

**BİREYSEL BAŞVURUDA 3 YIL:
BİR İNSAN HAKLARI KARNESİ – OLUMSUZ
ÖRNEKLER/UYGULAMALAR/YAKLAŞIMLAR***

A.Burak BİLGİN**

ÖZET

Temel hak ve özgürlüklerin etkili ve pratik bir şekilde korunmasında hayati bir fonksiyon icra eden bireysel başvuru mekanizması, geçtiğimiz üç yıllık süre içinde, bu koruma adına olumlu ve korumayı artırıcı yaklaşım ve uygulamaları karşımıza çıkardığı gibi, olumsuz ve sorunlu yaklaşım ve uygulamalara da sahne olmuştur. Mahkeme, kimi zaman bireysel başvurunun usuli koşullarına kimi zaman da temel hak ve özgürlüklerin maddi yönüne ilişkin, insan haklarının mahiyetiyle bağdaşmayacak yaklaşım ve uygulamalar ortaya koymaktadır. Bilhassa başta 6216 sayılı Kanun olmak üzere ilgili mevzuattaki bazı kuralları katı ve şekilci bir biçimde uygulamasından kaynaklanan problemler ile bir hakkın kapsamı konusunda AİHM içtihadıyla kendini sınırlama ve Strazburg çitasını aşmama eğiliminde olma şeklindeki sorunlar, başı çekmektedir. Mahkemenin ‘’zihniyet’’ olarak hak ve özgürlüklerin korunmasının tarafında olduğu söylenebilir. Fakat bu süreçteki olumsuz ve insan haklarının korunması adına çok sayıda sorunlu yaklaşım, uygulama ve tespiti de, uygulamanın değişimi açısından dikkatlere sunmak gerekmektedir.

Anahtar Kavramlar: *Bireysel başvuru, insan hakları karnesi, 3 yıllık bilanço, olumlu uygulamalar/yaklaşımlar*

* Bu çalışma, 24.10.2015 tarihinde gerçekleştirilen “Hukukun Geleceğine Genç Bakış Sempozyumu”nda tebliğ olarak sunulmuş ve gelen eleştirilen doğrultusunda makale haline getirilmiştir.

** Arş. Grv. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

3 YEARS IN INDIVIDUAL APPLICATION: HUMAN RIGHTS RECORD – UNFAVOURABLE EXAMPLES/PRACTISES/APPROACHES

ABSTRACT

Three years in the individual application mechanism, which has a cardinal role in the effective and practical protection of fundamental rights and freedoms, has generated approaches and practises bearing the potential to promote and enhance the protection of rights and freedoms. We have however witnessed discouraging and unfavourable examples. The Constitutional Court has adopted approaches and practises challenging the very nature of human rights, sometimes as regards to the procedural conditions of individual application mechanism or sometimes to the very substance of a right or freedom. Be especially in the forefront are the challenges stemmed from formalistic and inflexible interpretation of the rules in the Law No: 6216, together with the Court's self-restriction to the ECtHR's position with regard to the scope of a right and its tendency not to go beyond of Strasbourg's limits. The Court, when it comes to mentality, may be claimed to take its side on behalf of rights. However, the approaches and practises which are problematic and pose threat and challenge to the effective protection of human rights through this period should be addressed to let the Court to change its practise.

Keywords: *Individual application, human rights record, 3 years' balance-sheet, favourable practises and approaches*

GİRİŞ

Bilindiği üzere, bireysel başvuru müessesesi, Türk Hukukunda ilgili yasal düzenlemelerin tamamlanmasının ardından Eylül 2012'de uygulamaya geçmiştir. Bu mekanizmanın Türkiye'de insan haklarının korunmasına katkı sağlayıp sağlamayacağı, gerek bireysel başvurunun (referandum sonucu) kabul edildiği 2010 yılından önce gerekse bu tarihten sonra yoğun biçimde tartışılmış ve halen de tartışılmaktadır. Bilhassa Anayasa Mahkemesinin (AYM) gerek iş yükü gerek

ideolojik/felsefi altyapı açısından, bu yeni hak arama yolunu gereği gibi işletip işletemeyeceği sorusu zihinleri meşgul etmiştir. Aradan geçen üç yıl, bu sorulara sağlıklı cevaplar vermek için yeteri kadar başvuru ve karar birikimini oluşturmuştur.

Bu süreçte Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, kişi hürriyeti ve güvenliği ve maddi-manevi varlığın korunması hakkı gibi hak ve özgürlük alanlarında çok önemli ve hakların koruma alanını genişletecek kararlar vermiş; uygulama ve yaklaşımlar ortaya koymuştur. Fakat yine bu süreçte bir yandan kabul edilebilirlik ve o bağlamda da tüketme kuralı; bir yandan da hak ve özgürlüklerin esası (öznesi, kapsamı, sınırları vs.) noktasında olumsuz ve insan haklarının etkili korunması adına sorunlu kararlara, uygulama ve yaklaşımlara rastlamak da mümkündür.

Örneğin, ortak koruma alanına dair benimsenen sınırlayıcı yaklaşım; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS) Ek Protokollere ilişkin benimsenen yaklaşım; yasama işlemlerine karşı bireysel başvuru yasağı ile kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru ehliyetsizliğinin katı surette uygulanması; yargı yolu kapalı işlemlere karşı bireysel başvuru yasağının YSK kararlarına teşmil edilmesi; mağduriyet koşulu ve ihlalden kişisel olarak etkilenme şartına yönelik katı-şekilci yaklaşım; geçici tedbir müessesesinin dar bir alana hasredilmesi ve bireysel başvuruda somut norm denetimi yapmama gibi, insan haklarının etkili korunması adına, kimi kabul edilebilirlik kimi de temel hakların esasına ilişkin sorunlu ilke ve yaklaşımlar, bu süreçte göze çarpmaktadır. Bu makalede yapılacak olan da, üç yıllık süreçte karşımıza çıkan bu minvaldeki uygulama ve yaklaşımları ortaya koymaktır.¹

Öncelikle bir hususu belirtmek gerekir ki, burada ‘‘olumsuz’’ olarak nitelediğimiz kararlar, ilkesel bir durumu yansıtan kararlardır.

¹ Aynı şekilde bu üç yıllık süre içinde insan haklarının etkili korunması adına var olduğunu söylediğimiz olumlu tespit, yaklaşım, uygulama ve argümanlar, ayrı bir çalışmada incelenecektir.

Örneğin AYM'nin, aslında 17. maddenin gerektirdiği şekilde etkili bir soruşturma yapılmamış bir olayda bu yönde bir ihlal bulmaması; yahut aslında yargılamanın adilliğini etkileyecek kanuna aykırı bir delilin kullanıldığı bir yargılama için ihlal kararı vermemesi; yahut tutukluluk ve ifade-basın özgürlüğüne ilişkin bir konuda temel hakların mantığına aykırı bir karar vermiş olması, böyle kararlar ilkesel bir yaklaşım kazanmadığı müddetçe bizim burada yer verdiğimiz manada ‘olumsuz’ kararlar olarak görülmemektedir. Burada gündemimizde olacak olanlar, Mahkemenin insan haklarının ve bireysel başvuru yoluyla etkili bir surette korunmasının işlevi ve mantığına aykırı surette ortaya koyduğu ilkesel tespit ve yaklaşımlardır. Bu anlamda bir karar, sonucu itibariyle başvurucunun lehine olsa da, içinde insan haklarının korunması adına sorunlu bir argüman veya tespit ortaya konmuşsa, burada ele alınacaktır.

Son olarak belirtelim ki, bu olumsuz uygulama, tespit ve yaklaşımları, bireysel başvurunun kabul edilebilirlik kriterleri ve temel hakların esası bağlamında ikiye ayırarak inceleyeceğiz. Fakat bu noktada da belirtelim ki, ortaya koyacağımız bir ilke, tespit yahut yaklaşımın, AYM tarafından bireysel başvurunun hangi aşamasında ortaya konduğu bu makale kapsamında önemli değildir. Mühim olan, o hususun, bireysel başvurunun başta tüketme kuralı olmak üzere kabul edilebilirlik kriterlerini mi veya bir temel hak ve özgürlüğün esasını mı ilgilendirdiğidir.²

A. KABUL EDİLEBİLİRLİK KRİTERLERİ BAĞLAMINDAKİ SORUNLU YAKLAŞIM VE UYGULAMALAR

Yukarıda da belirtildiği gibi, insan haklarının korunması adına sorunlu bir uygulama veya tespit, bireysel başvurunun kabul edilebilirlik kriterleri yahut bir temel hakkın esasıyla ilgili olabilir. Üç yıllık uygulama (ve aslında daha uzun yıllara dayanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi –

² Bu anlamda makale boyunca ‘‘esas’’ kısmında ele alınacak pek çok yaklaşım ve tespit, aslında Mahkemece kabul edilebilirlik incelemesi sırasında ortaya konmuştur. Ancak bunlar, temel hakların esasıyla (örneğin ortak koruma alanının belirlenmesinde bir hakkın kapsamıyla) ilgili olduğundan, ‘‘esas’’ kısmında ele alınmıştır.

AİHM uygulaması) göstermektedir ki, bir bireysel başvuruda, temel hakların esasıyla ilgili bir sorunlu uygulama ve yaklaşım kadar, o esasın incelenmesini sağlayacak kabul edilebilirlik kriterleri noktasındaki bir sorunlu uygulama ve yaklaşım da, insan haklarının etkili korunması adına menfi sonuçlar doğurabilmektedir. Aşağıda, kabul edilebilirlik kriterleri arasında yer alan tüketme kuralı dışındaki³ kabul edilebilirliğe ilişkin olumsuz uygulama ve yaklaşımlar ele alınacaktır.⁴

1. Ek Protokollere Dair Yaklaşım

Bilindiği gibi, bireysel başvurunun kabul edilebilirlik kriterlerinden birisi, başvuruya konu edilecek hakkın hem Anayasa hem de AİHS'nin ortak koruma alanında bulunmasıdır. Bu noktada Mahkemenin ortak koruma alanının belirlenmesinde Sözleşmeye Ek Protokollerden hangilerinin dikkate alınacağına ilişkin yaklaşımı üzerinde durmak

³ Tüketme kuralı, müstakil bir incelemeyi gerektirmekte olup; onunla ilgili üç yıllık (olumlu-olumsuz) bilanço, ayrı bir çalışmada ele alınmıştır. Bkz.: Ahmet Burak Bilgin, **3 Yıllık Bireysel Başvuru Uygulamasında “Tüketme” Kuralına İlişkin Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı: Olumlu ve Olumsuz Örnekler/Yaklaşımlar**, *Legal Hukuk Dergisi*, Mart, 2015 (yayımlanacak).

⁴ Anayasa'nın 148. maddesi ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun bireysel başvuruya ilişkin maddelerinden (m.45-51) hareketle, bireysel başvuruda kabul edilebilirlik kriterleri olarak;

- başvuruçunun, güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmesi;
- bu hakkın, hem 1982 Anayasası hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) (yani ikisinde birden ortak olarak) düzenlenen bir hak olması
- ihlalin kamu gücü (yasama, yürütme ve yargı organları) tarafından gerçekleştirilmesi
- ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için mevzuatta öngörölmüş idari ve yargısal tüm başvuru yollarının tüketilmesi
- başvuruçunun gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişi olması
- başvurunun son başvuru yolunun tüketilmesinden (başvuru yolu yoksa ihlalin öğrenilmesinden) sonra 30 gün içinde yapılması

sayılabilir. Daha ayrıntılı inceleme için bkz.: Hüseyin Ekinci, Musa Sağlam, **Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s.44 vd.; Cüneyt Durmaz, Hüseyin Ekinci, İbrahim Çınar, Musa Sağlam, Mustafa Baysal, **Bireysel Başvuru – İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi)**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2013, s.109 vd.; Özcan Özbey, **Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, Adalet, Ankara, 2012, s.149 vd.; Korkut Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, XII Levha, İstanbul, 2015, s.50 vd.

gerekmektedir.⁵ Burada temel soru, bireysel başvuruya konu hakların belirlenmesinde, sadece Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokollerin mi yoksa Türkiye taraf olsun olmasın Sözleşmeye ek olarak imzalanmış tüm Protokollerin mi dikkate alınacağıdır.⁶ Lafzi yoruma elverişli iki metinden Anayasaya baktığımızda, ilgili hüküm, bilindiği gibi, "herkesin, AİHS kapsamındaki herhangi bir anayasal hak ve özgürlüğü için" bireysel başvuru yapabileceğini söylemektedir. Buradan hareketle anayasal bir hakkın bireysel başvuruya konu olabilmesi için AİHS kapsamındaki bir Ek Protokolde düzenlenmesinin yeterli olacağı ve bu anlamda Türkiye'nin taraf olmasının aranmayacağı söylenebilir. Buna karşılık elimizdeki ikinci metin olan 6216 sayılı Kanun'a baktığımızda ise, ilgili hükümde açıkça "AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğunu Protokoller" ifadesinin kullanıldığını görmekteyiz. Aslında bireysel başvurunun Türkiye'nin AİHM nezdindeki mahkûmiyetlerini azaltmak şeklindeki temel (fakat insan hakları adına bir miktar sorunlu) yaklaşımını dikkate aldığımızda (yani tarihsel ve hatta bir bakışa göre amaçsal yorum yaptığımızda), Kanun'daki bu hükmün anayasal düzenlemelerle uyumlu olduğunu söyleyebiliriz.

AYM'nin tavrına gelince ise, Mahkeme, bugüne kadarki uygulamasında, ortak koruma alanının tespitinde, Kanun'un lafzına uygun olarak Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokolleri dikkate almıştır. *Sebahat Tuncel* kararı,⁷ bunun güzel bir örneğidir. Silahlı terör örgütüne üye olma suçundan yargılandığı davada, davaya bakan mahkemenin kararıyla hakkında yurtdışına çıkmamak şeklinde adli kontrol uygulanan başvuru, diğer iddiaları yanında, bu tür bir tedbirin ideolojik ve politik bir karar

⁵ Ortak koruma alanıyla ilgili olarak AYM'nin bir sorunlu yaklaşımı da, ortak koruma alanının belirlenmesinde hakların kapsamını AİHS ve ona ilişkin AİHM içtihadıyla sınırlı yorumlama eğilimidir. Ancak bu, temel hakların esasıyla ilgili bir durum olduğu için, çalışmanın "esasa dair sorunlu yaklaşım ve uygulamalar" kısmında ele alınmıştır.

⁶ Aslında sorulabilecek bir soru da, Türkiye'nin taraf olduğu Protokollerin bu kapsama girip girmeyeceğidir. Ancak biz tartışmayı buradan başlatmayı biraz işgüzarlık olarak gördüğümüzden, bu soruya "tabii ki evet" cevabını vererek bir adım ileriye (hangi Ek Protokoller noktasına) gitmekte ve tartışmayı oradan başlatmaktayız.

⁷ B. No: 2012/1051, Kt. 20.2.2014.

olduğunu ve böylece Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen *eşitlik ilkesini* ve ayrıca Anayasanın 23. maddesinde düzenlenen *yerleşme ve seyahat özgürlüğünü* ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AYM ise, yine (yukarıdaki gerekçelerle) *eşitlik ilkesinin soyut olarak ileri sürülemeyeceğini ve ancak Anayasa ile Sözleşmedeki başka bir hak/özgürlük ile bağlantılı olarak incelenebileceğini* söylemiş; *bu bağlamda somut olay bakımından bu iddianın Anayasanın 19 (kişi hürriyeti ve güvenliği) ve 23. (yerleşme ve seyahat hürriyeti) maddeleri bağlamında incelenebileceğini* belirtmiştir. Mahkeme, bu yönlerden yaptığı değerlendirme neticesinde de, bu hürriyetin AIHS'ye ek 4 Numaralı Protokolde düzenlendiğini; bu Protokole ise Türkiye'nin taraf olmadığını; dolayısıyla bu Protokol kapsamında kalan Anayasanın 23. maddesindeki seyahat özgürlüğüyle ilgili olarak bireysel başvuruda bulunulamayacağını belirtmiştir (böyle olunca haliyle Anayasanın 10. maddesi yönünden de inceleme yapılması mümkün olmamıştır).⁸

⁸ Yine bir başka kararında Mahkeme, bir kimsenin, kişilik haklarına saldırıda bulunduğu gerekçesiyle yaptığı şikayete ilişkin kovuşturmayaya yer olmaması kararı verilmesinin, cinsel eğiliminden kaynaklandığı ve bu sebeple ayrımcılığa uğradığı iddiasıyla yaptığı başvuruda (B. No: 2012/1049, Kt. 26.3.2013), ihlal edildiği ileri sürülen (ve Anayasanın 10. maddesinde güvence altına alınan) “ayrımcılık yasağı” ve “eşit muamele ilkesinin” bireysel başvuruya konu olup olamayacağını belirlerken, Sözleşmenin sadece Sözleşmede düzenlenen haklara ilişkin olarak getirdiği ayrımcılık yasağı hükmünü (m.14) dikkate almıştır. Mahkemeye göre, *Anayasanın 10 ve AIHS'nin 14. maddelerinde geçen ifadeler dikkate alındığında, ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yönelik iddiaların soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp; mutlaka Anayasa ve AIHS kapsamında yer alan diğer bir temel hak ve özgürlükle bağlantılı olarak ele alınması gerekir.* (Aynı doğrultuda bkz.: B. No: 2012/869, Kt. 16.4.2013 ve B. No: 2013/2237, Kt. 18.9.2014 sayılı kararlar.) Oysa Mahkeme, Türkiye'nin henüz taraf olmadığı 12 Numaralı Ek Protokol'deki genel ayrımcılık yasağı düzenlemesini dikkate almış olsa, böyle bir gereklilik kalmayacaktır. AYM, bu kararlarında söz konusu Ek Protokol'deki genel ayrımcılık yasağından hiç bahsetmemekte; bu hükmü, Türkiye'nin taraf olmadığı bir Ek Protokol'de yer aldığı için ortak koruma alanının belirlenmesinde dikkate almadığına ilişkin açık bir ifade kullanmamaktadır. Ancak böyle bir hükümden habersiz olması mümkün olmadığına göre, bunun sebebi, belirttiğimiz gibi, söz konusu Protokol'ün Türkiye'nin henüz taraf olmadığı bir Protokol olmasıdır.

Doktrinde Mahkemenin bu tavrı eleştirilmiştir.⁹ Olması gereken hukuk açısından, bireysel başvuruya konu hakların belirlenmesinde taraf olunmayan Ek Protokollerin de dikkate alınmaması şüphesiz isabetli bir yaklaşım değildir. Ne var ki, bizce burada sorun, Mahkemenin kendisinden (yani onun aksi de yapılabilecekken tercih etmediği bir daraltıcı ve şekilci yorumdan) değil; doğrudan karşımızda duran net bir yasal düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Çünkü görüldüğü gibi, 6216 sayılı Kanun'un ilgili hükmü, bu konuda oldukça açıktır. Üstelik bu durum, bizce Mahkemenin açıkça kanuna aykırı bir yorum tarzını benimsemedikçe üstesinden gelebileceği bir sorun da değildir. Mahkemeyi, çalışma boyunca zaman zaman bu yönden eleştireceğiz. Ne var ki, buradaki problem, yorum yoluyla halledilebilecek bir mesele değildir. Kanunun açıklığı karşısında Mahkemeden bunu yapmasını istemek, hak lehine yargısal aktivizmin çok ötesinde bir tavır benimsemesini istemek olur. Bizce burada Mahkemenin yapabileceği ve yapması gereken şey, somut norm denetimini işletmek ve hükümdeki "Türkiye'nin taraf olduğu" ibaresini iptal etmektir. Ne var ki, aşağıda göreceğimiz üzere, Mahkeme, bireysel başvuruda somut norm denetimini işletmeye henüz istekli değildir.¹⁰

⁹ Örneğin Şirin'e göre, bir uluslararası sözleşmeye veya protokollerine taraf olup olmamak, uluslararası hukuka ilişkin bir meseledir ve bu şekilde ülke, uluslararası bir taahhüde girip uluslararası bir mahkemenin yargı denetimine tabi olur. Ancak ulusal usul, ondan bağımsız olarak çalışır. Yazar, örneğin Türkiye, bir gün AİHS'den ayrılırsa bireysel başvurunun konusuz mu kalacağı sorusunu sormaktadır. (Tolga Şirin, **Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi**, s.33-35. Kamu Hukukçuları Platformu'nun 30-31 Mayıs 2015 toplantısında sunulan bildiri. Bildiriye şu adresten ulaşılabilir: http://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplanti_bildiriler&id=5, Erişim Tarihi: 13.10.2015.)

¹⁰ Bu, Mahkemenin başlı başına olumsuz yaklaşımlarından birisidir. Buna ileride değineceğiz. Bkz.: aşağıda *b.10.* numaralı başlık.

2. Yasama İşlemleri ile Düzenleyici İdari İşlemlere Karşı Doğrudan Bireysel Başvuru Yapılamaması Kuralının Mutlak Olarak Uygulanması

Anayasa Mahkemesinin hakların koruma alanını daraltma potansiyelini taşıyan bir yaklaşımı da, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlere karşı bireysel başvuru yapılamayacağına yönelik hükmü katı biçimde yorumlamasıdır.¹¹ 6216 sayılı Kanun'un 45/3. maddesi uyarınca, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler, bireysel başvurunun konusu yapılamaz. Mahkemenin bu kurala ilişkin yaklaşımını ortaya koyan başta seçim barajı ile ilgili olmak üzere pek çok (olumsuz) karar vardır. Örneğin *Arif Güneş* başvurusunda,¹² iki dönem üst üste bir

¹¹ Bu noktada başlamadan, *potansiyel mağdurluk* kavramı ile *yasama işlemlerine karşı doğrudan başvuru yapılamaması* kavramı arasındaki ilişkiye de değinmek gerekir. Bizim bu başlık altında olumsuz bir yaklaşım olarak ele aldığımız husus, AYM'nin 6216 sayılı Kanun'daki *yasama işlemleri ile düzenleyici işlemlere karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamaz* hükmüne verdiği katı-şekilci anlamdır. Bununla ilgili fakat ayrı bir husus olarak AYM'nin *potansiyel mağdurluk* kavramına olan bakışı da söz konusudur. İki kavramın arasındaki bağlantı, örneğin doğrudan bir yasal düzenlemeye karşı ileride mutlak olarak etkilenme ihtimali ileri sürülerek yapılan bir başvurunun, *potansiyel mağdurluk* kavramı benimsenerek esastan incelenebilecek olmasıdır. Fakat bizce AYM, iki meseleyi birbirinden ayırmaktadır. AYM, bir yasal düzenlemenin mutlak olarak uygulanacak olması karşısında ileride mağdur olacak olan kimsenin doğrudan bir yasama işlemine veya düzenleyici işleme karşı yaptığı başvuruyu yasama işlemine karşı başvuru yapılamayacağı kuralından hareketle reddetmektedir; yoksa bu kişinin potansiyel mağdur olduğu ve potansiyel mağdurluğun da kendisi tarafından tanınmadığı gerekçesiyle değil. Bu anlamda Mahkeme, böyle bir başvuruyu halihazırda mağdur olan bir kimse yaptığı zaman da – aşağıda örneklerini göreceğimiz üzere – reddetmektedir. Bundan bağımsız olarak, Mahkeme, *potansiyel mağdurluk* kavramıyla ilgili olarak da bir yaklaşım geliştirmiştir. Mahkeme, AİHM içtihatlarında tanındığı bilinen bu kavramı henüz net olarak uygulamamakta; fakat bazı kararlarında benimseyebileceğine dair ifadeler kullanmaktadır (bkz.: B. No: 2013/8479, Kt. 6.2.2014; B. No: 2014/11628, Kt. 23.7.2014; B. No: 2014/11438, Kt. 23.7.2014; B. No: 2014/13675, Kt. 8.9.2014; B. No: 2014/13625, Kt. 8.9.2014 künyeli kararlar. Ancak buradaki hareket noktası, mağdurluk ve bu bağlamda "güncel ve kişisel bir hakkın ihlal edilmiş olması kuralıdır. Oysa bizim bu başlık altında ele aldığımız husus, yasama işlemleri ile düzenleyici işlemlere karşı doğrudan bireysel başvuru yapılmaması kuralıdır. Örneğin yine bir yasal düzenlemeye karşı yapılan ve fakat Mahkemenin güncel ve kişisel bir hakkın ihlal edilmediği gerekçesiyle *mağduriyet* koşulu üzerinden yetkisizlik verdiği kararlar, burada ele alınmamıştır (Bkz.: B. No: 2013/469, Kt. 16.4.2013).

¹² B. No: 2012/837, Kt. 5.3.2013.

ticaret borsasının yönetim kurulu başkanlığını yürüten başvuru, üç kez üst üste bu görevin yapılamayacağını düzenleyen kanun hükmünün¹³ eşitlik ilkesi ile seçme-seçilme özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un söz konusu hükmüne atıf yaparak, *kanunun bir yasama işlemi olduğunu; bireysel başvuru yolunun, bireylerin maruz kaldığı temel hak ihlallerinin tespitini yapan ve tespit edilen ihlalin ortadan kaldırılması için etkin araçları içeren anayasal bir güvence olduğunu; bu güvence kapsamında, bireylere doğrudan yasama işleminin iptalini isteme yetkisinin tanınmadığını ve bu yolun kamusal bir düzenlemenin soyut biçimde Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesini sağlayan bir yol olarak düzenlenmediğini; bu anlamda 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 yapılabileceğini ve bu şekilde bireysel başvuru yolunun kullanılabilmesi için de, söz konusu işlem, eylem ve ihmellere karşı varsa başvurulabilecek kanun yollarının da daha öncesinde tüketilmiş olması gerektiğini* belirtmiştir. Mahkemeye göre, *başvurucu, başvuru dilekçesinde, 5174 sayılı Kanun'un 40. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali gerektiğini iddia etmiştir. Oysa, bireysel başvuru kapsamında, bir yasama işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamamaktadır.*

Benzer şekilde seçim barajının seçme-seçilme hakkının ihlali olduğuna yönelik bazı siyasi partiler tarafından yapılan başvuruya ilişkin verilen karar da,¹⁴ olumsuz anlamda güzel bir örnek teşkil etmektedir. Karara konu olaylarda, bir siyasi parti, Yüksek Seçim Kuruluna başvurarak, 2839 sayılı Kanun'un 33. maddesinde düzenlenen %10'luk ülke barajının, AİHS Ek 1 Numaralı Protokolün 3. maddesindeki serbest seçim hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle, Anayasanın temel hak ve

¹³ 5174 sayılı Kanun m.40

¹⁴ Başvuru No: 2014/8842, Kt. 6.1.2015.

özgürlüklerle ilgili uluslararası sözleşmelere kanunlar karşısında üstünlük tanıyan 90/5, c.2 hükmü uyarınca 2015 yılında yapılacak milletvekili genel seçimlerinde uygulanmamasını talep etmiştir. YSK ise, bu başvuruyu, konunun ancak yasal bir düzenleme ile mümkün olabileceği olması ve kendisinin bu konuda yapacağı bir işlemin olmaması dolayısıyla reddetmiştir. Bunun üzerine bu siyasi partiyle beraber birkaç parti daha, 2015 yılında yapılacak seçimlerde uygulanacak söz konusu seçim barajının potansiyel olarak mağduru olacaklarını belirterek doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.¹⁵ Mahkeme ise, başvurunun doğrudan bir yasama işlemine karşı yapılmış olduğu gerekçesiyle, başvuruyu, konu bakımından kabul edilemez bulmuştur.

Mahkemeye göre, *‘bir yasama işleminin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda, doğrudan yasama işlemi aleyhine değil, ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı bireysel başvuru yapılabilir. Her ne kadar başvuruculardan DSP, YSK'ya bir başvuruda bulunmuş ise de, bu başvuru sonucunda verilen kararın, seçimlerde başvurucunun anayasal haklarını doğrudan etkileyen bir uygulama işlemine dönük olmadığı, başvurucu partinin ulusal seçim barajının kaldırılmasına yönelik olarak ileri sürdüğü soyut nitelikteki talebi nedeniyle verildiği, bu sebeplerle YSK'nın bu kararının yasama işleminin (kanunun) uygulanması mahiyetinde olmadığı anlaşılmıştır. Başvuru konusu olayda, başvurucular 2839 sayılı Kanun'un 33. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ‘Genel seçimlerde ülke genelinde, ara seçimlerde seçim yapılan çevrelerin tümünde, geçerli oyların % 10'unu geçmeyen partiler milletvekili çıkaramazlar.’ şeklindeki hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunu ve iptali gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bireysel başvuru yoluyla doğrudan yasama işlemine değil ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı başvuru yapılabilir. Diğer bir deyişle bir yasama*

¹⁵ Başvurucular, aynı zamanda, bu hükmün Anayasanın başta 67 olmak üzere birtakım maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Mahkeme tarafından somut norm denetimi işlemlerle iptal edilmesini de istemişlerdir. Konunun bu boyutuna aşağıda başka bir başlık altında değinilecektir.

*işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamaz.*¹⁶

Görüldüğü gibi, Mahkeme, teorik olarak, bir yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlemlere karşı bireysel başvuru yapılabileceğini kabul etse de; somut olayda böyle bir başvuru olmadığını; başvurunun doğrudan seçim barajı öngören bir kanun hükmüne karşı yapıldığını belirterek kabul edilemezlik kararı vermiştir. Halbuki somut olayda başvuruculardan bazılarının söz konusu kanun hükmünün iptali yönünde talepleri bulunsa da, bundan başka ve önce olarak, söz konusu kanun hükmünün geçmişte kendilerine uygulanması ve gelecekte de uygulanacak olması dolayısıyla birtakım haklarının (seçme-seçilme ve ifade) ihlal edildiği ve ihlal edilmiş olacağı talepleri bulunmaktadır. Kanundaki yasama işlemlerine yönelik doğrudan bireysel başvuru yasağı, kişilerin kendilerine herhangi bir şekilde uygulanmamış bir kanuna (veya düzenleyici idari işleme) karşı, sırf hukuk düzeninde bir değişiklik yapmak amacıyla iptal istemiyle bir başvuru yapılamaması amacına yöneliktir.¹⁷ Bu itibarla, herhangi bir uygulama işlemine ihtiyaç bırakmayacak şekilde doğrudan etki doğuran bir kanun hükmü söz konusu ise ve bu hüküm kişilerin hak ve özgürlüklerini ihlal eder nitelikteyse, bunlara karşı başvurunun kabul edilmesi gerekir.

Karara karşı yazılan “Farklı Gerekçe”de de belirtildiği üzere; *“bir kanunun veya genel düzenleyici işlemin bir hak veya özgürlüğü ihlâl etmesi halinde, bireysel başvuru doğrudan bu işlemlere karşı değil, bunların somut olaya uygulanmasına ilişkin bireysel nitelikteki kamu gücü işlemlerine karşı olabilir. **Düzenleniş itibarıyla doğrudan sonuç doğuran kanun hükümlerinden dolayı ilgililerin temel hakları ihlal edilmiş ise,***

¹⁶ Mahkeme, başka bir kararında, yine benzer şekilde; bir yasama işlemi veya düzenleyici işlemin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması halinde, bireysel başvuru yoluyla doğrudan bu işlemlere değil, **ancak o yasama işlemi veya düzenleyici idari işlemin uygulanması mahiyetindeki** işlem, eylem ve ihmallere karşı başvuru yapılabileceğini söylemiştir. (B. No: 2013/469, Kt. 16.4.2013, para.15, 17 ve B. No: 2013/1613, Kt. 2.10.2013, para.37.)

¹⁷ Böyle davalara, kamu davası veya halk davası anlamında “*actio popularis*” denmektedir (bkz.: aynı *Farklı Gerekçe*).

*bireysel başvurunun diğer koşulları da yerine getirilmek koşuluyla, koruma mekanizmasının geçerli olduğu kabul edilmelidir. Ancak bazı hallerde, bir kanun hükmünün ilgililer hakkında sonuç doğurması ve hak ihlaline neden olabilmesi için idarenin bireysel bir işlemine de gerek bulunmayabilir. Bu nedenle, doğrudan ve güncel bir temel hak ihlali söz konusu olmaksızın soyut olarak bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasına yönelik "halk davası" (actio popularis) niteliğindeki başvurularla, dayanağı kanun hükmü olmakla birlikte aynı zamanda ilgili hakkından sonuç doğuran, onun doğrudan ve güncel bir temel hakkının ihlaline yol açtığı iddialarını içeren başvuruların **birbirinden ayrılması gerekir**. Anayasa'nın 148. maddesinde belirtilen "kamu gücü" kavramının kapsamına, kişilere doğrudan uygulanmış ve yakın gelecekte uygulanma olasılığı yüksek olan yasama işlemlerinin de girdiği kuşkusuzdur.*"¹⁸

Yine bu görüşteki üyeye göre, '6216 sayılı Kanun'un yasama çalışmaları sırasındaki tartışmalardan, soyut başvuruların yasaklanmasının sebebinin, Anayasa'da bunlar yönünden ayrı bir denetim (iptal davası) mekanizmasının öngörülmesi olduğu anlaşılmaktadır. Kamu gücünden kaynaklanan ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlaline yol açan birçok durumun kaynağı yasama işlemi olabilir. Konu bakımından yetkisizliğin geniş yorumlanması, kaynağı yasama işlemi olan geniş bir alanın bireysel başvuru denetim alanından çıkarılması sonucunu doğurur ki, Anayasa ve yasa koyucunun bunu amaçladığı söylenemez. Böyle bir kabulün sonucu, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlaline yol açan birçok durum bakımından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun etkisiz bir yol olarak görülmesi olacaktır. Başvurucular, kendilerine geçmişte uygulanmış ve gelecekte uygulanacak bir yasama işlemi nedeniyle geçmişte uğradıkları ve gelecekte uğrayacakları hak ihlalinin tespiti talebiyle başvuruda bulunmuşlardır. Diğer bir deyişle, herhangi bir uygulama işlemine gerek olmaksızın, uygulanmış ve uygulanacak bir yasama işlemine karşı bireysel başvuru yapılmıştır.

¹⁸ Vurgular, tarafımızdan eklenmiştir. (Makale boyunca AYM kararlarından yapılan alıntılarda tarafımızca vurgulanmak istenen hususlar, kalın olarak belirtilmiştir.)

Dolayısıyla bireysel başvuru yoluyla soyut ve doğrudan yasama işlemine değil, geçmişte uygulanmış ve yakın gelecekte uygulanması halinde uğrayacakları hak ihlaline yönelik olarak başvuruda bulduklarından, başvuruların Anayasa Mahkemesinin ‘konu bakımından yetkisi’ kapsamında olduğunun kabulü gerekir’’.¹⁹

Karara karşı yazılan ‘Karşı Oy’da da benzer görüşler ileri sürülmüştür. Buna göre; ‘soyut, genel kanun hükmü, genellikle hak ihlâline neden olmaz. Bunun için kural olarak somut olaya idare veya mahkemeler tarafından uygulanması gereklidir. İşte 6216 sayılı Kanunla öngörülen sistem de bu esas üzerine kurulmuştur. Ancak bazı hallerde, bir kanun hükmünün ilgililer hakkında sonuç doğurması ve hak ihlâline neden olabilmesi için idarenin bireysel bir işlemine gerek kalmamaktadır. O nedenle de, bu gibi kanunlara doğrudan uygulanan kanunlar denilmektedir. Bu gibi kanun hükümlerinin düzenlediği hak ve özgürlükler için de, idarenin bireysel bir işlem yapması ilgili idari ve yargısal yolların tüketilmesi ve ondan sonra bireysel başvuruda bulunulmasını istemek doğru olmaz. Zira, kanunun hüküm ve sonuç doğurması için idarenin yapması gereken bireysel nitelikte bir işlem yoktur, keza bazı hallerde, somut olayda olduğu gibi, başvurulabilecek etkili bir başvuru yolu da bulunmayabilir. Böyle bir durumda, hak veya özgürlük ihlâli nedeniyle bireysel başvuruda bulunulduğunda, kanun hükmüne karşı başvuruda bulunulduğu gerekçesiyle, yapılan başvuru konu bakımından yetkisizlik nedeniyle reddedilecek olursa, o kanun hükmüne konu olan hak veya özgürlük, bireysel başvuruya konu olabilecek haklar kapsamında olmasına rağmen, bireysel başvuru açısından korumasız kalabilecektir. Dolayısıyla, kişinin bir kanun hükmünün soyut olarak Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla, bu kanun hükmünün başka bir düzenleyici veya idari işleme gerek olmadan doğrudan uygulanması sonucunda anayasal bir hakkın ihlal edildiği iddiası arasında esaslı bir fark bulunmaktadır.

¹⁹ Bu görüşün sahibi, başvurunun, konu bakımından kabul edilebilir olduğunu düşünse de, başka bir açıdan (kişi bakımından) kabul edilemez olduğunu düşünmektedir. Bu itibarla görüşü, ‘Karşı Oy’ değil; ‘Farklı Gerekçe’ olarak nitelenmiştir.

Bireysel başvuruda, başvuru konusu yapılabilecek hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunması amaçlandığından, bu farkın mutlak surette göz önünde tutulması gerekir. Aksi halde genel, soyut ve objektif olması gereken yasal düzenlemeler yerine, temel hak ve hürriyetler üzerinde doğrudan etki gösteren kanuni düzenlemeler yapılarak hak ve özgürlük alanının bireysel başvuru kapsamından çıkarılması ihtimal dâhilindedir. Şüphesiz bu yaklaşım, bireysel başvurunun etkin koruma amacıyla bağdaşmaz.

Somut olay açısından değerlendirdiğimizde, hak ihlâline neden olduğu ileri sürülen seçim barajına ilişkin hüküm, seçimi yürüten organlarca oylar değerlendirilirken kendiliğinden dikkate alınması gereken bir hüküm olduğundan, başvuruçuların seçim öncesinde bu konuda yapabileceği yahut yapması gereken bir şey yoktur. Seçim sonuçlandıktan sonra oyların sayımında veya oy oranlarında yanlışlık yapıldığı iddiasıyla seçim kurullarına itiraz edilebilir. Ancak burada da yapılan itiraz, yine şikâyet edilen kuralın esasına ilişkin olamamaktadır. İlgili seçim kurulları bir partinin milletvekili çıkarıp çıkarmayacağını yine % 10 seçim barajını dikkate alarak belirleyecektir. Sonuç açıklandığında da seçim yapıp tamamlanmış olmakta; bu duruma bağlı olarak da şikâyet edilen kural da sonucunu doğurmuş olmaktadır.

*Seçim öncesinde Yüksek Seçim Kuruluna bu amaçla başvurulması düşünülebilir, ancak Yüksek Seçim Kurulu da ileri sürülen hak ihlâli açısından etkili bir başvuru yolu değildir, yapabileceği hiçbir şey yoktur. Esasen, bu konuda Yüksek Seçim Kuruluna başvurmayı öngören hukuki bir yol öngörülmemiştir. O nedenle Yüksek Seçim Kurulu da söz konusu kanun hükmünü sadece uygulama konumunda olup, hak ihlallerini değerlendirebilecek ve ihlâl tespit edildiğinde giderebilecek konumda değildir. **Seçim barajına ilişkin hüküm, şu halde doğrudan uygulanacak kanun niteliğindedir.** Kanunun uygulanması ve başvuruçular açısından öngörülen sonuçların doğması için idare tarafından yapılması gereken bireysel bir işleme ihtiyaç bulunmamaktadır. Nitekim, başvuruçulardan Demokratik Sol Parti, Yüksek Seçim Kurulu'na bu konuda bir başvuruda*

bulunarak, % 10 oranındaki ülke barajı uygulamasına son verilmesini talep etmiştir. Ancak, Yüksek Seçim Kurulu'nun 25/9/2014 tarih ve 4025 sayılı kararıyla, söz konusu talep, yasal düzenlemeyi gerektirdiği ve Kurulca yapılacak bir işlemin bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Yukarıda ifade edildiği üzere 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasında yasama işlemleri aleyhine 'doğrudan' bireysel başvuru yapılamayacağı kabul edilmiştir. Bu ifadenin mefhumu muhalifinden, yasama işlemlerine karşı 'dolaylı' olarak bireysel başvuruda bulunulabileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu duruma bağlı olarak, doğrudan kanun hükmüne değil de, kanun hükmünün uygulanması nedeniyle doğan sonuç hak ihlâline neden oluyorsa, doğan bu sonuç nedeniyle bireysel başvuruda bulunulabilmesi gerekir. Böyle bir durumda da, doğrudan yasama işlemi aleyhine değil, yasama işleminin uygulanması nedeniyle ortaya çıkan hak ihlâli sonucu nedeniyle bireysel başvuruda bulunulmuş olmaktadır. Hükmün lafzı ve bireysel başvurunun amacı, 45. maddenin 3. fıkrasının bu şekilde anlaşılmasına ve uygulanmasına uygundur. Nitekim Kanun koyucu, yasama işlemleri aleyhine hiçbir şekilde bireysel başvuruda bulunulamaz dememiştir. Eğer bu düşüncede olsa idi, bu takdirde, hiç bir şekilde yasama işlemleri aleyhine bireysel başvuruda bulunulamayacağını belirtirdi. Başvurucular, daha önce gerçekleşen seçimlerde şikayet konusu seçim barajının kendilerine uygulandığını, yakın bir gelecekte gerçekleşecek milletvekili seçimlerinde de uygulanmasının beklendiğini, bu haliyle de Anayasa m. 67'de düzenlenen seçme ve seçilme haklarının ihlâl edileceğini belirtmişlerdir. Buna göre başvurucular anılan Kanun hükmünü soyut olarak bireysel başvuru konusu yapmış değillerdir. Bilakis, doğrudan hüküm ifade eden bu kuralın potansiyel mağdurları olduklarını iddia etmektedirler. Bu nedenle başvuruların konu bakımından bireysel başvurunun kapsamında olduğu açıktır.'''

Gerek Farklı Gerekçe'de gerek Karşı Oy'da belirtilen hususlar, Mahkemenin yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamaz hükmünü katı biçimde yorumladığını göstermektedir.

Doktrinde İnceoğlu'nun dikkati çektiği bir başka kararda, AYM'nin, farklı bir açıdan yine 6216 sayılı Kanun'daki konumuz olan yasağı katı biçimde uyguladığı görülmektedir.²⁰ *Ahmet Soysal* kararında,²¹ ilgili yasa hükmü gereği benzer suçlardan mahkûm olanların erteleme imkanından yararlanabilmesine karşılık, kendi işlediği suçun erteleme kapsamı dışında tutulmasının eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal istemiyle Anayasa Mahkemesine götürülmesi isteminin yerel mahkemece reddedilmesinin eşitlik ilkesini ihlal ettiğini ileri süren başvuruçunun iddiasına ilişkin olarak Mahkeme, *başvuruçunun asıl amacının, işlediği suçu kapsamına almayan kanun hükmünün kendisine uygulanmasını ve bu yolla infazın ertelenmesi kuralından yararlanmasını sağlamak olduğunu; fakat bireysel başvuru kapsamında bir yasama işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptali için bireysel başvuru yapılamayacağını* belirtmiştir (para.19, 20). İnceoğlu'nun da haklı olarak belirttiği gibi, işin esası itibariyle bir ayrımcılık olup olmadığı ve bu anlamda eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği tartışmasından bağımsız olarak, sırf 6216 sayılı Kanun'un 45/3. maddesi çerçevesinde başvurunun reddedilmesi sorunludur. Yazar, aynı başvurunun AİHM önüne gitmesi halinde, büyük ihtimalle Strazburg Mahkemesinin başvuru açısından bu yönden bir problem görmeyeceğini ve esastan inceleyeceğini söylemekte; dolayısıyla AYM'nin bu tavrının ileride AİHM önünde muhtemel ihlal kararlarına yol açabileceğini söylemektedir.²² Aslında AYM, örneğin *Kadının Soyadı* kararında²³ olduğu gibi, doğrudan kanundan kaynaklanan bir müdahaleyi

²⁰ Sibel İnceoğlu, **Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt:3, Sayı:5, 2014, s.155 vd.

²¹ B. No: 2012/237, Kt. 26.3.2013.

²² İnceoğlu, s.154 vd. Nitekim yazar, iddiasını desteklemek adına AİHM'nin benzer olaylarda verdiği birtakım kararlardan da örnekler vermektedir. Ancak bizce burada şu hususa dikkat etmek gerekmektedir. Yazarın da belirttiği gibi, AİHM, böyle başvuruları *mağduriyet* açısından problemlili görmemektedir. Oysa AYM de, örneğin yukarıda yer verdiğimiz kararda, *mağduriyet* açısından değil; *yasama işlemine karşı bireysel başvuru yasağından* ötürü sorun görmüştür. Belirttiğimiz gibi, AYM, kabul edilebilirlik noktasındaki bu iki kavramı birbirinden ayırır gözükmektedir.

²³ B. No: 2013/2187, Kt. 19.12.2013.

(kadının kocasının soyadını almak zorunda bırakılmasını) ihlal görürken de, ihlal, doğrudan bir yasa hükmünden kaynaklanmakta ve dolayısıyla başvuru bir anlamda yasa hükmüne karşı yapılmış olmaktadır. Orada 6216 sayılı Kanun m.45/3 anlamında bir problem görmeyen Mahkemenin, *Ahmet Soysal* kararında neden bu hükümle bağdaşmazlık gördüğünü anlamak güçtür.²⁴

Böyle bir yaklaşım, özellikle son yıllarda bireysel idari işlem formatında yapılan kanuni düzenlemelerin sayıca çokluğu düşünüldüğünde, hakların etkili yargısal korunması adına oldukça sorunludur. Böyle bir yaklaşım, örneğin son birkaç yıldır sıkça karşılaştığımız kanun yoluyla belli kimselerin emekliye sevk edilmesi, görevlerine son verilmesi, bir kadro veya statüden başka bir statüye aktarılması içeriğine sahip yasal düzenlemelerin doğurduğu hak ihlallerine karşı iç hukukta bireylerin korunmasız kalması sonucunu da doğuracaktır. Herhangi bir uygulama işlemi gerektirmeyen bu tür düzenlemelere karşı idari yargı yoluna gidilemeyeceğini;²⁵ iptal veya itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulabilse de, iptal kararlarının geçmişe yürümemesi (ve Anayasa Mahkemesinin de “yokluk” kararı vermeye pek istekli olmaması) karşısında²⁶ olası bir iptal kararlarının da ihlalin tamiri adına

²⁴ Gerçi ilk kararda Mahkeme, kadının kocasının soyadını almasını öngören Medeni Kanun hükmünü AİHS’ye aykırı görmüş ve bu bağlamda AY m.90/5, c.3 uyarınca uygulanmaması gerektiğini belirtmiş; böyle olunca da müdahalenin AY m.13 anlamında kanunilik unsurunu taşımadığından ihlal kararı vermiştir. Fakat orada da ihlalin kaynağı neticede bir yasa hükmüdür ve AYM, bunu 6216 sayılı Kanun m.45/3 anlamında bir sorun olarak görmemiştir. İkinci kararda da, aynı mantıkla işin esasına girebilirdi.

²⁵ Her ne kadar, bu tür yasal düzenlemeler bakımından da, kişinin kadrosunun sonlandırılması, emeklilik işlemlerinin yapılması, eski görevine devam ettirilmemesi gibi işlemlerin var olduğu ve böylece ortada bir idari işlemin var sayılarak yargısal denetime konu edilebilmesine yönelik bir yorum yapılabilirse de, neticede idari işlemlerin dayanağı kanun hükmü olduğu için, idari yargı yerlerinin doğrudan Anayasayı uygulamaları mümkün olmayacak ve yapabilecekleri şey, itiraz yolunu işleterek Anayasa Mahkemesine başvurmak olacaktır. Ne var ki bu halde de kanun iptal edilse bile, iptal kararı geçmişe yürümeceğinden, yokluk kararı da verilmediği takdirde, yine ihlalin telafisi mümkün olmayabilecektir.

²⁶ Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi, bir kanun için yokluk kararı verebileceği halleri, *Cumhurbaşkanı'nun yayımlama iradesinin olmaması*, *TBMM'nin kabul iradesi olmaması* ve *Resmî Gazete’de yayımlanmaması* halleri ile sınırlamakta; bunun dışında ne kadar

etkili olmayacağını düşündüğümüzde, bu tür düzenlemelere karşı, yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamaz hükmünü katı biçimde uygulayıp önümüzdeki olayda olduğu gibi bireysel başvuru yolunun da kapatılması, insan hak ve özgürlükleri adına oldukça sakıncalı sonuçlara yol açacaktır.²⁷

3. Kamu Tüzel Kişilerine Yönelik Bireysel Başvuru Ehliyetsizliğinin Mutlak Biçimde Uygulanması

Üzerinde durulması gereken bir başka uygulama da, Anayasa Mahkemesinin, kamu tüzel kişilerine yönelik bireysel başvuru ehliyetsizliği kuralını mutlak şekilde uygulamasıdır.²⁸ Bilkent Üniversitesi'nin hissedar olduğu taşınmaza kamulaştırmaz el attığı iddiasıyla aleyhine açılan dava sonucunda tazminata hükmedilmesinin mülkiyet ve adil yargılanma haklarını ihlal ettiği iddiasıyla yaptığı başvuruda,²⁹ Mahkeme, 6216 sayılı Kanun'un "kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz" diyen m.46/2 hükmünü gerekçe göstererek başvurucunun bireysel yapmaya ehil olmadığına karar vermiştir.³⁰

Başvurucu, hissedar olduğu taşınmaza yönelik olarak aleyhine açılan kamulaştırmaz el atma nedeniyle tazminat davasında kamu gücü kullanılmadığını, davanın özel hukuk tüzel kişisi olarak eşitler arasındaki

Anayasaya aykırı olursa olsun yokluk değil iptal kararı verilebileceğini söylemektedir. Bkz.: Anayasa Mahkemesinin E.2007/72, K. 2007/68 sayı ve 5.7.2007 tarihli kararı ile E. 2007/99, K. 2007/86 sayı ve 5.6.2008 tarihli kararı. Bu konuda bir tartışma için bkz.: Osman Can, **Anayasa Yargısında Yokluk**, Ergun Özbudun'a Armağan, Ankara, Yetkin, Cilt:2, 2008, s.175 vd.

²⁷ Nitekim doktrinde Şirin'in belirttiği gibi, mukayeseli hukukta uygulanması halinde başvuru açısından telafisi imkansız yahut güç zararlar doğurma tehlikesi olan yasal düzenlemelere karşı bireysel başvuruda bulunabilmek için, bunların kişiye uygulanmasının beklenmesi aranmamaktadır. Yazar, AİHM'nin, mutlak kürtaj yasağı ve eşcinsel ilişkilerin cezalandırılmasını öngören düzenlemelere karşı yapılan bireysel başvuruları; Federal Alman Anayasa Mahkemesinin de, uçak kaçırma olaylarında silahlı kuvvetlere uçağı vurma yetkisi veren yasal düzenlemeye karşı yapılan anayasa şikayetini kabul edilebilir bulduğunu belirtmektedir (Şirin, s.46).

²⁸ Aynı doğrultuda bkz.: Şirin, s.15.

²⁹ B. No: 2013/1430, Kt. 21.11.2013.

³⁰ Bu yöndeki başka kararlar için bkz.: Gözde Atasayan, **Yorum: Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Şikayeti Kararlarının Usuli Açından Değerlendirilmesi**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt:3, Sayı:5, 2014, s.229 vd.

bir dava olduğunu ve taraflar arasında paylı mülkiyet hakkının kullanımından kaynaklanan ihtilaf bulunduğunu ve dolayısıyla kamu gücünü kullanan kamu tüzel kişisi olarak değerlendirilemeyeceğini; zira vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişisi olarak düzenlenmelerinin, her faaliyetinde kamu gücünü kullandığı anlamına gelmeyeceğini ileri sürerek bireysel başvuru ehliyetine sahip olduğunu iddia etmiştir. Oysa Mahkeme, *söz konusu 46/2 hükmünün, başvuruya konu olayın özel hukuk ilişkisinden ya da kamu gücü kullanılmasından kaynaklanan bir olay olup olmadığı ayrımı yapmadığını; bu açıdan, ilgili idarenin içinde bulunduğu hukuki ilişkinin niteliğinin bir önemi olmadığını belirterek, başvurucunun bireysel başvuru yapamayacağını* söylemiştir.

Mukayeseli hukukta kamu tüzel kişilerinin, bizzat kamu gücünü kullanan birimler olmaları dolayısıyla bireysel başvuru/anayasa şikayeti yapamayacakları kabul edilmektedir. Nitekim AİHM de, kamu gücünü kullanan devlet organlarının AİHS uyarınca başvuru yapamayacağını söylemektedir.³¹ 6216 sayılı Kanun'daki hüküm de, bu maksatla öngörülmüş bir düzenlemedir.³² Anayasa Mahkemesi de, kararında, *'bireysel başvuru, kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine karşı tanınan bir yol olduğundan kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınması, bu anayasal kurumun hukuki niteliği ile bağdaşmamaktadır'* diyerek bu durumu ortaya koymuştur. Gerek

³¹ Bkz.: *Döşemealtı Belediyesi/Türkiye* (No:50108/06), *Municipal Section of Antilly/Fransa* (No: 45129/98). Başka kararlar için bkz.: Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 7. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s.39, para. 126.

³² Nitekim, Anayasanın 148/3 maddesinde 'herkes'in bireysel başvuruda bulunabileceğinin belirtilmesi (ve buna uygun olarak 6216 sayılı Kanun'un 45/1 maddesinde de aynı şekilde 'herkes' ifadesinin kullanılması) karşısında, bu hükmün Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmiş; Anayasa Mahkemesi ise (E.2011/59, K.2012/34 sayılı kararında), *'Anayasada yer alan 'herkes' ibaresinin kapsamında aynı zamanda kişilerin niteliğinden kaynaklanan nedenlerle bazı kısıtlamaları da içinde barındırdığının kabulünün gerektiğini; Anayasanın 148. maddesinde yer alan 'herkes' ibaresinin, kamu gücü kullanan kamu tüzel kişilerini de kapsadığı şekilde anlaşılmaya elverişli olmadığını; bu konuda kanun koyucunun bireysel başvuruda bulunma ile ilgili hak sahipleri yönünden takdir hakkının bulunduğu kabulünün gerektiğini'* belirterek iptal istemini reddetmiştir.

AİHM'nin gerekse AYM'nin yaklaşımında, bu durumun sebebinin, kamu tüzel kişilerinin kamu gücünü kullanan organlar olması olduğu açıkça ortaya konmaktadır.

Fakat günümüzde, kamu tüzel kişilerinin bazı hukuki işlem, eylem ve sözleşmeleri, kamu gücünü kullanan idari nitelikte sayılmayıp, özel hukuk eylem, işlem ve sözleşmesi olarak muamele görmektedir. Örneğin idare hukukunda, idarenin tarafı olduğu bir sözleşmenin, idari sözleşme mi özel hukuk sözleşmesi mi olduğu değerlendirilirken, kamu gücünün kullanılıp kullanılmadığı bir kriter olarak kullanılmakta; idari sözleşmelerde idarenin üstün hak ve ayrıcalıklara sahip olduğu, oysa özel hukuk sözleşmelerinde tarafların eşit olduğu kabul edilmekte ve nihayet, her iki tür sözleşmenin hukuki rejimi belirlenirken, ilkinde dair uyuşmazlıkların idari, ikincisine dair olanların da adli yargıda görülmesi söz konusu olmaktadır. Başvurucunun haklı olarak belirttiği gibi, bir kamu tüzel kişinin tüm eylem ve işlemleri, kamu gücünün kullanıldığı eylem ve işlemler değildir.³³

Bu anlamda, özel gerçek ve tüzel kişilerle tamamen aynı hukuki statüde kabul edilen ve eşit muamele gören eylem ve işlemleri bakımından, kamu tüzel kişilerinin, bireysel başvuru imkanından mahrum bırakılmaları, bireysel başvurunun mantığı, işlevi ve dahası Anayasa hükümleri ve hatta izin vermemeye gerekçe olarak gösterilen 6216 sayılı Kanun'un 46/2 hükmünün dahi amacıyla bağdaşmaz.³⁴ Üstelik kamu tüzel

³³ Örneğin Anayasa Mahkemesinin, kararında değindiği son yıllardaki bir düzenleme de, bunu desteklemektedir. Anayasa açık bir şekilde kamu tüzel kişilerine kamulaştırma yetkisi vermesine (m.46) rağmen, 2013 yılında 2547 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesine eklenen "vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarının, kamulaştırma yoluyla taşınmaz edinemeyeceklerine" dair hüküm, bu anlamda zikredilmelidir.

³⁴ Nitekim doktrinde Şirin'e göre, Almanya'da özellikle devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olan (*Staatsdistanzierter*) hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarının temel haklarla ilgili bireysel başvuruları, belli şartlarda kabul edilmektedir. Yazara göre, akademik özerklik ve özgürlükler konusunda üniversitelerin, basın özerkliği ve özgürlükleri konusunda radyo televizyon kuruluşlarının, dinsel özerklik ve özgürlükler konusunda kilise ve dini cemaatlerin yaptığı bireysel başvurular (anayasa şikayetleri) başvuru sahiplerinin kamu tüzel kişisi olmasına bakılmaksızın kabul edilmiştir. Keza yine Şirin'in verdiği bilgiye göre, Alman Federal AYM, özel hukuk

kişileri için böyle otomatik bir sınırlama uygulamak, AİHM içtihadıyla³⁵ ve bu bağlamda Anayasa hükümleriyle de uyumlu değildir. 2010 yılında Anayasaya giren bireysel başvurunun temel sebeplerinden birinin, insan hakları ihlallerini içeride çözerek, ülkenin AİHM nezdinde mahkum olmasını engellemek olduğu herkesin malumudur. Nitekim tam da bu yüzden eleştiriye açık bir şekilde bireysel başvuruya konu edilebilecek hakların hem Anayasada hem de AİHS'te ortak olarak düzenlenmesi aranmıştır. Bu karardan sonra başvuru Üniuersite, AİHM'ye başvurabilecek ve AİHM de, uyuşmazlık, kamu gücünün kullanılmadığı bir işlemde kaynaklandığı için büyük olasılıkla davayı görecektir.³⁶ O halde, kişi bakımından AİHM'ye başvurma hakkına ehil bir kişiye bireysel başvuru imkanı tanımamak, Anayasanın bireysel başvuruya yüklediği bu işlev ve anlamla da bağdaşmamaktadır.³⁷

alanında faaliyet gösteren kamu tüzel kişileri ile kamu-özel ortaklık modellerinin başvuru ehliyeti konusunda da esnek bir yaklaşım sergilemektedir (Şirin, s.13, 14).

³⁵ AİHM, yukarıda değindiğimiz gibi, kamu otoritesinin kamu gücünü kullandığı hallerde, bunların başvuru yapma ehliyeti olmadığını söylerken; böyle olmayan durumlarda, kamu birimlerini başvuruya ehil kabul etmektedir. Mahkeme, başvuru, iç hukukta bir kamu tüzel kişisi olarak nitelendiği hallerde bile, somut olay bakımından bir kamu gücünün kullanılmasıyla ilgili bir durum olup olmadığını incelemekte ve ona göre hüküm vermektedir. Bu bağlamda bkz.: *Radio France ve Diğerleri/Fransa* (No: 53984/00) (Radio France, Türkiye'deki TRT'ye karşılık gelebilir); *Holy Monasteries/Yunanistan* (No: 13984/88); *Islamic Republic of Iran Shipping Lines/Türkiye* (40998/98). Bu yönde bkz.: Gözübüyük-Gölcüklü, s.39, para. 126.

³⁶ Örneğin bir öğrenciye veya personele disiplin cezası uygulayan üniversitenin bu işlemine karşı ceza alan kişi, idari yargıda dava açsa ve davayı kazanarak işlemi iptal ettirse, davalı üniversitenin, kamu gücünü kullandığı bir işlemle ilgili açılmış olan bu davada adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapamayacağı açıktır. Nitekim bu üniversite, bu olayda, zaten AİHM'ye de başvuramayacaktır. Fakat elimizdeki olaydaki gibi örneğin bir mal veya hizmet alımı için ihale açan ve ihaleyi kazanan kimseyle tamamen Borçlar Kanunu'na tabi olarak bir özel hukuk sözleşmesi akdeden üniversitenin bu sözleşme kapsamında çıkacak uyuşmazlığın adli yargı mahkemelerinde görülmesi sonucu çıkacak kararın adil yargılanma, mülkiyet vs. haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle bireysel başvuru yapamaması, bireysel başvurunun mantığıyla bağdaşmaz.

³⁷ Bu noktada karara muhalif kalan bir Mahkeme üyesinin görüşlerini de zikretmek, görüşümüzün desteklenmesi adına faydalı olacaktır. Karşı oya göre; '... 6216 s.K. m.46,2'deki hükmün lafzı doğrultusunda, söz konusu başvuruyu değerlendirdiğimizde, başvuru bir kamu tüzel kişisi olduğundan, başvurunun 'kişi yönünden yetkisizlik'

neniyle reddi gerekmektedir. Ancak kanaatimce, söz konusu hükmün uygulama alanını, sadece lâfzına bağlı olarak belirlemek doğru değildir; bireysel başvurunun niteliğini ve amacını da dikkate alarak amaçsal yoruma da tabi tutmak ve ona göre uygulama alanını belirlemek daha uygun olacaktır... Bu yol, kamu gücü kullananlara karşı, kamu gücü kullanmayan, zayıf durumda olanların temel haklarının korunması için kabul edilmiştir. 'Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz' hükmünü bu açıdan da değerlendirmek gerekir. Kural olarak kamu tüzel kişileri, kamu gücünü kullandıklarından, bu durum dikkate alınarak, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunamayacaklarına ilişkin genel bir hüküm konulması gerek bireysel başvurunun, gerekse kamu tüzel kişilerinin niteliğine uygundur. Gerçekten, kamu tüzel kişilerinin, bir taraftan kamu gücünü kullanıp işlem yapmaları, diğer taraftan bundan şikayet etmeleri çelişki oluşturur. Keza ihlâl neden olan da, kamu gücünü kullanan bir diğer organ olduğundan, devlet organlarının kendi içindeki çatışmayı yahut fikir ayrılığını bireysel başvuruya konu etmek mümkün değildir. Kamu tüzel kişilerinin, diğer gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri gibi, nitelikleri gereği temel hak ve özgürlüklere aynı şekilde sahip oldukları da söylenemez; o nedenle de kamu gücüne karşı, temel hak ve özgürlükler açısından korunma ihtiyacı içinde oldukları kabul edilemez... Ancak, 6216, s.K. m.46,2 cümle 1'deki hükmü, kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanmadıkları hallerde 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 hallerde, yararlanabilecekleri temel hak ve özgürlüklere ilişkin konularda, sınırlı da olsa bireysel başvuruda bulunabilmelerini kabul etmek gereklidir... Gerçekten bu gibi hallerde, kamu tüzel kişilerinin de söz konusu haklardan yararlanmaları ve bu haklar ihlâl edildiğinde, bireysel başvuruda bulunabilmeleri, kamu tüzel kişilerinin konumuna aykırı olmadığı gibi, bireysel başvurunun niteliğine ve amacına da uygun düşmektedir. Bu durum, özellikle yargı organlarının keyfi davranışlarla, hak ihlâline neden olmalarının bertaraf edilmesi açısından da gereklidir. Hukukumuz açısından da, kamu tüzel kişileri Anayasa m. 36, 37'deki haklardan zaten yararlanabildiklerinden, bu haklarının ihlâli halinde bireysel başvuruda bulunabilmeleri de kabul edilmelidir. İnceleme konusu olayda da, başvurunun ihlâl iddiaları dikkate alındığında, bunların Anayasa m. 35'deki mülkiyet hakkına ve m. 36.'daki (AİHS m.6) adil yargılanma hakkına dayandığı görülmektedir. Bu iddiaların ayrı ayrı incelenmesi ve mülkiyet hakkının ihlâli açısından başvurunun kamu tüzel kişisi olması dikkate alınarak "kişi yönünden yetkisizlik" kararı verilebilirse de, adil yargılanma hakkı bakımından başvurunun "kişi yönünden yetkisizliğine" karar verilmeyip, kabul edilebilirlik incelemesinin diğer açılardan da yapılması gerekirdi. 6216 s.K. 46,2'deki, 'kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz' kuralını, kamu tüzel kişilerinin kategorik olarak hiçbir şekilde bireysel başvuruda bulunamayacakları şeklinde yorumlamak ve uygulamak, Anayasanın 36. ve 148. maddelerine de aykırı olur... 6216 s. K. m. 46,2'deki söz konusu hükmü, kamu tüzel kişilerinin kural olarak bireysel başvuruda bulunamayacakları, ancak kamu gücünü kullanmadıkları Anayasa m. 36, 37'de düzenlenen haklara ilişkin olarak istisnaen başvurabilmelerinin mümkün olduğu şeklinde yorumlamak ve uygulamak, Anayasa m. 36 ve 148'in bu açıdan

4. Kişisel Olarak Etkilenme Şartına Yönelik Daraltıcı Yaklaşım

Mahkemenin 3 yıllık bireysel başvuru uygulamasında bir sorunlu yaklaşımı da, kabul edilebilirlik kriterleri arasında yer alan “başvurucunun güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmesi” koşulundaki “kişisel” unsuruna yöneliktir. Süreçteki bazı kararlar, insan haklarının etkili yargısal korunması adına olumsuz ve riskli sayılabilecek şekilde, Anayasa Mahkemesinin, bu kavramı oldukça daraltıcı bir surette yorumladığını ortaya koymaktadır. Bu noktada çarpıcı bir örnek, kamuoyunda uzun süre tartışılan, aralarında bazı bakanların da bulunduğu yolsuzluk iddiaları hakkında yürütülen soruşturmaya yönelik yayım yasağı ile ilgili *Mahmut Tanal ve Diğerleri* kararıdır.³⁸ Karara konu olaylarda, dört eski bakan için TBMM’de kurulan soruşturma komisyonu tarafından yürütülen soruşturmada gizlilik kararı alınması üzerine bir kısım milletvekili, gazeteci ve akademisyen, karara itiraz etmiş; itirazın reddedilmesi üzerine de Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuşlardır. İddiaları, söz konusu soruşturmanın sıradan bir soruşturma olmadığı ve kamuoyunu yakından ilgilendirdiği; kendilerinin de toplumu aydınlatma görevi bulunan gazeteci ve milletvekili gibi kimseler oldukları; yayım yasağının halkın haber alma ve bilgilendirme hakkının kısıtlayıcı nitelikte olduğu gerekçesiyle ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğidir.³⁹ Anayasa Mahkemesi ise, *söz konusu soruşturmanın bir ceza soruşturması olduğunu; dolayısıyla TBMM İçtüzüğü’nün 110. maddesinin öngördüğü gizliliğin Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 157. maddesinde düzenlenen soruşturmanın gizliliği ile aynı şekilde*

birbiriyle uyumlu olarak yorumlanmasını ve uygulanmasını sağlayacağı gibi, bireysel başvurunun niteliğine de uygun olur.”

³⁸ B. No: 2014/18803, Kt. 10.12.2014.

³⁹ Başvuruculardan biri ayrıca, yolsuzluk suçlarından toplumun bir bireyi olarak zarar gördüğünü ve bu açıdan taraf sıfatı bulunmasına rağmen yayım yasağına itiraz üzerine verilen kararın gerekçeden yoksun olduğunu ve bu yönüyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini de ileri sürmüştür.

yorumlanması gerektiğini;⁴⁰ bununla birlikte yürütülen soruşturmanın içeriği dikkate alındığında başvuru sahiplerinin ne soruşturmanın süjelerinden olduklarının ne de soruşturulan kişilere atfedilen fiillerden doğrudan ve şahsen etkilendiklerinin söylenebileceğini belirterek kişi yönünden yetkisizlik kararı vermiştir. Mahkemeye göre, başvuru sahiplerinin konuları ve statüleri gereği topluma karşı sorumlu oldukları olgusu da, doğrudan ve şahsen etkilenmiş olma gerekliliğini karşılama noktasında yeterli değildir. Yine Mahkemeye göre, bir yolsuzluk soruşturmasından ‘toplumun her bireyi gibi’ etkilenmiş olmak da, sonucu değiştirmeyecektir; çünkü zaten herhangi bir soruşturmaya ilişkin gizlilik kararından, bilgi edinme hakkı bakımından ‘herkes’ doğal olarak etkilenecektir. Üstelik Mahkeme, başvuru sahiplerinin söz konusu soruşturmanın gizliliği kapsamındaki bilgi ve belgelere ulaşmada ne gibi meşru menfaatleri bulunduğunu da gösteremediklerini belirtmiştir.

Bizce karar, mağduriyetin bir kriteri olarak ‘kişisel olarak etkilenme’ koşulunun bireysel başvurunun mantığına aykırı olarak dar biçimde yorumlandığı bir karar olmuştur. Elbette bir soruşturmanın gizliliği dolayısıyla bilgi alamadığını iddia eden herkese bireysel başvuru anlamında mağduriyet statüsü vermek, Mahkemenin de dediği gibi, mağdur statüsünü öngörülemez biçimde genişletebilecektir. Fakat Mahkemenin dikkatten kaçırdığı husus, somut olaydaki soruşturmanın sıradan bir soruşturma olmayıp, toplumu yakından ilgilendiren ve gerçeğin aydınlatılmasında tüm toplumun menfaatinin bulunduğu bir soruşturma olduğu; ve somut olaydaki başvuru sahiplerinin de, sıradan insanlar olmayıp topluma bu konuda bilgi akışını sağlayabilecek (gazeteci, milletvekili vb.) kimseler olduklarıdır. Mahkemenin bu durumu dikkate

⁴⁰ Karara karşı oy yazan üç üye, bu tespiti katılmamışlardır. Onlara göre, meclis soruşturmasını düzenleyen Anayasanın 100. maddesine bakıldığında, soruşturmanın gizli yürütüleceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu maddede geçen siyasi parti gruplarında bu konuda görüşme yapılamayacağı ve karar alınamayacağı yönündeki hüküm, soruşturmanın gizli yürütülmesine atıf yapmamakta; sadece soruşturmanın tamamlanmasından sonra hakkında soruşturma açılan kişilerin Yüce Divan’a gönderilip gönderilmeyeceği konusunda parti gruplarında milletvekillerini bağlayacak şekilde görüşme yapılamayacağını ve karar alınmayacağını öngörmektedir.

almayan ve eldeki soruşturma ile başvuruculara sıradan muamele yapan yaklaşımı, insan hakları adına sorunlu bir yaklaşımdır.⁴¹

Nitekim karara karşı oy yazan üç üyenin de belirttiği gibi, *‘başvuruya konu olan soruşturma bir meclis soruşturmasıdır ve bir dönem en üst düzey icra organı olan hükümette Bakan olarak görev yapmış kişilere karşı yürütülmektedir. Meclisin iradesini bu milletvekillerine karşı soruşturma açma yönünde kullanması, konunun kamuya bakan bir yönünün olduğunun da kabulü anlamına gelmektedir. Ayrıca soruşturma, milletvekillerine yönelik şahsi nitelikli sayılabilecek iddialarla ilgili değildir. Soruşturma kamuoyunda yolsuzluk olarak tanımlanan, kamu kaynaklarının usulsüz kullanımı iddialarına yönelik bir soruşturmadır. Bu nedenle başvurucularla birlikte toplumun geneli soruşturmanın içeriğini bilme ve kamuoyunda tartışabilme noktasında hak sahibidirler. Öte yandan, Mahkemenin Youtube ve Twitter kararlarında ortaya koyduğu, ortada doğrudan başvuruculara yönelik bir tedbir olmasa da, başvurucuların aktif internet kullanıcıları olmalarından dolayı söz konusu erişim engellemelerinden mağdur oldukları yönündeki yaklaşımı, şimdiki somut olaydan ayırmak için bir sebep yoktur. Zira başvurucular, söz konusu meclis soruşturmasına ilişkin olarak yazılı ve görsel medya yahut internet ortamında yayınlanacak bilgilerin aktif kullanıcıları konumundadırlar. Bu itibarla genel bir hak olan ve demokratik toplumun sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için son derece önemli olan ifade özgürlüğü ve bilgilenme hakkı açısından, başvurucular arasında ayırım yapılmasına gerek olmaksızın, tamamının ifade özgürlüklerinin etkilendiği ve bu konuda güncel ve kişisel bir haklarının bulunduğu kabul edilmelidir.’*⁴²

⁴¹ Eleştiriler için bkz.: Serkan Cengiz, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Temel Hak ve Özgürlükleri Koruma Standardı Açısından İki Yıllık Anayasa Şikayeti Uygulamasının Değerlendirilmesi** (Kamu Hukukçuları Platformu’nun 30-31 Mayıs 2015 toplantısında sunulan bildiri, s.35, 36; bildirilere şu adresten ulaşılabilir: http://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplanti_bildiriler&id=5, Erişim Tarihi: 23.10.2015); Şirin, s.21.

⁴² Bazı üyeler ise, *bu durumun sadece gazeteci olan başvurular açısından geçerli olduğunu; sadece onlar yönünden mağduriyet koşulunun bulunduğunu* belirtmişlerdir.

5. Yüksek Seçim Kurulunun Kararlarına Karşı Bireysel Başvuruya İzin Verilmemesi

Bireysel başvuru bağlamında değinilmesi gerekli bir sorunlu uygulama da, aleyhine başvuru yapılamayacak kararlar kapsamında kanunda öngörülen Anayasanın yargı denetimine kapattığı işlem ve eylemlerden biri olan Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı başvuru yapılamayacağına ilişkin yaklaşımdır. 6216 sayılı Kanun'un 45/3. maddesi, Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvurunun konusu olamayacağını söylemektedir. Yüksek Seçim Kurulu kararı aleyhine yapılan iki başvuruda verilen kararlar,⁴³ bu noktadaki sorunlu yaklaşımın güzel birer örneğidir. İlk başvuru, milletvekili adaylığının yürütülen kamu görevi nedeniyle YSK tarafından iptal edilmesi üzerine; ikinci başvuru ise, 7 Haziran 2015 tarihinde yapılan milletvekili genel seçimleri öncesinde, Cumhurbaşkanı'nın konuşmalarında dile getirdiği düşüncelerin ve yorumların Anayasada öngörülen "Cumhurbaşkanının tarafsızlığı" ilkesine aykırı olduğu ve bu sebeple basında yer verilmemesi talebiyle YSK'ya yapılan başvurunun, konunun YSK'nın yetkisinde olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi üzerine (seçimle hakkının ihlal edildiği iddiasıyla) yapılmıştır.⁴⁴ Anayasa Mahkemesi ise, *Anayasanın 79/2, c.2 hükmü uyarınca Yüksek Seçim Kurulu kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağına; buradaki "başka merci" kavramının içine Anayasa Mahkemesinin de gireceğine; bu anlamda Anayasanın YSK kararlarını yargı denetimine kapattığına ve böylece yukarıdaki kanun hükmü uyarınca YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yapılamayacağına* hükmetmiştir.

Değindiğimiz bu anayasal ve yasal hükümlerden, Mahkemenin ulaştığı gibi bir yorumu yapmak, elbette mümkündür; bu anlamda böyle

⁴³ B. No: 2015/6723, Kt. 14.7.2015; B. No: 2015/8818, Kt.14.7.2015.

⁴⁴ Aslında yukarıda incelediğimiz *Mansur Yavaş ve CHP* kararında da YSK'nın kararından sonra bireysel başvuru yapılmıştır. Fakat orada Mahkeme, *yerel seçimlerin 1. Ek Protokol'ün 3. maddesinde düzenlenmediği gerekçesiyle ortak koruma alanında olmaması yönüyle* konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir. Böylece YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yapıp yapılamayacağı, o davada tartışılmamıştır.

bir yorumu bariz biçimde sakat bir yorum olarak kabul etmemek gerekir. Fakat demokratik düzenin temel unsurlarından birinin seçme ve seçilme hakkı olduğunu; seçimlerin, öncesi ve sonrasıyla hak ve özgürlüklerin en fazla ihlal edilme potansiyeli olan alanlarından biri olduğunu; ve bilhassa ülkemizde seçimle ilgili uyuşmazlıkların çok hassas bir mesele olduğunu düşündüğümüzde; Mahkemenin, burada, aşırı aktivist davranıp yetkisini aştığı şeklinde bir suçlamaya maruz kalmayacak şekilde daha özgürlükçü ve yargısal denetime kapı aralayan bir yorum yapabilmesi mümkündür.

Örneğin karara karşı yazılan ‘‘Karşı Oy’’lardan birinde ileri sürüldüğü gibi, *YSK kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağını söyleyen Anayasanın 79/2, c.2 hükmünü, 6216 sayılı Kanun’un 45/3 maddesi anlamında YSK kararlarını yargı denetimine kapatan bir hüküm olarak değil de; YSK’nın verdiği kararların bir idari işlem sayılmayıp bir yargı kararı olduğunu ve bu yönüyle de (Danıştay, AYM vs.) başka bir yargı merciinde tekrar dava konusu yapılamayacağını öngören bir hüküm şeklinde yorumlamak mümkündür.*⁴⁵

Yine maksat YSK kararlarını bireysel başvurunun koruma alanına almak olduğunda, karara karşı yazılan başka bir Karşı Oy’da belirtildiği gibi, *45/3. maddedeki ‘‘Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler’’ ifadesi ile, ‘‘idari işlemlerin’’ kastedildiği ve ‘‘yargısal kararların’’ bu kapsamda olmadığı (dolayısıyla ancak YSK’nın idari nitelikteki kararlarını kapsayabileceği) şeklinde bir yorum da, makul sayılmayacak bir yorum değildir. Söz konusu hükümde ‘‘kesin olan işlemler’’ ifadesinden sonra ‘‘Anayasa Mahkemesi kararları’’ ifadesine de*

⁴⁵ Bu görüşteki Mahkeme üyelerine göre, *Yargıtay ve Danıştayın temyiz üzerine verdiği kararlar da kesindir; ne var ki bu durum, bunların kararlarına karşı bireysel başvuruyu kapatır şekilde yorumlanmamaktadır. Hem böyle kabul edildiğinde, Sayıştay’ın bizzat Anayasa Mahkemesi tarafından yargısal karar olarak kabul edilen ‘‘kesin hükme bağlama’’ kararları için de aynı şey düşünülebilir. Bu bağlamda Sayıştay kararları için Anayasanın 160/1. maddesinde öngörülen ‘‘idari yargı yoluna başvurulamama kuralı, aynı YSK kararları için düşündüğümüz şekilde, bu kararların 6216 sayılı Kanun’un 45/3. maddesi anlamında ‘‘Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerden olduğunu gösteren bir kural değil; bunların bir idari işlem sayılıp da (idari) yargı yoluna başvurulmasını engelleyen bir kural olarak yorumlanmalıdır.*

ayrıca yer verilmesi de, bu görüşü desteklemektedir. Zira kesin olan işlemler ifadesinin sadece kesin olan idari işlemleri kapsamı düşünülmeseydi, AYM kararlarının da ayrıca zikredilmesine gerek kalmayacağı söylenebilir.⁴⁶

Üstelik seçim yargısı alanında YSK dışında görev yapan il ve ilçe seçim kurullarının kararlarının bu kapsamda olmadığı açıktır. Zira Anayasanın m.79/2, c.2 hükmü, bu kurulların kararlarının kapsamamaktadır ve zaten Anayasa Mahkemesi de, ilçe seçim kurulunu, Anayasanın 36. maddesi anlamında bir “yargı yeri” olarak kabul edip onun kararına karşı yapılan başvuruyu adil yargılanma hakkı açısından incelemiştir.⁴⁷ Böyle olunca seçme ve seçilme hakkı bakımından il ve ilçe seçim kurullarınca YSK’ya başvuru imkanı olmadan kesin olarak verilen kararlar aleyhine bireysel başvuru yapmak mümkün olabilecek iken; bunların YSK’ya itiraz yolu açık kararlarına karşı, tüketme kuralı dolayısıyla önce YSK’ya başvurulacağı için bireysel başvuru yapılamaması gibi “tutarsız” ve eşitliğe aykırı bir durum da söz konusu olacaktır.

Netice olarak YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun kabul edilmemesi, ülkemizde tüm önemli seçim uyuşmazlıklarının nihai olarak YSK’da çözümlendiğini düşündüğümüzde, AİHS (1 Numaralı Ek Protokol m.3) ile Anayasada (m.67) yer alan seçme-seçilme hakkına

⁴⁶ Doktrinde bu yönde bir başka argüman olarak, Anayasanın 148. maddesine 2010 yılında eklenen bireysel başvuruya ilişkin düzenlemelerin, Anayasanın başlangıcından itibaren Anayasa metninde yer alan “yargı denetimi dışındaki işlemlerle” ilgili düzenlemelere (mesela 125/2, 159/10, 148/1 gibi) göre sonraki hüküm olduğu ve onları zımnen ilga ettiği şeklinde bir görüş de ortaya atılmıştır. Buna göre, örneğin Cumhurbaşkanı’nın tek başına yaptığı işlemler, YAŞ ve HSYK’nın ihraç dışındaki kararları, olağanüstü hal KHK’ları bakımından söz konusu olan yasama kısıntıları, daha sonradan yürürlüğe giren bireysel başvuru bakımından geçerli olmayacaktır (Şirin, s.52). 6216 sayılı Kanun’un değindiğimiz ilgili hükmü karşısında, böyle bir yorumun biraz zorlama olacağı düşünülebilir. Zira bu takdirde – isabetli veya değil, Anayasaya aykırı veya değil – Kanun’daki engelleyici hükmün (m.45/3) uygulama alanı kalmayacak; hükmün konması abes olacaktır. O yüzden söz konusu yasağı YSK kararları bakımından yukarıda yaptığımız tarzda bir yorumla aşmaya çalışmak daha makuldür.

⁴⁷ B. No: 2013/3912, Kt. 6.2.2014.

yönelik kamu gücü işlemlerinin, hakların korunması adına çok önemli bir mekanizma olan bireysel başvuruya konu edilememesi sonucunu doğurması yönüyle oldukça sakıncalıdır. Üstelik bu, bireysel başvurunun temel getiriliş amaçlarından biri olan AİHM önündeki ihlalleri azaltma amacıyla da bağdaşmamaktadır. Yukarıda zikrettiğimiz Karşı Oy'da da belirtildiği gibi, yasal bir değişiklik yapılmaya gerek olmaksızın yukarıdaki yorumlar benimsenerek bu meselenin çözümü pekala mümkündür.

B. HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ESASINA İLİŞKİN SORUNLU YAKLAŞIM VE UYGULAMALAR

Anayasa Mahkemesinin 3 yıllık bireysel başvuru uygulamasında, temel hak ve özgürlüklerin maddi yönüne (içerik, kapsam, koruma alanı, özneleri ve sınırları) dair insan haklarının korunması adına olumsuz sayılabilecek kararları/yaklaşımları da olmuştur. Mahkeme, kimi zaman kabul edilebilirlik kimi zaman da esas incelemesi sırasında,⁴⁸ bir hak veya özgürlüğün maddi yönüne/esasına dair insan hakları adına olumsuz/sorunlu bir ilke, yaklaşım yahut tespit benimseyebilmektedir. Aşağıda üç yıllık süreçte bu minvalde tespit edebildiğimiz yaklaşım ve uygulamalara yer verilmiştir.

⁴⁸ Bu noktada başta belirttiğimiz bir hususu tekrardan vurgulamak gerekirse; bizim burada çalışmayı, "usule" ve "esasa" dair şekilde ikiye bölme kriterimiz, bireysel başvuru mekanizmasının usuli yönlerine (kabul edilebilirlik kriterlerine) ilişkin ve bireysel başvuru incelemesinde (ister kabul edilebilirlik ister esas incelemesi olsun) temel hak ve özgürlüklerin maddi yönüne (içeriği, konusu, kapsamı, öznesi, sınırları vs.) ilişkin olumsuz/sorunlu yaklaşımlar/kararlar şeklindedir. Bu anlamda sorunlu görüp ele aldığımız bir yaklaşımın, kabul edilebilirlik incelemesinde yahut esas incelemesinde ortaya konmuş olması önemli değildir. Önemli olan, o yaklaşımın bireysel başvurunun usuli yönüne ilişkin mi olduğu; yoksa bir temel hak veya özgürlüğün maddi yönüne ilişkin mi olduğudur. İlk gruptakiler, çalışmanın birinci kısmında; ikinci gruptakiler ise halihazırdaki kısmında ele alınmıştır.

1. Ortak Koruma Alanının Belirlenmesine İlişkin Sorunlu Yaklaşımlar: Hakların Kapsamının AİHS ve Ona İlişkin AİHM İctihadiyla Sınırlı Olarak Belirlenmesine Yönelik Yaklaşım

Bu bağlamda ilk değineceğimiz husus, AYM'nin bireysel başvuruya konu olabilecek hak ve özgürlükleri tespit ederken benimsediği daraltıcı yaklaşımdır. Gerek hakların kapsamının AİHM içtihadıyla sınırlı olarak belirlenmesine yönelik yaklaşım, gerek Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokollere ilişkin durum ve gerekse Anayasanın kapsamını AİHS'ten daha geniş olarak çizdiği haklarda iki metnin de kesişim kümesinin esas alınmasına ilişkin tavrı, insan hakları adına sorunlu olarak göze çarpan gelişmelerdir.

Bilhassa *adil yargılanma* (AY m.36-AİHS m.6), *ayrımcılık yasağı-eşitlik ilkesi* (AY m.10-AİHS m.14) ve *seçme-seçilme hakkı* (AY m.67, 68-AİHS 1 Numaralı Ek Protokol m.3), Anayasamızın AİHS'ye göre daha geniş bir norm alanı çizdiği hak ve özgürlüklerdir.⁴⁹ Bu noktada temel soru, Anayasanın 148/3. maddesi bağlamında bireysel başvuruya konu hakların belirlenmesinde, Anayasanın mı yoksa AİHS ve ona AİHM'nin verdiği anlam bağlamındaki norm alanının mı esas alınacağıdır. Bireysel başvurunun temel getiriliş gerekçelerinden biri olan AİHM önündeki ihlalleri azaltmak niyeti doğrultusunda, bireysel başvuruya konu hakların tespitinde ortak koruma alanını belirlerken AİHS ve ona ilişkin AİHM yaklaşımının esas alınması gerektiği savunulabileceği gibi; böyle bir yaklaşımın sınırlayıcı olacağı ve AİHS'nin sadece bireysel başvuruya konu hakların belirlenmesinde liste işlevi görmesi gerekip esas olarak Anayasanın esas alınması gerektiği de savunulabilir.⁵⁰ Mahkeme ise, bu noktada, biraz da sorunlu olarak, ilk yaklaşımı benimser gözükmektedir.

Bireysel başvuruda benimsenen bu tarz bir *ortak koruma alanı* sisteminin en muhtemel sebebine yukarıda değinmiştik. Bazı kesimlerce eleştirilen böyle bir gerekçenin makul olup olmaması bir yana; bu duruma ilişkin Anayasa Mahkemesinin benimsediği yaklaşım da, bu durumu daha

⁴⁹ İnceoğlu, s.156, 157.

⁵⁰ İnceoğlu, s.158 vd; Atasayan, s. 232.

katılaştırmakta ve çok önemli bazı haklar bakımından bireysel başvuru yolunu kapatmaktadır. Mahkemenin şimdiye kadarki tavrı, AİHS'nin veya ona ilişkin AİHM içtihadının 1982 Anayasasına göre daha dar bir çerçevede benimsediği haklarla ilgili olarak, Strazburg'u çıta olarak kabul etmek ve hakların bireysel başvuruya konu olup olamayacağını belirlerken ona göre hareket etmek şeklinde olmuştur. Bu durum, başka hak ve özgürlük alanlarında da karşımıza çıkmakla birlikte; en sorunlu bir şekilde seçim ve adil yargılanma hakkında karşımıza çıkmaktadır.⁵¹

i. Yasama Seçimleri Dışında Seçim Hakkının Bireysel Başvuruya Konu Olmaması

Seçim hakkı bağlamında verilen *Mansur Yavaş ve CHP kararı*⁵² bunun güzel bir örneğidir. Başvuru, 30 Mart 2014'te yapılan Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı seçiminin iptal edilmesi talebinin Yüksek Seçim Kurulu tarafından reddedilmesinin, Anayasanın 67. maddesinde düzenlenen seçme ve seçilme hakkı, 36. maddesinde tanınan adil yargılanma hakkı ve 26. maddesinde öngörülen ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasıyla yapılmıştır. Mahkeme, *seçme ve seçilme hakkı yönünden, yerel seçimlere ilişkin bir seçme-seçilme hakkının AİHS'te düzenlenmediğini; Sözleşmenin serbest seçim hakkına ilişkin hükmünün (1 Numaralı Ek Protokol'ün 3. maddesi)*⁵³ "yasama seçimlerini" kapsadığını; zira hükmün AİHM tarafından böyle yorumlandığını belirtmiş ve böylece "ortak koruma alanında" olan bir hak söz konusu olmadığı için başvuruyu konu bakımından kabul edilemez bulmuştur.⁵⁴

Sözleşmenin seçimlere ve seçme-seçilme hakkına ilişkin tek hükmünün bu olduğu ve AİHM'nin de, yerel yönetim seçimlerini söz

⁵¹ Ayrımcılık yasağı bağlamında kararlar için bkz.: B. No: 2012/869, Kt. 16.4.2013 ve B. No: 2013/1337, 16.5.2013. Eleştiri için bkz.: İnceoğlu, s.161, 162.

⁵² B. No: 2014/5425, Kt. 23.7.2014.

⁵³ Ek Protokol m.3: *Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.*

⁵⁴ Anayasa Mahkemesinin serbest seçim hakkı yönünden Anayasa ile Sözleşmenin ortak koruma alanının "yasama organı" seçimleri ile sınırlı olduğuna yönelik başka kararları için bkz.: B. No: 2014/184, Kt. 16.7.2014 ve B. No: 2014/13675, Kt. 8.9.2014.

konusu hüküm içinde değerlendirmedeği açıktır. Fakat Anayasa Mahkemesi, bilindiği gibi, bireysel başvurularda, dava edilen kamu gücü işleminin ihlal teşkil edip etmediğini, elbette Sözleşme hükümlerinden ve onlara ilişkin Sözleşmenin yargı organının içtihatlarından esinlenmekle birlikte, Anayasadaki temel hak ve özgürlüklere göre yapmaktadır. Sözleşme ise, daha sürecin en başında devreye girmekte ve ihlal edildiği ileri sürülen hak veya özgürlüğün bireysel başvuruya konu olup olmayacağına belirlenmesinde rol oynamaktadır. Öte yandan, 1982 Anayasasının 67. maddesinde düzenlenen seçme ve seçilme hakkının, TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri yanında yerel seçimleri de kapsadığı açıktır. Ülkemizde yerel seçimlerin de, en az Parlamento seçimler kadar önemli olduğunu düşündüğümüzde, böyle bir hakkın bireysel başvuruya konu olup olamayacağına belirlenmesinde, Anayasa Mahkemesi, Sözleşmede var olan bir hakka ilişkin olarak, AİHM'nin sınırlayıcı yorumunu dikkate almak yerine, daha genişletici bir yorum benimseyebilir ve yerel seçimler bağlamındaki seçme-seçilme hakkını da, bireysel başvuruya konu edilebilecek bir hak/özgürlük olarak değerlendirebilirdi. Aksi durum, ülkemizde milletvekili seçimleri dışındaki hiçbir seçimin bireysel başvuruya konu olamayacağı sonucunu doğurmaktadır.⁵⁵

Anayasanın getirdiği bu ‘‘ortak koruma alanı sisteminin’’ açıklığı karşısında, Anayasa Mahkemesinden, ortak koruma alanında olmadığı net olan hak ve özgürlükler bakımından, sırf hakların korunması adına, bunları da kapsama alacak şekilde bir yargısal aktivizm (hatta belki yetki aşımı) beklemek makul olmasa da; Sözleşmede düzenlenen hakların kapsamını belirleme ve birtakım alt hakların bu kapsama girip girmediğini

⁵⁵ Örneğin Mahkeme, Cumhurbaşkanlığı seçim sonuçları 15 Ağustos 2015 tarihinde kesinleşmesine rağmen, Cumhurbaşkanı seçilen Recep Tayyip Erdoğan'ın Adalet ve Kalkınma Parti Genel Başkanlığı görevinden ayrılmamasının ve 27 Ağustos 2015'te bu Parti'nin 1. Olağanüstü Kongresi'nin yapılmasının belli hakları ihlal ettiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruda (B. 2014/13675, Kt. 8.9.2014), Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinin yalnızca yasama seçimlerini kapsamı dolayısıyla, bir siyasi partinin kongresinin hukuka aykırı şekilde yapıldığı yönünde yasama organının seçimi ile ilgili olmayan ihlal iddiasının bireysel başvuruya konu olamayacağına hükmetmiştir.

değerlendirmede, Strazburg Mahkemesinden daha cömert davranmasını beklemek, makul bir beklentidir. Böyle bir yaklaşım, aynı zamanda, bireysel başvurunun insan haklarını koruyup geliştirmek için değil de, salt AİHM önündeki mahkumiyetleri azaltmak amacıyla getirildiği eleştirilerinin de dozunu yumuşatacaktır.

ii. Adil Yargılanma Hakkının Kapsamına İlişkin Daraltıcı Yaklaşım

Yine bu bağlamdaki bir sorunlu yaklaşım da, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının AİHS'nin ilgili hükmü ve ona ilişkin AİHM içtihadıyla sınırlı olarak belirlenmesidir. Bilindiği gibi, AİHS'nin 6/1. maddesi, adil yargılanma hakkının kapsamını çizerken, ‘‘medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzluklar ve cezai alanda kişiye yöneltilmiş suçlamalar’’ ifadesini kullanmaktadır. Nitekim AİHM de, bir tazminat talebinin söz konusu olmadığı; salt cezalandırmayı istemenin söz konusu olduğu ceza davaları yönüyle, bu hükmün, suçtan zarar gören, mağdur olan veya davaya katılan kişilere bir kimsenin cezalandırılmasını isteme hakkı vermediğini (yani bir anlamda bu kimselerin m.6/1 kapsamında olmadığını) söylemektedir.⁵⁶

Anayasa Mahkemesi de, *Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının kapsamının Anayasada belirlenmediğini; o halde onu Sözleşmenin muadil maddesi ve o maddeye Sözleşmenin yargı organı olan AİHM'nin verdiği anlam bağlamında yorumlamak gerektiğini* söylemiştir. Bu noktada da Mahkemeye göre, *ceza davasında medeni hak talebine imkân veren bir sistemin benimsenmiş olması veya ceza davası sonucunda verilecek kararın hukuk davası açısından da etkili/bağlayıcı olması halleri dışında, Sözleşmenin 6/1. maddesi, suçtan zarar gören, mağdur, şikayetçi ve müdahil gibi kimseleri kapsamamaktadır. Böyle olunca da, suç işlediğini düşündüğü bir kimsenin cezalandırılması amacıyla suç duyurusunda bulunan bir kimsenin bu talebinin reddedilmesi üzerine adil yargılanma hakkı bağlamında bir bireysel başvuru yapması mümkün değildir; çünkü onun bu hakkı, AİHS tarafından*

⁵⁶ Bkz.: *Perez/Fransa* (No:47287/99), para. 66 vd.

*korunmamakta ve böylece bireysel başvuruya konu olabilecek haklar arasında yer almamaktadır.*⁵⁷

Mahkeme, bu yaklaşımına istikrar kazandırmıştır.⁵⁸ Bizce Mahkemenin bu kararı da, yine seçim hakkında olduğu gibi aynı hastalıktan muzdariptir. Gerçekten de Anayasa, adil yargılanma hakkının içeriğine dair bir şey söylememektedir. Bu anlamda hükmü, AİHS'teki muadili bağlamında yorumlamak gayet doğal ve doğrudur. Fakat bu yorumu yaparken ve hele hele ortada başvuruya konu bir hakkın olup olmadığını belirlerken, AİHM'nin sınırlayıcı yorumunu esas almak ve onun ötesine geçmemek, hiç makul ve isabetli değildir.⁵⁹ Yukarıda da

⁵⁷ B. No: 2012/1049, Kt. 26.3.2013 sayılı karar. Mahkeme, bunu yaparken, yeni CMK ile birlikte, ceza muhakemesinde şahsi hak iddiasında bulunma imkanının ortadan kaldırılmış olmasını ve böylece kişilerin ceza muhakemesi sürecinde medeni haklarını ileri sürme imkanının kalmadığını dikkate almıştır.

⁵⁸ Bkz.: B. No: 2012/848, Kt. 17.7.2014; B. No: 2013/5956, Kt. 15.4.2014; B. No: 2013/5680, Kt. 15.4.2014; B. No: 2013/514, Kt. 2.10.2013; B. No: 2013/1123, Kt. 2.10.2013; B. No: 2013/2355, Kt. 7.11.2013 ve B. No: 2013/5636, Kt. 8.9.2014 sayılı başvurulara ilişkin kararlar. Başka kararlar ve değerlendirmeler için bkz.: İnceoğlu, s.162 vd.

⁵⁹ Benzer yönde eleştiriler için bkz.: Göztepe, s.6, 7. Doktrinde Şirin, idari prosedürlerde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkin *Yusuf Gezer* kararına (2013/2103) da dikkat çekmektedir (Şirin, s.39). Bu karara konu olaylarda, başvuru, hakkındaki memuriyete atamama işleminin tesisi sırasında kendisine bilgi verilmediğini ve işleme yönelik olarak açıklama yapma ve hakkını savunma olanağının engellendiğini iddia etmiş ve böylece adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AYM ise, *gerek Anayasa gerek AİHS bağlamında adil yargılanma hakkının – belirli istisnai durumlar haricinde – yargılama sürecine mahsus olduğunu ve yargılama sürecinden önceli bir aşama olan idari işlemin tesisi aşamasını kapsamayacağını* belirtmiştir. Mahkemeye göre, *adil yargılanma hakkı, dava sürecine özgülenmiştir ve mahkemedeki yargılama sürecine uygulanmaktadır. O halde yargılama süreci dışında meydana geldiği ileri sürülen ihlal iddialarına ilişkin başvurular, istisnai durumlar dışında adil yargılanma hakkının kapsamı dışında kalacağından bireysel başvuruya da konu edilemez.* Bizce bu yaklaşım, Mahkemenin “dava öncesini kapsayacak istisnai durumlar” yaklaşımını da düşündüğümüzde, doğru bir yaklaşımdır. Çünkü Anayasa, açıkça “yargı mercileri” önünde ifadesini kullanmaktadır ve adil yargılanma hakkının mahiyeti de bunu gerektirmektedir. Üstelik Mahkeme, ceza kovuşturması (yani dava) öncesindeki ifade vb. ceza soruşturması işlemleri ile örneğin idari yargıda dava açmadan önce idari başvurunun yapılması gereken hallerde bu başvuruya ilişkin safahat gibi asıl dava sürecinin adillğine etki edecek aşamaları, 36. madde anlamında adil yargılanma hakkının kapsamında saymaktadır. Yine Şirin, AYM'nin kararda kullandığı

belirttiğimiz gibi, AİHS ve ona ilişkin AİHM yorumuna, Anayasanın tanıdığı bir hakkın başvuruya konu olup olmamasının belirlenmesinde daha sınırlayıcı bir rol yüklenmesi, hak ve özgürlük odaklı bir yaklaşım değildir.⁶⁰

Görüldüğü gibi, Mahkemenin tavrı, hakların ulaşabileceği son nokta olarak AİHS metnini ve ona ilişkin AİHM içtihadını esas almaktır. Elbette AİHM, AİHS'nin otantik yorumlayıcısıdır. Fakat bu durum, doğaldır ki, ulusal mahkemelerin çıtayı daha ileri götürmelerine engel değildir. Üstelik asıl incelemenin Anayasaya göre yapılacağı bir süreçte, ondan daha önceki bir aşama olarak sürece konu olabilecek hak ve özgürlüklerin tespitinde bu çıtanın ileri götürülmemesi makul değildir. 1982 Anayasası, yukarıda gördüğümüz gibi adil yargılanma ve seçim hakkı başta olmak üzere bir kısım hak ve özgürlükler bakımından kapsamı AİHS'ye nazaran daha geniş tutmaktadır.⁶¹ Bu gibi durumlarda ortak koruma alanını belirlerken, daha dar olanı esas almak, hak odaklı ve bireysel başvurunun mantığına uygun bir yaklaşım olmayacaktır.

2. 13. Madde Bağlamında Sınırlama Sebeplerinin Uygulanmasına İlişkin Yaklaşım

Bireysel başvuru uygulamasında, Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 13. maddesi bağlamında sınırlama sebeplerini uygulamasıyla

“mahkeme” kavramını da bilinçli kullanıp kullanmadığının anlaşılmadığını; eğer bundan maksadı, dar anlamda “mahkeme” ise, AİHM'nin dar anlamda mahkeme niteliğinde olmayan ve “tribunal” olarak nitelenebilecek heyet, kurul gibi mercileri de AİHS'nin 6. maddesi kapsamında sayan yaklaşımı karşısında hatalı olacağı kaygısını dile getirmektedir (Şirin, s.39). Biz, AYM'nin buradaki mahkemeyi ne anlamda kullandığını bilmiyoruz. Fakat AİHM'nin içtihadına sıkı sıkıya bağlı kalma eğiliminde olan bir AYM'nin bu konuda AİHM'den daha dar bir yaklaşım benimsemeyeceğini söyleyebiliriz. Üstelik yukarıda belirttiğimiz gibi, belli hallerde dava öncesi işlemleri de bu kapsamda görmesi, görüşümüzü destekler niteliktedir.

⁶⁰ Bu noktada belirtelim ki, bu şekilde konu bakımından kabul edilemez bulunan başvurulardan bir kısmı, Anayasanın 17. maddesi bağlamında devletin etkili bir ceza soruşturması yürütmesi şeklindeki pozitif yükümlülükleri kapsamına giriyorsa, o açıdan incelenebilmekte; aksi halde hiçbir yönden bireysel başvuruya konu olamamaktadır. Ancak başka açıdan inceleniyor olması da, elbette Mahkemenin buradaki gereksiz şekilde benimsediği daraltıcı yorumu haklı kılmamaktadır. Aynı yönde bkz.: Inceoğlu, s.163.

⁶¹ Örnekler için bkz.: Şirin, s.37, 38.

ilgili sorunlar veya riskler barındıran tespit ve yaklaşımları söz konusudur. Bilhassa Anayasada herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiş hakların sınırlanmasına ilişkin bakış açısı ile yine 13. maddede yer alan sınırlama kriterlerinin sınırlama sebepleri bağlamında uygulanmasına ilişkin riskli yaklaşım, burada değinilmesi gereken hususlardır.

i. Anayasada Herhangi Bir Sınırlama Sebebi Öngörülmemiş Hakların Sınırlanmasına Yönelik Yaklaşım

Bilindiği gibi, Anayasanın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlükler, 2001 yılında yapılan değişiklik sonrasında, ancak kendi düzenledikleri özel maddelerde öngörülen sebeplerden biri veya birkaçının varlığı halinde sınırlanabilmektedir. Buna özel sınırlama sebepleri sistemi (AİHS/AİHM ve bireysel başvuru sonrası AYM jargonuyla da meşru amaç [*legitimate aim*]) denmektedir. Buna göre, hakların doğasında bulunan objektif sınırlar dışında, bir temel hak ve hürriyetin, ne kadar elzem olursa olsun, ilgili maddesinde öngörülmeyen bir sebeple sınırlanabilmesinin mümkün olmaması gerekmektedir.⁶²

Oysa Anayasa Mahkemesinin bazı bireysel başvuru kararlarında yaptığı tespitler, bu meseleye böyle bakmadığına dair izler taşımaktadır. Anayasa Mahkemesinin, eğitim hakkı⁶³ bağlamında⁶⁴ uzaktan eğitim

⁶² İsaletli veya değil, bizce 2001 değişikliği sonrasında ortaya çıkan hukuki durum budur. Bu durumun eleştirisi için bkz.: Kemal Gözler, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götdürdükleri: 13. Maddenin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:59, Sayı: 2001/4, s.53-69 ve Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin, 17. Baskı, Bursa, 2014, s. 126, 127. Fakat Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sürecinden de önce bu noktada farklı ve farklı olduğu kadar çelişkili yaklaşımları olmuştur. Bu konuda tartışmalar için bkz.: Tijen Dünder Sezer, **1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt:3, Sayı: 5, 2014, s.375 vd; Y. Metin Özdemir, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası’nda Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt:3, Sayı: 5, 2014, s.413 vd.

⁶³ Anayasa Mahkemesi, kararda söz konusu hakkı, “eğitim hakkı” olarak ifade etmektedir. Burada “eğitim özgürlüğü”-“eğitim hakkı” tartışmasına girilmemiştir.

⁶⁴ Bilindiği gibi, Anayasanın 42. maddesi, *kimsenin eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılmayacağını ve öğrenim hakkının kapsamının kanunla tespit edileceğini ve düzenleneceğini* söylemektedir. Maddenin devamında eğitim ve öğretimle ilgili

kapsamında yararlanmaları gereken sürenin ve bu süreyi kullanım şeklinin cezaevi idaresince makul olmayan ve kabul edilemeyecek gerekçelerle sınırlandırıldığı iddiasıyla⁶⁵ yapılan bir başvuruda eğitim hakkıyla ilgili yaptığı tespitler, bu anlamda sorunludur.⁶⁶ Mahkeme, *Anayasanın 42. maddesinde ve Sözleşmeye ek 1 Numaralı Protokol'ün 2. maddesinde eğitim hakkının sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenleme yapılmadığını açıkça söylemesine rağmen; Anayasanın 42. maddesinde "öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir" ifadesi ile eğitimin karmaşık ve masraflı yapısı gözetilerek devlete bir takdir alanı yaratıldığını* belirtmiştir. Mahkemeye göre, *Anayasanın 42. maddesinde eğitim hakkının sınırlandırılmasında Anayasa ve Sözleşmenin ortak alanında kalan diğer haklardan farklı olarak belirli ve sınırlı meşru amaçlar düzenlenmemiştir. (Diğer bir anlatımla, eğitim hakkının kısıtlanmasında Anayasa ve Sözleşmede sınırlı sayıda belirtilmiş meşru amaçlar listesi bulunmamaktadır.) Bu nedenle de, özellikle mahkûmlar açısından eğitim hakkında yapılacak düzenlemelerde Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen genel ilkeler çerçevesinde meşru amaçların ne olabileceği hususunda devletin geniş bir takdir alanı bulunmaktadır.*

Görüldüğü gibi, Mahkemenin çıkardığı sonuç, bu "belirli ve sınırlı meşru amaçların **düzenlenmemesinin**", devletin takdir alanının sınırsız olduğu sonucunu doğurmayacağıdır. Yani Mahkeme, hükümde bir sınırlama sebebi öngörülmemiş olmasından, insan haklarının mantığına ve Anayasaya aykırı, sakat bir sonuca ulaşmaktadır. Halbuki yukarıda da belirttiğimiz gibi, bir Anayasa hükmünde bir temel hak ve özgürlük için bir sınırlama sebebinin (Mahkemenin deyimiyle "belirli ve sınırlı meşru amaçların") **düzenlenmemesinin** sonucu, o hak veya özgürlüğün, doğasından kaynaklanan objektif sınırlar dışında sınırlanamamasıdır.

doğrudan Anayasanın getirdiği bazı sınırlamalar olmakla birlikte; temel hak ve hürriyetlerin (13. madde bağlamında) Devletin yetkili organları tarafından sınırlandırılmasına dair bir düzenleme yer almamaktadır.

⁶⁵ Başvurucuların, derece mahkemesi nezdinde yaptıkları itirazın duruşma ve keşif yapılmaksızın reddedilmesine bağlı adil yargılamaya haklarının ihlal edildiği iddiaları da vardır.

⁶⁶ B. No: 2013/583, Kt. 10.12.2014 tarihli karar.

Oysa Mahkeme, bu durumu, çok da doğru olmayan bir mantıkla, devletin sınırlama konusunda – hem de tek tek sınırlama sebepleri öngörülmüş hak ve özgürlüklerden daha geniş bir şekilde – takdir hakkı olduğu şeklinde tevیل etmiş; ardından da adeta amiyane tabirle “lütuf gösterip” ne var ki bu takdir hakkının sınırsız ve keyfi kullanılamayacağını (13. maddedeki diğer kriterlere uygun olması gerektiğini) söylemiştir.⁶⁷

Elbette somut olay bakımından, devletin, 42. madde (ve Sözleşme) bağlamında, başvuruçulara iddia ettikleri türden bir eğitim imkanı vermekle yükümlü olup olmadığı; devletin bu şekilde bir pozitif yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı sorgulanabilir ve esasında, ihlal iddiası da bu kriterler üzerinden çözümlenmelidir. Fakat bu somut değerlendirmeyi yapmadan önce Mahkemenin eğitim ve öğrenim hürriyetinin sınırları konusunda söyledikleri, temel hakların sınırlanmasına dair Anayasanın koyduğu esaslara taban tabana zıttır. Üstelik bu durum (yani Mahkemenin, herhangi bir sınırlama sebepleri listesine yer verilmemesine bağladığı bu sonuç), Anayasada herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiş diğer hak ve hürriyetlere ilişkin de riskli ve sorunlu bir yaklaşımı içermektedir.

Nitekim Mahkeme, bu yaklaşımını Anayasanın herhangi bir özel sınırlama sebebi öngörmediği başka hak ve özgürlükler bakımından da devam ettirmiştir. Örneğin, özel hayatın gizliliği ile ilgili bir kararda ve meşhur *Kadının Soyadı* kararında,⁶⁸ *açık bir şekilde özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu; ayrıca Anayasanın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da bu hakların sınırlanmasının – 13. maddedeki*

⁶⁷ Mahkeme, bunu gerekçelendirirken de, *eğitimin toplum için taşıdığı öneme karşın, eğitim hakkının mutlak ve sınırsız bir hak olmamasını; eğitimin niteliği gereği devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirdiğinden bazı kısıtlamalara tabi tutulmasının doğal olması; şüphesiz eğitim kurumlarını düzenleyen kuralların, toplumun ihtiyaç ve kaynakları ile eğitimin farklı düzeylerine has özelliklere göre, zaman ve mekân içinde değişiklik gösterebilmesini; bu nedenle, devletlerin bu konuda yapacakları düzenleme ve uygulamalarda belli bir takdir alanına sahip olmalarını birer argüman olarak ortaya koymuştur.* (Aynı doğrultuda bkz.: B. No: 2012/782, Kt. 26/6/2014, para. 37.)

⁶⁸ Sırasıyla B. No: 2013/1614, Kt. 3.4.2014 ve B. No: 2013/2187, Kt. 19.12.2013.

güvencelere uygun olmak kaydıyla – mümkün olabileceğini belirtmiştir. Mesela bu kararlardan ilkinde, bir kadın kamu görevlisine yaşadığı evde çekilen cinsel içerikli görüntülerin internette dolaşması üzerine verilen memuriyetten çıkarma cezasının ihlal olup olmadığını incelerken, *özel hayatın gizliliği hakkının, mahremiyet alanında cereyan eden cinsel içerikli eylem ve davranışları da kapsadığını; dolayısıyla surf bu sebeple verilen bir disiplin cezasının özel yaşama müdahale olduğunu* belirtmiş; ancak özel yaşamla ilgili Anayasanın 20/1 hükmünde özel bir sınırlama sebebi belirtilmemiş olmasına rağmen, *doğal sınırlar yanında ayrıca 13. maddedeki güvencelere uygun olarak bu hakkın da sınırlanabileceğini* söylemiş ve bu açıdan müdahaleyi analiz etmiştir. Neticesinde vardığı sonuç, özel hayatın gizliliği hakkına yönelik söz konusu müdahalenin ihlal teşkil ettiği yönünde olsa da, hakkın sınırlanmasına yönelik bakışı, yukarıda belirttiğimiz gibi sorunludur.

ii. Anayasanın 13. Maddesindeki Testin Uygulanmasına İlişkin Yaklaşım

Sınırlama sebepleri bağlamında Mahkemenin bir sorunlu/riskli yaklaşımı da, ihlalin bulunup bulunmadığının incelenmesinde Anayasanın 13. maddesindeki kriterlerin uygulanmasına yönelik yaklaşımdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bir sınırlamanın Anayasaya uygun olabilmesi için, önce kanuni bir dayanağı bulunmalı (*kanunilik kriteri*) ve Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere binaen yapılmış olmalı (*sebebe uygunluk kriteri*); ve daha sonrasında da sınırlamanın sınırı olarak ifade edilebilecek bazı koşullara (*ölçülülük, demokratik toplumda gereklilik, Anayasanın sözüne ve özüne uygunluk, laik Cumhuriyetin gerekleri ve öze dokunmama*) riayet edilmelidir. Bu anlamda bir kamu gücü işleminin ihlal teşkil edip etmediği incelenirken bir nevi test diyebileceğimiz bu aşamalar uygulanmalı ve bunlardan birinde problem varsa, sınırlamanın Anayasanın koyduğu esaslara aykırı olarak yapıldığı sonucuna varılmalıdır. Bu noktada da ilk bakılması gerekenin kanuni dayanak ve hemen ardından sınırlama sebepleri olduğu kuşkusuzdur. Bir sınırlama, kanuni bir dayanaktan yoksunsa yahut dayanıyor olsa bile Anayasada özel olarak öngörülen bir sınırlama sebebine dayanmıyorsa,

diğer kriterleri taşımasının bir önemi olmaksızın Anayasaya aykırı olacak; bu anlamda örneğin, ancak geçerli bir sınırlama sebebi varsa, diğer koşullara uygunluk yönünden incelenebilecektir.

Oysa Anayasa Mahkemesinin bazı kararları, bu testteki sıranın karıştırıldığını; geçerli bir sınırlama sebebinin varlığı incelenmeden ihlal iddiasına konu kamu gücü işlem veya eyleminin diğer kriterler (örneğin ölçülülük) bakımından test edildiğini göstermektedir. Üyesi olduğu sendikanın göreve gelmeme çağrısına katılarak iki gün göreve gitmeyen bir öğretmen hakkında verilen uyarı cezasıyla ilgili başvuruda⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, başvurucunun sendika hakkının ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken; doğru bir şekilde önce “müdahalenin kanuniliği”ni; sonra da “meşru amaca” hizmet edip etmediğini incelemiştir. Ne var ki Mahkemenin meşru amaç testinden “sınırlamanın sınırı” olarak ifade ettiğimiz diğer kriterlere geçişi sorunludur. Mahkeme, *meşru amaç değerlendirmesinde, verilen disiplin cezasının Anayasanın 51/2. maddesinde sayılan meşru amaçları hedeflediği kabul edilse bile, müdahalenin gerekliliği konusunda yapılması gereken değerlendirmeler göz önünde bulundurulduğunda, müdahalenin meşruluğu sorununu çözmenin gerekli olmadığını* söylemiştir. Oysa bu, doğru bir akıl yürütme değildir. Zira müdahalenin kanuni bir dayanağı yoksa, geçerli bir sebebe dayanmasının; geçerli bir sebebe dayanmadığında da, diğer kriterlere (örneğin demokratik toplumun gereklerine yahut ölçülülüğe uygunluğun) bir önemi olmamalıdır.⁷⁰ Bu sebeple, Mahkemenin deyişiyle “müdahalenin meşruluğu sorununu çözmek”, müdahalenin gerekliliği (herhalde bununla kastedilen ölçülülük ve demokratik toplumda gerekliliktir) meselesine girmeden önce halledilmesi gereken bir sorundur.

Somut olayda Mahkemeye göre böyle bir incelemeden imtina etmesinin sebebi, “müdahalenin gerekliliği konusunda yapılması gereken değerlendirmeler”dir. Mahkeme, sonraki aşamada söz konusu ceza işleminin demokratik toplumda gerekli bir tedbir olmadığına karar vermiş

⁶⁹ B. No: 2013/8463, 18.9.2014.

⁷⁰ Aynı doğrultuda bkz.: Şirin, s. 113 vd.

olsa da; meşru amaç kriterini uygulama yöntemi, doğru değildir. Öte yandan, Mahkemenin, burada, aslında söz konusu sınırlamanın meşru amaca hizmet edip etmediğini belirlemeyi demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük kriterlerine göre değerlendirmeyi kastettiği şeklinde bir akıl yürütme yapılabilirse de, yine de “meşru amaç sorununu çözenin gerekli olmadığı” yönündeki ifadenin riskli bir ifade olduğunu söylemeliyiz. Bir müdahalenin özel sebeplerden hangisini gerçekleştirmeye matuf olduğunu öncelikle tespit etmek, o müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığını belirlemek için de gereklidir. Zira örneğin ölçülülük, en genel manasıyla araçla amaç arasındaki dengenin tutturulması olduğuna göre, somut olaydaki amacın (yani sınırlama sebebinin) öncelikle tespit edilmesi, ölçülülük testinin uygulanması için de gereklidir.⁷¹

3. İhlal İddialarının Hiç İncelenmemesi yahut İncelenmesi Gerekli Hak ve Özgürlükler Açısından İncelenmemesi Şeklindeki Uygulama

Mahkemenin 3 yıllık bireysel başvuru uygulamasında bir önleyici tedbir olarak dikkat çekilmesi gereken bir uygulaması da, bazı ihlal iddialarında, ihlalin incelenmesi gerektiği anayasal hak ve özgürlükler açısından bir inceleme yapılmadan karar verilmesi yönündeki uygulamadır. Mahkemenin bu süreçte, kimi zaman, bilhassa idari ve adli parasal cezalarla hürriyeti bağlayıcı cezaları sadece adil yargılanma hakkı bağlamında inceleyip mülkiyet, özgürlük ve güvenlik, kanunilik gibi anayasal güvenceler açısından bir inceleme yapmama şeklinde; kimi zaman ise, ihlal kararı vermiş olsa bile başvuruçuların birtakım ihlal iddialarını görmezden gelerek bir inceleme yapma şeklindeki uygulamaları zikredilmelidir.

Mahkemenin başta *ceza mahkûmiyetleriyle ilgili olanlar olmak üzere belli ihlal iddialarını sadece adil yargılanma hakkı yönünden inceleyen yaklaşımına* öncelikle dikkat çekmek gerekmektedir. Örneğin, **Mahkeme, verilen bir ceza mahkûmiyeti hükmünü, sanık yönünden**

⁷¹ Benzer eleştiriler için bkz.: Şirin, s.113.

sadece adil yargılanma hakkı bağlamında incelemektedir.⁷² Böyle olunca da, ihlal iddiaları, adil yargılanma hakkının dar kalıplarına sıkıştırılmış olmaktadır. Bu bağlamda Mahkemenin adil yargılanma hakkının ihlali meselesini, yargılama sonucunda verilen kararın adil olmaması değil; yargılamanın bir bütün olarak adil olmaması şeklinde anladığını ve hukuk kurallarının hatalı uygulanması noktasındaki şikâyetleri, derece mahkemelerinin bariz bir takdir hatası ve açık bir keyfiliği yoksa dikkate almadığını biliyoruz.⁷³ Elbette bireysel başvurunun “ikincil” niteliği gereği, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların, bireysel başvuruda inceleme konusu olmaması doğaldır. Anayasa Mahkemesi de, bu tür başvuruları, kanun yolu şikâyeti olduğu gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksun bulmaktadır.⁷⁴ Mahkemeye göre,

⁷² Belirtelim ki, suçtan zarar gören ve mağdur gibi kimseler bakımından ise, 17. maddedeki yaşam hakkı, maddi-manevi varlığın bütünlüğü hakkı bağlamında inceleme yapılmaktadır. Mahkeme, devletin söz konusu hüküm kapsamındaki pozitif yükümlülükleri bağlamında sorumluların hesap vermesini sağlayacak etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğü olduğunu söyleyip somut olayda sanığa verilen veya verilemeyen cezayı, bu yönden incelemekte ve ortaya çıkan sonuç, devletin bu şekildeki pozitif-usuli yükümlülüklerinin ihlali sonucunu doğuruyorsa, ihlal kararı vermektedir. Hükümün açıklanmasının geriye bırakılması kararının verildiği birçok olayda, bu sonucun cezasızlık ve belli fiillere hoşgörü gösterilmesi sonucunu göstereceği gerekçesiyle ihlal kararı verdiğini görmek mümkündür (bkz.: B. No: 2013/6359, Kt. 10.12.2014).

⁷³ Bkz.: B. No: 2012/828, Kt. 21.11.2013.

⁷⁴ Yeri gelmişken belirtelim ki, doktrinde bu noktada Mahkemeye yöneltilen bir eleştiri de, oybirliğine ulaşılamayan hallerde *açıkça dayanaktan yoksunluk kararı* verilmesi yönündeki uygulamadır. Örneğin Şirin’e göre, bir Mahkeme üyesinin öyle düşünmediği (ve hatta kimi zaman karşıoy yazdığı) bir durumda, başvurunun “açıkça” dayanaktan yoksun bulunması, makul değildir (Şirin, s.92, 93). Bu eleştiri, ilk bakışta makul gibi durmaktadır. Ancak yine de Mahkemenin bu uygulaması, bu makalenin anladığı anlamda insan hakları adına olumsuz/sorunlu bir yaklaşım sayılmaz. Zira belirttiğimiz gibi, ilk bakışta, Mahkeme üyelerinin bile aralarında dayanaktan yoksun olup olmadığına anlayamadığı bir başvurunun nasıl “açıkça” dayanaktan yoksun kabul edileceği sorusu haklı olarak sorulabilir. Ancak Anayasa Mahkemesi, bildiği gibi, başta, bir ihlal iddiasına dayanmama ve kanun yolu başvurusu niteliği taşıyama olmak üzere pek çok sebebi, *açıkça dayanaktan yoksunluk kategorisi* altında değerlendirmektedir. Dolayısıyla örneğin beş üyeden bir ve hatta ikisinin kanun yolu başvurusu olduğunu düşünmediği fakat üç veya dört üyenin böyle düşündüğü bir halde (bkz.: örneğin B. No: 2013/1613, Kt. 2.10.2013 sayılı başvuruya ilişkin karar) bizce Mahkemenin başvuruyu kanun yolu başvurusu niteliği taşıdığı gerekçesiyle kabul edilemez bulmasında bir sorun yoktur. Belki rahatsız edici olan, Mahkeme’nin bunu

bir ceza mahkûmiyetine ilişkin suçlu ve suçsuzluğa karar vermek, keza verilen cezanın hafif veya ağır olduğunu değerlendirmek, kendi yetkisinde olan bir husus değildir (yani adil yargılanma hakkının böyle bir şikâyete dayanak oluşturması söz konusu değildir).⁷⁵

Adil yargılanma hakkı bağlamında bu yaklaşım doğru gibi gözükse de, bilhassa mahkûmiyet hükümlerinin Anayasanın temel hak ve hürriyetlerle ilgili başka güvenceleri açısından da incelenmesi gerekir. Zira yargı kararıyla belli bir suçtan mahkûm olmanın, mahkûmiyet hapis cezasına ilişkinse, Anayasanın insan onuruyla bağdaşmayan ceza yasağını düzenleyen 17/3. maddesine; keza kişi hürriyeti ve güvenliğinin düzenlendiği 19. maddesine⁷⁶ ve kanunda öngörülenden daha ağır bir ceza

“açıkça dayanaktan yoksunluk” bağlamında ele almasıdır. Öte yandan, aslında böyle bir nitelik taşımamasına rağmen kanun yolu başvurusu olarak nitelenip de reddedilen somut bir başvuruya ilişkin Mahkemenin somut değerlendirmesi, pekala eleştirilebilir. Ancak Mahkemenin bizce bunu açıkça dayanaktan yoksunluk başlığı altında yapmasında esaslı bir sorun bulunmamaktadır. Bununla birlikte, *bir ihlalin bulunmadığı* yahut *ihlalin bulunmadığının açık olduğu* gerekçesiyle oyçokluğuyla ulaşılan açıkça dayanaktan yoksunluk kanaati, bizce de rahatsız edici durmaktadır. Bu noktada, bir veya iki AYM üyesinin ihlalin bulunduğunu düşündüğü bir olayda “ihlalin olmadığı nasıl açık olduğu” sorusu haklı olarak sorulabilir. Fakat dediğimiz gibi, burada bir oylama söz konusudur ve çoğunluk görüşü, ihlalin bulunmadığını söylemektedir. Herhalde ihlalin bulunmadığına karar verilebilmesi için oybirliği aranması gerektiği gibi bir sonuca ulaşmak da makul olmadığından, kararın bu şekilde formüle edilmesi, rahatsız edici olsa da uygundur. Burada belki Mahkemeye yöneltilebilecek tek eleştiri, böyle durumları “açıkça dayanaktan yoksunluk” altında formüle etmesidir. Fakat bu eleştiri, haklı görülebilirse de, en başta söylediğimiz gibi, bu makalenin kastettiği anlamda hak ve özgürlük korumasını geriye götürebilecek sorunlu bir yaklaşım sayılmaz.

⁷⁵ Mahkemeye göre, kural olarak bireylerin cezai sorumluluğuna ilişkin hukuki sorunların incelenmesi, kendi görevi olmayıp; konu, derece mahkemelerin takdirine bırakılmıştır. Yine bu bağlamda suçlu-suçsuz kararı vermek ya da daha hafif veya ağır ceza belirlemek de görevi değildir (B. No: 2012/1128, Kt. 8.5.2014, para. 55).

⁷⁶ Nitekim AYM, bir kararında “*hükümlülerin ceza infaz kurumlarında kalacağı süreyi doğrudan ve dolaylı olarak etkileyen durumların Anayasanın 19. maddesinde tanımlanan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini*”; keza “*mahkûmların, Anayasanın 19. maddesi kapsamında hukuka uygun ‘bir mahkûmiyet kararına bağlı olarak tutma’ şeklinde değerlendirilebilecek kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı dışında, Anayasanın ve Sözleşmenin ortak alanı kapsamında kalan temel hak ve hürriyetlerin tamamına genel olarak sahip olduklarını*” söylemiştir (B. No: 2013/1711, Kt. 23.7.2014 sayılı karar, para. 26, 29, 30 ve B. No: 2013/583, Kt. 10.12.2014 sayılı karar, para. 65).

verme yasağının yer aldığı 38/1 maddesine bakan yönleri de vardır. Keza mahkûmiyetin para cezasına ilişkin olduğu hallerde de (ki bunlar sadece ceza mahkûmiyetlerini değil, idari ceza ve özel hukuktaki davaları da kapsar), yine böyle bir mahkûmiyetin 35. maddede düzenlenen mülkiyet hakkıyla ilgisi bulunmaktadır. Üstelik tüm bu hükümlerle ilgili olmak demek ise, verilen mahkûmiyetin Anayasanın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesiyle de ilgisinin bulunması demektir. Dolayısıyla verilen hürriyeti bağlayıcı mahkûmiyetlerin (ve dediğimiz gibi aynı mantıktan hareketle para cezalarının), bu hak ve özgürlükler ve bu bağlamda da ölçülülük yönünden de incelenmesi gerekmektedir. Bu anlamda Mahkemenin bu tür ihlal iddialarını sadece adil yargılanma hakkı yönünden inceleyen ve orada da – çok da haksız olmayacak şekilde dar kalıplara hasreden – yaklaşımı, insan hak ve özgürlükleri adına sorunlu bir yaklaşımdır.⁷⁷

Yine doktrinde İnceoğlu ve Şirin’in dikkat çektiği bazı kararlar, Mahkemenin bu sorunlu yaklaşımına dair izler içermektedir. Örneğin yukarıda başka bir vesileyle yer verdiğimiz *Twitter* kararında da, başvuru, başta ifade hürriyeti olmak üzere diğer bazı haklarla birlikte, söz konusu siteye erişimin yerel seçimler öncesinde uygulanmasına bağlı olarak serbest seçim haklarını da ihlal ettiğine değinmişler (bkz.: para.21); fakat Mahkeme, esasa ilişkin değerlendirmesinde bu iddiaya ilişkin olarak – uzun veya kısa, menfi veya müspet – hiçbir açıklama getirmemiştir.⁷⁸ Keza yine yukarıda yer verdiğimiz *Deniz Yazıcı* kararında (2013/6359) da, Mahkeme, kendisinin de göz önünde bulundurduğu kolluk güçlerinin başvurucuya yönelik ‘‘... demek Diyarbakırlı’sın, adın da Deniz...’’ şeklindeki söylemlerini – başvuru 10. madde yönünden de ihlal iddiasını ileri sürmesine rağmen – eşitlik ve ayrımcılık yapmama hakkı bakımından incelememiştir.⁷⁹

⁷⁷ Benzer eleştiriler için bkz.: Şirin, s.88 vd.

⁷⁸ Şirin, s.46.

⁷⁹ Şirin, s.45. Başka kararlar için bkz.: İnceoğlu, s.164 vd.

Öte yandan İnceoğlu'nun haklı olarak belirttiği gibi, Anayasa Mahkemesinin, başvurucular tarafından ileri sürülen tüm ihlal iddialarını doğru ve tatminkâr biçimde inceleyip tüketmesi gereği yanında, ihlal edildiği başvurucu tarafından açıkça dile getirilmemiş hak ve özgürlükler bakımından da (re'sen) inceleme yapması gerekmektedir.⁸⁰ Fakat Anayasa Mahkemesinin kimi uygulamaları, bu gerekliliğin de aksi yönündedir. Örneğin Mahkeme, Anayasanın 38/8. maddesindeki sözleşmesel yükümlülükten ötürü hürriyeti bağlayıcı cezaya maruz bırakılmama hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle yapılan bir başvuruda, söz konusu hakkın AIHS ve Türkiye'nin tarafı olduğu Ek Protokollerde düzenlenmemesine bağlı olarak başvuruyu reddederken, özünde kişi hürriyetine yönelik bir müdahale teşkil eden kamu gücü eylemini, bireysel başvurunun ortak koruma alanında kalan Anayasanın 19. maddesi yönünden incelememiştir.⁸¹

Elbette olayların ve iddiaların hukuki tavsifini yapmak Anayasa Mahkemesine ait olmakla birlikte; Mahkemenin neden bir ihlal iddiasını başvurucunun iddia ettiği anayasal haklar açısından incelemediğini ikna edici bir şekilde izah etmesi gerektiği açıktır. Oysa Mahkeme, yukarıda yer verdiğimiz kararlarında görüldüğü gibi, kimi zaman sadece ‘‘Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Bu nedenle başvurucunun iddiaları Anayasanın 17/3., 19. ve 36. maddeleri ile ilişkili görülerek işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı ile adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir’’ demekle yetinmektedir. Bu tür uygulamalar, gerekçelendirme konusunda titiz davranılmadığını gösteren uygulamalardır.

4. Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Kanun Yolu İncelemesi Yapmama Kuralının Hatalı Uygulanması Yaklaşımı

Bu bağlamda dikkat çekilmesi gereken bir yaklaşım da, Anayasa Mahkemesinin özellikle adil yargılanma hakkı bağlamındaki ihlal

⁸⁰ İnceoğlu, s.165.

⁸¹ B. No: 2012/695, Kt. 12.2.2013. Aynı yönde bkz.: İnceoğlu, s. 165.

iddialarında ‘‘temyiz incelemesi yapmama’’ kuralına ilişkin kimi zaman karşımıza çıkan hatalı uygulamalarıdır. Yukarıda da değindiğimiz gibi, AYM, *adil yargılanma hakkının ihlali meselesini, yargılama sonucunda verilen kararın adil olmaması değil; yargılamanın bir bütün olarak adil olmaması şeklinde anlamakta* ve hukuk kurallarının hatalı uygulanması noktasındaki şikâyetleri, derece mahkemelerinin bariz bir takdir hatası ve açık bir keyfiliği yoksa dikkate almamaktadır. Yine yukarıda vurguladığımız gibi, bu yaklaşımın, ilkesel olarak, Anayasanın 148/4. maddesinde yer alan ‘‘bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz’’ hükmü ile uyumlu olduğuna şüphe yoktur. Ne var ki, Mahkeme, bazı olaylarda adeta bu sınırlamayı ‘‘abartarak’’ bariz adil yargılanma hakkı ihlallerini görmezden gelmiştir. Örneğin iki bilirkişi raporu arasındaki çelişkiyi gidermeksizin bunlardan ikincisine itibar ederek ve neden bu şekilde davrandığı konusunda da karar gerekçesinde herhangi bir sebep belirtmeyerek davayı sonuçlandıran mahkeme kararındaki adil yargılanma hakkı ihlalini görmemiş,⁸² yalan tanıklık iddiasını dikkate almadan verilen bir mahkeme kararının adil yargılanma hakkı açısından ihlale konu edildiği bir bireysel başvuruda da, derece ve temyiz mahkemeleri tarafından söz konusu iddia hiç dikkate alınmadan hüküm tesis edilmesini adil yargılanma açısından dikkate almamıştır.⁸³

Bunlar, Mahkemenin delillerin takdirinde ve yargılamanın adil olup olmadığında derece mahkemelerinin değerlendirmelerine saygı duyulması ilkesini, abartılı bir şekilde hatalı uyguladığı örneklerdir. İnceoğlu’nun da belirttiği gibi, Mahkemenin yukarıda değindiğimiz ilkesel tavrı elbette doğru olmakla birlikte; derece mahkemelerinin bu noktadaki yetkileri, dava taraflarının iddia ve savunmalarını ispatlama olanaklarını ortadan kaldıracı veya zayıflatıcı şekilde yahut ayrımcı veya keyfi değerlendirmelere izin verir şekilde anlaşılamaz.⁸⁴ Mahkemenin yukarıda yer verdiğimiz uygulamaları, bu açıdan sorunludur.

⁸² B. No: 2012/1027, Kt. 12.2.2013.

⁸³ Aynı yönde bkz.: İnceoğlu, s.174, 175.

⁸⁴ İnceoğlu, s.174.

5. Yeni Nesil Hak Kategorilerinde Tüzel Kişilerin Başvuru Ehliyetinin Dar Yorumlanması Eğilimi

Bilhassa çevre ve doğa gibi yeni nesil haklara ilişkin olarak tüzel kişilerin bireysel başvuru ehliyetlerinin dar yorumlanmasına ilişkin yaklaşım da, bizce sorunludur. Bilindiği gibi, 6216 sayılı Kanun'un 46/2. maddesi uyarınca, özel hukuk tüzel kişilerinin, yalnızca tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmeleri söz konusudur. Bu düzenleme, esasında insan haklarının mantığına aykırı değildir ve AİHM uygulamasında da söz konusudur.⁸⁵ Fakat AYM'nin, üçüncü kuşak haklar olarak tarif edilebilecek çevre ile ilgili haklar temelinde yapılan başvuruda, "tüzel kişilikle ilgili haklar" kavramını dar yorumlayan yaklaşımı, bu tür hakların mahiyetini idrak edememiş bir yaklaşımdır. Örneğin AYM, Artvin'in Yusufeli ilçesinde baraj ve hidroelektrik santrali yapılmasına dair bir idari tasarrufa karşı Yusufeli İlçesini Güzelleştirme Yaşatma ve Kültür Varlıklarını Koruma Derneği tarafından yapılan başvuruyu, söz konusu idari karar ve işlemin başvuru Derneğin tüzel kişiliğine ait haklarına bir müdahale oluşturmadığından dolayı kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.⁸⁶

Oysa Anayasa Mahkemesi, bir kararında, evlerinin olduğu bölgede baraj inşaatına karşı çıkan bir grup insanın, sadece baraj inşaatını durdurmak ve kendilerini yasal süreçte temsil etmesini sağlamak amacıyla kurdukları derneğin, diğer gerçek kişi başvuru sahipleriyle birlikte adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı başvuruda, derneğin iç hukuktaki davaya taraf olduğu belirtilerek mağdur statüsünün kabul

⁸⁵ Gölcüklü – Gözübüyük, s.38, 39.

⁸⁶ B. No: 2013/1212, Kt. 12.9.2011. Karar, Komisyon kararıdır; yani Bölüm'e sevk edilmemiştir. Ancak netice itibariyle Anayasa Mahkemesinin kesin olan bir kararıdır. (Bu karar, AYM'nin internet sitesinde yayınlanmamıştır. Karara şu adresten ulaşılabilir: https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiytpKA-7rJAhVCFCwKHa_gBv4QFggBMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.kararlaryeni.anayasa.gov.tr%2Fuploads%2F2013-1212.doc&usq=AFQjCNGZZCeJ88bgXMKbgzjeVcOiGY2ztg&sig2=Tb38YjaDw7QV EGBfxWxHdg, Erişim Tarihi: 1.10.2015.

edilmesi yönündeki AİHM içtihadına,⁸⁷ örnek olması açısından yer vermiştir. Somut olayda da, söz konusu derneğin, santralin yapılacağı ilçenin menfaatlerini her platformda korumak ve savunmak için kurulmuş bir dernek olduğu düşünülerek, yaptığı başvurunun dernek üyelerinin menfaatlerini korumak için değil; kendi kişiliğiyle ilgili hakları korumak için olduğu yorumu yapılabilir ve mağduriyet statüsü tanınabilirdi.

Üstelik, spesifik olarak bir coğrafi birimin menfaatlerini korumak için oluşturulmuş bir tüzel kişinin, o ilçeye gelebilecek zararlardan etkilenmeyeceğini; diğer bir deyişle bu tür zararların tüzel kişiliğini ilgilendirmeyeceğini söylemek, çevre gibi üçüncü kuşak hakların korunması kaygıları bir yana, teknik olarak da isabetli bir yaklaşım değildir. Bunun yanında, çevrenin korunması gibi üçüncü kuşak hakların savunulması için oluşturulmuş tüzel kişilerin çevreye gelebilecek bir zarara ilişkin bireysel başvuru yapmaları halinde, zaten ortak koruma alanı içinde olmadığından konu bakımından bireysel başvuruya konu olamayacak olan bu tür haklara yönelik hak odaklı yaklaşım, bunların bu tür zararlardan tüzel kişilik olarak etkileneceğini kabul etmekle mümkün olabilir.⁸⁸

6. Yargı Yolu Sonradan Açılan İşlemlere Karşı Açılan Davaların Süre Aşımından Reddedilmesi Bağlamındaki Sorunlu Yaklaşım

Bilindiği gibi, Türk Hukukunda belli dönemlere kadar birtakım idari işlem ve eylemler yargı denetimi dışında tutulmuştur. Bugün için de yargı denetimine kapalı idari işlem ve eylemler vardır. Ancak bu idari tasarruflardan bazıları, belli bir dönemden sonra yargı denetimine açılmıştır. Devlet memurlarına verilen *uyarma* ve *kınama* disiplin cezaları da böyledir. Bunlar, bilindiği gibi 2010 yılına kadarki anayasal düzenlemenin verdiği izne dayalı olarak ilgili kanunda yargı yolu kapalı işlemler olarak düzenlenmiş; fakat 2010 yılında yapılan anayasa

⁸⁷ AİHM'nin atıf yapılan kararı, *Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri/İspanya* kararıdır (No: 62543/00).

⁸⁸ Benzer doğrultuda görüşler için bkz.: Şirin, s.22, 23.

değişikliği ile denetime açılmıştır. Bunun üzerine geçmişte bu cezalardan birini alıp da yargı yolu bulunmadığı için yargıda haklarını arayamayanlar, idari yargı yerlerine başvurup aldıkları cezaların iptalini istemişler; fakat idari yargı yerleri ve Danıştay, dava açma süresi geçtiği için bu davaları süre aşımından reddetmiştir.⁸⁹ Bu durum, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruya konu olmuştur.

Anayasa Mahkemesi ise, ilgili Anayasa hükmünü hak arama hürriyetini kısıtlayacak bir şekilde yorumlamış ve *Anayasada yer alan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle hüküm ifade ettiğini; kanun koyucunun, düzenlemeyi yaparken takdir yetkisini geçmişe etkili olma (yani geçmişte verilen cezalara yönelik yeni bir dava hakkı tanıma) yönünde kullanmadığını; dolayısıyla söz konusu düzenlemelerin, bu tarihten önce tesis edilen ve iptali için süresinde dava açılmayan disiplin cezaları yönünden yeni bir başvuru ya da dava hakkı sağlamadığını* belirtmiştir. Böylece Mahkeme, *başvurucunun esasa yönelik herhangi bir iddiasının ve dolayısıyla söz konusu Anayasa değişikliğinin açtığı davada değerlendirilmesi ve uygulanması olanağı bulunmadığı; idari yargı yerlerinin ilgili hukuku uygulamasında ve gerekçelendirmesinde bariz bir takdir hatası ve keyfilik tespit edilemediği* kanaatine vararak açıkça dayanaktan yoksunluk sebebiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.

Oysa söz konusu olayda başvurucunun idari yargıda dava açması, ortada bir yasama kısıntısı olması dolayısıyla zaten mümkün değildir. Dolayısıyla aslında idari yargı yerlerinin (ve son tahlilde Danıştayın) İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki dava açma sürelerinin başlangıcını, hukuken dava açılabilir konuma gelindikten sonra başlayacak şekilde yorumlaması gerekirdi.⁹⁰ Böyle bir yorumun yapılmayarak süre koşulunun

⁸⁹ Kararların künyeleri, Anayasa Mahkemesinin B. No: 2013/852, Kt. 6.3.2014 sayılı kararında (para. 8-11) yer almaktadır.

⁹⁰ Nitekim Danıştayın bu yönde eskiden verdiği kararlar vardır. Danıştay 1970'li yıllarda Anayasa Mahkemesinin iptal kararı üzerine yargı yolu açılan Yüksek Hakimler Kurulu kararına karşı normal dava açma süresi geçtikten sonra açılan bir davayı, hak arama hürriyetine uygun bir yorumla süre aşımı yönüyle reddetmemiştir. Bkz.: Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 24.2.1978 tarih ve E.1977/309 ve K.2978/125 sayılı karar. Kararın incelenmesi için bkz.: Halil Altındağ, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı veya

şekilci ve katı biçimde uygulanması, hak arama hürriyetiyle bağdaşmamaktadır. Bu yönüyle Anayasa Mahkemesinin bunu bariz bir takdir hatası olarak görmesi ve kanun yolu şikayeti olarak değerlendirmeyerek esastan incelemesi (ve bir ihlal tespit etmesi) gerekirdi. Mahkemenin, başta memurlara verilen uyarma ve kınama cezaları olmak üzere yargı yolu kapalı olan eylem ve işlemlere karşı sonradan yargı yolu açıldığında başvuru imkânını ortadan kaldıran bu yorumu, hiç şüphesiz hak ve özgürlük odaklı bir yaklaşım olarak görülemez.⁹¹

7. Mahkeme Kararlarının Süresinde Yerine Getirilmemesine İlişkin Yaklaşım

Mahkemenin bu süreçteki sorunlu bir yaklaşımı da, yargı kararlarının süresinde yerine getirilmemesine ilişkin yaklaşımıdır. Aslında aynı başlık, üç yıllık sürecin olumlu bir bilançosunun çıkarıldığı bir çalışmada da kullanılabilir. Zira AYM, *adil yargılanma hakkı bağlamında, bu hakkın mahkeme kararlarının tam anlamıyla ve süresinde yerine getirilmesini de kapsadığını ve kararın süresinde yerine getirilmemesinin tek başına adil yargılanma hakkının ihlali sayılacağını* söylemektedir.⁹² Bu, Strazburg içtihatlarına rağmen ülkemizde yargı kararlarının yerine getirilmesine ilişkin idari organların direnme eğilimini de düşündüğümüzde, hiç şüphesiz insan haklarının etkili korunması adına, oldukça önemli bir yaklaşımdır.

Ne var ki, Mahkeme, mahkeme kararlarının süresinde uygulanmamasını adil yargılanma hakkı kapsamına sokan bu ilkesel yaklaşımla (bir eliyle) verdiği, “ne zamana kadar yerine getirmemenin süresinde yerine getirmeme sayılacağına” ilişkin yaklaşımıyla bir

Anayasa Değişikliği Sonrasında İdari Dava açma Süresinin Yeniden Doğması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, Yıl: 2014, Sayı:3-4, s.781, 782.

⁹¹ Aynı doğrultuda bkz.: Şirin, s.87.

⁹² B. No: 2013/9404, Kt. 14.10.2015. Mahkemeye göre, “hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil; yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsayan bir hakktır.”

anlamda (diğer eliyle) geri almıştır. Mahkemeye göre, “hangi süreye” ulaşıldığında kararı yerine getirmemenin hak ihlali sayılacağı, *davanın konusu, bir alacağın veya tazminatın ödenmesiyle alacak veya tazminatın mahiyeti, başvuru kararın icrasındaki menfaati, yargı kararının icrasının başvuru için önemi, ödeme ile sorumlu idarenin bütçe imkânları ve ödeme konusundaki tutumu, alacak veya tazminatın ödemenin gecikmesi nedeniyle değer kaybedip kaybetmediği, davanın kararın icra safhasıyla beraber toplam süresi ile kararın icrasında geçen süre gibi koşullara göre değerlendirilecektir.*

Ancak bu yaklaşım, bizce sorunludur. Şöyle ki, örneğin İYUK’un m.28 hükmü, *mahkeme kararlarının gecikmeksizin yerine getirileceğini ve bu sürenin hiçbir halde 30 günü geçemeyeceğini* belirtmektedir. Keza konusu belli bir miktar paranın ödenmesinde de, aynı kural geçerlidir. Anayasa da, m.138 hükmünde, mahkeme kararlarının uygulanmasının geciktirilemeyeceğini belirtmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, yakın dönemde verdiği bir kararında,⁹³ İYUK’un bahsettiğimiz hükmüne konan “belli kamu görevlileriyle ilgili mahkeme kararlarının 2 yıl içinde yerine getirilmesine” yönelik düzenlemeyi, temel olarak 2 yıl içinde yerine getirmenin, m.138 anlamında bir yerine getirme sayılmayacağı gerekçesiyle iptal etmiştir. Hukukumuzda bazı özel düzenlemeler dışında genel olarak bir davanın ne kadar sürede bitirilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme yoktur. O itibarla adil yargılanma hakkının bu boyutu bakımından yargılamanın makul sürede olup olmadığı, davanın büyüklüğü, karmaşıklığı, tarafların sayısı vb. faktörlere göre belirlenebilir.⁹⁴ Ne var ki, adil yargılanma hakkının “kararların idare tarafından yerine getirilmesi” yönü bakımından, ilgili mevzuatta bir süre öngörülmüştür. O halde bu sürenin geçmesi, kararın süresinde yerine getirilmiş sayılması için yeterli olmalıdır.

AYM’nin yukarıda saydığı çeşitli faktörler, ancak 30 günlük süre içindeki yerine getirmenin süresinde olup olmadığını belirlemede dikkate

⁹³ E.2014/149, K.2014/151, Kt. 2.10.2014.

⁹⁴ Aynı doğrultuda bkz.: Gölcüklü-Gözübüyük, s.284, para.513 vd.

alınabilir. Nitekim AYM'nin, meşhur *Twitter* ve *Youtube* kararlarında da açıkça belirttiği gibi, *bu 30 günlük süre, azami süredir. O itibarla bir somut olayda 30 günlük süre geçmemiş olsa da, yine de kararın yerine getirilmesi geciktirilmiş ve adil yargılanma hakkı bu yönüyle ihlal edilmiş olabilir.*⁹⁵ Fakat bu süre geçtikten sonra kararın süresinde yerine getirilmediği konusunda duraksama bulunmamalıdır. Bu anlamda, AYM'nin adil yargılanma hakkının kapsamına mahkeme kararlarının süresinde yerine getirilmesi hakkını da eklemesi, insan haklarının korunması adına oldukça önemli ve fakat hangi sürenin bunun için gerektiği yönündeki yaklaşımı oldukça mağdur edicidir.

8. Esas İncelemesi Neticesinde “Düşme” Kararı Verilmesine Yönelik Sorunlu Yaklaşım

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda “düşme” kararı verilmesine ilişkin uygulaması da, hak ihlallerine yol açacak niteliktedir. 6216 sayılı Kanun'a göre, davadan feragat halinde düşme kararı verilecektir. Kanun'da başka bir “düşme kararı” verilmesi hali öngörülmemiştir. Oysa AYM İçtüzüğü'nün 80. maddesi, buna başka sebepleri de eklemektedir. Buna göre, *davadan feragat yanında, davanın takipsiz bırakılması, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmış olması, herhangi bir sebeple başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin görülmemesi* de, düşme nedenleri arasındadır. Kanun'da düşme nedeni olarak sadece “davadan feragat”'in sayılmış olması, elbette Anayasa Mahkemesinin, yöntemsel bağımsızlık ilkesi çerçevesinde başka nedenlerle düşme kararı veremeyeceği anlamına gelmez.⁹⁶ Ne var ki,

⁹⁵ Zaten tam da bu yüzden AYM, söz konusu *Twitter* (2014/3986) ve *Youtube* (2014/4705) kararlarında, çok kısa bir sürede yerine getirilmesi mümkünken yaklaşık bir haftalık bir sürenin geçmesine rağmen idare mahkemesinin verdiği yürütmeyi durdurma kararının davalı idare tarafından yerine getirilmemesini, somut olayın koşulları (ifade özgürlüğü, yerel seçimler ve internetin etkisi vs.) bağlamında süresinde yerine getirmeme saymış ve idari yargı yolunun sırf bu sebeple “tüketilmesi gerekli etkili bir yol” olmadığını ve somut olayda doğrudan bireysel başvuru yapılabileceğini söylemiştir.

⁹⁶ Kanun'da feragatin düşme kararı verilmesini gerektiren bir sebep olarak öngörülmesi, feragat halinde düşme kararı verileceğini anlatmak içindir; yoksa tek bu sebeple düşme kararı verilebileceğini anlatmak için değil.

özellikle yukarıdaki hallerden “ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmış olması” sebebi ile “başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin kalmamış olması sebebi”;⁹⁷ ve bilhassa da Mahkemenin bu hallerin uygulanmasına yönelik yaklaşımı, insan hakları açısından sorunlu; hatta bizatihi bir hak ihlali doğurur niteliktedir. AYM, kişilerin ihlal dolayısıyla mecbur kalıp da bireysel başvuruya gittikleri bazı durumlarda, başvurudan sonraki bir aşamada tamamen kendilerinden bağımsız ve üstelik öngöremeyecekleri sebeplerle haklarına yönelik müdahalenin ortadan kalmasına bağlı olarak yukarıdaki düşme nedenleri ve bilhassa da başvurunun incelenmesini haklı kılacak bir nedenin kalmamış olması uyarınca düşme kararı vermektedir.⁹⁷

Bu yaklaşım, öncelikle düşmeye bağlı olarak yargılama giderlerini başvuru üzerinde bırakması hem de kimi durumlarda ihlalin ortadan kaldırılmasına imkân vermemesi yönüyle sorunlu bir yaklaşımdır. Bir kere, bu sebebe dayalı olarak düşme kararının verildiği bazı durumlarda, başlangıçta başvurunun yapılması, kesinlikle başvuru tarafından ihlal teşkil ettiği düşünülen bir ihlale dayanmaktadır. Ne var ki, bu müdahale, başvuru yapıldıktan sonra bir şekilde ortadan kalkmıştır. Fakat dikkat edilmesi gereken husus, bu ortadan kalkmanın, başvurunun bir kusurundan kaynaklanmaması ve onun tarafından da öngörülmesinin beklenemeyecek olmasıdır. Örneğin *Mehmet Haberal* (2) kararında,⁹⁸ başvuru, hakkında konan yurtdışına çıkış yasağı şeklindeki adli kontrol kararına karşı tüm başvuru yollarını tüketerek Anayasa Mahkemesine başvurmuş; fakat başvurunun incelenmesi devam ederken, başvuru hakkındaki bu tedbir kaldırılmıştır. AYM ise, *bu durumda başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin kalmamış olduğu* gerekçesiyle düşme kararı vermiş; düşmeye bağlı olarak yargılama giderlerinin başvuru üzerinde bırakılmasına hükmetmiştir.

Oysa bu olayda, başvuru, başvurusunu yaptığı sırada bireysel başvurunun esastan incelenmesi için tüm şartlar vardır. Fakat sonradan

⁹⁷ Şirin, s.135, 137.

⁹⁸ B. No: 2014/1050, Kt. 28.5.2014.

yakındığı tedbir (kamu gücü işlemi) kaldırıldığı için artık ortada bir müdahale kalmamıştır. Ancak bu duruma, başvuru kişinin kendi fiillerinin yahut dava stratejisi bağlamındaki bir tercihinin yol açmadığı açıktır. Öyleyse böyle bir durumda yargılama giderlerinin başvuru üzerinde bırakılması, bizzat mülkiyet hakkının ihlalidir.⁹⁹

Öte yandan başvurunun sürdürülmesinde haklı bir nedenin kalmadığını söylemek de bizce mümkün (veya en azından o kadar basit) olmamalıdır. Çünkü bir ceza mahkemesi, adli kontrol talebini koymuş; başka bir ceza mahkemesi bu tedbiri onaylamış; fakat bir başka ceza mahkemesi ise, sonradan kaldırmıştır. Anayasa Mahkemesinin verdiği bu düşme kararıyla, ilk iki kamu gücü işleminin bir ihlal teşkil edip etmediği sorusu da cevapsız kalmıştır. Oysa bu sorunun cevaplanması, hem başvuru hem de kamu açısından önem arz etmektedir. Öncelikle gelecekte bir başka adli merciin başvuru hakkında benzer bir tedbiri uygulama ihtimali hukuken vardır. Oysa AYM'nin incelemeye devam edip vereceği bir ihlal kararı halinde bu mümkün olmayacaktır. Ayrıca Mahkemenin incelemeye devam edip vermesi muhtemel bir ihlal kararında ortaya koyacağı tespitler, bireysel başvurunun ‘anayasal adalet’ boyutunun da gerçekleştirilmesine hizmet edecektir. Tüm bu durumlarda, bizce İhtizâğın aynı hükmünde öngörülen *incelemeye devam edebilme* imkânının kullanılması ve düşme kararı verilmemesi mümkündür.¹⁰⁰

Bu açıdan böyle bir yaklaşım, yargılama giderlerinin başvuru üzerinde bırakılması yönüyle mülkiyet hakkının ihlaline yol açar nitelikte olması yanında;¹⁰¹ başvuru kişinin kendisi ve hukuk devleti/anayasanın

⁹⁹ Aynı doğrultuda bkz.: Şirin, s.135.

¹⁰⁰ Aynı doğrultuda bkz.: Şirin, s.136 vd.

¹⁰¹ Örneğin bir başka olayda (B. No: 2013/1439, Kt. 14.10.2015), başvuru kişiler, başka yakınmaları yanında bir de, mahkeme tarafından lehlerine kısmi bir tazminat ödenmesi kararına rağmen reddedilen tazminat talebi için idare lehine yüksek sayılacak miktarda bir vekalet ücreti ödenmesine hükmedilmesinin mahkemeye erişim haklarını (ve bu bağlamda hak arama hürriyetlerini) ihlal ettiği iddiasıyla bireysel başvuru yapmışlardır. Fakat başvuru yapıldıktan sonra, ilgili idare, söz konusu vekalet ücretinden feragat etmiştir. Bunun üzerine AYM, yukarıda değindiğimiz uygulamadan hareketle

üstünlüğü/insan hakları mefhumları açısından da sorunludur.¹⁰² Örneğin yukarıda yer verdiğimiz *Youtube* ve *Twitter* kararlarını, bugün için ifade ve basın hürriyetinin bir köşetaşı olarak kullanılmaktadır. O olaylarda idarenin AYM kararını verene kadar, siteleri, idari yargı kararlarına uyararak erişime açması halinde, AYM'nin mantığına göre, başvurunun incelenmesinin devamı anlamsızlaşacak ve düşme kararı verilecekti. Bunun insan hakları adına ne kadar isabetsiz bir durum olduğunu herhalde söylemeye gerek yoktur.

9. Geçici Tedbir Müessesesinin Uygulanmasıyla İlgili Sorunlu Yaklaşım

Mahkemenin hak ve özgürlükler adına sorunlu bir yaklaşımı da, "geçici tedbir" müessesesinin uygulanmasına yönelik daraltıcı yaklaşımıdır. 6216 sayılı Kanun, bölümlerin, esas incelemesi aşamasında, başvurunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere re'sen veya başvurunun talebi üzerine karar verebilmesini

"düşme" kararı vermiş ve böylece başvurunun yargılama giderlerini alması yolunu kapatmıştır. Oysa burada da, yukarıdaki örnekler gibi, başvuru yapıldığında, şikayetin esastan incelenmesi için gereken şartlar vardır ve sonradan başvurunun öngöremeyeceği bir sebeple ortadan kalkmıştır. Bu gibi durumlarda, en azından düşme kararı verilecekse bile, yargılama giderleri yönünden başvurucuyu mağdur etmeyecek bir yaklaşımın benimsenmesi gerekmektedir.

¹⁰² Bu durum, tutukluluğa dayalı başvurularda da sıklıkla karşımıza çıkabilir. Örneğin tutuklanan bir kişinin tutukluluğa yaptığı itirazın reddi üzerine yaptığı bireysel başvuru, tutukluluğun daha sonraki bir tarihte bireysel başvuru incelemesi devam ederken kaldırılması halinde, yine bu mantıkla düşme kararına yol açacaktır. Oysa yukarıda belirttiğimiz gibi, somut tutuklama tedbirinin Anayasa Mahkemesi tarafından bir ihlal kararı ile neticelendirilmesinin faydaları; daha doğrusu neticelendirilmemesinin sakıncaları vardır. Örneğin böyle bir ihlal kararı verilmiş olsa, bir kere o kişinin bir daha o suçtan tutuklanma ihtimali çok güçleşecek; ayrıca AYM'nin yapacağı tespitler de, benzer olaylar için yol gösterecektir. Farazi bir örnek olması açısından, yaptığı bir haberin teröre destek yahut casusluk faaliyeti olduğu gerekçesiyle tutuklanan bir gazeteci, tutukluluğa itirazının reddedilmesi üzerine Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulursa ve fakat bu süreç devam ederken bu gazeteci yapılan yargılamanın ilk duruşmasında yerel mahkemece salıverilse, AYM, yukarıdaki yaklaşımdan hareketle "düşme" kararı verecektir. Oysa Mahkemenin incelemeye devam edip basın ve ifade hürriyeti (bilhassa bir casusluk, teröre destek ve devlet sırrı kavramı ile basın ve ifade hürriyeti arasındaki dengenin kurulması) bakımından oldukça hassas böyle bir konuda söyleyeceklerinin önemi olsa gerektir.

öngörmektedir (m.49/5). Görüldüğü gibi Kanun'a göre, geçici tedbire başvurulması, başvurunun temel haklarının korunmasının zorunlu kıldığı her durumda mümkündür. Oysa Mahkeme İçtüzüğünde geçici tedbir verilebilecek haller – bizce hem insan haklarının korunma mantığına hem de Kanun'a aykırı olarak – sınırlanmıştır. İçtüzüğün 73. maddesi, *tedbir kararının yalnızca başvurunun yaşamı ile maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunması halinde verilebilmesini* öngörmektedir. Oysa bu yaklaşım, hem Kanun'a hem de insan haklarının korunması amacına aykırıdır.¹⁰³

Örneğin, bir yabancının Türkiye'den sınır dışı edilmesi kararının eşiyle bir daha bir araya gelme ihtimalini kaldırır nitelikte olduğunu öne sürerek anayasal haklarının ihlal edildiği iddiasıyla¹⁰⁴ bireysel başvuru yaptığı ve söz konusu idari tasarruf hakkında tedbir kararı verilmesini istediği *Laura Alejandra Caceres* kararında,¹⁰⁵ AYM, tedbir açısından yaptığı incelemede, *söz konusu İçtüzük hükmü uyarınca tedbir kararının Anayasanın 17. maddesinde düzenlenen yaşam ve maddi-manevi bütünlüğün korunması hakkı bağlamında verilebileceğini; diğer bir deyişle, tedbir kararı verilebilmesi için, başvurunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik bir tehlike bulunduğu anlaşılması gerektiğini* söylemiş ve *somut olaydaki geri dönülmez zarar iddiası, Anayasanın 20 ve 41. maddeleri (özel hayatın korunması ve ailenin korunması) bağlamında olduğu için, tedbir müessesesinin uygulanamayacağını* belirtmiştir.¹⁰⁶ Mahkemeye göre, *başvurucu,*

¹⁰³ Aynı doğrultuda bkz.: Cengiz, s.42, 43; Şirin, s.140.

¹⁰⁴ Başvurucu, eğer sınır dışı edilirse, yurda giriş yasağı dolayısıyla bir daha Türkiye'ye giremeyeceğini; eşinin de mülteci statüsünde bulunması dolayısıyla Türkiye'den başka bir ülkeye gitmesinin mümkün olmadığını ve böylece bir araya gelmelerinin mümkün olmayacağını ileri sürmektedir.

¹⁰⁵ B. No: 2013/1243, Kt. 16.4.2013.

¹⁰⁶ Mahkemeye göre, *"böyle bir durumda, idari davaya konu edilen uyumsuzluğun konusunu oluşturan hak ve özgürlükler kategorisi dikkate alınarak bir çözüm üretilmeli; eğer başvurunun yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ciddi ve kişiselleşmiş bir riskin varlığı kapsamlı dayanaklar ile ortaya konulmuş ise, ... gerekirse tedbire hükmedilmelidir"* (para.26). Hatta Anayasa Mahkemesi, o kadar ileriye gitmiştir ki; *"elbette idare mahkemeleri, sınır dışı edilme kararı hukuka aykırıysa ya da ilgilinin*

*sınırdışı edilmesi halinde hayatının tehlikeye gireceğine veya işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye veya cezaya maruz kalabileceğine ilişkin ciddi bir risk bulunduğu dair herhangi bir iddia ileri sürmemiş olduğu için, tedbir koşulları oluşmamıştır.*¹⁰⁷

Geçici tedbir müessesesini bu şekilde sınırlayan bir yaklaşım, hiç şüphesiz hak ve özgürlük odaklı bir yaklaşım değildir.¹⁰⁸ Daraltmanın bizzat Anayasa yahut Kanun hükmünden kaynaklanması halinde belki mazur görülebilecek; hatta o durumda bile hak/özgürlük odaklı bir yaklaşım geliştirerek örneğin yaşam ve maddi ve manevi varlığın bütünlüğünü sadece Anayasanın 17. maddesi bağlamında görmeyerek bunu biraz olsun esnetmesi beklenemez olsa da; bizzat Mahkemenin kendi eliyle yaptığı İçtüzük düzenlemesinde Mahkemenin mazur görülecek bir tarafı bulunmamaktadır. Doktrinde Şirin'in de isabetle belirttiği gibi, geçici tedbir müessesesi, sadece yaşam ve maddi-manevi varlığın bütünlüğüyle ilgili durumlarda değil; seçim, grev vs. sendikal haklar ile örneğin yukarıda değindiğimiz olayda olduğu gibi aile hayatı bağlamında da – şartları olduğu takdirde – uygulanabilmelidir.¹⁰⁹

sınırdışı edilmesi halinde gönderileceği ülkede yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılırsa, yürütmeyi durdurma kararı verebilir'' demek suretiyle (para.25), idari yargı yerlerinin yürütmeyi durdurma kararı verebileceği halleri de, kendince! İçtüzük'teki tedbire elverişli hallerle – İYUK'ta olmayan bir şekilde – sınırlandırmıştır.

¹⁰⁷ Keza *Kristal-İş Sendikası* kararında (2014/12166) da, bir grevin Bakanlar Kurulu tarafından ertelenmesinden yakınılmış; erteleme sonunda uyuşmazlığın zaten kesin olarak Yüksek Hakem Kurulu tarafından çözülecek olması dolayısıyla ertelemenin fiili bir grev yasağına dönüştüğü iddia edilerek, erteleme kararının derhal tedbiren durdurulmasına karar verilmesi istenmiştir. Oysa Anayasa Mahkemesi, başvurucunun bu yöndeki iddiasını kabul etmesine rağmen; tedbir talebine dair hiçbir şey söylememiştir. Mahkeme, başvuruyu, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulu tarafından çözülecek olan süreden sonra incelemiş; bu süreden önce tedbir yönüyle ele almamıştır. Zaten bu süreden sonra da tedbir kararının verilmesi anlamsızlaşmıştır.

¹⁰⁸ AYM'nin bu kararlarda, *yaşam hakkı ile maddi-manevi varlığa yönelik tehditlerde tüketme kuralının esnetilebileceğini söylemesi*, hiç şüphesiz önemli ve insan haklarının etkili korunması adına olumludur. Fakat bu durumun ve bilhassa da geçici tedbir müessesesinin sadece bu haklarla sınırlı tutulması, belirttiğimiz gibi, isabetli değildir.

¹⁰⁹ Şirin, s.140. Üstelik yazara göre, bu daraltıcı ve insan haklarının korunması hedefine aykırı uygulama, gelecekte, AIHM tarafından geçici tedbir müessesesinin – yaşam ve maddi-manevi varlığın korunması dışındaki haklar bakımından – tüketilmesi gereken

10. Bireysel Başvurularda Somut Norm Denetiminin İşletilmesine Yönelik Yaklaşım

Anayasa Mahkemesinin 3 yıllık bireysel başvuru uygulamasında zayıf not olarak değinilmesi gerekli bir yaklaşımı da, bireysel başvurularda Anayasanın 152. maddesinde düzenlenen itiraz yolunu (somut norm denetimini) işletmemeye yönelik yaklaşımıdır. Bilindiği gibi ülkemizde kanun ve KHK'ların Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmeleri, iptal ve itiraz davası yollarıyla olmaktadır. Bilhassa Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkemelerin Anayasaya aykırılık konusunda karar verme yetkilerinin olmadığı (yani genel mahkeme / yaygın denetim sisteminin kabul edilmediği) Türkiye gibi ülkelerde, belli makamların belli süreler içinde talep edebildikleri soyut denetim (iptal davası) dışında, somut olaylar bakımından Anayasaya aykırılık iddiasının dillendirilebileceği tek platform, itiraz yoludur. Mahkemeler, görmekte oldukları bir davada, olaya uygulayacakları kanun veya KHK hükmünün Anayasaya aykırı olduğu kanısına varırlarsa, davalarını durdurup meseleyi Anayasa Mahkemesine havale etmektedirler. İşte bu noktadaki bir soru, Anayasa Mahkemesinin bir bireysel başvuruyu incelerken, ihlalin nedeninin bir normun yanlış uygulanması değil de, bizzat normun kendisi olması halinde, bunu bir bekletici mesele yapıp Anayasa Mahkemesine (yani kendisine) itiraz başvurusunda bulunup bulunamayacağıdır.

Bireysel başvuruların pek çoğu, bir mevzuat hükmünün idari ve adli makamlarca hatalı uygulanmasından kaynaklansa da; bazı başvurular, bu makamların mevzuatı ve bilhassa kanunları tam olarak uygulamalarından (yani kanunun bizatihi kendisindeki bir probleminden) ileri gelmektedir.¹¹⁰

etkili bir yol olarak görülmemesine de yol açma tehlikesini barındırmaktadır (Şirin, s.140).

¹¹⁰ Gerçi böyle bir durumda da, o yasal normun başta AİHS olmak üzere Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası anlaşmalara aykırı olduğu ve dolayısıyla somut olayda Anayasanın m.90/5, c.2 hükmü gereği uygulanmayıp anlaşma hükmünün uygulanması gerektiği; bu anlamda yine bireysel başvuruya konu ihlalin böyle bir yorum ve uygulama yapmayan idari ve nihai noktada adli mercilerin

Örneğin milletvekili genel seçimlerinde uygulanan %10'luk seçim barajı ile Medeni Kanun'un kadının kocasının soyadını almasını öngören hükmü, bu duruma güzel birer örnektir.¹¹¹ Elbette yukarıda da belirttiğimiz gibi, bireysel başvuru, bu tür yasal düzenlemelerin doğrudan iptalinin hedef alındığı bir mekanizma olarak kullanılamaz ve salt bunların iptali için bir bireysel başvuru yapılamaz. Fakat bu hükümlerin uygulanmasına yönelik idari ve adli mercilerin işlem ve kararları varsa, o takdirde pekâlâ bunlara karşı bireysel başvuru yapılabilecektir. İşte soru, böyle bir başvuruda, Anayasa Mahkemesinin, somut norm denetimini işletip işletemeyeceğidir.¹¹²

Konu hakkında lehe ve aleyhe farklı argümanlar ileri sürülebilir.¹¹³ Bu argümanlar, elbette mesnetsiz değildir. Fakat genel mahkeme

işlemlerinden kaynaklandığı söylenebilir. Fakat böyle olsa da, yine de burada ihlalin kaynağı, açık bir kanun hükmüdür.

¹¹¹ Belirttiğimiz gibi, her iki olayda da, uyuşmazlığı çözmekle görevli mercilerin (ilkinde YSK, ikincisinde adli yargı mercii), bu düzenlemelerin AİHS'ye (ilkinde serbest seçim, ikincisinde maddi-manevi varlığın bütünlüğü ve ayrımcılık yasağı hakkına) aykırı olduğu yorumunu yaparak, Anayasanın 90/5, c.2 hükmü uyarınca bu kanun hükümlerini değil; Sözleşmeyi uygulamaları gerektiği ve böyle yapmadıkları için, olası bir ihlalin yine onların takdirlerinden kaynaklanmış olacağı söylenebilir. Ancak böyle olsa da, net olan husus, ihlalin doğrudan bariz bir kanun hükmünden kaynaklanıyor olmasıdır.

¹¹² Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar siyasi parti kapatma davalarında Siyasi Partiler Kanunu'nun kapatma davasına uygulanan muhtelif hükümlerini bu mekanizmayı işleterek denetlemiştir.

¹¹³ Aleyhe bir argüman olarak, Anayasada ve ilgili Kanunda buna açıkça yer verilmediği; ve dahası, 6216 sayılı Kanun TBMM'de görüşülürken bu yönde yapılan önerilerin reddedildiği, yani bu anlamda kanun koyucunun iradesinin de Anayasa Mahkemesine böyle bir yetkinin verilmemesi yönünde olduğu ileri sürülebilir. Yine bu yönde bir başka argüman olarak da, bireysel başvurunun somut norm denetiminin temel mantığına aykırı olması ileri sürülebilir. Bilindiği gibi somut norm denetiminin temel işlevi, olaya uygulanmakta olan bir kanun yahut KHK hükmünün Anayasaya aykırı olması ve fakat davaya bakan mahkemenin o hükmü ihmal edip doğrudan Anayasayı uygulama yetkisi olmadığından, dava neticesinin Anayasaya aykırı olan bir hüküm çerçevesinde neticelenmemesi için o hükmü sistemden ayıklaması için Anayasa Mahkemesine başvurulmasıdır. Bu yüzden bu yolun işletilme şartlarından biri, olaya uygulanmakta olan hükmün varlığıdır. Oysa bireysel başvuru, bu anlamda bir dava olarak kabul edilebile, davaya bakan Mahkemenin (Anayasa Mahkemesi) olaya uyguladığı bir kanun veya KHK hükmü yoktur. Burada ihlal, bir kanun veya KHK hükmünden kaynaklanmakta ve fakat Anayasa Mahkemesi, tamamen Anayasadan hareketle bir ihlalin olup olmadığına karar vermektedir. Örneğin yukarıdaki olaylarda seçim barajının bir ihlale yol açıp

sisteminin geçerli olmadığı ve Anayasaya aykırı bir normun sistemden ayıklanmasının yalnızca Anayasa Mahkemesi tarafından yapılabildiği ve bunun için de, sınırlı makamlar tarafından sınırlı bir süre içinde talep edilebilecek soyut norm denetimi (iptal davası) dışında tek yolun somut norm denetimi (itiraz yolu) olduğu düşünüldüğünde ve bu düşünce, Anayasa Mahkemesinin önüne, o ana kadar somut norm denetimi işletilmemiş yasal düzenlemelere yönelik bireysel başvuruların da geldiği düşüncesi ile birleştirildiğinde, bireysel başvuruda somut norm denetiminin işletilmesinin bir gereklilik olduğu açıktır.¹¹⁴

Üstelik aleyhe olarak öne sürülen argümanların aksini savunmak da mümkündür. Kanun'da bunun yer almadığı görüşüne karşılık olarak, adli, idari, askeri vs. hiçbir mahkemenin yargılama kanunlarında zaten böyle bir yetkilendirme hükmünün bulunmadığı; zaten bu yetkinin tüm mahkemelere, bizzat Anayasa tarafından verilmiş olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesinin de bir mahkeme olduğu şüphesiz olduğuna göre, Anayasanın verdiği bu yetkiyi kullanamayacağını söylemenin makul bir tarafı yoktur. Hem Türkiye'deki tüm yargı mercilerinin kullanabildiği böyle bir yetkinin Anayasa Mahkemesinden esirgenmesinin haklı bir izahı da bulunmamaktadır. Üstelik bu, ülkemizde münhasıran Anayasa Mahkemesine bırakılmış uyuşmazlıklarda (siyasi partilerin kapatılması, mali yönden denetlenmesi, Yüce Divan yargılaması vs.), Anayasaya aykırılığın iddia edilememesi ve Anayasaya aykırı normların Anayasa Mahkemesince göz göre göre uygulanması demektir.¹¹⁵

açmadığı, bu barajın Anayasanın 67. maddesindeki seçme-seçilme hakkına uygun olup olmadığı yönünden incelenmektedir. Bu anlamda ihlale yol açan kanun veya KHK hükmünün bireysel başvuruda (davasında) Anayasanın 152. maddesi anlamında “olaya uygulanmakta olan hüküm” olmadığı söylenebilir.

¹¹⁴ Bu konuda bir tartışma için bkz.: Ahmet İyimaya, **Bireysel Başvuru Uygulamasında Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Ayıbasım)*, Yıl:27, Sayı: 116, Ocak-Şubat 2015.

¹¹⁵ Örneğin bir kimsenin işlediği bir suç nedeniyle veya bir bakanın işlediği görevle ilgili olmayan bir suçtan ötürü normal ceza mahkemeleri önünde görülen ceza davasında, itiraz yolu işletilerek Türk Ceza Kanunu'nun bir maddesinin iptalini istemek mümkün iken; aynı bakanın aynı suçu görevi kapsamında işlemesi sonucu Yüce Divan olarak

Bu anlamda Kanun görüşmeleri sırasında bu konunun gündeme geldiği ve buna yönelik bir hükmün konulmamasına karar verildiği görüşü de çürütülebilir bir görüştür. Kanuna hüküm konup açıkça Anayasa Mahkemesinden yasaklansaydı bile, Anayasanın bir mahkeme olarak verdiği bir yetkiyi kanuni düzenleme ile geri almanın Anayasaya aykırı olacağına söylenebilecek olması bir yana; kanunun açıkça koymadığı bir hükümden böyle bir yasak türetmek, hukuk mantığına da aykırıdır. Üstelik yukarıda da belirttiğimiz gibi, böyle bir hüküm, Anayasa Mahkemesinin kuruluş kanunlarında hiç olmamış; fakat Anayasa Mahkemesi, bu yetkisi, siyasi parti kapatma davalarında yıllarca kullanmıştır. Bu durumu bilen kanun koyucunun kanuna isteseydi böyle bir yasak koyacağını söylemek ve bu yönde açık bir düzenleme getirmeyerek konuyu bundan önce olduğu gibi yine Anayasa Mahkemesinin içtihadına bırakmak istediğini düşünmek, bu yönde açık bir düzenleme yapmamasına olumsuz sonuç bağlamaktan daha evla bir yorum olacaktır.

Bireysel başvuruda kanunlar ve KHK'ların Anayasanın 152. maddesi anlamına "olaya uygulanan hüküm" olmadığı yönündeki görüşe gelince ise, bunun aşırı şekilci bir yorum olduğu ve yargısal korunma, etkili yargısal başvuru hakkı gibi temel hakların tanınmasının böyle aşırı şekilci yorumlara kurban edilemeyeceği söylenebilir. Bu anlamda olayın halliyle bir şekilde ilgili bir hükmün olaya uygulanan hüküm sayılacağını ve böyle durumlarda ihlale yol açan kanun veya KHK hükümlerinin bu kapsamda olduğunu söylemek de mümkündür.

Bireysel başvurularda somut norm denetiminin işletilmesi gerektiği ve mevcut hukuki durum bağlamında da işletilebileceğine ilişkin argümanlardan sonra Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin bakışına gelirse; iki tespitte bulunmak mümkündür: Biri, Mahkemenin 3 yıllık bireysel başvuru uygulamasında somut norm denetimini işletmediği; biri

Anayasa Mahkemesinde görülen ceza davasında aynı hüküm için Anayasa Mahkemesi tarafından somut norm denetiminin işletilemeyeceğini söylemek ne derece makuldür?

de, Mahkemenin bu yolun işletilmeyeceğini de açıkça söylemediğidir.¹¹⁶ Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu konudaki görüşünü ortaya koyma potansiyeli olan birkaç başvuru önüne gelmiştir. Bunlardan biri, yukarıda değindiğimiz *Seçim Barajı* kararıdır. Fakat yukarıda da belirttiğimiz gibi, somut norm denetiminin işletilmesi, istense bile, kabul edilebilir bulunup esasa girilen başvurularda mümkün olabilecektir. Burada ise, Anayasa Mahkemesi, yukarıda ayrıntılı olarak tartıştığımız gibi, başvuruyu (bizce eleştiriye açık bir şekilde) konu bakımından kabul edilemez bulmuş ve esasa girmemiştir. İkinci başvuru ise, yine yukarıda başka bir vesileyle tartıştığımız *Kadının Soyadı* başvurusudur. Burada da ihlal, doğrudan bir kanun hükmünden (Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi) kaynaklanmıştır. Burada başvuru kabul edilebilir bulunarak esastan incelenmiş; buna rağmen somut norm denetimi işletilmemiştir. Bu noktada da, Mahkemeye bir şans daha vermek adına; daha önceden söz konusu Medeni Kanun hükmünün somut norm denetimine konu edildiği ve Mahkemenin yakın zamanda verdiği kararında hükmü Anayasaya aykırı bulmayarak iptal etmediği;¹¹⁷ böylece henüz bu kararın üzerinden 10 yıl geçmediği için tekrardan somut norm denetimine konu edilemediği gibi bir yorum yapılabilir.¹¹⁸ Keza İcra İflas Kanunu'nun tazyik hapsini öngören 340. maddesine ilişkin bir ihlal iddiası bağlamındaki kararı da,¹¹⁹ bu noktada zikredilebilir. Mahkeme, burada da tazyik hapsiyle ilgili kanun

¹¹⁶ Seçim barajıyla ilgili kararda ve daha pek çok kararda, Mahkemenin yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağını söylemesi ve hatta yukarıda olumsuz bir tavır olarak görmemize yol açacak şekilde bu kuralı katı biçimde uygulaması, somut norm denetimini işletmediği anlamına gelmez. Bu, zaten kanundan kaynaklanan bir kabul edilemezlik sebebidir; Mahkeme de, bu kuralı katı biçimde uygulamaktadır. Örneğin seçim barajı kararında, Mahkeme, doğrudan soyut olarak bir yasal düzenlemeye yönelik başvuru yapıldığı için, konu bakımından başvuruyu kabul edilemez bulmuştur; yoksa somut norm denetiminin yapılamayacağını söylemiş değildir. Bu konuda bir şey söyleyebilmesi için, zaten başvuruyu kabul edilebilir bulup esasa geçmesi ve orada bu konudaki tavrını ortaya koyması mümkündür.

¹¹⁷ Anayasa Mahkemesinin **E.2009/85, K.2011/49 sayı ve 10.3.2011 tarihli** kararı

¹¹⁸ Fakat böyle bir yorumun Mahkemeye gereğinden fazla hüsn-ü zan beslemek olduğunu da söylemek gerekir. Zira, tek meselesi bu olsaydı, pekala bunu kararında tartışabilirdi ve 10 yıl yasağına takıldığını belirtebilirdi.

¹¹⁹ B. No: 2012/695, Kt. 12.2.2013.

hükmü için somut norm denetimini işletmemiştir. Fakat burada da AYM, söz konusu yasal düzenlemede öngörülen tazyik hapsinin Anayasanın 38/8 hükmü anlamında hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesi yasak olan “sözleşmeden doğan borç” kapsamında görmediği önceki bir itiraz davası sonucuna atıf yapmıştır. Mahkeme, bu sebeple başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuş; yani bir ihlal görmediği için yine esasa girmemiş ve somut norm denetimini de tartışmamıştır.

Fakat Mahkemenin bu kararlardaki tavrı, bu konuda görüşünü belli etmesi kaçınılmaz olan (yani seçim barajı ve soyadı kararındaki gibi sınırlanacak başka limanların olmadığı) bir durumda, yaklaşımının olumlu olacağından çok olumsuz olacağı konusunda bir kanaat doğurmaktadır. Bu noktada yapılabilecek en iyimser (somut norm denetimini reddetmeyebileceği yönündeki) yorum, Mahkemenin henüz bu konuda bir karar vermek, tavır ortaya koymak istemediği ve bundan kaçabildiği kadar kaçacağı yönünde olabilir. Ancak yine yukarıda başka bir vesileyle yer verdiğimiz *Youtube* kararı, bizce bu geleceğe dair (somut norm denetimini kabul etme ihtimalinin olduğu) iyimser havanın da bozulmasına yol açacak unsurlar barındırmaktadır. *Youtube* kararında, esasa girilmiştir ve *Soyadı* kararındaki gibi somut norm denetimini engelleyen bir durum da söz konusu değildir. Dahası Mahkeme, ihlal tespit ettiği kararında yaptığı değerlendirmede, net biçimde uyuşmazlığa konu kanun hükümlerini eleştirmiş ve belli yönlerden Anayasa hükümleriyle bağdaşmadığını belirtmiştir.¹²⁰ Mahkeme, burada “suçlamalarını” doğrudan bir kanun

¹²⁰ Şu ifadeler, aynen karardan alınmadır: “*TİB tarafından 5651 Kanun’un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi dayanak gösterilerek aynı maddenin (4) numaralı fıkrası uyarınca re’sen youtube.com isimli sitenin tamamına erişimin engellenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. 5651 sayılı Kanun’un 8., 9. ve 9/A maddelerinde erişimin engellenmesi tedbirine kural olarak hâkim ya da mahkemelerce karar verilmesi, mahkeme dışındaki otoritelerce karar verilmesi halinde derhal kararın mahkeme onayına sunulması, erişim engelleme kararının temel olarak zararlı içeriğe (URL bazlı) erişimin engellenmesi şeklinde verilmesi ilkesi çerçevesinde düzenlendiği görülmektedir. 8. maddede katalog suçlar nedeniyle erişimin engellenmesi düzenlenmiş olup maddenin (2) numaralı fıkrasında erişimin engellenmesi kararının soruşturma evresinde hakim, kovuşturma evresinde ise mahkemece verileceği, soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine*

hükmüne yönelmiş ve *kanunun Anayasanın öngördüğü temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimine aykırı olacak şekilde yeterince açık, belirgin ve öngörülebilir olmadığını* net olarak söylemiş; ne var ki, bir somut norm denetimi işletme yoluna tevessül etmemiştir. Keza Van Depreminde bir otel enkazında gerçekleşen ölümlerle ilgili olarak sorumluluğu olduğu iddia edile kamu görevlileri hakkında yapılan şikayetin 4483 sayılı Kanun çerçevesinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından işleme konulmaması üzerine yapılan bireysel başvuruda da,¹²¹ AYM, esasa girmiş ve soruşturma yapılmamasını devletin 17. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirmiştir. Mahkeme, ihlal tespitinde bulunurken, *doğrudan 4483 sayılı Kanun'un "işleme koymama" kararlarına karşı herhangi bir itiraz*

karar verilebileceği, bu durumda kararın 24 saat içinde hakim onayına sunulması ve hakim de 24 saat içinde karar vermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Maddenin (4) numaralı fıkrasında "İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsu bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir" denilmektedir. İdari işlemle engellenen URL bazı değil de tüm siteye erişimin engellenmesi şeklinde yapılabileceğine ilişkin bir düzenlemeye Kanun'un herhangi bir hükmünde yer verilmediği, ayrıca idarece bu konudaki yetkinin hangi sınırlama araçları (alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemlerle erişimin engellenmesi) kullanılarak erişimin engelleneceğinin tam bir açıklıkla ortaya konulmadığı, dolayısıyla idareye verilen yetkinin kapsam ve sınırlarının öngörülemez olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca, Kanun'un 9. maddesinin (4) numaralı fıkrasında hâkime kademeli olarak erişimin engellenmesi konusunda verilen yetkiye benzer tarzda bir yetkinin kamu idaresi açısından da geçerli olup olmadığı belirgin değildir. Bu nedenle TİB'e erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetkinin kanuni dayanağının kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamaması nedeniyle kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğu görülmektedir. Yukarıda yapılan açıklamalardan, youtube.com sitesine erişimin tümüyle engellenmesine yönelik müdahalenin, yeterince açık ve belirgin bir kanuni dayanağa sahip olmadığı ve bu yönüyle başvuruçular açısından öngörülebilir nitelikte bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, siteden yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde olan söz konusu idari işlemin, başvuruçuların Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar verilmesi gerekir."

¹²¹ B. No: 2012/752, Kt. 17.9.2013.

yolu öngörmediğini ve bunun ihlale yol açtığını belirtmiş; yani bir anlamda söz konusu Kanun'dan yakınmıştır (para.85, 91). Fakat buna rağmen yine somut norm denetimini işletmeye tevessül etmemiştir.

Tüm bunlara rağmen, yine de, başta da belirttiğimiz gibi, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda somut norm denetimi mekanizmasının işletilemeyeceğini söyleyen açık bir kararı bugüne kadar olmamıştır. Mahkeme, adeta "kaçak güreşmekte" ve soruya açıkça cevap vermekten kaçınmaktadır. Ancak veriler ve kararlardan aldığımız doneler, iyimser olmaktan çok kötümser olmaya müsaittir.

Başlarken de belirttiğimiz gibi, bireysel başvuruda somut norm denetiminin işletilmesi, Anayasanın üstünlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin korunması için gerekli bir durumdur. Örneğin *Youtube* kararında, kanunun bir anlamda Anayasaya aykırı olmasından ötürü ihlal kararı verilmiştir; fakat somut norm denetimine girilip kanun iptal edilmediği için, TİB'e Anayasaya aykırı surette yetkiler veren o düzenlemeler, halen orada durmakta ve TİB tarafından kullanılmaktadır. Keza *Soyadı* olayında da, başvuru, bir ihlal kararı çıkartarak yeniden yargılamanın önünü açmıştır ve yapılacak yeniden yargılamada da yerel mahkeme, Anayasa Mahkemesinin kararına uygun biçimde başvurusunun kocasının soyadını almadan sadece kendi soyadını kullanmasına izin verecektir. Fakat Anayasa Mahkemesinin bu ihlal kararına rağmen, Türk Medeni Kanunu'nun ihlale yol açan 187. maddesi, halen daha oradadır ve uygulanmaktadır. Adli yargı yerlerinin Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda artık doğrudan AİHS'yi uygulayıp söz konusu kanun hükmünü zımnen ilga edilmiş sayacakları söylenebilir. Fakat başta nüfus idareleri olmak üzere idari mercilerin böyle yapmayacakları ve açık olan kanun hükmünü uygulamaya devam edeceklerini Türkiye'nin bürokratik sistemini düşündüğümüzde söyleyebiliriz. Belirttiğimiz gibi, idari makamlarca yapılacak bir reddin yargıya taşınması üzerine, adli yargı mercilerinin bu yönde karar verebileceklerini söylemek mümkün olsa bile, bu, bu yönde talebi olan herkesin dava açmasını gerektirecektir. Elbette İçişleri Bakanlığı'nın bir genelge ile Türk Medeni Kanunu'nun ilgili

hükümün Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda uygulanmasını bildirmesi; yahut TBMM'nin Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda bir yasa değişikliğine gitmesi de bir çözümdür. Fakat bunlardan önce çok daha net biçimde çözülecek bir yolun (itiraz yolu işletilerek hükmün iptal edilmesi) işletilmesi elbette daha makuldür.

SONUÇ

Temel hak ve özgürlüklerin etkili ve pratik bir şekilde korunmasında hayati bir fonksiyon icra eden bireysel başvuru mekanizması, geçtiğimiz üç yıllık süre içinde, bu koruma adına olumlu ve korumayı artırıcı yaklaşım ve uygulamaları karşımıza çıkardığı gibi, olumsuz ve sorunlu yaklaşım ve uygulamalara da sahne olmuştur. Bu süreçte Anayasa Mahkemesi, kişiliğin korunması; yaşam hakkı ve maddi-manevi varlığın korunması bağlamında devletin pozitif yükümlülükleri; bilhassa tutukluluklar bakımından kişi hürriyeti ve güvenliği; adil yargılanma hakları ile ifade ve basın özgürlükleri konusunda, insan hakları korumasını ileriye götürecek kararlar vermiş, yaklaşımlar ortaya koymuştur. Buna karşılık, başta tüketme kuralı olmak üzere bireysel başvurunun kabul edilebilirlik kriterleri ve de temel hak ve özgürlüklerin esası bakımından sorunlu addedilebilecek yaklaşım, tespit ve uygulamalara da rastlanmaktadır.

Özellikle AİHS'nin Ek Protokollerini dikkate almamaya ilişkin yaklaşımı; bireysel başvuruya konu hakların belirlenmesinde AİHS-Anayasa kesişim kümesine dair ortaya koyduğu sınırlayıcı yaklaşımı; yargı yolu kapalı işlemlere karşı yasal başvuru engelini Türkiye'de hayati rolü olan YSK kararlarına uygulaması; kimi zaman mağduriyet ve kişisel etkilenme kriterine dair ısrar ettiği katı uygulamalar; geçici tedbir müessesesini yaşam hakkı dışındaki alanlarda uygulamaması; kamu tüzel kişilerine yönelik yasal bireysel başvuru yasağını AİHM içtihadı doğrultusunda esnetmemesi; yasama işlemlerine karşı yasal bireysel başvuru engeli bağlamında potansiyel mağdur kavramını henüz benimsememiş olması; ihlalin açıkça bir yasal mevzuat hükmünde kaynaklandığı hallerde somut norm denetimi yolunu işletmemesi; yargı

kararlarının süresinde yerine getirilmemesine yönelik bir eliyle verdiğini diğer eliyle geri alır nitelikteki uygulaması; yargı yolu kapalıyken sonradan açılan işlemlere yönelik davaların süre aşımından reddedilmesine ilişkin idari yargı pratiğini desteklemesi; yeni nesil hak kategorilerinde tüzel kişilerin başvuru ehliyetini dar yorumlaması; başvurucuların bazı ihlal iddialarının incelenmeden geçiştirilmesini hissettiren uygulamalar; karar düzeltme yolunun hatalı kullanılması hallerinde süre aşımına dair benimsediği katı yaklaşım; özel bir sınırlama sebebi öngörülmemiş hakların sınırlandırılması bağlamında Anayasanın 13. maddesine – adeta 2001 reformunu tersine çevirecek nitelikte – verdiği anlam ve nihayet seçim ihlallerine yasama seçimleri dışında bakmama yönündeki temeyül, Anayasa Mahkemesinin bu süreçte insan hakları korumasını geriye götürme riskini barındıran yaklaşım ve uygulamaları olmuştur.

Bunlardan bir kısmının mevzuattan ve bilhassa da 6216 sayılı Kanun'dan kaynaklandığı ileri sürülebilir. Ne var ki, makale boyunca ortaya koyduğumuz (ve hatta Mahkemenin kendi üyelerinden bazıları tarafından dahi savunulduğu) gibi, bu “engellerin” çoğu, Mahkemenin insan hakları lehine yorumla aşabileceği ve bunu yaparken de aşırı aktivist (en azından bugün suçlandığı bazı örneklerden daha fazla aktivist) davranmakla itham edilmeyeceği engellerdir. Kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru yasağı, YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun kapatılması, yerel seçim ihlallerine yönelik şikayetlerin dinlenmesi ve somut norm denetiminin yapılması gibi hususlardaki yaklaşımları, bunlara örnektir. Üstelik *geçici tedbir* müessesesinde olduğu gibi, bu “mevzuat engellerinin” bazıları, ne yazık ki bizzat Mahkeme eliyle yaratılmıştır.

Bu makalede yer verilenler, bir yaklaşım, tespit, ilke, uygulama havası sezdiren kararlardır; yoksa Mahkemenin münferit sayabileceğimiz başka pek çok olumsuz ve insan hakları açısından sorunlu kararları mevcuttur.

Ancak bitirmeden belirtmek isteriz ki, tüm bu – üstelik bazıları hak ihlalini ortadan kaldırmamak bir yana, bizatihi hak ihlaline yol açar

nitelikte olan – olumsuz yaklaşım ve uygulamalar, bireysel başvuru mekanizmasının varlığının sorgulanmasına yol açmamalıdır. Kanaatimizce, genel karne, Mahkemenin bu işi şimdilik iyi götürdüğü, en azından idare ettiği yönündedir.¹²² Mahkemenin “zihniyet” olarak hak ve özgürlüklerin korunmasının tarafında olduğu söylenebilir. Fakat burada yer verdiğimiz (ve vermediğimiz başka) olumsuz ve insan haklarının korunması adına sorunlu yaklaşım, uygulama ve tespitleri de göz ardı etmek mümkün değildir. Mahkemenin bilhassa doktrinde neredeyse ittifakla öne sürülen problemlili yaklaşım ve uygulamalarından dönmesi; bilhassa kendi mensupları tarafından yazılan bazı karşı oyları dikkate alması elzemdir.

KAYNAKÇA

- Ahmet Burak Bilgin, **3 Yıllık Bireysel Başvuru Uygulamasında ‘Tüketme’ Kuralına İlişkin Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı: Olumlu ve Olumsuz Örnekler/Yaklaşımlar**, *Legal Hukuk Dergisi*, Mart, 2015 (yayımlanacak).
- Ahmet İyimaya, **Bireysel Başvuru Uygulamasında Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Ayırbasım)*, Yıl:27, Sayı: 116, Ocak-Şubat 2015.
- Cüneyt Durmaz, Hüseyin Ekinci, İbrahim Çınar, Musa Sağlam, Mustafa Baysal, **Bireysel Başvuru – İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi)**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2013.

¹²² Mahkemenin ilk 1 yıllık performansı üzerinden benzer bir değerlendirme için bkz.: İnceoğlu, s.187.

- Hüseyin Ekinci, Musa Sağlam, **Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.
- Korkut Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, XII Levha, İstanbul, 2015.
- M. Gözde Atasayan, **Yorum: Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Şikâyeti Kararlarının Usuli Açından Değerlendirilmesi**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.
- Osman Can, **Anayasa Yargısında Yokluk**, *Ergun Özbudun'a Armağan*, Ankara, Yetkin, Cilt:2, 2008, s.175 vd.
- Osman Doğru, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi**, Legal, İstanbul, 2013.
- Oya Boyar, **Yorum: Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.
- Özcan Özbey, **Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, Adalet, Ankara, 2012.
- Practical Guide on Admissibility Criteria**, Council of Europe, http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf, Erişim Tarihi: 11.10.2015.
- Sibel İnceoğlu, **Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.
- Tijen Dünder Sezer, **1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt:3, Sayı: 5, 2014.

- Tolga Şirin, **Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi** (Kamu Hukukçuları Platformu'nun 30-31 Mayıs 2015 toplantısında sunulan bildirimler), http://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplanti_bildiriler&id=5, Erişim Tarihi: 23.10.2015.
- Y. Metin Özdemir, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası'nda Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.

