

Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri

Prof. Dr. Abdurrahman Eren
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Anayasa Mahkemeleri, anayasaya uygunluğu denetleyen ve denetlerken anayasayı özerk ve otantik yorumlama yetkisine sahip özel bir yargı organıdır. Türkiye’de 1961 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası ile işlevi genişlemiş ve kurulduğu günden bugüne 54 yıllık bir deneyim kazanmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin bu güne kadarki performansına hukuk politikası açısından baktığımızda, Mahkeme’nin Türk kamuoyundaki algısı, “özgürlük savunucusu” olmaktan çok, “devlet muhafızlığı” yönünde olmuştur. Avrupa rekoruna sahip siyasi parti kapatma kararları ile “çoğulcu demokrasinin” gelişimini engellemiş, laiklik ve milliyetçilik ekseninde Atatürkçülük ideolojinin savunuculuğuna soyunmuştur. Anayasa değişikliklerini esastan denetleyerek, kuvvetler ayrılığı ilkesini hiçe saymış, kurucu iktidarın yetki alanına uzanmıştır. Genel olarak ortaya koyduğu “çoğunluk karşıtı aktivizm”, özgürlükler yönünde atılmak istenen birçok yasanın iptali ile sonuçlanmıştır. Özellikle, 2007 Cumhurbaşkanlığı seçiminin iptali, 2008 yılında halkın çoğunluğunun tercihi ile iktidara gelmiş partiyi kapatma girişimi, kurucu iktidarın sert tepkisi ile karşılaşmıştır. Bu tepki 2010 Anayasa değişiklikleri ile kendini göstermiş, parti kapatma ve Anayasa değişikliklerini esastan denetleme yetkisinin kullanımı zorlaştırılmış ve Mahkeme’nin üye yapısı değiştirilerek ideolojik tutum değiştirilmeye çalışılmıştır. Ancak konumuz bakımından en önemli adım, hak temelli bir yaklaşıma Mahkemeyi zorlayacak olan bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi olmuştur.

Hukuk politikası yönünden Anayasa Mahkemesi’nin sicilinin kötü olması, hukukilik denetimi bakımından Mahkeme’nin yetersiz olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Bilakis Anayasa Mahkemesi’nin bu aktivist

tutumu, kararlarına şekli bir meşruiyet kazandırmak amacıyla hukuki yorum yöntemlerini etkin bir şekilde kullanmasına yol açmıştır. Mahkeme, yıllarca karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası hukuka uygun yorum ilkelerini kullanmış, Alman Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından yararlanmışır. Dolayısıyla, Mahkeme'nin temel haklar alanında bireysel başvurudan önce hukuki yorum yöntemleri bakımından önemli bir içtihadı birikimi olduğu söylenebilir. Özellikle özgürlükleri sınırlama rejiminde ve güvence ölçütlerinin yorumunda, güncel insan hakları içtihadının dışında kalmamıştır. Bireysel başvurunun gelmesi, Mahkemeye hukuki yorum yöntemlerini uygulama bakımından yeni bir dinamizm kazandırmış olmakla birlikte, Mahkeme bireysel başvurudan önce de insan hakları alanında önemli bir içtihat birikimine sahiptir¹.

Bireysel başvuru yolu 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren yaklaşık üç buçuk yıllık bir birikime ulaşmıştır. Mahkeme'nin 23 Eylül 2010 – 10 Nisan 2015 tarihleri arası bireysel başvuru istatistiklerine bakılırsa bu tarihe kadar yaklaşık altmış bin başvuru yapıldığı, bunların yaklaşık yarıya yakınının karara bağlanmış olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi bu süreçte, bireysel başvuru yoluna ilişkin tartışmalı birçok konuyu içtihatlaştırmış ve bazı konularda içtihadı istikrar kazanmıştır. **Mahkeme'nin sürece hızlı adapte olması hem önceki birikimi hem de AİHM içtihatlarını iç hukuka aktarmadaki başarısı ile açıklanabilir.** Bireysel başvuru kararları incelendiğinde, ilk bakışta söylenebilecek şey, Mahkeme'nin “özgürlük bekçiliği” rolünün güçlenmiş olduğudur. Bu değişim sadece bireysel başvurunun gelmesine de bağlanamaz. Özellikle Mahkeme'nin üye yapısının değiştirilmesi ve Türkiye'de değişen siyasi dengeler de bunda etkili olmuştur. Siyasal politik ortamın mahkemenin kararları üzerinde etkili olmadığını söylemek mümkün değildir.

Bireysel başvuru kararlarının Anayasa'nın yorumuna etkileri iki noktadan incelemek mümkündür. Birincisi, hukuki yorum yöntemleri;

1 Aksi yönde Oder şu değerlendirmeyi yapmaktadır: Türkiye uzun yıllar, kaçınılmaz ve haklı olarak siyasal bir bakış açısıyla temel hak ve özgürlük sorununa eğildi. Ancak bu siyasal bakış açısına rağmen, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir hukuksal kuram geliştirme konusunda yeterli gelişme gösteremedi. Bireysel başvuru nedeniyle bu alanda bir atılım yapmamız mümkün olabilir ve bunu başarabilirsek hak ve özgürlük alanındaki yargısallaşmanın kalitesini artırabiliriz”. Bk. Bertil Emrah Oder, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık”, Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Yargısı 30 (2013), s.52.

ikincisi ise, hukuk politikası açısından etkileridir. Yorumun hukukiliği, yorum yöntemleri, yorum ilkeleri, mantık kuralları, argümantasyon araçlarına uygunluk ile ölçülürken; yorumun sonunda varılan sonuç “hukuk politikasını” ilgilendirmektedir. Her yorumun bir “politik sonucu” olabilir. Dolayısıyla her yorum bir “politik sorun” potansiyeli taşımaktadır. Anayasal normların amacı iktidarı sınırlamak ve egemenlik yetkilerini paylaşmak olduğu hatırlandığında politik sorun tartışmalarının çok daha yoğun yaşanması normaldir. Bu nedenle anayasanın yorumunda, politik sorun doktrini çerçevesinde; demokratik meşruiyet, yargısal aktivizm (judicial activism), yargısal kısıtlılık (judicial self-restraint) tartışmaları “hukuk politikası” bağlamında yapılabilir. Bireysel başvuru kararlarının bu yönüyle değerlendirilmesi hukuki olmaktan çok politik bir değerlendirme anlamına gelir.

Çalışmada, iki yönlü bir incelemenin zorluğu gözetilerek, hukuki yorum yöntemleri açısından konu ele alınmaktadır. Bu çerçevede öncelikle bireysel başvuru yolunun hukuki niteliğinin Anayasanın yorumuna etkisi üzerinde durulmakta; bireysel başvurunun niteliğinden kaynaklanan hak temelli ve olay temelli yorum ilkeleri ele alınmaktadır. İkinci olarak Anayasaya özgü yorum ilkeleri açısından bireysel başvuru kararlarının anayasanın yorumuna etkisi incelenmektedir. Bu bölümde beş başlık altında önce, anayasaya uygun yorum, özerk yorum, dinamik yorum, anayasanın bütünselliği ve uluslararası hukuka açıklık ilkeleri açısından bireysel başvuru kararları değerlendirilmektedir. Netice itibarıyla, yorum yöntemleri üzerinden baktığımızda bireysel başvuru kararları, Anayasa’nın yorumunu ne derece etkilemiştir sorununun cevabı aranmış olmaktadır.

Bu incelemede Mahkemenin bütün kararlarını değerlendirmek mümkün değildir. İlgili yorum yöntemi açısından önem taşıdığı düşünüğümüz kararlar üzerinden bir değerlendirme yapılmaktadır. Konuya ilişkin Mahkeme’nin içtihadında bir istikrar görüldüğünden bir veya iki örnek vermek yeterlidir. Özellikle kararların seçiminde yeni içtihatları belirleyen Genel Kurul Kararlarına öncelik verilmektedir. Tebliğin ilk bölümü daha çok bireysel başvuru sürecinin, analitik bir incelemesi niteliğinde olacaktır. İkinci bölüm ise süreçlerden bağımsız olarak yorum ilkeleri üzerinden kararlarda ortaya çıkan sonuçlar değerlendirilecektir.

A. Bireysel Başvuru Yolunun Anayasanın Yorumuna Etkisi

Bireysel başvuru yolu niteliği gereği, Anayasanın yorumunda somut olay bağlamında ve hak temelli bir incelemeyi gerektirmektedir. Bireysel başvuru hakkının konu olarak sınırlı olması, Anayasanın yorumuna etkisini sınırlamaktadır.

1. Hak Temelli Yorum Bakımından Değerlendirme

Bireysel başvuru, hak arama özgürlüğünün özel bir görünümü niteliğinde, usuli bir haktır². Usuli haklar ancak maddi bir hak ile birlikte kullanılabilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (6216 sayılı Kanun) 45. Maddesine göre, "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, ... herhangi birinin ...ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.". 6216 sayılı Kanun'un 46/1. Maddesine göre "Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir". Anayasa Mahkemesi bu hükümlerden yola çıkarak, bireysel başvuruda bulunabilmesi için üç temel ön koşul aramaktadır. Bunlar; başvuruçunun "güncel bir hakkının ihlal edilmesi", bu ihlalden dolayı kişinin "kişisel olarak" ve "doğrudan" etkilenmiş olması ve bunların sonucunda başvuruçunun kendisinin "mağdur" olduğunu ileri sürmesidir. Dolayısıyla, bireysel başvuruda Anayasa, her zaman "güncel bir hakkın ihlal edilmesi" üzerinden yorumlanmaktadır.

Bireysel başvuru yolu, "bireyin sübjektif hakkından hareketle, anayasanın "objektif yorumlanması" sağlanmaktadır. 6216 sayılı Kanunu'nun 46. Maddesinin 1. fıkrasına göre, "Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir". Ancak, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 80. maddesinin ikinci fıkrasına göre kişi sübjektif hakkının

2 Anayasa'nun 148/1. Maddesinde Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri arasında "bireysel başvuruları karara bağlamak" sayılmış ve bireysel başvurunun koşulları belirlenmiştir. Ancak bireysel başvurunun bir hak olduğu, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da açıkça belirtilmiştir. Kanun'un 45. Maddesinin kenar başlığı "Bireysel başvuru hakkı", 46. Maddesinin kenar başlığı "Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar" şeklindedir. Bireysel başvurunun bir hak olduğu daha açık bir şekilde Kanun'un 51. maddesinde "Başvuru hakkının kötüye kullanılması" kenar başlığı ile düzenlenmiştir. Maddede, "Bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullanıldığı tespit edilen başvuruçular aleyhine..." yapılacak yaptırımlardan söz etmektedir. Bu maddede bir hak olarak görülen bireysel başvurunun kötüye kullanılması yaptırıma bağlanmaktadır.

korunmasından vazgeçse bile, “Bölümler ya da Komisyonlar; yukarıdaki fıkrada belirtilen nitelikteki bir başvuruyu, **Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ya da insan haklarına saygının gerekli** kıldığı hâllerde incelemeye devam edebilir.” Bu düzenleme bireysel başvuruda “objektif yorumun” ölçülerini de ortaya koymaktadır.

Sübjektif bir haktan hareketle Anayasanın objektif yorumlanması üç şekilde etkisini göstermektedir. Tek tek temel hakların norm alanlarının yeniden çizilmesi, sınırlama rejiminin değerlendirilmesi ve temel haklar ile diğer maddeler arasındaki ilişkinin kurulması şeklinde gerçekleşmektedir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvurularda bir maddi hakka ilişkin ihlal iddiasını incelerken, Anayasanın temel haklara ilişkin genel hükümlerini yorumlamaktadır. Özellikle Anayasanın 13. Maddesindeki güvence ölçütleri hemen hemen her kararda olaya özgür yorumlanmakta ve uygulanmaktadır. Mahkeme'nin 13. Maddeye ilişkin yorumu bireysel başvurular kapsamında değişmemiştir. Mahkeme, önceden olduğu gibi buradaki ilkeleri bir bütünlük içinde ele almakta ve uygulamaktadır. Örneğin Mahkeme, Bekir Coşkun Başvurusunda, bu yaklaşımını şu şekilde ortaya koymaktadır:

*“Belirtilen nitelikleri gereği, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan, “temel hak ve hürriyetlerin özü”, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük ilkesi” kavramları, **bir bütünün parçaları olup, “demokratik bir hukuk devleti”nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır**”³.*

Bireysel başvuru yolu, usuli bir hak olarak ancak Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) “ortak koruma alanı” içindeki “maddi hakka” dayanılarak kullanılabilir. 6216 sayılı Kanunu'nun 45. Maddesinin 1. Fıkrasına göre, “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki” haklardan herhangi birinin, “ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulabilir”. Ancak, ortak koruma alanı içindeki hakların yorumunda sadece temel hak hükümleri değil, anayasanın diğer hükümlerine sirayet eden bir kapsamda yorumlanması söz konusudur.

Bireysel başvuruda ortak koruma alanı içindeki haklarla ilgili anayasa

3 AYM, Genel Kurul, Bekir Coşkun Başvurusu, BN. 2014/12151, KT. 4/6/2015, p.55

hükümleri yorumlanmakla birlikte, bu haklarla ilgisi durumunda haklar dışındaki diğer maddelerin yorumlanması da gündeme gelebilmektedir. Örneğin Mahkeme, Mahmut Tanal Kararında, Başvurucular Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kurulan Soruşturma Komisyonu tarafından yürütülen bir soruşturma kapsamında, Komisyon Başkanı'nun talebi üzerine bu Komisyon'un çalışmaları ile ilgili olarak verilen yayın yasağı kararıyla ifade özgürlüğünün; anılan yasağa ilişkin yapılan itirazın tatmin edici bir gerekçe gösterilmeksizin reddedilmiş olması nedeniyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir⁴. Mahkeme başvurunun kabul edilebilirlik incelemesini yaparken, Meclis soruşturmasına ilişkin Anayasa hükümlerini yorumlamıştır:

“Meclis soruşturmalarının Meclisin klasik yasama işlemi olmayıp yargısal veya yarı yargısal bir işlemi olduğu uygulama ve doktrinde de genel kabul gören bir yaklaşımdır. Mahkememiz de daha önceki kararlarında meclis soruşturmasını Anayasa ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne verilmiş bir 'Adli görev ve Yetki' olarak tanımlamış ve böylece meclis soruşturmasını yasama organı eliyle yürütülen bir yargı faaliyeti olarak kabul etmiştir. (AYM, E. 1970/25, K. 1970/32, K. T. 18/6/1970). Bu bağlamda Meclis Soruşturması Komisyonu, bir nevi ceza soruşturması yürütmektedir, bu nedenle bu soruşturma açısından Cumhuriyet savcısı konumundadır. Nitekim hazırlanan rapor, daha sonra açılacak ceza davasında iddianame yerine geçen belge olarak kabul edilmektedir. Hal böyle olunca TBMM İçtüzüğü'nün 110. maddesinin öngördüğü gizliliği, 4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 157. maddesinde düzenlenen soruşturmanın gizliliği ile aynı şekilde yorumlamak gerekir. Soruşturmanın gizliliğini ihlal ise 26/9/2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 285. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir”⁵.

Anayasa Mahkemesi bu güne kadar verdiği kararlarda Anayasa ve Sözleşme'nin **“ortak koruma alanı”** dışında kalan bir hak ihlali iddiasının inceleme konusu yapılamayacağına hükmetmektedir⁶. Bu durumda başvuruya konu haklar, bu ortak koruma alanı ile sınırlıdır. Mahkemenin geliştirdiği **“ortak koruma tezi”** üç yönlü bir sınırlamayı içermektedir. Birincisi, Sözleşme kapsamında olmayan Anayasal haklar ortak alana dâhil

4 AYM, Genel Kurul Kararı, Mahmut Tanal ve Diğerleri Başvurusu, BN. 2014/18803, KT. 10/12/2014, p.1.

5 AYM, Genel Kurul Kararı, Mahmut Tanal ve Diğerleri Başvurusu, p.30-31.

6 AYM, Bireysel Başvuru, Onurhan Solmaz, B. No. 2012/1049, 26/3/2013, p. 18.

değildir. İkincisi ise, Sözleşme kapsamında olup, ancak Türkiye'nin taraf olmadığı ek protokoller kapsamındaki haklar da ortak koruma alanı içinde görülmemiştir. Üçüncü ise, Anayasa ile Sözleşme'nin ortak alanındaki bir hakkın Anayasal kapsamının Sözleşme kapsamı ile sınırlı bir koruma sağladığı kabul edilmektedir. Bu durum bazen Anayasada içeriği belli olmayan hakkın Sözleşmeye göre belirlenmesini bazen de, Anayasada daha geniş içeriğin, Sözleşme içeriği ile sınırlandırılmasına yol açmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, örneğin sosyal güvenlik hakkının Sözleşme kapsamında bir hak olmadığını ileri sürerek, konu bakımından yetkisizlik vermektedir. Ancak Mahkeme, somut olay temelinde, “olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı” olmadığını söyleyerek, olayları yeniden yorumlayarak, Sözleşme kapsamındaki bir başka hakkın norm alanına konuyu sokabilmektedir. Bu yoruma bir örnek karar olarak, Ahmet Bozkurt kararı gösterilebilir:

“Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir. Başvuru, sosyal güvenlik hakkının ihlal edildiğini ileri sürmekte ise de esas itibarıyla 1979 yılındaki olay nedeniyle vazife malulü sayılmasını, ayrıca 3713 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanarak emekli aylığının artırılmasını ve geçmişte oluşan farkın tazmin edilmesini istemektedir. Başvuru her ne kadar sosyal güvenlik hakkından söz etmekteyse de sosyal güvenlik hakkı bireysel başvuru konusu edilebilecek haklardan olmadığından bu iddialar başvuru alacağının somutlaşmış olması halinde ancak mülkiyet hakkı çerçevesinde değerlendirilebilir”⁷.

Türkiye'nin taraf olmadığı ek Protokoller kapsamında yapılan başvuruların reddedildiği hak genellikle “seyahat özgürlüğü” olmuştur. Sebahat Tuncel, milletvekili olduğu halde hakkında “yurtdışına çıkamamak” şeklinde adli kontrol tedbiri uygulanması nedeniyle adil yargılanma ve siyasal katılım hakkı ile ifade hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür⁸. Mahkeme kararında şu tespiti yapmaktadır:

“Bir başvurunun veya şikâyetin konu bakımından Mahkemenin yetkisi kapsamına girebilmesi için, başvuru tarafından ihlal edildiği ileri sürülen hak, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerle korunmuş olmalıdır. Türkiye'nin taraf olmadığı ek protokol hükümlerinden biriyle ilgili başvuruların Anayasa

7 AYM, İkinci Bölüm Kararı, Ahmet Bozkurt Başvurusu, BN.2013/3081, KT. 20/2/2014, p.21.

8 AYM, Birinci Bölüm Kararı, Sebahat Tuncel Başvurusu, BN.2012/1051, KT.20/2/2014, p.1

Mahkemesince incelenmesi mümkün değildir. Mahkemenin hangi haklarla ilgili başvuruları inceleyebileceğinin çerçevesi Anayasa ve 6216 sayılı Kanun tarafından çizilmiş olup bu yetki çerçevesinin genişletilmesi mümkün değildir. AİHS'e Ek 4 No.lu Protokol'e ülkemiz taraf değildir. Bu nedenle, anılan Protokol kapsamında kalan ve Anayasa'nın 23. maddesinde yer alan seyahat özgürlüğüne yönelik şikâyetle ilgili olarak bireysel başvuruda bulunulamaz"⁹.

Sözleşme ile Anayasa ortak koruma alanı içinde olan adil yargılanma hakkının içeriği belirlenirken, Mahkeme Anayasada içeriği somutlaşmayan bu hakkın kapsamını Sözleşme ve Mahkeme içtihatları ışığında doldurmaktadır. Örneğin Hayrettin Savaş Kararında Mahkeme şu tespiti yapmaktadır:

"Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün olmayıp (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18), Sözleşme metni ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümleri olan alt ilke ve haklar, esasen Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında, ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan ve AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir"¹⁰.

Ortak koruma alanının tespitinde Sözleşme kapsamının daraltıcı etkisi "serbest seçim hakkı" kapsamında gündeme gelmektedir. Anayasa'da serbest seçim hakkı, genel, yerel ve cumhurbaşkanı seçimlerini kapsayacak şekilde geniş düzenlenmişken, Sözleşme de sadece genel seçimler için bu hak tanınmaktadır. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvurularda bu hakkı sadece genel seçimler için uygulamaktadır. Mansur Yavaş Başvurusunda, Başvurucular, 30/3/2014 tarihinde yapılan Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı seçiminin iptal edilmesi talebinin reddine ilişkin Yüksek Seçim Kurulu (YSK) kararının serbest seçim, adil yargılanma hakları ile ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir¹¹. Anayasa

9 AYM, Birinci Bölüm Kararı, Sebahat Tuncel Başvurusu, p.52-53.

10 AYM, Birinci Bölüm Kararı, Hayrettin Savaş Başvurusu, BN. 2013/9810, KT. 22/6/2015, p.25.

11 AYM, Birinci Bölüm Kararı, Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi Başvurusu, BN.2014/5425, KT.23/7/2014, p.1.

Mahkemesi kararında yerel seçimlerin ortak koruma alanı içinde olmadığına hükmetmiştir:

“AİHS kapsamında korunan hak, yasama organının seçimi ile ilgili olup Anayasa’nın 127. maddesi uyarınca mahalli idare niteliğinde olan Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı seçimiyle ilgili ihlal iddiaları, bağımsız bir hak olarak AİHS kapsamında değerlendirilmediğinden, bu hakka yönelik ihlal iddialarının bireysel başvuru konusu yapılabilmesi mümkün değildir”¹².

Mahkemenin geliştirdiği ortak koruma alanı içtihadı, Sözleşme ve taraf olunan ek protokoller kapsamındaki hakları, aynı hakkın Anayasa’da tanınmış içeriklerini sınırlayıcı bir biçimde yorumlamada kullanmaktadır. Bu yaklaşım AİHS’nin 53. Maddesi bakımından değerlendirilebilir. Bu maddeye göre, “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşme Taraf’ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz”. Örneğin Anayasa Mahkemesi, serbest seçim hakkına ilişkin Anayasa’da tanınan hakkın içeriğini, Sözleşme’nin Ek 1. Protokol 3. Maddeyi gerekçe göstererek sınırlandırmaktadır. Bu durum ancak bir koşulda anlaşılabilir. O da Anayasa’nın bireysel başvuru hakkını tanıyan 148. Maddenin hükmü ile bir çatışma içinde olması durumudur. Anayasa’nın 148. Maddesinde, “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin” başvuruya konu olabileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün aslında Sözleşmeye uygun yorum ile bir çatışma içermediği söylenebilir. Ortak koruma alanı içindeki bir hakkın Anayasa’daki içeriğini belirlerken Sözleşme hükümlerinin sınırlayıcı bir şekilde yorumlanamayacağı söylenebilir. Bu durumda ortak koruma alanı içindeki bir hak hangi belgede daha lehe bir düzenleme içeriyorsa o içerikle bireysel başvuru konu edinilebilir.

Görüldüğü gibi bireysel başvuru kapsamında ortak koruma alanı, Anayasanın yorumunu daha **kompleks** hale getirmiştir. Somut olayda başvurucunun hak ihlali iddiasına konu ettiği müdahalelerin AİHS kapsamında hangi hakka girdiği tespit edilecek, bu yapılırken, Sözleşme metninde yer almasa bile AİHM içtihatları ile maddeye ilave edilen yeni unsurlar dikkate alınacak, daha sonra bu içeriğin Anayasa’da hangi hakka

12 AYM, Birinci Bölüm Kararı, Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi Başvurusu, p.35.

karşılık geldiği, ilgili diğer Anayasa hükümlerinin neler olduğu ve ek güvenceler getirilip getirilmediği, daha sonra konu temel haklara ilişkin genel güvence ilkeleri açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yorumun bu kompleks yapısını somut bir örnek üzerinden göstermek gerekirse, “özel hayat” kapsamında, AİHS/8 ve Anayasa/17 maddelerinin metninde “ad ve soyadın” korunması düzenlenmemiştir. Hakkı düzenleyen norm metninden olmayan bir unsur öncelikle Sözleşme kapsamında bir hakkın norm alanı ile ilişkilendirilip daha sonra, bu hakkın Anayasa Metninde karşılığı bulunmaya çalışılıyor. Anayasa Mahkemesi, AİHM içtihatlarına da gönderme yaparak, ad ve soyadın özel hayat ve aile hayatı kapsamına girdiğini tespit etmektedir:

“AİHM, Sözleşme’nin 8. maddesinin ad ve soyadı konusunda açık bir hüküm içermediğini belirtmekle beraber, kişinin kimliğinin ve aile bağlarının belirlenmesinde kullanılan bir araç olması nedeniyle, belirli bir dereceye kadar diğer kişilerle ilişki kurmayı da içeren özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkıyla ilgili olduğunu ve bir kamu hukuku konusu olarak toplumun ve Devletin adların düzenlenmesi konusuyla ilgilenmesinin bu unsuru özel hayat ve aile hayatı kavramlarından uzaklaştırmayacağını kabul etmektedir. Bu kapsamda, soyadı değiştirme ile çocuğun ve kadının soyadı bağlamında AİHM içtihatlarına konu edildiği görülen soyadının da Sözleşme’nin 8. maddesinin koruma alanında olduğu anlaşılmaktadır... (Burghartz/İsviçre, B.No. 16213/90, 22/2/1994, § 24; Stjerna/Finlandiya, B.No. 18131/91, 25/11/1994, § 37; Niemietz/Almanya, B.No. 13710/88, 16/12/1992, § 29)¹³.

Anayasa Mahkemesi, bu yeni unsurun AİHM içtihatları ışığında özel hayat kapsamına girdiğini tespit ettikten sonra, bu yeni unsurun Anayasa’da hangi hak temelinde korunacağını da belirlemek durumunda kalmaktadır. Mahkeme aynı olayda soyadı kullanımını Anayasa’nın 17. Madde kapsamına girdiğine ilişkin şu yorumu yapmıştır:

“Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup, bu düzenlemede yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, Sözleşme’nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile, bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir. Bireyin yaşamıyla özdeşleşen

13 AYM, İkinci Bölüm Kararı, Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, BN:2014/5836, KT:16/4/2015, p.28.

ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru haline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan soyadının da kişinin manevi varlığı kapsamında olduğu açıktır”¹⁴.

Görüldüğü gibi somut olayda soyadı kullanımı talebi, AİHS kapsamında özel hayat hakkı içinde değerlendirildikten sonra, benzer korumanın Anayasa'nın 17. Maddesinde “maddi ve manevi varlığı koruma” kavramı içinde sağlandığını ortaya koymuştur. Bu örnek bireysel başvurunun hak temellinde Anayasa'nın yorumunu kompleks hale getirdiğini göstermektedir.

Bireysel başvuruda yorumcular bakımından “**kolektif yorum**”dan söz edebiliriz. Kolektif yorum süreci hak sahibinin yorumundan başlayıp, idari ve yargısal makamlara, oradan Adalet bakanlığına, nihayetinde Anayasa Mahkemesi'ne ulaşmakta, Mahkeme içinde de raportörden, Komisyon üyelerine, Bölümlere ve bazen Genel Kurula uzanmakta, üyeler arasında da karşı oy gerekçeleri ile tamamlanmaktadır. Nitekim hak temelli kolektif yorum anlayışına bir örnek olarak, Tuğba Arslan Kararı gösterilebilir. Bu olayda, “başörtüsü takan bir avukatın duruşmalara girmesi” şeklindeki bir uygulamanın din ve vicdan hürriyetinin norm alanına girip girmediği, farklı makamlarca yorumlanmıştır. Hak sahibi avukat olarak temel hak normunu yorumladığı gibi ilk derece mahkemesi, Danıştay, Adalet Bakanlığı ve nihayetinde Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin yorum sürecine katılmıştır.

Ankara Barosuna kayıtlı avukat olarak çalışan Başvurucu, din ve vicdan özgürlüğü kapsamında gördüğü başörtüsü ile bir duruşmaya katılması Ankara 11. Aile Mahkemesi hâkiminin ara kararıyla engellenmiştir. Burada Aile Mahkemesi hâkiminin konuya ilişkin yorumu şu şekildedir: “*Bangolar Yargı Etiği İlkeleri, Avrupa Barolar ve Hukuk Birlikleri Konseyi Meslek Kuralları, AİHM'in ve Anayasa Mahkemesinin başörtüsünün laiklik karşıtı güçlü bir dini simge ve siyasal simge olduğuna ilişkin kararları uyarınca avukatların başörtülü olarak duruşmalarda görev yapamayacakları*” yönündedir¹⁵.

Başvurucu ise Ankara 11. Aile Mahkemesi'nin başörtülü olarak duruşmada görev yapamayacağı yönündeki ara kararının; Anayasa'nın 24. maddesinde yer alan din ve vicdan özgürlüğüne, 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına, 49. maddesinde yer alan çalışma hakkına ve 10.

14 AYM, İkinci Bölüm Kararı, Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, p. 29.

15 AYM, Genel Kurul Kararı, Tuğba Arslan Başvurusu, BN: 2014/256, KT: 25/6/2014, p.13.

maddesinde yer alan ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturduğunu şu gerekçe ile iddia etmiştir:

“Danıştay 8. Dairesinin 5/11/2012 tarih ve 2012/5257 esas sayılı kararı ile Türkiye Barolar Birliği (TBB) Avukatlık Meslek Kurallarınının 20. maddesinde yer alan “Avukatlar ve avukat stajyerleri, mesleğe yakışır bir kılık kıyafetle, başları açık olarak mahkemelerde görev yaparlar.” cümlesinde yer alan “başları açık” ibaresinin yürütmesinin durdurulmasına karar verdiğini, bu karardan sonra TBB başkanlığının 25/2/2013 tarih ve 2013/11 sayılı duyurusu ile Danıştay kararı doğrultusunda işlem tesis edilmesi için kararın tüm barolara gönderildiğini belirtmiştir”¹⁶.

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin değerlendirmesinde, Başvurucunun atıf yaptığı Danıştay Sekizinci Dairesinin 5/11/2012 tarih ve E.2012/5257 sayılı kararının ilgili kısımlarına da yer vermiştir. Danıştay’ın konuya ilişkin yaklaşımının özü şu paragrafta yer almaktadır: “Nitekim dayanağı üst hukuk normunda bu konuda herhangi bir kısıtlama ya da engelleme bulunmadığı halde söz konusu maddede yer alan bu belirlemenin, Anayasa ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmış olan çalışma hak ve özgürlüğünün ve yine bu düzenlemelerle güvence altına alınmış olan din ve vicdan özgürlüğüne bağlantılı olarak ihlal edilmesi sonucunu doğuracağı da açıktır”¹⁷. Görüldüğü gibi Danıştay serbest meslek olan Avukatlık mesleğinin icrasında başörtü takmayı engelleyici uygulamaların, çalışma ve din ve vicdan özgürlüğünü ihlal edebileceği görüşündedir.

Anayasa Mahkemesi bir sonraki adımda Adalet Bakanlığının konuya ilişkin görüşüne başvurmuştur: “Bakanlık görüşünde, din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplum için önemi hatırlatılmış ve AİHM içtihatlarında dinsel kıyafetler giyilmesinin, başlık, örtü veya semboller taşınmasının kişilerin dini kaynaklı davranışları olarak kabul edildiği, bu sebeple kişilerin kendi iradeleri ve dini emirlere bağlı olma isteğiyle örtünmesinin ya da bir dinsel sembol taşınmasının din ve vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir”¹⁸. Adalet Bakanlığı, avukatların dinsel kıyafet olarak başörtüsü takmasını, din ve vicdan özgürlüğünün koruma alanı içinde olduğu yönünde görüş bildirmiştir.

16 AYM, Genel Kurul Kararı, Tuğba Arslan Başvurusu, p. 21.

17 AYM, Genel Kurul Kararı, Tuğba Arslan Başvurusu, p. 19.

18 AYM, Genel Kurul Kararı, Tuğba Arslan Başvurusu, p. 45.

Anayasa Mahkemesi, somut olay temelinde, bütün bu görüş ve yorumlardan sonra, Anayasanın 24. Maddesi kapsamında din ve vicdan özgürlüğü bağlamında konuyu tekrar ele almaktadır. Anayasa Mahkemesi tüm bu yorumlar üzerine Anayasada yer alan temel hak normunu somut olay ışığında yeniden yorumlamaktadır. Mahkeme otantik ve özerk yorum yetkisine dayanarak, süreçteki tüm yorumlar üzerinde konuyu yeniden ele alarak uygulamada birlik sağlarken **“ikinci düzey bir koruma”** sağlamaktadır. Kolektif yorum sürecinde, yasama ihmali, eksik yasal düzenleme, açık yasa ihlali, yasanın keyfi yorumlanması ile doğabilecek tüm sakıncaları kendi yorumuyla gidermektedir.

2. Olay Temelli Yorum Açısından Değerlendirme

Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkisine giren dava türlerini “norm temelli denetim” ve “olay temelli denetim” şeklinde ikiye ayırmak mümkündür¹⁹. Norm temelli denetimde, yasaların doğrudan Anayasaya uygunluğunu denetlenirken; olay temelli denetim de, somut olayların Anayasaya uygunluğu denetlenmektedir. Bu kapsamda “iptal ve itiraz davaları” norm temelli denetime; siyasi parti kapatma davası, dokunulmazlığın kaldırması ve milletvekilliğinin düşmesi durumlarında iptal davası, Yüce Divan yargılaması ve bireysel başvuru davası ise olay temelli denetime girdiği söylenebilir²⁰. Norm temelli denetimde “Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler” (m.148/1).

Norm temelli denetim de kendi içinde, “somut – soyut” norm denetimi şeklinde ikiye ayrılır. Soyut norm denetimi olan iptal davasında, kanunların somut bir olayda uygulanmadan denetlenmesi söz konusudur. Somut norm denetimi olan itiraz davasında ise, somut bir olayda uygulanacak kanunun Anayasaya uygunluğu denetlenmektedir. Bu yönüyle bireysel başvuru incelemesi ile itiraz davası birbiriyle örtüşmektedir. Her ikisinde de somut bir olayla bağlantılı Anayasaya uygunluk denetimi yapılmaktadır. Ancak itiraz davasında, kanun uygulanma aşamasında olayla bağlantılı değerlendirilirken,

19 Benzer bir ayırım için bk. Sibel İnceoğlu, “Norm Temelli Denetimden Olay Temelli Denetime İHAS’a Uyum Işığında Bir Değerlendirme”, Anayasa Yargısı 30 (2013), s.83-106.

20 Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un “İnceleme ve Yargılama Usulleri” kenar başlıklı Dördüncü Kısım’da; iptal davası, itiraz yolu, Bireysel Başvuru, Siyasi Parti Kapatma ve Dokunulmazlığın Kaldırılması Davaları, Siyasi Partilerin Mali Denetimi, Yüce Divan Yargılaması şeklinde dava türleri sayılmıştır.

bireysel başvuruda uygulamalar üzerinden değerlendirme yapılmaktadır. İtiraz davasında tüm anayasa hükümleri üzerinden bir değerlendirme yapıldığı için kapsamı daha geniş olsa da, belli normlar ve onların uygulamaları üzerinden yapıldığından bir yönüyle de bireysel başvuruya göre daha dardır.

Somut bir örnek üzerinde konuyu ele aldığımızda bu benzerlik ve farklılık ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Siirt Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülmekte olan bir davada, Eşinden boşanan ve çocuğunun velayet hakkı kendisine verilen davacı anne tarafından çocuğa velayeten açılan isim ve soyadın değiştirilmesi davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur. İtiraz konusu kural, 21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının '*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.*' biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa'nın 10., 13. ve 41. maddelerine aykırılığı gündeme gelmiştir. Anayasa Mahkemesi itiraz yolu üzerinden yaptığı incelemede şu sonuca varmıştır.

*"Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun adını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir"*²¹.

Bu olayda, ilk derece Mahkemesi itiraz yolu ile konuyu Anayasa Mahkemesi önüne getirmemiş olsa, kesinleşen karar üzerine konu Anayasa Mahkemesi önüne bireysel başvuru yolu üzerinden gelebilir. Anayasa Mahkemesi bu durumda benzer bir inceleme yaparak, aynı sonuca varabilir. Nitekim benzer bir olay soyadı konusunda bireysel başvuru yoluyla Mahkemenin önüne gelmiş, Anayasa Mahkemesi Medeni Kanunun ilgili hükmünü iptal etmediği halde kararda ihlal kararı vererek bu hükmü zımnen ilga etmiştir. Burada farklılaşan şey, ilk derece Mahkemesi kanunu doğrudan uygulayan makam konumunda iken, Anayasa Mahkemesi, yargı sürecinde uygulanan kanuna karşı bir inceleme yapmış olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin yetkisine giren diğer dava türlerine baktığımızda siyasi parti kapatma davası ve Yüce Divan Yargılamalarında da

21 AYM, E: 2010/119, K. 2011/165, KT. 8.12.2011.

hem norm denetimi hem de olay temelli denetim yapılabilmektedir. Ancak bu dava türlerinin kapsamının sınırlı olması, Anayasa'nın yorumunda etkisini azaltmaktadır. Milletvekillerinin dokunulmazlığının kaldırılması ya da milletvekilliğini düşme kararlarına karşı açılan iptal davası da olay temelli bir denetim niteliği göstermekle birlikte, Anayasanın yorumuna katkı sunacak bir içeriğe sahip değildir.

Bireysel başvuru, somut bir olayda menfaat ihlali şartıyla işletilebildiğinden “Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine **doğrudan bireysel başvuru**” yapılamamaktadır (m.45/3). 216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasında bireysel başvurunun ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, yasama ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan değil, bu işlemlerin uygulanması ile ihlale yol açan “işlem, eylem ya da ihmale” karşı başvuru yapılabilmektedir. Bireysel başvuru yolunda, yasal düzenlemenin soyut biçimde Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Bir yasama işlemi veya düzenleyici idari işlemin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda bireysel başvuru yoluyla doğrudan bu işlemlere değil, ancak yasama veya düzenleyici idari işlemin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı başvuru yapılabilecektir²².

Bir sübjektif hakka müdahale oluşturmayan yasal düzenlemelere yönelik soyut başvurular halk davası (actio popularis) niteliğinde kabul edilir. Bireysel başvuruda, yalnızca anayasal düzeni korumayı amaçlayan ve “halk davası” (actio popularis) olarak adlandırılan başvuruların yapılması engellenmek istenmiştir. Ancak, yasama işlemleri kamu gücü işlemi niteliğinde olduğundan, yasanın doğrudan uygulanması veya uygulanma potansiyeline sahip olması, somut bir olayda bireyin temel hakkına bir müdahale oluşturabilir. Bireysel başvuruda yasanın uygulanmasından kaynaklı mağduriyetin “güncel olması” esas olmakla birlikte, “potansiyel mağdur” kavramı çerçevesinde uygulanmamış ancak uygulanacağı kesin olan durumlarda da başvuru kabul edilmektedir. **Yasanın doğrudan uygulanacağı ve bu uygulamanın kesin bir mağduriyet yaratacağı önceden öngörülebilir nitelikte olduğunda, Anayasa Mahkemesi bu başvuruları**

22 AYM, Süleyman Erte, B. No: 2013/469, 16/4/2013, p. 15, 17; Serkan Acar, B. No: 2013/1613, 2/10/2013, p. 37.

kabul edeceğini ortaya koymuştur. Bu durumda artık incelemenin niteliği itiraz davasına benzer şekilde ihlale kaynaklık eden kamu gücü işlemi olan yasaya yönelmektedir.

Mahkeme ilk olarak Ayşe Hülya Potur kararında yaklaşımını ortaya koymuştur. Emekli çocuk doktoru olan başvuru, başvuru dilekçesinde, “Konu, benimle değil Türkiye Cumhuriyeti demokrasisi ve hukuku ile ilgilidir. Hayati önemde olduğu inancındayım. Saygılarımla.” İfadesini kullanarak kişisel, güncel ve doğrudan bir hak ihlali iddiasında değil, genel ve soyut bir başvuruda bulunmuştur. Mahkeme öncelikle, “Başvurucunun, şikâyetlerinin **somut bir olaya bağlı olmadığı, kamu gücünün belli bir işlemi ya da eylemini başvuru konusu olarak belirtmediği, genel iddialarda bulunduğu anlaşılmaktadır**” diyerek, actio popularis niteliğinde bir başvuru olduğunu tespit etmiştir²³. Mahkeme bu olay üzerinden potansiyel mağdur kavramına yaklaşımını ortaya koymuştur:

*“Başvurucu, Türkiye’de temel hak ve hürriyetlerin korunması alanında devletin ihmalkâr davrandığı yönündeki soyut iddiasını, öncelikle kendisini doğrudan etkileyen somut olay ve olgular üzerinden ispatlayabilir. Somut bir olaya dayanmayan başvuru, **potansiyel ve kendisine yaklaşan bir ihlal tehdidi altında olduğunu inandırıcı bir şekilde açıklamayı da bireysel başvurunun kabul edilmesini ve esastan incelenmesini sağlayabilecektir. Bu iki koşuldan hiçbirinin gerçekleşmemesi halinde, iddia sahibi başvuru, kişisel alanına nüfuz eden ve onu doğrudan etkileyen bir ihmalin ve tehdidin olmadığı sonucuna ulaşmak kaçınılmazdır**”²⁴.*

Görüldüğü gibi Mahkeme bu kararda potansiyel bir mağduriyetten söz edilebilmesi için “somut bir olaya dayanmayı” ve bu olay bağlamında “bir ihlal tehdidi altına olduğunu inandırıcı bir şekilde açıklanmasını” aramaktadır. Anayasa Mahkemesi, Liberal Demokrat Parti Kararında, AIHM kararlarına da gönderme yaparak, potansiyel mağdur kavramı ile halk davası ayırımını net bir şekilde ortaya koymuştur:

*“Kendilerinin belirli bir işlemde **doğrudan etkilenme tehdidiyle ya da tehlikesiyle karşı karşıya olduklarını ve dolayısıyla potansiyel olarak mağdur olduklarını iddia eden başvuru ile yalnızca ulusal hukukları değiştirmeyi veya toplumun menfaatinin korunmasını amaçlayan başvurular arasında dikkatli bir ayırım***

23 AYM, İkinci Bölüm Kararı, Ayşe Hülya Potur Başvurusu, BN: 2013/8479, KT: 6/2/2014, p.18.

24 AYM, İkinci Bölüm Kararı, Ayşe Hülya Potur Başvurusu, p.23.

yapılmalıdır. Bu son bahsedilen türdeki ve içtihatla “halk davası” (actio popularis) olarak isimlendirilen başvurulara bireysel başvuru hakkı tanınmamıştır (bkz. *Klass ve Diğerleri/Almanya*, B.No: 5029/71, 6/9/1978, §33; *Altuğ Taner Akçam/Türkiye*, B.No: 27520/07, 25/10/2011, §66). Dolayısıyla bireylerin, kendi bireysel hakkının ihlal edildiğini ileri sürmeksizin toplumun menfaatlerinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakkı bulunmamaktadır²⁵.

Anayasa Mahkemesi'nin doğrudan yasama işlemine karşı başvuru yapılıp yapılamayacağına yönelik ilk incelemelerinden biri “Büyük Birlik Partisi ve Diğerleri” başvurusudur. Başvurucu partiler, 12/6/2011 tarihinde yapılan 24. Dönem Milletvekili Genel Seçimine katılan ve ulusal seçim barajının altında oy alan partilerdir²⁶. Bu başvuruda, Başvurucular, 10/6/1983 tarih ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 33. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Genel seçimlerde ülke genelinde, ara seçimlerde seçim yapılan çevrelerin tümünde, geçerli oyların %10'unu geçmeyen partiler milletvekili çıkaramazlar.” hükmünün anayasal haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüştür²⁷. Başvurucu partiler, 2015 yılında yapılacak milletvekili genel seçimlerinde söz konusu seçim barajının “potansiyel mağduru” olacaklarından bahisle bireysel başvuruda bulunmuşlar ve anılan hükmün Genel Kurula sevki ile iptal edilmesi talebinde bulunmuşlardır²⁸. Dolayısıyla başvurucular doğrudan 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 33. maddesinin birinci fıkrasının, potansiyel mağduriyet yarattığını ve yasanın Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüş olmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu olayda, yasanın uygulanmadığını ileri sürerek başvuruyu reddetmiştir²⁹:

25 AYM, İkinci Bölüm Kararı, Liberal Demokrat Parti Başvurusu, BN:2014/11268, KT: 23/7/2014, p.18.

26 Yüksek Seçim Kurulunun (YSK), 12/6/2011 tarihinde yapılan 24. Dönem Milletvekili Genel Seçiminde, Büyük Birlik Partisinin % 0,75 oranında, Saadet Partisinin % 1,27 oranında ve diğer başvuru partisi olan Demokratik Sol Partinin (DSP) de % 0,25 oranında oy aldığına ilişkin 1070 sayılı kararı, 23/6/2011 tarih ve 27973 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bk. AYM, Genel Kurul Kararı, Büyük Birik Partisi ve Diğerleri Başvurusu, BN: 2014/8842, KT: 6/1/2015, p.10.

27 AYM, Genel Kurul Kararı, Büyük Birik Partisi ve Diğerleri Başvurusu, BN: 2014/8842, KT:6/1/2015, p.1.

28 AYM, Genel Kurul Kararı, Büyük Birik Partisi ve Diğerleri Başvurusu, p.14.,18.

29 Çoğunluğun bu görüşüne katılmayan Başkanvekili Alpaslan Altan, bu olayda yasanın doğrudan uygulandığı ve kesin olarak uygulanacağı açık olduğundan mağduriyet şartının yerine gediği görüşündedir: “Somut olayda başvuru partiler, 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

“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 yapılabilecektir. Diğer bir deyişle bir yasama işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamaz”³⁰.

Görüldüğü gibi yasanın doğrudan uygulanması durumunda ortaya çıkan hak ihlalleri karşısında, başvurunun kabul edilip edilmeyeceği yönünde çekingen bir tavır sergilenirken, daha sonra benzer bir konuda Mahkeme yasanın doğrudan uygulanması sonucu hak ihlali gündeme geldiğinde bu başvuruları inceleyeceğini ortaya koymuştur. Mahkeme, **yasama işlemi veya düzenleyici işlemin bizzat varlığının, somut bir olay bağlamında başvurucunun haklarını ihlal etmesi ya da ihlal tehlikesinin açık ve yakın olduğunun inandırıcı bir şekilde ortaya konulması halinde** potansiyel mağdurluğu kabul edileceğini ortaya koymuştur. Aslında bir önceki kararda, Mahkemenin bir sonraki benzer başvuruda yaptığı gibi potansiyel mağdur kavramından değil, seçim barajının serbest seçim hakkının konusuna girmediği şeklindeki AİHM içtihadından yola çıkarak karar verebilirdi.

Mahkemenin somut olarak bir yasanın doğrudan uygulanmasının potansiyel mağduriyet oluşturabileceği yönündeki incelemesi, “Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi” Kararıdır. Bu Kararda, yasanın varlığının potansiyel mağduriyet oluşturabileceğini kabul etmiş, ancak somut olayda esas yönünden yaptığı değerlendirmede ihlal kararı vermemiştir. Başvurucular, 2820 sayılı Kanun’un ek 1. maddesinin birinci fıkrasının 2015 yılında yapılacak seçimlerde uygulanması kuvvetle muhtemel olduğundan bu işlemde potansiyel mağdur olarak etkilendiklerini belirterek, haklarının ihlal edildiğini ve devlet yardımı yapılmasına ilişkin anılan hükmün iptal edilmesi için başvurunun Anayasa Mahkemesi Genel Kuruluna sevk

işlemine karşı bireysel başvuru yapılmıştır. 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”. AYM, Genel Kurul Kararı, Büyük Birik Partisi ve Diğerleri Başvurusu, Alpaslan Altan Karşı Oy Gerektirir, p.11.

30 AYM, Genel Kurul Kararı, Büyük Birik Partisi ve Diğerleri Başvurusu, p.26.

edilmesi talebinde bulunmuşlardır³¹. Anayasa Mahkemesi, başvurucuların “kendilerine uygulanması muhtemel bir yasama işlemine karşı başvuruda bulunan başvurucuların bireysel başvuru anlamında mağdur olup olmadıklarının ön mesele olarak incelenmesi gerekir” diyerek³², yasanın varlığından kaynaklı potansiyel mağduriyetin varlığını kabul ederken, somut olay bağlamında bu durumun olup olmadığını tespit etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, yasadaki kaynaklanan potansiyel mağdurluk için “yasanın uygulanma ihtimalinin” yeterli olmadığı, “kesin olarak uygulanacağını” gösterilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Somut olayda başvuru tarihinde ihtimal üzerine başvuru yapıldığını ifade ederek mağduriyet şartının oluşmadığına karar vermiştir:

“Başvuru konusu olayda başvurucu siyasi partiler, 2011 Milletvekili Genel Seçimi sonuçlarına bakarak 2015 genel seçimlerinde %3'lük devlet yardımı için gerekli oy oranına ulaşamama ihtimali üzerine bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Bu kapsamda başvurucular kendilerine uygulanması muhtemel yasama işleminin hak ihlaline yol açacağını ileri sürmüşlerdir. Dolayısıyla başvuru, 2015 Milletvekili Genel Seçimleri sonucuna ilişkin ihtimallere dayanmaktadır. Bu durumda başvuru tarihi itibarıyla başvuruculara 2820 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin uygulanmasının kesin olduğunu söylemek mümkün değildir. Sonuç olarak başvurucuların başvuru tarihinde «mağdur» oldukları söylenemez”³³.

Ancak, Anayasa Mahkemesi başvurunun inceleme tarihinde iki seçim yapıldığı ve bu yasanın uygulanmasının bir ihtimal olmaktan çıkarak kesinleştiğini ifade ederek, **yasanın doğrudan uygulanması sonucu mağduriyet gerçekleştiğini kabul ederek** başvuruyu incelemiştir:

*“Öte yandan başvurunun incelendiği tarih itibarıyla 2015 yılında iki ayrı milletvekili genel seçimi yapılmış, her iki seçimde de başvurucu siyasi partiler %3 oy oranına ulaşamamışlardır. Başvuru konusu olay bu açıdan değerlendirildiğinde **söz konusu hükmün başvurucular aleyhine bir sonuç doğurduğu** ve bu nedenle başvurucu siyasi partilerin devlet yardımından yararlanamayacakları açıktır. Bu durumda başvurunun inceleme tarihi gözetildiğinde başvurucuların “mağdur” statüsü kapsamında değerlendirilmesi gerekir”³⁴.*

Anayasa Mahkemesi, yasama veya düzenleyici idari işlemin

31 AYM, Genel Kurul Kararı, Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi Başvurusu, BN: 2014/8843, KT: 10/12/2015, p.19-20.

32 AYM, Genel Kurul Kararı, Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi Başvurusu, p.25.

33 AYM, Genel Kurul Kararı, Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi Başvurusu, p.31.

34 AYM, Genel Kurul Kararı, Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi Başvurusu, p.32.

uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı başvuru yapılabileceğinin altını çizdikten sonra, somut olayda **“yasanın örtülü uygulanması”**ndan söz etmektedir:

“24. Dönem Milletvekili Genel Seçimleri’nde %3’lük barajın altında kalarak devlet yardımından faydalanamayan başvuruların iddialarının -başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla- doğrudan yasama işlemine değil, yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki örtülü işleme karşı olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başvuruların bireysel başvuru anlamında mağdurluk statülerinin bulunduğu kabulü gerekir”³⁵.

Anayasa Mahkemesi **“yasanın doğrudan uygulanması”** söz konusu olduğunda ve bu uygulamanın kesin bir şekilde bir mağduriyet doğuracağına ispat edilmesi halinde potansiyel mağdur sayarak, başvuruyu kabul edeceğini ortaya koymuştur. Dolayısıyla doğrudan sonuç doğuran kanun hükümlerinden dolayı ilgililerin temel hakları ihlal edilmiş ise ikinci bir **“uygulama işlemi”** aranmayabilir. Bu olayda da görüldüğü gibi doğrudan yasanın uygulanmasından kaynaklı ihlallerde inceleme **“itiraz davasına”** benzer bir nitelik almaktadır. Mahkeme, **“olay üzerinden norm denetimine”** geçmektedir. Bu durumda yasanın varlığının Anayasaya uygun olup olmadığını incelemektedir. Nitekim bu olayda, Mahkeme esas yönünden yaptığı incelemede, 2820 sayılı Kanun’un ek 1. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa’nın **“Seçme, seçilme ve siyasî faaliyette bulunma hakları”** başlıklı 67. maddesinin birinci fıkrası yönünden incelemiştir. Kanunun öngördüğü %3 lük oranın seçme ve seçilme hakkına yönelik bir müdahale oluşturduğunu kabul ettikten sonra, bu müdahalenin ölçüsüz olmadığına hükmederek yasanın ilgili hükmünün 67. Maddeye aykırı olmadığı sonucuna varmıştır³⁶.

Bu olayda görüldüğü gibi yasanın varlığının açık bir mağduriyete sebep olduğu durumlarda, artık denetim norm denetimine dönmektedir. Mahkeme bu olayda, yasanın ilgili hükmünü **anayasaya uygun yorum yöntemiyle** yorumlayarak ihlal tespit etmemiştir. Ancak tersi bir sonuca ulaşmış olsaydı, bu durumda yasanın ilgili hükmünün anayasadaki bir hakkı ihlal ettiğini tespit edecek, ancak kanunun ilgili hükmünü iptal etmeyecek, somut olayda uygulamayarak **“yasanın ihmal edilmesini”** sağlayacaktı. Bu durum Youtube Kararında gerçekleşmiş, siteye tümünden engelleme imkânı

35 AYM, Genel Kurul Kararı, Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi Başvurusu, p.36.

36 AYM, Genel Kurul Kararı, Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi Başvurusu, p.55-56.

sunan yasanın yeterince açık olmadığı ve kanunilik şartını yerine getirmediği ifade edilerek ifade özgürlüğünün ihlaline karar vermiştir:

“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”³⁷.

Görüldüğü gibi olayda 5651 sayılı Yasa’nın 8. maddesinin 1/b bendinin (4) numaralı fıkrasının yeterince açık ve belirgin olmadığından kanunilik ilkesine aykırı olduğuna ve Anayasa’nın 26. Maddesi ve 13. Maddeye aykırı olduğu tespit edilmiş olmaktadır. Ancak bu fıkra iptal edilmemekte, ihlal tespit edilerek bir ilgili fıkra zımnen ilga edilmiş olmaktadır. Dolayısıyla, bireysel başvuru kapsamında iptal yoluna başvurulmaması aslında olumsuz bir sonuç doğurmadığı gibi ihlal tespitinin daha hızlı bir şekilde verilerek daha çabuk sonuç alınması sağlanmaktadır.

Yukarıdaki kararlarda dikkati çeken bir hususta, başvuruçuların yasanın Anayasaya aykırı olduğu ve aykırılığın itiraz davası yoluyla Genel Kurulca belirlenmesi talebinin hiç değerlendirilmemiş olmasıdır. Gerçi bu olay özelinde yapılan tam da bir itiraz yoluyla yasanın incelenmesi olmuştur. Çünkü incelemeyi Genel Kurul yapmış ve yasanın Anayasaya uygunluğunu incelemiştir. Bu örnekten hareket edildiğinde pratikte, Mahkeme farklı bir usulle de olsa itiraz davası niteliğinde inceleme yapmaktadır. Ancak sonucu itibarıyla kanunu iptal etmemekte, kanunun ihmal edilmesini sağlamaktadır.

Olay temelli denetimin bir başka özelliği, **“somut olayın koşulları”** temelinde Anayasanın yorumlanması ve uygulanması söz konusudur³⁸. Yorum, sadece norm metni açık olmadığı için değil, somut bir olaya

37 AYM, Genel Kurul, Youtube Llc Corporation Service Company Ve Diğerleri Başvurusu, BN. 2014/4705, KT. 29/5/2014, p.64.

38 Olay temelli denetimin niteliğinden kaynaklanan bu yöntem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da sıklıkla kullanılmaktadır. Mahkeme, somut olayın koşulları bağlamında Sözleşmenin yorumlanması anlayışını benimsemiştir. Mahkeme’nin bir çok kararına yansıyan bu görüşe göre *“Mahkeme bu denetim yetkisini kullanırken şikâyet konusu müdahaleyi, başvuruçunun aleyhine görülen ifadelerin içeriği ile bu ifadelerin yapıldığı bağlam da dâhil, olayın bütünlüğü içinde incelenmelidir”*. Bk. Zana – Türkiye, p. 51.

uygulanmak zorunda olduğu için de gereklidir. Soyut olarak norm metni açık olsa bile, her hangi bir olaya uygulanacağı zaman yeniden anlamlandırmak ihtiyacı doğar. Norm, genel ve soyut karakteri ile ancak “sosyal gerçeklikle” her yüzleştğinde gerçek anlamına ulaşabilir. Bu nedenle yorum sadece norm metnini anlama tekniğine indirgenemez³⁹.

Bireysel başvuruda olay temelli denetim yapılarak, sosyal gerçeklikler ışığında somut olayın koşulları temelinde anayasa yorumlanmaktadır. Bu durumda somut olay bağlamında, hukuksal uyumsuzluğa “**anayasanın doğrudan uygulanması**” söz konusudur. Mahkeme derece mahkemelerinin olaya özgü yorumunu tek başına yeterli görmemekte, kendisi doğrudan anayasa hükümlerini olaya uygulamaktadır. Mahkeme her ne kadar bireysel başvuruda kendisini derece mahkemelerinin yerine koymayacağını söylese de incelemenin niteliği gereği kaçınılmaz olarak bunu yapmaktadır. Bekir Coşkun kararında, ilk derece mahkemesinin ifade özgürlüğüne ilişkin yorumunu değerlendirme için yeterli görmemiş, kendisi doğrudan ifade özgürlüğüne ilişkin değerlendirmeyi olaya uygulamıştır. Mahkeme kararda şöyle demektedir:

“Bireysel başvurularda, tek başlarına derece mahkemelerince verilen kararların ele alınması ile yetinilemez. İlk olarak başvurucu tarafından söylenen sözlerin somut olarak bir milletvekiline karşı söylenmediği göz önünde bulundurulmalıdır. İkinci olarak ise yargılamaya konu “Kırmızıyı görünce saldırıyor”, “Möölletvekili” şeklindeki ifadelerin içinde geçtiği yazının bütünü ile birlikte ve bunların söylendikleri bağlamından kopartılmaksızın, olayın bütünselliği içerisinde değerlendirilmesi gerekir (Nilgün Halloran, § 52)⁴⁰.

Mahkeme, Anayasa’nın ilgili hükmünü yorumlarken, “**somut olayın koşulları**”kriterini çok sık kullanmaktadır. Burada aslında somut olayın koşullarında temel hak normunun norm alanını yeniden çizmektedir. Mahkemenin konuya ilişkin genel yaklaşımı şöyledir:

“Bir davranışın herhangi bir din veya inancın açığa vurulabilir nitelikte bir yönünü oluşturup oluşturmadığının tam anlamıyla ortaya konulmasında karşılaşılan güçlüklerin üstesinden gelmek için somut olayın koşullarına göre din ve inanç ile açığa vurulan davranış arasında yapısal veya teorik bir bağlantının bulunup

39 Yasemin Işıkaç, Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulanması, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 55.

40 AYM, Genel Kurul, Bekir Coşkun Başvurusu, p. 62.

bulunmadığı, davranışın ortaya çıktığı zaman ve mekân ile bireyin, inancını davranışının nedeni olarak ileri sürüp sürmediği, bu tespit yapılırken göz önünde bulundurulması gereken önemli noktalar⁴¹.

Anayasa Mahkemesi, “**somut olayın koşulları**” ölçütünü bazen benzer olaylarda aynı sonuca ulaşmak için kullanmaktadır. Örneğin sokağa çıkma yasağına karşı yapılan benzer bireysel başvurularda tedbir taleplerine ilişkin somut olayın koşulları değişmediğinden hepsi için aynı yönde karar vermiştir. Hemen hemen tüm kararlarda şu içtihadını tekrarlamıştır:

“Anayasa Mahkemesi, mülki amirler tarafından alınan sokağa çıkma yasağı kararlarına ilişkin başvurular kapsamında anılan kararların yürütmesinin tedbiren durdurulması istemini içeren genel nitelikli talepleri yakın tarihlerde reddetmiştir (*Mehmet Girasun ve Ömer Elçi* [TAK], B. No: 2015/15266, 11/9/2015, § 14; *Meral Danış Beştaş* [TAK], B. No: 2015/19545, 22/12/2015, § 16). **Somut olayın koşulları altında** başvuruçunun sokağa çıkma yasaklarına ilişkin genel nitelikteki tedbir talepleri hakkında anılan kararlardan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır”⁴².

Somut olayın koşullarında Anayasanın yorumlanması, genel yorum yöntemlerinden objektif teleolojik yorumun özel bir görünümü olduğu söylenebilir. Bu yorum yönteminde yasa koyucunun subjektif iradesi değil, Anayasaya somut olayın koşullarında objektif bir anlam verilmeye çalışılmaktadır. Somut olayın koşullarında Anayasanın yorumlanması aynı zamanda statik değil dinamik bir yorum anlayışını gerekli kılmaktadır. Her somut olayda hakkın kullanımına ilişkin yeni durumun hakkın norm alanına girip girmediğinin tespiti gerekmektedir. Yorum sonucunda bu yeni kullanım şekli ya hakkın norm alanına dâhil edilmekte ya da koruma alanı dışında bırakılmaktadır. Bu durumda kanun koyucunun norm metni ile norm alanına ilişkin yaptığı saptamalar ile yorumcunun karar normu ile norm alanına yaptığı eklemeler arasında bir çatışma söz konusu olabilir. Bu noktada hangi iradeye üstünlük tanınacak, “norm metni” ile “karar normu” arasındaki ilişki nasıl kurulacak soruları ile karşı karşıya kalınmaktadır. Bu durum özelde yorumun sınırları daha genel anlamda ise anayasal denetimin sınırları sorununu gündeme getirmektedir.

41 AYM, Genel Kurul Kararı, Tuğba Arslan Başvurusu, p.67.

42 AYM, Birinci Bölüm, Tedbire İlişkin Ara Karar, Veysel Kesen ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2016/3745, Karar Tarihi: 29/2/2016, p.30.

Yorumun sınırlarına ilişkin tartışmada, klasik yorum teorisi ile realist yorum teorisi iki farklı tezi gündeme getirmektedir. Klasik yorum teorisine göre hâkimin görevi sadece kanunu uygulamaktır. Hâkim, normun objektif nitelik taşıyan gerçek anlamının araştırılıp ortaya çıkarılır; metne keyfi eklemeler yapamaz. Bu öğretilerde hâkimin yorum yapması, hukuk yaratmak olarak görülmez. Klasik teoride kanunun sözleri açık değilse yorum yapılır. Açık, anlaşılır ve kesin nitelikteki hukuk kuralları yorumlanmaz⁴³. Buna karşın, realist yorum teorisine göre gerçek kanun koyucu, metnin yazarı değil, yorumcusudur. Bu anlayışta norm kanunun metni değil, metnin anlamıdır. Realist teoriye göre, her hukuk kuralının uygulanmasında yorum kaçınılmazdır. Bir hukuk metni birden fazla anlam taşıyabilir. Yorum, metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimdir. Yorum, yorumcunun serbest iradesine bağlı bir norm tercihini içerir⁴⁴. Dolayısıyla, klasik yaklaşım esas alınır, “norm metnine” ve “normu koyan iradeye” bağlı kalınması; realist yaklaşım esas alındığında, “norm alanına” ve “yorumcunun iradesine” öncelik verilmesi gerekir.

Birinci yaklaşım yorumun ve yorumcunun işlevini daraltırken; ikinci yaklaşım yorumcuyu eş yasayıcı konumuna yükseltmektedir. Realist yorum teorisine göre, yorum bir bilme işlemi değil bir irade işlemidir. Norm metni normu yapanın iradesi ile değil, yorum yoluyla anlam bularak norma dönüşmektedir. Klasik yaklaşımı en iyi ifade eden söz olarak Montesquieu'nün, “yargıç yasanın sözlerini telaffuz eden bir ağızdan ibarettir” sözüne atıf yapılır⁴⁵. Realist yaklaşımı temsil eden, Hans Kelsen'in ya da Michel Troper', yorumcuyu “eş yasayıcı” olarak görmektedir⁴⁶. Bugün uygulamada her iki yaklaşımın da, normun niteliğine, olayın özelliklerine ve yorumcunun yetkilerine bağlı olarak kullanıldığını söyleyebiliriz⁴⁷. Nitekim

43 Hukuk normlarının yorum hakkında bk. Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, s.149-160.

44 Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, s. 161-192.

45 Paulus, “Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Bakış Açısından Anayasanın Yorumlanması”, s. 24.

46 Benzer görüş daha çarpıcı olarak, Charles Eisenmann tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “Bir işlemin yapılması sürecine kesin bir şekilde katılan her otorite, diğer bir ifadeyle, işlemin oluşumu için rızası kaçınılmaz olan her otorite, o işlemin yapıcısı veya ortak yapıcısı (auteur ou co-auteur) dir.” Bk. Gözler, a.g.e., s. 198.

47 Paulus, yargıcın anayasanın yorumlanmasındaki rolünü değerlendirirken konuya ilişkin şu açıklamada bulunmaktadır: “Bu nedenle, ben demokrasilerde anayasa yargıcının her ikisini de yapabilmesi gerektiği kanaatindeyim: hem orijinal metnin tarihsel bağlamındaki anlamını kavramaya çalışmalı hem de söz konusu davanın mevcut bağlamını dikkate almalıdır; mevcut

Türk Anayasa Mahkemesi de anayasanın yorumunda klasik yorum teorisine uygun yorumlar yaptığı gibi realist yorum teorisi çerçevesinde kendisini “eş yasayıcı” olarak da görmektedir⁴⁸.

B. Anayasaya Özgü Yorum İlkeleri Bakımından Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi

Hukuki yorum, belli yöntem ve araçlar kullanarak, bir hukuk kuralının anlamını ortaya çıkarma ve kuralda var olan belirsizliği gidermektir. Hukuki yorumu ortaya çıkaran ve hukuk kurallarında var olan belirsizliğin üç kaynağı olduğu söylenebilir: Normu koyan iradedeki belirsizlik, norm metnindeki belirsizlik ve normun koruduğu hukuksal değerdeki belirsizliktir⁴⁹. Bu açıdan anayasa normları, hem kurucu irade, hem normların yapısı hem de koruduğu değerler bakımından çok daha fazla belirsizlik içermektedir. Anayasalar “doğrudan uygulanabilir” normlar yerine, çoğunlukla genel ve soyut “ilke normlar” barındırır. Bu, anayasanın “istikrarının” ve uygulamada “esnekliğin” sağlanması amacıyla bilinçli bir tercihi yansıtır.

Anayasa normlarının anayasa-altı normlara göre yorumlanmasında zorluklar olduğu gibi, anayasal normların kendi içinde de nitelik farklılığı bulunmaktadır. Demokrasi, hukuk devleti, laiklik, insan hakları gibi “anayasal ilkeler” doğrudan uygulanabilir nitelikte normlar değildir. Bu ilkeler en geniş anlamda yoruma muhtaçtır. Ancak bu ilkeler temel haklarının yorumlanmasında destek ölçü norm görevi görmektedir. Bazı anayasa normları, seçme ve seçilmenin koşulları, anayasal kurumların üye yapısı ve görev süreleri gibi doğrudan uygulanabilir hükümler içermektedir.

durumu geçmişte yürürlüğe konmuş anayasal ilkeler ışığında incelemesi gerekir”. Paulus, “Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Bakış Açısından Anayasanın Yorumlanması”, s.27.

48 Bu konuda Anayasanın, “yürürlüğü durdurma” kararı tipik örnektir: “Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Yasa’da da bu konuda herhangi bir kural bulunmamaktadır. Bu durumda Anayasa Mahkemesi’nin uygulamayı durdurma yetkisi konusunda yazılı kurallarda bir boşluk olduğu açıktır. Yasalarda açık hükümler bulunmaması durumunda yargıcın hukuk yaratabileceği, çağdaş hukuk sistemlerinde benimsenen bir görüştür... Anayasa Mahkemesi yazılı kurallarda düzenleme bulunmasa bile, Anayasa’yı yorumlama işlevini anayasal yargı denetiminin isterlerine uygun olarak kullanıp uygulamayı durdurma kararı vermek yükümlülüğündedir.” (E.1993/33, : 1993/40-2, Kt. 21.10.1993).

49 Yorumu gerektiren nedenlere ilişkin yapılmış sınıflandırmalar hakkında bk. Bertil Emrah Oder, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 5-7.; Yasemin Işıkaç, Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulanması, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 29-31.

Ancak bu hükümlerin doğrudan olaylara uygulanması her olayda yeniden yorumu gerektirmektedir. Anayasalarda yer alan temel hak normlarının her birinin de kendine özgü bir norm yapısı bulunmaktadır⁵⁰. Yorumda hakların her birinin niteliği önem taşıdığı gibi haklar arasındaki ilişkiler ve haklara ilişkin genel güvenceler yorumu etkilemektedir. Anayasaların ve anayasa normlarının kendine özgü yapısı, anayasanın yorumunda da genel yorum yöntemleri yanında bazı özel yorum ilkelerini doğurmaktadır.

Temel hak normlarının yorumunda, yorumun işlevi konusunda farklı yaklaşımlar⁵¹ olsa da, yorumun hukukiliği yorum yöntemleri, ilkeleri ve araçlarına uygunluk ile ölçülmektedir. Günümüzde hem teori hem de uygulamada benimsenmiş ortak yorum yöntemleri ve araçları olduğu kabul edilir. Geleneksel yorum yöntemleri, genel olarak, Prusyalı hukuk tarihçisi Carl-Friedrich v. Savigny'nin öğretilerine dayandırılır. Klasik yorum yöntemleri; sözel (lafzi, deyimsel gramatikal), tarihsel (genetik), sistematik (mantıki) ve amaçsal (gai, teleolojik) yorum yöntemleridir. Benzer şekilde

50 Günümüzde temel hakların norm yapısının analizinde "norm alanı" teorisinden yararlanılmaktadır. Bu teorisinin önemli isimlerinden Alman hukukçulardan Friedrich Müller'e göre, temel hak normu; norm metni, norm programı ve norm alanından oluşur. Norm metni ve norm programı normun "normatif yapısını", norm alanı ise belli bir sosyal düzende normun "geçerlilik muhtevasını" oluşturur. Normun geçerlilik muhtevası belirlenirken, normun sosyal düzende kapsadığı eylem biçimlerinin norm alanı ile "nesnel ve spesifik" ilişki içinde olması aranmaktadır. Normla bağlantılı nesnel ve spesifik ilişkinin tespitinde öncelikle norm metni ve norm programı yorumlanmakta ve kuralın içerdiği anlam veya anlamlar ortaya çıkarılmaktadır. Sosyal gerçeklik kapsamında norm metninin her bir yorumlanması sonrası seçilen anlam "karar normu" olarak "norm alanına" dâhil edilmektedir. Böylece norm metninden hareketle oluşan karar normları ile normun "nesnel sınırlarını" gösteren norm alanına ulaşılmaktadır. Müller'e ait olan bu yaklaşımda sosyal gerçeklikteki "olanın" bir kesiti, "olması gerekeni" gösteren norm metninin bir parçası haline getirilerek, norm alanı somutlaştırılmaya çalışılmaktadır. Müller'in "norm alanı hipotezi" hakkında bk. Işıktaç, a.g.e., s.56-57; Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 47-52.

51 Yorumun sınırlarına ilişkin tartışmada, klasik yorum teorisi ile realist yorum teorisi iki farklı tezi gündeme getirmektedir. Klasik yorum teorisine göre hâkimin görevi sadece kanunu uygulamaktır. Hâkim, normun objektif nitelik taşıyan gerçek anlamının araştırılıp ortaya çıkarır; metne keyfi eklemeler yapamaz. Bu öğretide hâkimin yorum yapması, hukuk yaratmak olarak görülmez. Klasik teoride kanunun sözleri açık değilse yorum yapılır. Açık, anlaşılır ve kesin nitelikteki hukuk kuralları yorumlanmaz. Buna karşın, realist yorum teorisine göre gerçek kanun koyucu, metnin yazarı değil, yorumcusudur. Bu anlayışta norm kanunun metni değil, metnin anlamıdır. Realist teoriye göre, her hukuk kuralının uygulanmasında yorum kaçınılmazdır. Bir hukuk metni birden fazla anlam taşıyabilir. Yorum, metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimdir. Yorum, yorumcunun serbest iradesine bağlı bir norm tercihini içerir. Dolayısıyla, klasik yaklaşım esas alınrsa, "norm metnine" ve "normu koyan iradeye" bağlı kalınması; realist yaklaşım esas alındığında, "norm alanına" ve "yorumcunun iradesine" öncelik verilmesi gerekir. Bk. Kemal Gözler, Hukukun Genel Teorisine Giriş, AS-A Yayıncılık, Ankara, 1998, s. 161-192.

yorumda geçerli genel mantık kuralları olarak; karşıt kanıt argümanı (argumentum a contrario), kıyas (analoji), evleviyet argümanı (argumentum a fortiori), abesle iştigal argümanı (argumentum ad absurdum), bütünlük argümanı (argumentum a completudine), tutarlılık argümanı (argumentum a cohaerentia) yorumda kanıtlama araçları olarak kullanılır⁵².

Anayasanın yorumunda geleneksel yorum yöntemleri yanında, bu yöntemlerin anayasaya özgü görünümlelerinden söz etmek mümkündür. Anayasanın yorumunda klasik yorum yöntemleri, Anayasal denetimin türüne ve normlarının niteliği göre farklılaşan özel yorum ilkeleri doğurmuştur⁵³. Bireysel başvuru yolunun niteliğine bağlı olarak Anayasanın yorumunda ve özellikle temel hak normları açısından öne çıkan yorum ilkeleri arasında; anayasaya uygun yorum, özerk yorum, dinamik yorum, anayasanın bütünlüğü, pratik uyuşum ilkesi, özgürlük lehine yorum, uluslararası hukuku uygun yorum ilkelerinden söz edilebilir.

Çalışmanın bu bölümünde, bireysel başvuru kararlarında denetimin niteliğinden kaynaklanan bazı yorum yöntemleri üzerinden kararlar değerlendirilecektir. Bu yorum yöntemlerini bireysel başvurular açısından ne gibi özellikler taşıdığı üzerinde durulurken, Mahkemenin bu yöntemlere ilişkin uygulamaları ele alınacaktır.

1. Anayasaya Uygun Yorum İlkesi Açısından Değerlendirme

Anayasaya uygun yorum, bir kanunun ilgili hükmünü iptal etmeden, anayasaya uygun bir anlam vererek, uygulamada kalmasının sağlanmasıdır. Alman Anayasa Mahkemesi'nin de kullandığı bu yöntemde, anayasa hükmüne birden fazla anlam verilebiliyorsa bu anlamlardan en azından birisi ile anayasa uygun bir netice ortaya çıkıyorsa, söz konusu hükmün anayasa uygun şekilde yorumlanması gereklidir⁵⁴. Anayasa Mahkemesi iptal ve itiraz davası kapsamında, denetlediği kanunu, belli bir yorum kaydıyla anayasaya uygun bulup başvurunun veya itirazın reddine karar vermektedir. Anayasa Mahkemesinin Anayasaya uygun bulduğu yorum ile kanunun uygulanması sağlanmaktadır.

52 Andreas L. Paulus, "Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Bakış Açısından Anayasanın Yorumlanması", *Anayasa Yargısı*, 30 (2013), s.29; Oder, a.g.e., s. 19-21.

53 Benzer görüş için bk. Paulus, a.g.m. s.30.

54 Paulus, a.g.m., s.32.

Anayasaya Mahkemesi, anayasaya uygun yorum ilkesini, hem 1961 hem de 1982 Anayasası döneminde, iptal ve itiraz davası kapsamında uygulamıştır. Mahkeme, bu yorum ilkesinin kaynağı olarak Anayasayı 11. Maddesindeki Anayasanın “bağlayıcılığı ve üstünlüğü” ilkesine dayanmaktadır. Mahkemeye göre, “İtiraz konusu yasa kuralının yorumunda, bütün yasa kurallarının yorumunda olduğu gibi, Anayasa’nın 8. Maddesinde belirtilen Anayasa’nın üstünlüğü ilkesinin uygulanması (...) gerekir”⁵⁵. Anayasa Mahkemesine göre, anayasaya uygun yorum “bir yasa hükmünün değişik yorumlara açık bulunması halinde **Anayasa’yla bağdaşan ihtimale öncelik tanımaktır**”⁵⁶.

Anayasaya uygun yorum yöntemi, Mahkemenin kararının gerekçesini bağlayıcı sayılmasını gerektirdiğinden bu durum yasama organı ile Anayasa Mahkemesi arasında gerginliklere kaynaklık teşkil edebildiği gibi diğer yargı organları ile de gerileme sebep olabilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 1987 tarihli bir kararında, “Az da olsa kimi yargı yerleri Anayasa Mahkemesinin yorumu ile kendilerini bağlı saymamakta ve dolayısıyla Anayasa’ya aykırı yorumların sürüp gitmesine ve değişik uygulamalara neden olmaktadırlar. Şu kadar ki, Anayasa Mahkemesi, bir yasanın Anayasa’ya uygunluk denetimini, bu yasanın ne yolda uygulandığına bakarak yapmak durumunda değildir” demiştir⁵⁷.

Yasama organı ile bu gerginliğin yaşandığı en önemli örnek Türk hukuk doktrininde “yorumlu ret kararı” olarak nitelen, “Türban Kararı”dır. Mahkeme bu kararında Yüksek Öğretim Kanunu ek 17. maddesinde yer alan “Yürürlükteki kanunlara aykırı olmama” ifadesini yorumlayarak ilgili hükmü iptal etmemiştir. Yasa koyucunun başörtüsü yasağını kaldırmak amacıyla getirdiği düzenlemeye, yeni bir anlam katarak, bu düzenlemenin üniversitelerde başörtüsü serbestisi getirdiği şekilde yorumlanamaz demiştir. İlgili hükmün metnin de yer almayan bir yasağı yorumlu red kararının gerekçesine yerleştiren Mahkeme “dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması durumunu, kılık-kıyafet serbestisi kapsamı dışında” kaldığını ifade etmiştir⁵⁸. Tali kurucu iktidar yetkisine dayanarak yasama organı bu yorumu benimsememiş ve bunu etkisiz kılmak için, Anayasa değişikliği yapmıştır.

55 AYM, E.1968/38, K.1969/34.

56 AYM, E.1986/24, K.1987/8, Kt. 31.03.1987.

57 AYM, E. 1986/19, K.1987/3, Kt. 27.1.1987.

58 AYM, E.1990/36, K.1991/8, Kt.9.4.1991.

Bu örnekte görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, önce kendi anlayışına göre Anayasayı yorumlamakta, daha sonra kendi yorumuna uygun olarak yasaya anlam vermektedir. Anayasa Mahkemesinin bu yasakçı yorumunu aşmak üzere Anayasa'nın 10. ve 42. Maddelerinde değişikliğe gidilmiş, Anayasa Mahkemesi bu değişikliği "Laiklik ilkesini" değiştirmek olarak yorumlayarak, Anayasa değişikliğini iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu direnci, 2010 Anayasa değişikliği ile Mahkeme'nin yapısının ve yetkilerinin yeniden ele alınması ile sonuçlanmıştır.

Bu örnek aslında anayasaya uygun yorum yönteminin, ortaya çıkarabileceği sakıncaları görmek bakımından önemlidir. Bu yöntem kapsamında Anayasa Mahkemesi önce Anayasayı yorumlamakta, daha sonra bu yorumu uygun kanuna anlam vermektedir. Böylece hem denetlediği norma hem de uygunluk normunu kendisi yorumlamaktadır. Bu yöntem ile Anayasa Mahkemesi kurucu iktidar ve yasama yetkisine müdahale ederek, kendi yetki alanını genişletebilmektedir. Bu noktada yorumun sınırlarının aşıldığı ve yargısal aktivizme kayıldığı tartışmaları gündeme gelmektedir. Alman öğretisinde Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu sakıncayı gidermek için şu yolu izlediği ifade edilmektedir:

"Federal Anayasa Mahkemesi, anayasa uygun yorum yapılmasına ilişkin sınırların kanunun lafzı ve amacı ile belirlendiğini kabul ederek, bu riski önlemeyi amaçlar. Bu çerçevede, kanunun lafzıyla uyumlu kalınmayacak normun bir yorumuna, anayasaya uygun yorum yöntemiyle de ulaşılması mümkün değildir. Aynı şekilde, kanununun sarih amacına açık şekilde aykırı olan normun bir yorumu da söz konusu değildir. Norma, normun kendisinin sağlam bir dayanak oluşturmadığı bir anlamın yüklenmemesi için anayasa ile uyumlu yorumlama yöntemine başvurulur"⁵⁹.

Bireysel başvuru niteliği gereği, kanunları iptal etmeden, uygulama işlemlerine yönelik bir incelemeyi gerektirmektedir. Bu kapsamda, anayasaya aykırı yorum ve uygulamalar giderilmeye çalışılmaktadır. Yasanın anayasaya aykırı uygulamalarının ortadan kaldırılması, yasanın anayasaya uygun yorumunu ortaya koymaktadır. Yasanın idari ve yargı yollarında anayasaya aykırı yorumları tespit edilerek, sonuçları ortadan kaldırılmaktadır. Netice itibarıyla, ilgili yasa iptal edilmemekte, kanun yollarında ortaya çıkan anayasaya aykırı yorumları giderilmektedir. İdari ve yargısal organlar

59 Paulus, a.g.m., s. 33.

bir süre sonra Anayasaya uygun yorumu kendi kararlarında kullanmaya başlamaktadır.

Bu yönde verilebilecek en somut örnek, Anayasa Mahkemesi'nin "tutukluluk süresine" ilişkin içtihadıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 102. Maddesinin 2. Fıkrasına göre '*Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçemez.*' Olağan kanun yollarında Mahkemelerin bu hükme ilişkin yorumu, tutukluluk sürelerinin on yıla kadar uzamasına yol açmıştır. Bu yoruma göre "*İşlenen birden fazla suçun her birinin bağımsız nitelikte olduğu, CMK'nın 102. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki sürenin her bir suç için ayrı ayrı değerlendirilmesinin gerektiği, kanun koyucunun amacının da bu yönde olduğu*", şeklindedir⁶⁰.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasını "kanuni tutukluluk süresinin aşıldığına" ilişkin somut olay temelinde değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında öncelikle "*Kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin sınırlamaların, kanunda belirtilen esas ve usule uygunluğunu sağlama yükümlülüğü ilke olarak idari organlara ve derece mahkemelerine aittir. İdare organları ve mahkemeler esas ve usule ilişkin hukuk kurallarına uymakla yükümlüdürler*" diyerek kuralların doğru yorumlanması görevinin öncelikle idari ve yargısal makamlara ait olduğunun altını çizmektedir⁶¹. Daha sonra Mahkeme, şu değerlendirmeyi yapmıştır:

*"Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin kararlarındaki **kanunun yorumuna** ya da maddi veya hukuki hatalara dair hususlar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Tutukluluk konusundaki kanun hükümlerinin yorumu ve somut olaylara uygulanması da derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır. **Ancak kanun veya Anayasa'ya bariz şekilde aykırı yorumlar** ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik halinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren bu tür kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerekir. Aksinin kabulü bireysel başvurunun getiriliş amacıyla bağdaşmaz. Dolayısıyla incelemenin bu çerçevede yapılması gerekir"*⁶².

60 AYM, İkinci Bölüm Kararı, Burak Döner Başvurusu, BN: 2012/521, KT: 2/7/2013, p.11.

61 AYM, İkinci Bölüm Kararı, Burak Döner Başvurusu, p.43.

62 AYM, İkinci Bölüm Kararı, Burak Döner Başvurusu, p.47.

Kararda da yer aldığı gibi kanun hükümlerinin yorumu ve somut olaylara uygulanmasında ilk derece mahkemelerinin takdir yetkisi olmakla birlikte, hak ve özgürlüklerin ihlaline sebebiyet veren **Anayasaya aykırı yorumlar**, bireysel başvuru kapsamında giderilmektedir. Bu kapsamda Mahkeme somut olayda Anayasanın 19. Maddesinde ifade edilen “makul tutuklama süresine” ilişkin hüküm çerçevesinde, **kanunun bu hükme uygun yorumunu** şu şekilde ortaya koymuştur:

“Bireyler hakkındaki birden fazla suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların bir dosya üzerinden yürütülmesi veya bir dosyada birleştirilmiş olması halinde bu soruşturma ve kovuşturmaların belli bir bütünlük içinde yürütüleceği göz önüne alındığında, uygulanan bir tutuklama tedbirinin soruşturma ve kovuşturmaların tamamı açısından sonuç doğuracağı açıktır. Bu nedenle azami tutukluluk süresinin kişinin yargılandığı dosya kapsamındaki tüm suçlar açısından en fazla beş yıl olması gerektiği anlaşılmaktadır. Tutuklama tedbiri, bir yaptırım olmadığından aynı dosya kapsamındaki her bir suç için azami tutukluluk süresinin ayrı ayrı hesaplanması kabul edilemez.(...)Diğer taraftan, Anayasa’nın 19. maddesinin yedinci fıkrası tutuklulukta makul süreyi güvence altına almıştır. Dolayısıyla kanunla tutukluluk süresi için getirilen üst sınırlar makul sürenin aşılmadığı istisnai durumlar için geçerli olabilir ve hiçbir şekilde kişinin bu süre doluncaya kadar tutulabileceği anlamına gelmez. Aksine, üst sınırın aşılmadığı durumlarda dahi, somut olaylarda tutukluluk makul süreyi aşmışsa, anayasal hakkın ihlal edildiği sonucuna varılacaktır”⁶³.

Anayasa Mahkemesi “tutukluluk süresine” ilişkin somut uygulamayı Anayasa’nın 36. maddesinde adil yargılanma hakkı ve davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasına ilişkin Anayasa’nın 141. Maddesi bağlamında da yorumlamıştır. Mahkeme, “azami sürenin, suç sayısı gerekçesiyle uzatılmasına dair yorumlarla veya gerekçe gösterilmeden genel ifadelerle uzatılması, muhtemel özgürlük ve güvenlik ihlallerine ilave olarak, makul sürede yargılanma hakkı açısından da olası ihlallere zemin hazırlayabilecek niteliktedir” demiştir⁶⁴. Böylece Mahkeme, derece mahkemelerinin kanuni tutukluluk süresinin her suç için ayrı ayrı hesaplanması gerektiği yönündeki yorumunu, Anayasaya aykırı bir yorum bularak, Anayasaya uygun yorumu somut olay temelinde ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesinin benimsediği bu yorum,

63 AYM, İkinci Bölüm Kararı, Burak Döner Başvurusu, p.48-49.

64 AYM, İkinci Bölüm Kararı, Burak Döner Başvurusu, p.50.

bundan sonra derece mahkemeleri bakımından yol gösterici olmuş ve böylece anayasaya aykırı bir uygulamaya son verilmiştir.

Tutukluluk kararlarında gerekçelerde hassasiyet gösterme, Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yorumlarının etkisiyle artmıştır. İlk derece mahkemeleri tutukluluk yerine daha hafif koruma önlemine neden başvurmadıklarını kararlarına yansıtmaya başlamıştır:

“Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sının 13. maddesinde ifade olunun “ölçülülük” ilkesi uyarınca, daha hafif koruma önlemi olan adli kontrol tedbiri uygulamasının bu aşamada soruşturmaya konu suç ve şüpheliler açısından “yetersiz” kalacağı ve amaca hizmet etmeyeceği kanaatine varılarak şüpheliler ve şüpheliler müdafilerinin serbest bırakılma istemlerinin REDDİ ile şüphelilerin üzerlerine atılı suçlarından 5271 sayılı CMK’nın 100 ve devamı maddeleri uyarınca ayrı ayrı TUTUKLANMALARINA [karar verilmiştir.]⁶⁵.T.C. Anayasası’nın 6,9,10, 138 ve 140. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; . fiili durum oluşturarak hiçbir kimsenin mahkeme ve hakimlerin görevlerini yapamaz hale getirme yetki ve salahiyetinin bulunmadığı bilinmesi gereken temel gerçektir”⁶⁶.

Bireysel başvuru kararları niteliği gereği Anayasaya uygun yorumu geçerli kıldığından, bu kararların bağlayıcılığı gerekçesiyle birlikte tüm kamu makamları bakımından açıkça öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 50. Maddesine göre, “Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi halinde **ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere** hükmedilir. Ancak, yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez. (2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir... Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin **ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde** mümkünse dosya üzerinden karar verir”. Bu düzenleme ile bireysel başvuru kararlarının gerekçelerinin de mahkemelerce dikkate alınması gerektiği ve gerekçede belirtilen sonuçları

65 AYM Genel Kurul Kararı, Hikmet Topar ve Diğerleri Başvurusu, BN. 2014/14061, KT. 8/4/2015, p.12.

66 AYM Genel Kurul Kararı, Hikmet Topar ve Diğerleri Başvurusu, p.23.

ortadan kaldırma yükümlüğü getirerek, Anayasa Mahkemesinin otantik yorum yetkisini güçlendirmektedir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında, anayasaya uygun yorum yöntemiyle, kanunların uygulanmasını sağlama imkânına kavuştuğu göz önüne alındığında, Mahkemenin norm denetimi kapsamında, yasama organının takdir alanına müdahale etmede daha da çekingен davranması beklenir. Böylece açıkça anayasaya aykırılık olmayan hususlarda, norm denetiminin sınırlarını zorlayarak kanunları iptal etmek yerine ve bireysel başvurular kapsamında kanunların anayasaya aykırı uygulamalarını engelleme işlevine öncelik vermesi gerekir. Bu hem kurumlar arasında bir yetki çatışmasına yol açmasını hem de yargısal aktivizm tartışmalarını engelleyecektir.

2. Özerk Yorum İlkesi Açısından Değerlendirme

Özerk (otonom) yorum, Anayasada yer alan ve açıkça tanımlanmamış kavramlara, Anayasa Mahkemesinin serbestçe anlam verebilmesidir. Özerk yorum aslında objektif teleolojik yorumun özel bir görünümüdür. Nitekim AİHM, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin mevzuat ve uygulanmalarından esinlenirken, Sözleşme kavramlarına özerk anlamlar yüklemektedir. Sözleşmenin yorumunda, Mahkeme Sözleşmecî Devletlerin iç hukuklarında kavramlara verdiği anlamlarla kendini bağlı saymamaktadır⁶⁷. Avrupa standardının oluşturulması ve ortak bir koruma anlayışı geliştirme amacı, Mahkemeyi kavramların “özerk yorumuna” yöneltmiştir⁶⁸. Mahkeme'nin, Sözleşme'nin amacı ve konusuna uygun olarak, kavramlara istediği anlamı verebilmesine “**otonom kavramlar**” doktrini denmektedir⁶⁹. Mahkemenin bu yaklaşımını ortaya koyduğu ilk kararlardan biri König – Almanya kararıdır⁷⁰:

“Sözleşme’de kullanılan ifadelerin anlamlarının, iç hukuktaki anlamlarından ‘özerkliği’ sorunu, daha önce Mahkeme’nin önüne gelmiştir. Mahkeme 6 (1). Fıkıradaki yer alan ‘isnad’ kavramının ‘Sözleşme’deki anlamıyla’ anlaşılması gerektiğine karar

67 JACOBS, G. Francis/ WHITE,C.A. Robin, The European Convention on Human Rights, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, 1996, s.28-29.

68 Mahkeme'nin bu konudaki kararları için bk. Neumeister – Hollanda, 27.6.1968, A 8, p. 18; Wemhoff – Almanya, 27.6.1968, A 7, p. 19, Ringeisen – Avusturya, 16.7.1971, A 13, p. 110

69 Mahkeme'nin geliştirdiği otonom kavramlar doktrini hakkında bk. VIII. Avrupa Anayasa Mahkemesi Konferansı, Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu, s. 267.

70 König – Almanya, Karar Sıra no. 29, Karar Tarihi 28.06.1978, p. 88., İHKAD, Cilt 1, s. 287.

vermiştir⁷¹. Mahkeme ayrıca Engel davasında ‘suc’ kavramının özerkliği kabul etmiştir⁷². Mahkeme ‘kişisel haklar ve yükümlülükler’ kavramının özerk olduğunu zımni olarak kabul etmiştir⁷³’.

Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi “özerk yorum ilkesini” benimsemiştir⁷⁴. Özerk yorum ilkesi, her şeyden önce **Sözleşme ile ortak bir koruma anlayışının tabii sonucu** olarak kullanılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, Sözleşmede yer alan bazı hakları, Anayasa ile öngörülen ortak koruma alanına dâhil etmek için kavramlar özerk anlamlar vermektedir. Örneğin AİHS’de örgütlenme özgürlüğü kapsamında dernekler, sendika, siyasi partiler ve diğer örgütlenme şekilleri 11. Maddede tek bir maddede koruma altına alınmışken, Anayasamızda bu örgütlenme şekilleri Anayasanın farklı bölüm ve maddelerinde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Dernek kurma hakkı (m.33) kişisel haklar bölümünde, sendikal haklar (m.51) sosyal ve ekonomik haklar bölümünde, siyasi partiler (m.68-69) ise siyasi haklar bölümünde farklı maddelerde düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, “örgüt” kavramına Anayasa çerçevesinde özerk bir anlam vererek, Anayasanın sosyal ve ekonomik haklar bölümünde olan sendikal faaliyetlere katılma hakkını örgütlenme özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu konudaki yaklaşımını ilk olarak 18.9.2014 tarihli ve 2013/8463 numaralı Tayfun Cengiz kararında ortaya koymuş ve daha sonra istikrarlı olarak bu içtihadını devam ettirmiştir.⁷⁵ Mahkeme Hayati Aktop ve Diğerleri Kararında atıfla bu içtihat ortaya konulabilir⁷⁶:

71 Neumeister kararı (Esas hk), Karar Sıra no. 7, p. 18; Wemhoff kararı, Karar Sıra no. 6, p. 19; Ringeisen kararı (Esas hk), Karar Sıra no. 14, p. 110; Engel ve Diğerleri kararı (Esas hk) Karar Sıra no. 23, p. 81., İHKAD, Cilt 1, s. 179.

72 Engel ve Diğerleri kararı (Esas hk), Karar Sıra no. 23, p. 81., İHKAD, Cilt 1, s. 179.

73 Ringeisen kararı (Esas hk), Karar Sıra no. 14, p. 94., İHKAD, Cilt 1, s. 124.

74 Anayasa Mahkemesi norm denetimi kapsamında özerk yorum yetkisine sahip olduğunu daha öncede kabul ediyordu. Anayasa Mahkemesi 1967 tarihli bir kararında iptal ve itiraz davaları kapsamında da özerk yorum yetkisine sahip olduğunu şöyle ortaya koymuştur: “Anayasa Mahkemesinin, Anayasa denetimi görevini yaparken bir kanun hükmünün Yüksek Mahkemelerce uygulanmasında benimsenen içtihatlarla bağlı olduğunu gösteren bir hüküm ne Anayasa’da ne de Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 44 sayılı Kanunda yer almıştır. (...)Bu açıklamalardan şu sonuç çıkmaktadır: Anayasa Mahkemesi, gerek iptal gerek itiraz yolu ile Anayasaya aykırılığı öne sürülen bir kanun hükmünün anlamını, kendi hukuk anlayışı açısından incelemeli ve o hükmün bu anlam içinde Anayasa’ya uygunluğu denetlenmelidir”. AYM, E.1967/9, K.1967/41, Kt. 21.11.1967.

75 AYM, bkz. Hasan Çakar, B. No: 2013/8758, 6/1/2015; Elif Kızıl, B. No: 2013/8812, 6/1/2015; Semihat Karakaya, B. No: 2014/941, 6/1/2015; Dilek Kaya Çakar, B. No: 2014/1949, 6/1/2015..

76 AYM, Hayati Aktop ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/4199, Karar Tarihi:

“Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kendilerini temsil eden kolektif bir oluşum meydana getirerek bir araya gelme özgürlüğünü ifade etmektedir. “Örgütlenme” kavramının, **Anayasa çerçevesinde özerk bir anlamı vardır** ve bireylerin devamlı olarak ve eşgüdüm içerisinde yürüttükleri faaliyetlerin hukukumuzda örgütlenme olarak tanınmaması Anayasa hükümleri kapsamında örgütlenme özgürlüğünün zorunlu olarak gündeme gelmeyeceği anlamına gelmez (Tayfun Cengiz, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 30). (p.30). Demokrasilerde vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı, sağlıklı bir toplumun önemli bir bileşenidir. Demokrasilerde böyle bir “örgüt”, devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir. İstihdam alanında kendi üyelerinin menfaatlerinin korunmasını amaçlayan örgütler olan sendikalar, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğü olan örgütlenme özgürlüğünün önemli bir parçasıdır (Tayfun Cengiz, § 31). (p.31). Örgütlenme özgürlüğü, bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların, bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle bağımsız bir hak değil, örgütlenme özgürlüğünün bir şekli veya özel bir yönü olarak görülmektedir (Belçika Ulusal Polis Sendikası/ Belçika, B. No: 4464/70, 27/10/1975, § 38). (p.32)”.

Anayasa Mahkemesi, Anayasadaki kavramlara özerk anlamlar verirken AİHM ile bir içtihat farklılığı oluşmamasına özen göstermektedir. Ancak Mahkeme, özerk yorum ilkesini AİHM içtihadını özgürlük lehine geliştirici bir yorum için kullanabilmektedir. Özgürlükler lehine yorum ilkesi (in dubio pro libertate) (özgürlük karinesi), özgürlüğün esas sınırlamanın istisna olduğu anlamına gelir. Bu ilke, anayasadaki temel hak ile ilgili hükümler yorumlanırken, temel haklarının norm alanını genişletecek, güçlendirecek yorumun seçilmesi anlamına gelmektedir. Özgürlükler lehine geniş yorum, kuşku halinde temel hak normunun hukuki etkisini kişi özgürlüğü lehinde en güçlü şekilde göstermesini sağlayan yorumun tercih edilmesini gerektirmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi ile AİHM'nin özerk yorum yetkisine dayanarak ortaya koyduğu “kanun” kavramını iç hukukta özgürlükleri geliştirici nitelikte yorumlamıştır. Anayasa Mahkemesi Tuğba Arslan

kararında kanun kavramını şekli anlamda yorumlayarak, iç hukukta koruma düzeyini yükseltmiştir:

“Kanun ile sınırlama” ölçütü veya “kanunilik ilkesi” Sözleşme’nin din ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesinde de bir sınırlama ve güvence ölçütü olarak yer almaktadır. Buna karşın Sözleşme’de yer alan “prescribed by law/prêvue par la loi” kavramı ile Anayasa’da yer alan “kanunilik ilkesi” tam olarak aynı değildir (bkz. §§ 94-95). AİHM, “kanun ile öngörülmüş olma” kavramına Türk hukukunda kanunilik ilkesine verilen anlamdan daha geniş bir anlam vermektedir”⁷⁷.

Mahkeme kararın devamında AİHM’nin özerk yorum yetkisi kapsamında kanun kavramına ilişkin yorumunu Türk hukuku bakımından farklılıklarına değinerek yeniden yorumlamıştır:

*“Sözleşme’nin orijinal metinlerinde “kanunen öngörülmüş”ün karşılığı olan “prescribed by law/prêvue par la loi” düzenlemesine AİHM’in yüklediği anlam, Türk hukukundaki “kanun” kavramını aşarak “hukuk” terimiyle karşılanabilecek bir anlama sahiptir. AİHM, bir hak veya özgürlüğe müdahale olduğunda öncelikle müdahalenin bir “hukuki temelini” olup olmadığını denetlemektedir. Başka bir deyişle AİHM, “hukuk” teriminden şekli anlamda kanunu anlamamakta, sınırlamayı yapan hukuki düzenlemenin kaynağına değil düzenlemenin erişilebilir, öngörülebilir ve kesin olma niteliğine bakmaktadır (Bkz. Hasan ve Chaush/Bulgaristan [BD], B. No: 30985/96, 26/8/2000, § 85). Bu yaklaşım nedeniyle AİHM’e göre hukuken öngörülmüş olma ifadesindeki “kanun” ya da “hukuk” sözcüğü sadece yazılı hukuku değil, içtihatî hukuku da kapsamaktadır. Nitekim AİHM, başörtüsüne ilişkin verdiği en önemli karar olan ve Ankara 11. Aile Mahkemesinin ara kararında dayandığı Leyla Şahin/Türkiye kararında da, hukuken öngörülmüş olma koşulunu **kendi özerk yorum ilkeleri ışığında** incelemiş ve hakların biçimsel kanun hükümleri bulunmadan sınırlandırılabilmesine karar vermiştir (bkz, Leyla Şahin/Türkiye, B. No. 44774/98, 29/6/2004, § 51)⁷⁸.”*

77 AYM, Genel Kurul Kararı, Tuğba Arslan Başvurusu, BN: 2014/256, KT: 25/6/2014, p.84.

78 AYM, Tuğba Arslan Kararı, p.93-94. 75. Anayasa Mahkemesi benzer yorumu, Bülent Polat Başvurusu’nda da yapmıştır: “Anayasa’nın 22. ve 13. maddeleri haberleşme hürriyetine getirilecek sınırlamaların kanunla yapılması gerektiğini hüküm altına almaktadır. AİHM; yasada öngörülen koşulları, bir diğer ifadeyle hukukiliği geniş yorumlayarak istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan içtihat yoluyla geliştirilmiş ilkelerin de hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul ederken (Malone/İngiltere, B. No: 8691/79, 2/8/1984, §§ 66-68) Anayasa, tüm sınırlandırmaların mutlak manada kanunla yapılacağını öngörerek Sözleşme’den daha geniş bir koruma sağlamaktadır (Mehmet Akdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 31).”. bk. AYM, Genel Kurul Kararı, Bülent Polat Başvurusu, BN: 2013/7666, KT: 10/12/2015, p.75.

Kanun kavramının iç hukuksa AİHS sistemine göre daha güvenceli bir koruma sağladığı yorumunu Mahkeme Türkiye İş Bankası kararında verginin yasallığı ilkesi bakımından da yorumlamıştır:

“Anayasa’nın 13. ve 35. maddelerinde yer alan mülkiyet hakkına yönelik sınırlamaların kanunla yapılabileceğine ilişkin düzenlemeye paralel olarak, verginin kanuniliği ilkesinin düzenlendiği Anayasa’nın 73. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü ile, vergi mükellefi bakımından vergisel yükümlülüklerin «belirliliği» ve «öngörülebilirliği» ve bu bağlamda vergi mükelleflerinin hukuki güvenliği sağlanmak istenmiştir. Söz konusu ölçütler mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin kanunla yapılması zorunluluğunun alt ölçütleri olarak da kabul edilen ölçütlerdir. Verginin belirli ve öngörülebilir olması, vergiye ilişkin hükümlerin «açık ve anlaşılır» olmasını gerektirmekte olup, Anayasa’nın 73. maddesinin üçüncü fıkrası ile Türk Hukukunda vergisel yükümlülüğün mutlaka kanunla konulmasını zorunlu tutan Anayasa hükmünün, vergi yoluyla mülkiyet hakkına yönelik müdahaleler karşısında kişilere AİHS’e göre daha üst düzey bir koruma sağladığı söylenebilir”⁷⁹.

Ancak Anayasa Mahkemesi özerk yorum yetkisini bazen de, AİHM içtihadı doğrultusunda kullanarak iç hukukta **daha lehe yoruma gitmekten kaçınmaktadır**. Nitekim toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı kapsamında “izin ve bildirim” kavramlarını, AİHM içtihatları doğrultusunda aynı anlama geldiğini ifade edecek şekilde yorumlamıştır. Anayasa’nın 34. Maddesinde “Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırsız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir” dediği halde, Anayasa Mahkemesi AİHM’nin izin ve bildirim farkı gözetmeyen içtihadına dayanarak bu kavramları yorumlamıştır:

“Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin izin veya bildirim usulüne bağlanması, bu usullerin amacının, her türlü toplantı, yürüyüş veya diğer gösterilerin düzgün bir şekilde yapılmasını güvence altına almak için yetkililere makul ve uygun tedbir alma imkanı sağlamak olduğu sürece, genel olarak hakkın özüne dokunmaz (bkz. Bukta ve diğerleri/Macaristan, B.No: 25691/04, 17/10/2007, § 35; Oya Ataman/Türkiye, § 39; Rassemblement Jurassien Unité/İsviçre, § 119; Platform “Ärzte für das Leben”/Avusturya, B.No: 10126/82, 21/6/1988, §§ 32-34). Bu kapsamda, izin ve bildirim usullerinin uygulanması toplanma hakkının etkin kullanılması imkânını sağlamak içindir. Derhal tepki verilmesinin haklı olduğu özel durumlarda ve protesto barışçıl yöntemlerle yapıldığında, bu tür bir eylemin, sadece bildirim yükümlülüğünün

79 AYM, Genel Kurul, Türkiye İş Bankası Başvurusu, p.42.

yerine getirilmediği gerekçesiyle dağıtılması barışçıl toplantı hakkına ölçüsüz bir sınırlama olarak değerlendirilmelidir (bkz. Bukta ve diğerleri/Macaristan, § 36; Oya Ataman, §§ 38-39, Balçık ve diğerleri/Türkiye, B.No: 25/02, 26/2/2008, § 49, Samüt Karabulut/Türkiye, B.No: 16999/01, 27/1/2009, §§ 34-35)⁸⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin genel tutumu, lehe de aleyhe de olsa, Anayasadaki kavramlara, Sözleşme ile uyumlu bir anlam vermeye çalışmaktadır. Bu çerçevede, özel hayat kavramı⁸¹, adil yargılanma hakkı, mağdur kavramı⁸² gibi birçok kavramı AİHM içtihatları doğrultusunda yorumlamakta, bu kavramlara ilişkin AİHM içtihadının dışına çıkan özerk yorum yetkisini kullanmaktan kaçınmaktadır. Mahkeme, AİHM ile uyum konusunda oluşan farklılığı anlayınca içtihadını değiştirebilmektedir. Mahkeme özerk yorum yetkisine dayanarak ilk kararlarında iç hukuku tüketme kuralını, "başvurunun yapıldığı anda" ararken daha sonraki kararlarında AİHM içtihatları doğrultusunda "kabul edilebilirlik incelemesinin yapıldığı" zamanda iç hukuk tüketme incelemesinin yapılabileceğini kabul etmiştir.

Kristal-iş Sendikası Kararında, başvuru sendikanın grevin ertelenmesi kararına karşı yapılan yürütmeyi durdurma talebinin reddedilmesi üzerine "itiraz hakkını kullanmasının öncesinde ve itiraz

80 AYM, Genel Kurul Kararı, Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu, p. 122.

81 Mahkeme'nin özel hayat hakkına ilişkin yorumu şöyledir: "Özel yaşama saygı hakkı alt kategorisinde geçen "özel yaşam" kavramı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından oldukça geniş yorumlanmakta ve bu kavrama ilişkin tüketici bir tanım yapmaktan özellikle kaçınılmaktadır. (p.25)(...). Bununla birlikte, Sözleşme'nin denetim organlarının içtihatlarında, "bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi" kavramının, özel yaşama saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alındığı anlaşılmaktadır. Özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceği gerçeği karşısında, kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir. Bu kapsamda dış dünya ile ilişki kurma noktasında son derece önemli olan isim hakkı da, Sözleşme denetim organları tarafından ön ad ve soyadını kapsayacak şekilde maddenin güvence alanı içinde yorumlanmıştır" (p.27). Bk. AYM, İkinci Bölüm, Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, Başvuru No.2014/5836, Karar Tarihi: 16/4/2015, R.G.Tarih- Sayı: 11/7/2015-29413, p.25,27.

82 Mahkeme, Mahmut Tanal Kararında, mağdur kavramını özerk bir anlam verdiğini ifade etmiştir:

"Başvurucu Mahmut Tanal'ın itirazının mercii tarafından taraf ehliyeti konusu tartışılmaksızın esastan incelenmiş olması da bu başvuru bireysel başvuru sürecinde mağdur sıfatını kazandığının kabulü şeklinde yorumlanamaz. Mahkememiz önceki tarihli kararlarında, derece mahkemeleri önündeki taraf ehliyeti ile bireysel başvuru açısından kişi yönünden yetkinin aynı şey olmadığını, kişi bakımından yetki konusunun Mahkememiz takdir değerlendirmesine tâbi olduğunu ifade etmiştir (B. No: 2013/1752, 26/6/2014, § 40). Bu haliyle başvuru söz konusu meclis soruşturmasının tarafı değildirler." Bk. AYM, Mahmut Tanal Başvurusu, p.33.

başvurusunun sonucunu beklemezsizin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Dolayısıyla olağan kanun yolları başvuru anında tüketilmemiştir. Başvurucunun bireysel başvuru yaptıktan sonra yaptığı itiraz başvurusu Anayasa Mahkemesinin kabul edilebilir incelemesi yapılmadan önce kesinleşmiştir. Mahkeme, daha önceki görüşünü AİHM ile uyum çerçevesinde, yenilemiş ve şu değerlendirmeyi yapmıştır⁸³:

“AİHM benzer durumlara ilişkin kararlarında, iç hukuktaki başvuru yolları tüketilmeksizin başvuru yapılması hâlinde kabul edilebilirliğe ilişkin incelemesini yaptığı tarih itibarıyla bu yolların tüketilip tüketilmediğine bakmaktadır. İç hukuktaki süreçlerin tamamlanması durumunda başvuruyu iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez bulmamakta ve diğer kabul edilebilirlik şartlarını da karşılayan başvuruları esastan incelemektedir (bkz. Gavriliță/Moldova, B. No: 22741/06, 22/4/2014, § 53; Mercuri/İtalya, B. No: 14055/04, 22/10/2013, § 27; Yelden ve diğerleri/Türkiye, B. No: 16850/09, 3/5/2012, § 40; E.K./Türkiye (k.k.), B. No: 28496/95, 28/11/2000 ve Reringeisen/Avusturya, B. No: 2614/65, 16/7/1971, §§ 89-93).(…) Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında, başvuru tarihi itibarıyla başvuru yolları tüketilmeden başvuruda bulunulmuş ise de yürütmenin durdurulması talebinin reddi kararına karşı itirazın incelemesinin bireysel başvuru süreci içinde tamamlandığı anlaşıldığından somut olayın koşullarında başvuru yollarının tüketildiğinin kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır”.

Anayasa Mahkemesi önceki içtihatlarında kavramlara verdiği anlamı, bireysel başvuru kapsamında yeniden yorumlayarak, bireysel başvuruya özgü anlamlar verebilmektedir.

Bu kapsamda verilebilecek örnek, **“siyasi partilerin hukuki niteliği”** konusudur. Anayasa Mahkemesi siyasi parti kapatma davalarında siyasi partileri, “sui generis” sayarak, özel hukuk tüzel kişisi olmadığı yönünde içtihat geliştirmiştir. Ancak, bireysel başvuru kapsamında ilk kez konuyla yüz yüze geldiği, Büyük Birlik Partisi ve diğerleri başvurusunda, siyasi partileri özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirmiştir.

“Siyasi partilerin hukuki nitelikleri bakımından kamu tüzel kişisi olmadıkları açıktır. Anayasa Mahkemesinin kararlarında (E.1992/2 (Siyasî Parti Kapatma), K.1994/1, K.T. 10/2/1994; E.2008/1(Siyasî Parti Kapatma), K.2008/2, K.T. 30/7/2008) siyasi partilere ilişkin Anayasa’da yer alan özel düzenlemeler dikkate alınarak, siyasi

83 AYM, Kristal-İş Sendikası Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/12166, Karar Tarihi 2/7/2015, p.42-45.

partilerin olağan derneklerden farklı oldukları vurgulanmışsa da bu tespit onların bireysel başvuru usulünde 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca özel hukuk tüzel kişileri olarak başvuru yapabilmelerine engel değildir (B. No: 2014/5425, 23/7/2014, § 24)⁸⁴.

Anayasa Mahkemesi, özerk yorum yetkisinin sınırlarını genişletmesi ve kendi özerk yorum yetkisini diğer yargı organlarının yorumunu etkisiz kılmada kullanması Anayasa Mahkemesinin “**süper temyiz mahkemesi**” olarak görülmesine yol açmaktadır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, kararlarında özellikle kendisinin bir süper temyiz mahkemesi olmadığını, diğer yargı organlarının kanunları yorumlama ve uygulama yetkisine müdahale etmeyeceğini ifade etse de, bu yorumların kendi özerk yorumuyla çatışması durumunda ihlal kararı vermektedir. Ancak bu kapsamda dahi olsa, **yasaların olaya doğru uygulanıp uygulanmadığını, keyfi ve hatalı yorumların olup olmadığını incelemek** niteliği gereği bir temyiz incelemesidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin kararlarının çoğunluğu temyiz incelemesinden geçmiş kararlar üzerinedir.

3. Dinamik Yorum İlkesi Bakımından Değerlendirme

Dinamik yorum normun, kurucu iktidarın iradesine ve normun yapıldığı tarihsel koşullara göre değil, zamanın ihtiyaçlarına göre yorumlanmasıdır. İnsan haklarının statik değil, dinamik bir yapıda olması, insan hakları alanında dinamik yorumu zorunlu kılmaktadır. Dinamik yorumu, “objektif teleolojik yorumun” bir alt görünümü olarak kabul etmek mümkündür⁸⁵. Teleolojik yorum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında karşımıza daha çok “dinamik yorum” ilkesi olarak çıkmaktadır.

Dinamik yorum, temel hak normlarının yorumunda, subjektif yorum yöntemlerinin yeterli olmayacağı, günün koşullarına göre hakların objektif yorumunun yapılması gereğine dayanmaktadır⁸⁶. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da yer aldığı gibi, “Sözleşme günün yaşam koşullarına

84 AYM, Genel Kurul Kararı, Büyük Birlik Partisi ve Diğerleri Başvurusu, p.20.

85 Aksi yönde bk. Oder, s. 228-229.

86 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kullandığı yorum teknikleri hakkında bk. , Paul Mahoney “Judicial activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”, Human Rights Law Journal (HRLJ), Vol. 11 (1990), Parts 1-2, s. 57-89; Mahkeme'nin başvurduğu yorum teknikleri hakkında bk. Naz Çavuşoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ‘Yaşayan Belge’ Yapan Yorum Teknikleri”, İnsan Hakları Yılı, Cilt 14, Ankara, 1992, s. 143.

göre yorumlanmalıdır. Sözleşme, uygulandığı alan içerisinde, bireyin gerçek ve somut bir biçimde korunmasına yönelmiştir⁸⁷. Mahkeme bu anlayıştan hareketle, Sözleşmeci Devletlerin iç hukuklarını göz önüne alırken, bu ülkelerdeki belli dönemlerde yapılan uygulamalarla bağlı kalmamakta, zamana göre değişen koşulları da dikkate almaktadır.⁸⁸ Bu kapsamda dinamik yorum, karşılaştırmalı hukuka uygun yorumu da içerirken, **karşılaştırmalı hukukun da dinamik yorumlanmasını gerektirmektedir**. Nitekim AİHM'nin Marckx kararında, "Avrupa Sözleşmesi'nin imzalandığı 1950 yılında çoğu Avrupa ülkesinde, gayri meşru aile ve meşru aile arasında ayırım yapılması normal karşılanıyordu. Ancak bu durum, bu gün için günün koşullarına göre, yeniden değerlendirilmelidir. Avrupa Konseyine üye ülkelerin büyük çoğunluğunda iç hukuk, gelişmiş ve gelişmeye devam etmektedir. Bu nedenle, günümüzde, Sözleşme'nin 12. maddesindeki aile kavramı, sadece meşru değil, gayri meşru çocuklarla oluşan aileyi de koruma kapsamı içine almaktadır." demiştir.⁸⁹ Mahkeme benzer bir yaklaşımı Dudgeon kararında eşcinselliğin cezalandırılması konusunda da göstermiştir⁹⁰.

Bazen temel hak normlarının dinamik yorumun teknolojik ve toplumsal gelişmeler zorunlu kılabilir. Klass – Almanya Kararında Mahkeme, Almanya'da belli makamlara mektup ve postaları açma ve inceleme ve kaydetme yetkisi veren yasanın Sözleşme'nin 8. maddesine yer alan "özel yaşama ve haberleşmeye saygı hakkına" bir ihlal oluşturup oluşturmadığını incelerken, teknolojik ilerlemeler ve terör eylemlerinin artmasını göz önüne alınması gerektiğini ifade ederek, 8. Maddenin koruma alanının belirlenmesi gerektiğine işaret etmiştir:

"Mahkeme Temsilcilerin de işaret ettiği gibi, 8. maddenin getirdiği koruma alanını değerlendirirken iki önemli olgu hakkında not almıştır. Birincisi casusluk ve buna karşılık gözetim araçlarında meydana gelen teknik ilerlemeyi içermektedir; ikincisi, son yıllarda Avrupa terörünün ilerlemesidir. Demokratik toplumlar son zamanlarda kendilerini casusluğun ve terörizmin hayli gelişmiş

87 Airey v. Ireland, Appl NO. 6289/73, 9.10.1979, para. 26.

88 Jochen A Frowein, "İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu", Anayasa Yargısı, Ankara, 1993, s.113.

89 Marckx, 13.6.1979, Serie A, No. 31, s. 38-43.

90 Dudgeon Kararında Mahkeme şöyle demektedir: "Bu yasanın kabul edildiği dönem ile bugünkü durum karşılaştırıldığında Avrupa Konseyine üye devletlerin büyük çoğunluğunda eşcinsel hareketlere ilişkin daha fazla anlayış ve hoşgörü gösterildiği gözlenmekte, homoseksüel davranışlar artık ceza hukuku tedbirlerinin konusu olarak görülmemektedir. Mahkeme bu konuda, Üye Devletlerin iç hukuklarında olan önemli değişiklikleri görmezden gelemez." Dudgeon – Birleşik Krallık, Karar Sıra no. 48, p. 60., İHKAD, Cilt 1, s. 386.

biçimlerinin tehdidi ile karşı karşıya bulmuşlardır. Bu da Devletin, bu tür tehditlerle etkin bir biçimde mücadele edebilmek için kendi egemenlik alanı içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli gözetime almasını gerektirmiştir. Bu nedenler Mahkeme'nin istisnai koşullar çerçevesinde mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli gözetim yetkileri veren bir yasanın, ulusal güvenlik nedeniyle ve/veya suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmesi gerekir.⁹¹

Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme'nin yorumunda benimsediği "dinamik yorum" anlayışı benimsediğini, İsmail Taşpınar Başvurusu'nda açıkça ortaya koymaktadır. Anayasa Mahkemesi bu kararda, "AİHM'in Sözleşme'nin 6. maddesine dair benimsediği **dinamik yorum anlayışı** Mahkeme'nin medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili soyut bir tanımlama yapmaktan kaçınmasına neden olmaktadır". diyerek, "medeni" kavramını ve "mahkeme" kavramını dinamik bir yoruma tabi tutmuştur⁹². Dinamik yorum anlayışı kararda da görüldüğü gibi, Anayasal kavramların "soyut bir tanımla" dondurmak değil, gelişen uluslararası içtihatlar ve demokratik devletlerdeki uygulamalar ışığında yorumlanmasını gerektirmektedir.

Anayasa Mahkemesi de kadının soyadı konusunda dinamik yorumla daha önce iptal etmediği kanunlara ilişkin uygulamaları, bireysel başvuru kapsamında ihlal kararı vermiştir. Örneğin Nurcan Yolcu başvurusunda, Başvurucu, boşanma davası sonrasında velayet hakkı tanınan çocuğun soyadını değiştirme talebiyle açılan davanın reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddia etmiştir⁹³. Başvurucu, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." şeklindeki düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin 8/12/2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararı ile iptal edildiğini ve bahsedilen iptal hükmü sonrasında velayeti annesine verilen çocuğun soyadının anne tarafından değiştirilmesinin önünde bir engel kalmadığını belirterek çocuğunun soyadının, boşandığı eşinin soyadı olan "Ünsal" yerine "Yolcu" olarak değiştirilmesine karar verilmesini talep etmiştir. İlk

91 Klass – Almanya, Karar Sıra no. 30. p. 48., İHKAD, Cilt 1, s. 303.

92 AYM, İsmail Taşpınar Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/3912, Karar Tarihi: 6/2/2014, p. 23.

93 AYM, Genel Kurul, Nurcan Yolcu Başvurusu, BN. 2013/9880, KT. 11/11/2015, p.1.

derece Mahkemesi ise, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesi uyarınca, sahil nesepli çocuğun babanın soyadını taşıyacağı, boşanma veya ölüm üzerine velayetin anneye geçmesinin çocuğun soyadında değişikliğe neden olamayacağı ve babanın soyadı veya çocuk reşit olduktan sonra kendi soyadı usulüne uygun olarak açacağı bir dava sonucunda verilecek kararla değişmedikçe çocuğun soyadının da değişmeyeceği gerekçesiyle başvuruçunun davasının reddine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, şu gerekçeyle ihlal kararı vermiştir:

“Başvuruya konu yargı kararları açısından da çocuğun soyadının belirlenmesi noktasında velayet hakkının kullanılması bakımından kadın ve erkek arasında öngörülen farklı muamele makul şekilde gerekçelendirilmediği gibi çocuk reşit oluncaya kadar veya baba 4721 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca soyadını değiştirmedeği sürece çocuğun soyadının değiştirilmesinin hiçbir koşulda mümkün olmadığı tespitlerine yer verilmek suretiyle kadın eş için haklı nedenlerin bulunması durumunda dahi çocuğun soyadını belirleme imkânı tanımayan söz konusu uygulamanın ölçülü olduğu da kabul edilemez. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte ele alınan Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir”⁹⁴.

AİHM kararlarında da vurgulandığı gibi dinamik yorum, sadece maddi hakların yorumunda değil, bireysel başvuru usulüne ilişkin hükümler içinde sergilenmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Loizidou – Türkiye kararında *“Sözleşme'nin günün koşullarına göre yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğu, Mahkeme'nin içtihatlarında oturmuş durumdadır. Mahkemeye göre bu yaklaşım, Sözleşme'nin sadece normatif kurallarıyla sınırlı olmayıp, Sözleşme'nin uygulama mekanizmasının işleyişine ilişkin 25 ve 46. maddeler için de geçerlidir. Dolayısıyla bu hükümlerin sadece, kırk yıl önce bu Sözleşme'yi hazırlayan kişilerin iradelerine uygun olarak yorumlanmasıyla yetinilmesi mümkün değildir.”⁹⁵* demektedir.

Anayasa Mahkemesi'de benzer anlayışla, bireysel başvuruda mağdur kavramının dinamik bir yorumla ele alınması gereğine işaret etmiştir. Mahkeme Mahmut Tanal ve Diğerleri kararında *“Bireysel başvuruda “mağdur” kavramı, davada menfaat veya dava ehliyeti gibi kurallardan bağımsız bir şekilde*

94 AYM, Genel Kurul, Nurcan Yolcu Başvurusu, p. 51-52.

95 Loizidou – Türkiye, (ilk itirazlar) Karar Sıra no. 508, Karar Tarihi 23.03.1995, p. 71., İHKAD, Cilt 2, s. 111.

yorumlanır (Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri/İspanya, B. No: 62543/00, 10/11/2004, § 35). Ayrıca mağdur kavramının yorumu, günümüzde toplumun koşulları ışığında değişime tabi olup, bu kavram aşırı biçimcilikten uzak bir şekilde uygulanmalıdır (Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri/İspanya, § 38), (B. No: 2014/11438, 24/7/2014, § 20). demiştir. Yukarıda ele alındığı gibi mağdur kavramının özerk ve dinamik yorum, potansiyel mağdur kavramının benimsenmesine yol açmıştır⁹⁶.

Dinamik yorum anlayışında AİHM'nin ortaya koyduğu önemli bir ölçü de, dinamik yorumun sınırlarına ilişkindir. Mahkeme, Johnston kararında "Sözleşme'nin ve Protokollerinin, günün koşulları ışığında yorumlanması gerektiği doğrudur. Ancak Mahkeme, evrimci yorum vasıtasıyla, başlangıçta bu belgelerde yer almayan bir hakkı, sonradan bu belgelerden türetemez. Özellikle kasten atlandığı yerde, bunu hiç yapamaz."⁹⁷ demektedir. **Dolayısıyla, dinamik yorum yoluyla anayasa yeni bir hüküm ilave eden ya da anayasa hükmünü ihmal eden bir yaklaşım benimsenemez.** Dinamik yorumun, aktivizme kaymaması, diğer yorum yöntemleriyle desteklenerek kullanılması hatta onları tamamlayıcı ikinci bir unsur olarak kullanılması gerekir.

Anayasadaki temel hakların günün koşullarına ve değişime uygun bir şekilde yorumlanması, karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası hukuktan yararlanılması, dinamik yorumun sınırlarının aşılması olarak görülmez. Dinamik yorum, temel hakkın norm alanı ile bağıni koparmadan norm alanını somutlaştırma düzeyinde kalmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin dinamik yorum sınırlarını aştığı ve norm metninden tamamen kopuk bir yorum yaptığı ve bu konuda aktivizm içinde olduğu söylenemez. Örneğin, dinamik bir yorumla Türkiye'nin taraf olmadığı ek protokolleri de ortak koruma alanına dâhil etmesi fikri savunulduğu halde⁹⁸, Mahkeme, Anayasa ve 6216 sayılı Kanunun açık hükümlerine aykırı böyle bir yorumu benimsememiştir. Mahkeme Sebahat Tuncel Başvurusunda bu konudaki görüşünü şu şekilde ortaya koymuştur:

"Bir başvurunun veya şikâyetin konu bakımından Mahkemenin yetkisi kapsamına girebilmesi için, başvuru tarafından ihlal edildiği ileri sürülen hak, AİHS

96 AYM, Mahmut Tanal ve Diğerleri, BN: 2014/18803, KT: 10/12/2014, p.26-27.

97 AİHM, Johnston ve Diğerleri – İrlanda, 18.12.1986, 9697/82, para.52-53.

98 Bu yönde bk. Tolga Şirin, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti, XII Levha Yayınları, Haziran 2013, s. 424-428.

ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerle korunmuş olmalıdır. Türkiye'nin taraf olmadığı ek protokol hükümlerinden biriyle ilgili başvuruların Anayasa Mahkemesince incelenmesi mümkün değildir. Mahkemenin hangi haklarla ilgili başvuruları inceleyebileceğinin çerçevesi Anayasa ve 6216 sayılı Kanun tarafından çizilmiş olup bu yetki çerçevesinin genişletilmesi mümkün değildir. AİHS'e Ek 4 No.lu Protokol'e ülkemiz taraf değildir. Bu nedenle, anılan Protokol kapsamında kalan ve Anayasa'nın 23. maddesinde yer alan seyahat özgürlüğüne yönelik şikâyetle ilgili olarak bireysel başvuruda bulunulamaz (bkz. Nicolatos ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 45663/99...(dec.), 1/6/2010; Fathi/Türkiye, B. No: 32598/06, 30/6/2009)⁹⁹.

Dinamik yorum anlayışı aynı zamanda daha önceki içtihadını da günün koşullarına göre yenilemeyi gerektirir. Nitekim aynı kararda, Anayasa Mahkemesi, dinamik yorum anlayışı ile daha önce mahkeme kabul etmediği ilçe seçim kurullarını önceki kararına da atıf yaparak, yeniden yorumlamış ve ilçe seçim kurulunu mahkeme kabul etmiştir:

“Anayasa Mahkemesi 1992 yılında verdiği bir kararında İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının Anayasa'nın 152. ve 10/11/1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un 28. maddesinde sözü edilen “mahkeme” deyiminin kapsamı içine girip girmediğini değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi, “Seçim kurulları ve seçimlerle ilgili yasa hükümleri kendine özgü bir çözüm ve kurallar bütünüdür. Anayasa'nın 79. maddesinde dayanağını bulan seçim yasaları ile bu kurullara ve yargıçlara verilen görevler seçimin sınırları içinde ve kendi bütünlüğü çerçevesinde değerlendirilmelidir” gerekçesi ile İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının “bir davaya bakmakta olan mahkeme” olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir (AYM, E.1992/12, K.1992/2, K.T. 18/2/1992)”¹⁰⁰.

Anayasa Mahkemesi, ilçe seçim kurullarının bireysel başvuru kapsamında mahkeme kavramı çerçevesinde yeniden yorumlayarak “Günümüzde genel kabul gören organik-şekli ölçüte göre”¹⁰¹ ilçe seçim kurulunu mahkeme saymıştır:

“Bütün bu açıklamalar dikkate alındığında, İlçe Seçim Kurulu Başkanının seçim konularıyla ilgili şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin hükme bağlama görevi yönünden yargısal bir faaliyet icra ettiği ve hâkim bağımsızlığı ve tarafsızlığına sahip olduğu kabul edilmiştir. Bu sebeple, seçim konularıyla ilgili şikâyet ve itirazları

99 AYM, Birinci Bölüm Kararı, Sebhat Tuncel Başvurusu, BN: 2012/1051, KT: 20/2/2014, p. 52-53.

100 AYM, İsmail Taşpınar Başvurusu, p. 30.

101 AYM, İsmail Taşpınar Başvurusu, p. 34.

inceleme ve kesin hükme bağlama görevi yönünden İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının klasik yargı teşkilatı içindeki mahkemeler dışında kalan ama yargılama faaliyetinde bulunan organları da kapsayacak şekilde Anayasa'nın 36. maddesinde "yargı yeri" olarak belirlenen organlardan olduğu sonucuna ulaşılmaktadır"¹⁰².

Anayasa Mahkemesinin **kendi içtihatlarına yönelik dinamik yorum anlayışını** gösteren önemli kararlardan biri de Tuğba Arslan Karardır. Başörtüsü yasağı ile ilgili bu karar ile Anayasa Mahkemesi, daha önceki katı laiklik yorumunu güncelleyerek, din ve vicdan özgürlüğü lehinde laiklik kavramını demokratik toplum lehinde yenilemiştir. Mahkeme bu kararda **"ideolojik laiklik"** konusundaki içtihadını **"çoğulcu laiklik"** anlayışı yönünde değiştirmiştir¹⁰³:

"Din özgürlüğü bağlamında "tanıma", devlet-birey ilişkilerinde devletin, tüm din veya inanç guruplarının varlıklarını eşit şekilde kabul etmesini gerektirir. Devletin çoğulcu bir tanıma siyaseti, bir yandan devleti toplumda herkese karşı eşit mesafede durmaya zorlarken öte yandan, devletin herhangi bir dini ya da ideolojiyi resmen benimsemesine izin vermez. Çoğulculuk ise herkesin kendi kimliğiyle ve kendisi olarak toplumsal ve siyasal yaşama katılmasıyla mümkündür. Farklılıkların ve farklı olanların tanınmadığı ve tehditler karşısında korunmadığı bir yerde çoğulculuktan bahsedilemez. Çoğulcu toplumda devlet, bireylerin kendi dünya görüşlerinin ve inançlarının gereğine uygun olarak yaşamalarını sağlamakla yükümlüdür. Devlet, toplumda var olan görüşlerden veya yaşam tarzlarından birini "yanlış" kabul etme yetkisine sahip değildir. Bu bağlamda Anayasa'da yer alan sınırlama sebepleri bulunmadıkça, farklılıkların bir arada yaşatılması, çoğunluğun ya da azınlığın hoşuna gitmese de çoğulculuğun bir gereğidir. Din ve vicdan özgürlüğünü koruyan üçüncü anlayış ise bireylerin din ve vicdan özgürlüğünün eşit düzeyde korunmasının teminatı olan laiklikten doğan tarafsızlıktır"¹⁰⁴.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında yer verdiği **"herhangi bir dini ya da ideolojiyi resmen benimsemesine"**izin verilmesini çoğulculuğa aykırı görülmesi kendi içinde tartışılabilir bilir bir görüştür. Nitekim BM İnsan Hakları Komitesi, din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin yorumunda tek başına resmi din anlayışının çoğulculuğa aykırı olmadığı değerlendirmesini yapmaktadır. Liberalizmi de siyasi bir ideoloji kabul edersek, ideolojisiz anayasa olmadığını da söyleyebiliriz.

102 AYM, İsmail Taşpınar Başvurusu, p.48.

103 AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/256, Karar Tarihi: 25/6/2014, p.1

104 AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, p.54.

Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin başörtüsü konusundaki tutucu yaklaşımını, daha önce ideolojik laiklik anlayışına referans yaparken, çoğulcu laiklik anlayışı için Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin daha özgürlükçü gördüğü konuya ilişkin yorumuna atıf yapmıştır:

“ Aynı şekilde başvurucuların kendi dinleri ile ilgili yorumlarını ve “alışıldık dini uygulamaların” neler olduğunu sorgulamak yargı organlarının ilgisi dışındadır. Aksine bir yaklaşım mahkemelerin veya kamu gücünü kullanan organların kendi değer yargılarını fiilen başvurucuların vicdani değerlendirmesinin yerine koyarak, onların din veya inancın uygulamaları konusunda neye inanmalarının “yerinde” olduğunu belirlemeleri anlamına gelecektir. Amerikan Yüksek Mahkemesinin bir kararında belirtildiği gibi mahkemeler veya kamu gücünü kullanan diğer organlar dinsel bir iddianın inandırıcılığına karar vermeye cüret etmemelidirler (bkz. Amerikan Yüksek Mahkemesi, Employment Division, Department of Human Resources of Oregon/ Smith, 494 U.S. 872, 6/11/1989). Ancak tekrar etmek gerekirse böyle bir tutum, Anayasa'nın 24. maddesinin bir din veya inançtan kaynaklanan veya esinlenen her davranışı koruyacağı ve kamusal alanda bir inancın gerektirdiği biçimde davranma hakkını her durumda garanti edeceği anlamına gelmez (bkz. § 50).”¹⁰⁵

Mahkeme AİHM'nin dar yorumu karşısında BM İnsan Hakları Komitesi'nin başörtüsü hakkında verdiği ve daha özgürlükçü gördüğü karara referans yaparak, yeni özgürlükçü tutumunu ortaya koymuştur:

“Başörtüsü kullanmanın din özgürlüğü içinde değerlendirilmesi gerektiği, AİHM tarafından kabul edildiği gibi (bkz. Leyla Şahin/Türkiye, B. No. 44774/98, 29/6/2004, § 71) BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin tarafı olan ülkelerde uygulanmasını gözlemlemek amacıyla kurulmuş olan İnsan Hakları Komitesince de kabul edilmiştir. İnsan Hakları Komitesinin, Özbekistan hakkında vermiş olduğu kararında kendine özgü dinsel başörtüler kullanılmasının dinsel yaşamın korunması gereken bir yönünü oluşturduğu belirtilmiştir:

“Başurucu mağdur, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün ihlal edildiğini, inancının gereği olarak tatbik ettiği başörtüsünü tatbik etmekten vazgeçmek istememesi nedeniyle, üniversiteden uzaklaştırılmış olduğunu iddia etmektedir. Komite, kişinin dinini ve inancını ifade etme hürriyetinin kamusal alanda din ve inancına uygun kılık ve kıyafet giymesini de kapsadığını kabul eder. Bunun da ötesinde Komite, kişinin özel ya da kamusal alanda dini elbise giymesinin yasaklanmasını, kişinin din seçme

ya da değiştirme özgürlüğüne zarar verecek herhangi bir zorlamayı yasaklayan 18. maddenin 2. fıkrasının ihlali olarak değerlendirir.” (bkz. Raihon Hudeyberganova / Özbekistan, B. No. 931/00, 5/11/2004, § 6.2)¹⁰⁶.”.

Anayasa Mahkemesi bu kararda ilk derece Mahkemesinin dayandığı AİHM içtihadına ve kendi önceki içtidına yönelik değerlendirmeye yer verdikten sonra, bu içtihadı geliştirici yaklaşımı ortaya koymuştur. Başvuru konusu olayda, “AİHM’in ve Anayasa Mahkemesinin başörtüsünün laiklik karşıtı güçlü bir dini simge ve siyasal simge olduğuna ilişkin kararları” hatırlatılınca Anayasa Mahkemesi şu yorumu yapmıştır:

“Son olarak AİHM’in Leyla şahin/Türkiye kararında bir ihlal değil, Sözleşme’ ye uygunluk kararı vardır. Kural olarak AİHM’in ihlal sonucuna ulaşmaması, taraf devletin herhangi bir girişimde bulunmaması halinde ihlale yol açmayacağı anlamına gelir. Bununla birlikte aynı konuda temel hak ve özgürlükleri daha da güçlendirecek düzenlemeler yapılması veya var olan sınırlandırmaların kaldırılması devletin egemenliğinde yaşayan diğer kişilerin haklarına hanel getirmesi hali müstesna olmak üzere mutlaka Sözleşme’ ye aykırılık oluşturacağı anlamına da gelmez”¹⁰⁷.

Anayasa Mahkemesi, bu açıklamalardan sonra, AİHM’nin Leyla şahin kararında ortaya koyduğu argümanları çürüterek, laiklik ve din ve vicdan özgürlüğü bağlamında yeni yaklaşımını ortaya koymuştur:

“Bazı dinsel davranışların “azınlıktakileri koruma” amacıyla sınırlandırılabilceği argümanının (bkz, Leyla şahin/Türkiye, B. No. 44774/98, 29/6/2004, § 99) geçerli olabilmesi, olasılıklara dayanarak değil ancak mevcut olayın şartlarının değerlendirilmesine dayanan olgusal durumun analiz edilmesiyle mümkün olabilir. Başörtülü kadınların çoğunlukta oldukları gösterilse bile başörtülü avukatların hangi surette kendileri gibi görünmeyenler üzerinde baskı oluşturduklarının somut olgulara dayanarak gösterilmesi gerekir. Doğru yargılama ilkesi de bunu gerektirir. Ancak Türkiye’de başörtüsünün hangi surette başkaları üzerinde baskı oluşturduğu yönünde herhangi bir iddia ve somut olgulara dayalı veri ortaya konulabilmiş değildir.

Son olarak başörtüsü yaşağının toplumda “tarafsızlığı” ve “çoğulculuğu” sağlamak için gerekli olduğu yönündeki bir düşünce beraberinde din ve inanç alanında devletin “normal” ve “doğru” olanı belirleme yetkisine sahip olduğu düşüncesini

106 AYM, Tuğba Arslan Kararı, p.75.

107 AYM, Tuğba Arslan Kararı, p. 92, 96-98.

getirir. Herhangi bir dinsel davranış gibi başörtüsünün de dini bir inancın değil de siyasi bir görüşün ifadesi olup olmadığına karar vermek Anayasa Mahkemesinin ilgi alanının dışındadır. Öte yandan insanların üzerlerinde taşıdıkları sembollere siyasal anlamlar yüklemelerinin yanlışlığı, “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın” ortaya konulması ile bağlantılıdır.”¹⁰⁸.

Anayasa Mahkemesi’nin bireysel özgürlük alanını geliştirici yönünde bu tavrı, mahkemenin yıllardır oluşmuş devletçi ve güvenlikçi tutumunun değiştiği yönünde olumlu bir adım olarak görülebilir. Mahkeme bir yönüyle laiklik kavramı üzerinden oluşturduğu resmi ideoloji anlayışından uzaklaştığını gösterirken, öte yandan, AİHM içtihadında din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin dar yorumu eleştirerek, AİHM’nin yorumunun ötesinde özgürlükçü yorumları benimseyebileceğini göstermiştir.

Yukarıda da değinildiği gibi Anayasa Mahkemesi Anayasanın açık lafzına rağmen dinamik yorumun sınırlarını aşarak kendi yetki alanını genişletme yönünde bir aktivizmden kaçınmaktadır. Atilla Serter Başvurunda, Yüksek Seçim Kurulu’nun bir yargı yeri kabul edilerek, kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun açılması yönündeki taleplere karşı, “yargısal kısıtlama” sayılacak bir kararla Anayasa’nın lafzına bağlı bir yorum yapmıştır. Mahkeme Anayasa’nın 79. Maddenin ikinci fıkrasını son cümlesinde yer alan “Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz” hükmü ve madde gerekçesinde yer alan “...Yüksek Seçim Kurulu kararlarının kesinliği ve bunlara uyulması tereddütlere yol açtığından bu maddeye Yüksek Seçim Kurulu kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağı esası getirilmiştir.” ifadesinden hareketle Anayasa koyucunun, YSK kararlarının kesin olmasını ve bu kararlar aleyhine başka merci ve kanun yollarına başvurulmamasını öngörmüş olduğu sonucuna varmıştır:

“Başvurucu tarafından YSK’nın yargı yeri olduğu, yargısal nitelikte kararlar verdiği ileri sürülmüş ise de YSK’nın bir yargı yeri olup olmadığı veya kararlarının yargısal nitelik taşıyıp taşımadığı tartışmasının, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla YSK kararlarını inceleme yetkisi olup olmadığı probleminin çözümlenmesine katkısı olduğu söylenemez. YSK’nın statüsünün ve verdiği kararların hukuki niteliğinin, bu kararların bireysel başvuru konusu olup olamayacağı hususunun çözümünde önemi veya ilgisi bulunmamaktadır. Tartışılması gereken temel husus, YSK’nın yargı yeri ve kararlarının da yargısal nitelikli kararlar olduğu

108 AYM, Tuğba Arslan Kararı, p.130-131.

kabul edilse dahi Anayasa'nın 79. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi karşısında YSK kararlarının bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesince incelenip incelenemeyeceği sorunudur. Bu konunun aydınlatılmasında Anayasa'nın anılan hükmünde geçen "Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz." ibaresi ve 298 sayılı Kanun'un 132. maddesinde geçen "Kurulun kararı kesindir. Aleyhine hiçbir mercie ve kanun yoluna başvurulamaz." ibaresinin ne anlam ifade ettiğine bakılmalıdır. Anılan hükümlerde yer alan "merci" ifadesiyle başvurulacak idari ve yargısal tüm yer veya makamların kastedildiği anlaşılmaktadır ve Anayasa Mahkemesi de buna dâhildir. Buna göre anılan hükümler karşısında, YSK kararlarının Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuruya konu olması mümkün değildir"¹⁰⁹.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın açık hükmü ve gerekçesinden ve ilgili kanun hükmünü dikkate alarak, normun lafzı ve tarihsel yorumundan hareketle açık olan anlamı üzerinde, dinamik bir yorum yapmaktan kaçınmış ve YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yolunu açmamıştır. Bir başka şekilde bu kararın Mahkemenin seçimler gibi "siyasi nitelikli sorunlar" karşısında kendisini kısıtlama ve yargısal aktivizm yapmaktan kaçınma yönündeki eğilimine de bağlayabiliriz. Çünkü seçim sistemleri ve adaylıklar üzerinde verilecek iptal kararları siyasi dengeleri değiştirebilecek, telafisi imkânsız durumlar ortaya çıkabilecektir.

Anayasa Mahkemesi bu anlayış içinde, Naz Aydemir Başvurusunda, Spor Tahkim Kurulu kararlarına karşı da bireysel başvuru yapılamayacağına hükmetmiştir. Başvurucu, tarafına serbest transfer hakkı tanınması isteminin reddi üzerine başvurduğu Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu kararı nedeniyle Anayasa'nın 10., 59. ve 60. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür¹¹⁰. Mahkemeye göre, 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrasında Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvurunun konusu olamayacağı hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 59. maddesi ile de spor tahkim kurulu kararları yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Mahkeme sonuç olarak, "başvuru, Tahkim Kurulunun spor faaliyetlerinin yönetimine ilişkin olarak verdiği bir karardan kaynaklanmaktadır. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası

109 AYM, Genel Kurul Kararı, Atalı Serter Başvurusu, BN. 2015/6723, KT. 14/7/2015, p.40.

110 AYM, İkinci Bölüm, Naz Aydemir Başvurusu, BN. 2013/850, KT.19/12/2013, p.1.

uyarınca bu konuda bireysel başvuruda bulunulamaz (B. No: 2012/620, 12/2/2013, § 21)” demiştir¹¹¹.

4. Anayasanın Bütünselliği İlkesi Bakımından Değerlendirme

Anayasanın bütünselliği ilkesi, klasik yorum ilkelerinden sistematik yorumun bir görünümü olarak nitelenebilir. Bu ilke, anayasanın bir hükmünün tek başına değil, anayasanın bütünlüğü içinde diğer normlarla ilişkili olarak ve çelişkiye düşmeyecek şekilde ele alınması anlamına gelir. Bu ilke pozitif temelini, 1982 Anayasasının 13. Maddesindeki, “Anayasanın sözü ve ruhu” ifadesine dayandırılır. Aynı şekilde, Anayasa’nın 14/2. Maddesinde, “Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasada tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz” denilmektedir. Bu düzenlemeler, Anayasanın bütünlüğü içinde temel hakların ele alınması ve yorumlanması gereğine işaret etmektedir. Özellikle Anayasa Mahkemesi, temel hakların norm alanını belirlerken ve sınırlamanın sınırına ilişkin güvenceleri değerlendirirken, çatışan hakların uyumlaştırılmasında anayasanın bütünlüğü ilkesine başvurmaktadır¹¹².

Anayasanın bütünlüğü ilkesi, bireysel başvuru ile birlikte, Sözleşme hükümleri ve AİHM İçtihatlarını da hakların kapsamını belirlerken bu bütünlük içinde görmeyi gerektirmektedir. Nitekim Mahkeme Hidayet Karaca başvurusunda, konuyu bu anlayış içinde değerlendirmiştir. Başvurucu, tutuklama kararı veren Sulh Ceza Hâkimlerinin “mahkeme” özelliğine haiz olmadığını, bu hâkimliklerin tabii hâkim ilkesine aykırı olarak kurulduklarından “bağımsız” ve “tarafsız” olarak kabul edilemeyeceğini iddia etmiştir. Mahkeme bu iddiayı değerlendirirken, tarafsızlığın Sözleşme kapsamında yer aldığını, Anayasa’nın 36. Maddesine ise kendi içtihadı ile dâhil edildiğini ifade etmiştir:

“Sözleşme’nin 6. maddesinde, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak, davanın tarafsız bir mahkemede görülmesini isteme hakkından açıkça söz edilmiştir. Anayasa’nın 36. maddesinde ise mahkemelerin tarafsızlığından açıkça bahsedilmemekle

111 AYM, İkinci Bölüm, Naz Aydemir Başvurusu, p.29.

112 Alman Anayasa Mahkemesi’nin de anayasanın bütünlüğü ilkesini bu yönde uyguladığına ilişkin değerlendirmeler için bk. Paulus, a.g.m., s. 30.

beraber Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca bu hak da adil yargılanma hakkının zımni bir unsurudur. Ayrıca mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının birbirini tamamlayan iki unsur olduğu nazara alındığında Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, Anayasa'nın 138., 139. ve 140. maddelerinin de tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır (Tahir Gökatalay, B. No. 2013/1780, 20/3/2014, § 60)¹¹³.

Anayasa Mahkemesi Anayasanın bütünselliği ilkesini Sözleşme bütünlüğü içinde değerlendirdiği bir başka örnek de, Türkiye İş Bankası Kararıdır. Bu kararda Mahkeme ilkeyi genel-özel hüküm ilişkisi ve Sözleşme bağlantısı şeklinde şöyle yorumlamaktadır:

"Anayasa'nın 13. maddesi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri, 35. maddesi mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin özel ilkeleri tespit ederken, vergi ödevine ilişkin 73. maddesi ise, vergi yoluyla mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin anayasal sınırlarına ilişkin özel hükümler içermektedir. Bu durumda Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, başvuru konusu somut olayın değerlendirilmesinde ilgili Protokol hükmü ve Anayasa'nın 35. maddesiyle birlikte 13. ve 73. maddelerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Böylelikle, mülkiyet hakkına yönelik vergisel müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayacak sınırlar ortaya konularak, mülkiyet hakkının Anayasa hükümleri çerçevesinde yeterli ve etkili bir şekilde korunması sağlanmış olacaktır"¹¹⁴.

2013 tarihli Sevim Akat kararından itibaren Anayasa Mahkemesi, Anayasanın bütünselliği ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarını bir arada ve **hukukun genel ilkeleri ışığında** yorumlamak gerektiğine işaret etmektedir:

*"Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundularak sınırlandırılabilceğini ortaya koymaktadır. Anayasa'nın bütünselliği ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarının bir arada ve **hukukun genel kuralları** göz önünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan belirtilen düzenlemede yer alan başta kanun ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa'nın 22. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır (Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 35)"¹¹⁵.*

113 AYM, Genel Kurul Kararı, Hidayet Karaca Başvurusu, BN. 2015/144, KT. 14/7/2015, p.75.

114 AYM, Genel Kurul, Türkiye İş Bankası Başvurusu, BN. 2014/6192, KT. 12/11/2014, p.40.

115 AYM, Veysel Kaplan, Başvuru Numarası: 2015/9192, Karar Tarihi: 2/12/2015, p.38.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararları ışığında, Anayasanın 13. Maddesinde öngörülen güvence ölçütlerini, anayasanın bütünlüğü ilkesi yanında AİHM içtihatları ile uyum içinde kullanmaktadır. Mahkeme 13. Maddenin yorumunda, AİHM'nin izlediği yöntemi izleyerek, öncelikle hakkın niteliğine bağlı olarak müdahalenin varlığı, yasal dayanağı, meşru amacı ve demokratik toplumda gereklilik kriterleri yönünde bir inceleme yapmaktadır. Mahkeme müdahalenin varlığını tespit ederken devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinden hareket etmekte ve bu yükümlülükleri anayasanın bütünlüğünden yola çıkarak tespit etmektedir. Mahkeme müdahalenin varlığını tespit ettikten sonra, bu müdahalenin "ihlal" oluşturup oluşturmadığını sadece ilgili maddeden hareketle değil, anayasanın bütünlüğünden hareketle belirlemektedir. Mahkemeye göre, "maddesinin ihlali sonucuna yol açıp açmadığına karar vermek için müdahalenin; kanunilik, meşru amaç gütmeye ile demokratik bir toplumda gerekli olma ve ölçülülük şartları ışığında incelenmesi gerekir"¹¹⁶.

Anayasanın bütünlüğü ilkesinden hareketle Mahkemenin ortaya koyduğu önemli bir içtihatla özgürlüklerin sınırlama nedenlerine ilişkindir. 1982 Anayasasının ilk halinde 13. Maddede öngörülen "genel sınırlama hükmü", 2001 Anayasa değişikliği ile kaldırılmıştır. Değişiklik sonrası, "Temel hak ve hürriyetler...yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak..sınırlanabilir" denilmektedir. Bu değişiklik mutlak hak kabul edilen ve sınırlanamayan haklar bakımından bir netlik kazandırdığı halde, sınırlanabilir olduğu halde ilgili maddede sınırlama nedeni bulunmayan veya da yeterli olmayan temel haklar bakımından bir belirsizlik gündeme getirmiştir. Anayasa Mahkemesi anayasanın bütünlüğü ilkesinden hareketle, sınırlanabilir olan haklar bakımından niteliğine uygun düşen ve diğer maddelerdeki sınırlama nedenlerinin kullanılabilmesi gibi, bir hakkını sınırlama nedeni olarak bir diğer anayasal hükmün olabileceğine hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi Ali Rıza Özer ve Diğerleri Kararında, mutlak hak kavramını anayasanın bütünlüğü içinde yorumlamış ve bu haklar bakımından sınırlama kabul edilmeyeceği anlayışını ortaya koymuştur:

"Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası ve Sözleşme'nin 3. maddesi sınırlama öngörmemekte ve işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezaların

116 AYM, Kristal-İş Sendikası Başvurusu, p.62.

yasaklanmasının mutlak mahiyetini belirtmektedir. Kötü muamele yasağının mutlak mahiyeti Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında belirtilen savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde dahi istisna öngörmemiştir. Aynı şekilde Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamında da benzer bir düzenleme ile kötü muamele yasağına ilişkin herhangi bir istisna öngörülmemiştir (bkz. Selmouni/ Fransa [BD], B.No 25803/94, 28/7/1999, § 95; Assenov ve diğeri/Bulgaristan, B. No: 24760/94, 28/10/1998, § 93)"¹¹⁷.

Anayasa'nın bütünselliği ilkesi bireysel başvuru yolu ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni de bu bütünlük içinde katmıştır. Yukarıda incelendiği gibi **"ortak koruma alanı" tezi**, Anayasa'daki temel hak normlarını, Sözleşme hükümleri bütünlüğü içinde el almayı zorunlu kılmaktadır. Anayasa Mahkemesi Akif İpek Başvurusunda, bu anlayışı şu şekilde ortaya koymuştur:

*"AİHM, haberleşme özgürlüğüne ilişkin şikâyetleri Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde incelemektedir. Bununla birlikte Sözleşme'nin 8. maddesine karşılık Anayasa'da tek bir madde bulunmamaktadır. Başvurucunun iddialarına esas olan haberleşme özgürlüğü Anayasa'nın 22. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 22. maddesinde, herkesin haberleşme özgürlüğüne sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu hüküm altına alınmıştır. Sözleşme'nin 8. maddesinde de herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. **Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı**, haberleşme özgürlüğünün yanı sıra, içeriği ve biçimi ne olursa olsun, haberleşmenin gizliliğini de güvence altına almaktadır. Posta, elektronik posta, telefon, faks ve internet aracılığıyla yapılan haberleşme faaliyetlerinin, haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerekir (Mehmet Koray Eryaşa, B. No:2013/6693, 16/4/2015, § 49)."¹¹⁸*

Anayasanın bütünlüğü ilkesinin bir uyulama alanı da **"Pratik uyuşum ilkesi"** olduğu söylenebilir. Özellik Alman Anayasa Mahkemesinin çok sık kullandığı bir ilkedir. Anayasa normlarının çatışmasını anayasanın bütünlüğü içinde çözmeye yönelik bir yöntemdir¹¹⁹. Optimum etkililik ilkesine göre, anayasa ile korunan birden çok hukuki değerın kesişmesi sonucunda ortaya

117 AYM, Genel Kurul Kararı, Ali Rıza Özer ve Diğeri Başvurusu, BN: 2013/3924, KT: 6/1/2015, p.74.

118 AYM, Akif İpek Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/9456, Karar Tarihi: 24/6/2015, p. 31-32.

119 Bu konuda bk. O. Korkut Kanadoğlu, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

çıkan çatışmada, söz konusu hükmün hukuki sonucunu en yüksek derecede gerçekleştiren bir yorum tercih edilmelidir¹²⁰. Bir temel hakkın başka bir temel hakla çatışması halinde uygulama alanı bulduğundan, bireysel başvuru kapsamında özellikle gerçek kişiler arasındaki hak çatışmalarında bu pratik uyuşum ilkesi kullanılmaktadır. Nitekim Mahkeme, ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında makul bir dengeyi gözetilip gözetilmediği değerlendirdiği Tansel Çölaşan Kararında, bu ilkenin bir uygulaması görülmektedir:

“Devletin, bireylerin maddi ve manevi varlığının korunması ile ilgili pozitif yükümlülükleri çerçevesinde şeref ve itibarın korunması hakkı ile diğer tarafın Anayasa’da güvence altına alınmış olan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünden yararlanma hakkı arasında adil bir denge kurması gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Von Hannover/Almanya (no.2) [BD], B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 99). Bu denge kurulurken Anayasanın 13. ve 26. maddeleri kapsamında demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilerek, sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir dengeyi gözetilmesi ve hakkın özüne dokunulmaması gereklidir (Nilgün Halloran, § 43)¹²¹.

Çatışma halinde çıkarlar veya “değerler tartımı” yapılarak, birini diğerine tercih etmeden her iki hakkında optimal düzeyde uygulama alanına kavuşması sağlanmaktadır. Bu dengeyi sağlanmasında “adil denge” kriteri kullanılmaktadır¹²². Anayasa Mahkemesi özellikle basın özgürlüğü ve kişilerin şeref ve itibarının korunmasında “adil denge” kriterini kullanmaktadır. Mahkeme, Ali Suat Ertosun Kararında, bu dengeyi nasıl gözetileceğine ilişkin şu tespitlerde bulunmaktadır:

“Basın özgürlüğü ile itibarın korunması hakkı arasında bir denge kurulmasıyla ilgili olarak mevcut olaya uygulanabilecek olan kriterler şu şekilde sayılabilir: Genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlanıp sağlanmadığı, hedef alınan kişinin konumu (siyasetçi, kamu görevlisi veya sıradan birey olup olmaması ve ünlülük derecesi gibi); haber, köşe yazısı veya makalenin konusu, ilgili kişinin önceki davranışları; yayının içeriği, şekli ve sonuçları ile haber, köşe yazısı veya makalenin yayımlanma şartları

120 Paulus, a.g.m., s. 31.

121 AYM, Birinci Bölüm Kararı, Tansel Çölaşan Başvurusu, BN. 2014/6128, KT. 7/7/2015, p.49.

122 AYM, E.2002/143, K.2004/46, Kt. 31.03.2004.

(İlhan Cihaner, §§ 66-73; Kadir Sağdıç, §§ 58-66; Nihat Özdemir, §§ 54-61; Ali Suat Ertosun, §§ 44-52; Ali Suat Ertosun (2), §§ 42-50)¹²³.

Devletin, çatışan haklar arasında adil denge kurma yükümlülüğü devletin pozitif yükümlülükleri arasında kabul edilmektedir. Mahkeme'nin, Ergün Poyraz Başvurusunda, "Devletin, bireylerin maddi ve manevi varlığının korunması ile ilgili pozitif yükümlülükleri çerçevesinde şeref ve itibarın korunması hakkı ile diğer tarafın Anayasa'da güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğünden yararlanma hakkı arasında adil bir denge kurması gerekir" demektedir¹²⁴.

5. Uluslararası Hukuka Uygun Yorum İlkesi Bakımından Değerlendirme

Uluslararası hukuka uygun yorum, yoruma tabi ilgili hükmün konuyla ilgili uluslararası hukuk kurallarına göre yorumlanmasıdır. Bu çerçevede iç hukuk kuralları gibi uluslararası sözleşme hükümlerinin yorumunda da uluslararası hukuka uygun yorum ilkesi kullanılmaktadır. Bu anlayış, hem "insan haklarının bütünselliği" ilkesi hem de insan haklarının korunmasında "karşılıklı dayanışma" (interdependence) ilkesine dayanmaktadır. Dolayısıyla hem uluslararası insan hakları denetim organları hem de ulusal denetim organları, uluslararası hukuka uygun yorum ilkesini kullanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin yorumunda uluslararası hukuka uygun yorum ilkesini benimsemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin yorumunda, diğer uluslararası insan hakları belgelerinden, uluslararası organların kararlarından ve uluslararası hukukun genel ilkelerinden de faydalanmaktadır. Mahkeme'nin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararlarına, Mültecilerin Statüsüne Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne, Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ne, İşkence ve Diğer Zalimce, İnsanlık Dışı Yahut Onur Kırıcı Muamelelere Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne, Medeni ve Siyasi Hakları İlişkin Sözleşme'ye ve İnsan Haklarına Dair Amerikan Sözleşmesi'ne atıkta bulunduğu görülür.¹²⁵.

123 AYM, İkinci Bölüm Kararı, Ali Suat Ertosun Başvuru, BN. 2014/4479, KT.5/11/2015, p.29.

124 AYM, Genel Kurul Kararı, Ergün Poyraz Başvurusu, BN. 2013/8503, KT. 27/10/2015, p.49.

125 bk. VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu, s. 269.

Birçok örnek yanında Mahkeme, Golder – Birleşik Krallık kararında konuya yaklaşımını şu şekilde ortaya koymaktadır:

“Mahkemeye yapılan sunuşlar, ilkin Sözleşme’nin özellikle de 6. maddesinin 1. fıkrasının yorumlanmasını gerektirmektedir. Mahkeme, Hükümetin ve Komisyonun yaptığı gibi, konuyu Anlaşmalar Hukuku ile ilgili 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi’nin 31 ve 33. maddelerinin yol göstericiliğinde ele alacaktır.¹²⁶”. Benzer şekilde, Belçika Ulusal Polis Sendikası davasında Sözleşme’nin Avrupa Sosyal Şartı ile birlikte yorumlanması gereğine işaret etmiştir; *“Sendikalarla ilgili konular, Avrupa Konseyi çerçevesinde yer alan 18 Ekim 1961 tarihli Avrupa Sosyal şartında ayrıntılı olarak işlenmektedir. Bu şartın 6(1). fıkrası Sözleşmeciler Devletleri ‘işçi ve işveren arasında bileşik bir istişare geliştirme’ ile yükümlendirmektedir.”¹²⁷*

Anayasa’nın bir hükmü yorumlanırken, konuyu düzenleyen tüm uluslararası hukuk kaynaklarına referans yapılabilir. Bu noktada uluslararası hukuk kurallarının iç hukuktaki yerinin monist ya da düalist sisteme göre belirlenmesinin, doğrudan ya da destek ölçü norm olarak kullanılmasının veya dayanan metnin bağlayıcı ya da yardımcı kaynak olmasının bir önemi yoktur¹²⁸. Anayasanın yorumunda, uluslararası hukuka uygun yorumun kaynağı olarak, insan haklarına saygı, demokratik devlet ya da hukuk devleti ilkeleri gösterilebileceği gibi doğrudan bu yorum ilkesini tanıyan düzenlemelerde bulunmaktadır.

Karşılaştırmalı hukukta bazı ülkeler, uluslararası hukuka uygun yorum ilkesini, açık anayasal hüküm haline getirmiştir. İspanya Anayasa’sının 10. Maddesinin 2. Fıkrasına göre, *“Anayasa tarafından tanınan temel haklar ve hürriyetlerle ilgili ilkeler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ne ve bu konuda İspanya’nın onay verdiği uluslararası antlaşmalar ve sözleşmelere uygun olarak yorumlanır”*. Portekiz Anayasası’nın 16. Maddesine göre, *“1. Anayasada yer bulan temel haklar, kanunlarla tanınan ve uluslararası hukukun geçerli kurallarında*

126 Golder – Birleşik Krallık, Karar Sıra no. 19, p. 29.

127 Belçika Ulusal Polis Sendikası-Belçika, Karar Sıra no. 20, Karar Tarihi 27.10.1975, p. 38, İHKAD, Cilt 1, s. 164.

128 Anayasa Mahkemesi, anayasanın yorumunda uluslararası belgelerin destek ölçü norm olarak kullanılabilmesini şöyle ifade etmektedir: *“Anayasa’ya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte değerlendirmede gözetilen uluslararası belgelerin, cinsiyete dayalı ayrımı ya da eşitsizliği reddeden bu hükümleri ile Anayasa’nın ‘Kanun önünde eşitlik’ başlıklı 10. Maddesi arasında özde bir farklılık bulunmamaktadır... Çağdaş hukuk anlayışında görülen bu gelişmeler ulusların hukuk düzenlerinin yeniden gözden geçirilmesini, saptanan aykırılıkların giderilmesini gerektirmektedir.”* Bk. AYM, E.1996/15, K. 1996/34, Kt. 23.9.1996.

bulunan diğer hakları dışarıda bırakmaz. 2. Anayasa hükümleri ve temel haklara ilişkin kanunlar İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine göre yorumlanır". 1982 Anayasası, uluslararası hukuka uygun yorum ilkesine açıkça yer vermemekle birlikte, uluslararası hukuka gönderme yapan birçok hüküm bulmaktadır.

Anayasa'nın başlangıcın 2. paragrafında, "Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" olmaktan, 7. Paragrafta, "Yurtta sulh, cihanda sulh"ten söz edilerek dolaylı da olsa uluslararası hukuka gönderme yapılmaktadır. Benzer şekilde, Anayasa'nın 15. Maddesinde "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla", 16. Maddesinde, "milletlerarası hukuka uygun olarak", 38/son "Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere" denilerek, 42. Maddesinde "Milletlerarası andlaşma hükümleri saklıdır" denilerek, 92. Maddesinde "Milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerde" ifadeler ile çeşitli konularda uluslararası hukuka uygun yorum öngörülmüştür. Ancak konuyu doğrudan düzenleyen hüküm Anayasanın 90. Maddesidir.

Bu maddenin son fıkrasının ilk cümlesine göre, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir". Bu düzenleme genel olarak andlaşmaların iç hukuktaki yerine göstermektedir. Maddenin lafzından da açıkla anlaşıldığı gibi, andlaşmalar kanun hükmündedir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadı da bu yöndedir. Mahkeme, 1997 yılında verdiği bir kararında, andlaşmaların iç hukuktaki yerine ilişkin görüşünü net olarak şöyle ifade etmiştir:

*"Anayasa'nın 90. Maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilmiş ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı kurala bağlanmıştır. Kimi ülkelerde, uluslararası andlaşmaların yasa üstü ve hatta Anayasa üstü normlar olduğunun kabul edilmiş olmasına ve doktrinde de bu görüşün savunulmasına karşın, Anayasa'nın 90. Maddesinden bu sonucu çıkarmak olanaklı değildir. Anayasa'da çıkarılacak bir yasanın yürürlükte bulunan bir andlaşmaya aykırı olamayacağı yolunda bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle, **andlaşma kuralına aykırı bir yasa çıkarılması olanaklıdır**. Böyle bir yasanın, uluslararası sorumluluğu gerektirse dahi, iç hukuk bakımından geçerli olacağı da kuşkusuzdur. İç hukuk yönünden; andlaşmalar ile **yasalar arasında herhangi bir çatışma olması ve yorum yoluyla çözüm bulunamaması durumunda iç hukuka ait iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurallarla sorunun çözümü gerekir**"¹²⁹.*

129 AYM, E.1996/55, K.1997/33, Kt. 27.2.1997.

Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı kanun ile bir hüküm ilave edilmiştir. Bu hükme göre, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır”. Bu hükmün yürürlüğe girmesi ile insan hakları anlaşmaları ile diğer anlaşmalar arasında bir farklılık meydana gelmiştir. Ancak bu farklılık insan haklarını andlaşmaları ile kanunlar arasında normatif düzeyde bir hiyerarşi kurmamaktadır. Sadece kanunlarla çatışma durumunda uygulamada öncelik tanıyan “**yeni bir çatışma/zımnı ilga kuralı**” niteliğindedir. İnsan hakları andlaşmalarının kanunlardan üstün ve anayasal düzeyde kabul edilmesi halinde, kanunların doğrudan doğruya insan haklarına uygunluğunun denetimi söz konusu olabileceği gibi, Anayasa ile sözleşme hükümlerinin çatışması halinde de, Anayasa hükmünün zımnı ilga edilmesi gündeme gelecektir.

Anayasa Mahkemesi 2004 yılında bu değişiklik yapılmadan önce, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin iç hukuktaki yerine ilişkin görüşü şu şekildedir¹³⁰:

“Anayasa’nın 90. Maddesinde ‘Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir’ denilmektedir. Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kuralları da yasa hükmündedir. Ancak, 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası davada Sözleşme’ ye nazaran özel yasa niteliğinde olduğundan uygulanma önceliğine sahiptir. Kaldı ki, Sözleşme siyasi parti kapatma davalarında uygulanacak somut kurallara da yer vermemektedir... Bu nedenle, davada Siyasi Partiler Yasası hükümlerinin ihmal edilerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ilgili kurallarının doğrudan uygulanması olanağı bulunmamaktadır.”¹³¹

Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında yapılan değişiklikten sonra bu görüşün geçerli olması mümkün değildir. Artık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile çatışan diğer yasa kuralları karşısında 90/son hükmü kapsamında öngörülen özel çatışma kuralı uygulanarak öncelikle uygulama

130 Anayasa Mahkemesinin içtihadı AİHS’nin iç hukukta Anayasal düzeyde olmadığı yönünde olmasına rağmen bazı üyeler yazdıkları karşı oy gerekçelerinde Sözleşmenin anayasal düzeyde olduğunu savunmuştur. Haşim Kılık ve Sacid Adalı bir karşı oy gerekçesinde şöyle demektedir: “Anayasa’nın 13. Maddesinde hak ve özgürlüklerin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlandırılmayacağına öngörülmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne yapılan açık bir yollamadır. Başka bir anlatımla, Sözleşme’ye 13. Madde kapsamında anayasal bir düzey kazandırılmıştır.” Bk, E.1996/3, K.1997/3, Kt. 22. 5. 1997.

131 AYM, E.1996/3, K. 1997/3, Kt. 22.5.1997.

gerçekleştirilmelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararları kapsamında Neşe Aslanbay Akbıyık kararında benzer görüşü ortaya koymuştur. Anayasanın 90/son hükmünde insan haklarına öncelik veren kuralın bir üstünlük değil bir “zımni ilga kuralı” olduğunu kabul etmektedir:

“Anayasa’nın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır (B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 45). Başvuruya konu yargılama kapsamında, kararın 4721 sayılı Kanun’un 187. maddesine dayanarak verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda yer verilen tespitler ışığında, ilgili Kanun hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümleri ile çatıştığı görülmektedir. Bu durumda, uyumsuzluğu karara bağlayan derece mahkemelerinin, AIHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun’un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyumsuzluk açısından Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır (Sevim Akat Eski, B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 46)”¹³².

Bu kararda görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, insan hakları sözleşmeleri kanunların çatışması durumunda, ilgili sözleşme hükmünü değil, sözleşmeyle çatışan kanunu uygulaması durumunda, müdahalenin “yasal dayanağının” olmadığı şeklinde yorumlayacağını ortaya koymuştur:

“Uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşmenin hükümlerinin somut uyumsuzluk açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvuru konusunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır”¹³³.

132 AYM, İkinci Bölüm Kararı, Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, BN: 2014/5836, KT: 16/4/2015, p.44-45.

133 AYM, İkinci Bölüm Kararı, Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, p.47.

Ancak, Anayasa Mahkemesi 2011 yılında aynı yasa hükmünün anayasaya aykırı olmadığına hükmetmişti. İtiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvuran Mahkemeler, Evli kadının yalnız önceki soyadını kullanması istemiyle açılan davalarda itiraz konusu 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 41. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptalini istemişlerdir. Mahkeme bu kararda şu tespitlerde bulunmuştur:

“Bu kapsamda, yasa koyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir denge kurulması da sağlanmıştır. Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Belirtilen gerekçelerle yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10., 12., 17. ve 41. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir. İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir”¹³⁴.

Oysa bu başvuruda başvurucular, Anayasanın 90. Maddesine dayanarak ilgili Sözleşme hükümleri ve AİHM'nin ilgili kararlarına gönderme yapmıştır:

“Gerek İnsan Hakları Evrensel Beyanname, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gerekse Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi TBMM tarafından onaylanarak Anayasamızın 90/son maddesine göre iç hukuk kuralları haline gelmiştir. 2004 yılında 90. maddede yapılan değişiklikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletler arası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletler arası anlaşmalar esas alınır denilmektedir. İç hukuk haline gelen ve yukarıda bahsedilen uluslararası sözleşmeler temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerdir. Nihayet Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ünal Tekeli-Türkiye davasında 16/11/2004 tarihinde kızlık

134 AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, KT. 10.3.2011.

*soyadını kullanmak için dava açan, talebi reddedilen ve iç hukuk yollarını tüketen başvuruçunun anılan düzenlemeler karşısında 'mağdur olduğunu' belirleyerek Türkiye'yi tazminata mahkum etmiştir*¹³⁵.

Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının 10 yıllık bir süre içerisinde "kesin hüküm" gücünü koruduğu düşünüldüğünde, ilgili Mahkeme'nin söz konusu yasanın Sözleşme ile bir çatışma içinde olduğunu kabul etse bile Anayasa hükmü gereğince Anayasa Mahkemesinin kararına uygun davranması gerekmektedir. Aksi halde, Anayasa Mahkemesi'nin insan hakları sözleşmeleri ile kanunlar arasında bir çatışma görmediği durumlarda da, ilk derece mahkemelerinin bir çatışma görüp kanunları uygulamaması gerekmektedir. Bir başka ifade ile, Anayasa Mahkemesinin kararlarının ilk derece Mahkemeleri tarafından bağlayıcı olmadığı kabulü gerekir.

Anayasa'nın 148. maddesinde 12.9.2010 tarih ve 5982 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonrası bireysel başvuru hakkı tanınmıştır. Bu maddenin 3. fıkrasına göre, "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir*". Bu düzenleme ile AİHS'ne doğrudan bir atıf yapılmaktadır. Ancak bu atıf, Sözleşme'nin iç hukuktaki yerini etkilememektedir. Bu düzenleme ile bireysel başvuru hakkına ilişkin "konu yönüyle" sınırlama yapılmaktadır. Bu düzenlemeden hareketle Sözleşme'nin Anayasal düzeyde olduğu kabul edilmesi halinde, Anayasa ile Sözleşme hükmünün çatışması durumunda "genel hüküm-özel hüküm" ilişkisi kurularak, Anayasanın zımni ilgasının mümkün olduğunun söylenmesi gerekir. Kanımca ilgili hükmün lafzından, amacından ve Anayasa'nın bütünlüğü ilkesinden yola çıkarak böyle bir sonuca varılması mümkün görünmemektedir.

Nitekim 2008 tarihli bir siyasi parti kapatma kararında, Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında doğacak bir çatışmada Anayasanın üstünlüğü gereği, Anayasa hükmünün ihmal edilemeyeceğini kabul edilmiştir:

"Davanın somutunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. Maddesiyle çeliştiği ileri sürülen 'iç norm' bir yasa kuralı değil, Anayasa hükmüdür. Dolayısıyla, Anayasa'nın 90. Maddesinin davada uygulama kabiliyeti yoktur. Yine Anayasa'nın

135 AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, KT. 10.3.2011.

138. Maddesine göre hâkimler, "...Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.." ve bu nedenle de Anayasa Mahkemesinin bu somut Anayasal kurallar dururken, yorum yoluyla doğrudan AİHM içtihadını esas alarak hüküm tesis etmesi söz konusu edilemez.¹³⁶"

Bireysel başvuru kararları kapsamında da Anayasa Mahkemesinin Sözleşme'nin iç hukuktaki yerine ilişkin tutumu değişmemiştir. Musa Kaya Kararında Başvurucu, 'mahkûmlara yönelik oy kullanma yasağında ötürü, 1997 yılından itibaren seçme ve seçilme hakkını kullanmadığını, bu durumun ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan haklarının ihlali niteliğinde olduğunu iddia etmiştir¹³⁷. Anayasa'nın 67. maddesinin beşinci fıkrasının ilgili bölümüne göre" taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar.". Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 67. Maddesindeki bu yasağa ilişkin Yüksek Seçim Kurulu'nun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Söyler/Türkiye kararına atıfla benimsediği yorumu benimseyerek, bu yasağın dar yorumlanması anlayışını kabul etmiştir:

"Hukuk sistemimizde mahkûmlara yönelik oy kullanma yasağı, Anayasa ve kanunlardan kaynaklanmakta (§§ 8-10) ve kasıtlı bir suçtan kaynaklı hapis cezasının infazı için ceza infaz kurumunda bulunan tüm hükümlülere yönelik olarak, başkaca bir karara gerek duyulmaksızın (otomatik şekilde) uygulanmaktadır. YSK tarafından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Söyler/Türkiye (B. No: 29411/07) kararına yollamada bulunulmak suretiyle bu yasağın şartla tahliye/denetimli serbestlik tarihine kadar geçerli olduğu belirtilmekte ve son uygulamaların bu yoruma uygun şekilde yapıldığı görülmektedir"¹³⁸.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 67. maddesindeki yasağın AİHM içtihadı ile çatıştığını kabul ederek, bu hükmün dar yorumlanmasını kabul ettiği halde, Anayasa'nın 67. Maddesinin olayda uygulanacak norm olduğunu ifade etmiş ve Anayasa'nın Sözleşme ve Mahkeme İçtihatları ile çatışan açık hükmü karşısında, Anayasanın ihmal edilemeyeceğini "ürmekte olsa" ortaya koymuştur.

Mahkeme öncelikle, kasıtlı bir suçtan mahkûm olan başvuruçunun, 2015 yılı Haziran ayında gerçekleştirilecek olan 25. Dönem Milletvekili

136 Bu görüş, karşı oy gerekçesinde dile getirilmiştir. AYM, E.2002/1, K.2008/1, Kt. 29.1.2008. R.G. Tarih-Sayı: 01.07.2008-26923.

137 AYM, İkinci Bölüm Kararı, Musa Kaya Başvurusu, BN: 2014/19397, KT: 25/3/2015, p.1.

138 AYM, İkinci Bölüm Kararı, Musa Kaya Başvurusu, p.16.

Genel Seçiminde oy kullanamayacak olmasını şikâyet ettiğini tespit ederek, bu durumun açıkça 67. Maddesinde öngörülen yasağın kapsamına girdiğini ortaya koymaktadır. Mahkeme, Anayasanın 67. Maddesinin “beşinci fıkrasında, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin oy kullanamayacağı belirtilerek, “oy kullanma hakkı” bizzat Anayasa tarafından kasıtlı suçlardan mahkûm olanlar yönünden sınırlandırılmıştır” diyerek, sınırlamanın Anayasanın açık hükmünde kaynaklandığını ifade etmiştir. Mahkeme, bu açık çatışma karşısında AİHM’nin konuya ilişkin içtihadı karşısında Anayasanın bu hükmünü zımni ilga edemeyeceğini ortaya koymuş ve Sözleşme ve AİHM içtihatlarını Anayasal değerde görmediğini kabul etmiş olmaktadır. Mahkeme, “bireysel başvuru incelemelerinde de ölçü norm Anayasa’nın bizzat kendisidir” diyerek şu açıklamayı yapmıştır:

“Sonuç olarak, 298 sayılı Kanun’un 7. maddesi ve 5237 sayılı Kanun’un 53. maddesinin (1) numaralı fıkrasından kaynaklanan <mahkûmlara yönelik oy kullanma yasağı>nun, Anayasa’nın 67. maddesiyle uyumlu olduğu, diğer bir ifadeyle taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin oy kullanma hakkına bizzat Anayasa tarafından sınırlama getirildiği, dolayısıyla başvurucu tarafından Anayasa tarafından korunmayan bir hakka yönelik başvuruda bulunulduğu görülmektedir. Açıklanan nedenlerle, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin ‘konu bakımından yetkisizlik’ nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir”¹³⁹.

Görüldüğü gibi Mahkeme, “bireysel başvuru incelemelerinde ölçü norm Anayasa’nın bizzat kendisidir” diyerek, sözleşmelerin “doğrudan ölçü norm” olamayacağını, dolayısıyla Anayasal değerde görülemeyeceğini ve Anayasa ile doğacak bir çatışmada yorum yoluyla giderilemeyecek bir durumda Anayasa’nın esas alınacağı görünüşünü benimsemiş olmaktadır. Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi çerçevesinde Anayasa’nın 11. Maddesi, 90/son ve 148. maddelerinin birlikte yorumunda yola çıkıldığında Mahkeme’nin bu yorumun doğru olduğunu düşünmekteyim. Anayasa ile Sözleşme’nin çatışması durumunda, Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi karşısında, Anayasanın doğrudan ölçü norm olarak uygulanması gerekir. Bu yaklaşım Anayasanın Sözleşme ve Mahkeme içtihatları ışığında yorumlanmasına engel değildir. Ancak, Mahkeme’nin içtihatlarıyla Sözleşme kapsamına giren bazı unsurların, açıkça Anayasa ile çatışması halinde, bu

139 AYM, İkinci Bölüm Kararı, Musa Kaya Başvurusu, p.21-22.

çatışmayı giderme yetkisi “kurucu iktidara” aittir. Anayasa Mahkemesi yorum yoluyla giderilemeyecek bu çatışmayı, Anayasayı ihmal yoluyla aşamaz. Anayasa ile Sözleşme arasında doğacak açık bir çatışmada, Anayasa’nun değiştirilmesi gereği ortadadır. Ancak, bunu Anayasa Mahkemesi’nin zimni ilga yoluyla yapması kabul edilemez. Bu yetki, “kurucu iktidara” ait bir yetkidir. Anayasa Mahkemesi’nin bu yola sapması, başta AİHM olmak üzere diğer uluslararası organların içtihat yoluyla doğrudan Devletlerin egemenlik alanlarına müdahale için kapı aralanmış olacaktır. Anayasa’dan yetkisini alan Anayasa Mahkemesi’nin buna kapı aralaması, açıkça kurucu iktidara karşı yargısal aktivizm anlamına gelecektir.

Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa-Sözleşme çatışmasından mümkün olduğunca kaçındığı ve başta AİHS ve Mahkeme içtihatları olmak üzere **“uluslararası hukukun tüm kaynaklarını”** anayasanın yorumunda ölçü norm olarak kullandığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında verdiği hemen hemen her kararda, uluslararası hukuka uygun yorum anlayışını benimsediğini açıkça göstermektedir. Örneğin Tuğba Arslan kararında, *“Din veya inancın açığa vurulması hakkının kapsamını değerlendirirken, Anayasa’nın 24. maddesi ile birlikte uluslararası sözleşmelerde açığa vurum hallerine ilişkin yapılan atıflar da göz önünde bulundurulmalıdır”* diyerek, konuyla ilgili Türkiye’nin taraf olduğu olmadığı tüm kaynaklara atıf yapmıştır. Bu kapsamda, *Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin (MSHS) 18. maddesi ve Sözleşme’nin 9. Maddesi... Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, MSHS’nin 18. maddesi Hakkındaki 22 No.lu Genel Yorumu, Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi’nin 1999 yılında yayımladığı tavsiye kararına (1396 sayılı Tavsiye Kararı, 27/6/1999, § 8), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 25/11/1981 tarihli Din ve İnanca Dayanan Her Türü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesi Bildirisi’ne ve 7/9/1990 tarihinde kabul edilen BM Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (Havana Kuralları)’na atıf yapmıştır¹⁴⁰.*

Anayasa Mahkemesi, uluslararası hukuku, hem temel hakların norm alanının tespitinde hem de temel kavramların yorumunda kullanmaktadır. Bunlardan dikkat çeken kararlardan biri Fethullah Gülen Kararıdır. Anayasa Mahkemesi, Fethullah Gülen Kararında, ifade özgürlüğü bağlamında “nefret söylemi” (hate speech) kavramını uluslararası hukuk çerçevesinde yorumlamıştır:

140 AYM, Tuğba Arslan Kararı, p.63, 149-150, 152.,

“Nefret söylemi” (hate speech) ifadesinin genel kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır. Nefret söylemi olarak sınıflandırılabilir düşünceler açıklamalarının tespit edilmesi, bu tür açıklamaların sadece “nefret” ifadeleri veya duygusu aracılığıyla dışa vurulmaması nedeniyle oldukça zor görünmektedir. Nefret söylemi, ilk bakışta mantıklı veya normal görünebilecek ifadelerde de saklı olabilmektedir. Bununla birlikte, onur kırıcı nitelikte olsalar bile ifade özgürlüğü hakkının tümüyle koruması altında bulunan ifadelerin, nefret söylemi sayılabilecek ve bu sebeple böylesi bir korumadan faydalanmayan ifadelerden ayırt edilmesini sağlayacak ölçütlerin, **konuyla ilgili olarak yürürlükte bulunan uluslararası metinlerden ve AİHM’in veya diğer mahkemelerin içtihatlarından hareketle ortaya konması mümkündür (§ 13-23)¹⁴¹.**

Yine Anayasa Mahkemesi Selda Demir Taze Başvurusu’nda, örgütlenme özgürlüğü kapsamında, Anayasa’nın 51-54. Maddelerinde düzenlenen sendikal hak ve özgürlüklerin kapsamını yorumlarken ILO Sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Şartı çerçevesinde bu hakkın kapsamını belirlemiştir:

“ Anayasa’nın 51-54. maddelerinde düzenlenen sendikal hak ve özgürlükler, benzer güvenceler getiren başta Örgütlenme Özgürlüğü Sözleşmesi ile Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi olmak üzere ilgili Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Şartı ile tamamlanmaktadır. Anayasa’nın 51-54. maddelerinde düzenlenen sendikal hak ve özgürlüklerin kapsamı yorumlanırken bu belgelerde yer alan ve ilgili organlar tarafından yorumlanan güvencelerin de göz önüne alınması gerekir”¹⁴².

Anayasa Mahkemesi bazen uluslararası hukuku uygun yorum yetkisini kullanırken, daraltıcı yorum için gerekçe yapmaktadır. Mehmet Reşit Arslan Kararında, ceza evinde bulunan hükümlünün eğitim hakkı konusunda, Avrupa Konseyi Ceza Evi kuralları ışığında yorumlamak yerine, Anayasa’nın lafzı ile yetinmektedir:

“Mevcut yasal düzenlemeler (§§ 15-21) ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin tavsiye kararları (§ 22) kapsamında ceza infaz kurumlarında mahkûmlara yönelik eğitim ve öğrenim olanaklarının sağlanması gerekli olmasına rağmen Anayasa’nın 42. maddesinde düzenlenen eğitim hakkı Devlete böyle bir yükümlülük yüklememektedir (Bkz. Benzer yöndeki karar için Napoli/

141 AYM, Genel Kurul Kararı, Fethullah Gülen Başvurusu, BN: 2014/12225, KT: 14/7/2015, p. 38.

142 AYM, Selda Demir Taze Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/7668, Karar Tarihi: 10/6/2015, R.G. Tarih- Sayı: 18/09//2015-29479, p.33.

İtalya, B.No: 26161/95, 18/5/1998; Epistatu/Romanya, B.No: 29343/10, 23/9/2013, Ş 63). Ancak böyle bir yükümlülüğün olmamasına rağmen Devlet tarafından eğitim imkânlarının sağlanması durumunda eğitim hakkının kısıtlanmasında yukarıda belirtilen ilkeler temelinde hareket edilmelidir.¹⁴³

Oysa bu kararda, Avrupa Konseyi Ceza evi kuralları referans gösterilerek, Anayasa'nın 42. Maddesinin norm alanına mahkûmların eğitim hakkının girdiği de söylenebilirdi.

Bu nitelikte bir başka kararda, Z.M. ve I.M. Başvurusu'dur. Mahkeme Kararında, "Bireysel başvuruya konu olan bir uyuşmazlığın, Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında bir medeni hak ve yükümlülük veya bir suç isnadının esasının karara bağlanması ile ilgili olup olmadığının tespitinde Sözleşme'nin yorumunda belirleyici bir role sahip olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarının da dikkate alınması gerekmektedir" dedikten sonra, sınır dışı edilme kararlarına ilişkin uyuşmazlıkları konu alan yargılama süreçlerini, Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı dışında olduğu sonucuna varmıştır¹⁴⁴.

"AİHM; yabancılara ülkeye girişleri, ikametleri ve sınır dışı edilmeleri ile ilgili işlem ve yargılama süreçlerinin, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası anlamında bir "medeni hak ve yükümlülük" veya bir "suç isnadının" esasının karara bağlanması ile ilgili olmadığını kabul ederek anılan Sözleşme hükmünün, belirtilen yargılama süreçleri bakımından uygulanabilir olmadığını karar vermiştir (Maaouia/ Fransa [BD], B. No: 39652/98, 5/1/2000, §§ 33-40). Görüldüğü üzere sınır dışı edilme kararlarına ilişkin uyuşmazlıkları konu alan yargılama süreçleri, Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı dışında yer almaktadır. Bu çerçevede başvuru sahiplerinin sınır dışı edilmelerine dair işlemlere karşı açtıkları dava süreçlerinde adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddialarının konusunun, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında yer aldığı kabulü gerekir"¹⁴⁵.

Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin bu konuya ilişkin daraltıcı yorumunu benimseyerek, sınırdışı edilme kararlarına ilişkin yargılama süreçlerini adil yargılama hakkının güvencelerinden mahrum etmiştir.

143 AYM, Mehmet Reşit Arslan, p.74.

144 AYM, Birinci Bölüm Kararı, Z.M. ve I.M. Başvurusu, BN: 2015/2037, KT: 6/1/2016, p.61.

145 AYM, Birinci Bölüm Kararı, Z.M. ve I.M. Başvurusu, p.62-63.

Sonuç

Anayasa Mahkemeleri, anayasaya uygunluğu denetleyen ve denetlerken anayasayı özerk ve otantik yorumlama yetkisine sahip özel bir yargı organıdır. Anayasa Mahkemelerinin temel işlevi anayasaya uygunluğu sağlamaktır. Anayasaya uygunluğun amacı ise bireylerin temel hak ve hürriyetlerini korumaktır. Bireysel başvuru, Mahkemeye hukuki yorum yöntemlerini uygulama bakımından yeni bir dinamizm kazandırmış olmakla birlikte, Mahkeme'nin bireysel başvurudan önce de insan hakları alanında önemli bir içtihat birikimine sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Bireysel başvuru yolunun Anayasanın yorumuna etkilerine yönelik şu sonuçlar ortaya konulabilir:

- Somut hak ihlali temelinde anayasanın yorumlanması, hem temel hak normlarının yorumunda hem de bütün olarak anayasanın yorumlanmasına bir dinamizm katmıştır. Bireysel başvurunun konu olarak sınırlı olması, yorumun alanını daraltsa bile ortak koruma alanı yoruma bir zenginlik katmaktadır.

- Ortak koruma alanı üzerinden anayasanın yorumlanması daha kompleks bir hal almıştır. Mahkeme, ortak koruma alanına ilişkin anayasal sınırları aşma yönünden kendini kısıtladığı, ancak bireysel hak alanlarının geliştirilmesi yönünde AİHM içtihadı üzerinden koruma alanını geliştirici yönde hareket ettiği söylenebilir.

- Kolektif yorum süreci, temel hakların Mahkemece otantik ve özerk yorumunu güçlendirmektedir. Farklılaşan yorumlar karşısında Mahkeme ikinci düzey bir koruma işlevi görerek, temel haklar alanında otantik yorum yetkisine dayanarak anayasal kavramlara özerk anlamlar verebilmektedir. Kolektif yorum sürecinde, yasama ihmali, eksik yasal düzenleme, açık yasa ihlali, yasanın keyfi yorumlanması ile doğabilecek tüm sakıncaları kendi yorumuyla gidermektedir. Bireysel başvuruda gerçekleşen kolektif yorum süreci, Anayasanın "nitelikli yorumuna" katkı sunduğu gibi uygulama birliği ve istikrar kazandırmaktadır.

- Dava türleri bakımından karşılaştığımızda, bireysel başvuru olay temelinde anayasanın yorumlanmasına diğer dava türlerine göre çok daha fazla imkân sunmaktadır. İtiraz davası ile bireysel başvuru yolunun anayasanın yorumu bakımından kapsam ve içerik bakımından farklılıklar olsa da, olay temelinde ilgili normların yorumu üzerinden bir değerlendirme yapmak

bakımından birbirine benzemektedir. Ancak, itiraz davasında anayasaya aykırı norm iptal edilirken, bireysel başvuruda ise normun anayasaya aykırı yorumları etkisiz kılınmaktadır.

- Bireysel başvurular kapsamında doğrudan yasanın uygulanması durumunda ortaya çıkan ihlallerde, Mahkeme'nin yaptığı denetimin niteliği itiraz davası niteliğinde bir incelemeye dönüşmektedir. Ancak, sonuçları itibariyle, kanunun ilgili hükmü iptal edilmemekte ya anayasaya uygun yorumla uygulanmakta ya da zımnen ilga edilerek ilgili hüküm etkisiz kılınmaktadır. Dolayısıyla, bireysel başvurular çerçevesinde itiraz davasının tanınmamasının güvence sistemine bakımından ortaya çıkardığı bir açık bulunmamaktadır. Bu nedenle Mahkeme'nin bu güne kadar sessiz kaldığı bu konuda yorum yoluyla itiraz davası yolunu açmasına gerek bulunmamaktadır.

- Somut olayın koşullarında hareketle anayasa yorumlandığından benzer olaylar üzerinden anayasanın yorumuna istikrar ve süreklilik kazandırılmaktadır. Bu yorum yönteminde yasa koyucunun sübjektif iradesi değil, Anayasaya somut olayın koşullarında objektif bir anlam verilmeye çalışılmaktadır. Somut olayın koşullarında Anayasanın yorumlanması aynı zamanda statik değil dinamik bir yorum anlayışını gerekli kılmaktadır. Ancak dinamik yorum anlayışı anayasal denetimin sınırlarının çizilmesi konusunda tartışmalara yol açmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi de anayasanın yorumunda klasik yorum teorisine uygun yorumlar yaptığı gibi realist yorum teorisi çerçevesinde kendisini "eş yasayıcı" olarak da görmektedir. Bu durum zaman zaman mahkemenin aktivizmle suçlanmasına yol açmaktadır. Bu nedenle, bireysel başvuru yolu ile olay temelinde anayasaya aykırı yasal uygulamaları etkisiz kılma imkânına sahip olan Mahkemenin, norm denetiminde aktivizmden uzak kendini kısıtlayıcı yönde anayasayı yorumlaması gerekir.

- Bireysel başvuru niteliği gereği, açıkça Anayasaya aykırı yorumları gidermek amacını taşıdığından, anayasaya uygun yorum bir istisna olmaktan çıkıp, genel bir uygulamaya dönüşmektedir. Bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesi yapılması gerekenleri doğrudan kendisi belirlediğinden, anayasaya uygun yorum kapsamında tespit edilenlere uymak artık bir zorunluluk haline gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, ihlal kararı verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmetmekte; ancak, yerindelik denetimi yapamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar veremez. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru

süreci başladıktan sonra verdiği kararlarda, bu yolun sağladığı yeni anayasaya uygun yorum ilkesi bu etkiyi yapmış, Mahkeme, iptal ve itiraz davalarında iptal kararı verme yönünde kendini kısıtladığı görülmektedir.

- Özerk yorum yetkisi bağlamında Mahkeme, AİHM ile uyumu esas aldığını ancak özgürlükler lehine bazı durumlarda kavramlara AİHM'den farklı anlamlar verebilmektedir. Ancak özerk yorum yetkisinin sınırlarını aşarak, Anayasa'nın açık lafzını ihmal edecek düzeyde yapmamaya özen göstermektedir. Anayasa Mahkemesi, özerk yorum yetkisinin sınırlarını genişletmesi ve kendi özerk yorum yetkisini diğer yargı organlarının yorumunu etkisiz kılmada kullanması Anayasa Mahkemesinin "süper temyiz mahkemesi" olarak görülmesine yol açmaktadır. Mahkeme kendisinin süper temyiz mahkemesi olmadığını ifade etse de, bireysel başvurunun niteliği gereği, yasaların olaya doğru uygulanıp uygulanmadığını, keyfi ve hatalı yorumların olup olmadığını incelemek niteliği gereği bir temyiz incelemesidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin kararlarının çoğunluğu temyiz incelemesinden geçmiş kararlar üzerinedir.

- Anayasadaki temel hakların günün koşullarına ve değişime uygun bir şekilde yorumlanması, karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası hukuktan yararlanılması, dinamik yorumun sınırlarının aşılması olarak görülmez. Dinamik yorum, temel hakkın norm alanı ile bağını koparmadan norm alanını somutlaştırma düzeyinde kalmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin dinamik yorum sınırlarını aştığı ve norm metninden tamamen kopuk bir yorum yaptığı ve bu konuda aktivizm içinde olduğu söylenemez. Örneğin, dinamik bir yorumla Türkiye'nin taraf olmadığı ek protokolleri de ortak koruma alanına dâhil etmesi fikri savunulduğu halde, Mahkeme, Anayasa ve 6216 sayılı Kanunun açık hükümlerine aykırı böyle bir yorumu benimsememiştir. Anayasa Mahkemesi Anayasanın açık lafzına rağmen dinamik yorumun sınırlarını aşarak kendi yetki alanını genişletme yönünde bir aktivizmden kaçınmaktadır. Atilla Serter Başvurunda, **Yüksek Seçim Kurulu'nun bir yargı yeri kabul edilerek**, kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun açılması yönündeki taleplere karşı, "yargısal kısıtlama" sayılacak bir kararla Anayasa'nın lafzına bağlı bir yorum yapmıştır.

- Anayasanın bütünlüğü ilkesi, bireysel başvurunun niteliği gereği, Sözleşme ile öngörülen ortak koruma alanını içine alacak şekilde kullanıldığı görülmektedir. Mahkeme bütünlük içinde hukukun genel ilkelerini dâhil

etmekte, bu ilkeyi özellikle Anayasanın sınırlama rejimine ilişkin normların yorumunda kullanmaktadır.

- Mahkeme, “bireysel başvuru incelemelerinde ölçü norm Anayasa’nın bizzat kendisidir” diyerek, sözleşmelerin “doğrudan ölçü norm” olamayacağını, dolayısıyla Anayasal değerde görülemeyeceğini ve Anayasa ile doğacak bir çatışmada yorum yoluyla giderilemeyecek bir durumda Anayasa’nın esas alınacağı görünüşünü benimsemiş olmaktadır. Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi çerçevesinde Anayasa’nın 11. Maddesi, 90/son ve 148. Maddelerinin birlikte yorumunda yola çıkıldığında Mahkeme’nin bu yorumunun doğru olduğunu düşünmekteyim. Anayasa ile Sözleşme’nin çatışması durumunda, Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi karşısında, Anayasanın doğrudan ölçü norm olarak uygulanması gerekir. Bu yaklaşım Anayasanın Sözleşme ve Mahkeme içtihatları ışığında yorumlanmasına engel değildir. Ancak, Mahkeme’nin içtihatlarıyla Sözleşme kapsamına giren bazı unsurların, açıkça Anayasa ile çatışması halinde, bu çatışmayı giderme yetkisi “kurucu iktidara” aittir. Anayasa Mahkemesi yorum yoluyla giderilemeyecek bu çatışmayı, Anayasayı ihmal yoluyla aşamaz. Anayasa ile Sözleşme arasında doğacak açık bir çatışmada, Anayasa’nın değiştirilmesi gereği ortadadır. Ancak, bunu Anayasa Mahkemesi’nin zimni ilga yoluyla yapması kabul edilemez. Bu yetki, “kurucu iktidara” ait bir yetkidir. Anayasa Mahkemesi’nin bu yola sapması, başta AİHM olmak üzere diğer uluslararası organların içtihat yoluyla doğrudan Devletlerin egemenlik alanlarına müdahale için kapı aralanmış olacaktır. Anayasa’dan yetkisini alan Anayasa Mahkemesi’nin buna kapı aralaması, açıkça kurucu iktidara karşı yargısal aktivizm anlamına gelecektir.