

**MAHKEMELERCE CİDDİ BULUNMAYAN
ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİALARININ GEREKÇELİ
OLARAK KARŞILANMAMASI SORUNU**
**Adil Yargılanma ve Etkili Başvuru Hakkı İlkeleri
Bağlamında Konunun İrdelenmesi**

Dr. Selami Demirkol*

*“Hayatlarında hiçbir başarı göstermeyenler, kendilerini başkalarının
başarılarını küçültmekle teselli ederler.”*

Ahmet Ali GENCEL

GİRİŞ

Anayasamız; kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün şekil ve esas yönlerinden Anayasaya uygunluğunu denetleme görev ve yetkisini 148.madde hükmü ile **ANAYASA MAHKEMESİ'**ne tanımıştır.

152.madde hükmünde ise anayasaya aykırılık iddialarının Anayasa Mahkemesi'ne taşınmasında itiraz yolunu öngörerek **MAHKEMELERİ** aracı kılmıştır.

İtiraz Yolunda mahkemelere, bu aracılık görevleri için iddiaları **ciddi** bulmaları koşulunu getirmiştir.

Yani, ne kadar kapsamlı ve ciddi olursa olsun anayasaya aykırılık iddiaları mahkeme hakim veya hakimlerinin ciddi bulma insiyatifi ve yetkisi süzgecinden geçmek zorunluluğuna bırakılmıştır.

İşte, davacı veya davalı taraf, dava sebebiyle uygulanacak ilgili kanun maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia ederse, Mahkeme bu iddiayı ciddi bulursa veya Mahkemece re'sen Anayasa'ya aykırı bulunursa, dosya örneği Anayasa Mahkemesine götürülebilmektedir.

Aksi takdirde, ciddi bulmama ihtimali dikkate alındığında, konu Anayasa Mahkemesine intikal etmeyecektir.

Bu halde, Anayasaya Mahkemesi Yargılamasından geçmeyen kanun maddesinin Anayasaya aykırı olup olmadığı öğrenilemeyecektir.

Anayasaya aykırı olduğu konusunda şüpheli kanun olarak kalacaktır.

Hukuk aleminde bu şüphleyle yer bulacaktır.

* İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Hakimi

Hukuki sonuçlar doğurmaya ve üretmeye de devam edecektir.

Tablonun bu görüntüsünü dikkate sunarak çalışmamızda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 ve 13.madde kuralları ile garanti edilen hak ve ilkeler bağlamında konunun ihlaller getirebileceğini vermeye çalışacağız.

Ayrıca, kanunun anayasaya aykırı bulunmaması halinde ayrıntılı gerekçe yazılması veya verilecek gerekçeli ara kararın taraflara tebliği yoluna gidilerek Anayasa Mahkemesine ulaşılması imkanı getirilmesi yönündeki önerilerimizi sunacağız.

1-ANAYASA MAHKEMESİNE GİDEN İTİRAZ YOLUYLA İLGİLİ ANAYASA KURALLARI- Anayasaya Aykırılığın Ciddi Bulunması Bariyeri.

“İyi olmak kolaydır, zor olan adil olmaktır.”

Victor HUGO

7.11.1982 kabul tarihli ve 2709 Kanun Numaralı 1982 Anayasası¹ 'nın “Cumhuriyetin Nitelikleri” başlıklı 2.maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin Hukuk Devleti olduğu vurgulanmıştır.

“Kanun Önünde Eşitlik” başlıklı 10.maddesinde de; “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, meshep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiçbir kimseye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” hükmü yer almıştır.

“Hak Arama Hürriyeti” başlıklı 36.maddesinde ise; “Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçmaz.” hükmü getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin “Görev ve Yetkileri” başlıklı 148.maddesinde Anayasa yapıcı “Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde karar-namelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler” denilerek,

“İptal Davası” başlıklı 150.maddesinde de; “Kanunların, kanun hük-mündeki karar-namelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, iktidar ve ana muhalefet partisi Meclis Grup-ları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. İktidarda birden fazla siyasi partinin bulunması halinde, iktidar partilerinin dava açma hakkını en fazla üyeye sahip olan parti kullanır.” hükmü öngörülerek “Dava açma süresi” başlıklı 151.maddesinde ise “Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen ka-

¹ 09/11/1982 günlü ve mükerrer 17863 sayılı Resmi Gazete

nun, kanun hükmünde kararname veya içtüzüğünün Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer” hükmü getirilmiş ve “Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi” başlıklı 152.maddesinde de; “*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.*

Mahkeme, Anayasa aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz mercüince esas hükümle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.” hükmü öngörülmüştür.

Bu kurallardan çıkardığımız, hukuk devleti ilkesi (Anayasa 2.madde) İdari rejimle barışıktır.

İdari rejimin temel unsurlarından birisi de Anayasa Mahkemesi- Yargılamasıdır.

Hukukun Üstünlüğü, Hukukun Genel İlkeleri, Uluslararası Sözleşmeler, Hukuk Devleti İlkeleri ve Anayasaya uygunluk denetimini yapmakla bu yüksek yargı yeri, görevli ve yetkili kılınmıştır.

İşte bu Yüksek Yargı Yerine gidebilme sadece iptal davaları (Anayasa madde 150) soyut norm denetimi ve itiraz yolu (Anayasa madde 152) somut norm denetimi yolları ile mümkün kılınmıştır.

Çalışmamızın ana eksenini gereği bu iki yoldan **“itiraz yolu** “ile ilgileniyoruz.

Dolaylı olarak kullanılabilen itiraz yolundaki asıl ve önemli engel, Anayasaya aykırılığın ciddi bulunması şartıdır.

İlgili Kanununun anayasaya aykırılığını ciddi bulma veya bulmama takdiri Mahkemelerde yani bu uygulamanın somutlaştığı hakim veya hakimlerdedir.

Anayasa koyucu bu tercihi ve öngörüsü ile itiraz yolunun kullanılmasında, hatta işler kılınmasında, hakimi öne çıkarmakta hakimnin takdirine-insiyatiline endekslemektedir.

Aynı Anayasa'nın 36.maddesinde hükmolunan; yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak herkesin iddia ve savunma hakkına sahip olabilmesi kuralını ihtimale dönüştürerek, çelişki yaratıp **anayasaya aykırı anayasa normu** oluşturmaktadır.

Hem de, 10.madde hükmü ile tanınan herkesin kanun önünde eşit olduğu vurgusu ve Devlet organlarının kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu kuralına rağmen.

Hatırlatmakta fayda görüyoruz ki “Devlet” kavramının “İdarenin” yanı sıra, ayrı bir erk olarak “yargı” organını da kapsadığı ve Anayasa hükümlerinin idare makamlarıyla birlikte yargı yerlerini de bağlayan kurallar olduğu dikkate

alındığında, Anayasanın 40.maddesinde de belirtilen yükümlülüklerin yargı organları bakımından da geçerli olduğu konusunda duraksama bulunmadığına dair Danıştay 10.Dairesinin 1.7.2009 günlü ve E:2009/5891, K:2009/7313 sayılı kararı² gerekçesine katılmakla birlikte yukarıda aktardıklarımızla örtüşmekte olduğunu ifade edebiliriz.

2-İTİRAZ YOLUNUN İŞLETİLMESİ USULÜYLE İLGİLİ 2949 SAYILI YASA KURALLARI-Anayasadaki Usulün Alt Ayrıntısı.

“Adalet yoksa, cesaret de yoktur”

Benjamin FRANKLİN

10.11.1983 kabul tarihli 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun³' un “İptal Davası Açmaya Yetkili Olanlar” başlıklı 20.maddesinde Cumhurbaşkanının, İktidar ve ana muhalefet partisi meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelerinin iptali davası açabilecekleri öngörülmüştür.

“İtiraz Yoluyla Mahkemelerce Gönderilen İşler” başlıklı 28.maddesinde ise “Bir davaya bakmakta olan mahkeme:

1-O dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse, bu yoldaki gerekçeli kararı; veya,

2-Taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kaniya götüren görüşünü açıklayan kararı;

Dosya muhtevasını mahkemece bu konu ile ilgili görülen belgelerin tasdikli örnekleri ile birlikte Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir.

.....

.....

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine noksansız olarak gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse ilgili mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

Mahkemenin Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmemesi halinde bu iddia, temyiz merciince esas hükümlerle birlikte karar bağlanır.

Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe, aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar Anayasa Mahkemesince başvurulamaz” hükmüne yer verilmiştir.

Bunların yanı sıra Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komis-

² Danıştay İnternet sitesinden alınmıştır.

³ 13/11/1983 günlü ve 18220 sayılı Resmî Gazete

yonu Raporu (1/642)'nda genel gerekçe⁴ gösterildikten sonra konumuz ile ilgili olarak "Madde Gerekçeleri" başlığı altında iptal davası açmaya yetkili olanlar belirlenmiştir." denildikten sonra "28.madde de itiraz yoluyla Mahkemelerce gönderilen işlere dair hükümlere yer verilmiştir." açıklaması yapılmıştır.

Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu 9.11.1983 günlü ve Esas No:1/642, Karar no:7 sayı ile Milli Güvenlik Konseyi Başkanlığı'na hitaben gönderilen Anayasa Komisyonu Raporunda da; iptal davası açmaya yetkili olanlar başlıklı 21.madde hükümetin teklifi olarak yeniden yazılmış ve Anayasa Komisyonu tarafından aynen kabul edilmiştir⁵.

Yine itiraz yoluyla Mahkemelerce gönderilen işler başlıklı 28.madde, hükümetin teklifi olarak yeniden kaleme alınmış ve M.G.K., Anayasa Komisyonunun kabul ettiği metin olarak aynen yasalaşmıştır⁶.

Görüldüğü üzere Anayasanın 152 maddesinde çizilen ana çerçeve 2949 sayılı Yasa ile ayrıntılı olarak gösterilmiştir.

Yasa ile de vurgulanan; bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin Anayasa aykırılığını Mahkeme Hakimleri kendileri re'sen saptayıp gerekçeli karar ile itiraz yoluna gidebilecektir.

Ya da taraflardan birisinin anayasaya aykırılık iddiasında bulunması halinde bunun Mahkemece ciddi bulunması koşulu ile itiraz yolu işletilebilecektir.

Denilebilir ki; Mahkeme hakimleri kendileri re'sen itiraz yoluna girmezlerse, tarafların iddiası da ciddi bulunmazsa, Anayasa yargısına ulaşamayacaktır.

Ulaşlamayan Mahkemenin varlığı ise etkili başvuru hakkının olup olmadığı ve adil yargılanmama tartışmasını ister istemez gündeme getirecektir, getirmektedir.

⁴ Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi Başkanlığı'nca 20/05/1983 günlü ve 18/101-1473/03294 sayı ile Danışma Meclisi Başkanlığına hitaben yazılan "Genel Gerekçe" de "İlk defa 1961 Anayasa ile öngörölmüş bulunan Anayasa Mahkemesi 22/04/1962 tarihli ve 44 sayılı Kanunla kurulmuş, 1982 Anayasasında da yüksek mahkemeler arasında yer almıştır. Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi iç tüzüğü'nün veya bunların bazı hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin davaları görmekte görevli olan Anayasa Mahkemesinin, Yüce Divan sıfatıyla yargılama görevi yapması, siyasi partilerin mali denetim ile kapatılmalarına ilişkin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından açılan davalara bakmak gibi son derece önemli görevler yüklenmiş olması sebebiyle kuruluşundan itibaren geçen yirmi yıllık süre zarfında duyulan ihtiyaçlar da dikkate alınarak 1982 Anayasasında yer alan yeni hükümler karşısında 22/04/1962 Tarih ve 44 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşuna ve Yargılama Usullerine Dair Kanun yeniden ele alınmış, aksayan hükümleri yeniden incelenerek ihtiyaca cevap verecek mahiyette hükümlerin yer aldığı bu tasarı hazırlanmış bulunmaktadır."denilmektedir, Milli Güvenlik Konseyi S. Sayısı: 725, s 1.

⁵ Milli Güvenlik Konseyi, S. Sayısı: 725. pp. 16-17.

⁶ Milli Güvenlik Konseyi, S. Sayısı:725., s. 21.

3- AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 6.VE 13.MADDE KURALLARI- Adil Yargılanma İlkesi ve Etkili Başvuru Hakkının Anayasa Yargısına Ulaşma Yolu ile Bağlantısı

“Bilirken susmak, bilmezken söylemek kadar çirkindir.”

EFLATUN

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Roma, 4.12.1950)' nin⁷ “Adil Yargılanma Hakkı” başlıklı 6.maddesinde “Herkes gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir.” İlkesi öngörülmüştür.

Sözleşme'nin “Etkili Başvuru Hakkı” başlıklı 13.maddesinde ise “Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.” kuralı yer almıştır.

Bu ilke ve garantileri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi pratikleri ile vermeye çalışıp konumuz ile bağlantısını kuralım.

3-1-Adil Yargılanma İlkesi ve Anayasa Mahkemesine Giden İtiraz Yolu

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde işlenen ilkeler bütünü “Sağlıklı adalet yönetimi isteme hakkı” olarak getirilmiştir.

Delcourt/ Belçika'ya karşı kararda Mahkeme bu ilkeleri “adil Yargılanma”, yani hakkaniyete uygun yargılama garantisini olarak görmektedir. (Delcourt/ Belçika'ya karşı, 17.1.1970 günlü AIJ, ss.15-25 ve 28)

6.madde, başlamış bulunan bir yargılamayı güvence altına almakla kalmayıp, aynı zamanda bir yargılamayı başlatmak yani mahkemeye gidebilme hakkını da tanımak içeriğini taşımaktadır.

Adil Yargılanma hakkı, hukukun üstünlüğü ilkesini kabullenmekle beraber adli mekanizmanın yalnız işleyişini (yargılama usulü) değil, bunun aynı zamanda organizasyonunu, yani kurumlarını da kapsadığını⁸ söylemektedir. (Golder/İngiltere'ye karşı, 21.2.1975 günlü, A 18, ss.28-33)

Sözleşmeye tabii devletler adil yargılanma ilkesini gerçekleştirmek için gerekli önlemleri almak zorundadır. (Barbera, Messegue et Jabarda/ İspanya'ya karşı 6.12.1988 günlü ve A 146, ss.33-78)

Mahkeme, adil yargılanma ilkesinin ihlal edilip edilmediğini incelerken, ulusal hukuk boyutunda yargılamanın bütününe dikkate almaktadır.

⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 11. Protokol ile Değiştirilen Metin, Avrupa Antlaşmaları Serisi, No: 5.

⁸ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-GÖLCÜKLÜ,A.Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi inceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 4. Basın, Turhan Kitapevi, Ankara: 2003 s.266

Sözleşmenin 6.maddesinin uygulama alanına dahil davalarda, olağan genel yargılama makamlarınca verilecek kararların esasını etkilemeleri halinde, söz konusu madde hükmü Anayasa Mahkemelerini de bağlamaktadır. Bu durumda, elbetteki anayasa mahkemeleri önünde görülen davaların özel niteliği göz önünde tutulacak (Buchholz Almanya'ya karşı, 6.5.1981, A 42, ss.47-48, Sramek/Avusturya'ya karşı, 22.10.1984, A 84, s.35, Poiss/Avusturya'ya karşı, 23.4.1987, A117, ss.51-52,Ruiz-Mateos/ ispanya'ya karşı, 23.6.1993, A.262,s.55, Ortenberg/ Avusturya'ya karşı, 25.11.1994, A295-B, ss.36-37) ve İnsan Hakları Mahkemesince değerlendirme bu açıdan yapılacaktır⁹.

Bunların yanı sıra Sözleşme'nin 6.maddesinde vurgulanan "Herkes...bir mahkeme tarafından davasının...görülmesini istemek hakkına sahiptir." garantisini yorumlarken Mahkeme, hukukun üstünlüğü ve hukukun genel ilkelelerine dayanmaktadır.

Denilebilirki, ulusal mahkeme önünde hak arama yoluna girilmiş olması halinde bu yolun fiilen yahut hukuken kapatılması, kullanılması veya başvurulması gereken bir merciye gidilmemesi 6.madde kuralının çiğnenilmesi sonucunu doğuracaktır. (Dewer/Belçika'ya karşı, 27.2.1980, A35,ss.48-49)

Vurgulamakta fayda varki, Sözleşme, bireye teorik ve hayali değil, gerçek ve fiilen kullanılabilir güvenceler sağlamaktadır.

Hak teslimi için ulusal mahkeme önüne gidebilme olanağının da gerçekten ve fiilen mevcut olması gerekmektedir.

Bu olanağın kağıt üstünde teorik olarak hukuken varolup somut uyuşmazlıkta bazı nedenlerle-İlgilinin kusuru olmaksızın-etkili şekilde kullanılabilmesi halinde 6.madde hükmü gene çiğnenmiş olacaktır¹⁰.

O halde 6.madde yalnız kurumsal ve yargılama usulüne ilişkin güvenceler getirmekten öte, bizzat yargılama mekanizmasını harekete geçiren "dava hakkını" bir mahkemeye başvurma, ulaşma hakkını da içermektedir¹¹ diyebiliriz.

Ayrıca yargılama faaliyet ve işlemlerinin icrası her ne kadar ulusal mevzuatı uygulayan ulusal mahkemenin yetki ve takdirine tabi ise de; bütünü içinde bu işlemlerin adil yargılama taahhüdüne cevap verip vermediğinin takdir ve denetlemesi

İnsan Hakları Mahkemesi'nin görev alanına girmektedir. (Kamasinki/Avusturya'ya karşı, 19.12.1989 günlü ve A168, s.102)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çalışmamız konusu ile ilgili ulaşılabildiğimiz bu kararlarından çıkardığımız; ulusal mahkemede yapılan yargılamalarda bütün iddia ve savların karşılanmasıdır.

Hatta, iddia ve savların karşılanmasından öte, yargılama sırasında güvence oluşturmalarıdır.

Doğruya ve adalete erişimde 6.madde ile amaçlanan, tarafların tatmin olmasıdır.

Ulusal Mahkeme önünde görülen davada uygulanacak kanuna, uyuşmazlığa konu olay veya işlem uygun olabilir.

⁹ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, Age., s.269.

¹⁰ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, Age., s.277-278

¹¹ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, Age., s.278

Anayasa Yargılamasını sistemine dahil etmiş yapılanmada olayın veya işlemin kanuna uygun olmasından öte, bu kanunun Anayasaya uygun olup olmadığı önem arz etmektedir.

Kanunun Anayasaya uygunluğunun yanı sıra, hukukun genel ilkelerine, uluslararası sözleşmelere uygunluğu da aranılmaktadır.

Eğer uluslararası sözleşmelere taraf olunmuş ve deklere edilmişse, bu kaçınılmazdır.

İşte, buradan hareketle, işlem veya olayı yargılayabilme imkanı tanınan bireye işlem veya eylemin kaynağı kanunun Anayasaya aykırılığı şüphesinin giderilmesi için Anayasa Mahkemesine kanunun götürülebilmesi imkanının tanınması da elzemdir.

Bu imkanın kullanılamaması, İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.madde adil yargılanma ilkesi ile barışık olmayan bir sonuç doğurmaktadır.

Yani tüm iddia ve savlar karşılanmadan uyuşmazlık çözümlenmeye çalışılmıştır görüntüsü yansımaktadır.

3-2-Etkili Başvuru Hakkı ve İtiraz Yolunun İşlerliği

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13.maddesi ile getirilen etkili başvuru hakkı; teorik ve hayali değil, fiilen ve gerçekten mevcut bulunması, yani sonuç doğurabilir, işe yarar ve elverişli cinsten olması gerekir. Başka bir deyimle, ihlal iddiasının götürüleceği merci, işin esasını inceleme ve iddianın doğruluğunun saptanması halinde de ihlali düzeltici ve uygulanma yeteneği olan karar alma yetkisine sahip¹² bulunmalıdır. (Leander/İsveç'e karşı, 26.2.1987 günlü A 116, s.78)

Anayasa Mahkemesi gibi ilk ve son derece yargılaması yapan; yani kararlarına karşı bir kanun yolu bulunmayan merciler söz konusu olduğunda 13.madde hükmünün zımni bir sınırılmaya uğradığı kabul edilmektedir. Benzeri durumlarda 13.madde güvencesi nihai derece yargılamasına dahil¹³ sayılmaktadır. (Coriciani ve ötekileri/ İtalya'ya karşı D-R-22,s.147)

13.madde, bir sözleşen devlet kanunlarının Sözleşme'ye veya eşdeğerdeki ulusal hukuk namlarına aykırılığı iddiasını ulusal merciler önüne götürmeye elverişli bir başvuru yolunun mevcudiyetini gerekli kılacak genişliğe sahip¹⁴ değildir. (James ve ötekiler/İngiltere'ye karşı, 22.2.1986, A98, s.85,Les Saints Monasteres/Yunanistan'a karşı, 9.12.1994 günlü, A301-a, s.90.)

Bu pratiklerden de çıkarılacağı üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ulusal yargı yerine başvurma, yani dava açabilmeden öte bu davadan sonuç alabilme için gerekli argümanların bulunup bulunmadığı ve bunların işletilebilirliği ile ilgilenmektedir.

Mahkemenin var olması, dava açılıyor olabilmesi etkili başvuru hakkının tecellisi için yeterli görülememektedir.

Olmayı gereken, yargılama evresinde, bireyin haklarının yargı yerince teslim edilebilmesidir.

¹² GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, Age., s.392

¹³ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, Age., s.395

¹⁴ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, Age., s. 399

Bunlardan hareketle, ulusal mahkeme önünde görülen bir davada uygulanacak kanun hakkında Anayasa aykırılık iddiası var ise, davanın bu alt mahkemece Anayasa Mahkemesi yargılamasından geçirildikten sonra sonuçlandırılmasıdır.

Aksi takdirde Mahkemece Anayasa Mahkemesine gidilmeyerek kullanılabilir bir argüman kullanılmamış olacağından, sırf alt mahkemede dava açmış olunması etkili bir başvuru sonucu yaratmayacaktır.

Bu da etkili başvuru hakkının ihlali olacaktır.

4-İTİRAZ YOLUNUN İŞLERLİĞİ VE SÖZLEŞME İLE BARIŞIKLIĞI İÇİN ÖNERİLERİMİZ-Ciddi Bulmama Gerekçesinin Kararda Ayrıntılı Yazılması, Anayasa Yargısına Gidilme Yolunun Açılması.

“Bırakın, adalet yerini bulsun, isterse kıyamet kopsun”

William WATSON

4-1-Anayasaya Aykırılığın Ciddi Bulunmama Gerekçesinin Esas Kararda Mutlaka Karşılanması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesi ile getirilen “Adil Yargılanma İlkesi”, yalnızca ulusal anayasa hukuku ve muhakeme hukukunun önemli bir parçası olmakla kalmamış, aynı zamanda hukuk devleti anlayışının ayrılmaz bir parçası ve Avrupa ortak anayasal düzeninin temel bir değeri olarak kabul edilmiştir¹⁵.

Yine Sözleşmenin 6.maddesi ile garanti edilen “**Gerekçeli karar ilkesi**” bazı hallerde, özellikle kanun yollarının mevcut bulunduğu durumlarda, adil yargılanma kavramının diğer önemli bir unsurunu teşkil etmektedir.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, gerekçeli karar tebliğ edilmediği için ilgili tarafından gerekçe göstermeden yapılan temyiz başvurusunun bu nedenle reddi halinde, sanığın gerçek ve etkili bir savunmadan mahrum kıldığı ve sonuç olarak 6.maddenin 3.fıkrasının (b) ve (c) bentleriyle bağlantılı olarak 1.fıkra hükmünün ihlal edildiği¹⁶ kanaatinde. (R.Pierre-Andre Melin/Fransa'ya karşı, 9.4.1992 günlü ve No:12914/87, s.50-51 Goddi/İtalya'ya karşı 9.4.1984 günlü ve A76,s.30)

İşte bu noktadan hareketle, ulusal mahkemelerde görülen davalarda, anayasaya aykırılık definde bulunulduğu takdirde Mahkemece ilgili kanunun anayasaya aykırılığı ciddi görülüyorsa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile garanti edilen

- adil yargılanma ilkesi,
- etkili başvuru ve
- gerekçeli karar hakkı

uyarınca anayasaya aykırılığın neden ciddi bulunmadığı gerekçeli olarak verilecek esas ret kararında (nadirde olsa kabul kararlarını da belirtebiliriz) yazılmalıdır.

¹⁵ TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-SANCAKDAR, Oğuz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, T.C Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara: 2004, pp. 181-182

¹⁶ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, Age., s.293

Anayasaya aykırılık definin ciddi bulunmama gerekçesinin esas kararında ayrıntılı olarak karşılanması Anayasa Mahkemesine giden yolun gerekçeli ve tatmin edici biri şekilde kapatılması sonucunu doğuracağından kısmende olsa yukarıdaki ilkelerle barışıklık oluşturacaktır.

4-2-Anayasaya Aykırılığın Ciddi Bulunmamasının Ara Kararda Karşılanması ve Anayasa Mahkemesine Götürülmesi Yolunun Açılması

12.6.1979 günlü ve 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Kuruluşu ve İşleyişi Hakkında Kanun¹⁷ 'un 2.Bölüm "Uyuşmazlık Mahkemesine Başvurma Yolları ve İnceleme Kuralları" ana başlıklı "Olumlu Görev Uyuşmazlığı" alt başlıklı 10.maddesinde "Görev uyuşmazlığı çıkarma, adli, idari ve askeri bir yargı merciinde açılmış olan dava da ileri sürülen görev itirazının reddi üzerine ilgili Başsavcı veya Başkanunsözcüsü tarafından görev konusunun incelenmesinin Uyuşmazlık Mahkemesinden istenmesidir."

"Yetkili Başsavcı veya Başkanunsözcüsünün Uyuşmazlık Mahkemesinden istekte bulunabilmesi için görev itirazının, hukuk mahkemelerinde en geç birinci oturumda, ceza mahkemelerinde delillerin ikamesine başlamadan önce, idari yargı yerlerinde de dilekçe ve savunma evresi tamamlanmadan yapılmış olması ve yargı yerlerinin de kendilerinin görevli olduklarına karar vermiş bulunmaları şarttır" hükmü öngörülmüştür.

"Yargı Merciiince yapılacak işlemler" başlıklı 12.maddesinde "Görev İtirazında bulunan kişi veya makam, itirazın reddine ilişkin kararın verildiği tarihten, şayet bu kararın tebliği gerekiyorsa tebliğ tarihinden, itiraz yolu açık bulunan ceza davalarında ise ret kararının kesinleştiği tarihten başlayarak onbeşgün içinde, uyuşmazlık çıkarılmasını istemeye yetkili makama sunulmak üzere iki nüsha dilekçeyi itirazı reddeden yargı merciiine verir.

Yargı mercii, itiraz dilekçesi üzerine verdiği itiraz ret kararını kaldırarak görevsizlik kararı vermediği takdirde kendisine verilen dilekçesi, alman cevabı ve varsa belgeleriyle birlikte görevsizlik itirazının reddine ilişkin karar ile dayanağı belgenin asıl veya örneklerini uyuşmazlık çıkarmak isteminde bulunmaya yetkili makama gönderir." hükmü yer almıştır.

Yine aynı Yasanın 13.maddelerinde de uyuşmazlık çıkarma isteminde bulunmaya yetkili makamca yapılacak işlemler belirlenmiştir.

17.maddesinde ise olumlu görev uyuşmazlığı ve uygulanacak usul gösterilerek 18.maddesinde de "uyuşmazlık Mahkemesine başvurulduğu resmi yazı ile kendisine bildirilen yargı mercii, görev konusunda Uyuşmazlık Mahkemesince bir karar verilinceye kadar davanın görülmesini geri bırakır." hükmü getirilmiştir.

Yukarıda aktardığımız 2247 sayılı Yasanın ilgili hükümleri uyarınca görevsizlik, görev ret kararlarının, şartları oluşmuş ise Uyuşmazlık Mahkemesine görevli yargı yerinin belirlenmesi için (olumsuz görev uyuşmazlığı) dosya tarafların başvurusu üzerine gönderilebilmektedir.

Aynı şekilde adli, idari ve askeri yargı yerleri görevsizlik definde bulunduğu takdirde dava görev alanlarında kabul ediyorlarsa "görevlilik" kararı vermektedirler.

¹⁷ 22/06/1979 günlü ve 16674 sayılı Resmi Gazete

Bu görevlilik kararları, taraflara tebliğ edilerek dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesine götürülmesi imkanı (Olumlu görev uyuşmazlığı) taraflara tanınmaktadır.

“Görevlilik kararı” Anayasa Mahkemesine dosyanın götürülmesi imkanı tanınması için iyi bir emsal olarak alınabilir.

Zira, Mahkemece, Anayasaya aykırılık defii ciddi bulunmadığı takdirde kanunun ilgili maddesinin anayasaya neden aykırı olmadığını veya neden ciddi bulunmadığını açıklayan ayrıntılı ve gerekçeli ara karar mahiyetinde (Görevlilik kararı gibi) bir karar verilebilir¹⁸.

Kanunun anayasaya aykırı olmadığını gerekçeli olarak açıklayan bu ara karar taraflara tebliğ edilir.

Tebliğden itibaren belirli bir süre tanınarak anayasaya aykırılık definde bulunan tarafın dosyanın Anayasa Mahkemesine götürülebilmesi için itiraz hakkı tanınabilir.

Bu şekilde Anayasaya aykırılık definde bulunan tarafın isteği üzerine dosya Anayasa Mahkemesi önüne götürülebileceğinden, Anayasa Mahkemesi yargılamasına sunulabilecektir.

Yani etkili başvuru hakkı gerçekleştirilecek ve anayasa aykırılık definde bulunan uyuşmazlığın kaynaklandığı kanun maddesi yargılamadan bağışık kalmamış olacaktır.

Aynı zamanda tarafın iddiası da gerçek anlamıyla karşılanabileceğinden ve yargı yerinden beklenen sonuç elde edilmiş olduğundan adil yargılanma ilkesi de uygulanırlığını bulabilecektir.

SONUÇ OLARAK

“Doğru olan şeyi gördüğü halde yapmamak, cesaretsizliktir”

KONFİÇYÜS

Yargı Yerinin-Mahkemenin, teorik ve hayali değil, fiilen ve gerçekten mevcut olması gerekmektedir.

Aynı zamanda mahkeme sonuç alınabilir, işe yarar ve elverişli bir yapılanma göstermelidir.

Davacı olarak bir mahkemeye başvuran kişi, bütün iddialarının inceleneceğinden emin olmalı, bu konuda endişe etmemelidir.

İddialarının doğruluğunun belirlenmesi durumunda ise hakkının teslimini ve ihlalin düzeltilmesini bekleyebilmelidir.

Bu doğrultuda uygulanabilir karar verilmesini ve kararın uygulandığının görülmesini mahkemeden isteyebilmelidir.

Ülkemizde Anayasa Yargılamasına erişim kolay olmamaktadır.

İptal davalarının açılabilmesi belirli bir süre ile bağlı kılınmış ve çok az birime dava açma hakkı tanınmıştır.

Geriye kalan itiraz yolunun kullanılabilirliği ise, sadece Mahkemelere yani somutlaştırıldığı hakimlere verilmiştir.

¹⁸ Bu öneri, meslektaşımız Hakim İlhan HANAĞASI tarafından dile getirilmiş ve önerisi kendisiyle paylaşılıp çalışmamızda gündeme alınmıştır.

İtiraz yolunun kullanımı ise, önlerinde bulunan davalarda uygulanan kanun maddesinin anayasaya aykırı olduğuna dair taraf definin Mahkeme Hakimlerince ciddi bulunmasına endekslenmiştir.

Anayasaya aykırı olduğu düşüncesinde ise hakim, kanunun itiraz yolu ile iptali işin dosya örneğini gerekçeli karar ile Anayasa Mahkemesine gönderebilmektedir.

Yine tarafların anayasaya aykırılık defii olduğunda ve hakimlerce ciddi bulunduğunda dosya örneği gerekçeli karar ile aynı şekilde Anayasa Mahkemesine taşınabilmektedir.

Asıl sorun ki, çalışmamızın konusu, Anayasaya aykırılık iddiası olması halinde kanun maddesinin anayasaya aykırı olduğunun hakimlerce ciddi bulunmaması olgusudur.

Bu durumda kanun, Anayasaya gerçekten aykırı da olsa, Anayasa Yargılaması süzgecinden geçemeyecektir.

Hukuk alanında yer bulacaktır.

Şüpheli kanun olarak kalacak., sonuç yaratacaktır.

Böylesi bir çizimle oluşan tablo, adil yargılanma ilkesinin, etkili başvuru ve gerekçeli karar hakkının ihlali görüntüsünü verir, verecektir.

Uygulamada, Anayasaya aykırılık iddiası ciddi bulunmadığı takdirde gereği düşünüldü denildikten sonra sadece;

“Davacı veya davalı tarafın anayasaya aykırılık defii ciddi bulunmayarak işin esasına geçildi” cümlesi ile yetinilmektedir.

Kanunun anayasaya neden aykırı olmadığına dair herhangi bir gerekçe yazılmadığı gibi bazen de yazılan gerekçe doyurucu olmamaktadır.

Adil Yargılanma ilkesi, etkili başvuru ve gerekçeli karar hakkının ihlali sonucunu oluşturabilecek bu durumdan çıkabilmek için;

-Mutlaka esas kararda kanun maddesinin Anayasaya neden aykırı olmadığı gerekçelendirilmeli

-Veya bizce asıl olan Uyuşmazlık Mahkemesine olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılabilmesi için bir usul olan “görevlilik kararı” benzeri bir ara karar verilerek kanunun Anayasaya aykırı olmadığı gerekçeli olarak yazılmalı bu gerekçeli ara karar taraflara tebliğ edilmelidir.

Taraflara, Anayasa Mahkemesine dosya örneğinin gönderilebilmesi için Mahkemeye itiraz dilekçesi verebilmeleri imkanı tanınmalıdır.

Mahkeme hakimleri de ciddi bulmadıkları Anayasaya aykırılık iddiasının Anayasa Mahkemesince incelenip, kanunun yargılanmasını izleyebilmelidir.

Şüpheli giderilmelidir.

Giderilmesi sağlanmalıdır.

Tabi bu önerilerimizin gerçekleşebilmesi için başta Anayasa değişikliği olmak üzere yargılama usullerini düzenleyen yasalarda tadilat yapılmalı, belirttiğimiz yollar açılmalıdır.