası'nın 22.maddesinde yer verilen “*Bölüm*”ün tanımı AYM İçtüzüğü'nün 3/1.maddesinde “*Bölüm başkanının başkanlığında yedi üyeden oluşan, ilgili Bölüm Başkanı ve dört üyenin katılımıyla toplanıp Komisyonlarca kabul edilebilirliğine karar verilmiş başvuruların esası, kabul edilebilirliği hususu karara bağlanmak üzere sevk edilen başvuruların ise kabul edilebilirliği ve esası hakkında karar verme yetkisine sahip olan kurullar*” olarak yapılmıştır.

Aynı maddede geçen “Komisyon” ise AYM İçtüzüğü'nün 3/1.maddesinde “*Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesini yapmak üzere iki üyeden oluşan kurulları*” belirtmek için kullanılmıştır. “*Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemelerini yapmak üzere Bölümlere bağlı olarak görev yapan üçer Komisyon oluşturulur.*” (AYM Yasası md.32/1). “*Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve*

başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir. Kabul edilebilirlik incelemesi komisyonlarca yapılır. Kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığına oy birliği ile karar verilen başvurular hakkında, kabul edilemezlik kararı verilir. Oy birliği sağlanamayan dosyalar bölümlere havale edilir. Kabul edilemezlik kararları kesindir ve ilgililere tebliğ edilir (AYM Yasası md.48).

AYM bünyesinde oluşturulan ve bireysel başvuruya ilişkin davalara bakmakla görevli Bölümler bünyesinde faaliyet gösteren ve her bölüm altında üçer adet olması öngörülen ve toplamda sayısı altı olan Komisyonların, kabul edilebilirlik ile ilgili verdikleri kararlar arasında farklılıklar olabileceğini öngören yasa koyucu bu farklılıkların Komisyonların bağlı olduğu “Bölümler” tarafından giderileceğini; “Bölümler” arasındaki içtihat farklılıklarının ise Genel Kurul tarafından karara bağlanacağını öngörmüştür (AYM Yasası md. 50/4).

Bireysel başvuru yoluna ilişkin olarak Komisyonlar tarafından verilen kabul edilemezlik kararları ile Bölümler tarafından verilen kabul edilemezlik ile esasa ilişkin kabul veya ret kararları kesindir. Başvuru sahiplerinin Komisyonların kararlarına karşı Bölümlere; Bölümlerin kararlarına karşı ise Genel Kurul’a itiraz etme hakları bulunmamaktadır.

AYM İçtüzüğü’nün 82.maddesi uyarınca başvuru sahiplerine “Bölümlerce verilen kararlar hakkında” HMK hükümleri çerçevesinde “hükümün tartzihini ve maddi hataların düzeltilmesini” talep etme hakkı tanınmıştır.

Kabul edilebilirlik incelemesi, Komisyonların veya Bölümlerin, başvurunun esasına ilişkin değil, ilgili başvurunun AYM tarafından incelenmesinin mümkün olup olmadığı, gerekli usuli şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine dair bir yaptıkları değerlendirme aşamasıdır. Bu aşama sonucunda başvurunun gerekli şartları taşımadığı anlaşılırsa kabul edilemezlik kararı, aksi kanaat halinde ise kabul edilebilirlik kararı verilecektir. Kabul edilemezlik kararları yukarıda da belirtildiği üzere kesindir.

Kabul edilemezlik kararlarının kesinliği, bu kararın Bölümler tarafından veya AYM İçtüzüğü’nün olanak sağladığı durumlarda Genel Kurul’ca verilmesi halinde anlaşılabilir. Bu halde söz konusu karar nedeniyle hak ihlaline sebebiyet verilmiş olsa bile, bu kesin kararın yeni bir bireysel başvuruya konu edilmemesi kabul edilebilir.

Bununla birlikte AYM Yasası ile öngörülen ve İçtüzük ile çalışma usul ve esasları belirlenen “komisyonlar” tarafından verilen kabul edilemezlik kararlarının kesinliği ve bunlara karşı AYM bünyesinde herhangi bir itiraz ve yeniden inceleme mekanizmasının oluşturulmamış bulunması, bu kararların hak ihlaline neden olduğu hallerde (özellikle usuli haklar noktasında), anayasanın öngördüğü hak ve özgürlükleri koruma mekanizmasına uygun değildir. Yasa ve İçtüzük ile bu şekilde bir düzenleme getirilmesi Almanya ve AİHM uygulamasına da paralellik arz etmektedir (Sabuncu, 1982:147; Şirin, 2013:571). Ancak söz konusu durum, daha az üyeye sahip, bu nedenle farklı fikirlerin ortaya çıkma olanağının sınırlılığı nedeniyle başvuru üzerinde daha az tartışmanın yapılabileceği Komisyon kararlarının, bünyesinde faaliyet gösterdiği AYM’nin kurumsal kararı hüviyetine sahip olabileceğinin kabulü, Anayasa tarafından tüm AYM’ye tanınan bireysel başvuruyu değerlendirme yetkisinin, ölçsüz ve orantısız şekilde devri anlamına gelecektir.

Benzer bir yorum Bölümler tarafından verilecek kabul edilemezlik, esasa ilişkin ret ve kabul kararları için de yapılabilir. Zira Bölüm kararlarına karşı, yeniden inceleme ve itiraz yolları öngörülmemiştir. Bu kabul AİHM koruma sistemine uygun değildir. Bölüm kararlarına karşı maddi anlamda bireysel başvuru olarak kabul edilebilecek Genel Kurul’a itiraz yolu tanınmamış olması uygun olmamıştır. Bu çerçevede AİHS’in başvuru sahiplerine Daire kararlarına karşı Genel Kurul’a itiraz etme yetkisi tanınmasına karşın, AİHS ve AİHM içtihatları ile uyumlu bir insan hakları koruma mekanizması kurmayı öngörüp amaçlayan bireysel başvuru kurumunda, bu olanakların tanınmamış olması uygun olmamıştır.

Komisyon ve bölüm kararlarının kesinliğinin en önemli faydası AYM’nin iş yükünü azaltacak bir işlev görecektir. Bununla birlikte, bu fayda ön plana çıkartılarak hak ve özgürlükler noktasında koruma beklenen bir mekanizmanın, mahzurlu şekilde kararlar vermesine sebebiyet verebilecek bir düzenleme savunulmamalıdır.

3.7.6.1.1.2- Bireysel Başvuru Kapsamında On Yıl Yasağı

Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde sürülmesi başlıklı 152.maddesinin son fıkrasına göre “*Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz*”.

Sistematik ve lafız açısından bakıldığından on yıl yasağının itiraz davası sonucunda verilen AYM kararlarına ilişkin olduğu genel olarak kabul edilmekte ve söz konusu yasağın iptal davaları açısından geçerli olmadığı ileri sürülmektedir (Kaya, 2013:124; Atasoy, 2015:184-185).

On yıl yasağını düzenleyen hükmün tarihsel yorumu ve süregelen uygulamalar çerçevesinde, söz konusu yasağın amaçlarının bireysel başvuruyu kapsadığını kabul etmek mümkün değildir. Bundan dolayı bu yasağın bireysel başvuru davaları incelemeleri sırasında geçerli olup olmadığı üzerinde durulması gereken bir konudur.

On yıl yasağının uygulanacağında şüphe olmayan itiraz davaları ile bu yasağın geçerliliği konusunda şüphe bulunan iptal davaları birer norm denetimi türüdür. Bununla birlikte bireysel başvuruda asıl hedef herhangi bir normun anayasallık denetimini yapmak değildir. Bireysel başvuru ile kişilerin temel hak ve özgürlüklerin korunması amaçlanmaktadır. Zira bu yasak ile itiraz davasının tarafı olan mahkemeleri sınırlandırmak istenilmiştir (Kaya, 2013:131-132).

İtiraz davaları ile bireysel başvurular arasında bir benzerlik olduğu söylenebilir. Zira her iki yolda da somut olgu ve olaylara dayanılarak bir yasal düzenleme ile ilgili AYM'ne başvuru yapılmaktadır. Bu benzerlikten yola çıkılarak, itiraz yoluna ilişkin kuralların bireysel başvuru açısından da geçerli olduğu söylenemez. Zira her iki kurumun amacı birbirinden farklıdır (Kaya, 2013:133). Burada da görüldüğü gibi AYM'nin farklı birimleri ve fonksiyonlarının varlığı gerçeği karşısında, bizleri on yıl yasağının AYM'yi her rolünde bağlayıcı olduğu sonucuna götürecek mevzuat hükmü veya içtihat bulunmamaktadır.

Bir Yasa veya KHK'nın somut norm denetimi çerçevesinde AYM önüne getirilmesi ve AYM tarafından Anayasaya uygun bulunmaları sonrasında, on yıl süre ile bu yasaların bireylere uygulanması sonucunda hak ihlaline neden olamayacakları önceden kabul edilip, bunların bireysel başvuruya konu edilemeyecekleri söylenemez. Anayasaya aykırı olmadığı tespit edilen ve AYM tarafından da yanlış şekilde değerlendirilmesi mümkün olan yasa ve KHK'ların doğrudan veya dolaylı olarak hak ihlallerine sebebiyet verebilmeleri ihtimal dâhilindedir.(Sağlam, 2011, Anayasa...:59-60; Atasoy, 2015:185)

Konuya ilişkin olarak AYM'nin yaklaşımını en net gösteren süreç “kadının soyadı” çerçevesinde yapılan itiraz davası ve bireysel başvuru ile ilgili verdiği kararlarda görülebilir. Kadının evlenmeden önceki soyadını, evlendikten sonra kocasının soyadından ayrı olarak kullanmasını engelleyen Mülga Türk Medeni Kanunu’nun 153.maddesi ile ilgili yapılan itiraz başvurusu AYM tarafından reddedilerek anayasaya aykırı görülmemiştirⁱ. Benzer düzenleme 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 187.maddesinde de yer almış ve AYM, 2010 Anayasa değişikliklerinden sonra vermiş olduğu yeni bir kararı ile, 8’e karşı 9 oy çokluğuyla söz konusu “kadının soyadı” düzenlemesinin Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştırⁱⁱ. AYM son kararını, aynı konuya ilişkin olarak AİHM tarafından *Tekeli v. Türkiye*ⁱⁱⁱ davasında vermiş olduğu ihlal kararı ve bu kararda yer verilen tespitlere rağmen oluşturmuştur.

Bireysel başvuru yolunun anayasa yargısı çerçevesinde olanaklı kılınmasından sonra, kadının soyadına ilişkin olarak yapılacak bir başvuruyu nasıl değerlendireceği merak konusu olan AYM, konuya ilişkin olarak yapılan bir başvuruyu değerlendirmiş ve kadınların evlenmeden önceki soyadlarını tek başına kullanmalarına dair yasal zeminin bulunmamasını özel hayata saygı hakkının ihlali olarak görmüştür^{iv}.

Görüldüğü üzere AYM, bireysel başvuru çerçevesinde on yıl yasağının geçerli olamayacağını kabul etmiştir.

3.7.6.1.2- İtiraz Davası (Somut Norm Denetimi)

Daha önceden de değinildiği üzere “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması” (md.152) halinde ilgili yasa veya kanun hükmünde kararnamenin iptali için yetkili ve

ⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 29.09.1998, E: 1997/61, K: 1998/59, bkz. 15.11.2002 tarih ve 24937 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 10.03.2011, E: 2009/85, K: 2011/49, bkz. 21.10.2011 tarih ve 28091 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱⁱ *Tekeli v. Türkiye*, 16.11.2004, B.N: 29865/96; AİHM’in konuya ilişkin benzer mahiyetteki kararları *Leventoğlu Abdulkadiroğlu v. Türkiye*, 28.5.2013, 7971/07; *Tuncer Güneş v. Türkiye*, 03.09.2013, 26268/08.

^{iv} AYM, Sevim Akat Eşki Kararı, Birinci Bölüm, 19.12.2013, B.N.: 2013/2187, bkz. 07.01.2014 tarih ve 28875 sayılı Resmi Gazete; Anayasa Mahkemesi’nin kadın soyadına ilişkin olarak itiraz ve bireysel başvuru çerçevesinde verdiği kararların değerlendirmesi için bkz. Duymaz, 2014; Tahmazoğlu-Üzeltürk, 2014.

görevli mahkeme olan AYM'ye başvurabilir. AYM'nin bu çerçevede verdiği kararlar da kesindir (md.153).

AYM tarafından, itiraz davasına konu edilen bir hukuk normunun anayasal denetimi sonrasında iptal edilip edilmemesine bağlı olarak, davayı görmekte olan mahkeme önündeki davaya ilişkin sorunu çözüme kavuşturup kararını oluşturur.

Doğrudan AYM'nin iptal veya ret kararına karşı olmamakla birlikte, itiraz davasını başlatan mahkemenin nihai kararına karşı bireysel başvuru yapılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte AYM tarafından itiraz davası çerçevesinde yapılan inceleme sonucunda oluşturulan ve ilgili yasal düzenlemenin anayasaya uygun olduğuna ilişkin kararı sonrasında, mahkeme kararına yönelik yapılan bireysel başvuru incelemesinde, anayasaya uygun bulunan yasa ile ilgili olarak bireysel başvuru incelemesinin esasına girip giremeyeceği hususu incelenmelidir. Zira bu halde, dolaylı olarak AYM'nin daha önceden verilen ve Anayasa'nın 153.maddesine göre kesin olan bir kararının yeniden inceleme konusu yapılması söz konusudur.

Bu halde AYM tarafından, bireysel başvurunun konusunu oluşturan hak ihlali iddiasının kapsamına bakarak bir yol izlemesi beklenebilir. Aleyhine bireysel başvuru yapılan mahkeme kararı nedeniyle bireylerin çok farklı hakları ihlal edilmiş olabilir. Doğrudan itiraz davasına konu yasanın doğrudan veya dolaylı olarak uygulanması ile ilişkili bulunmayan iddiaların incelenmesinde herhangi bir sorun ile karşılaşılmayacaktır. Çünkü AYM'nin daha önceden vermiş olduğu kararın kesin hüküm otoritesinde herhangi bir zedelenme olmayacaktır. Birçok olayda bunun ayırımını yapmak kolay olmayacaktır. İlk derece mahkemesinin görmekte olduğu davanın karmaşıklığı, olaya uygulanan mevzuatın birbiri ile olan bağlantısı nedeniyle ayrıştırılmalarındaki zorluk nedeniyle, doğrudan olmasa bile, dolaylı olarak bireysel başvuru yolunda AYM tarafından anayasallığı uygun bulunan yasanın incelemeye konu yapılması kaçınılmaz olabilecektir.

Anayasa Mahkemesi somut norm denetimi çerçevesinde kendisine yapılan başvuruyu için kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içerisinde değerlendirip kararını açıklamalıdır. Bu süre içerisinde karar verilmediği takdirde mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandıracaktır (Anayasa md. 152/2). Bu halde sorunun çözümü daha basittir. Zira bireysel başvuruya konu edilen mahkeme

kararının dayanağını oluşturan yasa ile ilgili olarak AYM olumlu veya olumsuz herhangi bir karar vermiş olmayacaktır. AYM önüne gelen bireysel başvuruyu bu çerçevede değerlendirerek inceleyebilecektir.

Somut norm denetimi çerçevesinde AYM önüne getirilen yasanın anayasallığı ile ilgili süresinde karar verilememiş olması ve aynı yasanın mahkeme kararı sonrasında bireysel başvuru yolu ile AYM incelemesine tabi kılınması halinde, aynı mahkeme önünde aralarında bağlantı bulunan iki farklı davanın varlığından bahsedilebilecektir. Bu davalardan birisi Genel Kurul tarafından karara bağlanması gereken itiraz davası, diğeri ise bireysel başvuru incelemesi yapacak Bölüm önündeki davadır. Böyle bir halin varlığı halinde Bölüm önündeki bireysel başvuru davasının görülmesini, Genel Kurul sonrasına bırakabileceği gibi; bireysel başvuru davasının da görülerek neticelenmesini Genel Kurul'a sevk ederek, itiraz davası ile birlikte görülmesini sağlayabilir (AYM İçtüzük md.28/3).

3.7.6.1.3- İptal Davası (Soyut Norm Denetimi)

İptal davası, herhangi bir yasanın, kanun hükmünde kararnamenin veya Meclis İçtüzüğünün, soyut olarak, temel hak ve özgürlükler ile ilgili olarak doğrudan veya dolaylı olarak bağının olması zorunluluğu olmaksızın, anayasaya uygunluğunun denetimine tabi tutulması için anayasada öngörülen kişi ve kurumların AYM dava açabilmelerine olanak sağlayan bir yoldur. Zira bu çerçevede ilgili düzenlemelerin bir bütün olarak anayasaya uygun olup olmadığı inceleme konusu yapılır. Bu yolun amacı normlar hiyerarşisi ve anayasanın üstünlüğü ışığında hukuk düzeninin korunması ve hukuki güvenliğinin sağlanmasıdır.

İptal davası çerçevesinde AYM tarafından verilen, davaya konu düzenlemelerin anayasaya uygun olup olmadığına ilişkin kararı, diğer kararlarında olduğu gibi, kesindir. AYM tarafından iptal davası kapsamında verilen kararlarına karşı doğrudan bireysel başvuru yoluna gidilemez.

Çoğu kez, iptal davasına konu düzenlemenin doğrudan bir hak ihlaline neden olmaması nedeniyle, bireysel başvuru yolunu başlatacak ve kişilerin hak ihlaline neden olabilecek somut bir uygulama da bulunmamaktadır. Bununla birlikte söz konusu düzenlemenin objektif olarak varlığı ve kişilerin hakları üzerinde muhtemel olarak uygulanabilir

olmaları, doğrudan olmasa da, kişilerin hakları ve özgürlükleri üzerinde dolaylı olarak bir tehdit teşkil edebilir. Bu halde, ilgili hak sahiplerinin bireysel başvuru haklarının olduğu düşünülecek olsa da, Anayasa'nın 153.maddesi çerçevesinde AYM kararının kesinliği bu yolun kullanılamayacağını göstermektedir.

Ancak iptal edilmeyen ve soyut olarak anayasaya uygun bulunan normların uygulanmasından kaynaklı olarak hak ihlali iddialarına ilişkin bireysel başvuru yapılmasına engel bir durum yoktur. Bununla birlikte AYM'nin iptal davası sonucunda vereceği kararının gerekçeleri, ileride muhtemel bireysel başvuru davaları da dikkate alınarak özenli şekilde yazılmalıdır. Zira AYM'nin iptal etmediği bir yasanın uygulanmasından ve yorumundan kaynaklı olarak hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet verilmesi, söz konusu yasanın dolaylı olarak bireysel başvuru yolu ile AYM önüne götürülüp, AYM tarafından yeniden değerlendirilmesini zorunlu kılacaktır (Şirin, 2013:342, 666-667).

3.7.6.1.4- Siyasi Parti Kapatma Davası ve Yüce Divan Yargılaması

Siyasi parti kapatma ve yüce divan yargılaması davaların görülmesi sürecinde verilecek kararlarla kamu gücü kullanan AYM'nin temel hak ihlaline sebebiyet vermesi olasıdır.

Anayasa Mahkemesi siyasi partilerin kapatılması davaları sonucunda şu şekilde kararlar verebilir (m. 69/4-10): siyasi partinin “kapatılmaması”, “temelli kapatılması” veya “devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması” (m. 69/7). Anayasa'nın 69.maddesinin 4.fıkrasına göre, siyasi parti kapatma davaları neticesinde AYM tarafından verilecek kararların kesin olduğu belirtilmiştir.

AYM'nin siyasi partilerin kapatılması davaları ile ilgili verdiği kapatılma veya devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmalarına ilişkin kararlarının, AYM Yasası'nın 45/3.maddesi uyarınca bireysel başvuruya konu edilememesi AİHS ile güvence altına alınan “örgütlenme ve toplantı özgürlüğü”nü (AİHS, m. 11) ve bu hakka karşılık gelen Anayasa'nın 68. maddesindeki “parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma özgürlüğü”nün, temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında önemli bir mekanizma olarak öngörülen bir olanaktan bu hakların mahrum bırakılması anlamına gelecektir. Bu yorum Anayasa'nın 148 ve AYM Yasası'nın 45/1.maddesinde yer alan ve bireysel başvuru bağlamında korunacak haklar ile ilgili düzenlemelere

aykırılık teşkil edecektir. Bu halde AYM Yasası'nın 45.maddesinin 1.fıkrası ile 3.fıkrasının bir biriyle çelişmesi sonucunu doğuracaktır. Aksi yorumun kabulü durumunda bir derneğin yararlanabileceği bireysel başvuru hakkı, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olan siyasi partilerden (Anayasa md. 68/2) esirgenmiş olacaktır (Özdemir, 2013:211-212).

Siyasi parti kapatma davaları ile yüce divan sıfatıyla gördüğü cezai davaların Anayasa içerisinde, bireysel başvuru yolundan farklı olarak, özel düzenlemeler içerisinde yer almaları, AYM kararının genel olarak kesin olması ve Yüce Divan sıfatıyla verilen kararlara karşı yeniden inceleme yolunun öngörölmüş bulunması gibi hususlar gözönüne alındığında, bu davalar sürecinde ve neticesinde neden olunan hak ihlallerine karşı bireysel başvuru yolu kullanılamayacaktır (Şirin, 2013:342).

Yüce Divan sıfatıyla yapılan yargılama cezai niteliktedir. Yargılama sonrasında AYM, ceza davaları sonucunda verilebilecek kararlardan (CMK md.223), birisine hükmedebilir. Buna göre dava neticesinde beraat, mahkûmiyet, ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmetme, davanın reddi veya davanın düşürölmesi kararlarından birisine karar verebilir (Köküsarı, 2009:19). AİHM standartları uygulandığında adil yargılanma hakkı açısından önemli hak ihlallerine kaynaklık ettiğı görölebilecektir. Öncelikle ceza yargılamasını ve bu yargılamadaki sübut, niteleme değerlendirme ve kişiselleştirme, ceza hukukçusu ve hatta hukukçu olma zorunluluğı olmayan üyeler yapmaktadırlar. Bu ceza yargılaması tek derecelidir, kararlarına karşı yeniden inceleme talebinde bulunulması olanaklı ise de, bu durum bir temyiz incelemesi olarak kabul edilemez. Böyle bir usulün uygulaması, aynı konuya ilişkin olarak, aynı statüye sahip ve aynı olayda yer alan farklı unvanlardaki kişilerin (örneğin bakan ile müsteşarın) iki farklı ceza mahkemesi tarafından yargılanmasını sonucunu doğuracak, sonucunda verilecek kararlar hakkaniyet duygularını zedeleyebilecektir (Kurnaz, 2006:112-113).

Bireysel başvurunun hukuk sistemimize girmesine vesile olan anayasa değişikliğıyle AYM tarafından yüce divan sıfatıyla görölen davalar neticesinde verilen kararların AYM md.153 anlamında kesin olmalarına karşın, *“Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabilir. Genel Kurulun yeniden inceleme sonucunda verdiği kararlar kesindir.”* hükmü Anayasaya eklenmiştir. Yüce Divan yargılaması

sonucunda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı aynı mahkemeye yeniden inceleme talebinde bulunulabilir. Yeniden inceleme talebi sonrasında verilen AYM kararları kesinidir. (Anayasa md.148). Yine bu maddeden farklı olarak AYM'nin iptal ve itiraz davalarına ilişkin olarak verilen kararlarının kesinliği Anayasada belirtilmiştir (Anayasa md.153/1). Anayasada yer verilen bu kesinliklerden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Buradaki kesinliklerden kastedilen, bu kararlara karşı bir üst temyiz veya itiraz merciinin bulunmadığının belirtilerek, AYM kararlarının otoritesi ve hükmi değeri vurgulanmaya çalışılmıştır. Söz konusu kesinlik davanın tarafları, AYM'nin kendisi ve üçüncü kişiler açısından hüküm ifade eder. AYM kendiliğinden vermiş olduğu karardan, aynı dava çerçevesinde, dönerek başka bir karar ihdas edemez.

Bireysel başvuru davasında, ilk derece mahkemeleri, istinaf veya temyiz mahkemelerinde olduğu gibi hukukilik ve yerindelik denetimi yapılmamaktadır. Kamu gücünün işlem ve kararları temel insan hak ve özgürlüklerini koruyan ilkeler ışığında irdelenerek, ihlal olup olmadığı belirlenmektedir.

Mahkeme kararları aleyhine bireysel başvuru yoluna gidildiğinde, AYM tarafından ihlal tespiti yapıldığında, ihlal kararında “ *ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir (...) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkeme sinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.*” (AYM Yasası md.50/1-2).

İhlal tespit edilmesi mahkeme kararından kaynaklanmışsa yeniden yargılama yapılması emredici ve istisnasız olarak düzenlenmemiştir. Söz konusu hükümde de belirtildiği üzere, “*yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir.*” Yani “hukuki yarar bulunmayan hallerde” yeniden yargılama yapılması zorunlu değildir. AYM kararlarının kesinliği ve söz konusu kararlara karşı yeniden

yargılama yolunun kapatılmış olması karşısında, bireysel başvuru sonucunda verilen ihlal tespit kararı AYM kararının kesinlik otoritesini zedelemeyecek ve ona bağlanan sonuçları ortadan kaldırmayacaktır. AYM bu hukuki gerçeklik karşısında, kendisine yapılan bireysel başvuruda sadece başvuru lehine “tazminat” belirleyebilir veya ihlalin neden olduğu zararın giderimi karmaşık ve uzun sürecek bir yargılamayı gerektiriyor ise genel mahkemelerde dava açılmasını işaret edebilir.

3.7.6.2- Kesinleşmemiş Mahkeme Kararları

Nihai nitelik arz etmeyen, kesinleşmemiş ve yargısal sürecin devam ettiği mahkeme kararlarına karşı bireysel başvuru yapıp yapılamayacağı, AYM’nin bu hususta yetkisinin olup olmadığı hususu üzerinde durulması gereken, içerisinde farklı özellikler barındırması nedeniyle tartışılması gereken muğlak bir konudur.

Bireysel başvuru yolunun ikincilliği nedeniyle iç hukuk yollarının tüketilmesi neticesinde kullanılabilecek bir çare olması nedeniyle, bireysel başvuru taleplerinin konusunu ekseriyetle mahkeme kararları oluşturur.

AYM’nin bireysel başvuru yolunda diğer mahkemelerin kararlarını inceleme konusu yapma yetkisi, beraberinde bir kısım hukuksal sorunları da beraberinde getirebilmektedir. Zira bir yargı organının takdirini yansıtan bir kararın başka bir yargı organı tarafından denetlenmesinde çeşitli yorum farklılıkları ortaya çıkabilecektir. Yargı organlarının yetkilerinin sınırlarını tayin etmek görüldüğü kadar kolay değildir (Kılınç, 2008:46 vd.)ⁱ.

Öğretide mahkeme kararlarının çeşitli ihtimallere göre bireysel başvuruya konu olabileceği belirtilmiştir. Buna göre anayasaya aykırı bir yasaya dayanılarak mahkeme kararı oluşturulmuşsa, mahkeme kararını tayin ederken anayasa tarafından teminat altına alınmış yargılama usullerine riayet etmemişse veya mahkeme kararının bizatihi kendisi anayasada öngörülen hak ve özgürlükleri ihlal etmiş ise, bu durumlarda mahkeme kararları bireysel başvuru davasına konu edilebilir (Şirin, 2013:336).

ⁱ Konuya ilişkin Alman AYM uygulaması ve Alman öğretisinde yer verilen tartışmalar için bkz. Şirin, 2013: 322 vd.

3.7.6.2.1- Ara Karar Niteliğindeki Mahkeme Kararları

Yargılama sürecinde, mahkeme tarafından esas hakkında karar verilebilmesine olanak sağlaması açısından, yasal düzenlemelerin gereği olarak, çok sayıda karar vermesi gerekebilir. Sonuç karara giden yolda alınması gereken bu tür kararlara “ara karar” adı verilmektedir (Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 2011:583; 2015:472)

Temel kural olağan yasa yolları neticesinde kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı bireysel başvuru yoluna gidilebilmesidir. Son karar ile arasında çok sıkı bir bağ bulunan, son kararı hazırlayıp onun ile anlamlı hale gelebilecek nitelikteki ara kararları ile ilgili genel ilke bunların bireysel başvuruya konu edilememeleridir. Zira kural, ara kararlara karşı ancak asıl hüküm ile birlikte itiraz ve temyiz yoluna başvurulmasıdır. Dolayısıyla yasa yolu sonucunda kesinleşecek karar sürecinde değerlendirilen ara kararlar, nihai kararlar ile birlikte bireysel başvuruya konu edilebilir.

İhlal edilen hak ve özgürlükler ile ilgili olarak oluşan tehdidin, tehlikenin veya zararın giderilmesine olanak sağlayacak yasa yollarının tüketilmesi hususunda katı bir yaklaşım doğru değildir. Her konu kendi hususiyetleri içerisinde ele alınarak çözülmelidir. Bazı hak ihlalleri açısından derece yargılamalarının tüketilmesi aranacakken, bazı özel hallerde böyle bir zorunluluk aranmayabilecektir. Örneğin bazı davaların bireysel başvuruya konu edilebilmeleri için ilk derece sonrasında, istinaf ve temyiz aşamalarından da geçmiş olmaları aranacak iken, bir kısım ara kararlar, kendileri için öngörülen itiraz yolunun tüketilmesi sonrasında bireysel başvuruya konu edilebileceklerdir (Ekinci, 2012:15).

Alman AYM’nin yaklaşımı, belirli şartlar dâhilinde, yargılama sürecinden ayrılabilen “bağımsız” nitelikteki ara kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun kullanılabileceği, ancak bunların istisnai olduğu ve olaysal olarak yapılacak bir değerlendirme ve tespit dahilinde bir sonuca varılması gerektiği, bireysel haklar ile kamusal yarar arasında bir denge oluşturularak sonuca gidilmesi yönündedir (Sabuncu, 1982:147; Şirin, 2013:345).

Ara kararlarda kural, esas karar ile birlikte itiraza ve temyize tutulmalarıdır. Bununla birlikte öngörülen itiraz ve temyiz kanun yolunun kullanılmasının gerekliliğinden bahsedilip, bireysel başvurunun kabul edilebilirliği açısından bir ön şart olarak kabulü için, söz konusu kanun yolunun iddia edilen hak ihlalini telafi kabiliyetini haiz olması

ve başvuruldukları takdirde sorunun çözümü açısından makul bir başarı şansının olması gerekirⁱ. Bu değerlendirme her olayın kendi iç şartları içerisinde AYM tarafından yapılmalıdır.

Dolayısıyla mevzuatta bu yollara yer verilmesi tek başına yeterli olmayıp uygulamada da etkili olduklarının gösterilmesi ya da en azından etkili olmadıklarının kanıtlanmamış olması gerekir.

Hâkimin reddi talebinin kabul edilmemesi veya görevsizlik iddiasının ret edilmesi de ara karar niteliğindedir. Söz konusu kararlara karşı itiraz mümkündür. İtiraz ile sonuç alınamaması halinde ise verilen bu ara kararlar nihai olarak hüküm ile birlikte, hükmü değerlendirmekle yetkili ve görevli derece mahkemesince incelenme olanağına sahiptir (cezai kovuşturmalar ile ilgili bkz. CMK md.28/1). Bu taleplerin itiraz edilerek kesinleşmesi, ancak nihai karar verilmeyen bir durum bireysel başvuruya konu edilerek AYM önüne götürülmüş, Mahkeme vermiş olduğu kararında, mahkemenin temyiz makamı olmayıp hak ihlallerine ilişkin ikincil bir hukuki koruma sağladığını, bireysel başvuru için gerekli hukuk yollarının tüketilmesi gerektiğini belirterek, bu şartları taşıması nedeniyle başvuruyu kabul edilemez bulmuşturⁱⁱ.

3.7.6.2.2- Ara Karar Olarak Tutuklama Kararının Bireysel Başvuruya Konu Edilebilirliği

Anayasa'nın 19.maddesine göre “*Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.*”

Tutuklama kararı soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi tarafından verilmiş ve kamu davası şüphelinin tutukluluğu devam ederken açılmış olabilir. Kovuşturma aşaması sulh ceza hâkimi tarafından verilen tutuklama kararı ile başlayabileceği gibi, şartları

ⁱ AYM, Ramazan Araş Kararı , Birinci Bölüm, 02.07.2013, B.N.: 2012/239, par. 29, bkz. 18.07.2013 tarih ve 28711 sayılı Resmi Gazete; Mahkeme söz konusu kararında 5 yıldan fazladır tutuklu kalan başvuruçunun, yeniden tutukluluğunun devamına dair verilen karara karşı öngörülen iç hukuk yollarının etkisiz olması, başvuruçunun CMK md.141.maddesinde öngörülen tazminat isteminde değil tahliyesini talep etmesi, talebi ile ilgili etkin bir iç hukuk yolunun bulunmadığını olaysal bazda tespit ederek ihlal kararı vermiştir.

ⁱⁱ AYM, Doğan Kasadolu Kararı, Birinci Bölüm, 26.03.2013, B.N.: 2012/670, par.19-21, bkz. AYM Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr.

oluştığında kovuşturma evresinde mahkeme de kendiliğinden veya talep üzerine tutuklama kararı verebilir. Soruşturma aşamasında tutukluluğun devam edip etmeyeceğini kararı veren sulh ceza hâkimi değerlendirebileceği gibi, soruşturmanın sahibi savcılık makamının da bu konuda yetkisi vardır. Kovuşturma aşamasında tutukluluk halinin devam edip etmeyeceğine mahkeme karar verir. CMK'nın 108.maddesinin 3.fıkrası gereğince, mahkeme, tutukluluk halinin devam edip etmeyeceğine her celsede, şartları oluştuğunda celseler arasında veya otuzar günlük süreler içinde kendiliğinden (re'sen) denetlemek ve karara bağlamak zorundadır.

Soruşturma ve kovuşturma aşamasında güvenlik tedbiri olarak kişilerin özgürlüğünü kısıtlamaya yönelik uygulanan tutuklama açısından CMK'da, davanın esasından ayrık olarak bir itiraz usulü öngörülmüştür. İlgili itiraz yolu takip edildikten sonra verilen hâkim veya mahkeme kararı kesin olduğundan, buna karşı öngörülen başkaca bir hukuki yol bulunmamaktadır. Bu nedenle tutuklama kararlarına karşı yapılan itiraz sonucunda verilen kararların nihai olduğu kuşkusuzdur ve bireysel başvuruya konu edilebilir (Ekinci, 2012:15).

Tutuklama kararının ilk defa kovuşturma aşamasında verilmesi veya kovuşturmadan önce soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimliği tarafından verilmesine karşın, tensip kararı ve sonraki süreçlerde devamına karar verilmiş olması halinde, söz konusu kararlar kovuşturma aşamasında verilen “ara karar” olarak kabul edilecektir. Devam eden bir tutukluluğa karşı bireysel başvuru yapılmasının gerekçesi söz konusu tutuklama kararının hukuka aykırı olarak verildiği veya tutukluluk süresinin makul süreyi aşması olarak gösterilebilir. Belirtilen nedenlerle ve serbest bırakılmayı netice verecek bir karar almak amacıyla yapılacak bireysel başvurular, olağan iç hukuk yolları tüketildikten sonra, nihai karar beklenmeden, salt tutuklama kararına karşı yapılabilir (Zafer, 2014:1095; Tunç, 2013:1647-1648,1652; Ulutürk, 2014:1677; Göksu ve Gülener, 2014:48-49)ⁱ.

AİHM pratiğinde, tedbir olan tutuklamanın öne alınmış bir ceza gibi kullanılarak masumiyet karinesinin zedelenmemesi gerektiği, kişi özgürlüğünün sınırlandırılması meşru kılan tüm şartların hassasiyetle gözetlenip uygulanması, bu hususta alınan

ⁱ Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı da benzer mahiyettedir bkz. AYM Korcan Pulatsü Kararı, 02.07.2013, İkinci Bölüm, B.N: 2012/726, par.30. Karar için bkz. 18.07.2013 tarih ve 28711 sayılı Resmi Gazete.

kararların gerekçeli olması, gerekçede “dosya münderecatı”, “suçun ağırlığı”, “delil durumu” gibi genel ve klişe ibareler kullanılamayacağı, bu tür uygulamaların hukuka aykırı olup kabul edilemeyeceği kabul edilmektedir. Yine kanunda yer alan ibarelerin tekrarı, kişi özgürlüğünü sınırlayan kararlarda gerekçe olarak kullanılması AİHM tarafından makul görülmemektedir (Tunç, 2013:1649-1650). Bu noktada AİHM, bireyin içinde bulunduğu somut durumu, uygulama tedbirini, süresini, etkilerini ve tedbirin uygulanma şekli gibi hususları nazara alınmaktadır (Doğru, 2010:16-17).

AİHM, AİHS 5.maddesinde teminat altına alınan “özgürlük ve güvenlik hakkı” açısından, iç hukuk içerisinde öngörülen yasa yollarının etkili olduğunun kabul edilebilmesi için, söz konusu hukuki çarenin kişinin tutukluluk nedenlerini inceleyip, işlemin hukukiliği/yasallığı konusunda karar verebilecek ve gerekli gördüğünde serbest bırakabilecek donanım/yetki/yeterliliğe sahip olmasını aramaktadır (Nalbant, 2010:22).

Tutuklama kararı nedeniyle özgürlüğü kısıtlanan bireyler, şartları olduğu takdirde serbest bırakılmayı sağlayacak bir karar almak amacıyla, tutukluluk için öngörülen olağan kanun yolları tüketildikten sonra, tutukluluk hali devam ettiği sürece bireysel başvuru yapılabilir. Tutukluluk halinde, tutuklu açısından mahkemece verilmiş herhangi bir mahkûmiyet kararı yoktur. Mahkeme tarafından bir mahkûmiyet hükmü kurularak, özgürlüğü kısıtlanan kişinin hukuki statüsünün tutukluluk halinden hükmen tutuklu hale geldiği ana kadar, herhangi bir süreye tabi tutulmaksızın bireysel başvuru yapılabilir. Bu aşamada bireysel başvuru için başlangıç tarihi yoktur. Zira tutukluluk için yapılan her itiraz sonrasında bireysel başvuruda bulunulabilir (Turan, 2014:135). CMK 104 uyarınca yapılacak her başvurunun reddine karar verilmesi, tutukluya yeni bir bireysel başvuru yapma hakkı bahşedecektir. CMK’nın 108.maddesi uyarınca kovuşturma aşamasında, resen tutukluluğun devam edip etmeyeceğine ilişkin incelemeler sonrasında verilecek tutukluluğun devamına ilişkin kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvurular açısından da herhangi bir süre kısıtlaması yoktur.

Kovuşturma aşamasının bitimi sonrasında kurulacak mahkûmiyet kararı ile birlikte tutukluluğun devamına karar verilmesi durumunda, hürriyeti kısıtlanan kişinin hukuki statüsü hükmen tutuklu olacaktır. Bu durumda karar verildiğinin öğrenildiği tarihten itibaren, bireysel başvuru için öngörülen 30 günlük süre işlemeye başlar. Hükmen tutukluluk kararına karşı itiraz edilebileceği öğretisi de savunulmaktadır. Bu durumda 30

günlük süre, itiraz makamının verdiği kararı müteakiben başlayacaktır (Turan, 2014:135).

Tutuklama kararına ilişkin olarak AYM tarafından yapılacak incelemede Mahkeme, tutuklamanın kuvvetli suç şüphesi çerçevesinde tutuklama nedenlerinden biri veya birkaçı çerçevesinde yapılıp yapılmadığını, tutuklulukta geçen sürenin makul olup olmadığını veya tutuklama itirazını inceleyen derece yargı mercii tarafından gerekli usuli güvenceler sağlanarak değerlendirme yapılıp yapılmadığını gözönüne alıp kararını oluşturacaktır (Ekinci ve Sağlam, 2014:64-65).

AYM, tutuklama için öngörülen azami sürenin sonrasında ve öncesinde, tutukluluğun devamına karar verilmesi halinde, tutuklama nedenlerinin halen var olduğunun kabul edilmesine dayanak teşkil eden “ilgili” ve “yeterli” gerekçelerin gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Tutuklama gerekçeleri var olsa bile, tutuklama için hukuk mevzuatı tarafından kabul edilen “makul süre” aşılmamalıdır. Aksi durumun Anayasa’nın 19.maddesi ile güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlali anlamına geleceğine karar vermiştirⁱ.

Tutuklama kararına karşı öngörülen başvuru yollarının ulaşılabilir olmaları önemlidir. Bununla birlikte bu durum tek başına yeterli değildir, ulaşılabilir hukuk yolları tüketildiğinde bu mercilerin ilgilinin şikâyetlerini gidermede makul bir başarı şansı tanınmaları gerekirⁱⁱ. Tutuklama tedbirinin kaldırılmasına veya adli kontrol ile değiştirilmesine yönelik olarak talepleri inceleyen mercilerin birbirini tekrarlayan, yeni bir durum içermeyen, klişe ve şablonik gerekçeler ile tutukluluğun devamına karar vermeleri halinde, tutukluluk süresi de gözönüne alınarak, dava devam ederken, kişi özgürlüğü hakkı ve masumiyet karinesi ihlali iddiası ile bireysel başvuru yolunun kullanılması mümkündür.

Tutuklama ile ilgili olarak yapılan itirazların incelenme süreci, burada tanınan usuli hakların nasıl ve ne şekilde uygulandığı da bireysel başvuru sürecinde AYM tarafından incelenebilir. Mahkemeye göre tutukluluğun gözden geçirilmesi süreci “çekişmeli

ⁱ AYM, Ramazan Araş Kararı , Birinci Bölüm, 02.07.2013, B.N.: 2012/239, bkz. 18.07.2013 tarih ve 28711 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱ AYM, Hamit Kaya Kararı, İkinci Bölüm, 02.07.2013, B.N.: 2012/338, par. 29, bkz. 18.07.2013 tarih ve 28711 sayılı Resmi Gazete.

yargı” ve “silahların eşitliği” ilkelerinin gerekliliklerine saygı gösterilerek yürütülmelidir. Bu yükümlülükler yerine getirilmeden icra edilecek itiraz incelemesi sonucunda tutukluluğun devamına karar verilmiş olması Anayasa’nın 19.maddesinin 8.fıkrasının ihlalini doğuracaktırⁱ. Savcılık makamının tutuklamaya ilişkin olarak iletmış olduğu yazılı görüşün, tutuklu tarafa bildirilmeden tutukluluğun devamına ilişkin inceleme yapılması ve sonucunda tutukluluğun devamına karar verilmesi “silahların eşitliği” ilkesine aykırılık teşkil edecektir (Turan, 2014:134)ⁱⁱ. Benzer şekilde tutukluluk incelemesinin duruşma yapıp ilgili tarafın sözlü beyanı alınmadan yapılması da “çekişmeli yargılama yapma” ilkesini zedeleyecek ve hak ihlaline neden olabilecektirⁱⁱⁱ.

AYM, 5.10.2010 tarihinde tutuklanan ve daha sonra 12.6.2011 tarihinde yapılan genel seçimde milletvekili olarak seçilen başvurucunun, tutukluluk haline ilişkin yapılan itirazların klişe gerekçelerle reddedilmesi üzerine, yargılama devam ederken serbest kalmasını sağlamak amacıyla 31.12.2013 tarihinde bireysel başvuru yapmıştır. AYM konuya ilişkin olarak yaptığı kabul edilebilirlik incelemesinde, başvurucunun mahkemenin tutukluluğun devamına ilişkin kararının şablonik ve birbirini tekrar eder mahiyette olduğuna, kendisi ile benzer durumda olan kişiler ile ilgili olarak AYM tarafından verilen ihlal kararının kendisi hakkında mahkemece gözönüne alınmayarak eşitlik hakkının zedelendiğine, seçilme ve mecliste faaliyette bulunma hakkı ile tutuklama arasında orantılı bir denge kurulmaması nedeniyle bu haklarının zarar gördüğüne ilişkin iddialarını ciddi bularak, yargılama devam etmesine ve konuya ilişkin kesin hüküm verilmese dahi başvuruyu kabul edilebilir bularak işin esasına girmiştir. AYM başvuruya ilişkin esas hakkındaki kararında, başvurucunun seçilme ve meclis faaliyetlerine katılma hakları ile tutuklama tedbiri arasında ölçülü bir denge kurulmadığı ve bu nedenle tutuklu kalınan sürenin ve tutuklamanın makul olmadığı sonucuna vararak ihlal tespiti yapmıştır^{iv}.

ⁱ AYM Firas Aslan ve Hebat Aslan Kararı, Birinci Bölüm, 21.11.2013, B.N.: 2012/1158, bkz 14.12.2013 tarih ve 28851 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱ AYM Firas Aslan ve Hebat Aslan Kararı, Birinci Bölüm, 21.11.2013, B.N.: 2012/1158, par. 76-80.

ⁱⁱⁱ AYM Firas Aslan ve Hebat Aslan Kararı, Birinci Bölüm, 21.11.2013, B.N.: 2012/1158, par. 64-75.

^{iv} AYM, İbrahim Ayhan kararı, İkinci Bölüm, 02.01.2014, B.N.:2013/9895, par. 58 ve 73 bkz. 03.01.2014 tarih ve 28871 sayılı Resmi Gazete; AYM’nin benzer yaklaşım sergilediği kararları için bkz. AYM, Faysal Sarıyıldız kararı, Birinci Bölüm, 03.01.2014, B.N: 2014/9, bkz. 04.01.2014 tarih ve 28872 sayılı Resmi Gazete.

Ara kararı niteliğinde olan tutuklama kararlarına karşı bireysel başvuru, ilk derece mahkemesi safhasında yargılama devam ederken yapılabileceği gibi, ilk derece mahkemesi tarafından davaya ilişkin karar verilip sanığın hükmen tutukluluğuna karar verilmesinden sonra devam eden istinaf veya temyiz aşamasında da yapılabilir. AYM'nin uygulaması ve yaklaşımı da bu yöndedirⁱ. Şartları olduğu, tutuklamanın haklı gerekçelerinin ortadan kalkarak, orantısız ve haksız bir yaklaşım ile keyfi şekilde ve masumiyet karinesini zedeleyecek tarzda devam ettirildiği takdirde, sırf tutuklama tedbiri bireysel başvuruya konu edilebilir.

3.7.6.2.3- Mahkeme Karar Gerekçeleri

Mahkemeler tarafından verilen kararların sonuç hüküm kısmından ari olarak salt gerekçelerinin hak ihlaline neden olup olamayacakları meselesi tartışmalıdır. Zira mahkeme kararlarının hüküm kısmı yanında gerekçelerinin de bağlayıcı olup olmadığı hususunda tam bir görüş birliği yoktur.

Konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi tarafından, kılık kıyafet özgürlüğü bağlamında üniversitelerde başörtüsü meselesine dair verilen bir kararda, AYM kararlarının gerekçelerinin de bağlayıcı olduğu sonucuna varılmıştır. Söz konusu yaklaşımdan hareketle, mahkeme kararlarının gerekçeleri ile de hak ve özgürlükler noktasında ihlale sebebiyet verebilecekleri sonucuna ulaşılabilir (Şirin, 2013:344). Bu sonuç bizi, mahkeme kararlarının sonuç kısmından bağımsız olarak, doğrudan karar gerekçelerine karşı bireysel başvuru yapılabileceğine götürür.

Alman AYM ilkesel olarak, kararların gerekçeden ziyade hüküm kısmının başvuruya konu edilebileceğini ve gerekçedeki anayasaya aykırı tespitlerin ancak hükme yansması halinde başvuruya konu edilebileceğini kabul etmektedir (Şirin, 2013:344). Ancak Alman AYM'nin bir kısım kararlarında, mahkemenin sonuç kısmından ayrık olarak, temel haklara müdahale niteliğinde olan karar gerekçelerinin de bireysel başvuru yapılabileceğini kabul etmiştir. Gerçekte suçsuzluğunun sabit olduğu gerekçede belirtilmesine karşın, sonuç kısmında mahkemenin sanık hakkında delil yokluğundan beraat kararı verilmesi hali bu duruma örnek gösterilebilir. Alman AYM'nin üzerinde

ⁱ AYM, Mehmet İlker Başbuğ kararı, İkinci Bölüm 6.03.2014, B.N: 2014/912, AYM Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr.

durduğu nokta gerekçenin bağlayıcılığından çok, gerekçenin hak ihlaline sebep olup olmadığıdır.(Şirin, 2013:344).

3.7.6.3- Yabancı Mahkeme Kararları

Hak ihlaline neden olan mahkeme kararı, ulusal mahkemelerce verilebileceği gibi, istisnai olarak yabancı mahkemeler tarafından da verilmiş olabilir. Yabancı mahkeme kararları bireysel başvuruya konu olmaları, mahkeme kararının oluşum sürecindeki usuli haklar veya dayanak teşkil eden yasal düzenlemelerden ziyade, söz konusu kararların uygulanması sonrasında ortaya çıkabilecek hak ihlalleri nedeniyledir.

Türkiye'nin yabancı mahkeme kararlarından dolayı sorumlu tutulabilmesi ve sebebiyet verdiği hak ihlalleri nedeniyle devlet aleyhine bireysel başvuru yapılabilmesi için, Türkiye Devletinin, kararın verilmesi ve uygulanması sürecinde, doğrudan veya dolaylı olarak bir katılım sağlaması ve kamu gücü kullanımının emarelerini taşıması gerekir (Şirin, 2013:348).

Yabancı mahkeme kararlarının Türkiye Devleti sınırları içerisinde doğrudan uygulanabilme kabiliyeti bulunmamaktadır. Bunun için, yabancı mahkemelerce verilmiş ve o ülkenin kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların, yetkili ulusal mahkemeler tarafından tanınması veya tenfiz edilmesine bağlıdır. Yabancı mahkeme ilamlarına Türkiye yargı organlarının tanıma veya tenfiz suretiyle iştirak etmeleri neticesinde, söz konusu kararlar bireysel başvuruya konu edilebilir hale geleceklerdir. Burada önemli olan husus, bireysel başvurunun doğrudan yabancı mahkeme kararlarına değil ve fakat onu tanıyan ve tenfiz eden ulusal mahkeme kararlarına karşı yöneltiliyor olmasıdır (Şirin, 2013:348-349).

3.7.6.4- Savcılık İşlem ve Kararları

Türk hukukunda savcılar, hâkimlere tanınan güvencelere sahip kılınmışlardır. Buna karşın sorumlulukları açısından hâkimler ile aynı statüye sahip değildirler. Bu mahiyeti itibariyle savcılar tarafından icra edilen faaliyetlerin niteliği itibariyle yürütme erki bağlamında mı, yoksa yargı erki bağlamında mı değerlendirilmesi gerektiği tartışmalıdır.

Savcılık teminatı (md.139) ve mesleği (md.149), Anayasa sisteminde yargı kısmında düzenlenmiştir. Savcılığın temel olarak görevinin, herhangi bir suç işlendiği şüphesini

öğrendiği andan itibaren suça ilişkin soruşturma yürüterek kamu davasının açılıp açılmamasına karar vermesi, kovuşturma aşamasını takip etmek olduğu söylenebilir. Savcıların bu süreçlerde yasa ile belirlenmiş, insan hak ve özgürlükleri noktasında önemli olan birçok yetki ve sorumlulukları bulunmaktadır. Bu bağlamda gözlem ve gözaltına alma, arama, el koyma, muhafaza altına alma, kişilerin iç ve dış vücut muayenelerini yaptırma, iletişim tespiti yaptırma hususlarındaki yetkileri gösterilebilir.

Savcıların yasal yükümlülükleri çerçevesinde kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale etmemeleri ve haklara saygılı biçimde eylem ve kararlarını yürütmeleri beklenir ise de, kamu gücü kullandığı tartışmasız olan savcılık kurumunun, insan hakları ihlallerine sebebiyet vermesi mümkündür.

Karşılaştırmalı hukukta Alman AYM'si savcılık işlemlerinin bireysel başvuruya konu edilemeyeceğini kabul etmektedir. Mahkeme bu bağlamda soruşturma bağlamında kişiler hakkında özel bilgilerin toplamasına ve bu hususta yetkili makamlardan bilgi toplanılmasına ilişkin savcılık kararları aleyhine yapılan başvuruları reddetmiştir (Şirin, 2013:316-317).

Adil yargılanma hakkı kapsamında savcılık tarafından yürütülen soruşturma sürecinin, bu süreçte yasal olarak savcıların kendilerine yüklenen sorumlulukları yerine getirip getirmemesinin, şüpheliler hakkında lehe ve aleyhe delilleri etkin şekilde toplayıp toplamadığının önemi büyüktür. Soruşturmanın uzun sürmesi, etkin ve yeterli soruşturma yürütülmemesinin kamu davasının açılmayarak soruşturmayı kapatacak şekilde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi, soruşturmanın uzatılarak zamanaşımına uğramasına neden olunması kişilerin haklarının ihlaline neden olabilir.

Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar aleyhine sulh ceza hâkimliğine itiraz edilerek, konunun hâkim tarafından incelenmesi sağlanabilir. İtiraz sonucunda verilecek kararlar kesindir ve aleyhine gidilebilecek başkaca bir yol öngörülmemiştir (CMK md.173). Bu halde soruşturma aşamasında yapılan eksikliklerin sulh ceza hâkimi tarafından değerlendirilmemesi, bireysel başvuruya konu edilebilir.

Bununla birlikte soruşturmanın hak ihlaline neden olacak şekilde uzatılarak zamanaşımına uğratılması halinde, bu nedenle verilecek kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz edilecek olsa da, sulh ceza hâkimi tarafından değerlendirilebilecek bir

husus yoktur. Yapılması gereken zamanaşımı süresinin dolup dolmadığını tespitten ibaret olacaktır. Fiili olarak sulh ceza mahkemesinin maddi anlamda bir etkisi bulunmamakta, şekli olarak belirli olan durumu tespit mahiyetindedir. Bu tür durumlarda soruşturmadan menfaati bulunan veya bundan etkilenen bireyler, yapılan soruşturmayı ve sonucunda verilen kararı doğrudan bireysel başvuruya konu edilebilir.

Soruşturma aşamasında uygulanan güvenlik tedbirlerine ilişkin olarak asıl kararı sulh ceza hâkimlikleri verdiğinden, bu kararlara karşı Ceza Muhakemesi Kanununda itiraz usulü öngörülmüştür. İtiraz sonucu verilen kararlar kesindir. Bu halde soruşturma aşamasında yapılan itiraz sonrasında kesinleşen arama, el koyma, iletişimin tespiti ve denetlenmesi vb. gibi kararlar aleyhine bireysel başvuru yolunun kullanılmasının önünde yasal herhangi bir engel yoktur.

3.7.7- Anayasanın Yargı Denetimi Dışında Bıraktığı İşlemler

3.7.7.1- Genel Olarak

Anayasa'nın 148.maddesinde yer verilmemesine karşın yasa koyucu AYM Yasası'nın 45/3.maddesinde yer alan "...Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz" diyerek, yargı denetimi dışına bırakılan işlem ve kararları da bireysel başvuru kapsamı dışında tutmaya çalışmıştır. Çalışmıştır diyoruz, zira yukarıda da değinildiği üzere söz konusu düzenlemenin anayasaya uygun olup olmadığı hususu tartışmalıdır ve bu hükmün AYM tarafından anayasaya aykırı olduğu görüşü ile iptali ya da uygulamada gözardı edilme ihmali her zaman mümkündür.

Anayasa tarafından yargı yolunun kapatıldığı işlemlere karşı bireysel başvuru yolunun kapatılmış olmasında yasa koyucunun amacı, Anayasa'nın kendi içinde çelişmemesi olduğu söylenebilir.

Anayasa'nın 36.maddesine göre "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanmaⁱ hakkına sahiptir". Anayasa koyucu hak arama özgürlüğünün sadece "yargı mercileri önünde" olabileceğini öngörmüştür. Bundan dolayı anayasal anlamda hak arama özgürlüğünden kastedilenin yargı makamları nezdinde talep edilen bir hak olduğu

ⁱ "adil yargılanma" ibaresi, söz konusu fıkra 03/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunun 14. maddesi ile eklenmiştir.

düşünülebilir. Ancak Anayasa'nın 40.maddesi incelendiğinde, hak ve hürriyetler ile ilgili olarak sadece yargı organlarına değil, diğer “yetkili makamlarına” da başvurulabileceği belirtilmek suretiyle, öngörülen idari mekanizmaların da bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiği vurgulanarak, AİHS'in 13.maddesi ile paralel bir düzenleme öngörülmüştür.

Anayasa'nın değiştirilemeyen maddeleri arasında yer alan 2.maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Bu maddenin bir yönden izahatı bağlamında Anayasa'nın 5.maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti devletinin temel amaç ve görevlerine yer verilmiş ve bunlardan birinin kişilerin temel hak ve özgürlüklerini hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacak surette sınırlayan engelleri kaldırmak olduğu, bireylerin maddi ve manevi varlığının gelişimi açısından bunun önemli olduğu vurgulanmıştır. Yine Anayasa'nın 8. ve 123.maddelerinde idarenin kanuniliği ilkesine yer veren, bunu bütünler şekilde hukuk devletinin en önemli unsurlarından biri olan ve temelini oluşturan idarenin tüm eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğuna değinen 125.maddesi hükümlerine rağmen, idarenin bazı işlem ve eylemlerine karşı bireysel başvuru yolu kapatılarak yargı denetimi dışında tutulmuştur. Anayasa maddeleri, hukuk devleti ilkesi, anayasanın üstünlüğü gibi ölçütler gözönüne alındığında, Anayasa'nın 148.maddesinin 3.fıkrasında öngörülmeyen sınırlamaların, yasal düzenleme ile getirilmesinin anayasanın üstünlüğüne ve hukuk devleti olmanın gerekliliğine aykırı olduğu açıktır.

Anayasada yargı denetimi dışında bırakılan işlem ve kararlardan kasıt, gerek anayasa yargısı ve gerekse derece yargılamaları olarak anlaşılmalıdır. Zira Anayasa koyucu, bir kısım işlemlere karşı Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulamayacağını açıkça düzenleyerek Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılamayacağını ortaya koymuştur. Bununla birlikte bazı işlem ve kararlara karşı ise sadece yargı yolunun kapalı olduğu belirtilmekle yetinilmiştir. Bu halde anlaşılması gereken ise, normal olarak böyle bir hüküm olmasa idi, söz konusu işlem ve karara karşı hangi yargı yolu işletilecek ise, o yolun Anayasa tarafından kapatıldığıdır.

Anayasa yargısı dışında tutulan işlemler şunlardır:

1.Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar (Anayasa m.90/5),

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.”

2. Olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler (Anayasa m.148/1),

“Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.”

3.İnkılap Kanunları (Anayasa m.174), (bunların hangileri olduğu AYM Yasası’nın 42.maddesinde sayılmıştır),

“Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacını güden, aşağıda gösterilen inkılap kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz”

Derece yargı yolu kapatılan işlem ve kararlar ise şunlardır:

1.Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, (Anayasa m.125/2)

“Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı... yargı denetimi dışındadır.”

2.Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun meslekten ihraç dışındaki kararları, (Anayasa m.159/10)

“Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.”

3.Yüksek Askeri Şura kararları (Anayasa m.125/2)

“...Yüksek Askeri Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır. Ancak, Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.”

4.Yüksek Seçim Kurulu kararları, (Anayasa m.79/1)

“Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz.”

5. Sayıştay Kararları (Anayasa m.169/1)

“Sayıştayın kesin hükümleri hakkında ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler. Bu kararlar dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamaz.”

6. Spor Tahkim Kurulu kararları (Anayasa m.59/2)

“Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.”

7. Yüksek Hakem Kurulu kararları (Anayasa m.54/4). (Ancak söz konusu Kurul, sosyal ve ekonomik haklar bağlamında değerlendirilebilecek, bireysel başvuruya konu edilemeyecek grev hakkı ve lokavt ile ilgili kararlar verdiğiinden, inceleme konumuz dışındadır)

“Hakem Kurulunun kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir.”

8. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları (Anayasa m.53) Ancak söz konusu Kurul, sosyal ve ekonomik haklar bağlamında değerlendirilebilecek, bireysel başvuruya konu edilemeyecek, kamu görevlilerinin toplu sözleşme hakkı ile ilgili kararlar verdiğiinden, inceleme konumuz dışındadır

“Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu sözleşme hükmündedir.”

Yukarıda yer verilen Anayasal düzenlemeler incelendiğinde, Anayasa Koyucunun anayasa yargısı dışında tutacağı işlemler ile ilgili olarak milletlerarası antlaşmalar için *“Anayasa Mahkemesine başvurulamaz”*, olağanüstü KHK’lar hakkında *“Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.”*, İnkılap Kanunları ile ilgili *“Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz”* ibareleri kullanılmıştır.

Derece yargı yolunun Anayasa Koyucu tarafından kapatıldığı işlemler ile ilgili olarak şu ibareler kullanılmıştır; Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler *“yargı denetimi dışındadır”*, HSYK kararları (meslekten çıkarma hariç) hakkında *“yargı mercilerine*

başvurulamaz”, YSK kararları “*yargı denetimi dışındadır*”, YSK kararları aleyhine “*başka bir mercie başvurulamaz*”, Sayıştay kararları kesindir “*idari yargı yoluna başvurulamaz*”, Spor Tahkim Kurulu kararları aleyhine “*hiçbir yargı merciine başvurulamaz*”, Yüksek Hakem Kurulu kararları ile Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları “*kesindir*”.

Anayasa yargısının ve ilk derece yargılama sürecinin dışında bırakılmaya çalışılan işlem ve kararlar ile ilgili olarak Anayasa yapıcının farklı ibareler kullandığı, kullanılan kavramların izah gerektirdiği ve yapılacak yorum farklılıklarına göre farklı sonuçlara ulaşılabilmesi görülmektedir. Söz konusu karar ve işlemlerin bireysel başvuru yoluna konu edilip edilemeyecekleri, bireysel başvuru yolunun amacı gözönüne alınarak ortaya konulacak yaklaşım ile açıklığa kavuşturulabilmektedir. Bu çerçevede Anayasa yargı yolu ya da ilk derece yargı yolu kapatılan işlem ve kararlar ile ilgili Anayasal düzenlemelerin, bireysel başvuru yoluna engel teşkil etmeyebileceği sonucuna varılabilmektedir.

Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde, bireysel başvuruların asıl konusunun mahkeme kararları olduğu görülecektir. Bununla birlikte farklı uygulamalara sahip ülkeler de bulunmaktadır. Örneğin Avusturya yargı sisteminde yargı kararlarına karşı bireysel başvuru hakkı kapatılmıştırⁱ. Güney Kore anayasa yargı uygulamasında da benzer durum kabul edilmiştir (Kılınç, 2008:30). Bununla birlikte Almanya ve İspanya ile Meksika’da bu tür bir kısıtlama bulunmamaktadır (Sağlam, 2011, Bir...:47 vd).

Konumuz açısından Anayasa tarafından yargı yolu kapatılan işlem ve kararlar ile ilgili kullanılan ibareler çerçevesinde öncelikle yargı denetiminden ne anlaşılması gerektiği, yargı yolu ve yargı denetimi kavramlarının benzer ve farklı yönlerinin ne olduğu izah edilmeye çalışılacak, bu çerçevede bireysel başvuru yolunun muhtevası itibarıyla ne şekilde anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır. Daha sonra sırasıyla anayasa yargısı ve derece yargısı dışında tutulan işlem ve kararların bireysel başvuru yoluna konu edilebilirlikleri üzerinde durulacaktır.

ⁱ Avusturya AYM’nin bireysel başvuru yolu ile sadece idarenin işlem ve eylemlerini inceleme yetkisinin bulunması nedeniyle, bu Mahkeme öğretide “Özel İdare Mahkemesi” olarak da adlandırılmaktadır Pekcanitez, 1995:262; Holzinger, 2009:66-67.

3.7.7.2-Yargı Denetimi Kavramı

3.7.7.2.1- “Yargı Yolu” ve “Yargı Denetimi” Kavramlarının Anlamı ve Karşılaştırılması

Devlet, bireyin hak ve özgürlüklerinin koruyucusu olmakla birlikte sahip olduğu olanaklar itibariyle onların en önemli tehdididir (Kaboğlu, 2002:132). Temel hak ve özgürlüklerin Anayasa ile güvence altına alınması tek başına yeterli değildir. Buna eş olarak, hakları ihlal edilen bireylerin, ihlali durduracak, eski hale getirecek ve uğranılan zararların tazminini sağlayacak bir hak arama yolunun da tesis edilmesi gerekir (Doğru, 2010:78). Genelde devlet organları, özelde ise yargı organları temel hak ve özgürlüklerin korunmasından öncelikli olarak sorumludurlar.

Anayasa’nın 40.maddesinde, Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerin ihlali durumunda kişilerin “*yetkili makama*” başvurmalarının bir hak olduğu belirtilmiştir. Yetkili makamların hangileri olduğu iç hukuk mevzuatı tarafından gösterilir. Bu noktada idari organlar nezdinde ve yasama organına bazı noktalarda ihlal edilen temel hak ve özgürlükler ile ilgili sorun çözme bağlamında başvurulması gereken “yetkili makam” sıfatı verilmiş ise de (Erdoğan, 2007:193), biz çalışmamızın bağlamı dışında yargısal yollar üzerinde duracağız. Zira hak ihlallerinin en etkin şekilde korunmasının yargısal yollarla mümkün olduğu genel olarak kabul edilen bir durumdur. Yargısal yollardan kasıt, idari, adli ve anayasa yargısıdır.

İdari yargı, idarenin eylem ve işlemlerine karşı, ihlalin ortadan kaldırılması veya uğranılan zararın tazmini amacıyla başvuru olan bir yoldur. İdari yargı idari rejimin ayrılmaz bir parçasıdır (Kalabalık, 2013b:22). İptal davası, ihlale dayanak teşkil eden işlem ve kararın ortadan kaldırılmasına olanak sağlayan bir davadır. İptal davası objektif dava olduğu kabul edilmektedir (Kalabalık, 2013b:153). İhlal nedeniyle uğranılan zararın tazmini amacıyla açılan davalar ise tam yargı davası olarak adlandırılmaktadır.

Adli yargı, kişiler arasında cereyan eden “haksız fiil” ve “suç” özelliklerine sahip hak ihlaline neden olan eylemlerin dava edilebildiği bir yoldur. Bazı özel durumlarda idarenin bizzat veya ajanları vasıtasıyla sebebiyet verdikleri hak ihlalleri nedeniyle adli yargı yolunun bir hukuki çare olarak kullanılması da olanaklıdır.

Anayasa yargısı, temel hak ve özgürlüklerin normatif olarak varlıklarının ve güvencesinin belgesi olan Anayasa ve onunla örgülenen hukuk düzeninin, bizzat Anayasa yapıcısı olan yasama organının eylem ve işlemlerine karşı korunması amacıyla öngörölmüş bir yoldur (Yüzbaşıoğlu, 2000:398). İptal ve itiraz davalarının temel hakların korunmasında etkileri olduğu söylenebilecek ise de, yeterli olduğu iddia edilemez. Bu amaçla hakları ihlal edilen bireylere, Anayasa Mahkemesine başvurmak suretiyle, doğrudan koruma talep etme hakkı tanınmıştır.

Farklı yargı yolları/kolları arasındaki ilişkiye *yargı yolu* denir. Yargı yolları mahiyetleri itibariyle birbirine benzemekle birlikte, ancak aralarında farklılıklar barındırmaktadırlar. Hukuk mahkemesi ile idare mahkemesi arasındaki ilişki, bir yargı yolu ilişkisidir. Bir davaya hukuk mahkemesinde mi yoksa idare mahkemesinde mi bakılacağı, görev değil, yargı yolu sorunudur (Ercan, 2013:66; Kuru, Arslan ve Yılmaz, 2012:58)ⁱ.

Medeni, ceza ve idari usul hukuku bağlamında yasa yolundan kastedilen şey “yargısal” bir başvuru yoludur (Göztepe, 2011:26; Alangoya, Deren ve Yıldırım, 2005:445; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 2011:583; Toroslu ve Feyzioğlu, 2009:318; Kalabalık ve Erdem, 2014:445). Yasa yolundan kasıt, hukuki uyumsuzluğun taraflarına tanınan ve bu yöntem ile yanlış olduğu düşünölen kararların yeniden incelemesini ya da değiştirilmesini sağlayan hukuki bir çaredir (Bilge, 1973:3; Yılmaz, 1988:131; Pekcanitez Atalay ve Özekes, 2011:868; Arslan,1977:8) . Dar ve teknik anlamda yargı (kanun) yolundan murad edilen ise, mahkemelerce verilen sonuç kararların yeniden incelenmesini temin edilmesine olanak sağlayan hukuksal yoldur (Bilge, 1973:3; Yılmaz, 1988:132; Pekcanitez Atalay ve Özekes, 2011:869; Arslan,1977:9). Olağan ve olağanüstü yasa yolu ayrımı, başvuru yolu, aleyhine gidilen kararın kesinleşmesi sonrasında yapıp yapılmadığı ile ilgilidir. Karar kesinleştikten sonra başvuru yolu olağanüstü, kesinlik kazanmadan önce başvuru veya kararın kesinleşmesini sağlayan hukuki çare ise olağan yasa yolu olarak kabul edilir.

Medeni yargı alanında öngörölen kanun yararına temyiz; ceza yargısında yargılanmanın yenilenmesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan itiraz ve kanun yararına bozma olağanüstü yasa yolları olarak kabul edilmekte, bunlar dışında kalan medeni yargı, adli yargı ve idari yargı yollarında öngörölen yasa yolları ise olağan yasa yolları

ⁱ Yargıtay 9.HD, 17.01.2012, E: 2011/54610, K: 2012/683 karar gerekçesinden alınmıştır.

olarak değerlendirilmektedir. Olağanüstü yasa yolları maddi anlamda kesinlik değeri taşıyan mahkeme kararlarını kaldırabilme otoritesine sahiptir (Arslan, 1977:14-15).

3.7.7.2.2- Bireysel Başvuru Bir “Yargı Denetim” Türü Müdür?

Anayasa’nın 148.maddesinde açıkça “*Bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılmaz*” hükmüne yer verilmiştir. Bu maddenin lafzından hareket ederek bireysel başvuru yolunun “yasa (kanun) yolu” olmadığı, bunun dışında ve ötesinde bir hukuki çare olarak öngörüldüğü, bundan dolayıdır ki kanun yolunda değerlendirilmesi gereken hususlarda inceleme yapma yetkisinin olmadığı sonucuna varılabilir.

Bireysel başvuru yolu istinaf ve temyizden farklıdır. Temyiz incelemesi sırasında maddi ve usuli mevzuatın doğru uygulanıp uygulanmadığı inceleme konusu yapılmaktadır. Buna karşın bireysel başvuru yolunda, bir yargı kararı sonucunda ve sürecinde temel bir hak veya özgürlüğün ihlal edilip edilmediğine ilişkin olarak, hak ve özgürlük odaklı bir değerlendirilmede bulunmaktadır. Yasaların doğru uygulanmaması halinde mahkeme kararı temyiz merciince bozulabilecek istinaf yolunda mahkeme kararı yerine yeni hüküm tesis edilebilecek iken, bu tür bir yanlış uygulamanın hak ihlaline sebep olmaması mümkündür (Ekinci ve Sağlam, 2014:102; Pekcanıtez, 1995:260-262). Yasa yollarında, somut olaya uygulanan yasa normlarının, normlar hiyerarşisine uygun olarak doğru şekilde uygulanıp uygulanmadığı öncelikli olarak gözönüne alınmaktadır. Temel hak ve özgürlükler bu çerçevede dolaylı olarak korunmaktadır. Buna karşın bireysel başvuru yolunda temel hak ve özgürlükleri koruma odaklı bir inceleme yapılması amaçlanmıştır.

Bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle ihlal edilen bireylerin diğer başvuru yollarını tükettikten sonra başvurdukları istisnai ve ikincil nitelikte bir hak arama yolu olduğu söylenebilir (Kılınç, 2008:25; Pekcanıtez, 1995:261; Göztepe, 1998:19). Bireysel başvuru yolu, hak ihlali iddiası çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi’ne, hak ve özgürlükler ile ilgili mevzuat hükümleri ışığında inceleme yapma yetkisi veren istisnai bir yargı yoludur (Ekinci ve Sağlam, 2014:101). Bireysel başvuru çerçevesinde AYM’nin olağan bir yasa yolu olmaması anayasa/yasa koyucu tarafından özellikle vurgulanmıştır. AYM uygulaması da, temyiz mercii rolünü üstlenmekten kaçındığını göstermektedir (Algan, 2014:270). Anayasa’nın

düzenlemesinden yola çıkarak bireysel başvurunun olağanüstü bir hukuki çare olduğunun söylenemeyeceği, zira uzun yargılama ve tutukluluk gibi kesinleşmemiş mahkeme kararlarına karşı da bireysel başvuru yolunun kullanılabileceği ileri sürülmüştür (Oder, 2013:15). Bu görüş sahibine göre, bireysel başvuru yolu sonrasında anayasaya aykırılığı tespit edilen bir mahkeme kararı hakkında yeniden yargılama yapılır. Ancak bu yargılama eski yargılamanın devamı niteliğinde değildir. Anayasa Mahkemesi, kanun yolu hiyerarşisinde, bir üst mahkeme olarak kabul edilmemelidir.

1982 Anayasası'nın 148.maddesinin 3.fıkrasında bireysel başvuru yapabilmek için *“olağan kanun yollarının tüketilmiş olması”* aranır. Söz konusu ibare ile bireysel başvuru yolunun *“olağan kanun yolu”* olmadığı belirtilmek istenmiştir. Buna karşın AYM Yasası'nın 45.maddesinin son fıkrasında bireysel başvuru yoluna başvurabilmek için *“idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının”* tüketilmiş olması gerekliliğine vurgu yapılarak, Anayasa düzenlemesinden farklı ibareler kullanılarak konu açıklanmaya çalışılmıştır. Anayasa'da *“olağan kanun yollarının”* bitirilmesi ibaresine, *“idari başvuru yolları”* ile *“yargısal başvuru yolları”* eklenerek, bir bütün olması ve birbirleri ile uyumlu olması gereken düzenlemeler arasında kavramsal farklılaşmalar meydana getirilmiştir. Bu durum gereksiz karışıklığa ve tartışmalara sebebiyet verebilecektir. Ancak *“olağan kanun yolları”* veya *“yargısal başvuru yolu”* ibareleri, AİHM uygulamasına paralel şekilde, olağanüstü kanun yollarını kapsayacak şekilde yorumlanmaması kanaatimizce de doğru olacaktır (Şahbaz, 2011:83; Ekinci, 2011:8; Göztepe, 2011:25-26; Uzun, 2012a:84).

Anayasa'nın 148.maddesinin 4.fıkrasında yer alan *“kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar”* hakkında bireysel başvuru yapılamayacağına dair hüküm, bireysel başvuruya konu edilecek her konunun gerçekte kanun yolunda da gözetilmesi gerektiği hususu hatırlatılarak, bu düzenlemenin lafzıyla paralel olarak dar şekilde yorumlanması halinde, bireysel başvurunun konusunun tamamen ortadan kalkabileceği haklı olarak ileri sürülmüştür (Göztepe, 2011:23).

Kesinleşmiş idari veya yargısal kararlara karşı başvurulabilmesi, dar bir çerçevede temel hak ve özgürlük odaklı bir incelemeye izin vermesi, olağan olarak öngörülen hukuki yolları kullanmadan başvuru yapılmasına olanak tanınamaması gibi nedenlerle bireysel başvuru yolunun *ikincil, özel ve sınırlı bir olağanüstü yargı denetim*

mekanizması olduğunu düşünüyoruz. Bireysel başvuru, olağan kanun yollarının devamı olmayıp, bu çerçevede hukuk düzeni içinde gerçekleştirilen uygulama hatalarının düzeltilebileceği bir yol/yöntem/çare değildir. Bundan dolayı bireysel başvuru aşamasında mahkeme kararları, delillerin doğru değerlendirilip değerlendirilmediği, mevzuatın doğru uygulanıp uygulanmadığı gibi yönlerden incelemeye tabi tutulmayıp, söz konusu kararın temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğine yönelik bir değerlendirmeye tabi tutulur. Olağanüstü bir hukuki çare olmasının diğer bir sonucu ise, bireysel başvurunun konu edilen yasanın uygulanmasını veya mahkeme kararının infaz edilmesini ya da idari işlem veya kararın yürütmesini prensip olarak durdurmamasıdır (Fendoğlu, 2013:35; Atasoy, 2012:89; Sabuncu ve Airwine, 2004:230; Kılınç, 2008:25-26).

AYM Yasası'nın 49.maddesinin 5. Fıkrasına göre *“Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvurunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvurunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar.”*AYM İçtüzüğü'nün 73.maddesinde tedbir kararının *“Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine”* verilebileceği belirtilmiştir. Mahkemeye göre, *“adil yargılanma hakkı bireylere dava sonucunda verilen kararın değil, yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetleme imkânını verir”ⁱ*.

AYM'nin konuya ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarında, bir derece yargı yolu olmaması nedeniyle *“ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz.”* gerekçesi ile yapılan başvuruları açıkça dayanaktan yoksun bularak kabul edilemez bulmaktadır. AYM tarafından prensip olarak kabul edilen bu kuralın istisnası *“derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık bir takdir hatası içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru*

ⁱ AYM, Onur Gür kararı, İkinci Bölüm, 21.11.2013, B.No: 2012/828, par. 22, AYM Kararlar Bilgi Bankası www.anayasa.gov.tr.

kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır”ⁱ. AYM içtihatlarını, Anayasa’nın 148.maddesinin 4.fıkrasında yer alan düzenlemeye paralel şekilde oluşturmuştur. “Anayasada yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz”ⁱⁱ.

AYM’nin kendisinde mahkeme kararlarını inceleme yetkisini gördüğü istisnai durum mahkeme kararında “açık bir takdir hatasının” bulunması veya “açıkça keyfilik içermesi” halidir. AİHM uygulaması ile paralellik arzeder şekilde, bu kavramlar ile kastedilen şey yararılamanın adil olmasını ve dolayısıyla verilen sonuç kararın doğruluğunu tartışılır hale getiren açık ve bariz eksikliklerdir (Algan, 2014:277-273)ⁱⁱⁱ.

Anayasa Mahkemesi istisnai olarak kendisinde inceleme yetkisi bulunduğunu tespit ederken şu hususları irdeleyecektir: Başvurucunun iddia makamı ve katılan tarafından ileri sürülen deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olup olmadığı, böyle bir olanak tanınıp tanınmadığı, kendisi tarafından delil ve iddialarını ileri sürme fırsatı verilip verilmediğine, kendisi aleyhine sunulan delil ve iddialara etkin şekilde itiraz etme fırsatı bulup bulmadığı, maddi vakanın çözüme kavuşturulmasında önemli olan iddiaların derece mahkemesince dinlenip dinlenmediği ve verilen kararların gerekçeli olarak oluşturulup oluşturulmadığı^{iv}.

3.7.7.3- Yargı Denetimi Dışında Bırakma Hususunda Anayasa Koyucunun Öngördüğü Amaç

Anayasa tarafından bir kısım işlem ve kararlara karşı anayasa ve derece yargı yollarının kapatılmış olmasının temelinde, hukuki olmayan ve hukuk devleti ilkesini zedeleyen nedenler yatmaktadır. Bu bağlamda söz konusu karar ve işlemlerin mahiyeti, siyasi bir kısım sebep ve düşünceler gibi, kamusal düzen çerçevesinde faydalı olacağı kanaati gibi etkenler, bu düzenlemelerin gereklilikleri olarak öne sürülebilir.

ⁱ AYM, Esat Rennat Pekünlü kararı, İkinci Bölüm, 23.01.2014, B.N.: 2013/6401, par.24, AYM Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr.

ⁱⁱ AYM, Necati Gündüz ve Recep Gündüz kararı, Birinci Bölüm, 12.02.2013, B.N: 2012/1027, par.26, bkz. 22.02.2013 tarih ve 28567 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱⁱ Açıkça keyfilik tabirinin kapsamının belirsizliği ve AYM veya AİHM’in söz konusu kavramın sınırlarını net olarak çizmemeleri nedeniyle oluşan belirsizlik öğretide haklı olarak eleştiri konusu yapılmıştır, **bkz.** Gülener 2013:53-86.

^{iv} AYM, Esat Rennat Pekünlü kararı, İkinci Bölüm, 23.01.2014, B.N.: 2013/6401, par. 31, AYM Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr.

AYM vermiş olduğu bir kararında, Anayasa’da yer alan bir kısım kurum kararlarının “kesin hüküm” olduğuna ilişkin ibarenin, söz konusu kararların başka bir organ tarafından incelenerek denetlenemeyeceği anlamına geldiğini, söz konusu ibarelerin ilgili kararları otomatik olarak yargı makamlarınca verilmiş yargısal kararlar statüsüne sokmayacağını belirtmiştir. Mahkeme, Sayıştay, Yüksek Askeri Şura ve HSYK’nun bir kısım kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamamasının, bu idari birimlerine yargı organı özelliği kazandırmayacağını örnek olarak göstermiştir¹.

Belirtilen karar ve işlemlerin kesin olduklarının belirtilerek, bunlara karşı yargı yolunun kapatılmış olması, söz konusu kararların hak ve özgürlük ihlaline neden olmadıkları ve maddi hukuka uygun oldukları anlamına gelmez. Dolayısıyla, Anayasa tarafından düzenlenmiş olmaları, kesin olan işlem ve kararları otomatik olarak anayasanın öngördüğü ve güvence altına aldığı ilkelere uygun olduğu sonucunu doğurmaz.

Bu kararların kesin olmaları, verildikleri andan itibaren kendilerine bağlanan sonuçların hukuk dünyasında neticelerini göstermesine, bu neticelerin engellenmesi için yargısal yollardan talepte bulunulmamasına sebebiyet verebilir. Ancak hak ve özgürlük ihlaline neden olduklarının, bireysel başvuru yolu çerçevesinde, AYM tarafından daha sonradan tespit edilmesi, bunun nedenlerinin belirtilmesi, daha sonra verilecek benzer işlem ve kararlar ile ilgili olarak yetkili kişi ve makamları dikkatli olmaya sevkedecek, onları eğitecek ve ilgili kişi ve kurumları bilgilendirerek kamu oyu oluşturmalarına neden olabilecektir.

3.7.7.4- “Mahkemeye Erişim Hakkı” ve “Etkin İç Hukuk Yolunun Var Olması Gerekliliği” Çerçevesinde Konunun İrdelenmesi

Yargı yolunun yasalarca öngörülmüş olması tek başına AİHS’in 6.maddesi ile teminat altına alınan adil yargılanma hakkının varlığı ve ihdası için yeterli değildir. Söz konusu hakkın etkin ve öngörülebilir sonuç alınabilir şekilde kullanılması devletin yükümlülükleri arasındadır. Mahkemeye erişim hakkı, AİHM tarafından adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Bununla anlatılmak istenen şey bireylerin iddia ve savunmalarını bir yargı mercii önünde ileri sürmelerine olanak ve

¹ AYM Kararı, Genel Kurul, 11.07.1991, E: 1990/39, K: 1991/21, bkz. 23.05.1992 tarih ve 21236 sayılı Resmi Gazete.

imkân sağlanmasıdır. Sözleşmede olmayan bu hak genişletici yorum ilkesi doğrultusunda AİHM uygulamasında yer bulmuştur (Ekinci, 2014:823).

AİHM tarafından, Anayasa tarafından insan hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması için öngörülen bireysel başvuru yolunun AİHS 35.maddesi uyarınca tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmesi için, iç hukukta öngörülen yasa yollarının belirli özelliklere sahip olması aranmaktadır. AİHM içtihatları incelendiğinde, iç hukukta öngörülen hukuki çarenin teorik ve pratik olarak “etkin“, “açık“, “ulaşılabilir“, “başvurucunun şikâyetlerini giderebilir“ ve “makul bir başarı imkânı sunabilir“ niteliklere sahip olmasının arandığı görülecektir (Ekinci, 2012:6)ⁱ.

Mahkemeye erişim hakkı Anayasa’da açıkça zikredilmemiş olmakla birlikte, “hak arama hürriyeti” başlıklı 36.maddesine içkin ve onunla bütünleşik olarak varlığı gün yüzüne çıkmaktadır. Bir kişinin ihlal edildiğini iddia ettiği haklarının telafisi için tanınan mahkemeye erişim hakkının, etkili bir biçimde hayata geçirilmesi, teoriden uygulamaya geçirilmesi gerekir (Ekinci, 2014:823-824). Bu anlamda kişiler arasındaki uyuşmazlıklardan ziyade, kamu gücü kullanma salâhiyetine sahip devlet erklerinin eylem, işlem ve kararları nedeniyle ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözüm için yargı birimleri önüne götürülebilmesi mahkemeye erişim hakkı açısından önemlidir. Bir kısım idari işlem, eylem ve kararlara karşı yargı yolunun kapatılması, mahkemeye erişim hakkının ihlali anlamına gelecektir (İnceoğlu, 2013b:110).

Mahkemeye erişim hakkı mutlak bir hak değildir. Anayasa’nın 13.maddesinde belirtilen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin usul ve ilkeler ışığında bu hakkın sınırlanması olanaklıdır (Tunç, Bilir ve Yavuz, 2014:112-114).

AİHM pratiğinde de, mahkemeye erişim hakkının Sözleşmede tanımlanan içtihatlar ile ortaya konulan bir hak olması nedeniyle devlet tarafından bu hakkın sınırlandırabileceği, ancak bu sınırlamaların hakkın özüne dokunmaması, onu zedelememesi, ölçülü ve dengeli olması gerektiği, yine meşru bir amaç doğrultusunda sınırlamaya gidilebileceği, aksi uygulamaların mahkemeye erişim hakkını zedeleyeceği kabul edilmektedirⁱⁱ.

ⁱ *V/Birleşik Krallık* [BD], B.N: 24888/94, par. 57.

ⁱⁱ *Golder v. Birleşik Krallık*, 21.02.1975, B.N: 4451/70, par.38; *Ashingdane v. Birleşik Krallık*, 28.05.1985, Başvuru no: 8225/78, par.57; *Bayar ve Gürbüz v. Türkiye*, 27.11.2012, B.N: 37569/06, par. 40.

AIHS md.13 çerçevesinde etkin bir iç hukuk yolunun var olduğunun kabulü için, söz konusu yolun, ihlali veya ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmaya yeterli olanakları sunma kapasitesinin/otoritesinin bulunması gerekir. Bu çerçevede öngörülen kanun yolunun, ihlal devam ediyor ise bunu durdurma, durdurma tek başına bir sonuç vermiyor ise bu durumda ihlal edilen hakkın eski hale iadesini sağlama, durdurma ve eski hale iade halinde dahi hak ihlalinin neden olduğu zarar karşılanamıyor ise tazmin ve benzeri diğer tatmin yollara karar verme yetkisine sahip olması gerekir. Aksi durumda AIHM tarafından, öngörülen iç hukuk yolu etkin bir kanun yolu olarak kabul edilmemektedir (Altıparmak, 2009:69-71)ⁱ.

Anayasa veya alt düzenlemeler tarafından idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun kapatılmış olması, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen Anayasa'nın 125.maddesine ve genel olarak hak arama özgürlüğünü hüküm altına alan 36.maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Söz konusu uygulamanın AIHS'in 13.maddesi uyarınca tüm sözleşmeciler devletlerin bir pozitif yükümlülük altına girdiği, hakkı ihlal edilen kişilere etkin bir iç hukuk yolu kurgulama ödevine de aykırılık teşkil etmektedir. Bir bütün halinde, idari işlemlerin yargı denetimi dışında bırakılması, alternatif etkin, şeffaf, denetlenebilir, sorgulanabilir ve mahkemelerin sahip olduğu yetki ve güvencelere sahip başkaca alternatif bir yolun sistem içerisinde gösterilmemiş olması, kişilerin AIHS md.6 ile güvence altına alınan, bireylerin adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelecektir.

Anayasa yargısının denetim dışında bıraktığı kararlar ile derece yargı sistemi incelemesinden muaf tutulan işlemler ile ilgili olarak, olağan bir “yargı” mercii olmayan ve “temyiz-itiraz” incelemesi yapma olanağı vermeyen, ihlali “tespit” ve “tazmin” işlevi gören bireysel başvuru yolunun mümkün olduğu kabul edilebilir. Ancak bu tür sınırlı bir bireysel başvuru yolunun, AIHM uygulaması doğrultusunda, ihlal edilen hak nedeniyle oluşan zararların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılması noktasında otoritesinin olmadığı tespit edilerek, etkin ve etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmemesi olanaklıdır. Zira bir iç hukuk yolunun etkili olması teorik bir problem olmanın ötesinde uygulama ile ilgili bir sorun olup, konu buna göre tespit ve tayin edilir. Öngörülen yolun etkin ve etkili olup olmadığı her hak bağlamında ayrı ayrı

ⁱ Bu konuda AIHM karar incelemeleri için bkz. Yalçın, 2010: 2-24.

incelenmelidir. Bu konuda genel prensipler konulması mümkün olmakla birlikte, istisnai kuralların olabileceği akıldan çıkarılmamalıdır.

Hukuk sisteminde öngörülen idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesinin beklenmesi, bireylerin hak ve özgürlükleri açısından telafisi güç bir zarara yol açacak veya yargısal ve idari başvuru yollarının sorunun çözümünde etkisiz olacağı düşünülüyor ise ya da başvurunun sonucu genel bir öneme sahip ise bu durumlarda öngörülen hukuki çare etkin kabul edilemeyecektir (Oder, 2011:102). Bireysel başvuru açısından getirilen sınırlamalar nedeniyle bireysel başvuru yolu, AYM'nin takip edeceği yol ve geliştireceği yorum metotları çerçevesinde, AİHM tarafından ihlal edilen hak ve özgürlüğün mahiyeti ve kendisine has şartları da gözönüne alınarak, etkisiz bir iç hukuk yolu olarak kabul edilerek, doğrudan AİHM'e başvuru yapılmasının yolu açılabilir.

3.7.7.5- “Anayasa Yargısı” ve “Derece Yargısı” Ayrımının Bireysel Başvuru Açısından Yapılacak Değerlendirmelerdeki Önemi

Normal derece yargılamasının anayasa ile önü kapatılan kurumların nasıl ve ne şekilde işlemlerini oluşturacağı ve kararlarını alacağına dair Anayasa içerisinde ayrıntılı düzenlemeler yoktur. Genellikle bu kurumların çalışma usul ve esasları yasalar ile düzenlenmektedir. Her ne kadar Anayasa, işlem ve kararlara kesin hüküm otoritesi kazandırmak suretiyle, bu kurumlara önemli bir değer atfetmiş ise de, Anayasa koyucunun öngörüsü söz konusu kurumların işlem ve kararlarını temel hak ve özgürlükleri ihlal etmeyecek şekilde kurgulayacaklarına dair güvendir.

Bireysel başvuru ile denetlenen dolaylı olarak derece yargılaması ile yasaklanan işlem ve kararlar olsa da, verilen kararlar ile doğrudan veya dolaylı olarak söz konusu işlemlerin kesinliği zedelenemeyecektir. Yasa koyucunun bu hükümler ile öngördüğü amacı ile bireysel başvurunun muhtemel sonuçları bu çerçevede birbirine zarar vermeyecek şekilde uyumlaştırılabilir.

Bireysel başvuru ile hak ihlal tespitleri yapılacak, bunların giderimine ilişkin olarak ya sadece bu tespitle yetinecek veya bununla birlikte tazminata hükmedecektir.

Eğitici etki: Söz konusu kararın ilgili kurum ile paylaşılması sonucunda, o kurumun Anayasaca kesin olduğu belirtilen kararının otoritesi etkilenmeyecek, ancak yapılan

ihlal ve tespitler ilgili kurumun gelecekte verecekleri kararda daha dikkatli olmasına sebep olacaktır.

Düzeltilici etki: Anayasa mahkemesinin yapacağı ihlal tespitleri Anayasa hükümlerine yönelik olmayıp, yasa hükümlerinin kurgulanış şekli ile buna bağlı olarak ihdas edilen diğer alt normların düzenleniş ve yorumlanış şekline dair olacaktır. Bu ihlali öğrenen kurum ve kuruluşların gerekli düzeltmeleri yapmaları beklenecektir.

3.7.7.6-Anayasa'nın Yargı Denetimi Dışında Tuttuğu İşlem ve Kararlar

3.7.7.6.1-Anayasa Yargısı Denetimi Dışında Bırakılanlar

3.7.7.6.1.1- Milletlerarası Antlaşmalar

AYM Yasası'nın 45/3.maddesi uyarınca Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlere karşı bireysel başvuru yolu kapalıdır. Anayasa'nın 148.maddesinde açıkça yer verilmeyen bu durum, Anayasa ve AYM Yasasının birlikte incelemesi ile daha iyi anlaşılacaktır.

AYM Yasası'nın 42.maddesine göre “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar aleyhine şekil ve esas bakımından iptal davası açılmaz ve mahkemeler tarafından Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez.*”

Milletlerarası antlaşmalar ile doğrudan birey hak ve özgürlüklerin ihlali mümkün değildir. Dolayısıyla söz konusu düzenlemelerin hayat bulması haklar üzerinde etki doğurması için başkaca ikinci düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır. Bu nedenle bireysel başvuru yoluna konu edilebilecek düzenlemeler yapılan bu ikincil düzenlemeler olacaktır. Milletlerarası antlaşmalara karşı doğrudan bireysel başvuru yoluna başvurulamaz.

3.7.7.6.1.2- Devrim Yasaları

Anayasa'nın 174.maddesine göre “Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacını güden, aşağıda gösterilen inkılap kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, *Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz*”.

Anayasanın bu hükmüne paralel şekilde düzenleme içeren AYM Yasası'nın Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyecek düzenlemeler başlıklı 42/2.maddesinin 2.fıkrası, anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyecek inkılap kanunlarını belirtmiştir. Bunlar aşağıdaki şekildedir:

1. 3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu;
2. 25 Teşrinisani 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun;
3. 30 Teşrinisani 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun;
4. 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikah esası ile aynı kanunun 110 uncu maddesi hükmü;
5. 20 Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı Beynelmilel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun;
6. 1 Teşrinisani 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki hakkında Kanun;
7. 26 Teşrinisani 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa gibi Lakap ve Unvanların Kaldırıldığına dair Kanun;
8. 3 Kanunuevvel 1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun.

3.7.7.6.1.3- Olağanüstü Hallerde, Sıkıyönetim Ve Savaş Hallerinde Cumhurbaşkanının Başkanlık Ettiği Bakanlar Kurulunca Çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnameler

Temel hak ve özgürlüklerinin kullanılmasının nasıl ve ne şekilde sınırlanacağı Anayasa'nın 15.maddesinde, AİHS'in 15.maddesinden esinlenerek (İnceoğlu, 2013a:18), şu şekilde düzenlenmiştir:

“ Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak

ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkra da belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

Madde lafzında herhangi bir sakınca bulunmaması ve hatta uluslararası düzenlemelerden daha ileri koruma öngörmesine rağmen, olağanüstü hal (OHAL) dönemlerindeki uygulamalar ile ilgili olarak Türkiye aleyhine, AİHM tarafından ihlal tespitleri yapılmıştır. Bunun nedenlerinden birisi OHAL döneminde çıkartılan KHK’ların, Anayasa’nın 148.maddesinin 1.fıkrası uyarınca AYM denetimi dışında tutulmuş olmasıdır. Diğer önemli bir nedeni ise, özü itibariyle Anayasa’nın 15.maddesi ile uyuşmayan ve hakkın özüne dokunan KHK hükümlerinin düzenlenerek yürütme organları tarafından uygulanmasıdır (İnceoğlu, 2013a:18)ⁱ.

Anayasada olağanüstü yönetim olarak kabul edilen hallerin üç başlık altında düzenlendiği görülmektedir. Anayasa’nın 119.maddesinde düzenlenen “tabii afet ve ağır ekonomik bunalım nedeniyle olağanüstü hal”; 120.maddesinde “şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması”ndan dolayı kabul edilen olağanüstü hal ve 122.maddesinde yer verilen “sıkıyönetim” halleri, olağanüstü yönetim şekilleridir. Her üç ihtimalde öngörülen OHAL rejiminin yürürlüğe konulması yetkisi Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kuruluna tanınmış; yine bütün hallerde söz konusu bakanlar kuruluna OHAL KHK’ları çıkartma yetkisi verilmiştir. OHAL’e ilişkin kararların Resmi Gazetede yayımının ardından Meclis onayına sunulması diğer ortak noktalarından biridir. Meclis, OHAL kararını kaldırabileceği gibi süresi üzerinde değişiklikler yapabilir(İnceoğlu, 1993:304-304; Oyar, 2013b:102-103).

Görüldüğü üzere OHAL ve sıkıyönetim ilanı sürecinde iki aşama vardır. Bunlardan birisi Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun aldığı OHAL kararı, ikincisi ise söz konusu kararın Resmi Gazetede yayınlanmasını müteakip, konuyu

ⁱ Konuya ilişkin örnek AİHM kararları bkz. *Aksoy v. Türkiye*, 18.12.1996, B.N: 1993/21987; *Demir ve diğerleri v. Türkiye*, 23.09.1998, B.N: 71/1997/855/1062/1064; *Nuray Şen v. Türkiye*, 17.06.2003, B.N: 41478/98; *Elçi ve diğerleri v. Türkiye*, 13.11.2003, B.N: 23145/93, 25091/94.

görüştüp değerlendiren, alınan OHAL kararı üzerinde tamamen ortadan kaldırma, süresinde değişiklik yapma yetkisi çerçevesinde verilen Meclis OHAL kararıdır.

Bakanlar kurulunun OHAL ve sıkıyönetim ilanı kararlarının bir hükümet tasarrufu/idari işlem olmasından dolayı yargı denetimine açık olması gerektiği, aksi kabulün Anayasa'nın 125.maddesinde belirtilen ve idarenin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine tabi olduğuna değinen hükmüne aykırılık teşkil edeceği öğretide genel olarak kabul edilmektedir (İnceoğlu, 1993:316).

OHAL ve sıkıyönetim hakkındaki bakanlar kurulu kararına dair Meclis tarafından verilen “onaylama” kararının, bir parlamento kararı mı, yoksa yasama faaliyeti niteliğinde mi olduğu öğretide tartışmalıdır. Bu hususta Anayasa’da açık bir düzenleme yoktur. Ancak öğretide, konuya ilişkin Meclisin, kişi hak ve özgürlüklerini doğrudan ilgilendiren ve onların önemli ölçüde sınırlandırılmasına ve hatta zaman zaman durdurulmasına zemin hazırlayan, OHAL ve sıkıyönetim onay kararının “yasa” niteliğinde kabul edilerek Anayasa yargısı denetimi içerisine alınmasının önemine dikkat çekilmiştir (İnceoğlu, 1993:3199). Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, bu tür Meclis işlemlerini “meclis kararı” olarak kabul ederek, söz konusu işlemleri denetimi dışında bırakmışⁱ; fakat başka bir kararında Meclis karar sayısına uymaksızın alınan OHAL süresinin uzatılmasına ilişkin meclis kararını “eylemli içtüzük değişikliği” olarak kabul ederek iptal etme yetkisini kendisinde bulmuşturⁱⁱ.

Anayasa'nın 148.maddesinin 1.fikrasına göre “(...) *olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.*”

Anayasa'nın OHAL, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkartılan KHK'in şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırı iddiasıyla AYM önüne götürülemeyeceği kuralının, söz konusu düzenlemelerin yetki tecavüzü, yetkinin kötüye kullanılması ve temel hak ve özgürlüklerin gizli koruma alanına müdahalede bulunup bulunmadığına dair iddiaların AYM tarafından incelenmesini önlemeyeceği, bunu yasaklayan herhangi bir Anayasa hükmü bulunmadığı haklı olarak ileri sürülmektedir (Aliefendioğlu, 1996:150; Aliefendioğlu, 1984:133; İnceoğlu, 1993:338-339).

ⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 24.09.1990, E: 1990/31, K:1990/24 (Söz konusu karar gerekçesi için bkz. Oyar, 2013b:103).

ⁱⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 14.05.1996, E: 1996/20, K: 1996/14 (Oyar, 2013b:104).

OHAL rejimi, normal hukuk sistemi dışında farklı bir alana geçiş yapıldığı anlamına gelmektedir. Bu nokta kişi hak ve özgürlükleri açısından önemli bir ifade etmekte ve önemli sonuçları bünyesinde barındırmaktadır. Bu rejimin temel amacı, olağanüstü hale neden olan sebeplerin ortadan kaldırılmasına katkı sağlamaktır. Bu amaç dışında OHAL'in getirdiği yetkilerin kullanılması AIHS'nin 18.maddesi çerçevesinde kabul edilerek, verilen hakkın kötüye kullanımı olarak AIHM tarafından nitelendirilebilecektir (Oyar, 2013b:104).

3.7.7.6.2- Derece Yargı Denetimi Dışında Bırakılanlar

3.8.7.6.2.1- Cumhurbaşkanı'nın Tek Başına Yaptığı İşlemler

Anayasa'nın 125/2.maddesine göre Cumhurbaşkanı tarafından tek başına yapılan işlemler yargı denetimi dışındadır. Yine 105/2.maddeye göre Cumhurbaşkanı'nın resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine de herhangi bir yargı yoluna başvurulamaz.

Cumhurbaşkanı tarafından “tek başına yapılabilecek işlemlerin” neler olduğu Anayasada veya diğer alt düzenlemelerde açıkça belirtilmemiştir. Zira her ne kadar Anayasa'nın 105/1.maddesinde Cumhurbaşkanı'nın “tek başına yapılacağı belirtilen işlemler”den bahsedilmiş ise de, “belirtilen işlemlerin” neler olduğuna dair bir açıklığa yer verilmemiştir. “Belirtilen işlemlerin” neler olduğu anayasa hazırlık çalışmaları kapsamında Danışma Meclisi Anayasa taslağının 103.maddesinde belirtilmesine karşın, taslakta yer alan bu düzenleme anayasallaştırılmamıştır (Şirin, 2013:307).

Cumhurbaşkanı'nın tek başına kullandığı yetkiler şunlardır (Gözler, 2011:325; Hamdemir, 2013:215-216): Yasama yılının ilk günü TBMM'de açılış konuşması yapmak (m. 104/2/a), tatil veya ara verme sırasında TBMM'yi gerektiğinde resen toplantıya çağırmak (m.93/2), kanunları yayımlamak (m. 89/1), yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı kanunları, bir daha görüşülmek üzere TBMM'ye geri göndermek (m. 89/2, 175/3), Anayasa değişikliğine ilişkin kanunları halkoyuna sunmak (m. 175/3-4), Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açmak (m. 148/1), TBMM Başkanına danışmak şartı ile TBMM seçimlerinin yenilenmesine karar vermek (m. 116), Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek (m. 104/2/b), gerekli gördüğünde Bakanlar Kurulu'na başkanlık etmek ve Bakanlar Kurulu'nu başkanlığı altında toplantıya çağırmak (m.104/2/), TBMM adına Türk Silahlı Kuvvetleri'nin başkomutanlığını temsil

etmek (m. 104/2/b ve m. 117/1), Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde veya ara vermede iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve bu sebeple silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde Türk Silahlı Kuvvetleri'nin kullanılmasına karar vermek (m. 92/2 ve m. 104/2/b), Milli Güvenlik Kurulu'nu (MGK) toplantıya çağırmak ve MGK'ya başkanlık etmek (m. 104/2/b), sürekli hatalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak (m. 104/2/b), Devlet Denetleme Kurulu'nun (DDK) üyelerini ve başkanını atamak (m. 104/2/b), DDK'ya inceleme, araştırma ve denetleme yaptırtmak (m. 104/2/b), Yükseköğretim Kurulu üyelerinin bir kısmını (7 üyeyi) doğrudan doğruya seçmek (m. 104/2/b ve m. 131/2), Anayasa Mahkemesi üyelerinin bir kısmını (4üyeyi) doğrudan doğruya seçmek, Danıştay üyelerinin dörtte birini seçmek (m. 155/3), Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmak (m. 107), Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri'ni atamak ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK)'nın dört üyesini seçmek (m. 159/3).

Cumhurbaşkanı tarafından kullanılan yetkinin kamusal güç bağlamında kabul edilebilirliği tartışmasıdır. Bu halde Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı her işlemin kategorik olarak bireysel başvuru dışında olduğu kabul edilemez. Zira bu yetkilerin nelerden ibaret olduğu hususunda Anayasa'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. AYM, bireysel başvuruya konu edilmesi halinde yapılan başvuruyu kategorik bir incelemeye tabi tutarak hemen reddetmemeli, maddi anlamda bir incelemeye tabi tutarak öncelikle söz konusu işlemin gerçekten Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği bir işlem hüviyetine sahip olup olmadığını tespit etmeye çalışmalıdır. Eğer bu nitelikte olduğu kanaatinde ise başvurunun esasına girmeden reddetmeli, aksi durumda ise söz konusu işleme karşı iç hukuk yolu öngörülüp öngörülmediği, öngörülmüşse bunun kullanılıp kullanılmadığı konusunda bir incelemede bulunarak, belirtilen işlemin bir temel hak ihlaline neden olduğu iddiası var ise bu halde başvuruyu esastan görüşerek karara bağlamalıdır.

Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılan “af” yetkisinin bireysel başvuruya konu edilip edilemeyeceği Alman AYM'si tarafından irdelenmiş, af etme kararının bireysel başvuruya konu edilemeyecek özel nitelikte bir izin yetkisi olduğu kabul edilmiş, ancak af etme kararının geri çekilmesi kararı yargısal denetime tabi bir işlem olarak değerlendirilmiştir (Şirin, 2013:308).

Danıştay vermiş olduğu rektör atamalarına ilişkin kararlarında, Cumhurbaşkanı tarafından salt tek başına değil ve fakat başka kurum ve organların iştiraki veya katkıları vermiş olduğu kararları, cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler arasında kabul etmemişi ve yargısal yönden denetime tabi tutma yetkisini kendisinde bulmuşturⁱ.

3.7.7.6.2.2- Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun Yargı Denetimi Dışındaki Kararları

30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un ‘Bireysel başvuru hakkı’ kenar başlıklı 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

‘Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.’

Anayasa’nın ‘Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’ kenar başlıklı 159. maddesinin 10. fıkrası şöyledir:

‘Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.’

Anayasa’da 2010 yılında yapılan değişiklik ile “disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz” (m. 129/2) hükmüne yer verilmiştir. Ancak “Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır” (129/3) denilerek anılan kişiler ile ilgili disiplin kararlarını yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Bu şekilde bir açıklık getirilmesinin sebebi diğer maddeler ile bir çelişki oluşmasının önüne geçilmesinin istenilmesidir.

Yukarıda belirtilen hüküm nedeniyle, meslekten çıkarma haricindeki kararları dışında, diğer HSYK kararlarına karşı yargı yolu kapalıdır. Yargı yolu kapatılan kararlara karşı, kararın tebliğinden itibaren ilgili hâkim veya savcı 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu ilgili maddeleri uyarınca HSYK bünyesi içerisinde yeniden

ⁱ Danıştay Beşinci Dairesinin 16.05.1993 gün ve E.1992/4035, K.1993/3137 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S.89, s.277; İdari Dava Dairelerinin 04.11.1994 gün ve E.1994/482, K.1994/619 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S.90; Sekizinci Dairenin 31.05.1995 gün ve E.1994/5965, K.1995/1797 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S.91; Besinci Dairenin 24.04.1996 gün ve E.1995/4152, K.1996/1717 sayılı kararı, (<http://www.danistay.gov.tr>).

inceleme ve itiraz usulü öngör÷lm÷ştür. Bu prosedür sonucunda verilen kararlar kesindir. Üyelerinin çoğunluğu hâkim ve savcılardan oluşsa da, kendisi de bir idari kurul olan ve dolayısıyla nitelik olarak kararları idari karar mahiyetinde olan YSK'nın kararlarına karşı idari yargıya başvurulmamasının önemli bir eksiklik olduğunu öncelikle belirtmek isteriz. Bu düzenleme ile yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatının içinin boşaltıldığını söylemek zor olmayacaktır. Zira bu düzenleme ile sıradan kamu görevlilerine nazaran hâkimlik ve savcılık mesleği daha güvencesiz hale getirilmiştir. (Şahbaz, 2011:89-90)

Yargı mensuplarının mesleki kariyerlerinin belirlenmesi noktasında çok önemli etkilere sahip HSYK işlem ve kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun tanınmamış olması, Anayasa değişikliği ile hedeflenen özgürlükleri genişletme eğilimi ile çelişmektedir. Zira sınırlamaların, özgürlüklere göre istisna olması gerekir.

İtalyan yargı sisteminde Anayasa tarafından öngör÷len Yüksek Hâkimler Kurulu, HSYK gibi, kendi bütçesi ve sekreteryası olan özerk bir kuruldur. Bu hukuk sisteminde idari bir kurul olduğu kabul edilen Yüksek Hâkimler Kurulu kararlarının yargısal denetime tabi oldukları ilgili yasal düzenlemede gösterilmiştir. Söz konusu Kurul'un kararları Yüksek Temyiz Mahkemesi Daireler Kurulu önünde itiraza tabi kılınmıştır (Çağlayan, 2011:38).

Anayasa Mahkemesi konuyu önüne gelen bir bireysel başvuruda gündemine almıştır. Başvurucu, idari yargıda gör÷lmekte olan bir davanın hâkimleri hakkında HSYK'ya şikâyetle bulunmuş ve şikâyeti reddedilmiştir. Bunun üzerine anayasal haklarının ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye bireysel başvuru yapmıştır. AYM, AYM Yasası'nın 45.maddesinin 3.fıkrası ile Anayasa'nın 159.maddesini hatırlatarak, HSYK'nın meslekten çıkarma cezası dışındaki kararlarının yargı denetimi dışında bırakıldığı görüşü ile başvuruyu konu bakımından kabul edilemez bulmuşturⁱ.

3.7.7.6.2.3-Yüksek Askeri Şûranın Yargı Denetimi Dışındaki Kararları

Anayasa'nın 125/2 maddesine göre; “Yüksek Askeri Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır”. Bu düzenlemeye 7.5.2010- tarih ve 5982 sayılı kanunun 11. maddesi ile bir istisna getirilmiştir. Buna göre; “Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk

ⁱ AYM, Nesrin Kayserilioğlu kararı, Birinci Bölüm, 16.4.2013, B.No: 2013/1581, AYM Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr.

nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır” (m. 125/2). Değişiklik ile birlikte “terfi işlemleri” ve “kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma” dışında kalan Yüksek Askeri Şura’nın (YAŞ) her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.

Anayasa’da 2010 yılında yapılan değişiklik ile “disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz” (m. 129/2) hükmüne yer verilmiştir. Ancak “Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır” (129/3) denilerek anılan kişiler ile ilgili disiplin kararlarını yargı denetimi dışında bırakmıştır.

3.7.7.6.2.4- Yüksek Seçim Kurulu Kararları

Anayasa’nın 79. maddesinde, Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağı belirtilmiştir. Anayasa’nın 79.maddesinin gerekçesinde *“Yüksek Seçim Kurulu kararlarının kesinliği ve bunlara uyulması tereddütlere yol açtığından bu maddeye Yüksek Seçim Kurulu kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağı esası getirilmiştir.”* denilmiştir.

AYM tarafından Yüksek Seçim Kurulu ve ilçe seçim kurullarının mahkeme sayılamayacağına karar verilmiştirⁱ. Bu husus YSK tarafından AYM’ye itiraz davası açılmasıyla ilgilidir. AYM kararı, YSK kararlarının bireysel başvuruya konu edilmesine engel olacak şekilde yorumlanamaz (Atasoy, 2015:192).

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu eski bir kararında YSK’yı mahkeme olarak kabul etmiş ve *“ YSK’nın altı üyesi Yargıtay, beş üyesi Danıştay Genel Kurullarınca kendi üyeleri arasından seçilen yüksek yargıçlardan meydana geldiğini, öte yandan YSK’nın seçimlerinden yönetim ve denetimi yanında, yine anayasa tarafından seçimlerle ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karar bağlama yetkisi verilmiş olduğunu söyleyerek; özelliği, görev ve yetkileri anayasanın açık hükümleriyle böylesine belirlenen bir kurulun, anayasadaki yeri yargı bölümü olmasa da bunun, YSK’ nın mahkeme olan özelliğini etkilemeyeceğini”* belirtmiştirⁱⁱ. Ancak daha sonraki bir tarihte bir ilçe seçim kurulu tarafından somut norm denetimi kapsamında yapılan

ⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 18.02.1992, E.1992/12, K.1992/7, bkz. 13.05.1992 tarih ve 21227 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 06.03.1973, E. 1972/56, K. 1973/11, bkz. 9.11.1973 tarih ve 14707 sayılı Resmi Gazete.

başvuruyu, ilçe seçim kurulunun mahkeme olmadığı gerekçesiyle reddetmiştirⁱ.

Anayasa Mahkemesi yapılan bir bireysel başvuru ile ilgili verdiği yakın tarihli bir kararında ise “...İlçe Seçim Kurulu Başkanının seçim konularıyla ilgili şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin hükme bağlama görevi yönünden yargısal bir faaliyet icra ettiği ve hâkim bağımsızlığı ve tarafsızlığına sahip olduğu kabul edilmiştir. Bu sebeple, seçim konularıyla ilgili şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin hükme bağlama görevi yönünden İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının klasik yargı teşkilatı içindeki mahkemeler dışında kalan ama yargılama faaliyetinde bulunan organları da kapsayacak şekilde Anayasa’nın 36. maddesinde “yargı yeri” olarak belirlenen organlardan olduğu sonucuna ulaşılmaktadır”ⁱⁱ diyerek ilçe seçim kurullarının yargı organı niteliğine haiz olduğuna hükmetmiştir.

Anayasa hükmü uyarınca YSK kararları aleyhine başka bir mercie başvuru yapılamayacağından dolayı, seçme, seçilme, siyasi faaliyette bulunma veya siyasi parti özgürlükleri gibi siyasal hayata katılım açısından hayati öneme sahip bir çok hak ve özgürlük yolu Anayasa’nın öngördüğü temel hak ve özgürlük koruma mekanizması dışında bırakılma tehlikesiyle yüz yüzedir. Söz konusu kararlara karşı bireysel başvuru yolunun kabul edilmemesi, bu tehlikeyi daha da derinleştirecektir. Zira AYM uygulamasına göre, YSK mahkeme olarak kabul edilmediğinden dolayı, bu kurum tarafından somut norm denetimi yolu ile yasal düzenlemelerin anayasallık denetimine konu edilememektedir (Göztepe, 2011:28; Uzun, 2012a:88).

ⁱ “...Başta Yüksek Seçim Kurulu olmak üzere seçim kurulları Anayasa’nın yargı bölümünde yer almadıkları gibi yargı organlarının sahip olması gerekli olan ve yukarıda sayılan anayasal niteliklerin tümüne de sahip değildirler. Anayasa ve seçimle ilgili yasalara göre, seçim kurulları genelde seçimin yönetim, denetim ve gözetimi ile görevli olan ve istisnai olarak da seçimle ilgili uyuşmazlıkları çözümleyen kuruluşlardır. Seçimle ilgili uyuşmazlıkları kesin nitelikte olarak çözümlemiş olmaları, Yüksek Seçim Kurulu’nun tümünün yüksek yargıçlardan kurulu bulunması, il ve ilçe seçim kurulu başkanların yargıç olmaları bu kurulların mahkeme olarak nitelendirilmeleri için yeterli değildir. Aynı şekilde ilçe seçim kurulu başkanının bazı cezai yaptırımlar uygulamaya yetkili olması da, bu kurul başkanlığının mahkeme sayılmasını gerektirmez. Seçim kurulları ve seçimlerle ilgili yasa hükümleri kendine özgü bir çözüm ve kurallar bütünüdür. Anayasa’nın 79. maddesinde dayanağını bulan seçim yasaları ile bu kurullara ve yargıçlara verilen görevler seçimin sınırları içinde ve kendi bütünlüğü çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu nedenlerle başvuran ilçe Seçim Kurulu Başkanlığı’nın “Mahkeme” deyimi içine girmediği kabul edilerek ileri sürdüğü Anayasa’ya aykırılık gerekçeleri üzerinde durulmadan İtirazın başvuranın yetkisizliği yönünden reddi gerekir.” AYM Kararı, Genel Kurul, 18.02.1992, E.1992/12, K.1992/7, bkz. 13.05.1992 tarih ve 21227 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱ AYM, İsmail Taşpınar kararı, Birinci Bölüm, 06.02.2014, B.N.: 2013/3912, bkz. 13.03.2014 tarih ve 28940 sayılı Resmi Gazete.

3.7.7.6.2.5- Sayıştay Kararları

Anayasa'nın 160.maddesine göre, Sayıştay'ın kesin hükümlerine karşı idari yargı yoluna başvurulamaz. Bu hükmün, Sayıştay kararlarına karşı bireysel başvuru yolunu nasıl etkilediğini tespit edebilmek için, Sayıştay kararlarının niteliğinin, kurum olarak Sayıştay'ın anayasal ve yasal statüsünün tespiti edilmeli gerekir.

Sayıştay, Anayasa sistematigi içerisinde, yüksek yargı organlarının düzenlendiği kısımda yer almıştır. Bunun nedeni ise, asli görev olarak ifa ettiği mali denetim ile ilgili çalışmalarının, raporlarının ve kararlarının yargısal yönlerinin bulunmasıdır (Sabuncu, 1997:206). Anayasa tarafından verilen kararlarına karşı idari yargı yolunun kapatılmış olması, Anayasa koyucu tarafından söz konusu kuruma yüksek hesap mahkemesi sıfatıyla yüksek yargı kurumu olarak kabul edildiği şeklinde de yorumlanabilir (Günday, 2002:373). Sayıştay, mali konularda sorumlu olan kişilerin hesap ve işlemleri ile ilgili olarak kesin hüküm verme görevi çerçevesinde, yaptığı bu faaliyetlerini yargısal bir görev olarak nitelemektedir (Görgün ve Aydın, 2013:78). Herhangi bir hukuka aykırılık iddiasını kesin olarak çözüp hüküm altına alma özelliği gözönüne alındığında Sayıştay'ın mahkeme olarak kabulü gerekir.

Sayıştay'ın sorumluların hesap ve işlemlerini denetleyerek, idari yargı yolu kapalı olacak şekilde verdiği yargısal bir faaliyet sonucunda verdiği kesin hüküm niteliğindeki kararların yanında, Sayıştay aynı zamanda anayasal bir denetleme ve inceleme kuruluşudur (Kaneti, 1990:7). Bu özelliği nedeniyle Sayıştay'ı salt olarak bir yargı organı olarak kabul etmek ve tüm kararlarını bu bağlamda değerlendirmek olanaklı değildir. Sayıştay, “özel görevli idari yargı birimi” olmakla birlikte, idari yargı hiyerarşisi ve düzeni dışında yer almamaktadır.

Anayasa'nın 160.maddesinin 2.fikrasında yer alan “*Vergi, benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyumsuzluklarda Danıştay kararları esas alınır.*” düzenlemesi incelendiğinde, Anayasa koyucunun, Danıştay ile Sayıştay'ı kıyasladığı, benzer uyumsuzluklar ile ilgili karar verebileceğini kabul ettiği, aralarında uyumsuzluk çıkabileceğini öngörerek Danıştay kararına öncelik verdiği anlaşılmaktadır. Anayasa tarafından sorumluların hesap ve işlemlerinin denetlenip nihai olarak karara bağlanmasında Sayıştay'ın bir yargı organı olarak kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Sayıştay kararlarının “kesin hüküm” niteliğinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde de kısaca durmak gerekir. AYM kararlarında Sayıştay’ı “mahkeme” olarak kabul edip adlandırmaktan kaçındığı söylenebilir. Anayasa Mahkemesine göre, Anayasa’nın 160.maddesinde geçen Sayıştay kararlarının “kesin hüküm” olduğuna dair ibareden anlaşılması gereken söz konusu kararların yargı birimlerince verilen yargısal niteliklere sahip hükümlerden olduğunu belirtmek değildir. Burada “kesinlikten” kast edilen şey, söz konusu kararların başka bir idari veya yargı organı tarafından denetlenip değiştirilememesidir. Sayıştay’ın bir kısım kararlarına karşı idari yargı yolunun kapatılmış olması söz konusu organa yargı organı niteliği kazandırmazⁱ. Yine AYM başka bir kararında, kendine özgü bir denetim yapması ve sonucunda yargısal sonuçlu kararlar vermesinin, bir kısım özellikleri nedeniyle Anayasa tarafından yargı bölümünde yer almasının Sayıştay’ı yargı organı haline getirmeyeceğini belirtmiştirⁱⁱ.

Sayıştay tarafından verilebilecek nihai kararlar incelendiğinde, sorumlular hakkında verdiği ve kesin hüküm niteliğinde olan kararlardan tazmin kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun kullanılabileceği söylenebilir. Zira bu kararlar ile kişilerin bir hakkı doğrudan etkilenebilir. Söz konusu karar sürecinde Anayasa ve AİHS ile teminat altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi muhtemeldir (Gürgün ve Aydın, 2012:81-82).

Yorum usulleri çerçevesinde kabul edilen ilkelere birisi istisnaların dar, özgürlüklerin ise geniş yorumlanması gereğidir. Sayıştay ile ilgili olarak Anayasa’nın 160.maddesinde, verdiği kararlara karşı idari yargı yoluna gidilemeyeceğinin belirtilmiş olmasıdır. Söz konusu düzenlemenin AYM Yasası’nın 45/3.maddesi bağlamında, Sayıştay kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun da kapalı olduğu şeklinde yorumlanması doğru değildir. Zira idari yargı yolu ile bireysel başvuru yolu arasında mahiyeti ve sonuçları itibarıyla önemli farklılıklar vardır. Anayasada özellikle idari yargı yolunun belirtilmiş olması, başkaca yargı yollarının zikredilmemiş olması nedeniyle Anayasa’nın 160.maddesi dar yorumlanarak, Sayıştay kararlarının, hak ve özgürlükler açısından önemli bir kurum olan bireysel başvuruya konu edilebilecekleri kabul edilmelidir (Şirin, 2015:51-52).

ⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 11.07.1991, E: 1990/39, K: 1991/21, bkz. 23.05.1992 tarih ve 21236 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 20.11.1996, E: 1996/58, K: 1996/43, bkz. 06.11.1997 tarih ve 23162 sayılı Resmi Gazete.

3.7.7.6.2.6- Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları

Anayasa'nın 158.maddesine göre “*Uyuşmazlık Mahkemesi adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlemeye yetkilidir.*”

Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının bireysel başvuruya konu edilip edilemeyeceklerine ilişkin yaklaşımını AYM, önüne gelen bir başvuru sonucunda vermiş olduğu kararında göstermiştir. Mahkeme kararında Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı kararlar içerisinde olup olmadığını değerlendirme konusu yapmaksızın, başvuruyu başka hususlardan inceleyip kabul edilemez bulmuşturⁱ.

3.7.7.6.2.7- Spor Tahkim Kurulu Kararları

a. Konuya İlişkin Mevzuat ve Arka Plan

Anayasa'nın “Sporun geliştirilmesi ve tahkim” başlıklı 59.maddesinin 3. Fıkrası şu şekildedir:

“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.”

Söz konusu fıkra Anayasa'ya 7/3/2011 tarih ve 6214 sayılı Yasa ile eklenmiştir. Söz konusu Yasanın gerekçesinde “*Anayasada yapılan bu değişiklikle, sportif faaliyetlerinin yönetilmesine ve disiplinine ilişkin ihtilafların süratle ve yargı denetimine tabi olmaksızın kesin olarak çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır. Bu çerçevede ilgili kurulların müsabakalarla, kulüplerle, sporcularla ve sporla ilgili diğer kişiler hakkında verdikleri müsabakadan men, küme düşürme, ligden ihraç, ihraç, seyircisiz oynama ve puan tenzili gibi kararlarına karşı süratli ve kesin bir denetim yolu öngörülmektedir.*” denilmek suretiyle düzenlemenin getiriliş amacı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Yine gerekçe içerisinde “*...sporla ilgili kişilerin kendi aralarında imzaladıkları transfer, geçici transfer, menajerlik, hizmet, vekâlet ve maç organizatörlüğü gibi tüm sözleşmelerden kaynaklanan alacak iddia ve talepleri ile mali haklar, sporun*

ⁱ AYM, Muhammet Kaplan Kararı, İkinci Bölüm, 18.09.2013, B.N.: 2013/1586, bkz. 30.10.2013 tarih ve 28806 sayılı Resmi Gazete.

*yönetilmesi ve disiplinine ilişkin olmadığından bu kapsam dışındadır.*ⁱ” denilmek suretiyle, Anayasa değişikliği ile ilk akla gelen spor uyuşmazlıklarının çözümü ve disiplin suçlarının cezalandırılması sisteminin olağan hukuk düzeninin dışına çıkartılarak, korumasız mı bırakıldığı sorusu cevaplandırılmak istenilmiştir (Ergül, 2015:1).

Bireysel başvuru açısından konunun değerlendirilmesine başlamadan önce, anayasa koyucuyu, Anayasa’nın 59.maddesine 6214 sayılı Yasa ile eklenen üçüncü fıkranın eklenmesine götüren sürece kısaca değinmek, yapılacak yorumlar açısından faydalı olacaktır. Zira bu düzenlemenin arkasında Anayasa mahkemesinin 3289 sayılı Spor Genel Müdürlüğü’nün teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun hakkında vermiş olduğu 2009 tarihli kararⁱⁱ ile 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile ilgili 2011 tarihli kararıⁱⁱⁱ bulunmaktadır. Her iki yasal düzenlemelerde öngörülen Tahkim Kurulu kararlarının kesin olduğu ve bunlara ilişkin yargı mercilerine başvuru yapılamayacağına dair hükümler, AYM tarafından Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir (Öztürk, 2011:605; Ergül, 2015:4-5).

Öğretide haklı olarak Anayasa’nın 59.maddesinde yapılan değişikliğin, AYM tarafından verilen aksi yöndeki kararlarının sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik bir faaliyet olduğu, söz konusu uygulamanın yargı kararlarının bağlayıcılığını düzenleyen Anayasa’nın 138/son ve 153/son hükümlerine aykırı olduğu savunulmuştur. Zira bir yasa hükmünün içerik olarak Anayasaya aykırı olduğuna dair AYM tarafından yapılan bir tespit yasa koyucuyu da bağlar mahiyettedir (Giritli, ve diğerleri, 2011:517).

Anayasa koyucu tarafından, sporun yönetiminde etkin rol oynayan spor federasyonlarının yönetim ve disiplin süreçlerine ilişkin kararlarının zorunlu tahkim yoluyla çözüme kavuşturulması amacı, konuya ilişkin dünyadaki gelişme ve eğilimler ile uyumludur (Küçükgüngör, 2001:146). Zira spor dallarına ilişkin uyuşmazlıkların yargı organlarının müdahalesi dışında oluşturulan, bağımsız hakem heyetleri tarafından çözümlenmesi genel olarak kabul edilen usuldür. FIFA, futbol müsabakalarına ilişkin olarak kendisine bağlı olan federasyonlara tahkim yolunun kullanılmasını öngörmekte,

ⁱ TBMM, 23. Dönem, 5. Yasama Yılı, 09.03.2011 tarih ve E. 2/879, K.24 nolu Rapor, S. Sayısı: 697.

ⁱⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 02.07.2009, E: 2006/118, K: 2009/107, bkz. 19.03.2010 tarih ve 27526 sayılı Resmi Gazete.

ⁱⁱⁱ AYM Kararı, Genel Kurul, 06.01.2011, E: 2010/61, K: 2011/7, bkz. 26.02.2011 tarih ve 27858 sayılı Resmi Gazete.

ulusal mahkemelere başvurmalarını yasaklamakta, gerektiğinde bu konuda üyelerine cezai yaptırım uygulamaktan çekinmemektedir (Öztürk, 2011:604-605).

Konumuz açısından spor federasyonlarının hukuki niteliğinin tespit edilerek, kamu gücü kullanma ayrıcalığına ve bu nedenle bireysel başvuru konusu edilebilecek hak ihlallerine sebebiyet verip veremeyeceklerinin belirlenmesi gerekir. Spor federasyonlarına ilişkin yasal düzenlemeler incelendiğinde, bu kuruluşların özel hukuk hükümlerine tabi olarak faaliyetlerini yürüten tüzel kişilikler oldukları öngörülmüştür. Ancak söz konusu tüzel kişiliklerin özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstermeleri tek başına özel hukuk tüzel kişisi olduklarını göstermesi açısından yeterli değildir. Hizmet yerinden yönetim kuruluşları olan federasyonların, üstlendikleri görev ve bu çerçevede kendilerine tanınan bir kısım yetkiler çerçevesinde durumlarının irdelenmesi gerekir. Anayasa'nın 59.maddesinin 2.fıkrası çerçevesinde federasyonlara tanınan “*spor faaliyetlerinin yönetim ve disiplinine ilişkin*” kararların kişi hak ve özgürlükleri açısından doğuracağı sonuçlar ve bu kararların alınış sürecinde federasyonlara verilen yetkiler gözönüne alındığında, federasyonların “*kamu gücü*” kullandıklarını söylemek güç değildir. Bu nedenle spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetim ve denetimine ilişkin kararlarının idari işlem niteliğinde olduğu kabul edilmelidir (Öztürk, 2011: 615)ⁱ.

Buna paralel olarak Anayasa ile kararlarına karşı tüm yargı yollarının kapatılıp zorunlu kılınan “tahkim kurulu”nun ve kararlarının hukuki olarak niteliğinin belirlenmesi gerekir. Tahkim kurulu kararları yargısal karar niteliğinde midir, yoksa idari işlem değerinde midir? Spor federasyonları açısından Anayasa’da belirtilen “zorunlu tahkim” yolu, normal tahkimden farklı olarak kişilerin iradelerine bırakılan bir husus değildir. Yine Türkiye Futbol Federasyonu’nun en üst hukuk kurulu olan TFF Tahkim Kurulu ile diğer spor faaliyetlerinin düzenlenmesi sürecinde görev alan Tahkim Kurulu, kamusal yetkilerle donatılan ve idari hiyerarşi içerisinde onun bir parçasını oluşturan oluşumlardır. Bundan dolayı söz konusu kurulların, genel tahkim yolunda olduğu üzere, özel kişiler tarafından oluşturulan, tamamen bağımsız ve yansız olduğu söylenemezⁱⁱ. Bu Kurulların dayanağı olan düzenlemelerde, söz konusu kurulda görev yapan kişilerin

ⁱ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.. Öztürk. 2011:610-615.

ⁱⁱ Tahkim kurullarının hukuki niteliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk, 2011:615-622; Ayanoğlu, 2008:66 vd..

bağımsız ve tarafsız olarak çalışacaklarına yer verilmiş olması, söz konusu Kurulları kendiliğinden bu özelliklere sahip hale getirmez. Tahkim Kurulu üyelerinin seçimi, görevden el çektirilmesi, kararlarını oluşturuş şekil ve usulü, kararlarının otoritesi ve etkisi gibi hususlar değerlendirmeye tabi tutularak bir değerlendirme yapılması ve Kurulların bağımsız ve tarafsızlığı belirlenmelidir.

Anayasa'nın 59.maddesinde yer verilen “zorunlu tahkim kurulu”na başvuru ve bu kararların kesin olması, yerli spor adamları için geçerli bir hükümdür. Zira bünyesinde “yabancılık” unsuru taşıyan anlaşmazlıklar ile ilgili olarak uluslararası tahkim yoluna başvurulması mümkündür (Öztürk, 2011:605).

AYM Yasası'nın 45.maddesi “*Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.*” hükmüne haizdir. Bu düzenleme ile Anayasa'nın 59.maddesinde yer alan, spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin idaresine ve disiplin kararlarına karşı sadece “zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir” hükmü incelendiğinde, düzenlemelerin gerek lafzi ve gerekse tarihsel süreç içerisinde Anayasa'nın 59.maddesindeki düzenlemenin bireysel başvuru yolunun ihdasından sonra yapılmış olması durumu nazara alındığında, spor idaresi ve spor ile ilgili disiplin kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun kapalı olduğu değerlendirilmesi yapılabilir.

b. Anayasa Mahkemesinin Konuya Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi spor tahkim kurulu kararlarının bireysel başvuru konusu yapıp yapılamayacağına ilişkin yaklaşımını, kendisine yapılan iki bireysel başvuru kararı ile ortaya koymuştur.

Anayasa Mahkemesinin görüşünü yansıttığı ilk kararı 2012/620 sayılı bireysel başvuru kapsamındadırⁱ. Başvurucu, Türkiye Wushu Federasyonu başkanıdır. Başvuruya konu edilen olay ise Spor Genel Müdürlüğü Merkez Ceza Kurulunca kendisine verilen disiplin cezasına yaptığı itiraz başvurusunun sonuçsuz kalması ve bu nedenle Anayasa'nın 36.maddesi uyarınca tanınan hakların ihlal edilmesidir. Disiplin cezasına konu olan olay ise, başvurucunun Federasyon Başkanı sıfatıyla 2011 yılında Çin'de katılmış olduğu müsabakalarda refakatte götürülen tercümanın gezi sırasında görevinden ayrılarak yurda dönüş yapmaması, kendisi adına ayırtılan dönüş biletinin

ⁱ AYM, Abdurrahman Akyüz Kararı, İkinci Bölüm, 12.02.2013, B.N: 2012/620 bkz. 22.02.2013 tarih ve 28567 sayılı Resmi Gazete.

iptal edildiğinden dolayı tercümanın ülkeye geç gelmesidir. Bundan dolayı başvurucuya Merkez Ceza Kurulu “üç ay hak mahrumiyeti” cezası vermiştir.

Başvurucu gerekçe olarak “*Tahkim Kurulunun bağımsız ve tarafsız olmadığını, kendisine yöneltilen suçlamanın niteliğinden haberdar olmadığını, göstermiş olduğu tanıklarının beyanlarının dikkate alınmadığını, tahkim kurulu kararına karşı itiraz yolunun bulunmadığını*” göstermiştir.

Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde, Anayasa’nın 59.maddesine atıf yapıp, AYM Yasası’nın 45.maddesinin 3.fıkrasının öngördüğü sınırlamayı dayanak göstererek yapılan başvuruyu “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez bularak reddetmiştir.

AYM’nin konuya ilişkin yaklaşımını sergilediği ikinci kararı 2013/850 nolu başvurudurⁱ.Profesyonel sporcu olan başvuru kulübü tarafından, sosyal güvenlik primlerinin sözleşmede öngörülenden farklı şekilde ödendiğini gerekçe göstererek tarafına serbest transfer hakkı tanınması amacıyla başvurduğu Türkiye Voleybol Federasyonu Başkanlığı kararına karşı itirazen Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu’na başvurmuş ve itirazı kabul edilmemiştir.

Başvurucu gerekçesinde “*tavan miktar üzerinden yatırılması gereken sosyal güvenlik primlerinin asgari ücret üzerinden yatırıldığını, bu hususa ilişkin çok açık deliller sunduğu halde Tahkim Kurulunca delillerin yeterli olmadığı yönünde gerekçe oluşturulduğunu, benzer olaylarda talepte bulunan bazı sporcuların başvurularının kabul edilmesine rağmen kendi başvurusunun reddedildiğini, bu durumun eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğunu, aleyhine verilen kararlar nedeniyle serbest transfer hakkının zedelendiğini, ekonomik yönden zarara uğradığını belirterek Anayasa’nın 10., 59. ve 60. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini*” belirtmiştir.

AYM önceki yaklaşımına paralel bir tavır göstererek, benzer gerekçeler doğrultusunda, zorunlu tahkim kararlarına karşı yargı yolunun kapatıldığını ve bireysel başvuruya konu olamayacağını tespit ederek başvuruyu konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur.

ⁱ AYM, Naz Aydemir Kararı, İkinci Bölüm, 19.12.2013, B.N: 2013/850, bkz. 07.01.2014 tarih ve 28875 sayılı Resmi Gazete.

c. Değerlendirmelerimiz

Anayasa'nın 59.maddesi, sporcu veya spor yöneticilerinin anayasal haklarının, anayasa ile güvence dışına çıkartılması anlamına gelmektedir. Bu tür bir yaklaşımın hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı prensiplerine aykırılık teşkil ettiği açıktır. Anayasa koyucu, 59.maddeye eklenen fıkra ile, Anayasanın bütünlüğü çerçevesinde çelişkili bir durumun ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Anayasa'nın 11.maddesine göre “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*”. Bununla birlikte, kişi hak ve özgürlükleri açısından çok önemli kararları almak yetkisine sahip, bünyesinde çalıştığı idari hiyerarşinin etkisine açık, mahkeme ve hâkimlerin sahip olduğu teminatlarla güvencelenmemiş kişilerin görev yaptığı, niteliği itibariyle idari işlem mahiyetinde olan kararlar veren spor tahkim kurulu kararlarının yargı denetimi dışında tutulmuş olması, Anayasanın bütünlüğünü bozan bir durumdur. Yine Anayasa'nın 125.maddesi uyarınca idarenin tüm eylem, işlem ve kararları yargı denetimine tabi tutulmuşken, kullandığı kamu gücü itibariyle idarenin içerisinde yer aldığı açık olan tahkim kurullarının bundan istisna tutulması, bireysel başvuru dahil tüm yargı yollarının önünün kapatılmış olması anlamsızdır.

AYM tarafından spor tahkim kurulları kararları aleyhine yapılan başvurular kategorik bir değerlendirme ve şekli bir nitelendirme sonrasında reddedilmemelidir. Zira Anayasa'nın 59.maddesi uyarınca, spor tahkim kurullarının tüm kararları değil, “*spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararları*” ile ilgili verdiği kararlar kesin niteliktedir. Dolayısıyla yapılan başvuruda, başvuru konusu yapılan hak ihlalinin spor tahkim kurullarının görev ve yetkisi içerisinde kalıp kalmadığı, spor federasyonları tarafından oluşturulan ve tahkime konu edilen kararların spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplin işlemleri ile ilgili olup olmadığı irdelenmelidir. Zorunlu tahkim kurulunun yetkisi dışında kalan bir hak ihlalinin varlığını tespiti halinde Mahkeme, konuya ilişkin gerekli hukuki yolların tüketilip tüketilmediğini belirleyip, gerekli şartların var olduğuna kanaat getirdiği takdirde işin esasını incelemelidir.

Spor federasyonları tarafından kurgulanan sistem ve sisteme aykırı davranışlar sonrasında uygulanan yaptırımların, spor faaliyetlerinin yönetimi ve disiplini ile

ilişkisinin bazı durumlarda kurulması olanaksızdır. Konuya dair bir örnek vermek gerekirse, futbol federasyonunun yayıncı kuruluşla yaptığı anlaşma gereğince, müsabaka sonrasında oyuncuların demecı verme zorunluluğuna uymamaları nedeniyle disiplin yaptırımına muhatap olmaları mümkündür. Böyle bir cezanın spor disiplinini nasıl ve ne şekilde bozduğı izahı zor bir durumdur (Ergöl, 2015:5-6).

Anayasa düzenlemesi öncesinde, Anayasa'nın 59.maddesine eklenen hüküm ile benzer mahiyette düzenlemeler içeren Yasa hükümleri AYM tarafından iptal edilmiş, iptal edilen hükümler anayasa koyucu tarafından Anayasa hükmü olarak Anayasa'ya eklenerek, AYM'nin esas bakımından inceleme yapılmasının önüne geçilmek istenilmiştir. Anayasa'nın açık hükmüne rağmen, AYM'nin zorunlu tahkim kararlarına karşı farklı yorum araçları kullanarak bireysel başvuru yolunu açabilmesi olanaklıdır. Söz konusu hükmün Anayasaya eklenme sürecine ilişkin olarak meclis ve komisyon tutanaklarında, başvurulamayacak yargı mercileri arasında “bireysel başvuru” çerçevesinde AYM olduğuna dair herhangi bir açıklık yoktur. Tarihsel olarak bireysel başvuru düzenlemesinden sonra yapılan bu düzenlemenin tarihi arka planında bu konuda bir değerlendirme yapılmamış olması, anayasa koyucunun bilinçli olarak bu yolu kapatmak istememesi olarak yorumlanabilir.

Yine yukarıda da inceleme konusu yapıldığı üzere Anayasa tarafından öngörölen şey “*tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamamasıdır*”. Tarihsel sürecine bakıldığında, bu yönde bir düzenleme getirilmesinin amacı, uluslararası alanda spor müsabakalarında tahkim usulünün uygulanmasının genel kabul olması çerçevesinde, yargı organlarından ayrı, alanında uzman, daha gevşek usul kurallarını uygulayan ve daha hızlı çalışan tahkim kurullarının işlerlik kazanmasıdır. Zira genel mahkemelerin tabi olduğu usul, uzmanlık alanlarının farklılığı ve işlerinin yoğunluğu spor müsabakalarına ilişkin uyuşmazlıkların doğru ve hızlı şekilde çözümüne engel teşkil edebilmektedir. Anayasa koyucunun kastettiğı şey “olağan” yargı mercileridir. Zira olağan yargı mercilerinin sahip olduğu yetkiler çerçevesinde, kendi yetkisi içerisinde kalan hususlara ilişkin olarak önemli kararlar verebilmesi mümkündür. Bu yetki doğrultusunda verilen bir kararın yürürlüğünü durdurma ve iptal edebilmesi ihtimal dâhilindedir.

3.7.7.7- Yargı Denetimi Dışında Bırakılan Kararlara Karşı Bireysel Başvuru Yapılabilirliğinin İrdelenmesi

Yukarıda genel olarak AYM Yasası'nın 45.maddesinin 3.fikrasında yer alan “...Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz” düzenlemesini açıklamak ve bu kapsama hangi tür işlem ve kararların girdiğini göstermek için Anayasa tarafından Anayasa yargısı ve derece yargısı dışında tutulan kararları inceleme konusu yaptık. Bir kısım başlıklar altında özel olarak, kesin olduğu belirtilen kararlara karşı, hususiyetleri göz önüne alınarak, bireysel başvuru konu yapıp yapılamayacağına ilişkin değerlendirmelerde bulunduk. Yaptığımız açıklamalara ek olarak konuya ilişkin genel bir değerlendirmede bulunulmasının yararlı olacağını düşünüyoruz.

Anayasa tarafından bir kısım kararların kesin olduğunun düzenlenmesi ve bunlara karşı yargı yollarının kapalı olduğunun belirtilmesinin temelinde, bu kararların verildikleri andan itibaren kendilerine bağlanan hüküm ve sonuçlarını doğurmasında kamu yararı görülmesi ve karar veren makamların liyakatlerine duyulan güvendir. Anayasa koyucu bu kararlar aleyhine itiraz edilmesini, bunların başkaca yargı mercileri tarafından incelenip değerlendirilmelerinde fayda mülahaza etmemiştir. Bu durum özellikle derece yargılamasına tabi kararlar için geçerlidir. Bununla birlikte Anayasa yargısı denetimi dışında tutulan işlemler açısından, yasama organının bir kısım konulardaki iradesinin bir yargı organı tarafından incelenmesinin istenilmemesinin gerekçesi, söz konusu işlemlerin Anayasallığından ziyade siyasal niteliklerinin ağır basmasında da aranabilir.

Anayasa tarafından kesin olduğu belirtilen kararlardan kast edilen şey, daha öncede değinildiği üzere, söz konusu kararların başkaca yargı organları tarafından denetlenip değiştirilmelerinin önlenmek istenilmesidir. Zira yargı yolu açık olan işlem ve kararlar, yargı organları tarafından kısmen veya tamamen iptal edilebilmekte ya da yürürlükleri durdurulabilmektedir.

Değişik konu başlıkları altında birçok kez tekrarlandığı üzere bireysel başvuru yolu ikincil ve olağanüstü bir hukuki çare olup, derece yargılaması hiyerarşisinde değerlendirilemez. Bundan dolayıdır ki, Anayasa'nın 148.maddesinde bu yola başvurabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şartı aranmış ve yine

yapılacak incelemede kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağı belirtilmiştir.

AYM Yasası'nın 50.maddesinin 1.fıkrasında başvurucunun hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi halinde AYM, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere de hükmedecektir. AYM, ihlal kararında yerindelik denetimi yapamaz, inceleme yaptığı işlem ve karar niteliğinde karar veremez. Maddenin 2.fıkrasında tespit edilen hak ihlalinin mahkeme kararından kaynaklandığı belirlenmişse, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılması AYM tarafından istenebilir. Buna gerek görülmeyen hallerde ise tazminata hükmedilebileceği gibi bu hakkın elde edilebilmesi için dava açılması yolunu gösterebilir. Görüldüğü üzere AYM tarafından yapılan hak ihlali tespiti, zorunlu olarak ihlale konu işlem ve kararı ortadan kaldırmamaktadır. İstisnai olarak ihlalin mahkeme kararlarından kaynaklı olması halinde AYM'ye ihtiyari bir yetki tanınmış ve yeniden yargılama yolunu açabilme olanağı verilmiştir.

Aleyhlerine yargı yolu kapatılan işlem ve kararlar ile ilgili olarak ayrıntılı düzenlemelere Anayasada yer verilmemiştir. Anayasa tarafından bu tür kararları verecek olan kişi ve kurumlara özel bir değer atfedilmiş ve bunların işlem ve kararları ile temel hak ve özgürlükleri ihlal etmeyecekleri düşünülmüş ise de, uygulamada bunun aksini gösterir birçok örnek bulmak mümkündür.

Temel varlık gayesi hak ve özgürlükleri teminat altına alacak bir hukuk sistemi inşa etmek olan bireysel başvuru yolunun, Anayasa tarafından yargı yolu kapatılan işlemler hakkında da geçerli olduğunu düşünüyoruz. Bunun en temel nedeni Anayasa koyucunun 148/3 ve devamı maddelerinde bireysel başvuru yoluna ilişkin olarak herhangi bir sınırlama öngörülmemiş olmasıdır. Öngörülmeyen bu sınırlamaların yasa ile getirilmesi, kendisine Anayasal bir dayanak bulmakta zorlanacağından, Anayasa'nın 13.maddesine aykırıdır.

Hukuki niteliği itibariyle bireysel başvuru yoluna başvurulması, Anayasa tarafından kesin oldukları belirtilen ve yargı yolu kapatılan işlem ve kararların otoritesine zarar vermeyecek, onların sonuç doğurmasını önlemeyecektir. Yapılacak incelemeler sonucunda hak ve özgürlükler ile ilgili olarak yapılan tespitler, bu kararı oluşturan kişi ve kurumların, daha sonra verecekleri kararlarda daha dikkatli olmalarına neden olacak,

bu noktada kamuoyu oluşmasını sağlayarak, keyfi uygulamaların önünde psikolojik bir bariyer oluşmasını temin edecektir.

AYM Yasası'nın, AYM'ye ihlal kararı neticesinde yeniden yargılama yapmaya hükmetme yetkisi veren 50.maddesinin 2.fıkrasını şu şekilde kabul etmek gerekir: Anayasa ve yasalar tarafından yeniden yargılama yolu öngörülen düzenlemeler açısından AYM'nin böyle bir yetkisi vardır, aksi taktirde yoktur. Bu halde Anayasa tarafından yargı yolu kapatılan kararlar ile ilgili olarak, AYM'nin yeniden yargılamaya hükmetmesi mümkün değildir. Bu durumda AYM'ce yapılması gereken, ihlal kararı ile birlikte ihlal nedenlerini göstermek ve tazminata hükmetmek ya da bunun yolunu göstermektir.

Yine AYM Yasası'nın 50.maddesinin 1.fıkrası uyarınca AYM, yerindelik denetimi yapıp, incelemeye konu işlem ve karar ile ilgili olarak onlar yerine işlem tesis edemeyeceğinden, bireysel başvuru yolunun Anayasaca kesin oldukları belirtilen işlem ve kararlar aleyhine sonuç doğuracak ve onların kesinlik otoritesine zarar verecek mahiyette olduğu söylenemez.

AYM tarafından yapılan hak ihlali tespitleri, verilen kararın esasına ilişkin olmayıp, onların verilmiş, düzenleniş ve yorumlanış şekline dair olacaktır. AYM, hak ihlali olup olmadığını incelerken kanunilik denetimi yapmayacağından, incelemesi de alınan kararın bireysel başvuru kapsamındaki bir hakkın ihlaline neden olup olmadığı ile sınırlı olacaktır. Bu noktada yapılan tespitler söz konusu kurum ve kişiler açısından verdikleri kararları yeniden gözden geçirerek düzeltme yapmaları için onları teşvik edici olabilirler. Ancak bu zorunlu ve bağlayıcı bir sonuç değildir.

Bireysel başvuru yolu niteliği itibariyle son çare olarak başvurulmuş bir hak arama yolu olduğundan, mahiyeti itibariyle de kesin olan kararlara karşı kullanılabilecek bir hukuki çaredir. Nasıl ki Yargıtay ve Danıştay'ın kesinleşmiş kararları bireysel başvuruya konu edilebiliyor ise, bu halde yukarıda belirtilen kişi ve kurumların işlem ve kararlarına karşı, sırf Anayasa'nın bir kısım düzenlemelerin lafzi yorumundan hareketle ve Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğümüz AYM Yasası'nın 45/3.maddesinde yer alan ibareye dayanılarak bireysel başvuru yolu kapatılamaz.

3.8- Bireysel Başvuru Hakkının Sınırlandığı Alanlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Doğrudan Başvurulabilir Mi?

AİHM tarafından, AYM'ye yapılacak bireysel başvuru yolu Türkiye açısından, tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, bireysel başvuruya konu haklar bakımından, bir iç hukuk yolu olarak kabul edilen bireysel başvuru yoluna başvurulup, bu yol tüketilmeden AİHM'e yapılan başvurular, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması gerekçesiyle kabul edilemez bulunarak, reddedilecektir. Ancak AİHM tarafından oluşturulan içtihadın devam edip etmeyeceği, zaman içerisinde değişiklik gösterip göstermeyeceği, AYM'nin bireysel başvurular ile ilgili olarak sergileyeceği performans ile doğrudan alakadardır. Eğer “etkili bir iç hukuk yolu” için AİHM içtihatları ile oluşturulan ölçütlerin yerine getirilmediği tespit edilirse, AİHM tarafından bireysel başvuru yolunun tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmemesi olanaklıdır. Bu kabul edilmeme genel olabileceği gibi, belirli bazı haklar konusunda da olabilir. Bu çerçevede AYM, hak ihlalleri konusunda etkili ve ulaşılabilir şekilde, makul süre içerisinde, ihlalin tüm sonuçlarını ortadan kaldırır tarzda bir pratik geliştirmesi önem arz eder.

AİHM tarafından, Anayasa tarafından insan hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması için öngörülen bireysel başvuru yolunun AİHS 35.maddesi uyarınca tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmesi için, iç hukukta öngörülen yasa yollarının belirli özelliklere sahip olması aranmaktadır. AİHM içtihatları incelendiğinde, iç hukukta öngörülen hukuki çarenin teorik ve pratik olarak “etkin“, “açık“, “ulaşılabilir“, “başvurucunun şikâyetlerini giderebilir“ ve “makul bir başarı imkânı sunabilir“ niteliklere sahip olmasının arandığı görülecektir (Ekinci, 2012:6)ⁱ.

Mahkemeye erişim hakkı Anayasa'da açıkça zikredilmemiş olmakla birlikte, “hak arama hürriyeti” başlıklı 36.maddesine içkin ve onunla bütünleşik olarak varlığı gün yüzüne çıkmaktadır. Bir kişinin ihlal edildiğini iddia ettiği haklarının telafisi için tanınan mahkemeye erişim hakkının, etkili bir biçimde hayata geçirilmesi, teoriden uygulamaya geçirilmesi gerekir (Ekinci, 2014:823-824) Bir kısım idari işlem, eylem ve kararlara karşı yargı yolunun kapatılması, mahkemeye erişim hakkının ihlali anlamına gelecektir (İnceoğlu, 2013b:110).

ⁱ *V/Birleşik Krallık* [BD], B.N: 24888/94, par. 57.

Mahkemeye erişim hakkı mutlak bir hak değildir. Anayasa'nın 13.maddesinde belirtilen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin usul ve ilkeler ışığında bu hakkın sınırlanması olanaklıdır (Tunç, Bilir ve Yavuz, 2014:112-114).

AİHM pratiğinde de, devlet tarafından bu hakkın sınırlanabileceği, ancak bu sınırlamaların hakkın özüne dokunmaması, onu zedelememesi, ölçülü ve dengeli olması gerektiği, yine meşru bir amaç doğrultusunda sınırlamaya gidilebileceği, aksi uygulamaların mahkemeye erişim hakkını zedeleyeceği kabul edilmektedirⁱ.

AİHS md.13 çerçevesinde etkin bir iç hukuk yolunun var olduğunun kabulü için, söz konusu yolun, ihlali veya ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmaya yeterli olanakları sunma kapasitesinin/otoritesinin bulunması gerekir. Bu çerçevede öngörülen kanun yolunun, ihlal devam ediyor ise bunu durdurma, durdurma tek başına bir sonuç vermiyor ise bu durumda ihlal edilen hakkın eski hale iadesini sağlama, durdurma ve eski hale iade halinde dahi hak ihlalinin neden olduğu zarar karşılanamıyor ise tazmin ve benzeri diğer tatmin yollara karar verme yetkisine sahip olması gerekir. Aksi durumda AİHM tarafından, öngörülen iç hukuk yolu etkin bir kanun yolu olarak kabul edilmemektedir (Altıparmak, 2009:69-71)ⁱⁱ.

Anayasa veya alt düzenlemeler tarafından idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun kapatılmış olması, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen Anayasa'nın 125.maddesine ve genel olarak hak arama özgürlüğünü hüküm altına alan 36.maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Söz konusu uygulama AİHS'in 13.maddesi uyarınca hakkı ihlal edilen kişilere etkin bir iç hukuk yolu kurgulama ödevine aykırılık teşkil ettiği gibi kişilerin AİHS md.6 ile güvence altına alınan, bireylerin adil yargılanma hakkının ihlali anlamına da gelecektir.

Bireysel başvuru açısından getirilen sınırlamalar nedeniyle bireysel başvuru yolu, AYM'nin takip edeceği yol ve geliştireceği yorum metotları çerçevesinde, AİHM tarafından ihlal edilen hak ve özgürlüğün mahiyeti ve kendisine has şartları da gözönüne alınarak, etkisiz bir iç hukuk yolu olarak kabul edilerek, doğrudan AİHM'e başvuru yapılmasının yolu açılabilir.

ⁱ *Golder v. Birleşik Krallık*, 21.02.1975, B.N: 4451/70, par.38; *Ashingdane v. Birleşik Krallık*, 28.05.1985, Başvuru no: 8225/78, par.57; *Bayar ve Gürbüz v. Türkiye*, 27.11.2012, B.N: 37569/06, par. 40.

ⁱⁱ Bu konuda AİHM karar incelemeleri için bkz. Yalçın, 2010: 2-24.

3.9-Bireysel Başvurunun Mekânsal Sınırı (Yabancı Kamu Otoritelerinin Hak İhlalleri)

Bireysel başvuru hakkının kullanılabilmesi, “kamu gücü” tarafından ihlal edilen bir hakkın varlığına bağlıdır. Kamu gücünün varlığından bahsedebilmek için, söz konusu gücü kullanan organizmanın, haklı, meşru ve kabul edilebilir bir egemenliğinin olması gerekir. Kamu gücü olarak kabul edilebilecek olsa dahi, yabancı devletin kamu gücünden kaynaklı veya yabancı devletin yasa ve idari işlemlerinin neden olduğu hak ihlallerine karşı, insan hakları ihlallerinin tespiti ve giderilmesi noktasında ulusal bir iç hukuk yolu olan AYM önünde bireysel başvuru yolu kullanılamaz (Şirin, 2013:263-264). Yabancı kamu gücünün sebebiyet verdiği hak ihlalinin Türkiye ülkesi sınırları içerisinde veya sınırları dışında gerçekleşmiş olması önemsizdir.

Önüne gelen bir başvuruda böyle bir durumun var olup olmadığı AYM tarafından hassas şekilde incelenmelidir. Zira haricen yabancı kamu gücü tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen bir işlem, karar veya eylemin üzerindeki perde aralandığında, ulusal kamu gücünün doğrudan veya dolaylı şekilde varlığı ispat edilebildiği takdirde, bu ihlaller de bireysel başvuruya konu edilebilecektir. Bu noktada uluslararası alanda ülkeler arasında imzalanan ikili ve çok taraflı anlaşmalar, uluslararası örgütlerin işleyişleri ve benzer organizasyonlarla gerçekleştirdikleri faaliyetler çok iyi irdelenerek, kamu gücünün yabancılık unsuru net şekilde ortaya konulmalıdır.

Yabancı kamu gücü tarafından ihlal edilen temel hak ve özgürlüklerin korunması ulusal makamlar önünde değil, devletler hukuku çerçevesinde, uluslararası alanda kurgulanan insan hakları koruma mekanizmaları (örneğin AIHM) nezdinde talep edilebilir.

Kamu gücünün kullanımının tezahürü bağlamında “yabancı” kavramı ve statüsünü, klasik egemenlik anlayışı çerçevesinde belirleyip tanımlamak, insan hakları açısından öngörülen uluslararası koruma sistemi ışığında, pek mümkün değildir. Zira ulusal organlar tarafından doğrudan veya dolaylı olarak kamu gücü kullanılması suretiyle, klasik egemenlik sınırları dışında hak ihlali söz konusu olabileceğinden, buna dayalı bireysel başvuru yapılması olanaklıdır.

AIHM tarafından, özellikle Türkiye aleyhine yapılan başvurular üzerinden, tespit edilen ilke ve prensipler bu hususta yol gösterici olabilecek mahiyettedir. Mahkeme Loizidou

v. Türkiye kararında, AİHS'in 1.maddesi bakımından taraf devletler için öngörülen yükümlülüklerin, sadece bir ülkenin resmi sınırları içerisinde geçerli olmadığını, sözleşmeye taraf devletlerin sınırları dışında “etkili denetimi altındaki topraklardaki” (effective control over territory) faaliyetleri açısından da geçerli olduğunu tespit etmişⁱ ve KKTC de gerçekleşen hak ihlallerinden dolayı Türkiye’yi mahkûm etmiştir.

KKTC’nin ayrı bir devlet olduğu ve Türkiye tarafından söz konusu devletin resmi olarak tanınmış olması nedeniyle, burada gerçekleşen hak ihlalleri nedeniyle bireysel başvuru yapılamayacağı görüşü ileri sürülmüştür (Çoban, 2010:196). Buna karşın, apriori olarak böyle bir kabulün uygun olmayacağı, dış politikanın siyasi makamlar tarafından belirlendiği ve bunun sürekli olarak değişkenlik gösterdiği, erkler ayrılığı prensibi çerçevesinde yargı organları tarafından kategorik olarak bir ön kabulün doğru olmayacağı ve AYM’nin her olay için somut koşulları gözüne alarak hak temelli bir değerlendirme yapması gerektiği haklı olarak karşı görüş olarak ileri sürülmüştür (Şirin, 2013:270). Zira Türkiye devletinin egemenlik unsurları tarafından kullanılan kamu gücü vasıtasıyla bir ihlalin var olup olmadığı AYM tarafından olaysal olarak tespit edilmesi gereken bir husustur.

AİHM tarafından sözleşmeye taraf devletlerden birisi tarafından kullanılan kamu gücünün, sözleşmeye taraf olsun veya olmasın, kendisi dışında yabancı ülke toprakları üzerinde kullanılması sonrasında ortaya çıkan hak ihlallerine ilişkin olarak kullanılan başka bir kavram “otorite ve denetim altında olma/olmama”dırⁱⁱ. Öcalan v. Türkiye davasında AİHM, Kenya ülkesinde bulunan başvuruçunun, Türk yetkililere teslim edilmesi sonrasındaki aşamaların Türkiye’nin otoritesi ve denetimi altında gerçekleştiğini kabul ederek başvuruyu değerlendiremeye alıp sonuçlandırmıştırⁱⁱⁱ.

3.10- AİHS Kapsamında Yer Almayan Ancak Anayasada Güvence Altına Alınan Temel Hak ve Özgürlük İhlallerine Karşı Bireysel Başvuru Sorunu

Bir hak ve özgürlüğü niteler ve belirtir şekilde “temel” sıfatının kullanılmasının anlamı, söz konusu hakların normlar hiyerarşisi bağlamında üstünlüğünü ifade eder biçimde algılanmalıdır. Yoksa hukuki anlam ve bağlamı dışında, haklar arasında “temel” ve

ⁱ Loizidou v. Türkiye, 23.03.1995, B.N: 15318/89, par. 62.

ⁱⁱ Öcalan v. Türkiye, 12.05.2005, B.N: 46221/99, par.103.

ⁱⁱⁱ AİHM benzer yaklaşımını Al Saadon ve Mufdhi v. Birleşik Krallık (4.10.2010, B.N: 614/08) ve Issa v.Türkiye (16.11.2004, B.N: 31821/96) davalarında da devam ettirmiştir.

“temel olmayan” ayrımı yapmak felsefi olarak dahi kolay değildir (Shue, 1996:30 vd.). Yasama, yürütme ve yargı organları tarafından kolayca müdahale edilememesi için anayasal düzenlemeler ile güvence altına alınmış hak ve özgürlükler, öğretide, “temel hak ve özgürlükler” olarak kabul edilmektedir (Uygun, 1992:7 vd).

Anayasada güvence altına alınan hangi hak ve özgürlüklerin “temel” olduğu hususunda şekli bir yaklaşım kabul edildiğinde, Anayasa’nın “Temel Hak ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmında yer verilenler ile sınırlı oldukları sonucuna varılacaktır. Buna karşın maddi ölçüt ışığında yapılacak bir yorumda, ikinci kısımda yer verilmemesine karşın, Anayasanın diğer yerlerinde de temel hak ve özgürlük bağlamında kabul edilebilecek hakların varlığı ortaya çıkacaktır. Bireysel başvuru anlamında, “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler” koruma altına alındığından, Anayasa metninin tümünün değerlendirilmesine olanak sağlayan bir yaklaşım tarzı benimsenmelidir.

3.10.1- Anayasa’da Öngörülen Sınırlamanın Değerlendirilmesi

Anayasa ve alt düzenlemelerinde hangi hakların bireysel başvuruya konu edileceğine dair bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak farklı ülke uygulamalarında ya bireysel başvuruya konu olabilecek haklar ya saymaca bir yöntem kabul edilerek tek tek gösterilmekte veya Anayasa’da yer aldıkları bölümler belirtilmek suretiyle gösterilmektedir (Karaman, 2013:161).

Bireysel başvuru konusu yapılabilecek hak ve özgürlüklerin hangileri olduğunun belirlenmesi halinde, bu kategori dışında kalan ve bireysel başvuruya konu edilemeyecek hak ve özgürlüklerin hangileri olduğu tespit edilmiş olacaktır. Zira Anayasa’nın 148/3. maddesine göre bireysel başvuru yolu Anayasa ile güvence altına alınmış tüm temel hak ve özgürlükler için değil, bunlar arasından AİHS kapsamında kalanlar için tanınmıştırⁱ. AYM Yasası’nın 45/1.maddesi, salt olarak AİHS metninde yer

ⁱ “Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa’da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir” (AYM Onurhan Solmaz kararı, Birinci Bölüm, 26.03.2013, B.N.: 2012/1049, par.18, AYM Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr,) .

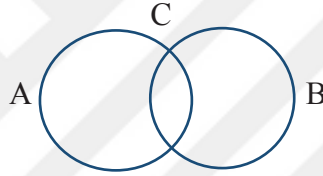
alan temel hak ve özgürlüklerin değil, Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'e ek protokoller kapsamındakilerin de bireysel başvuruya konu edilebileceğini düzenlemiştirⁱ.

Anayasa'nın 148/3.maddesi ve AYM Yasası'nın 45/1.maddesi bağlamında değerlendirebilecek hakları, ikinci bölümde gösterildiği şekilde yeniden matematiksel olarak ifade etmenin konuya açıklık getirmesi noktasında faydalı olacağını düşünüyoruz.

A kümesi: 1982 Anayasasında güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri ifade etsin.

B kümesi: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek protokollerde yer verilen temel hak ve özgürlükleri ifade etsin.

Konuyu kümeleri simgeleyen şekiller üzerinde gösterirsek:



Bireysel başvuruya konu yapılabilecek ne A kümesi elemanlarının tamamı ve ne de B kümesi elemanlarının tümüdür. Her iki kümenin kesişimi oluşturan C kümesi kapsamında kalan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine ilişkin iddialar bireysel başvuru yoluyla AYM önüne getirilebilecektir.

Anayasa koyucu tarafından böyle bir sınırlama getirilmiş olması, bireysel başvuru yolu ile AİHM önünde Türkiye Devleti aleyhine yapılan başvuruların sayısını azaltma ve alternatif bir iç hukuk yolu ortaya koyma çabasıdır. Bu nedenle Anayasa'daki hakların tamamı değil bir kısmı ve fakat Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmeye ek protokollerin kapsadığı hak ve özgürlüklerin tamamı bireysel başvuru konusu yapılmıştır (Sağlam, 2012, Mukayeseli...:756). Temel haklar ve özgürlükler açısından Anayasa hükümlerinin, Sözleşme ve Protokollere nazaran daha geniş bir sınır çizdiği

ⁱ Alman hukuk sisteminde Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular noktasında yetkisi açısından buna benzer bir sınırlama bulunmamaktadır. Hangi tür hak ve özgürlüklerin ihlalinin bireysel başvuruya konu edilebileceği Anayasa'da belirtilmiş, ancak herhangi bir uluslararası metine atıf yapılmamıştır. Bununla birlikte başvuru sahiplerinin başvurularında AİHM ve AİHS'e atıf yapmalarında herhangi bir sakınca yoktur (Mellinghof: 2009: 35).

görülmektedir (Karaman, 2013:161-162). Bir kısım negatif statü hakları ile sosyal hakların tamamı bu bağlamda bireysel başvuruya konu edilemeyecektir (Bulut, 2009:34-38; İncoğlu, 2013a:11)ⁱ.

Türkiye Devleti 4 nolu Ek Protokolü imzalamış, ancak yürürlüğe konmasına dayanak teşkil edecek takip eden süreçleri tamamlamamış ise de öğretide protokollerin imzalanmasının Türkiye’yi bunlara “taraf” yapacağı, daha sonraki işlemler gerçekleştirilmese de burada tanınan hakların bireysel başvuruya konu yapılabileceği de savunulmaktadır (Aydın, 2011:131).

Anayasa’da düzenlenmesine karşın AİHS ve Protokollerde yer almayan haklar genel olarak “sosyal haklar ve özgürlükler” olarak kategorize edilebilecek haklardır. Zira AİHS kapsamında yer alan hakların genel olarak “kişisel (medeni) ve siyasal haklar” olduğu söylenebilir. Sosyal hakların bu Sözleşmede yer almaması nedeniyle Avrupa Konseyi tarafından 1961 yılında “Avrupa Sosyal Şartı kaleme alınmış ve üye devletlerin görüşüne sunulmuştur (Şirin, 2013:447-448). Bundan dolayı sözleşme birinci kuşak haklar olarak kabul edilen yaşam hakkı, işkence yasağı, kişi özgürlüğü, adil yargılanma hakkı gibi hakları kapsamaktadır. Bunun dışında kalan ve ikinci ve üçüncü kuşak haklar arasında kabul edilen sosyal hak ve özgürlükler ile çevre hakkı gibi hakları içermemektedir (İnceoğlu, 2013a:10; Kaboğlu, 2012:57).

Anayasa ile AİHS ve Protokollerde yer verilen temel hak ve özgürlüklerin karşılaştırılmaları ve Anayasa’da yer alan hangi hak ve özgürlüklerin bu bağlamda kabul edilerek bireysel başvuru çerçevesinde korunma talep edilebileceği, şekli bir yaklaşım sergilendiğinde nispeten daha kolay gibi gözükse de, maddi açıdan değerlendirildiğinde çeşitli zorlukları bünyesinde barındırmaktadır. AİHS ve Protokollerde yer alan hakların Anayasa’daki karşılıkları tespit edilirken bir kısım zorluklarla karşılaşılması muhtemeldir. Şöyle ki, AİHS’in bir maddesi ile teminat altına alınan bir hak veya özgürlük, Anayasa’nın değişik maddelerinde dağınık olarak korunmuştur. Bundan dolayı yapılacak değerlendirmelerin Anayasanın bütünlüğü ilkesi ışığında yapılması gerekir (İnceoğlu, 2013a:11).

ⁱ Ekonomik ve sosyal haklar, İspanya, Federal Almanya ve Meksika’da da bireysel başvurunun konusu edilemezler (Kılınç, 2008:24)

Lafzi olarak yapılacak bir değerlendirme, Anayasa'nın 41.maddesinde düzenlenen ailenin korunması hakkının, Sözleşmenin 12.maddesindeki evlenme hakkını kapsamadığı, zira evlenmenin, ailenin kurulmasından daha önceki bir safhayı gösterdiği söylenerek bu hak bireysel başvuru koruması dışında bırakılabilir (Şirin, 2013:444; Aydın, 2011:134).

Görünüşte madde başlıkları benzeşse bile, temel hak ve özgürlüklerin hangi çerçevede güvence altına alındığını izah eden madde içeriklerinde de farklılıklar bulunabilmektedir. Örneğin AİHS'in 5.maddesinde "Özgürlük ve Güvenlik Hakkı" teminat altına alınmış ve yakalanan kişilerin "anladığı bir dilde" yakalama sebeplerini öğrenmesi gerektiği belirtilmiştir. Buna karşın paralel Anayasa'nın "Kişi Hürriyeti ve Güvenliği" başlıklı 19.maddesinde benzer bir güvenceye yer verilmemiştir. Benzer şekilde AİHS'in "Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı" başlıklı 4.maddesinde hiç kimsenin köle ya da kul durumunda tutulamayacağı düzenlenmişken, Anayasa'nın "Zorla çalıştırma yasağı" başlıklı 18.maddesinde benzer bir kayıt yer almamaktadır (Şirin, 2013:444).

Hangi hakların bireysel başvuruya konu edilebileceği değerlendirmesi yapılırken sadece sözleşmede açıkça sayılan haklar değil, AİHM'in içtihatları ile oluşturduğu haklar da gözönüne alınmalıdır (Karaman, 2013:161; Sağlam, 2012, Mukayeseli...). Örneğin, Sözleşme ve ek Protokollerde yer almamasına karşın AİHM, yorum yolu ile bazı hallerde sosyal hakları da inceleme konusu yapmaktadır. Mahkeme'ye göre yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü hakkı ile sağlıklı bir çevrede yaşam, sosyal güvenlik, sağlık hakkı gibi sosyal haklar, Sözleşme ve ek Protokollerin ayrılmaz birer parçasıdır (Karakaş, 2010:37; İnceoğlu, 2013a:11; Arnwine, 2004:242; Göztepe, 2011:37)ⁱ. AİHM uygulamasında sadece AİHS madde metinlerini değil, insan haklarını koruma altına alan diğer uluslararası metinleri (örneğin ILO sözleşmeleri) de kaynak olarak kullanmış, taraf devletlerin bu sözleşmelere taraf olup olmadığına bakmaksızın yorumunda yer vermiştir (İnceoğlu, 2013a:11)ⁱⁱ. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarında, AİHM ile uyumlu bir uygulama gerçekleştireceğinin sinyallerini vererek, bireysel

ⁱ Konuya ilişkin örnek AİHM kararları için bkz. *Feldbrugge v. Hollanda*, 29.05.1986, B.N.: 8562/79, par. 37; *SidabrasandDziautas v. Litvanya*, 24.10.2004, B.N.: 55480/00, par. 47; *GuerraandOthers v. İtalya*, 19.02.1998, B.N: 116/1996/735/932, par. 58.

ⁱⁱ Anayasa Mahkemesi itiraz ve iptal davaları çerçevesinde vermiş olduğu birçok kararlarında destek ölçü norm olarak insan haklarını güvence altına alan uluslararası sözleşmelere atıfta bulunmuş ve hatta bazen onları iç hukuk düzenlemelerinin üstünde değerlendirmiştir. (İnceoğlu, 2013:12-13).

başvuru konusu yapılabilecek haklar ile ayrılmaz bir bütün oluşturacak sosyal, çevre ve sağlık hakkı gibi hakları bireysel başvuru çerçevesinde değerlendirebileceğini belirtmiştirⁱ.

Seçilme hakkı siyasi haklar kapsamında kalması nedeniyle AIHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek Protokollerde yer verilmeyen, bu nedenle bireysel başvuru konusu yapılamayacak haklardandır. AYM vermiş olduğu bir kararında, AIHM uygulaması ile paralel bir yorum yaparak, bireysel başvuru kapsamında değerlendirilemeyecek seçilme ve milletvekili olarak siyasi faaliyette bulunma hakkını, Anayasa'nın 19.maddesinde güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile bağlantılı şekilde yorumlayarak, Anayasa'nın 67.maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştirⁱⁱ.

Sözleşmeye üye devlet organlarının, ulusal mevzuat ile Sözleşme hükümlerini karşılaştırmalarının gerekebileceğini öngören AIHS, böyle bir durumda “*Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz*” (md.53) demek suretiyle konuya yaklaşımını göstermiştir. Bununla insan hakları koruma açısından Sözleşme hükümlerinin asgari bir standart oluşturduğu, ulusal devletlerin bu sınırları daha da genişletmelerinde herhangi bir sakınca olmadığı belirtilmeye çalışılmıştır (Şirin, 2013:448).

3.10.2- Anayasa’da Öngörülen Sınırlamanın Sunduğu Fırsat ve Barındırdığı Tehlike

Anayasa tarafından hangi hak ve özgürlüklerin bireysel başvuruya konu edilebileceğine ilişkin lafzi anlatım belirsizliğe yol açmaktadır. Bu gri alan AYM’ye bu alanda geniş bir takdir hakkı bırakması nedeniyle temel hak ve özgürlükler lehine bir fırsat olarak kabul

ⁱ “Başvurucunun başvuru dilekçesinde ifade ettiği ve Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme hürriyeti, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olmakla beraber, AIHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına girmemektedir. **Başvurucunun çalışma ve sözleşme hürriyeti konusundaki şikâyeti, Anayasa ve Sözleşmenin ortak koruma alanında olan bir başka hakla bağlantılı da değildir.**” (AYM, Nesrin Kılıç Kararı, İkinci Bölüm, 07.11.2013, B.N: 2013/772, par.43, bkz. 05.12.2013 tarih ve 28842 sayılı Resmi Gazete).

ⁱⁱ AYM, İbrahim Ayhan Kararı, İkinci Bölüm 02.01.2014, B.N: 2013/9895, par.73, bkz. 03.01.2014 tarih ve 28871 sayılı Resmi Gazete. Söz konusu kararında AYM, tutuklu olarak yargılaması devam ederken 2011 genel seçimlerinde bağımsız milletvekili seçilen başvurusunun durumunu gözönüne alarak söz konusu kararını oluşturmuştur.

edilebilir. Zira AYM önüne gelen her başvuruyu incelerken, başvuruya konu edilen hakların kapsam içerisinde kalıp kalmayacağını irdeleyecektir. Örneğin AİHS'in 6.maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, Anayasa'nın 36.maddesinde isim olarak düzenlenmiştir. Anayasa düzenlemesinin Sözleşmeye göre daha geniş bir hak yelpazesi öngördüğü açıktır. Bu halde AYM tarafından bireysel başvuru hakkının konusunun Anayasa 148 ve AYM Yasası bağlamında dar bir yoruma tabi tutulması halinde adil yargılanma hakkının sınırları daraltılmış, aksi yol benimsendiğinde ise genişletilmiş olacaktır (Sağlam, 2012, Mukayeseli...).

AYM'nin bireysel başvuruya ilişkin bu güne kadarki yaklaşımı değerlendirildiğinde, dinamik bir yorum metodunu benimsediğini, AİHM uygulaması ve AİHS Sözleşmesindeki bazı hakların içeriğini zenginleştirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır (Özbudun, 2014:188; Sağlam, 2012, Mukayeseli...). AİHS sisteminin temel hak ve özgürlükler hususunda minimum koruyucu standartları belirlediği, ancak daha fazla korumanın önünü tıkamadığı gözönüne alındığında, AYM'nin, temel hak ve özgürlükleri koruyup güvence altına alırken daha özgür ve geniş yorumlar yaparak uygulamasını geliştirmesi, bireysel başvuru yolunun ihdasına uygun bir yaklaşım olacaktır.

Anayasa'nın Temel Haklar ve Ödevler başlığı altında yer almamakla birlikte, AİHS sisteminde öngörülen bir kısım haklar bulunmaktadır. Bu bağlamda değerlendirilen hakların kaderi AYM'nin tavrına göre şekillenecektir. Zira Anayasa'nın 148.maddesinin şekli ve dar yorumu, bir kısım haklar ile ilgili olarak bireysel başvuru yolunu kapatacak ve bu haklar ile ilgili olarak doğrudan AİHM'e başvuru yapılmasını zorunlu kılacaktır. Bu ise bireysel başvuru yolu ile öngörülen, iç hukuk sisteminde, AİHM benzeri, temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu bir merci oluşturarak, buraya giden başvuruların sayısının azaltılması amacına aykırı bir duruma neden olacaktır. AYM'nin hak ve özgürlüklerin Anayasa sistematğinde düzenlendiği yere bakmaksızın, AİHS sistemi ile teminat altına alınan haklar ile ilgili olarak, anayasanın neresinde yer alırsa alsın, *"Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden... birinin"* ihlali durumunda bireysel başvuruya konu edilebilmelerinin yolu açılmalıdır (Sağlam, 2012, Mukayeseli...).

SONUÇ

Çalışmanın başında belirtildiği üzere insan hak ve özgürlükleri bir bütünlük ifade ederler. Bir hak ve özgürlüğün ihlal edilmesi, ona tanınan güvencenin ortadan kaldırılması şeklinde tezahür edebileceği gibi, yasal olarak varlığı kabul edilen bir hak, değişik düzenlemeler vasıtasıyla içi boşaltılarak, dolaylı şekilde de kişilerin elinden alınabilir. Bireysel başvuru yolundaki asıl amaç, temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğini düşünen bireye doğrudan anayasa mahkemesine başvurma olanağı tanımaktır. Bireysel başvuru hakkının anayasada tanınmasına rağmen akabinde çıkartılan kanunlar vasıtasıyla bu hakkın kullanımına sınırlamalar getirilmesi bireysel başvurunun amacı ile bağdaşmayacaktır.

Bu bağlamda; tezin ilgili bölümlerinde açıklandığı ve gerekçeleri ortaya konulduğu üzere 6216 sayılı AYM Yasası ile bireysel başvuru hakkının kullanımına ilişkin bir kısım sınırlamalar getirilmesi, bireysel başvuruyu düzenleyen Anayasaya ve bireysel başvurunun amacına aykırı olmuştur.

Yasa koyucunun bir kısım endişeler ve gereklilikler çerçevesinde söz konusu sınırlamaları getirdiği ileri sürülebilir. Yasa koyucunun öncelikle yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında uyumu tesis etme ve korumayı amaçladığı söylenebilir. Kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların inceleme konusu yapılamayacağının belirtilmesi (Anayasa m.148/4), yasama işlemleri ve düzenleyici işlemlere karşı bu yolun kullanılamaması, Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa tarafından yargı denetimi dışına bırakılan işlemlerin bu yolun kapsamı dışında bırakılması (AYM Yasası, m.45/3), kamu kurumlarına bu yola başvurma hakkı tanınmaması (AYM Yasası m.46/2) bu kaygılar doğrultusunda düzenlenmiştir.

Yasama organı tarafından yapılan yasal düzenlemeler ile Anayasa'nın 148/3.maddesinde öngörülme-yen sınırlamaların AYM Yasası ile getirildiği görülmektedir. Bunun temelinde yukarıda genel olarak belirtilen endişeler yatmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'ne karşı bir güvensizlik bulunduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır. Zira AYM'nin kuruluşundan bu güne kadar, önemli bazı kavram ve kurumlar ile ilgili olarak süreç içerisinde farklı kararlar verebilmiş olması, bireysel

başvuru yolunda da benzer şekilde hareket edebileceği endişelerini akıllara getirmiş ve bir kısım sınırlamalar bu nedenle öngörülmüş olabilir.

Bireysel başvuru yolunun olağan bir yargı yolu olmaması, ikincil bir hukuki çare olarak öngörülmüş bulunması, bu yola konu edilebilecek işlem ve kararlarının incelemeye konu edilebilecek yönlerinin sınırlı olması ve ihlal kararlarının doğrudan işlem ve kararı ortadan kaldırmaması ile yasa koyucu tarafından yeni bir derece yargı yolu oluşturulmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır. Kamu gücü kullanıcıları arasında sahip olduğu yetkiler çerçevesinde çok önemli bir konuma sahip bulunan yasama ve yürütme organının bir kısım işlem ve kararlarının, üçüncü erk olan yargı erki tarafından tartışılmasının önüne geçilmek amaçlanmıştır. Bu şekilde erkler arası güçler dengesinin yargı erki lehine çevrilmesi önlenmek istenmiştir.

Temel varlık gayesi hak ve özgürlükleri teminat altına alacak bir hukuk sistemi inşa etmek olan bireysel başvuru yolunun, belirtilen kaygılarla sınırlanmasının AY'nın 13 ve 148. maddesindeki düzenlemelere aykırı olduğu gibi bazı yönleri itibariyle de hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığını düşünüyoruz.

Zira, bireysel başvuru yolunun, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve güvence altına alınması noktasında önemli bir rolü olduğu kabul edilmiştir. Bu özelliği itibariyle bireysel başvuru, Anayasa ve AİHS bağlamında teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerle çok sıkı bir ilişki içindedir. Bundan dolayı, bireysel başvuru için getirilecek sınırlamaların Anayasa'nın 13.maddesinde öngörülen sisteme uygun olması gerekir (Şahbaz, 2011:81; Ermenek, 2013:28; Şirin, 2013:26-27). Söz konusu sisteme göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın sadece Anayasa'da belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bireysel başvuru yolu açısından öngörülecek sınırlamaların Anayasal bir dayanağının bulunması, söz konusu hakkın kullanımının özüne dokunmaması ve kanunla yapılması gerekir.

Öte yandan bireysel başvuru yoluna müracaat eden kişi bir yandan ihlal edilen kişisel hakkının korunmasını talep ederken, diğer taraftan zedelenen, bozulan, aksayan hukukun ve kamu düzeninin onarılmasını da istemektedir. AYM tarafından tespit edilecek ihlal oluşturacak noktalar, idari ve yargı organları açısından eğitici bir etki oluşturacak, bunların mevcut ve gelecekteki uygulamalarında daha dikkatli ve özenli davranmalarına sebebiyet verecektir. Bireysel başvuru hakkının kullanımına sınırlama

getirilmesi veya idari ve yargı organlarının, AYM tarafından yapılan tespitler çerçevesinde eylem ve kararlarını genel olarak bir daha benzeri ihlallere sebebiyet vermesinin önüne geçecek şekilde düzeltmemeleri, bireysel başvuru ile öngörülen hakların korunması sistemini etkisizleştirecektir (Mellinghof, 2009:33; Kılınç, 2008:27).

Bu noktada bireysel başvuru hakkına kişi yönünden getirilen bir kısım sınırlamaların Anayasa'ya aykırı olduğu ayrıca müessesenin amacına da uygun olmadığı düşüncesindeyiz. Zira Anayasa'nın 148.maddesinde "herkes" ibaresi kullanılmışken, AYM Kanunu ile bu ibare bireysel başvuru hakkının özünü etkileyecek şekilde daraltılmıştır.

Kamu tüzel kişileri yönünden konu ele alındığında; Kamu tüzel kişilikleri, her kişi gibi (gerçek veya tüzel) adil yargılanma hakkının öznesi konumundadırlar. Zira adil yargılanma hakkı hukuk düzeninin ve hukuk devleti ilkesinin temel ve kurucu unsurudur. Adil bir yargılanma sürecinde, yargılamaya iştirak eden tüm öznelerin ortak amaca özgülenmiş ortak iradeleri ve çabaları gerekir. Mahkemenin eylem ve kararları kadar, davanın taraflarının fiil, söylem ve tavırları da adil yargılanmanın bir unsurudur. Gerçek kişilere nazaran, sahip oldukları yetkiler ve objektif ödevler çerçevesinde kamu tüzel kişilerinin adil yargılanma sürecinde faaliyet göstermekten ve bu süreçte hak ve sorumluluk sahibi olmaktan men edilmeleri düşünülemez. Kamu tüzel kişilerinin muhatapları ile kurduğu ilişkide, diğerlerine nazaran sahip olduğu eşitsiz yetki ve güç, yargılama süreçlerinde geçerli değildir. Yargılama süreçlerinin kendine has usul ve kuralları bulunmaktadır. Maddi alanda sahip olunan yetki ve güçler, yargılama sürecinde anlamını yitirirler. Bundan dolayı adil yargılanma hakkı talebi ve bu süreçte yapılan ihlallere karşı bireysel başvuru yetkisinin kamu tüzel kişilerinden sakınılması amaçsal açıdan da tutarlı değildir (Şirin, 2013:247; Özbey, 2013:240; Ermenek, 2013:27).

Öte yandan tüm kamu tüzel kişiliklerini aynı kategoride değerlendirmek, kamu tüzel kişilerinin sosyal ve ekonomik hayatta özel hukuk hükümlerine tabi olarak gerçekleştirdikleri işlem, eylem ve kararların çeşitliliği, bir kısım kamu tüzel kişiliklerinin özerk yapıya sahip olmaları (EPDK, BDDK, TMSF vs) gibi hususlar göz önüne alındığında görüldüğü kadar kolay gözükmemektedir. AIHM tarafından

öngörülen yaklaşım kabul edilerek, her tüzel kişilik, yasa ile kurulup kurulmaması veya yönetiminde devletin hisse payının miktarı tek başına baz alınarak bir çıkarım yapılmamalıdır. Başvuruya konu edilen ihlale konu hak çerçevesinde, kamu tüzel kişiliğinin özel hukuk rejimine tabi olup olmadığı, hukuk tarafından kendisine belirli ayrıcalıkların tanınıp tanınmadığı, mevcut olayda kamu gücünü kullanarak kendisine bir üstünlük sağlayıp sağlamadığı gibi hususlar irdelenerek bir sonuca varılmalıdır.

Aynı kapsamda özel hukuk tüzel kişileri açısından da Anayasa'nın 148/3.maddesinde belirtilmeyen bir sınırlamanın, AYM Yasası ile öngörülmüş olması, normlar hiyerarşisi gözönüne alındığında, Anayasa'ya aykırıdır. Toplumsal hayatın gelişmesinde, bireylerin hak ve özgürlüklerin korunması noktalarında çok önemli görevler ifa etmesi Anayasa tarafından öngörülen özel hukuk tüzel kişilerinin, görev ve fonksiyonlarını yerine getirmelerini sınırlayarak onları durağan hale getirebilecek Yasal düzenlemeler Anayasa'nın ruhuna ve özüne aykırıdır. Bu noktada 13.1.2011 tarihli HMK'nın 113.maddesi çerçevesinde “topluluk davası” adı altında dernek ve tüzel kişilere verilen dava açma yetkisinin, bireysel başvuru noktasında sınırlandırılması anlamsız olup, yasa koyucu açısından önemli bir tutarsızlığı da beraberinde getirmektedir. Aynı doğrultuda dernek ve sendikalar gibi, varlık gayeleri üyelerinin hak ve özgürlüklerini koruma altına almak olan ve bunları, üyelerine karşı daha güçlü silahlara sahip gerçek ve tüzel kişilerin eylem, işlem ve kararlarına karşı korumak olan tüzel kişiliklerin bireysel başvuru haklarının “sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edilmesine” indirgenmesi izahı güç bir durumu da beraberinde getirmektedir.

Diğer taraftan özel hukuk tüzel kişileri kendi iradeleri ile değil ve fakat ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık nedeniyle kamu gücü kullanan bir otorite tarafından varlıklarına son verilmiş ve onun yerine geçmiş ise bu halde yapılan bireysel başvuruların akıbeti ne olacaktır? Kanaatimizce bu halde özel hukuk tüzel kişilerinin hak ve yetkilerini geçici bir süre üstlenen kamu otoritelerinin, söz konusu kişiliğin tüm hak ve yükümlülüklerini olumlu yönde devam ettirmeleri zorunlu olduğundan, sonuçları itibariyle lehe olacağı kabul edilmesi gereken bireysel başvuru davalarına müdahil olarak devam ettirmelidirler. Bu kabul, bireysel başvuru yolundan beklenen ve hak ve özgürlükler açısından önemli sonuçlar doğurabilecek objektif niteliği açısından da gereklidir.

Bu doğrultuda Bağımsız İdari Otoriteleri'nin durumu da tartışılmalıdır. BİO'lar, klasik kamu tüzel kişiliklerinin sahip olduğu anlam ve kapsamın dışında, farklı bir gaye ile kurulmuş, çok önemli yetkiler ile donatılmış ve belirli mesuliyetler yüklenmiştir. Bu çerçevede kuruluş amaçlarına uygun olarak faaliyette bulunmaları için kendilerine tüzel kişilik tanınarak idari organizasyonlarını kurma olanakları ile harcamalarında kullanılmak üzere özel bütçe tahsis edilmiş, özel nitelikler aranan üyelerine belirli teminatlar verilmiştir. Bütün bunlar ile değişken bir yapıya sahip olan yasama ve yürütme organlarının keyfi müdahalelerinin önlenmesi sağlanmıştır. Bu amaç ile bağdaşmayacak şekilde, doğrudan veya dolaylı olarak siyasilerin işlem ve kararları ile faaliyet sahalarına müdahalede bulunularak, yine doğrudan veya dolaylı olarak bireylerin hak ve özgürlüklerini tehlikeye sokacak kamu gücü kullanımları aleyhine, derece yargılaması sonrasında, bireysel başvuru yolunun kapalı olduğunun kabul edilmesi düşünülemez. Açık Yasal düzenlemeye rağmen, BİO'lar tarafından yapılan bireysel başvuruları AYM'nin kategorik olarak reddetmeyerek işin esasına girip inceleme yapmasının, sonucuna göre önemli bir ihlalin varlığını tespit etmesi durumunda, kadının soyadı sürecinde olduğu gibi, Yasal düzenlemeyi ve iptal başvurusunu reddettiği kararını görmezden gelip ihmal ederek karar vermesinin uygun olacağını düşünüyoruz.

Bireysel başvuru yoluna kişi yönünden getirilen sınırlamaların yanında, konu yönünden bazı sınırlamaların getirilmesi de birçok yönden eleştiriye ve çözüme muhtaçtır. Çalışmada bu konuya ilişkin detaylı tespit ve eleştiriler sunulmuştur. Burada da konuya ilişkin görüş ve önerilerimizi sunmak isteriz.

Bu noktada bireysel başvuru hakkının Anayasa tarafından yargı yolu kapatılan işlemler hakkında da geçerli olmalıdır. Bunun en temel nedeni Anayasa koyucunun 148/3 ve devamı maddelerinde bireysel başvuru yoluna ilişkin olarak herhangi bir sınırlama öngörülmemiş olmasıdır. Öngörülmeyen bu sınırlamaların yasa ile getirilmesi, kendisine Anayasal bir dayanak bulmakta zorlanacağından, Anayasa'nın 13.maddesine aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Nitekim hukuki niteliği itibariyle bireysel başvuru yoluna başvurulması, Anayasa tarafından kesin oldukları belirtilen ve yargı yolu kapatılan işlem ve kararların otoritesine zarar vermeyecek, onların sonuç doğurmasını önlemeyecektir. Yapılacak

incelemeler sonucunda hak ve özgürlükler ile ilgili olarak yapılan tespitler, bu kararı oluşturan kişi ve kurumların, daha sonra verecekleri kararlarda daha dikkatli olmalarına neden olacak, bu noktada kamuoyu oluşmasını sağlayarak, keyfi uygulamaların önünde psikolojik bir bariyer oluşmasını temin edecektir.

AYM Yasası'nın, AYM'ye ihlal kararı neticesinde yeniden yargılama yapmaya hükmetme yetkisi veren 50.maddesinin 2.fıkrasını şu şekilde kabul etmek gerekir: Anayasa ve yasalar tarafından yeniden yargılama yolu öngörülen düzenlemeler açısından sadece AYM'nin böyle bir yetkisi vardır, aksi taktirde yoktur. Bu halde Anayasa tarafından yargı yolu kapatılan kararlar ile ilgili olarak, AYM'nin yeniden yargılamaya hükmetmesi mümkün değildir. Bu durumda AYM'ce yapılması gereken, ihlal kararı ile birlikte ihlal nedenlerini göstermek ve tazminata hükmetmek ya da bunun yolunu göstermektir.

Bireysel başvuru yolu zaten mahiyeti itibariyle kesin olan kararlara karşı kullanılabilecek bir hukuki çaredir. Nasıl ki Yargıtay ve Danıştay'ın kesinleşmiş kararları bireysel başvuruya konu edilebiliyor ise, Anayasa'nın yargı denetimi dışında tuttuğu işlem ve kararlarına karşı, sırf Anayasa'nın bir kısım düzenlemelerin lafzi yorumundan hareketle ve Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğümüz AYM Yasası'nın 45/3.maddesinde yer alan ibareye dayanılarak bireysel başvuru yolunun kapatılamayacağı düşüncesindeyiz.

Yine AYM Yasası'nın 50.maddesinin 1.fıkrası uyarınca AYM, yerindelik denetimi yapıp, incelemeye konu işlem ve karar ile ilgili olarak onlar yerine işlem tesis edemeyeceğinden, bireysel başvuru yolunun Anayasaca kesin oldukları belirtilen işlem ve kararlar aleyhine sonuç doğuracak ve onların kesinlik otoritesine zarar verecek mahiyette olduğu söylenemez. AYM tarafından yapılan hak ihlali tespitleri, verilen kararın esasına ilişkin olmayıp, onların veriliş, düzenleniş ve yorumlanış şekline dair olacaktır. Bu noktada yapılan tespitler söz konusu kurum ve kişiler açısından verdikleri kararları yeniden gözden geçirerek düzeltme yapmaları için onları teşvik edici olabilirler. Ancak bu zorunlu ve bağlayıcı bir sonuç değildir.

Diğer bir husus da kesinleşmemiş bazı kararlar aleyhine bireysel başvuruda bulunabilmenin önemidir. Bireysel başvuru hakkının ikinciliği prensibi gereği başvurudan önce tüm iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Bunun istisnası tüketilmeyen iç hukuk yolunun etkisiz kabul edilmesidir. Hukuk sisteminde öngörülen

idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesinin beklenmesi, bireylerin hak ve özgürlükleri açısından telafisi güç bir zarara yol açacak veya yargısal ve idari başvuru yollarının sorunun çözümünde etkisiz olacağı düşünülüyor ise ya da başvurunun sonucu genel bir öneme sahip ise bu durumlarda öngörülen hukuki çare etkin kabul edilemeyecektir (Oder, 2011:102). Tüm iç hukuk yolları tüketilmeden yapılan başvurularda, başvuru sahibi tüketilmeyen iç hukuk yollarına hangi sebeple başvurmadığını açıklamalı, AYM’de tüketilmeyen başvuru yollarının etkili bir iç hukuk yolu olup olmadığını incelemelidir. AYM inceleme sonucunda tüketilmeyen başvuru yollarının başvuru açısından etkili bir yol olmadığını kanaat getirir ise bireysel başvuruyu esastan inceleyecektir. Aksi durumda AYM’nin şablon ve lafzi bir inceleme ile başvuru yollarının tüketilmediği yolun etkili bir yol olup olmadığını incelemeyen doğrudan başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesi ile kabul edilmez bulması, AYM’nin de bireysel başvuru açısından AİHM tarafından etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmemesi riskini ortaya çıkarabilir.

Bu itibarla AYM’nin önüne gelen başvurularda hassas ve AİHM içtihatlarını da dikkate alarak bir inceleme yapması gerektirir. Aksi halde AYM’nin takip edeceği yol ve geliştireceği yorum metotları nedeniyle, bireysel başvuru yolu, AİHM tarafından ihlal edilen hak ve özgürlüğün mahiyeti ve kendisine has şartları da gözönüne alınarak, etkisiz bir iç hukuk yolu olarak kabul edilerek, doğrudan AİHM’e başvuru yapılmasının yolu açılabilir.

Tartışılan diğer bir nokta da yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru hakkının kapatılmasının yerinde olup olmadığıdır.

Bu bağlamda; yasalara karşı doğrudan bireysel başvuru hakkının tanınmaması, yasaların doğrudan bireysel bir hak ihlaline neden olmadığı gerekçesi ile bir ölçüde kabul edilebilir gibi gözükse de, ihlale sebep olan olgu bizzat ihlale konu olaya uygulanan yasanın anayasaya aykırılığından kaynaklanıyorsa burada AYM’nin harekete geçmesi ve yasanın anayasaya aykırılığını Genel Kurul önüne taşıyabilmesinin gerekli olduğu düşüncesindeyiz. Zira Bireysel başvuru yolu sürecinde Anayasaya aykırılığı şüphesi taşıyan bir yasal düzenlemenin, başvuruyu inceleyecek Bölüm tarafından Genel Kurul önüne getirilmesi mantıklı ve kısa yol iken; bu olanağın AYM Yasası ile ortadan kaldırılmaya çalışılarak, yasaların yeniden yargılama yapacak mahkemeler vasıtasıyla

dolambaçlı ve daha zahmetli ve uzun sürecektir bir yöntem ile somut norm denetimi vasıtasıyla AYM önüne getirilmesini beklemek anlamsızdır.

Doğrudan yasaların hak ve özgürlük ihlaline neden olması ve bu durumun AYM tarafından etkin şekilde denetlenememesi, söz konusu hak ve özgürlükler açısından bir iç hukuk yolu olarak AYM'ya yapılacak bireysel başvurunun AİHM tarafından etkin bir iç hukuk yolu olup olmadığının sorgulanmasına neden olacaktır. Asıl düzenleniş gayesinden birisi AİHM önündeki Türkiye aleyhine yapılacak başvuru sayısını azaltmak olan bireysel başvuru yolunun, kısmen etkin olmadığının AİHM tarafından tespit edilmesinin yolunun açılması, abesle iştigal etmeyeceği varsayılan yasa koyucu açısından abes olacaktır.

Bölümler “mahkeme” sıfatına ve yetkilerine haiz olduğundan, önlerine gelen bireysel başvurular çerçevesinde, hak ihlallerinin doğrudan veya dolaylı olarak yasa normundan kaynaklandığına kanaat getirmeleri veya tarafların bu yöndeki iddialarını ciddi ve ikna edici bulmaları halinde, söz konusu normu iptal için “itiraz” yoluyla Genel Kurul önüne getirmeleri mümkündür. Bu hususta Bölümler resen hareket edebilirler. İtiraz yoluna gidilmesi konusunda tarafların talepte bulunmaları halinde, Bölümler ilgililerin sundukları hukuki gerekçelere dayanmak zorunda değildirler. Bireysel başvurunun amaçlarından birisinin de objektif anayasa hukukunun geliştirilmesi olduğu gözönüne alındığında böyle bir sonuca varılması kabul edilmelidir (Melinghof, 2009:38; Kaplan, 2013:182-183).

Yasalara karşı bireysel başvuru yapılamayacağına ilişkin hükmün uygulanmaması gereken diğer bir görünümü de bireysel nitelikte yasalardır. Kanaatimizce mevcut durumda Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel işlem niteliğindeki yasal düzenlemeler ile ilgili, bireylerin tek başvuracakları yolun AYM önünde bireysel başvuru olduğu gözönüne alınıp, başkaca çözüm yolu olmadığı kabul edilerek, kadının soyadı davasında sergilediği tavır doğrultusunda, AYM Yasası'nın 45.maddesinin üçüncü fıkrasını görmezden gelip ihmal ederek başvuruları kabul edip esasa girmeli ve şartlar oluştuğu takdirde iptal kararı verebilmelidir. AYM denetiminden iptal davası neticesinde geçen bireysel işlem niteliğindeki yasal düzenlemelerin somut norm denetimine tabi tutulması olanaklı değildir. Çünkü bu işlemler ilk derece mahkemeleri önünde davaya konu edilemezler.

AYM Yasası'nın 45/3.maddesi ile yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yolunun kapatılmak istenilmiş olması nedeniyle, bu noktada AYM tarafından yapılması gereken, ya AYM Yasası'nın 46/2.maddesinde öngörülen sınırlama sebeplerini görmezden gelerek ihmal etmesi veya bireysel başvuruyu “somut bir dava” kabul ederek, bu hususu somut norm denetimi çerçevesinde Genel Kurul önüne götürerek, Yasa'nın iptalini sağlamak olmalıdır.

Nitekim, insan hakları koruma mekanizmalarının çalışma usul ve esasları açısından temel kabulü, bireysel hak ve özgürlüklerin potansiyel olarak devlet iktidarı tarafından tehdit edildiği savına dayanır. Bireysel başvuru davasına konu yasal düzenlemeyi, gerekli hassasiyeti göstermeyerek yasalaştıran yasama organından, AYM tarafından bireysel başvuru davası çerçevesinde vermiş olduğu ihlal kararında belirttiği ilke ve prensipler çerçevesinde kendiliğinden harekete geçerek ilgili yasaı gözden geçirmesini bekleyip temenni etmek hak ihlalleri açısından devleti daha güçlü ve bireyi korumasız hale getirecektir.

İnsan hak ve özgürlüklerine ilişkin bireysel başvuru yolu ile oluşturulan anayasal koruma mekanizmasının etkin şekilde çalışmasını temin etmek, objektif sonuçlar doğurmasını sağlamak için, AYM kararlarının ihlale dayanak teşkil eden işlem ve karar üzerinde, onun tüm olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırabilme otoritesinin bulunabilmesi gerekir. Hak ihlalinin doğrudan yasal düzenlemeden kaynaklanması halinde AYM'nin sadece ihlal tespiti ile yetinmesi, söz konusu yasal düzenlemenin anayasallık denetimini yapamaması, bireysel başvuru ile öngörülen amaçlarla bağdaşmamaktadır. Mevcut yasal düzenlemenin temel hak ve özgürlükleri yasama organı ve dolayısıyla yürütme erki lehine korumasız bıraktığı söylenebilir.

Bireysel başvuru yolu ile öngörülen ve beklenen sonuçlardan biri, hak ve özgürlükler konusunda zamanın ve olayın şartlarına göre dinamik ve yaşayan bir insan hakları hukuku oluşturması konusunda AYM'ye taktir hakkının tanınmasıdır. AYM'nin dar kalıplar içerisinde hapsedilmeye ve çalışmaya zorlayan her Yasal düzenleme, Anayasa'nın 148/3.maddesinde yer alan düzenlemenin lafzına ve ruhuna aykırılık oluşturacaktır. Bu noktada karşılaştırmalı hukukta Almanya örneğinde olduğu ve AİHM uygulamasında gözlendiği üzere, bireysel başvuru davasını görececek AYM'ye geniş bir uygulama ve yorum sahasının bırakılması yararlı sonuçlar doğurabilecektir.

Bireylerin birçoğu teknik hukukun gerekliliklerinden ziyade, sonuçta ne olup olmadığı ile ilgilidirler. AYM tarafından bireysel başvuru yolunda hak ihlaline sebebiyet verdiği tespit edilen bir yasal düzenlemenin, bu karara rağmen halen varlığını devam ettirmesi bireyler açısından anlamlandırılabilir bir sonuç değildir. Daha önceden hak ihlaline dayanak oluşturan bir yasal düzenlemenin kendisine uygulanması nedeniyle hakkı ihlal edilen birey nezdinde doğrudan, diğer kişiler nezdinde ise dolaylı olarak hukuk devleti, Anayasa ve yasalara olan güven ve itimat zedelenecaktır. Zira Anayasa yargılama hukukunun ilkeleri ve hukuk devletinin gereklilikleri ile erkler aykırılığı prensibi çerçevesinde izahı zor olan bu durumun, bireylere izahı mümkün değildir.

Bireysel başvuru nedeniyle her hak ihlali için AYM tarafından uygun bir tazminat ödenmesi kararlaştırılabilir. Hak ihlaline neden olan ve AYM tarafından bu niteliği tespit edilen bir yasal düzenlemenin varlığını koruyarak yeni hak ihlallerine neden olması, devletin birden fazla tazminat ödemesine neden olacaktır. Toplanan vergilerle ödenen bu tazminatların, hangi gerekçe ile ödendikleri, erkler aykırılığını benimsemiş, hukuk devletine saygı duyduğu iddiasında olan bir devlet tarafından vatandaşlarına izah edilemez, mazur gösterilemez.

Türkiye’de bireysel başvuru hakkının tanınmasına ilişkin Anayasa’nın 148 ve 6216 sayılı AYM yasasındaki düzenlemeler incelendiğinde bireysel başvuru kurumunun ihdas edilmesindeki temel önceliğin AİHM’ne Türkiye aleyhine açılan davaların azaltılmasına verildiği kanaatindeyiz. Zira başvuru hakkı kapsamındaki haklar tayin edilir iken AİHM’nin inceleme kapsamında olanlarla sınırlanması ve başvuru hakkına getirilen diğer sınırlamalar dikkate alındığında düzenleme yapılır iken asgari şartları taşıma endişesinin yattığı öne çıkmaktadır. Oysa bireysel başvuru hakkının tanınmasının amacı; özelde başvuru sahiplerinin temel hak ve özgürlüklerine karşı yapılan ihlallerin önlenmesi genelde ise toplumdaki temel hak ve özgürlüklerin korunması ve bunlara saygı noktasındaki bilincin arttırılarak toplumsal yaşam kalitesinin artırılmasıdır. Bireysel başvuru sayesinde Türkiye aleyhine AİHM’ne açılan dava sayısının azalması ise tali bir sonuçtur ve başvuru hakkının tanınmasının amacı olamaz. Başvurunu sonuçlarından biri merkez alınmak suretiyle düzenlemeler yapılmasının müessesinin işlevselliğinin sağlayamayacağı düşüncesindeyiz. Bu nedenle bireysel başvuru kurumunun gerçek amacına uygun düzenlemeler yapılması veya uygulayıcı olan Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlar yoluyla bu sakıncaları ortadan kaldırması gerekir.

Türkiye’de bireysel başvuru hakkının kullanımına getirilen sınırlamaların aşılmasında Anayasa Mahkemesi’ne büyük sorumluluk düşmektedir. Zira çalışma boyunca açıklandığı üzere Türkiye’de bireysel başvuru hakkının kullanımına ilişkin getirilen bir kısım sınırlamalar bireysel başvuru hakkının özünü etkileyecek niteliktedir. Bu durum bireysel başvurunun, kanun koyucunun öncelediği, AİHM tarafından etkili bir iç hukuk yolu olarak görülmemesi riskini de taşımaktadır. Bundan öte sınırlamalar nedeniyle bireysel başvuru kurumu asıl amacı ve işlevi olan bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını etkili ve beklendiği ölçüde yapamayacaktır. Bu risklerin ortadan kaldırılması adına gerekli yasal düzenlemeler yapılmalı, düzenlemelerde asıl ölçüt olarak temel hak ve özgürlüklerin etkili kullanımı olmalı, bir kısım bürokratik ve idari kaygılardan uzak durulmalıdır. Bu bağlamda, gerekli düzenleme yapılsa da yapılsa da Anayasa Mahkemesi’nin, dar, şablon ve lafzi yorumu esas alan kalıplardan sıyrılarak, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının asıl amaç olduğu felsefesine uygun ve buna imkan sağlayan tüm argümanları kullanmak suretiyle, Anayasanın temel hak ve özgürlükleri koruma işlevi gören tüm maddelerini bütüncül bir bakış açısıyla ele alarak, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına dair Türkiye’nin taraf olduğu ilgili sözleşme ve protokoller ve AİHM içtihatlarını da dikkate alarak özgürlükçü bir anlayışla oluşturacağı içtihatlar yoluyla belirtilen kaygıları gidermelidir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Akıncı, M. (1999). *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Algan, B. (2007). *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*. Ankara.
- Aliefendioğlu, Y. (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Aliefendioğlu, Y. (1997). *Anayasa Yargısı*, Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Aliyev, C. (2010). *Anayasa Şikâyeti*. İstanbul: Beta yayıncılık.
- Alongoya Y., K. Deren ve N. Yıldırım . (2005). *Medeni Usul Esasları*. 5. İstanbul: Alkim Yayınları.
- Altıparmak, K. (2009). Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?. K.Altıparmak (ed.), *50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başarı mı? Hayal Kırıklığı mı? İçinde*. Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 60-108.
- Anayasa Mahkemesi, (2013). *Bireysel Başvuru Örnek Kararları*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- Anayurt, Ö. (2004). *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel başvuru yolu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Armağan, S. (1967). *Anayasa Mahkememizdeki Kazai Murakabe Sistemi*, İstanbul.
- Arslan, R. (1977). *Medenî Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*. Ankara.
- Arnwine, E. S. (2011). “Türkiye’de Anayasa Şikayeti”, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Atasoy, H. (2015). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Koşulları*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Atar, Y. (2011). *Türk Anayasa Hukuku*. Konya: Mimoza Yayınları.
- Atar, Y. (2003). *Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın Kuruluşu Üzerine karşılaştırmalı Bir İnceleme ve Anayasa Değişikliği Önerisi*. Ankara: TBMM Başkanlığı Yayınları.
- Ayanoğlu, T. (2004). *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, İstanbul: Legal Yayıncılık.

- Aybay R., F. Sağlam, S. Batum, O. Uygun, K. Kanadoğlu, E. Göztepe, F. Bilir ve T. Ergül. (2007) *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Başlar, K. (2005). *Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı*, Ankara: Roma Yayınları.
- Batum, S. (1996). *Avrupa insan Hakları Mahkemesi ve Türkiye*, İstanbul: Kavram Yayınları.
- Batum S., F.Yenisey, C. Erkut ve S. Inceoğlu. (2003). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu*. İstanbul: TÜSİAD Yayınları.
- Baysal, M. (2011). Güney Kore Cumhuriyeti Anayasa Şikâyeti Uygulaması. M. Sağlam(Ed) *Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru “Anayasa Şikâyeti”* içinde. Ankara: HUKUB Yayınları, 178-201.
- Bilge, N. (1973). *Medenî Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme*, Ankara: Anka Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Bilgili, F. (2002). Adi Ortaklıkların Fiil ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi’nin Verdiği Yeni karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum. A. Kendigelen (ed.) *Prof Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı* içinde. İstanbul: Beta Yayınları, C.1, 197-214.
- Bilir, F. (2006). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yargılama Yetkisi*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Bulut, N. (2009). *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, İstanbul: XII Levha Yayınevi.
- Çağlayan, R. (2001). *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması ve Sonuçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Çınar, İbrahim. (2013). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü. M. Sağlam (ed.). *Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri* içinde. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 165-224.
- Çoban, A. R. (2010). Bireysel Başvuru: Türk Anayasa Mahkemesi İçin Ağır İş Yükü Sorunu, A. Taşkın (ed.) *AIHM ve Türkiye II: Anayasa Şikâyeti ve AIHM* içinde. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 185-214.
- Çoban, A.R. (2011). Yeni Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun Mahkemenin İş Yükü Açısından Değerlendirilmesi. M. Sağlam(Ed) *Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru “Anayasa Şikâyeti”* içinde. Ankara: HUKUB Yayınları, 161-177.
- Çoban, A. R. (2015). Kabul Edilebilirlik Ölçütü Olarak Başvurunun Anayasal Önemi, M. Sağlam (ed.) *Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*. İçinde. Ankara: HUKAB Yayınları, 123-151.

- Deynekli, A. (2011) , Yargıtay'ın Anayasa Şikâyetine Bakışı. M. Sağlam(Ed) *Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru "Anayasa Şikâyeti"* içinde. Ankara: HUKUB Yayınları, 77-88.
- Dinç, G. (2006). *Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*. Ankara: TBB Yayınları.
- Doğru, O. (2010). *Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Dutertre, G. (2005). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar*. Avrupa Konseyi Yayını.
- Dural, M. ve O. Tufan. (2010). *Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C.II*. İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Duran, L. (1982). *İdare Hukuku Ders Notları*. İstanbul.
- Ekinci, H. ve M. Sağlam. (2014). *Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- Ekinci H. (2011). Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü. M. Sağlam (Ed) *Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru "Anayasa Şikâyeti"* içinde. Ankara: HUKUB Yayınları, 137-160.
- Er, S. (2012). 1982 Anayasası'nda ve Türk Anayasa Yargısında Yabancıların Hak ve Özgürlüklerine Bakış. *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, içinde. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- Ercan, İsmail. (2013). *Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: XII Levha Yayınları.
- Ercan İbrahim. (2001) Güncel Tartışmalar ışığında Hukuk Yargısı bağlamında Alman İstinaf Sistemi, A. Kendigelen (ed.) *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı. C.I*, içinde. İstanbul: Beta Yayıncılık, 671-742.
- Erdal, U ve H. Bakırcı. (2006). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi Uygulama El Kitabı*, World Organisation Against Torture (OMCT), Cenevre.
- Erdoğan, M. (2007). *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara: Orion Yayınevi.
- Ergül, E. (2012). *Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması*, Ankara: Yargı Yayınevi.
- Ergül, E. (2004). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*. Ankara: Yargı Yayınevi.
- Gemalmaz, M.S. (1997). *Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye-1, Kabul edilebilirlik Kararları*, İstanbul.
- Giritli İ., P. Bilgen, T. Akgüner ve B. Kahraman. (2011). *İdare Hukuku*, 4. İstanbul.

- Göksu, H.T ve S.Gülener. (2014). Mahkemenin Yetkisine İlişkin Kabul Edilebilirlik Kriterleri. M. Sağlam ve H. Tuna (ed.). *Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi* içinde. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 23-98.
- Gören, Z. (2006). *Anayasa Hukuku*. Ankara.
- Gören, Z. (1999). *Anayasa Hukukuna Giriş*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.
- Gören, Z. (2011). *Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Gören, Z. (2013). *Bireysel Başvuru Türk Anayasa Yargısında*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Gözler, K. (2009a) *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- Gözler, K. (2009b). *İdare Hukuku. cilt 1-2*. Bursa. Ekin Yayınevi.
- Gözler, K. (2011). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. 11. Bursa: Ekin yayınları.
- Göztepe, E. (1998). *Anayasa Şikayeti*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 530 - AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 45.
- Gözübüyük, A.Ş. (1987). Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna Kimler Başvurabilir. *İnsan Hakları Yıllığı, C. 9*. Ankara: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayını,
- Gözübüyük, A.Ş. (2010). *Anayasa Hukuku*. 17. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gözübüyük, A. Ş. (1987) Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı. *İnsan Hakları Yıllığı C.9*. Ankara.
- Gözübüyük, A.Ş. ve G. Feyyaz. (2007). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*.7. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gözübüyük, A. Ş. ve T. Tan. (2008). *İdare Hukuku, Genel Esasları, C.I*. 6. Ankara.
- Gözübüyük, A. Ş. ve T. Tan. (2008). *İdare Hukuku, Yargılama Hukuku, C.II*. 6. Ankara.
- Guerra, L. L. (2010). İspanya Uygulaması: Amparo Başvurusu, A. Taşkın (ed.) *AİHM ve Türkiye-II, Anayasa Şikayeti ve AİHM*, içinde. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları,69-76.
- Gülener, S. (2013). Mukayeseli İnsan Hakları Hukukunda Temyiz Merci Şikâyetlerinin İstisnai bir Alanı Olarak “Keyfilik” Kriteri. M. Sağlam, S. Gülener ve R. Kaplan (ed.) *Bireysel Başvuru İncelemeleri-1* içinde, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 53-86.
- Günday, M. (2002). *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi.

- Haris, D.J., M. O'Boyle, E.P. Bates ve C.M. Buckley. (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Avrupa Konseyi: Oxford University Press.
- İnceoğlu, S. (2013a) Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi. S.İnceoğlu. (ed.). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* içinde. Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 7-22.
- İnceoğlu, S. (1993). İnsan Hakları Açısından Kriz Hukuku ve 1982 Anayasası. *Facultatis Decima Aniversaria (10. Yıl Armağanı)*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- İnceoğlu, S. (2013b). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*. 4. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Kabaoğlu, İ. Ö. (2010). *Anayasa Hukuku Dersleri*. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Kaboğlu, İ. Ö. (2002). *Özgürlükler Hukuku*. 6. Ankara: İmge Kitabevi.
- Kabaoğlu, İ. Ö. (2012). Anayasa'da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları. İ. Kaboğlu. (ed.) *Anayasada Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)* İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Kaboğlu, İ. Ö. (2007). *Anayasa Yargısı Avrupa Modeli, ve Türkiye*. 4. İstanbul: İmge Kitabevi.
- Kalabalık H. (2008). *İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kuramları*. Sakarya.
- Kalabalık H. (2013a). *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Kalabalık H. (2013b). *İdari Yargılama Usulü Hukuku*. Konya: Sayram Yayınları.
- Kalabalık H. ve M. Erdem. (2014). *Temel Hukuk Bilgisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kanadoğlu, O.K. (2004). *Anayasa Mahkemesi*, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Kaplan, R. (2013) “*Kanuna Karşı Bireysel Başvuru*” . M. Sağlam, S. Gülenner ve R. Kaplan (ed.) *Bireysel Başvuru İncelemeleri-1* içinde, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 155-195.
- Karakaş, I. (2010). Süregiden Sorunlara Yeni Cevaplar. A. Taşkın. (ed.) *AIHM ve Türkiye-II, Anayasa Şikayeti ve AIHM* içinde. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 34-43.
- Karaman, E. (2013). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, İstanbul: XII Levha Yayınları.
- Kaya, E. (2013). Bireysel Başvurunun Anayasa Yargısına Etkisi: On Yıl Yasağı ve Kadının Soyadı Örneği. , M. Sağlam, S. Gülenner ve R. Kaplan (ed.) *Bireysel*

Başvuru İncelemeleri-I içinde, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 117-154.

Kılınç, B. (2011). Federal Almanya’da Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Yolu. B. Yücel ve İ. G. Şen (ed.). *Anadolu Üniversitesi- Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu (26 Kasım 2010)* içinde. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi yayınları No: 2193- Hukuk Fakültesi Yayınları No. 10.

Kıratlı, M. (1966). *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını.

Kırıt, E. (2010). Anayasayı Yenileme Süreci Ayırışmadan Uzlaşmaya: Yargı. *Anayasa Kurultayı. Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu’na Armağan*. Ankara: Ankara Barosu Yayınları, s.90-109.

Korkmaz, R. (2014). *Medeni Usul Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.

Köküsarı, İ. (2009). *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, İstanbul:XII Levha Yayınları.

Kunig, P. (2011a). Türkiye İçin Bir Örnek: Federal Almanya’da Bireysel Başvuru M. Sağlam(Ed) *Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru “Anayasa Şikâyeti”* içinde. Ankara: HUKUB Yayınları, 37-52.

Kunig P. (2011b) : “Anayasa Şikayeti ve Yargı Sistemi Üzerindeki Etkileri- Almanya Deneyimi”, D. Dursun (çev). O. Ergül (ed.) *Uluslararası Sempozyum, Ankara, 19-20 Mart 2010, Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim (Türkiye’de Anayasal Değişim Beklentileri)* içinde, Ankara: TBB Yayını, 321-337.

Kunter, N., F. Yenisey ve A. Nuhoglu. (2006). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık.

Kuru, B., R. Arslan ve E. Yılmaz. (2012) *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 23. Ankara: Yetkin Yayınları.

Kuru, B. (2015) *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 1. İstanbul: Legal Yayınevi.

Kuş, M.(2014). Örnek Uygulamalar Işığında Bireysel Başvuru ve Geleceği. S. Yokuş (ed.). *Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti)* içinde Ankara: Seçkin Yayınları.

Kuzu, B. (1985). *Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler*, İstanbul.

Letsas, G. (2007). *A Teory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. New York: Oxford University Press.

Mavcic, A. (2001). *The Constitutional Rewiew*. The Netherlands: Book World Publications.

Muşul, T. (2012). *Medeni Usul Hukuku*, 3. Ankara: Adalet Yayınevi.

- Nalbant, A. (2010). Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru, A. Taşkın (ed.) *AIHM ve Türkiye-II, Anayasa Şikâyeti ve AIHM*, içinde. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 215-240.
- Öden, M. (2010). Anayasa Hukuku Açısından Çekişmesiz Yargı. *Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan* içinde. Ankara: Adalet yayınevi, 511-528.
- Oder, B. E. (2011) Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda (Anayasa Şikayeti) Etkin ve Etkili Kullanım Sorunları, M. Sağlam (Ed) *Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru "Anayasa Şikâyeti"* içinde. Ankara: HUKUB Yayınları, 89-106.
- Oyar, O. (2013a). Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki. S. İncoğlu (ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)* içinde. Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 53-96.
- Oyar, O. (2013b). Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi. S. İncoğlu (ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)* içinde. Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 97-111.
- Özay, İ. (2004). *Gün Işığında Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Özbey, Ö. (2013). *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özbudun, E ve Y. Aliefendioğlu. (1988). Türkiye Raporu, *Anayasa Yargısı (VII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, 26-30 Nisan 1987, Lizbon)* içinde. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 187-188.
- Özbudun, E. (2011a). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özbudun E. (2014) *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay.
- Özdek Y. (2004). *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*. Ankara: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü insan hakları araştırma ve derleme merkezi yayınları.
- Öztürk, K.B. (2011). İdarenin Denetlenmesinde Zorunlu Tahkim Yolu, *Zabunoğlu Armağanı* içinde. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 603-632
- Pazarcı, H. (2001). *Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Pekcanitez, H., O.Atalay ve M. Özekes. (2011) *Medeni Usul Hukuku*, 10. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Pekcanitez, H., O.Atalay ve M. Özekes. (2015) *Medeni Usul Hukuku Ders kitabı*, 3. Ankara: Yetkin Yayınları.

- Pimentel, D. (2011). Dünyada Anayasa Şikayeti Uygulamaları. M. Sağlam(Ed.) *Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru “Anayasa Şikâyeti”* içinde. Ankara: HUKUB Yayınları, 53-76.
- Rüstemzade, A. (2011). Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinde; Anayasa Şikayeti ve İncelenmesi. M. Sağlam(Ed.) *Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru “Anayasa Şikâyeti”* içinde. Ankara: HUKUB Yayınları, 202-228.
- Sabuncu, Y. (1997). *Anayasaya Giriş*. Ankara: İmaj Yayınevi.
- Sağlam, F.(2012). “Anayasa Şikâyeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar. E. Göztepe ve A.Çelebi (ed.), *Demokratik Anayasa* içinde, İstanbul: Metis Yayıncılık.
- Sağlam, F.(2011). Anayasa Şikâyetini Bekleyen Sorunlar. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/ Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)* içinde. Ankara: TBB Yayınları, 20-31.
- Sağlam, M. (2012). Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Ülkemizde Bireysel Başvuru (6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun). *Prof. Dr. Mehmet Akad’a armağan* içinde, İstanbul:Der Yayınları, 751-798.
- Sağlam, M. (2012) 1982 Anayasası ve 6216 sayılı Kanun Çerçevesinde Bireysel Başvuru Konusu Haklar, *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, içinde, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- Sağlam, M. (2011) Bir Hak Arama Yolu Olarak Bireysel Başvuru. B. Yücel ve İ. G. Şen (ed.). *Anadolu Üniversitesi- Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu (26 Kasım 2010)* içinde. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi yayınları No: 2193- Hukuk Fakültesi Yayınları No. 10,
- Shue, H. (2009). “*Temel Hakların Evrenselliği*”İ. İnce (çev.) *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*. İ. Kuçuradi (haz.) Ankara: Hacettepe Üniversitesi Yayınları.
- Şahbaz, İ. (2011). Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/ Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)* içinde, Ankara: TBB Yayınları, 71-128.
- Şimşek, T. (2011) İdari Yargı Açısından Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı . *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/ Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)* içinde, Ankara: TBB Yayınları, 129-140.
- Şirin, T. (2013). *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel başvuru), İnsan Hakları Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*. İstanbul: XII Levha Yayınları.
- Tanör, B. (1998). *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.

- Tanör, B. ve N. Yüzbaşıoğlu. (2012). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta yayıncılık.
- Tezcan, D., M. R. Erdem ve O. Sancaktar. (2004). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Teziç, E. (2012). *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Teziç E., Y.Yıldızhan, K.Bayraktar ,E. Yurtcan, S. Öztekin, S. Batum ve N.Yüzbaşıoğlu. (1998) *Yargılama Düzeninde Kalite*. İstanbul: TÜSİAD Yayınları.
- Tikveş Ö. (1982). *Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.
- Tunç, H., F. Bilir ve B.Yavuz. (2014). *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Turan, H. (2015) Bireysel Başvuru Yolunun Tanımı, Amacı ve Özellikleri. H. Turan ve R. Kaplan (ed.). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri*, içinde. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları,1-25.
- Ulutürk, G. H. (2014). Anayasa Mahkemesi (AYM)'nin Güncel Kararları Çerçevesinde Tutuklama Kurumuna Bakış. *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, C:I*, içinde. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1677-1710.
- Ural, S. S. (2013). *Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru*, Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Uygun, O. (1992). *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Uzun, C. D. (2012a). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu Başlarken Beklentiler ve Riskler*. Ankara:, Çankaya University Journal of Law.
- Üstündağ, S. (1997). *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul: Alfa Yayınları.
- Yaman, H.(2004). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Müracaat Usul ve Esasları*, Ankara: Kalemci Matbaacılık.
- Yılmaz, H. (2005). İdarenin Görse-İşitsel İletişim Alanındaki İşlevi. *Doktora Tezi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü .
- Yokuş, S. (2014). Türkiye'de Anayasa Şikâyetini Hazırlayan Koşullar. S. Yokuş (ed). *Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti)*, içinde. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Yüzbaşıoğlu, N. (2000). İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması. B. Tanör, İ. Kaboğlu ve F. Sağlam vd (ed.). *İnsan Hakları* içinde. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 397-406.

Zafer, H. (2014). Tutuklama Koruma Tedbirine İlişkin Bazı Hususların Bireysel Başvuru Kararları Kapsamında Gözden Geçirilmesi. *Prof. Dr. Feridun Yenisey Armağanı, C:1* içinde. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1095-1120.

Sürekli Yayınlar

Algan, B. (2014). Bireysel Başvurularda “Açıkça Dayanaktan Yoksunluk” Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 63. 2, 247-284.

Aliefendioğlu, Y. (1984). Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu. *Anayasa Yargısı Dergisi*. 1, 101-137.

Armağan, S. (1971). Fedaral Almanya’da Anayasa Şikayeti. *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 7. 54, 53-75

Arnwine, E. S. (2003). İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 52.4, 249-271.

Atasoy, H. (2012). Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 9, 71-89.

Ayanoğlu, T. (2008) Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği. *TBB Dergisi*. 74, 43-76.

Aydın, Ö. D. (2011).Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XV- 4, 121-170.

Aydın, S. (2013). Türk Hukuk Sisteminde Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru. *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*. 80, 5-87.

Azrak Ü. (1962). Türk Anayasa Mahkemesi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 28, 649-700.

Baamonde, M.E.C. (2009). Amparo Başvurusu. *Anayasa Yargısı Dergisi*. 26, 101-110.

Babayiğit M. (2016). Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu. *TBB Dergisi*. 124,183-220.

Balta, T. B. (1961). Türkiye’de Anayasa Yargısı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 18. 1-4, 547-565.

Bilir, F. (2014). Anayasa Mahkemesi ve Seçim Barajı. *Stratejik Düşünce Enstitüsü Bakış*. 3, 1-8.

Çevik, S. ve M. Demir. (2005). Devletin Düzenleyici Rolü ve Regülasyon Teorileri. *Öneri Dergisi*, 23, 249-257.

- Çekiç, O. (2009). Türk Parlamento Hukukunda Yasama İşlemi Türleri ve Diğer (İsimsiz) Yasama Türleri, *Yasama Dergisi*, 12, 107-135.
- Deren K ve N. Yıldırım. (2013) Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruları Esas Bakımından İncelemesi. *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 19.2, 483-488.
- Diplock, J. (1993). Devlet Yönetiminde Yargıya Düşen Rol. T. Karaosmanoğlu (çev.). *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 36. 1, 27-37.
- Duymaz, E. (2014). Anayasa Mahkemesi'nin Soyadına İlişkin Kararlar Üzerine Düşünceler. *Anayasa Hukuku Dergisi*. 3. 5.
- Ekinci, H. (2012). Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak “Başvuru Yollarının Tüketilmesi” Sorunu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 11, 1-20.
- Ekinci, A. (2014). Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 18. 2-4, 821-848.
- Erdinç, T.(2015) Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikayeti), *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 20, 87-138.
- Ermenek, İ. (2013). Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medeni Yargılama Hukuku'na Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar. *Medeni Usul ve İcra- İflas Hukuku Dergisi*. 9.26, 3-56.
- Fendoğlu, H. T. (2000) Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu, *Anayasa Yargısı Dergisi*. 17, 363-384.
- Fendoğlu, H:T. (2013) Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/4, 21-50.
- Gören, Z. (1994). Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti). *Anayasa Yargısı Dergisi*. 11, 97-134.
- Görgün, E. ve Y. Aydın. (2012) Sayıştay Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu. *Sayıştay Dergisi*. 84, 63-88.
- Gözler, K. (2001). Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme. *Ankara Barosu Dergisi*, 2001/4, 53-68.
- Göztepe, E. (2011). Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, *TBB Dergisi*. 95, 13-40.
- Güran, S. (1986). Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması. *Anayasa Yargısı Dergisi*. 2. 143-159.

- Haller, H. (2004). Anayasa Şikâyeti Ve Buna İlişkin Sorunlar” (Avusturya’da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor). *Anayasa Yargısı Dergisi*, 21, 179-193
- Hassemer, W. (2004). Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya’da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor). *Anayasa Yargısı Dergisi*. 21, 164-178. .
- Holzeinger G. (2009). Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru. *Anayasa Yargısı Dergisi*. 26, 61-99.
- Kaneti, S. (1990), Sayıştayın Anayasal Konumu. *Sayıştay Dergisi*. 1, 7-18.
- Kaplan, R. (2015). Bireysel Başvuruda Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi. A. R. Çoban, S. Güler, M. Sağlam ve H. Ekinci (ed.) *Haşim Kılıç’a Armağan C:2* içinde. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1509-1549
- Karakaş, M. (2008). Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler. *Maliye Dergisi*. 154, 99-120.
- Kayar, İ. (2012). Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru. *Terazi dergisi*, 67.
- Kılıç H. (2004). Türk Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılmasına ilişkin Öneri (Türkiye Raporu). *Anayasa Yargısı Dergisi*. 21. 80-94.
- Kılınç, B. (2008). Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, *Anayasa Yargısı Dergisi*. 25, 19-59.
- Kırtepe, A. (2012). Bireysel Başvuru Hakkının Kapsamı, Kullanılması. *HUKAB Dergisi*. 1, 8-9.
- Kim, J.D. (2009). Anayasa Şikâyeti Sistemi: Kore Deneyimi, *Anayasa Yargısı Dergisi*. 26, 145-162.
- Kim, Y.K. (1992). Kore’de Anayasal Başvuru Sistemi, *Anayasa Yargısı Dergisi*. 9, 347-355.
- Kurnaz, A.H. (2006). Üye Seçimi ve Bireysel Başvuru ile Bazı Yetki ve Görevleri Açısından Anayasa Mahkemesi. *Yasama Dergisi*, 2, 92-122.
- Küçükgüngör, E. (2001). Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği. *Ankara üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 50.2, 137-146..
- Mavcic, A. (2009). The Slovenian Constitutional Review. Elektronik Issue.
- Mellinghof, R. (2009). Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikâyeti. *Anayasa Yargısı Dergisi*. 26, 31-58.
- Oder, B. E. (2013). Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda İlk Evre, Sınırlar, Sorunlar Ve İlk İçtihatlar. *Güncel Hukuk*. Eylül 2013 sayısı, 14 -19.

- Özbudun, E. (1979). Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 36.1, 3-26.
- Paczolay, P. (2009). Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm Mü?, *Anayasa Yargısı Dergisi*. 26, 131-327.
- Pekcanitez, H. (1995). Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı . Anayasa Şikayeti. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 12, 257-287.
- Poroy, M.A. (2006). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Başvuru ve Mağdurluk Statüsü. *TBB Dergisi*. 66, 121-132.
- Ramcharan, B. G. (1995). The Principle of Legality in International Human Rights Institutions., *Nordic Journal of International Law*, 64, 5.
- Sabuncu, Y. ve S. E. Arnwine. (2004). Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli - Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu. *Anayasa Yargısı Dergisi*. 21, 229-246.
- Sabuncu, Y. (1982). Federal Almanya’da Anayasa Şikayeti. , *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 37.3-4, 139-152.
- Sağlam, M. (2005). Bireylerin Anayasa Mahkemesine Başvurusu(Bir reform Önerisi). *TBB Dergisi*. 60, 139-168.
- Sarıgüzel, H. (2013). Bireysel Başvuruya Konu Yapılamayacak İşlem ve Kararlar. *Adalet Dergisi*, 45, 63-88.
- Selçuk S. (1991). Anayasa Yargısı Üzerine. *TBB Dergisi*. 1991/2, 266-277.
- Tahmazoğlu-Üzeltürk. S. (2014). Ad ve Soyda İlişkin Kararlar: Bireyin Kimlik Hakkı. *Anayasa Hukuku Dergisi*, 3.5.
- Tan, T (2002). Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar. *Amme İdaresi Dergisi*, 35.2, 11-37.
- Tepe, B ve Ş. Ardiyok. (2004). Devlete Yeni Rol :Regülasyon, *Amme İdaresi Dergisi*, 37.1, 105-130.
- Teziç, E. (1986). Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi. *Anayasa Yargısı Dergisi*. 2, 21-38.
- Tunç, H. (2013). Türk Hukukunda Tutuklama Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Hakkı. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17.1-2, 1643-1653.
- Turan, H. (2014). Ceza Mahkemelerince Verilen Kararlar Bakımından Bireysel Başvuruda Başvuru Süresi. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 17, 111-140.
- Turhan, M.(2004). Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Tartışma Paneli. *Anayasa Yargısı Dergisi*. 21, 247-257.

- Turhan, M.(2007). Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 62-3, 379-404.
- Ulusoy, A. (1999). Bağımsız İdari Kurumlar. *Danıştay Dergisi*, 100, 3-17.
- Uzun, C.D. (2012b). Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu (Anayasa Şikayeti), Beklentiler ve Riskler. *SETA ANALİZ*, 50, 4-25.
- Yalçın, M. (2010). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Başvurudan Sonra Ortaya Çıkan İç Hukuk Yolunun Tüketilmesi Sorunu. , *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi, İnsan Hakları Çalışma Metinleri*. XV.
- Yalçınöz, B. (2014). Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2. 2, 187-206.
- Yokuş S. (2005) Anayasa Mahkemesi'nin Türkiye'de demokrasinin Gelişmesine Etkisi. *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4.
- Yücel, B. (2013) Anayasa Şikâyeti” Demokratik Siyasi Sistemin Pekiştiricisi Olabilir Mi?. *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Hukuk Fakültesi 20.Yıl Özel Sayısı*, 143-151.
- Yıldırım, T. (1994). Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı, *AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, 2. 1,
- Yılmaz, E. (1988). Hukuk Davalarında Yasa Yollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu, *TBB Dergisi*. 1988/1, 131-155.
- Zorkin V. (2009). Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru. *Anayasa Yargısı Dergisi*. 26, 283-312.

Diğer Yayınlar

- Balcerzak, M. (2006). Guaranteeing the Long Term Effectiveness of the ECHR: The Importance of Effective Remedies. Applying and Supervising the ECHR: The Improvement Of Domestic Remedies With Particular Emphasis On Cases Of Unreasonable Length Of Proceedings, *Council of Europe*, (http://www.echr.coe.int/Documents/Pub_coe_Domestics_remedies_2006_ENG.pdf, E.T. 01.08.2015).
- Eren, A. (2015). AYM ya da Yargısal Aktivizmde Son Nokta. *Star Gazetesi* <http://haber.stargazete.com/acikgorus/aym-ya-da-yargisalakativizmde-son-nokta/haber-977281>, ET.10.10.15.
- Harutyunyan, G. ve A. Mavčič. (1999) *The Constitutional Review and Its Development in the Modern World (A Comparative Constitutional Analysis)*. Yerevan. Hayagitak. <http://tinyurl.com/9eckvxv>

- Harutyunyan, G., A. Nussberger ve P. Paczolay. (2010) *Study on Individual Access to Constitutional Justice Adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session*, (Venice, 17-18 December 2010). ([http://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)039rev-e](http://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-e), E.T. 01.08.2015), s. 40.
- Hamdemir, B. (2013). Türk Anayasa Hukukunda Bireysel Başvuru. *Doktora Tezi*. Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Özbudun, E.(2011b) Yargı kararları için AYM'ye bireysel başvuru zamanı ,24.01.2011 tarihli *Star Gazetesi*, (<http://www.dunyabulteni.net/?aType=yazarHaber&ArticleID=15457> erişim tarihi: 22.01.2015).
- Özdemir B. (2013). Türk Anayasa Hukukunda Bireysel Başvuru, *Doktora Tezi*, Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Özkan, C. (2005). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılama Usulü. *Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Şirin, T. (2015). Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün Ve Kararlarının Değerlendirilmesi. *Kamu Hukukçuları Platformu*, (http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Sirin_333_1.pdf, E.T.10.10.2015).
- Temciler Meclisi Tutanak Dergisi C.4 B:53, D:2, 25.04.1961 s.215-218.
- Tsereteli, N. (2007): *Mechanism of Individual Complaint: German, Spanish and Hungarian Constitutional Courts- Comparative Analysis*, LL.M. Short Thesis, Central European University, 2 April 2007, (http://www.etd.ceu.hu/2007/tsereteli_nino.pdf, E.T. 01.08.2015).
- Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr. ET: 15.10.2015.

ÖZGEÇMİŞ

01.10.1978 tarihinde İzmit’te doğan Mustafa BABAYİĞİT, ilk ve orta öğrenimini İzmit’te tamamladı. 1996 yılında başladığı İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 2000 yılında mezun oldu. 2005 yılında Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında yüksek lisans eğitimini tamamladı. Evli ve iki çocuk babası olup, çeşitli dergilerde yayımlanmış eserleri bulunmaktadır.

