

BİREYSEL BAŞVURU MEKANİZMASININ TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER REJİMİNE ETKİSİ

*The Affects of Individual Application on Fundamental
Rights and Freedoms*

Prof. Dr. Abdurrahman EREN*

ÖZET

Türkiyede bireysel başvuru hakkı, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında söz konusudur. Ancak taraf olunmayan Protokoller kapsamında yapılacak başvurularda, bireysel başvuru hakkı kısıtlanmakta ve çelişkili durumlar ortaya çıkmaktadır. Temel hak ve özgürlükleri sınırlamada kullanılan demokratik toplum düzeni ölçütünün Anayasa Mahkemesi tarafından dar yorumlanması hakların içeriğini ve kullanılmasını sınırlandırmaktadır.

Anahtar kelimeler: Bireysel Başvuru Hakkı, Anayasa Mahkemesi, Temel Hak ve Özgürlükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

ABSTRACT

In Turkey, the right to individual application is subject to constitutional rights set forth in the European Convention on Human Rights and its protocols that are acceded by Turkey. But when application is made within the scope of the Protocols that are not acceded, the right of individual application is restricted and contradictory situations arise. The close interpretation, by the Constitutional Court of democratic society the criteria used in order to limit fundamental rights and freedoms, restrict the content of the rights and enjoyment.

Keywords: Right to Individual Application, Constitutional Court, Fundamental Rights and Freedoms, European Convention on Human Rights.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Bu çalışmanın konusu, bireysel başvuru mekanizmasının 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlükler rejimine ne gibi etkisi olacağıdır. Bu kapsamda iki konu üzerinde durulacaktır. Birincisi, bireysel başvuruya konu hakların belirlenmesi; ikincisi ise, özgürlüklerin güvence ölçütlerinin yorumlanmasına etkisidir.

I. BİREYSEL BAŞVURUYA KONU HAKLARIN KAPSAMININ BELİRLENMESİ

Bireysel başvuruya hangi hakların konu olabileceği konusunda farklı uygulamalar bulunmaktadır. Bazı ülkelerde Avusturya örneğinde olduğu gibi (m.144) “anayasal haklar” denilerek, tüm hak ve özgürlükler başvuru konusu yapılabilmektedir. Aynı şekilde Polonya Anayasasının 79. maddesinde “anayasal hakları ve özgürlükleri ihlal edilen herkes,... Anayasa Mahkemesine başvuru yapılabilir” denilmektedir. Polonya Anayasasında kişisel haklar, siyasi haklar ve sosyal ve ekonomik hakların tamamı için bireysel başvuru tanınmıştır. Bazı ülkelerde ise anayasada yer alan tüm haklar değil madde ve bölüm belirtilerek sınırlama yoluna gidilmektedir. İspanya Anayasası'nın 53. maddesine göre, “bireysel olarak korunmak amacıyla Anayasa Mahkemesine başvurarak 14. maddede ve Bölüm II Kesim I'de tanınan hak ve özgürlüklerin korunmasını talep edebilir.” 14. maddede eşitlik, devamında 29. maddeye kadar kişisel ve siyasi haklara yer verilmiştir. Buna karşın Vatandaşların hakları ve ödevleri başlıklı Kesim II'de yer alan daha çok sosyal haklar niteliğinde olanlar için bireysel başvuru kabul edilmemiştir. Öte yandan Almanya'da hangi haklar konusunda başvuru yapılacağı temel haklar bölümüyle sınırlandırılmamış, temel haklar bölümü dışında da hangi haklarda başvuru yapılabileceği tek tek gösterilmiştir. Almanya'da temel hak ve özgürlükler bölümünde yer alan 19 madde dışında Anayasanın 20/4, 33, 38, 101, 103 ve 104 maddelerine ilişkin başvuru yapılabileceği ifade edilmektedir (m.93/4a).

Bireysel başvuru hakkına konu haklar sınırlandırılmıştır. Ancak bu sınırlandırma uygulamada bazı sorunları gündeme getirecektir. Bu durumda hangi hakların başvuru konusu yapılabileceği ve hangi kapsamda başvuruya konu olacağı tartışılacak, başvuru kapsamına giren haklar bakımından ise, Sözleşme bakımından doğacak farklılıklar durumunda ne olacağı gündeme gelecektir.

Anayasa'nın 148. maddesinde 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, bireysel başvuru hakkı tanınmıştır. Maddenin 3. fıkrasına göre, “(Ek fıkra: 12.9.2010—5982/18 md.) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir”.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un “Bireysel başvuru hakkı” kenar başlıklı 45. maddesine göre, “(1) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir”.

Anayasada “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi” bir hak

derken; 6216 sayılı Kanunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi bir haktan söz edilmektedir.

Bu iki hüküm arasında bir çatışma olduğu, Yasanın Anayasadaki kapsamı daralttığı söylenebilir mi?

Yasadaki düzenlemenin Anayasadaki düzenlemeye aykırı olduğu onun kapsamını daralttığı şeklinde anlaşılamayacağı kanaatindeyiz. Yasa, Anayasa'daki hükmü somutlaştırıcı bir nitelik taşımaktadır. Kanunda "Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller" demeseydi dahi "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki" ifadesi, "Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller" ifadesini içermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ek protokolleri, çok taraflı bir uluslar arası antlaşmada "değişiklik" (amendment) yapılmasına ilişkin antlaşmalardır. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 39. maddesine göre, "Bir antlaşma, taraflar arasında antlaşma ile değiştirilebilir." Sözleşmenin 40. maddesinde, "Çok taraflı bir antlaşmanın değiştirilmesi... antlaşmanın tadili için herhangi bir antlaşmanın görüşülmesine ve yapılmasına katılma" şeklinde olacağı ifade edilmiştir. Sözleşme'nin 40. maddesinin 4. fıkrasına göre, "Tadil antlaşması, halihazırdaki antlaşmaya taraf olup da tadil antlaşmasına taraf olmayan herhangi bir devleti bağlamaz".

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek protokollerin hepsinde yer alan "Sözleşme ile bağlantı" başlıklı ortak hükümde, "Bu Protokol'ün ...maddelerinin hükümleri Taraf Devletler arasında Sözleşmeye ek maddeler olarak telakki edilir ve Sözleşme'nin bütün hükümleri buna göre uygulanır".

Bu düzenlemeler açıkça göstermektedir ki, Protokoller taraf olan devlet bakımından Sözleşme değişikliği olarak kabul edilmekte ve Sözleşmenin bütünlüyci parçası haline gelmektedir. Dolayısıyla Sözleşme ifadesi, taraf olunan protokolleri de içine almaktadır. Taraf olunmayan Protokoller ise, taraf olmayan devlet bakımından Sözleşme kapsamında değildir.

Sonuç olarak Türkiye'de bireysel başvuru hakkı, "Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında" söz konusudur.

Bu nedenle, Türkiye'nin taraf olmadığı, 7. Protokol ve 12. Protokol kapsamındaki haklar bakımından başvuru mümkün olmayacaktır.

Buna karşın Türkiye 4. Protokolü 23.2.1994 tarih ve 3975 sayılı uygun bulma kanunu ile onaylanmış ve 26.2.1994 tarih ve 21861 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Dolayısıyla 4 nolu Protokol iç hukukta yürürlüğe girmiştir. Ancak bu protokolün Avrupa Konseyi nezdinde tevdi işlemi gerçekleşmediğinden uluslar arası hukuk bakımından yürürlükte görünmemektedir. Uluslar arası hukukta yürürlükte görünmemesi iç hukukta bu protokolün yürürlüğe girmesini engellemez. Bu nedenle 4. Protokoldeki haklar için başvuru yapılabilir.

Taraf olunmayan Protokoller kapsamında yapılacak başvurularda yine çelişkili durumlar ortaya çıkabilecektir. Örneğin 4. Protokol kapsamında "Yabancıların toplu sınır dışı edilme yasağı" kapsamında Anayasanın 16. maddesine başvuru kabul edilecekken, 7 Protokol kapsamında "Yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin usulü güvenceler getiren 1. maddesi kapsamında 16. maddeden yararlanılamayacaktır. Halbuki 16. madde her iki hakkı da içerecek genişliktedir. Aynı şekilde

7. Protokolde düzenlenen “Eşler arasında eşitlik” düzenlemesinden bu protokol kapsamında Anayasanın 41. maddesindeki hüküm için başvuru yapılamayacaktır. Protokollere taraf olmamak, bireysel başvuru hakkından yararlanmayı son derece kısıtlamakta ve çelişkili durumlar ortaya çıkarmaktadır.

Bu karşılaştırmadan ortaya çıkan bir diğer sorun da, “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden” ne anlaşılması gerektiğidir.

Ne Anayasa ne de Yasanın ilgili maddesine ilişkin gerekçede, “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden” ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir izahat yapılmamaktadır. Böylece konu Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarına bırakılmış olmaktadır.

Anayasa’da temel hak ve ödevler, Anayasa’nın II. Kısımında 4 bölüm halinde ve 62 maddede düzenlenmiştir. Anayasada temel hak ve özgürlükler bu kısımda düzenlenen 62 maddeden oluştuğu kabul edilirse, bireysel başvuru bu 62 madde kapsamındaki haklar için yapılabileceği sonucuna varılır.

Diğer yandan, Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler ifadesi, Temel hak ve ödevleri düzenleyen II. Kısımdaki haklarla sınırlı değil, Sözleşme kapsamında yer alan Anayasanın herhangi bir maddesindeki hak ve özgürlükleri de kapsar denilebilir.

Birinci yorumu kabul ettiğimizde, Sözleşme kapsamında 14. maddede düzenlenmiş ayrımcılık yasağı konusunda tartışmalar çıkabilecektir. Anayasa’da kanun önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı, Genel Esaslar bölümünde 10. maddede düzenlenmiştir²²⁹. Ayrıca Sözleşme kapsamında 14. madde Sözleşmedeki haklarla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Bağımsız olarak ayrımcılık yasağı 12. Protokolle düzenlenmektedir. Türkiye, bu Protokole taraf olmadığına göre, Sözleşme kapsamında yer alan haklardan bağımsız olarak ayrımcılık yasağından yararlanılamayacaktır. Bu kapsamda 10. madde kapsamındaki başvurularda, bu maddenin temel hak ve özgürlükleri düzenleyen bölümde yer almadığı iddiası gündeme gelebilecektir.

Ancak bu biçimsel ve daraltıcı yorum, bireysel başvuru mekanizmasının amaçlarıyla bağdaşmaz. Bu nedenle, Anayasa’da güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler ifadesini geniş yorumlamak gerekmektedir. Bu kapsamda, Anayasa’nın herhangi bir maddesinde Sözleşme kapsamındaki haklara ilişkin bir düzenleme olması halinde, bu madde kapsamında da başvuru yapılabilir. Bu nedenle, Anayasanın 10. maddesi, temel hak ve özgürlükler bölümünde düzenlenmemiş olsa dahi Sözleşmenin 14. madde kapsamında işletilmelidir.

Ancak, bu yorumu kabul ettiğimizde dahi 12. Protokol kapsamında 10. maddede başvuru yapılamayacaktır²³⁰. Bu durumda, 10. madde Sözleşmede yer almayan bir hakka ilişkin ayrımcılık yasağı çerçevesinde kullanılamayacaktır. Aksi durumda 12. Protokole taraf olmamanın hiçbir hukuki sonucu kalmayacaktır. Öte yandan, Anayasada 10. madde ile sağlanan “kanun önünde eşitlik” hakkı sadece Sözleşme-

²²⁹ Örneğin Almanya’da aynı konu temel haklar bölümünde 3. maddede düzenlenmektedir.

²³⁰ 12 Nolu Protokol’de “Genel ayrımcılık yasağı” şu şekilde düzenlenmektedir: “(1) Kanunda öngörülen haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensubiyet, servet, doğum veya başka bir statüden kaynaklanan herhangi bir nedenle ayırım yapılmaksızın sağlanır. (2) Kimse, herhangi bir kamu otoritesi tarafından, 1. fıkrada sayılan gerekçelerle ayrımcılığa tabi tutulamaz.”

de 14. madde kapsamında kullanılabilir.

İkinci yorum kapsamında, Sözleşmenin 10. maddesi kapsamında düzenlenen “radyo, sinema ve televizyon işletmelerinin izin sistemine tabi tutulmalarına ilişkin düzenleme, Anayasanın 133. maddesinin yer almaktadır. Bu kapsamda, bu madde temel hak ve özgürlükler bölümünde düzenlenmemiş olmakla birlikte Sözleşme kapsamında yer aldığından bireysel başvuru konusu olabilecektir. Aynı şekilde Sözleşme’nin 1. Ek protokolünün 3. maddesinde düzenlenen serbest seçim hakkı, Anayasanın 67, 75, 76, 77, 79, 101, 102, 104, 127 maddeleri de serbest seçim hakkını düzenlemektedir. Tüm bu maddelere, temel hak ve özgürlükler bölümünde yer almadığına bakmaksızın, serbest seçim hakkı kapsamında başvuru yapılabilir.

Ortaya çıkan bir diğer sorunda, bir hakka ilişkin Sözleşme kapsamı ile Anayasa’da hakka ilişkin düzenlemelerin kapsamının birbirinden farklı olmasıdır.

AİHS’nde, Serbest seçim hakkı sadece “yasama seçimleri” ile sınırlanmaktadır. Sözleşme’deki bu hak kapsamına, devlet başkanı seçimleri, mahalli idare seçimleri, referandum ve plebisitler bu maddenin uygulama alanı dışında kalmaktadır²³¹. Oysa Anayasamızın “seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları” kenar başlıklı 67. maddesinde “seçimler ve halk oylaması” denilerek bir ayırım gözetmeden, genel ve mahalli seçimler, devlet başkanlığı seçimleri, halk oylaması hepsini içine alacak şekilde bir düzenleme yapılmıştır.

Bireysel başvuruyu düzenleyen maddede, “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin” ihlal iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılabilecektir (m.45/1).

Bu hükmün daraltıcı şekilde yorumlanması halinde, Anayasada güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerden, Sözleşme kapsamında güvence altına alındığı kısmıyla başvuru yapılabilir sonucuna varılabilir. Böylece, Anayasa’da serbest seçim hakkını düzenleyen maddeye ilişkin sadece Sözleşme kapsamında düzenlenmiş “genel seçimler” için başvuru yapılabilir. Bu durumda Sözleşme’nin ihlali önlenmiş olmakla birlikte, Anayasa’nın tanıdığı daha geniş özgürlük alanından yararlanılmamış olacaktır.

Ancak bu yorum tarzı Sözleşme’nin kendisiyle de çelişebilir. Nitekim Sözleşme’nin 53. maddesine göre, “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeciler 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.” Bu hüküm gereğince, Sözleşme kapsamından daha geniş bir şekilde iç hukukta bir hakkın düzenlenmesi durumunda, Sözleşme hükümleri sınırlayıcı şekilde yorumlanmaması gerekmektedir. Dolayısıyla serbest seçim hakkına ilişkin anayasanın genişletici hükümleri, bireysel başvurunun konusu yapılabilir.

Ancak, tam tersi durumda ne olacaktır? Yani, Sözleşmenin güvence altına aldığı bir hakkın, Anayasal düzenleme ile daraltılması halinde, Anayasa hükümleri ihmal mi edilecektir?

Örneğin iç hukukta Anayasa ve yasalarda vicdani red hakkının tanınmaması

²³¹ Ömer ANAYURT, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin, Ankara, 2004, s. 142.

durumunda, Sözleşme kapsamında Mahkemenin din ve vicdan özgürlüğü kapsamında vicdani red hakkını tanıması durumunda, vicdani red hakkına ilişkin bir bireysel başvuru hakkı kabul edilecek midir? Örneğin, Sözleşmeye rağmen, idam cezasının anayasaya konması halinde, Anayasa Mahkemesi bu konudaki başvurularda Anayasa Mahkemesi Anayasayı ihmal ederek, Sözleşme hükümlerine göre mi karar verecektir?

Anayasanın 90. maddesine göre, antlaşmalar kanun hükmündedir. Ancak 2004 yılında yapılan değişiklik sonrası, **(Ek cümle: 7.5.2004—5170/7 md.)** Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır”.

Bu düzenleme ile insan hakları antlaşmaları ile kanunların çatışmasında önceliğin antlaşmalarda olduğu kabul edilmiştir. Ancak insan hakları Antlaşmaları ile Anayasanın çatışması durumunda, Anayasa hükümlerinin önceliği olduğu açıktır. Bu kapsamda, Anayasa Mahkemesi, hakların kapsamını belirlerken, Sözleşme ile Anayasa arasında bir çatışma olması halinde Anayasa hükümlerini uygulamak durumundadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir hakka ilişkin yorumu, Anayasa Mahkemesi bakımından “ahde vefa ilkesi” gereğince “mümkün olduğunca” Anayasaya uygun şekilde yorumlanmalıdır. Ancak, Anayasa koyucunun açık iradesinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yorumlarıyla çatışması durumunda, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine yer veren 11. maddede bağlamında, Anayasa hükümlerini uygulaması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yorumları Sözleşme hükümleri gibi kabul edilemez. Sözleşmeciler devletler bakımından bu yorumlar Sözleşmenin uygulanmasında yol gösterici olarak kabul edilmelidir. Aksi halde, uluslar arası bir yargı organının kararları ile iç hukukta Anayasa hükümleri geçersiz kılınabilecektir.

II. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN GÜVENCE ÖLÇÜTLERİNİN YORUMLANMASINDA DOĞABİLECEK SORUNLAR

1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin güvence ölçütleri olağan ve olağanüstü hallerde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu düzenleme sözleşme ile paralellik oluşturmaktadır. Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması kenar başlığı ile, olağan dönemlerde özgürlüklere ilişkin sınırlama ölçütleri belirlenmiştir. Maddeye göre, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. (Değişik: 3.10.2001— 4709/2 md.)”.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uyulması gereken ölçütlerin başında “yasallık ilkesi” gelmektedir. Ancak yasallık ilkesinin uygulaması iç hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında farklı uygulanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8-11. maddelerinde de “yasayla öngörü-

len” sınırlamalardan söz edilmektedir. Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin “ancak kanunla” sınırlanabileceği belirtilir. Aynı şekilde Anayasanın 91. maddesinin 1. fıkrasında temel hak ve hürriyetlerden sadece “sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin” kanun hükmünde kararname ile düzenlenebileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması “ancak kanunla” mümkün olabilirken, düzenlenmesi konusunda sadece sosyal ve ekonomik haklar bakımından kanun hükmünde kararname açısından bir istisna getirilmiş olmaktadır.

Hukukumuzda her düzenleme bir sınırlama kabul edilmemektedir. Nitekim Anayasanın 26. maddesinin 3. fıkrasında, “Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılamaz” denilmektedir. Bu nedenle her düzenleyici hüküm bir sınırlama kabul edilmez. Türk hukukunda “kanun” ifadesinden “şekli kanun” anlaşılmaktadır. Dolayısıyla yasal dayanağı olmadan idarenin düzenleyici işlemleri ile ya da Anayasadaki istisna dışında kanun hükmünde kararnamelerle özgürlükler sınırlanamaz ve düzenlenemez.

Oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “yasa/hukukten öngörülen” ifadesindeki yasa kavramını “maddi anlamda yasa” olarak yorumlamıştır. Mahkeme ilk olarak Sunday Times – Birleşik Krallık kararında “yasa/hukuk” ifadesinden ne anladığını şöyle açıklamıştır: “Mahkeme, ‘hukukun öngördüğü’ ifadesindeki ‘hukuk (law) sözcüğünün sadece ‘yasayı (statute) değil, ama yazılı olmayan hukuku da kapsadığını dikkate almıştır”.

Anayasa Mahkemesi, 13. maddenin emredici niteliği karşısında, “maddi yasa” anlayışını esas alamaz. Bu çerçevede haklara ilişkin müdahalenin meşruluğunu ararken, “müdahalenin yasal temelini” olup olmadığını “şekli kanun” anlayışına göre değerlendirmesi gerekir. Türk hukukunda şekli kanun anlayışı geçerli olduğundan, “kanunla sınırlanır” ifadesinden yalnızca şekli anlamda kanun anlaşılması gerekir. Bu kapsamda kanunla sınırlanır ifadesinde “anayasal sınırlar” da anlaşılabilir. Bu anlamda anayasa bir “kanun” sayılamaz. Bu nedenle anayasal sınırlar ile kanunla sınırlama birbirinden farklı olduğundan, 13. maddedeki güvenceler anayasal sınırlar için geçerli olamaz. Aynı sonuca, Anayasanın 90/son hükmünde, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmalar kanun hükmündedir” ifadesinden de ulaşılabilir. Eğer Anayasayı da bir kanun sayarsak, antlaşmaların Anayasal değerde sayılması gerekir. Oysa iç hukukumuzda antlaşmalar şekli anlamda kanun hükmündedir.

Bu değerlendirme karşısında, Anayasa Mahkemesinin daha önce vermiş olduğu “Türban kararları” dikkat çekmektedir. Anayasada açık sınırlamalar olmadığı ve Yüksek Öğretim Kanununun ek 17. maddesinde bir yasaklama bulunmadığı halde, üniversitelerde türban sınırlaması Anayasa Mahkemesinin laikliğe ilişkin “yorumlu red kararı” ve yönetmeliklere dayandırılmıştır. Aynı şekilde bu gün Avukatlık Kanununda avukatlığa engel durumlar arasında başörtüsü yasağı düzenlenmediği halde, TBB Meslek kuralları (20) ve 1993 tarih 963/40 sayılı genelge ile başı açık olma gibi bir sınırlama getirilmektedir. Uygulamada başı kapalı avukatlara ruhsat verilmemektedir. Bireysel başvuru kapsamında bu durum Anayasa Mahkemesinin önüne gelmesi durumunda, mahkemenin “özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanması” gerektiği

şeklindeki ölçütü şekli kanun anlayışına uygun şekilde yorumlaması beklenecektir.

Mahkemenin kendi içtihatları ile de ortaya koyduğu gibi özgürlükleri sınırlayacak yasanın “açık ve anlaşılabilir” olması gerekir. İdari düzenleyici işlemler bakımından yeterince açık ve somut olmayan, idareye yeni sınırlamalar getirme olanağı tanıyan işlemler, yasallık ilkesine uygun kabul edilemez. Yasal sınırlamaların uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre değişmeyen açıklık ve kesinlikte olması gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi düzenli içtihatlarında, özgürlükleri sınırlayan yasalarda kullanılan deyimlerin açık ve kesin olmasını, uygulayıcıların sübjektif değerlendirmelerine ve keyfi davranışlarına yol açabilecek nitelikte genel, soyut kavramlar olmaması gerektiğini belirtmektedir²³². Halbuki anayasal ilkeler “ölçü norm” niteliğindedir ve bir çoğu doğrudan uygulanabilir nitelikte ve açıklıkta değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, “vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmemiş bir norm “yasa kuralı” olarak kabul edilemez. Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir davranışla önceden görebilmelidir”²³³.

Anayasa Mahkemesine “ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için” başvurulabilecektir. “Eksik yasal düzenleme” Yasa koyucunun bir ihmalidir. Eksik düzenleme, yasanın, benzer hukuksal durumda bulunanlardan bir bölümü için kural getirmemesi ya da susmasıdır²³⁴. Anayasa Mahkemesi kanunların Anayasaya uygunluğu denetimi kapsamında, eksik düzenlemenin bir anayasal normu ihlal etmesi (eşitlik gibi) halinde yasayı Anayasaya aykırı bulabilmektedir. Bunun dışında eksik düzenlemenin iptaline gitmemektedir. Mahkemenin yerleşik içtihadı şu şekildedir:

“Anayasa Mahkemesinden, ancak Anayasa’ya aykırı olan bir yasa hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebileceğine, özde Anayasaya aykırı düşmeyen bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacıyla iptal isteminde bulunulamayacağına” hükmetmiştir²³⁵.

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında, “Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırı bulduğu yasaları iptal ederek yürürlükten kalkmasını sağlar. Yasa koyucu gibi davranarak yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm kuramaz. Anayasanın öngördüğü ve mutlak düzenlenmesini istediği hususlara yer vermeme durumu dışındaki, yasanın isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesi eksikliği, iptal nedeni olamaz. İsterse yer verip isterse yer vermeyeceği bu tür eksiklikler yasa koyucunun takdir yetkisi içindedir...bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacıyla değiştirilmesini sağlamak için de iptal istenilemez. Yasa koyucunun dilediği zaman giderebileceği eksik düzenleme, yukarıda belirtilen anayasal zorunluluk dışında, aykırılık oluşturmaz.”²³⁶

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi yasadaki kaynaklanan bir eksik düzenlemeyi ancak, Anayasanın düzenlemesini zorunlu kıldığı bir konunun düzenlenme-

²³² Kararlar için bk. E. 1973/41, K. 1974/13; E. 1995/28, K. 196/2.

²³³ Sunday Times – Birleşik Krallık, p. 48.

²³⁴ Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 328.

²³⁵ AYM, E. 87/24, K. 87/32, s. 427.

²³⁶ AYM, E. 88/3, K.89/4, s. 31-32.

mesini iptal sebebi sayarken, Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayan ve yasama organının takdirine bırakılmış bir konuda eksik düzenlemenin iptal nedeni olmayacağını kabul etmektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın düzenlemesini yasama organının takdirine bıraktığı bir konuda düzenleme yapmaması ya da eksik düzenleme yapması halinde, bireyin hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi durumunda, bireysel başvuru kapsamında ihlal vermesi beklenecektir. Çünkü yasama organının ihmalden doğan bir hak ihlali söz konusu olduğunda, Mahkeme bireysel başvuru hakkının kapsamında ihlal kararı vermelidir.

İnsan hakları ihlallinin tespitinde müdahalenin varlığının tespitinden sonra, yasal dayanağı ve daha sonra “meşru bir amacının” olup olmadığı araştırılmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerin hangi amaçlarla sınırlanacağı, ilgili maddede tek tek belirlenmektedir. Kademeli sınırlama sistemi olarak kabul edilen bu sistem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile paralellik oluşturmaktadır. Bu kapsamda haklar üç kategoriye ayrılmaktadır. Mutlak haklar olarak nitelenen ve hiçbir meşru sınırlama nedeni bulunmayan haklar yer almaktadır. İşkence ve kötü muamele bunun tipik örneğidir. İkinci kategorideki haklar sınırlama nedenlerinin sınırlı bir şekilde sayıldığı haklardır. Kişi güvenliği, yaşama hakkı, adil yargılanma hakkı gibi haklarda hakka ilişkin sınırlar belli istisnalarla sınırlandırılmıştır. Üçüncü kategoride yer alan haklarda ise belli amaçlarla yasama organına sınırlama konusunda takdir yetkisi bırakılmaktadır. Sözleşmenin 8-11 maddelerindeki haklar bu nitelikte haklardır.

1982 Anayasanın 2001 değişikliğinden sonra kabul edilen yeni sistemine göre, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın, yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.” 2001 Anayasa değişikliği ile genel sınırlama nedenleri kaldırılmış, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine paralel, ilgili maddelere yeni sınırlama nedenleri ilave edilmiştir. Ancak bazı haklar bakımından sınırlama nedenlerinin yeterli bir şekilde düzenlenmediği görülmektedir.

Anayasanın 23. maddesinde “seyahat hürriyeti”nin “suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek” amaçlarıyla sınırlandırılabilmesi söylenmiştir. Oysa seyahat hürriyeti, genel sağlık, salgın hastalıkların önlenmesi veya milli güvenlik nedenleriyle de sınırlandırılması meşru görülebilecek nedenlerdir.

Bazı haklar bakımından getirilen sınırlama nedenleri ise AİHS ile uyumlu görülmemektedir. Anayasanın “Bilim ve sanat hürriyeti” kenar başlıklı 27. maddesine göre, “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir” dedikten sonra ikinci fıkrada “Yayma hakkı, Anayasanın 1. ,2. ve 3. maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz” denilmektedir. Bu hüküm, en azından bilimsel özerklik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Aynı şekilde Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasına yer alan siyasi partilere ilişkin sınırlama nedenleri hem partinin tüzük ve programı hem de eylemleri bakımından sınırlama getirmektedir. AİHS ve Venedik Komisyonu raporlarında da belirtildiği gibi bu sınırlamalar hem muğlak hem de AİHS ile uyumlu değildir.

Haklara ilişkin bir müdahalenin meşru kabul edilmesinde yasallık, meşru

amaçtan sonra, “demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk” gelmektedir.

Sözleşme sisteminde bu ölçüt oldukça önemli bir yer kapsamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü içinde “ölçülülük ve öz ilkelerine” de yer vermektedir. Anayasamız ise bu ölçütleri, demokratik toplum düzeninin gereklerinden bağımsız bir şekilde düzenlemiştir. Bu durumun özgürlük rejimi açısından bir olumsuzluk oluşturduğu söylenemez. Ancak, hiçbir sözleşme’de ya da anayasada yer almayan yeni bir ölçüt, 2001 Anayasa değişikliği ile 13. maddeye eklenmiştir. Sınırlamaların “Laik Cumhuriyetin gereklerine” de aykırı olamayacağı ifade edilmiştir. Bu durumda, demokratik toplum düzeninin gerekleri dışında, Türkiye’ye özgü laik Cumhuriyetin gereklerinin varlığını ileri sürmek ve bu ikisi arasında bir çatışma olması durumunda, Sözleşme bakımından da bir uyum sorunu gündeme gelebilecektir.

Anayasa Mahkemesinin “kendine özgü laiklik anlayışına” dayanarak, AİHS kapsamındaki demokratik toplum düzeninin gereklerinden bir sapma meydana gelmesi durumunda, iki ilkenin çatışması söz konusu olacaktır. Anayasa Mahkemesi yerleşik içtihatlarında Türkiye’ye özgü laiklik anlayışını benimsemiştir. Mahkeme’nin kararlarında kendine özgü laikliğin su unsurları ön planca çıkmaktadır:

“Tarihsel gelişimin farklılığı nedeniyle özellik taşıyan laiklik, Anayasa ile benimsenen ve korunan bir ilkedir”.

Laiklik “Türkiye’nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir. İnsanlık idealidir... Demokrasiye geçişin de aracı olan laiklik, Türkiye’nin yaşam felsefesidir”²³⁷.

“Anayasa koyucu, mabedin ve din işleriyle uğraşan kimselerin özerkliği ve bağımsızlığı biçiminde sınırsız ve Devlet denetimi dışında kalan bir din hürriyeti anlayışı Anayasada kabul edilen laiklik düzeni ve ilkelerine uygun görmemiştir.”

“dinsel inanç ya da dinsel kurullarla doğrudan ilişki ve bağlantı kurularak yapılan düzenleme, hem devrim yasalarını, hem de laiklik ilkesini ilgilendirir”²³⁸.

“Çağdaşlaşmayı hızlandıran ve Türk Devrimi’nin kaynağı olan laiklik ilkesi toplumun akıl ve bilim dışı düşüncelerle yargılardan uzak kalmasını amaçlar... Cumhuriyet ve demokrasi, şeriat düzeninin karşıtıdır”²³⁹.

“Anayasadaki laiklik ilkesine ve laik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz”²⁴⁰

Demokratik düzen dinsel gerekleri egemen kılmayı amaçlayan şeriat düzeninin karşıtıdır... Demokratik devlet, ancak laik devlettir”²⁴¹.

Anayasa Mahkemesinin kararlarından ortaya çıkan sonuç, Türkiye’ye özgü laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı her sınırlama yanı zamanda demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı kabul edilecektir. Oysa AİHM yerleşik içtihadına göre, “Demokrasinin kendisine aykırı olmadıkça, bir Devletin mevcut organizasyonunu sorgulayacak nitelikte bile olsa farklı siyasi programların önerilmesine ve

²³⁷ AYM, E. 1989/1, K. 1989/12, s. 143-158.

²³⁸ AYM, E. 1989/1, K. 1989/12, s.144.

²³⁹ AYM, E. 1989/1, K. 1989/12, s. 146.

²⁴⁰ AYM, E. 1989/1, K. 1989/12, s. 150.

²⁴¹ AYM, E. 1989/1, K. 1989/12, s. 158.

tartışılmasına imkan verilmesi, demokrasinin özünü oluşturur"²⁴².

Bu nedenle bu ilkenin özgürlüklerin güvence ölçütleri arasından çıkarılması ya da Anayasa Mahkemesinin, bu ilkeyi demokratik toplum düzeninin gerekleri kapsamında değerlendirmesi gerekecektir.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü hem AİHS hem de Anayasada yer alan ortak ölçüt olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi bu güne kadar ölçütü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi zengin bir içerikle uygulamamış, dar ve katı bir yorum yöntemi benimsemiştir.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında önemli bir uygulama alanı bulunmaktadır. Ancak ölçüt Sözleşme'de hakların niteliğine uygun kademeli sistem dolayısıyla tüm haklar açısından uygulanmamaktadır. Mahkeme kararlarında ölçütün, Sözleşme'nin 8 ila 11. maddeleri üzerinden uygulandığı görülmektedir. Oysa 1982 Anayasasının 13. maddesinde yer alan demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesi Anayasada tüm haklar bakımından ortak bir güvence ölçütü konumundadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, Anayasada yer alan tüm haklar bakımından bu ölçütü yorumlamak ve uygulamak durumundadır.

Mahkeme'nin esas açısından, her türlü ihlal iddiasına karşı yaptığı ilk inceleme, söz konusu maddenin olaya **uygulanabilirliği**dir. Mahkeme bunu yaparken özellikle otonom (özerk) kavramlar doktrininden yararlanmakta ve Sözleşme kavramlarına ulusal nitelemeler dışında özerk anlamlar yüklemektedir. Uygulanabilirlik koşulu yerine geldikten sonra söz konusu olayda ilgili hakka bir **müdahalenin** olup olmadığını belirlemektedir. Müdahalenin varlığı halinde, yapılan müdahalenin haklı olup olmadığı incelemesi yapmaktadır.

Mahkeme Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerine ilişkin bir müdahalenin **haklılığını incelerken** üç koşulun yerine gelip gelmediğine bakmaktadır. Bunlardan ilki müdahalenin **yasayla öngörülmüş** ya da yasaya uygun olup olmadığıdır. Mahkeme müdahalenin haklılığını incelerken ele aldığı ikinci koşul, yasayla öngörülen müdahalenin ilgili maddede gösterilen **meşru bir amaca** dayanıp dayanmadığıdır. Mahkeme'nin müdahalenin haklılığını araştırırken baktığı son koşul, yasayla öngörülmüş ve meşru bir amaç taşıyan müdahalenin **"demokratik bir toplumda gerekli"** görülüp görülmeceğidir.

Mahkeme müdahalenin gerekliliğine ilişkin bir değerlendirmede, öncelikle gereklilik kavramının anlamı üzerinde durmaktadır. 8 ila 11. maddelerde yer alan gereklilik kavramının diğer maddelerde geçen gereklilik kavramından farkına değinilmektedir. Bu maddelerde geçen gereklilik kavramı ne 2. maddedeki gibi mutlak bir gerekliliği ne de 1. Protokolün 1. maddesinde yer alan mülkiyet hakkında olduğu gibi çok geniş bir gerekliliği ifade etmemektedir. Bu iki katı ve çok gevşek değerlendirme ölçütü arasında gereklilik, **"zorunlu bir toplumsal ihtiyaç baskısına"** işaret etmektedir. Mahkeme gereklilik kavramının ima ettiği zorunlu toplumsal ihtiyacın **"uygun ve yeterli gerekçeler"**inin olmasını ve bunların **"inandırıcı"** bir şekilde ortaya konmasını aramaktadır. Müdahalenin bu nitelikte bir zorunlu toplumsal ihtiyacı yansıtmaması için bireysel menfaatle kamusal menfaat arasındaki **"adil dengenin"** gözetilmiş olması gerekmektedir. Bunun için de müdahaledeki

²⁴² Sosyalist Parti – Türkiye , p. 47.

meşru amacı gerçekleştirme için seçilen önlemlerin “**orantılı olması**” gerekmektedir. Mahkeme tüm bu koşulların yerine geldiğini gördüğü takdirde, yapılan müdahaleyi demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olarak kabul etmekte ve ihlal iddiasını reddetmekte, aksi durumda ise demokratik toplumda gerekli olmayan bu müdahalenin Sözleşme’yi ihlal ettiği sonucuna varmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin AİHM içtihatlarına uyma konusundaki tavrı Avrupa standardında ortak demokratik toplum anlayışı açısından önemlidir. Anayasa Mahkemesi’nin temel hakları koruma konusunda öncelikli ve önemli bir yeri vardır. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda oldukça tutucu davrandığı ve kararlarında Strasbourg içtihatlarından yeterince faydalanmadığı görülmektedir.²⁴³ Bunun nedenleri arasında Anayasa Mahkemesi’nin tutucu tavrının etkili olduğu söylenebilir de, Sözleşme’ye uygunluk açısından yapılan denetimin niteliğinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Türkiye hakkında verdiği ilk siyasi parti kapatma kararında, ortaya koyduğu içtihatların Anayasa Mahkemesi’nin diğer kapatma kararlarında yeterince dikkate alınmadığı ve Siyasi Partiler Kanunundaki yasakları dar ve katı bir şekilde uyguladığı düşünülmektedir.²⁴⁴ Fazilet Partisi kapatma kararında, karara muhalif kalan bazı Anayasa Mahkemesi üyeleri de, pozitif hukuku yorumlama konusunda, Mahkeme’nin dar ve katı tutumunu şöyle eleştirmektedirler:

“Anayasa Mahkemesi, belirtilen anayasal ilkeler karşısında ulusal yasalardaki dar ve antidemokratik anlayışlar yerine, Sözleşme’nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin hak ve özgürlük alanlarını genişletici kural ve yorumlarını uygulamak durumundadır. Parti kapatma davalarının Anayasa Mahkemesi’ne görev olarak verilmesinin nedeni de uluslararası bu güvenceleri toplum hayatına geçirebilme konusunda sahip olduğu konumundan kaynaklanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi iç hukuka öncelik vermek suretiyle aldığı kararlarla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ‘örgütlü ifade özgürlüğü’ konusundaki içtihatları oldukça farklıdır. (...) **Anayasa Mahkemesi’nin pozitif hukuku dar ve katı yorumlamasına karşı**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ifade ve eylemlerin şiddet niteliği taşıyıp taşımadığı, ülke bütünlüğü, şiddete çağrı, halkı ayaklandırma, terörü övme, suç işlemeyi tahrik ve teşvik etme, başkalarının özgürlüklerini tehlikeye düşürme gibi yasak alanlar bakımından somut sonuçlar doğurup doğurmadıkları esasından hareket etmektedir. Potansiyel tehlike ölçütünü kullanmadığı gibi, şok

²⁴³ Anayasa Mahkemesi’nin Sözleşme’ organlarının kararlarına atıfta bulunduğu bazı kararlar için bk. E. 1992/8, K. 1992/39, K.T. 16.6.1992, AMKD, Sayı 28/2, s. 448; E. 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1998/1, K.T. 16.1.1998, AMKD, Sayı 34/2, s. 1050.

²⁴⁴ Tezcan, SP ve TBKP davaları hakkında AİHM kararları karşısında, Anayasa Mahkemesi’nin tavrı hakkında şunları söylemektedir: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından varılan sonuçları fikir olarak aşırı ve hatta özellikle Sosyalist Parti kararını Türkiye gerçekleriyle bağdaşmaz bulsak da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 65. maddesi (11 nolu Protokole göre yeni 58. madde) gereğince Anayasa Mahkemesi’nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu iki kararını dikkatle değerlendirmesi ve bundan böyle parti kapatma davalarında anılan kararların gerekçelerini göz önünde bulundurması gerekmektedir. Zira bu iki karar, Türkiye’de insan haklarının ve hukuk devletinin en büyük güvencesi olması gereken Anayasa Mahkemesi’nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. maddesi gereklerini tam olarak dikkate almadan karar verdiği sonucunu varmaktadır.” bk. TEZCAN, “Örgütlenme Hakkının Sınırları Açısından Siyasi Partileri Kapatma Kararlarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Ortaya Koyduğu Eğilim”, s. 8.

edici, şaşırtıcı söylemleri kuşku, vehim, korku, zan ve tahmin gibi soyut duygu ve düşüncelerden ayrı tutmaktadır.”²⁴⁵

Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlükler açısından yaptığı denetim, temel hak ve özgürlüklere ilişkin yasal düzenlemelerin “Anayasaya uygunluğu” ile sınırlıydı. Siyasi partiler açısından yaptığı denetim ise, partilerin tüzük, program ve faaliyetlerinin Anayasal ve yasal düzenlemelere uygunluğunu kapsamaktaydı. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi sınırlı bir norm denetimi yoluyla özgürlükleri koruma işlevine sahipti. Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaptığı gibi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin hür türlü müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olup olmadığını denetleyememekteydi. Başka bir ifade ile Anayasa Mahkemesi yasanın Anayasaya uygunluğu kapsamında demokratik toplum düzeninin gereklerine ilişkin soyut denetim yapmaktaydı.²⁴⁶ Bu da Mahkemeyi, yerindelik denetimi yapma endişesine sevk etmekteydi.

Oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal makamların yaptığı her türlü işlem ve yargı kararları sonucu oluşan ihlallerin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunu incelemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğu belirlerken soyut denetimle yetinmemekte, maddi olaylar hakkında karar vermektedir. Başka bir ifadeyle Sözleşme'deki haklara yapılan müdahalelerin demokratik toplum düzeninin gerekleri açısından caiz olup olmadığını denetlemektedir. Hak ve özgürlüklere müdahale konusunda “zorunlu bir toplumsal gereksinimin” olup olmadığına bakmaktadır. Bir anlamda yapılan müdahalelerin demokratik **toplum düzeninin gerekleri açısından “yerinde olup olmadığını”** incelemektedir.

Mahkeme müdahalenin meşruluğu incelemesini yaparken ilk iki koşul olarak, müdahalenin meşru bir amaca dayanması ve yasayla öngörülmesini aramaktadır. Bu iki denetim daha çok müdahalenin biçimsel özelliklerine ilişkindir. Oysa yukarıda geniş bir şekilde ele alındığı gibi demokratik toplumda gereklilik koşulunun irdelenmesi “takdir marjı” değerlendirmesini içermektedir. Mahkeme bu açıdan yaptığı değerlendirmede, “zorunlu toplumsal ihtiyaç”, bu ihtiyacı gösteren “uygun ve inandırıcı, yeterli gerekçe”, alınan tedbirin “ölçülülüğü”, bireysel ve genel yarar arasında “denge” aramaktadır. Ayrıca bu ölçülere dayanarak yaptığı değerlendirmeyi, “dinamik bir anlayışla” yorumlamakta ve somut olaya uygulayarak bir karara varmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunu denetlerken, yapılan sınırlamanın Anayasa'da öngörülen kural ve yöntemlere uygun olup olmadığına ve hakkın özüne dokunup dokunmadığına bakmaktadır. Anayasa Mahkemesinin demokratik toplum düzeninin gerekleri açısından yeterli bir açılım göstermediği, ölçütün öz ölçütü kapsamında dar bir çerçevede kullanıldığı, demokratik toplum düzeninin gereklerinden hareketle uluslararası hukuka açık bir yorum tarzını benimsemediği,

²⁴⁵ AYM. E. 1999/2, K. 2001/2, KT. 22.6.2001, RG. 5 Ocak 2002 (Mükerrer), s. 589-59.

²⁴⁶ Nitekim iki Mahkeme'nin yaptığı denetimin nitelik farkı hakkında DOĞRU/NALBANT şu açıklamalarda bulunmaktadır: “Diğer yandan Mahkeme, Türk Anayasa Mahkemesinden farklı olarak soyut denetim yapmamaktadır. Kuşkusuz Mahkeme'nin ihlal saptadığı başvuruların nedeni olan yasaların Sözleşme'ye uygunluğu tartışmalı duruma gelmektedir. Ama Mahkeme'nin incelemesinin esas olarak yasal düzenlemeler ve onun kadar önemlisi bunların hayata geçirilmesi ile olduğunu belirtmek gereklidir.” bk. DOĞRU/NALBANT, a.g.e., s. 9.

bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına yeterince yer vermediği şeklinde yapılan eleştiriler temelden yoksun değildir. Bu nedenle Mahkemenin bireysel başvuru kapsamında, demokratik toplum düzeninin gereklerini yalnızca öz ölçütü ile açıklaması, bu ilkenin bağımsız olarak taşıdığı işlevin sorgulanmasına yol açacaktır. Mahkeme'nin, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğu denetlerken, uluslararası insan hakları hukukuna açıklık ilkesini ön plana çıkarması, özellikle bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında demokratik toplumun standartlarına ilişkin ortaya konan ortak anlayışın paylaşılması, dolayısıyla bu konuda yeni bir açılım yakalaması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi bundan sonra bireysel başvuru mekanizması kapsamında, daha önce yaptığı gibi sadece norm denetimi kapsamında demokratik toplum düzeninin gereklerini dar yorumlamaktan kurtulması gerekecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından yararlanarak, demokratik toplum düzeninin gereklerini özgürlükler alanını genişletici şekilde kullanması beklenecektir.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru mekanizmasının temel hak ve özgürlükler rejimine etkisi üzerinde bir değerlendirme içeren bu makaleden şu sonuçlar çıkmaktadır:

Bireysel başvuru hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller kapsamında yararlanılabilecektir. Bu formülasyon uygulamada bir çok sorunu gündeme getirecektir. Türkiye'nin taraf olmadığı 7 ve 12 Protokoller kapsamında yer alan hakların dolaylı olarak diğer haklar kapsamında gündeme gelmesi halinde, Anayasa Mahkemesi diğer haklar kapsamında bu Protokollerdeki haklara yer vermesi halinde, Protokollere taraf olmamanın hiçbir hukuکی etkisi kalmayacaktır. Bu haklara kapsam dışı bırakılması halinde ise, Anayasada başvuru kapsamında tanınan bir hakkı örneğin 16. madde kapsamında yabancılara ilişkin haklarda ya da 10. madde kapsamında eşler arasında eşitliği düzenleyen 7. protokol kapsamını daraltıcı şekilde uygulaması gerekecektir. En doğru çözüm bu Protokollerin bir an önce onaylanmasıdır.

Anayasa'da "güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler" ifadesi, daraltıcı şekilde sadece Anayasanın temel hak ve ödevler başlıklı II. Kısmı ile sınırlı değerlendirilirse, yine uygulamada birçok sorun gündeme gelecektir. Örneğin kanun önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 10. maddeden ya da 133. madde-deki radyo ve televizyon hakkına ilişkin hükümlerden yararlanılamayacaktır. Bu nedenle, bu ifade Sözleşme kapsamına dek düşen Anayasanın temel hak ve özgürlüklerine yer veren herhangi bir maddesi olarak geniş yorumlanması gerekir.

Bir diğer sorun da, bir hakka ilişkin Sözleşme kapsamı ile Anayasadaki kapsamın birbirinden farklı olması durumunda ne olacaktır. Örneğin serbest seçim hakkı Anayasa'da Sözleşme kapsamından çok geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Özgürlükler hukukunda bir hakka ilişkin farklı düzenlemeler olması halinde "lehe olan düzenleme uygulanır" ilkesi gereğince, Anayasada Sözleşmeden daha geniş bir kapsama sahip olan hak, Anayasa'da tanındığı şekliyle uygulanmalıdır. Tam tersi durumda ise, Sözleşme kapsamının Anayasa ile çatışan şekilde genişlemesi durumunda da ise, Anayasa Mahkemesinin Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi gereğince Anayasa hükümlerini uygulaması gerekir. Anayasayı ihmal ederek, Sözleşme hükümlerini ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yorumunu esas alması durumunda Anayasa Mahkemesi, 11. maddeyi ihlal etmiş olur.

Anayasanın açık hükümleri iç hukukumuzda "şekli kanun" anlayışının benimsendiğini göstermektedir. Bu sonucu hem 13. maddede yer alana "özgürlükler ancak kanunla sınırlanır" hükmünden hem de 91. maddede kanun hükmünde karar-nemelerle sadece sosyal ve ekonomik hakların düzenlenebileceği hükmünden hem de 90. maddede antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu gösteren hükümden kolayca varılabilmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi maddi kanun anlayışına göre değil, şekli kanun anlayışına göre hareket etmek ve kanunla yapılmayan her sınırlamayı doğrudan ihlal şeklinde değerlendirmesi gerekecektir.

Bireysel başvuru kapsamında müdahalenin meşru amacını araştırırken, kademe-li sınırlama sistemi gereğince, mutlak hak sayılan (işkence ve kötü muamele yasağı gibi) ve hiçbir şekilde sınırlandırılmayan haklar bakımından yapılacak her

sınırlama ihlal sonucunu doğuracaktır. Yaşama hakkı, kişi güvenliği, adil yargılama gibi meşru müdahale nedenleri tek tek sayılan haklar bakımından bu istisnaların ihlal edilip edilmediği çerçevesinde karar verecektir. Sınırlanması öngörülen ve ilgili maddede tek tek sınırlama nedenleri sayılan haklar bakımından ise, ilgili maddede sayılan nedenlerle sınırlamanın yapılıp yapılmayacağı göz önünde bulundurulması gerekecektir. Eğitim ve öğretim hakkı, ailenin korunması gibi Sözleşme kapsamında olup da Anayasanın sosyal ve ekonomik haklar bölümünde düzenlenen ve sınırlanabilir olduğu kabul edildiği halde herhangi bir sınırlama nedeni belirtilmeyen haklar için ise, Anayasanın hak ve özgürlükler rejimi kapsamında meşru görülen bir nedenle sınırlama yapılabilecektir. Bu haklar bakımından yasama organına çok daha geniş bir takdir yetkisi verdiği kabul edilmelidir.

Sınırlamanın ölçüsünü gösteren, demokratik toplum düzenin gerekleri ölçütü bakımından ortaya çıkan sorun 2001 Anayasa değişikliği ile bu ilkeye eklenen “laik cumhuriyetin gerekleri” ifadesinin yorumudur. Mahkemenin bu güne kadar kabul ettiği “Türkiye’ye özgü laiklik anlayışı”, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ortaya koyduğu “demokratik toplum düzeni” anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, bu ilkenin özgürlüklerin güvence ölçütleri arasından çıkarılması ya da bu ilkenin demokratik toplum düzeni anlayışıyla uyumlu bir şekilde yorumlanması gerekecektir.

Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü, dar ve katı yorumlamış, bu kapsamda bu ilkeyi özgürlükler alanını genişletici bir içeriğe kavuşturamamıştır. Bunun nedenleri arasında, Mahkemenin bu güne kadar “özgürlükler yerine devleti” koruma refleksinin ağır basması kadar, Mahkemenin yaptığı denetiminin hukuki niteliğinin de etkili olduğu söylenebilir. Mahkeme, bu güne kadar kanunların Anayasaya “uygunluğu” denetimini yapmıştır. Oysa bireysel başvuru mekanizması, Anayasa Mahkemesine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi, bir müdahalenin “demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığının yerindeliğini” değerlendirme yetkisi vermektedir. Böylece Anayasa Mahkemesi, müdahalenin gerekliliğini belirlerken, zorunlu bir toplumsal ihtiyaç baskısının olup olmadığını, bu durumu gerekli kılan inandırıcı delillerin bulunup bulunmadığını, müdahalenin orantılı olup olmadığını inceleyebilecektir.