

ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU HAKKI

Panel Notları



2013



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI



Genel Yayın Sıra No: 223

2013 / 04

ISBN No: 978-605-5316-47-1

Yayıncı Sertifika No: 12457

Yayına Hazırlayan
İstanbul Barosu Yayın Kurulu

Tasarım / Uygulama / Baskı

Ege Reklam ve Basım Sanatları San. Tic. Ltd. Şti.

Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4 / 1

347047 Ataşehir-İstanbul

Tel: (0216) 470 44 70 Fax: (0216) 472 84 05

www.egebasim.com.tr

Birinci Basım: Nisan 2013

Bu kitap İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile bin adet basılmıştır.

**İSTANBUL BAROSU
PANEL**

**ANAYASA MAHKEMESİ'NE
BİREYSEL BAŞVURU HAKKI**

06 EKİM 2012

**Cumhuriyet Hukuku ve Kültürü Merkezi
(CUMER)**

Orhan Apaydın Konferans Salonu



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

İstiklal Cd. Orhan Adli Apaydın Sk. No: 2 Beyoğlu / İstanbul

Tel: (0212) 251 63 25 (pbx) Faks: (0212) 293 89 60

dergi@istanbulbarosu.org.tr

İÇİNDEKİLER

Açılış	7
Av. Salih KARAKUZULU	7
Av. Hüseyin ÖZBEK	12
Av. Burhan ÖĞÜTCÜ	15
<i>Özel Hukuk ve Vergi Hukuku Bakımından Anayasa Şikayeti İle İlgili Olarak Oluşabilecek Bazı Sorunlar</i>	
Prof. Dr. Bertil Emrah ODER	27
<i>Anayasa Mahkeme'sine Bireysel Başvuru: Başvuruculara Öneriler</i>	
Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU	49
<i>Anayasa Şikayetinin Hukuki Temelleri</i>	
Yrd. Doç. Dr. Av. Erdem İlker MUTLU	71
<i>Temel Hak ve Özgürlüklerde Uluslararası ve Ulusal Bireysel Başvuru Yöntemleri</i>	

PANEL
“ANAYASA MAHKEMESİ'NE
BİREYSEL BAŞVURU HAKKI”
06 Ekim 2012

Av. Saliha KARAKUZULU

İstanbul Barosu'nun değerli mensupları, Sayın Genel Sekreterim, değerli Merkez Başkanım, önceki Başkanım, değerli konuklar, sevgili meslektaşlarım; İstanbul Barosu'nun düzenlediği, Cumhuriyet Hukuku ve Kültürü Merkezi'nin düzenlediği “*Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı*” isimli panelimize hoş geldiniz.

Bugün özel bir durum var. 6 Ekim hem İstanbul'un Kurtuluşu'nun yıldönümü, hem devrim şehidi Bahriye Üçok'un katledilişinin yıldönümü. Bu nedenle İstanbul'u kurtaran değerli kurucumuz Mustafa Kemal Atatürk ve silah arkadaşlarını ve devrim şehidimiz Sayın Bahriye Üçok'u saygı, sevgi ve minnetle anıyorum. Bunun için Bir dakika ayağa kalkmanızı ve saygı duruşunu rica ediyorum.

Değerli konuklar, Türkiye Cumhuriyeti Vatan daşları, 1987 yılında o güne kadar hiç tanışmadıkları, belki de varlığından bile haberdar olmadıkları bir mahkemeye karşılaştılar. Bu mahkeme, memleketlerinden yüzlerce kilometre uzakta Avrupa'nın Strazburg şehrinde bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ydi.

Öncelikle Anayasa'da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınmış insan haklarının ihlalleri durumunda başvuracakları bir yargı merciinin olması durumunu şaşkınlıkla karşıladılar, ama, 25 yılda Türkiye'nin ulaştığı başvurucu sayısının 19 000 gibi bir rakama ulaştığını düşünürsek bu yöntemi çok çabuk keşfedip, benimseyip kullanmaya başladıklarını anlarız.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde hak arayan yurttaşlarımız, uzun yıllar, bu haklarını elde etmede büyük bir başarıyla mücadele verdiler. Bu mahkeme de Türk vatandaşlarına gerçekten çok özel bir ilgiyle yaklaştı. AİHM'in internet sitesini incelediğimde birtakım istatistiklerle karşılaştım. Bu istatistiklerden bazı rakamlar vermek gerekirse, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2011 yıl sonu itibariyle, başvurucularının TC. Vatandaşı olduğu 2747 Davayı sonuçlandırmış; bu başvurulardan, 2404 adedi Türkiye'nin mahkumiyetiyle neticelenmiş. Bu çok yüklü bir rakam, Türkiye bu karar sayısı ile hak ihlalleri konusunda verilen mahkumiyet kararlarında birinci sırada, sadece 57 dava Türkiye devletinin beraatıyla sonuçlanmış, 207 başvuruda Türkiye devleti kendi hatasını, kusurunu, yani hak ihlali yaptığını kabul ederek anlaşmayla olayı çözümlenmiş ve şu anda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde bizim aleyhimize hâlâ çözüm bekleyen 16650 başvuru var. Bu sıralamada Rusya'dan sonra ikincisıradayız.

Sayılara baktığımızda, bu birincilikten gurur duymayan devlet, kamu gücünü, vatandaşın

temel hak ve özgürlüklerini çiğneme konusunda kontrol altına alacağına, kamu gücünü, hak ihlali konusunda engelleyici yöntemler geliştireceğine çok yeni bir yöntemi kanunlaştırdı. Bu yöntem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'yle insanların arasına başvurulması gereken bir yargı yolu daha sokmak oldu. 12 Eylül 2010 tarihli referandumla bir Anayasa paketi halkoyuna sunuldu. Bu paket içinde, doğrusu pek de tartışılmayan, ne olduğunu hiçbirimizin bilmediği, hepimiz için bir muamma olan Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru hakkı vatandaşlara tanındı ve bu hakka dayanarak dava yolu, bu Eylülde, 24 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe girdi. Bireysel başvurunun başladığı tarihten bu yana geçen 10 gün içinde Anayasa Mahkemesi'ne 53 bireysel başvuru yapılmış; ona da şöyle bir baktım neler, hangi alanlarda başvuru yapılmış diye, yapılan başvuruların birçoğunu İnsan Hakları Mahkemesi'nde olduğu gibi adil yargılanma hakkının ihlali oluşturuyor. Anayasa Mahkemesi'ne bu konuda bir hak ve görev verilmiş olması, insanların adil yargılanma hakkına ulaşma konusunda bir engelle daha karşılaşması anlamına geliyor. Yani başlıbaşına bu yöntemin kendisi adil yargılamaya ulaşmada bir engel teşkil ediyor. Çünkü adil yargılama hakkında öncelikli konu, amaca ulaşmada sonucu en kolay ve en kısa şekilde getirecek şekilde yargılanmaktır. Anayasa Mahkemesi'nden çıkacak kararlar, adil yargılanma hakkının ihlalinden dolayı, adil yargıya ulaşma konusunda yeteri derecede tatmin olmayan insanları, ne derecede doyuma ulaştıracaktır;

şimdilik bunu bilmiyoruz. Henüz uygulamanın da nasıl olacağını bilmiyoruz. 53 başvuru yapılmış, yapılan 53 başvurunun yüzde 30'u kabul edilebilirlik görüşmesi yapılmak üzere komisyona havale edilmiş. Bu komisyon henüz şu anda çalışmaya başlamamış durumda. Yüzde 70'i, başvuruların hatalı yapılmış olması nedeniyle başvuru sahiplerine düzeltme süresi verilerek beklemeye alınmış. Görülmektedir ki, başvuru sahiplerinin, hak ihlallerinin ortadan kaldırılması konusunda amaca ulaşabilmeleri için öncelikle iyi bir eğitimden geçirilmeleri gerekiyor. Bu açıdan baktığımızda Cumhuriyet Hukuku ve Kültürü Merkezi'mizin bugün düzenlediği panel bu konuda dinleyicileri bilgilendirme ve izleyecekleri yolu takip edecekleri yöntemler konusunda kendilerine gerekli öğretiyi sağlamak amacıyla düzenlenmiştir.

Panelimizin konuşmacıları "*Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Öneriler*"ni bizimle paylaşacak olan Prof. Dr. Sayın Bertil Emrah Oder Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, Hocam, sizi yerinize alabilirim. "*Anayasa Şikâyetinin Hukuki Temelleri*" konusunu işleyecek olan Sayın Prof. Dr. Korkut Kanaoğlu Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi, "*Temel Hak ve Özgürlüklerde Uluslararası ve Ulusal Bireysel Hak Arama Yolları*"nı irdelleyecek olan Yrd. Doç. Dr. Av. İlker Erdem Mutlu Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi, "*Özel Hukuk ve Vergi Hukuku Bakımından Anayasa Şikâyetiyle İlgili Oluşabilecek Bazı Sorunlar*" ve elbette ki bunların çözümü ko-

nusunda da bizi aydınlatacak olan Av. Burhan Öğütçü Cumhuriyet Hukuku ve Kültürü Merkezi Kurucu Başkanı.Oturumu başkanı İstanbul Barosu Genel Sekreteri Sayın Av.Hüseyin Özbek. Ben sözümü sayın katılımcılara ve Genel Sekreterime bırakırken hepimize geldiğiniz için çok teşekkür ediyorum, saygı ve sevgilerimi sunuyorum

Av. Hüseyin ÖZBEK
İstanbul Barosu Genel Sekreteri

Bugün çok önemli bir etkinlikle karşınızdayız. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı 23 Eylül'den itibaren yürürlüğe giriyor. Son derece güncel olan bir konuda meslektaşlarımızın da yoğun bir ilgisi ve duyarlılığı söz konusu, kamuoyunun da duyarlılığı söz konusudur. Burada bu konu belki de Türkiye'de ilk defa böyle bilimsel bir toplantıda ele alınacak. Bu bakımdan ben baromuzun Cumhuriyet Hukuku ve Kültürü Merkezi'ne böyle bir konuyu seçtikleri ve bu kadar güncel bir dönemle örtüşür bir biçimde gündeme getirdikleri için teşekkür etmek istiyorum. Daha önceki dönemlerde de, yani son 2 yıl içinde Cumhuriyet Hukuku ve Kültürü Merkezi'miz çok önemli etkinliklerde bulundu. Anayasa konusunda, Anayasanın değiştirilemez hükümleri konusunda, ulusal günler konusundaki etkinlikleri de son derece dikkat çekici ve meslek camiamız açısından olsun, kamuoyu açısından olsun yararlı geçti. Bunları biz kitaplaştırdık, muhtemelen bu etkinlik de kitaplaşacak. Tabi Yönetim Kurulunun kararı ve takdiriyle oluyor, ama bugün yapacağımız etkinliğin de önümüzdeki hafta kitaplaştırılması konusunda bir karar alınacağını tahmin ediyorum. En azından ben Yönetim Kuruluna böyle bir teklifte bulunacağım. Ben bugün aranızda bulunan değerli katılımcılara, tebliğ sunacak olan akademisyenlerimize de huzurunuzda teşekkür etmek istiyorum. Kendilerini arkadaşımız muhakkak ki, Saliha Hanım takdim etmiştir, ama ben isim olarak sizlere takdim et-

mek istiyorum. Prof. Dr. Berfil Emrah Oder Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, kendisine hoş geldiniz diyorum. Tebliğ konusu: “*Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Başvuruculara Öneriler*” Prof. Dr. Osman Korkut Kanadoğlu, kendisiyle evveliyattan bir hukukumuz vardır. Ben kendisini doçent olduğu dönemlerden bu yana tanırım. Sağ olsun bizim baromuza önemli katkılarda bulunmuştur, bizim toplantı, konferans ve seminer taleplerimizi hiçbir zaman geri çevirmemiştir, kendisine müteşekkirim. “*Anayasa Şikâyetinin Hukuki Temelleri*” konusunda tebliğ sunacaklar. Yrd. Doç. Dr. Av. Erdem İlker Mutlu, Erdem bizim mutfağımızdan, buradan, kapıdan yetişme yani. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi deyince Ankara'ya kadar uzanmayın, burada yuvadan yetişti: “*Temel Hak ve Özgürlüklerde Uluslararası ve Ulusal Bireysel Başvuru Yöntemleri*” Av. Burhan Öğütçü önceki dönem bizim Cumhuriyet Hukuku ve Kültürü Merkezi'miz Yürütme Kurulu Başkanı “*Özel Hukuk ve Vergi Hukuku Bakımından Anayasa Şikâyetiyle İlgili Olarak Oluşabilecek Bazı Sorunlar*”, bu konuda bir tebliğ sunacak. İlk turda değerli katılımcılarımız 20'şer dakika uygun mudur acaba?

Şimdi tabii bugünkü konu teknik bir konu, yeri gelmişken ve konu Anayasa iken birkaç cümle şunu söylemek isterim: İstanbul Barosu'na; “**Niye 12 Eylül davasına müdahil olmuyorsunuz, niçin Anayasa konusunda sizin önerileriniz yok**” diyorlar. Hatta şimdi seçim sathı mahalline girdiğimiz 13-14 Ekim 2012 tarihlerinde, yani bir hafta sonra İstanbul

Barosu'nun Olağan Genel Kurulunun olduğu bir dönemde bu sorularla daha sık karşılaşılıyor. İstanbul Barosu'nun kurumsal tavrı bu konuda şudur: *“Sivil söylemli, demokrasi söylemli ve makyajlı bir otoriterleşmenin hukuki meşruiyet temelini oluşturacak bir süreçte İstanbul Barosu bu konuda fotoğrafın bütününe gördüğü için bu karenin, bu dairenin içinde olmayacaktır”* demiştir. Yine 12 Eylül konusunda, 12 Eylül 1980 darbesi konusunda bir ayağı çukurda mütekait generallerin yargılanmasıyla 12 Eylül mahkûm edilmek isteniyorsa, İstanbul Barosu bunun içinde olmayacaktır. 12 Eylülle yol açan sermaye grubu, o zamanki TÜSİAD'ın o çarşaf çarşaf ilanları, 12 Eylül'ün arkasında ... *“bizim çocuklar işi başardı”* diyen Amerika emperyalizmi, Türk halkını ekonomik anlamda kelepçelemek isteyen ve aynı zamanda bir hukuk kelepçesine mahkûm etmek isteyen ekonomik ve siyasal dinamikler bu yargılamanın içinde olmayacaksa, İstanbul Barosu bu tiyatrodaki da yer almayacaktır demiştik.

Av. Burhan ÖĞÜTCÜ
(CUMER KURUCU BAŞKANI)

**Özel Hukuk ve Vergi Hukuku Bakımından
Anayasa Şikayeti İle İlgili Olarak
Oluşabilecek Bazı Sorunlar**

Şimdi bu Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı teknik bir konu aslında, ama tabii önce konuya biraz politik yaklaşacağım. Öncelikle güzel yurdumun güzel şehrimizin güzel insanları, hepiniz hoş geldiniz diyorum. Ben 1964'lerde, 1965'lerde falan; bir olay nedeniyle yakalandım, orada bir öğrenci hareketinde yakalandım ve elebaşı olarak yargılandım, ama doğrusunu söyleyeyim, ne başımdan bir işkence olayı geçti, ne tutuklandım, bunların hiçbiri olmadı, dümdüz yargılandık. Şimdi aynı işleri bizim yeni dönemdeki bazı üniversite öğrencisi arkadaşlarımız yapıyorlar ve ben bakıyorum çoğu tutuklanıyor, yargılanıyor, işkenceden geçiyor, kafası gözü patlatılıyor. İşte ileri demokrasi dediğiniz şey herhalde bu olsa gerek diyorum ben de. Yani sene 1964-1965, o zamanlar çok geriydi demokrasi, ben tutuksuz yargılandım, hiç başımdan böyle şeyler geçmedi. Şimdi bakıyorum, veryansın ediyorlar. Allah Allah nidalarıyla üstlerine yürüyorlar, birileri geliyor, bağırarak protesto etmek isteyenlerin zorla ağızları kapatılıyor. İşte ileri demokrasi. Yalnız bu ileri demokrasinin bir göstergesi daha var. O da Anayasal şikâyet, diğer bir deyimle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı; eğer bu

da daha ileri bir demokrasinin işaretiyse vay geldi başımıza. Şimdi ben özetle şunu söyleyeyim: O genel gerekçesi var Anayasa Mahkemesi'nin görevleriyle ilgili yasanın genel gerekçesi; bir kısmını ben burada vereceğim Genel gerekçesindeki gerekçeleri yerine getirsin Anayasa Mahkemesi, öpüp başıma koyalım, ama pek de öyle olacağına benzemiyor.. Bakalım, göreceğiz gene de.

Benim konum özel hukuk ve vergi hukukuyla ilgili bazı sorunlar, onu sunmak istedim, ama bu konuyu sunarken biraz ceza hukukuna da sanıyorum girmiş olacağız. Şimdi bu sorunlar nereden çıkabilir? Bakıyorum, yorum yöntemlerindeki farklılıktan çıkabilir. Yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorum yöntemiyle Anayasa Mahkemesi'nin yorum yöntemi arasında oldukça büyük farklar var. Nereden çıkıyor bu? Özerk yorum yöntemi, özerk kavramlar diyorlar, hazır hocalarımız da buradayken ben neden "özerk" deniyor diye soruyorum hocalarımıza. Hazır sizler de buradayken. Bu özerk deyi mi bana biraz tuhaf geliyor, nedir bu özerk deyi mi? Özerk yönetim, yani bilmem hangi ülkenin özerk yönetimi falan gibi. Tabii bu otonom, yani otonomus, oradan tercüme edilmiş, ondan dolayı özerk deniyor, ama illa ki motomot bunun tam karşılığını kullanmak zorunda değiliz. Ben diyorum ki, şu özerk deyimden gözünüzü seveyim vazgeçelim, buna hiç olmazsa özgün diyelim daha iyi olur, herhalde daha iyi oturur yerine. Neyse, bunu geçelim artık.

Yorum İlkeleri

İlginçtir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi diyor ki: Ben metinlerle falan bağlı değilim. Evet, metni esas alıyor, sözleşme metnini esas alıyor, ama onun dışında böyle otonom, özerk diyelim, özgün yöntemler kullanarak özgün kavramlar oluşturuyor. Burada kemikleşmiş bir yorum yerine evrimci yorumun yolunu açmıştır deniliyor. Yani AİHM diyor ki: Ben bu sözleşmeyi bir dekoratif unsur olarak kabul etmiyorum, bunu yaşama geçireceğim, yaşama nasıl geçecekse öyle geçireceğim. AİHM'nin etkin olmaları için bir mücadele silahı haline getirdiği söylenebilir. Mesela medeni nitelikli hak ve ödevler, ceza hukukunda suç isnadı, bu kavramları kendine özgü birtakım yöntemlerle yorumluyor. Burası çok önemli değerli meslektaşlarım. Mesela, König/Almanya kararına bakalım : İç hukukumuz yönünden idare mahkemesinde sonuçlanmış, vergi mahkemesinde sonuçlanmış bir uyuşmazlık söz konusu değil mi? Siz hemen “bu olmaz, niye ben Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkını kullanayım” diyebilirsiniz. Çünkü medeni nitelikli hak ve görevlerle ilgili bir uyuşmazlık yoktur diyebilirsiniz. Peşinen öyle düşünmek yanlış. Yani bu tür uyuşmazlıklarla ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru olabilir haliyle ve dolayısıyla da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru söz konusu olabilir. Bunun için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi öyle belirli kriterler koymuş değil. Mesela, mahkeme: “*Medeni haklar ve yükümlülükler kavramının içeriği sadece davalı devlet iç hukukuna dayanarak*

yorumlanamaz” diyor. Yani diyor ki, kardeşim, ben senin iç hukukunla çok da ilgili değilim. Medeni haklar ve yükümlülükler kavramı tamamen özerk bir kavramdır. İşlemlerin her iki tarafın da mutlaka hakiki şahıs olması da gerekmez. Yani işlemin bir tarafı devlet olabilir veya idare mahkemesinin görev sahasında bir konu olabilir, bunlarla hiç ilgilenmiyorum. Mesela AIHM diyor ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve haklar için; kuramsal ve göstermelik değil, uygulanabilir ve etkin güvenceler sağlamayı amaçlamıştır. Bir yargı kararının uygulama sonuçlarının özenle nazara alınması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi günün koşulları ışığında yorumlanmalıdır. Bizim meşhur Loizidou-Türkiye kararında: *“Sözleşme sadece kendisini kalemlere alanların niyetleri doğrultusunda yorumlanamaz”* diyor.

AIHM Yorumu

Anayasa Mahkemesi'nin yorum yöntemine bakalım. Erdoğan Teziç Hoca yorum yaparken; önce Anayasa'ya aykırılık sorununu ortaya koyuyor. Anayasa Mahkemesi sonra da, ölçü olarak kullanacağı referans normu tespit ediyor, daha sonra tespit ettiği referans normu çözümleneceği soruna uyguluyor. Mahkeme referans normu tespit ederken yorum yapmak ihtiyacını hissediyor. Şimdi bu yorumu nasıl yapacak? Norm denetimi, yani soyut norm denetimi iptal davası şeklinde, somut norm denetimini de itiraz davası şeklinde. Soyut norm denetimi iptal davası olarak Anayasa 150 ve 151. maddede düzenlenmiş, Anayasaya aykırılığı öne sürülen kanunun uygulanacağı somut bir olay

veya dava olmadığı içindir ki, iptal davaları soyut norm denetimi olarak adlandırılıyor. Somut norm denetimi de önünde somut bir uyuşmazlık vardır, o uyuşmazlıkta bir norm denetimi söz konusu olabilir. O da bildiğiniz gibi itiraz davası şeklinde karşımıza çıkıyor.

Anayasa Mahkemesi yorumu yaparken önce “Anayasa’ya uygun bir yorum” yöntemi kullanıyor. Yani onu iptal etmektense Anayasa’ya uygun bir yorumla konuyu çözümlenmeye çalışıyor. Tabii bu durumda kararın gerekçeleri de bağlayıcı oluyor. Bu yöntemle eğer sorunu çözemiyorsa, o zaman pozitivist anlayışa yöneliyor, yani Anayasa metniyle bağlı bir yorum tarzına yöneliyor yahut da natüralist bir yorum tarzına yöneliyor. Naturalist yorum yönteminde ise pozitivist anlayışın aksine; sadece Anayasa metni değil, hukukun genel ilkeleri, Anayasa’nın başlangıç kısmı, evrensel hukuk kuralları, onları da esas alıyor. Şimdi tabii bu yorum yöntemleri arasındaki farklılık birtakım sorunlar gündeme getiriyor. Mesela, Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesinde kaçakçılık suçları ve cezaları var. Söz konusu hükümde defter ve belgelerini ibraz etmeyenler hakkında hapis cezası öngörülüyor. Bu Anayasa Mahkemesi’nin gündemine geliyor. Neden dolayı? Bir kimsenin kendi aleyhine delil göstermeme hakkının ihlali söz konusu olduğu için böyle bir şey gündeme geliyor. Burada mahkeme -bu çok enteresan, ilginç- diyor ki: *“bir kimsenin kendi aleyhine delil göstermeme hakkı; kovuşturma ve soruşturmanın her aşaması için geçerlidir”* Ancak *“kovuşturma ve soruşturma”* diyor. Şimdi burada

demek ki, bu bir kimsenin kendi aleyhine delil göstermeme hakkının kullanılması; ancak suç isnadından sonra başlayacak. Ya şüpheli olacaksınız, ya sanık olacaksınız. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu konuda diyor ki: “Hayır, öyle olmaz. Suç isnadına sebep olacak işlemlerin en başından en sonuna kadar”. Yani idari safha da olur bu. Şimdi orada şu deyimleri kullanıyor Anayasa Mahkemesi: Adil yargılanma hakkı için; **fair train** İtabirini kullanıyor, ama bazı kararlarına bakıyorum, **fair procedure** diyor veya bazısında da **fairness of proceeding** deyimlerini kullanıyor. Yani suç isnadının savcılık safhasından önceki birtakım safhaları olabilir, birtakım idari safhaları olabilir, kolluk safhaları olabilir. Hayır, ta en başından. Yani adil yargılanma hakkı; idari safhası varsa en başından itibaren mahkemeye intikal ettikten sonraki tüm safhalarını kapsaması gerekir.

Funke Kararı

Şimdi tabii bu iki şey arasındaki yorum yöntemi farklılığı birtakım sonuçlara açabiliyor. Şimdi ben Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin benzer konudaki kararlarına, 2-3 kararına değineceğim. Funke-Fransa kararında AİHM diyor ki: Yurtdışı servet unsurlarını ele geçirmek için gümrük yetkilileri başvuru ve eşinin malikanesine giriyor. Funke yurtdışında birkaç banka hesabının varlığını ikrar ediyor, ancak elinde herhangi bir banka hesap dökümünün bulunmadığını söylüyor. Gümrük memurları malikaneyi ararken yabancı bankalara ait banka hesaplarıyla çek karnelerini ortaya çıkarıyorlar. Bunlara el koyup bir tutanak düzenliyorlar. Ara-

ma sırasında gümrük memurları başvuruçudan ortaya çıkardıkları banka hesaplarının dökümlerini yurtdışında ev satın alınmasıyla ilgili tasarruf planını ve bir bankadaki hisse senedi portföyünü ibraz etmesini istiyorlar. Polis mahkemesi başvuruçuya 1200 Fransız Frangı para cezasına, banka hesabı dekontları, tasarruf hesabı ve satın aldığı dairenin finansmanı ile ilgili tüm belgeleri gümrük yetkililerine ibraz etme mecburiyetine ve bu konuda gecikilen beher gün için 20 Fransız Frangı para cezasına mahkûm ediyor. Funke varlığını ikrar ettiği belgeleri -bakınız, burada varlığını ikrar etmiş- önce evet ibraz edeceğim diyor, sonra vazgeçiyor, ibraz etmiyor. İstinaf safhasında bu beher gün için 20 Fransız Frangı para cezası 50 Fransız Frangına yükseltiyor. Sonuçta tabii bu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gündemine geliyor konu. AİHM diyor ki: *"Gümrükler belirli belgeleri elde etmek amacıyla Funke'yi mahkûm ettirmişler ve ayrıca başvuruçuyu kendi kendini suçlamaya yönelik olarak delil elde etmeye icbar etmişlerdir. Gümrük Mevzuatı madde 6'da yer alan ana fikrin özerk anlamıyla bir kimsenin kendi aleyhine suç isnadında bulunmama, susma ve kendi kendini suçlamama hakkını ihlal etme imkânı vermez"* Yani sizin iç mevzuatınız buna hak da verse biz bunu kabul etmeyiz, işlem ne zaman başlamışsa sonucuna kadar adil yargılanma ilkesini uygulamanız gerekir diyor Mahkeme. Funke kararı böyle.

Bir de Saunders/Birleşik Krallık Davası var. Başvuruçusu Saunders, Guinness PLC'nin yönetim kurulu üyesi ve Murahhas Azası. Guinness PLC **Distillers Company'nin** hisse çoğunlu-

ğunu ele geçirmek için başka bir şirket, Argyll Group ile rekabet halinde. Guinness, Distillers hisse senedi sahiplerine; Argyll teklifine benzer içinde tatminkar hisse takas unsuru da olan "Hisse Senedi borsası"nda kote edilen oldukça iyi bir fiyatla uygun bir teklif veriyor. Distillers hisselerini satın alma sırasında Guinness hisse fiyatı dikkat çekici biçimde yükseliyor. Ancak hisse satın alma açıklandığında hisse fiyatları diğer başkaca herhangi bir etki olmadan dikkat çekici biçimde düşüyor. Guinness kote edilmiş hisse fiyatlarının yükselen seviyesinin muhafazasını veya bu sürenin daha da şişirilmesini sağlamak için Guinness hisse satın alma sürecine simsarlar dâhil oluyor. Simsarlar maruz kalılabilecek olası zararlara karşı gizli olarak ödeme güvencesini veriyor ve Guinness, Distillers hisselerini satın almanın başarılı olması halinde fiyatlarda büyük bir yükseliş beklentisi olduğunu söylüyorlar. Bu tür özendirmeler yasa da aykırı, bu durum piyasaya duyurulması gerekirken gizleniyor ve duyurulmuyor. Ayrıca bir şirketin başka bir şirket hisselerini satın almak amacıyla bir firmadan mali yardım almasını yasaklayan orada bir yasa var: Companies Act Yasası ihlal edilmek suretiyle Guinness'in parasının tamamı başka bir şirketten mali yardım almak suretiyle ödeniyor. Yasaya aykırı hisse temini işlemine göre hisse alımında bulunan simsarlara güvence verilmiş ve ödüllendirilmişlerdir. İlâveten simsarların bulunmasına aracılık eden bazı kişiler de büyük paralar ödemek suretiyle ödüllendirilmişler. Bu ödemeler Guinness fonlarına yapılmış, ödemelerin çoğunluğu yasadışı hisse alım işlemlerine katılan simsarlara

veya yasadışı hisse alım işleminde alıcı taraflar sahte faturalar kullanılarak yapılmış. Görüyorsunuz ne kadar karmaşık yasadışı bir sürü işlem var, ama burada mahkeme ne diyor? Şimdi başvurucu şundan şikâyet ediyor: Müfettişlerce alınan benim ifadem kendisine karşı yürütülen suçça yönelik işlemlerde kullanılmasıyla sınırlıdır. Suç isnadı doğurabilecek bir idari soruşturma süreci Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ışığında özgün anlamıyla madde 6 paragraf 1 müfettişlerin yürüttüğü işlemleri de kapsar. Yani bakın, idari safhayı da işin içine katıyor bu adil yargılama ilkesine. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sözleşme madde 6'da sarahaten bahsedilmiş olmasa da susma ve kendi kendini suçlamama hakkı genel olarak uluslararası standartlarca kabul edilen madde 6'da adil işlem nosyonunun kalbinde yer alır. Zorlayıcı güç kullanılarak elde edilen materyallerin kullanılması cezai işlemlerde kullanmaya teşmil edilemez, yani bu zorlayıcı güç yasaya da dayanabilir, sen bunu cezai işlemlere teşmil edemezsin diyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Bu tür hazırlık soruşturması, yani bu müfettiş safahatı görevlendirilmiş bir iddia makamı olsun -savcılıkla da olabilir- düzenleyici, idari, hatta yasal bir yetkili olsa dahi madde 6 paragraf 1'deki 4 set olarak ifade edilen hakka yargısal prosedür güvencesine konu edilmesi gerekir diyor. Ne kadar geniş düşünüyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu konuyu görüyorsunuz.

İçtihat Uyuşmazlıkları

G. B./İsviçre davası, burada G ve B demiş ismin tamamını karara yazmamış. Mmahke-

menin o kendi tasarrufudur, bu benim seçimim değil, kararın bir özelliğidir. Başvurucu 1979-1985 yılları arasında -burda da tam ismini vermemiş- P ve firmalarıyla bazı yatırımlar yapmış, ancak bu yatırımların miktarını 81-82, 87-88 vergilendirme dönemlerinde beyan etmemiştir. Ek vergi işlemleri başlatılmış ve başvurucudan birlikte yatırım yaptığı firmalarla ilgili tüm belgenin sunması istenmiş. Başvurucu gerçekten 1979'dan 1985'e kadar P ve firmalarıyla birlikte yatırım yaptığını, şahsi gelir vergisi beyannamesinde vergiyi eksik beyan ettiğini kabul etmiştir. Ancak başvurucu istenilen belgeleri vermemiş. Başvurucunun vergi yetkilileriyle bilgi verme talimatına bilerek uymadığı, vergi tarhiyatıyla ilgili olabilecek nezdinde bulunan hesapları ilgili tüm belgelerin sunulması konusunda vergi yetkilileriyle işbirliği yapmak zorunda olduğu halde bu zorunluluğa uymadığı gerekçesiyle başvurucunun ikinci para cezasına karşı yaptığı itiraz reddedilmiş. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin davadaki tespitleri, başvurucu kendisinin haksız şekilde belgeleri ibraza mecbur tutulması nedeniyle suçlandığı iddiasındadır. Para cezaları ikmalen vergi tarhiyatı ve ek vergiden kaynaklanmıştır. Başvuruya konu şikâyet başvurucuya karşı uygulanan işlemlerin adil olmamasıdır. Mahkeme başvurucunun istenilen bilgileri vermemesinden kaynaklanan para cezası kesilmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin gereklerine uygun olup olmamasına bakacaktır diyor mahkeme. Mahkeme bir devletin salt vergiyi eksiksiz ve doğru hesaplamak amacıyla mükellefin bilgi vermeye icmal edilip edilmeyeceği konusunda karar vermeyecektir

diyor. Sözleşme özellikle kendi kendini suçlama hakkı olarak yetkililerin işin başından bitimine kadar şüpheli kişi iradesini zorlama ve baskı yöntemleri kullanılmadan delil elde edildiğinin ispat edilmesi gerektiğini öngörmektedir. Verginin eksiksiz belirlenmesi amacıyla gelirle ilgili bilgi ve belgelerin sunulması için yetkililerin başvurucuyu zorlamaya çalıştıkları görülmektedir.

Benim metin bayağı uzun, ben tabii zamanlamayı iyi yapamadım. Biraz kırpamak gerekiyor zannediyorum. Şimdi bu iki şey arasında bir içtihat uyumsuzluğu var. Bu içtihat uyumsuzluğu nelere yol açabilir? Aynı şekilde gene bir defter ve belgelerin ibraz edilmemesi nedeniyle hapis cezasının öngörülmesi halinde siz Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilirsiniz. Bu durumda tabii bazı sorunlar gündeme geliyor. O sorunları da şöyle ele alacağım: Bir defa Anayasa Mahkemesi bu konuyu ele alacak mı? Önce bu konuda birkaç soru gündeme getirebiliriz. Anayasa şikâyeti bir dava mıdır, yani konu, Anayasa Mahkemesi'nin gündemine geldi. Siz bireysel başvuru hakkını kullandınız. Peki, bireysel başvuruda Anayasa'ya aykırılık edilebilir mi ve bu iddia edilebilirse nasıl gündeme gelecek? Önce tabii bunun için bir Anayasa şikâyetinin bir dava olması lazım gelir. Çünkü mevcut bir dava olacak ki, itiraz gibi bir Anayasa aykırılık söz konusu olsun. Orada Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında belirlenen dava ölçütleri var. Benim kanaatimce bu konu, dava kapsamına giriyor. Ayrıca bölümler mahkeme midir? Mahkeme olması lazım ki, bu Anayasa aykırılık söz konusu olsun. Anayasa Mahke-

mesi iptal ve itiraz halinde kendisini mahkeme olarak görmüyor, sadece Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılamada ve bir de siyasi parti kapatma davalarında kendisini mahkeme olarak görüyor. Ben de burada bölümlerin mahkeme görevini yaptıklarını söylüyorum. Bir de orada itiraz için 10 yıllık süre var. Bu süre aşılabilir mi? Bu süre de aşılabilir. Dolayısıyla bu bölümler bu konuyu Genel Kurulun gündemine bir mahkeme sıfatıyla getirebilir diyorum. Yazdığım, hazırladığım çok şeyler var, ama sanıyorum zaman sıkıntısı var. Bir de bu mülkiyet hakkı konusundaki şeyler farklı, yorumlar farklı, Anayasa Mahkemesi'nin bunu daha çok bir maddi şey üzerindeki haklarla ilgili olarak görüyor. Halbuki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mülkiyet kavramını çok geniş biçimde yorumluyor. Bir emeklilik hakkını, alacak hakkını, vesaire bu konularda da bir farklılık söz konusu olabilir. Ben şunu söylüyorum sonuç olarak: Çok şey var yazdığım, hazırladığım, ama zaman yetmeyecek. Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş ve görevleriyle ilgili yasalar, yasanın genel gerekçesindeki gerekleri Anayasa Mahkemesi yerine getirsin, daha fazla bir şey istemez.

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER

(Koç Ünv. Hukuk Fak. Dekanı)

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Başvuruculara Öneriler

Değerli baro üyeleri, değerli dinleyiciler; ilk konuşmada da dile getirildiği gibi aslında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru oldukça teknik nitelikli hukuksal tartışmaları beraberinde getiren bir konu ve benim sunumum da aslında teknik nitelikli hukuksal boyutu ağır basan bir sunum olacak. Ancak izninizle ilk konuşmanın bitirdiği noktadan başlayarak katkı mahiyetinde birkaç ufak değerlendirme yapmak istiyorum ve daha sonra da büyük çapta usulî nitelikteki bazı sorular sorarak, başvuruçuların özellikle bu soruların yanıtlanmasına yönelik taleplerini Anayasa Mahkemesi önüne taşımalarının önemine değinmek istiyorum.

Özellikle bu vergi hukukuna ilişkin içtihat bakımından aslında sizin değindiğiniz sorun Anayasa'daki düzenleme teknikleri ve özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin normatif kurgular ve bu kurguların hangi bağlamlarda yer aldığı sorunuyla yakından ilgili. Anayasa Mahkemesi sözünü ettiğiniz içtihat sistematik yorumu esas aldı, yani Anayasanın 38. maddesindeki “*suç ve cezalara ilişkin ilkeler*” başlığı altında “*susma hakkı*” şeklinde yer alan ilkeyi münhasıran ceza hukuku alanına özgü ve dar bir bakış açısıyla yorumladı. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bakış açısı, özü itibarıyla bu ilkenin yer aldığı bağlam (“sistematik yorum”)

dikkate alındığında, başlı başına hatalıdır da denilemez. Bu özgül olay bizi şuraya da götürüyor: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin gözüyle baktığımızda adil yargılanma hakkı bağlamında ele alınabilecek bir sorun, iç hukukun tabii ki en üst düzeydeki normatif düzenlemesi olan Anayasanın gözüyle baktığımızda farklılaşıyor. İlkenin bulunduğu normatif bağlam, Anayasanın 38. maddesi üzerinden bir değerlendirme yapmaya bizi zorluyor. Şimdi bu nokta çok kritik bir öneme sahip, çünkü az sonra ele alacağımız gibi 2010 Anayasa değişiklikleri doğrultusunda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kabul edilirken İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamındaki ve ilgili yasa –Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun- uyarınca da buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki haklar bakımından, bireysel başvuru kabul edildi. Ancak burada bu oldukça yalın ve basit gibi gözükken ifade, bizi yorum bakımından çok zorlu noktalara götürebilir. Çünkü hem sözleşme hem de protokollerdeki haklar ve içerikleri ile onlara bağılı düzenleme teknikleri, Anayasa'daki temel hak ve özgürlükler ve onlara bağılı düzenleme teknikleriyle doğal olarak birebir örtüşmemektedir. Aynı zamanda, Anayasa, şaşırtıcı gelebilir ama bazı konularda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve ek protokollerden çok daha ileridedir. Burada, 1950'li yıllarının temel hak ve özgürlük anlayışını yansıtan ve uluslararası nitelikte somutlaşmış bir belgedeki hak ve özgürlük kategorileri ve düzenlemeleriyle 1960'lar ve sonrasında karşımıza çıkan özellikle sos-

yal ve ekonomik alandaki değişim ve gelişimin Anayasa'ya yansıma biçimleri arasında bir fark olduğunu vurgulamak istiyorum. Anayasa, tüm eksiklerine ve tartışmalı noktalara rağmen sözleşmeye oranla açık "sosyal ve ekonomik hak güvenceler"i bakımından belirli bir olgunluk düzeyine sahiptir.

Özgül Düzenleme

Öte yandan, mülkiyet hakkı bakımından 2001 sonrası anayasal içtihatla -nemaya ilişkin anayasal içtihatla ve tabii fikri mülkiyete ilişkin anayasal içtihatla- Anayasa Mahkemesi sosyal güvenlik hakkı bağlamında da değerlendirilebilecek olan nemaya ilişkin güvenceleri ve fikri mülkiyete ilişkin güvenceyi anayasal anlamda mülkiyet hakkı kapsamında görmüştür. Dolayısıyla 2001 sonrası anayasal içtihadla baktığımızda mülkiyet hakkının somutlaşması eşya hukuku anlamındaki mülkiyetin değil, Anayasa Hukuku anlamındaki mülkiyet hakkının somutlaşması olarak algılanmak zorundadır: tıpkı Federal Alman Anayasa Mahkemesi içtihatlarında olduğu gibi.

Ancak Burhan Bey'in de sözünü ettiği bu içtihat farklılıkları her zaman karşımıza çıkabilecektir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun açılması Anayasadaki düzenleme tekniklerinin farklı olması, sistematik bağlamların farklı olması, hak kategorileri arasında mutlak bir uyumun olmaması gibi haklı hukuksal gerekçelerle de farklı sonuçlanabilir. Zaman zaman da Anayasa Mahkemesi'nin özde hiçbir farklılık olmamasına rağmen

Anayasayla sözleşmeyi birbirine uyumlu yorumlamaması gibi hukuken hiç de haklı görülemeyecek bir yargı politikası tercihinden de kaynaklanabilir. Her bir somut kararda, içtihat farklılığının dikkatli biçimde nereden kaynaklandığını iyi ayırt etmek gerekir.

Şimdi bu noktadan, bireysel başvuruya ilişkin anayasal düzenlemeye ve Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'daki düzenlemeye bakarsak hemen şu noktanın altını çizmek zorundayız: Türkiye'de bireysel başvuru saf bireysel anlamıyla kabul edilmiştir, yani aslında komünal nitelikli başvuruyu kapsamayacak şekilde kabul edilmiştir demek zorundayız. Bugün karşılaştırılabilecek modellere baktığımızda bireysel başvuru saf anlamıyla kabul edildiği gibi, komünal nitelikte, yani özel olarak yerel bazı birimlere tanınmış yargı yolu anlamında da kabul edilmektedir. Türkiye'de bu tarz bir özgül düzenlemenin olmadığını görüyoruz.

Av. Burhan ÖĞÜTCÜ - Şu özerk kavramını bir hocam vallahi içimde kaldı, bu özerk nereden çıktı bilmiyorum, motomot böyle. Benim içimden gelmiyor, ama sürekli de o kullanılıyor. Özgün desek daha iyi olmaz mı?

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER - Hızla ilerlersem, tabii ki öncelikle şunu vurgulamalıyım: Anayasadaki düzenleme tekniğiyle Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun düzenleme tekniği arasında da bir fark vardır. Anayasa sadece İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne gönderme

yapmışken, kanun aynı zamanda Türkiye'nin taraf olduğu ek protokolleri de bireysel başvuru kapsamında değerlendirmiştir. Burada kanun ve Anayasaya özellikle odaklanacağım ve benden sonra söz alacak olan değerli meslektaşım Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu da zannediyorum Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü konusunda bazı değerlendirmelerde bulunacak. Kanuna baktığımızda, Anayasanın somutlaştırılmasına ilişkin bazı düzenlemeler yapılırken, Anayasadaki *telostan*, yani öz amaçtan sapıldığı izlenimini uyandıran kimi somutlaştırmaların ağır bastığını görüyoruz. Anayasada daha geniş bir dille formüle edilmiş bazı düzenlemeler, özellikle hak özneleri ve başvurunun yapılabileceği işlem kategorileri bakımından daha geniş bir anlayış söz konusuken (“herkes” ve “kamu gücü” ifadeleri), kanunda bu kapsamın daraltıldığını görüyoruz. O nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun bakımından Anayasaya aykırılık sorunlarıyla karşı karşıya olduğumuzu söyleyebilirim.

Tüzel Kişilerin Durumu

Buradaki temel sorunlardan bir tanesi, hak öznelerinin kapsamının belirlenmesi konusudur ki, başvuru sahipleri başvurularında özellikle bu noktayı dikkate almalıdır ve zorlamalıdır. Anayasa, hak özneleri bakımından “herkes” biçiminde bir gönderme yapmış biliyorsunuz, yani bireysel başvuru hakkının öznesini “herkes” olarak tanımlamış. Burada gerçek kişiler ve tüzelkişiler arasında bir ayırım yapılmadığını görüyoruz ve ona bağlı olarak kamu hukuku tüzelkişileriyle özel hukuk tüzelkişileri arasında

bir ayırımın yapılmadığını da görüyoruz. Ancak kanunda kamu tüzelkişilerinin açıkça bireysel başvuru kapsamının dışında tutulduğunu saptıyoruz. Böyle bir yaklaşımın, Anayasaya ne derece uygun olduğu oldukça tartışmalıdır. Çünkü kimi özel durumlarda -üniversitelerin durumunda, belediyelerin durumunda olduğu gibi, bunların sayısını başka tikel örneklerle de çoğaltabiliriz- doğrudan bazı kamu tüzelkişilerinin temel hak ve özgürlük alanına ilişkin ihlal sorunlarını bunların Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkabilir. Çünkü sözgelimi üniversiteler, yapıları gereği düşünceyi açıklama ve onun daha özel bir biçimi olan bilim ve sanat özgürlüğünün taşıyıcısı olma, yani "hak öznesi" durumundadırlar.

Bir başka nokta, özel hukuk tüzelkişilerine ilişkin sınırlamadır. Burada kanun, sadece tüzelkişiliğe ait hakların ihlal edildiği gerekçesiyle bir başvurunun yapılabileceğini somutlaştırmaktadır. Dolayısıyla karşımızda sadece tüzelkişiliğe ait hakların ne olduğu, nasıl yorumlanması gerektiği şeklinde bir soru durmaktadır. Yapılacak başvurular bakımından, sadece tüzelkişiliğe ait hakların ne olması gerektiği konusunda başvurucunun dilekçesinde yapacağı yönlendirmeler ve göndermeler de değer taşıyabilecektir. Şunu vurgulamak istiyorum: Özellikle, karşılaştırmalı hukuka atıfla yapılan bazı tartışmalarda, sözgelimi dernek üyelerinin temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği hallerde onlar adına başvuru yapılamayacağı konusunda kimi görüşler ileri sürmektedir. Bu nokta oldukça kritik bir değere sahiptir ve bildiğiniz gibi Danıştay içtihadında

ve bizim İdare Hukukumuzda genel eğilim özellikle derneklerin dava açma hakkı bakımından, en azından İdare Hukukunda yargı yollarının mümkün olduğunca geniş yorumlanması yönündedir. Eğer İdare Hukukunda hak özgürlüğünü genişleten bu yaklaşım, bireysel başvuru sürecinde anayasal içtihatta benimsenmeyecekse yargısal korunmada bir gerileme ile karşı karşıya kalacağız.

Güncel ve Kişisel Hak

Yine bir diğer tartışma, şirketler bakımından söz konusu olabilir. Acaba özel hukuk tüzelkişiliğine ait haklar şirketler söz konusu olduğunda çalışma ve sözleşme özgürlüğü veya mülkiyet hakkı gibi haklar bağlamında mı düşünülecektir? Yoksa radyo, televizyon veya internet yayıncılığı alanında faaliyet gösteren bir şirket bakımından düşünceyi açıklama özgürlüğü ve basın özgürlüğüne ilişkin özgül güvenceler bakımından da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu açık mı tutulacaktır? İşte bu soruları yanıtlayabilmek için başvurularda kapsamın geniş tutulması ve Anayasa Mahkemesi'nin bu soruları yanıtlamaya sevk edilmesi yararlı olacaktır kanısındayım. Bu noktalarda başvuruçulara görev düşmektedir.

Yabancıların bireysel başvuru haklarına da ayrıca değinmek gerekiyor. Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklar bakımından yabancıların bireysel başvuru hakkını kullanamayacağı vurgulanmalıdır. Burada özellikle siyasal haklar bakımından bir farklılıkla karşı karşıya kalabiliriz. Özellikle siyasal haklar hem bizim anayasal

düzenimizde, hem de Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda yabancılara tanınan haklar bakımından daha fazla dışlayıcı/sınırlayıcı klozlar içermektedir. Yine hak özneleri bakımından çocukların Anayasa Mahkemesi'ne başvurusu ya da vefat eden kişinin yakınlarının belirli temel hak ve özgürlük kategorileri için Anayasa Mahkemesi'ne başvurusu gibi özel sorunlarla da karşı karşıya kalıyoruz. Özellikle kişiliğe sıkı sıkıya bağlı olan haklar bakımından Anayasanın 17. maddesinin 1. fıkrası ve Anayasanın 20. maddesi, yani özel yaşamın gizliliği çerçevesinde yapılacak başvurularda söz konusu sorunların özel olarak tartışılmaya muhtaç olduğunu vurgulamak isterim.

Diğer bir tartışma başlığı, Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluğu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunda başvuruyu çevreleyen koşullar bakımından açılabilir. Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle "güncel ve kişisel" bir hakkı "doğrudan" etkilenenler tarafından yapılabilir. Bütün bu koşullar -*özellikle daha koyu bir şekilde şu anda yansıda görmekte olduğumuz güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler ifadesi*- aslında bireysel başvuruyu *actio popularisten* ayıran özellikler olarak karşımıza çıkmaktadır ve bunlar ihlalden yeterince etkilenenin unsurları olarak tanımlanmaktadır. Burada güncel hak ihlali kategorisine baktığımızda potansiyellik unsurunun sınırlandırıldığını görüyoruz. Bu sınırlama nasıl yorumlanacaktır? Yani Anayasa Mahkemesi İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi gibi potansiyel ihlalleri ge-

niş şekilde mi ele alacaktır, yoksa dar bir şekilde mi ele alacaktır? İşlem, eylem ya da ihmalin uygulanmış olmasının dışında uygulanma olasılığının bulunmasını hangi sınırlar içinde değerlendirecektir? Başvurucuların aslında Anayasa Mahkemesi'ne yöneltmesi gereken sorular veya sorunlardan bir grubu da budur.

“Kişisel hak ihlali” de ayrıca üzerinde durulması gereken bir koşuldur ve kişiyle hak arasındaki yakınlığı ifade eden bir terim olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine burada, derneklerin üyeleri için dava açamaması ya da ölen kişi adına mirasçılarının dava açma ehliyeti -özellikle kişiliğe sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından- gibi sorularla karşı karşıya kalıyoruz.

Yine bir başka soru işareti, güncel ve kişisel hakkın doğrudan etkilenmesine konulabilir. Burada “doğrudanlık koşulu” bakımından ciddi bir sorunla karşı karşıya kalıyoruz. Çünkü doğrudanlık daha çok kanun ve idarenin düzenleyici işlemlerine karşı bireysel başvurunun kabul edildiği sistemlerde karşımıza çıkan bir ön koşuldur. Oysa Türkiye modeline baktığımızda kanun ve idarenin düzenleyici işlemleri bakımından bireysel başvurunun kabul edilmediği, yargı kararları ve idarenin diğer işlemleri bakımından bireysel başvurunun kabul edildiğini görüyoruz. Yani Türkiye modelinde zaten doğrudanlığa ilişkin özel bir göndermenin yapılmasına gerek olmayabilirdi. Kanun ve idarenin genel nitelikte düzenleyici işlemleri bakımından soyutluk ve genellik söz konusu olduğu için doğrudanlığın bir koşul olarak aranması mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla düzenleme tek-

niği açısından kanuna baktığımızda sanki farklı bir modelden, çok da fazla üzerinde düşünülmeden bir aktarmanın yapıldığını görüyoruz diyebiliriz.

Ekonomik ve Bireysel Haklar

Bireysel başvuruda asıl kritik sorun ve daha yakıcı olarak karşımıza çıkacak olan sorun, Burhan Bey'in de tebliğinde vurguladığı bireysel başvuruda temel hak ve özgürlüklerin kapsamı sorunudur. Bireysel başvuru, bir kere özü itibarıyla özellikle somut norm denetimi -yani itiraz yoluyla denetimden- temel hak ve özgürlük ihlaliyle sınırlı bir denetim olması nedeniyle ayrılır. Oysa somut norm denetimine başvuranlar, genel nitelikli bir Anayasaya aykırılık itirazında bulunabilirler. Başka anlatımla, temel hak ve özgürlüklerin kapsamında yer almayan anayasal unsurlar bakımından da Anayasaya aykırılık itirazında bulunabilirler. Oysa bireysel başvuru, sadece ve sadece temel hak ve özgürlük alanıyla sınırlıdır. Burada da Anayasada güvence altına alınmış tüm temel hak ve özgürlükler değil, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve taraf olduğumuz ek protokoller bakımından bir başvuru imkânı söz konusudur. Peki, tüm dava edilebilecek temel hak ve özgürlük ihlallerine ilişkin olarak karşımıza ne gibi sorunlar çıkmaktadır? Birincisi, konuşmanın da başında söylediğim Türkiye'nin 1960 sonrası anayasal geleneğinde iyi ki yer edinmiş bulunan ve sosyal devletin somutlaşma hükümleri olan sosyal ve ekonomik haklara ilişkin durumdur. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve ek protokolleri sosyal ve ekonomik haklar bakımından çok za-

yıftır. Çünkü bunların esaslı bir şekilde düzenlendiği yer İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve ek protokoller değildir. Sosyal ve ekonomik nitelikli haklardan birkaç hakkı, örneğin; eğitim hakkını, ve klasik haklardan Mahkemenin türettiği bazı sosyal hakları dışarıda tutarsak, Avrupa ölçeğinde sosyal hakların yeri Avrupa Sosyal Şartıdır. Yani bugün Avrupa ölçeğinde sosyal ve ekonomik haklar dediğimiz zaman bizim aklımıza gelen temel belge gözden geçirilmiş haliyle de taraf olduğumuz Avrupa Sosyal Şartıdır. İşte bu anlamda Anayasa çevre hakkından sosyal güvenlik hakkına kadar çok geniş bir yelpazede aslında sosyal haklar bakımından İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve ek protokollerine oranla daha geniş bir güvence içermektedir. Oysa Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru bağlamında gönderme yapılan sözleşme ve ek protokollerde daha dar bir güvenceleme söz konusudur. Her ne kadar İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi başka bazı kişi hakları üzerinden özel yaşamın gizliliği gibi veya örgütlenme hakkı gibi sosyal ve ekonomik haklara uzanan değerlendirmeler, yani çevre hakkına uzanan bir değerlendirme, sendikalılığa veya toplu iş sözleşmesine uzanan değerlendirme yapma imkânına sahipse de henüz bu içtihadî alan gerçekte cılızdır. Çünkü gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartındaki düzenlemeleri esas alan bir değerlendirme İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından doğrudan ve etkili biçimde gerçekleşmemektedir. İşte bu yönüyle Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatları karşılaştırıldığında, Anayasa Mahkemesi'nin -sorunlu pek çok

içtihadına karşın- temel hakların bütünselliği ilkesinden yola çıkarak kişi haklarıyla sosyal ve ekonomik haklar arasında bir bağ kurduğu görülebilir. Sözelimi sosyal güvenlik, sağlık ve yaşam ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunmasına ilişkin içtihadında temel hakların üst başlığı altındaki kişi hakları ile yine temel haklar üst başlığındaki sosyal ve ekonomik hakların bütünselliğini, birbirinin içine geçtiğini savunarak üst düzey bir korumaya evrilebilmiştir. İşte karşımızda duran soru, Anayasa Mahkemesi'nin bu ilerleyen evrede pür liberal, yani sosyal devlet mantığından uzak bir yaklaşımla sadece ve sadece sözleşme ve ek protokollerdeki hak kategorilerinin sözel başlıklarıyla ve anlamlarıyla yetinen bir değerlendirme yapma tehlikesidir. Bu ciddi bir risk olarak karşımızda durmaktadır. Çünkü bu aynı zamanda sosyal devlet ve sosyal devlete bağlı sosyal ekonomik haklar bakımından temel hakların bütünselliği yaklaşımından uzaklaşma ya da daha geriye düşme gibi bir olguyla bizi karşı karşıya bırakabilir. Unutmayalım ki, 1982 Anayasası bütün tartışmalara, yani özgürlükçülük ve çoğulculuk bakımından karşılaştığı bütün haklı eleştirilere rağmen, özellikle sosyal ve ekonomik haklar alanında ve Anayasanın 5. maddesinde yer alan “*özgürleştirme normu*”yla da (“*devletin kişinin önündeki bütün hukuksal, ekonomik, siyasal engelleri kaldırma yükümlülüğü*”) donatılmış bir Anayasadır. Bunun da gerisine düşmek hukuksal ve siyasal açıdan tercih edilmemesi gereken bir durumdur.

Bireysel Başvuru İstisnaları

Bireysel başvuruda tartışılması gereken bir başka nokta ihlalin konusudur. İhlalin konusuna baktığımızda şu iki unsurla karşılaşılıyor: İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ve ihmâl için kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvurudan önce tüketilmiş olması gerekmektedir. Yani sadece işlem ve eylemler değil, ihmaller de bireysel başvurunun konusu yapılabilmektedir. Ancak hemen bir başka fıkrada kanun bize yasama işlemleriyle düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yolunu kapatmaktadır ve Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında tuttuğu bazı işlemler bakımından da bireysel başvuru kapatılmıştır. Burada tersten başlarsam, Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler bakımından özellikle siyasal hak alanını ilgilendiren şöyle koskocaman bir işlem alanı bireysel başvuru dışında tutulmaktadır. Bu da Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı Anayasanın zaten yargı denetimini kapatmış olmasından ötürü, yasağın bireysel başvuru alanına taşınmış olduğu gerçeğine karşılık gelmektedir. Dolayısıyla siyasal hakların aslında fiilen bireysel başvuruda etkili bir şekilde ileri sürülmesi bu anlamda söz konusu olamaz. Oysa Türkiye'de seçim usulsüzlükleri, seçim yolsuzlukları ve siyasal hak alanına doğrudan müdahaleler bakımından Yüksek Seçim Kurulu kararları oldukça zengin malzeme sunan bir alana karşılık gelmektedir. Yine YAŞ kararları, Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararları, Cumhurbaş-

kanının tek başına yaptığı işlemler, Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri gibi Türkiye’de oldukça tartışmalı ve hukuk devletinin açığı olarak sürekli değinilen kimi işlemler de Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun dışında tutulmuştur.

Diğer bir kritik sorun yasama işlemleriyle düzenleyici idari işlemler alanıdır. Burası da son derece tartışmalı bir alan, çünkü özü itibarıyla “yasama işlemleri” ifadesi hiçbir şey ifade etmemektedir. Şöyle hiçbir şey ifade etmemektedir: Bir işlem hangi yönden yasama işlemi sayılacaktır? Sözelimi bugünkü anayasal düzenimizde Kanun Hükmünde Kararnameler organik açıdan, yani yapan organ açısından Bakanlar Kurulunun işlemidir ve dolayısıyla yürütme işlemidir, ama maddi açıdan kanundurlar, yani yasama işlemidirler. Dolayısıyla Olağan Kanun Hükmünde Kararnamelerde bile bu işlemin hangi niteliğine göre yasama işlemi olup olmadığını ayırt edeceğiz? Soruyu, Anayasa Mahkemesi’ne yöneltmek zorundayız. Olağanüstü Dönem Kanun Hükmünde Kararnameleri bakımından bu soru çok daha keskin bir soru olarak karşımızda durmaktadır. Çünkü onların yasama işlemi niteliğinde ilk elden düzenleme yetkisi ve özellikle temel hak ve özgürlük alanına müdahale eden etkisini kesin bir şekilde görüyoruz, ama Anayasa bunları aynı zamanda yargı denetiminin dışında tutuyor. Anayasa Mahkemesi’nin içtihadında Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin yer, konu ve zaman bakımından olağanüstü halin gereklerinin dışına çıkması durumunda Olağanüstü

Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi sayılması ve denetlenmesi yönünde bir tutum takınıldığını daha önceki içtihatlarında görüyoruz. Ancak sözkonusu içtihadın sürüp sürmeyeceği konusunda bir belirlilik yok. Çünkü yakın dönemdeki olağan dönem KHK içtihadında, eski dönemdeki, yani özellikle yürütmenin alanını daraltan ve yasama yetkisinin asliliğine ve devredilmezliğine vurgu yapan içtihadındaki tutum toptan ve neredeyse gereksiz bir şekilde değişmiş durumda. Özetlersem, aslında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bireysel başvuru konusu yapılabilecek işlemler bakımından o kadar dar bir alan söz konusudur ki, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurudan elde edilecek fayda bu daralmayla giderek küçülmektedir.

Başvuru Harcı

İdarî ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi ilkesine gelindiğinde, bu ilkenin bütün uluslararası mekanizmalarda, yani bireysel başvuru ve benzerlerine yer veren mekanizmalarda karşımıza çıkan bir ölçü olduğunu söylememiz gerekir. Ancak söz konusu ölçüt başlı başına yeterli bir ölçüt değildir. Çünkü hem uluslararası içtihatlarla, hem de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruyu ya da benzerlerini değişik biçim ve ölçeklerde kabul etmiş olan ulusal modellere baktığımız zaman, bazı durumlarda tükenme veya tüketme ilkesi aranmamaktadır. Gönül isterdi ki, kanun en azından tükenme veya tüketme ilkesinin aranmayacağı halleri de bu içtihatların getirdiği birikimle somutlaştırmış olsun. Nedir söz konusu haller? Diğer idari ve yargısal başvuru yollarına başvurmanın etkisiz

olacağı kesin olarak öngörülebiliyorsa, bireysel başvurunun sonucu genel bir öneme sahipse veya bu yollara başvurma başvuru açısından telafisi imkânsız zararlara yol açıyorsa, genel olarak karşılaştırmalı ve uluslararası hukukta zaten tükenme / tüketme ilkesi aranmaktadır. Dolayısıyla başvuru sahiplerinin özellikle tükenme/ tüketme ilkesinin aranmayacağı, bu durumları somutlaştırma konusunda Anayasa Mahkemesi'ne başvurusunun önemli olduğunu düşünüyorum. Bazı unsurları zaman sıkıntısı nedeniyle atlayarak geçiyorum, soru olursa memnuniyetle yanıtlarım.

Başvurunun harca tabi olması da, tartışmalı bir husustur. Başka karşılaştırmalı modellerde de harç uygulamasının yapıldığı ya da başvurunun kötüye kullanılması durumunda aslında bir para cezasına hükmedildiği akademik olarak dile getirildi. Tabii ki karşılaştırmalı modeller referans olarak kullanılabilir. Ancak bu konuda düzenleme yapılırken Türkiye'de "*sistemik temel hak ihlalleri*"nin varlığı, Türkiye'nin yargı ve hak arama özgürlüğü kültürü ve temel hak ve özgürlüklerin etkili kullanımı için Türkiye'deki sosyal ve ekonomik koşullar da dikkate alınmak zorundadır. Türkiye gibi yargı yolunun etkili bir şekilde kullanılmadığı ve sistemik temel hak ve ihlallerin yoğun olduğu alanların gözlemlendiği bir ülkede karşılaştırmalı örnekler sadece biçimsel değer taşıyabilir. Dolayısıyla etkili bir hukuk yolu olarak bireysel başvuru tasarlanacaksa, bunların daha enine-boyuna ve derinlemesine tartışılması, üzerinde daha fazla düşünülmesi gerekirdi. Yine bir başka sorun bireysel başvuruda masraf gerektiren bir ince-

leme olasılığının doğmasıdır ki, bu da oldukça yüksek bir olasılıktır. Böyle bir masraf olasılığı doğarsa -*sözgelimi bilirkişilik, keşif, vs. başka türlü incelemelerin gerekli olması*- masrafı kimin karşılayacağını kanunda gösterilmesi gerekirdi. Bu konu, kanunla düzenlenmesi gereken bir konudur.

Yine bir başka nokta, bireysel başvuruda feragat halinde düşme kararı. Bu hukuk politikası tercihinin de doğru olmadığını düşünüyorum. Çünkü bu tür bir düzenleme bireysel başvurunun “öznel hak koruma anlayışı”na dayanırılmasına karşılık gelmektedir. Eğer bireysel başvuruyu Türkiye gibi “sistematik temel hak ihlalleri”nin yoğun olduğu bir ülke üzerinden düşünüyorsak, bireysel başvurunun ifade edeceği “nesnel değer”i önemsemeliydik. Burada hukuk politikasına ilişkin tercihler bakımından konuştuğumun bilincindeyim. Türkiye için bireysel başvuruda hukuk politikası tercihi feragat halinde düşmeden yana olmamalıdır. Bireysel başvuruda sözkonusu temel hak ve özgürlüklerin nesnel değeri daha fazla önemsenmeli ve pekiştirilmelidir.

Yine karşılaştırmalı modellerde veya uluslararası hukukta tartışılan bir kuralın daha kanunda benimsendiğini görüyoruz: *De minimis* kuralı. Söz konusu kural Türkiye özelinde daha da fazla tartışılmaya muhtaçtır diye düşünüyorum. Çünkü Türkiye’de yargının şimdi aktaracağım kuralı keyfi bir şekilde yorumlayıp yorumlamayacağı konusunda da bazı kaygılarımız, haklı kaygılarımız olabilir. Bu kural uyarınca Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel

hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucağın önemli bir zarara uğramadığı başvurularla açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilmezliğine karar verebilir. Burada gördüğümüz ölçütler karşılaştırmalı veya uluslararası modellerde de gördüğümüz bazı terimlere ve kavramlara karşılık gelmektedir. Açıkça dayanaktan yoksun başvuru kavramı konusunda fazla bir tartışma olamaz, ancak hemen onun öncesinde yer alan başvurucağın önemli bir zarara uğramadığı başvurular ifadesi Türkiye özelindeki yargı pratiğini ve yargının alt kültürünü düşündüğümüzde daha fazla somutlaştırılması gereken bir ölçüttür. Kanun koyucu düzenlemeyi bu haliyle ucu açık bırakmamalıydı. Çünkü mevcut düzenleme, keyfiğe kaçabilecek uygulamalara izin verici biçimde anlaşılabilir.

Başvuruda Maddi Boyut

Bireysel başvurunun Anayasa yargısı dışında kalan yargıyı etkilemesi olgusunu zaman içinde göreceğiz. Bu olgu, özellikle Yargıtay ve Danıştay aşamasında karşımıza çıkıyor. Fakat buradan olumlu bir sonuç çıkartmak mümkündür. Eğer Yargıtay ve Danıştay önüne gelen davalarda, eski yıllarda özellikle 1990-1995 aralığında Danıştay özelinde özellikle gözlemlediğimiz “temel hak odaklı yorum”, “Anayasanın doğrudan uygulanması” ve özellikle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarının idari yargıda etkili biçimde kullanılması gibi yorum tercihlerini benimserse, zaten Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruların sayısı da azalır. Yargıtay ve Danıştay aşamasında “temel hak

odaklı” yaklaşım, “Anayasa odaklı yorum”, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukundaki belirli temel öncüllerin yorum tekniklerine dahil edilmesi” gibi yöntemlerin ne sıklıkla kullanılacağı konusunda yeterli bir veriye veya öngörüye şu an için sahip değiliz. Almanya özeline baktığımızda, Federal Anayasa Mahkemesi'nin aslında Anayasa şikâyeti yoluyla baktığı davalarda ki azalma, Almanya özelinde adli yargının en yüksek mahkemesi olan *Bundesgerichtshof* ve Alman Federal İdare Mahkemesinin (*Bundesverwaltungsgericht*) temel hak odaklı; Anayasa odaklı yorumu ile gerçekleşmiştir. Böylece farklı hukuk dallarında ve onlar eliyle Anayasallaşmanın yolu açılmıştır ve dolayısıyla bu yüksek mahkemeler arasında çok derin bir çatışma, derin bir görüş ayrılığı uzun erimde karşımıza çıkmamıştır. Böyle bir “işbirliği ilişkisi” mahkemeler arasında kendiliğinden doğmuştur. Şimdi Türkiye’de böyle bir olguyla mı karşılaşacağız, yoksa bir çatışma olgusuyla mı karşılaşacağız, bunu şu an için kestirmemiz mümkün gözüküyor. Fakat önümüzdeki sürece baktığımızda benim başvuruculara önerim özellikle ve özellikle Anayasa temelinde farklı hak kategorileri bakımından olabildiğince zengin başvuru yapmayı esas alarak ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarından da esinlenerek, başvurularını Anayasa Mahkemesi önüne taşımalarıdır. Taşıma sürecinde birtakım bürokratik olgular diye tanımlayabileceğim -belki daha sonra diğer konuşmacılar da değinebilir-, yani başvuruda matbu evrakın kullanılması ve görüşlerinizi veya isteminizi yeterince aktarıp, aktaramayacağınız konusundaki endişeler de ayrıca bir tabii soru olarak karşımızda duruyor.

Usulî noktalara bu tebliğ boyunca odaklanma gereği duydum, ama tabii bireysel başvurunun bir de maddi boyutu var. Maddi boyutu da birkaç dakikada şöyle çok kısaca vurgulayayım: Maddi boyut, Türkiye’de şimdiye kadar temel hak ve özgürlük alanının çoğunlukla saf siyasal boyutta tartışılmış olması ve norm somutlaşması dediğimiz, yani her bir temel hak ve özgürlüğün koruma alanına ilişkin gelişmiş bakış açılarının olmamasıyla ilişkilidir. Türkiye’deki çalışmalar hak ve özgürlük alanını, uluslararası referanslar ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarını aktararak ele almakta ve bu tarzda zengin yayınlar da bulunmaktadır. Böyle bir yaklaşım kuşkusuz gerekli, ancak derinleşme bakımından yetersizdir. Bu alanın, anayasal düzeyde sözgelimi Almanya’da olduğu gibi her bir hak ve özgürlük alanının normatif olarak berraklık kazanmasıyla tartışılması karşımızda temel bir öncelik olarak durmaktadır. Bu yönüyle yapılacak başvurulara çok büyük bir değer atfediyorum. Başvurulardaki istemler ne kadar zengin ve ne kadar derin olabilirse, aslında daha fazla şeyi tartışabilme imkânımızın olacağını düşünüyorum. Çok yakın bir zamanda, geçen hafta Türkiye Barolar Birliğiyle Kamu Hukukçuları Platformunun ortaklaşa düzenlediği bir toplantı vesilesiyle tebliğ sunan öğretim üyesi olarak yaklaşık 7 aylık bir çalışmanın sonuçlarını oradaki meslektaşlarımızla paylaşma fırsatını buldum. 2001 sonrası, yani 2001 Anayasa değişikliklerinde genel kümülatif sınırlama mantığı kalkıp da özel sınırlama nedenleri içeren temel hak ve özgürlükler, hiçbir sınırlama nedeni içermeyen temel hak ve özgürlükler ve sadece kanunla sınırlanabilirliğe veya

düzenleme, tespit gösterme klozlarına dayanan temel hak ve özgürlükler bakımından Anayasa Mahkemesi'nin içtihadını inceledim. Böylelikle, yaklaşık 10 yıllık temel hak ve özgürlük içtihadını taramış durumdayım. Bu içtihadı baktığımız zaman karşılaştığımız gerçek, Anayasa Mahkemesi'nin yorum yöntemleri, sınıflandırma ve norm somutlaştırması bakımından tutarlı ve sistematik bir bakış açısına sahip olmadığıdır. Buradaki değerli katılımcıların ve dinleyicilerin bireysel başvuruda maddi temel konusunda -yani bu usulî sorunların dışında maddi hak kategorilerinde özel olarak temel hak ve özgürlük kuramının gözüyle “sınırlama nedeni içeren-içermeyen”, “sadece sınırlama klozu içeren”, “düzenleme-gösterme belirtme klozu içeren”, “doğrudan etkili” ya da “hakka müdahale tekniklerini özel olarak Anayasada gösteren” hak ve özgürlük düzenlemeleri bakımından ne tür yargısal tutumların olduğu konusunda-, o tebliğe bakmaları mümkündür demek istiyorum.

Maddi boyut kapsamlı ve ayrıca başka bir toplantıda tartışılması gereken bir boyuttur, çünkü Türkiye’de itiraz yoluyla denetiminde de (somut norm denetimi) karşılaştığımız temel sorun, dilekçelerde kimi zaman çok başarılı birtakım dayanakların olmasına rağmen, dilekçeyi kaleme alanların genellikle Anayasanın ilgili maddesine/ maddelerine gönderme yapmanın ihlalin varlığını haklı kılacağı konusundaki inançlarıdır. Yani bu hüküm “mülkiyet hakkına aykırıdır” veya “düşüncüyü açıklama özgürlüğüne aykırıdır” şeklindeki dilekçeler, “hangi gerekçeyle aykırıdır”, “ölçülülük ilkesine mi aykırıdır”, “öz güvencesine mi aykırıdır”, yoksa “Anayasanın sözüne ve ruhuna mı

aykırıdır”, “demokratik toplumun gereklerine mi aykırıdır” gibi soruları yanıtlamamaktadır. Zannediyorum ki, bireysel başvuru sürecinde başvurular bu konuda, yani maddi boyut konusunda da derinlik kazanabilirlerse, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru en azından başvuru düzeyinde daha fazla materyal, daha fazla hukuksal iç görü ve tartışma fırsatı sunabilir.

Fakat bütün bu söylediklerim tabii ki Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuruda takınacağı rol, süreç ve bakış açısı konusunda hiçbir şey söylemiyor. Çünkü benim izlenimim ve az önce değindiğim akademik çalışmada ulaştığım bulgular, 1982 Anayasası’nın hak ve özgürlük alanındaki en köklü reformu olan 2001 Anayasa değişikliği sonrasında Anayasa Mahkemesi’nin daha özgürlükçü olmadığıdır. En yakın zamanda, kadın ve erkeğin toplumsal ve kültürel rolüne ilişkin önyargılar ve cinsiyet klişelerine ilişkin evli kadının soyadı hakkındaki anayasal içtihat, maalesef ve maalesef sadece 2001 sonrası anayasal içtihadımız bakımından değil, aynı zamanda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin *Ünal Tekeli / Türkiye* davasında Türkiye’ye gösterdiği yol bakımından da acı bir gerçek olarak karşımızda öylece durup duruyor.

Av. Hüseyin ÖZBEK - Bertil Hocam çok böyle düşündüğümüz ve tereddüt ettiğimiz birçok konuya açıklık getirdi. Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru konusunda oluşan veya oluşturulan algıyla başvurulabilirlik alanı arasında bir ters orantı olduğuna dikkat çekti. Bu çok önemli tabii, şimdi Sayın Korkut Kanadoğlu Hocamız, buyurun.

Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU

Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi

Anayasa Şikayetinin Hukuki Temelleri

Sayın Dekanım, değerli meslektaşım, bizleri öyle yoğun bir bilgi bombardımanına tuttu ki, bundan sonra ne söyleyebilirim diye tereddüt içindeyim. Bunun üzerine herhalde biraz daha provokatif ve eleştirel olmak gerekiyor. Bütün söylediklerine katılıyorum. Bulabilirsem, birkaç farklı ve değinilmeyen noktaya değinmek istiyorum.

Amaç

Sorun, en baştan Anayasa'da bu kurum getirilirken gösterilen gerekçeyle başlıyor. Gerekçe'de belirtilen amaç, temel hak ihlallerini ortadan kaldırmak değil, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuruları azaltmak. Amaçla araç ya da sonuç birbirine karıştırılmış durumda. Bir diğer nokta, -teknik detaylara girince tekrar değineceğiz- bu yolun etkin bir iç hukuk olduğu konusunda duyulan büyük kuşku. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından bu yolun etkili bir başvuru yolu olarak görülmemesinin çok büyük bir olasılıkla karşımıza çıkacağını düşünüyorum. Bunun çeşitli nedenleri var. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, örneğin Ermenistan ve Azerbaycan'da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun etkin bir iç hukuk yolu olmadığına karar veriyor. Yine keza buna ilişkin Hırvatistan'da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilmek için Anayasa Mahkemesi Kanunu şu koşulları

arıyor; anayasal hakkın “önemli ölçüde” ihlal edilmesi ve “ciddi ve onarılmaz sonuçların ortaya çıkma riskinin” bulunması. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi diyor ki, bu tanım “çok geniş, yoruma açık ve keyfiliğe müsait.” Anayasal hakkın “önemli ölçüde ihlal edilmesi ve ciddi zarar riski”ne ilişkin bu tanımı geniş bulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, bizim Kanunumuzda ve İktüzükte bireysel başvurunun kabul edilebilirlik kararına ilişkin olarak aranan koşulları gördüğü zaman ne diyeceğini tahmin etmek mümkün. Biraz sonra bir kez daha bu soruna değineceğiz.

(Raportör) Mahkemesi

Bu kuşkuyu ve kötümser bakışı destekleyen bir diğer nokta İktüzük’teki düzenlemeler. Anayasa Mahkemesi, 2012’de İktüzüğünü yaptı. İktüzüğe bakınca Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru açısından kolaylıkla bir raportör mahkemesi olarak nitelendirilebilir. Bu nitelendirmeyi haklı kılacak düzenlemeler, net bir şekilde birçok maddede kendisini gösteriyor. Gerek kabul edilebilirlik kararlarında, gerekse bölümlerin vereceği kararlarda, bütün karar taslakları raportörler tarafından yazılıyor (bkz. Anayasa Mahkemesi İktüzüğü md. 34/2-b ve 34/4). Şöyle ki raportörlerin yazdığı karar taslakları Mahkemenin önüne gelecek ve Mahkemenin önüne gelen karar taslakları üzerinde Anayasa Mahkemesi yargıçları oy kullanacaklar. Hatta öylesine abartılmış ki, İktüzük’te gerekirse elektronik oy yönteminin kullanılması bile öngörülmüş (md. 72/4). Ayrıca Komisyonlarda görev alan Anayasa Mahkemesi yargıçlarının,

raportörler tarafından hazırlanan karar taslaklarını toplantı yapmaksızın imzalayarak karar alabilmelerinin yolu açılmıştır (md. 72/3). Anayasa'daki adil yargılanma hakkı, kanuni yargı ilkesi, bağımsız yargı gibi bütün ilkelerin, Anayasa Mahkemesi'nin kendi yaptığı İçtüzük eliyle paramparça edilmesine eşdeğer bir sonuç doğacak. Bu çok vahim durumla ilgili çok detaya girmeyelim. Ama lütfen siz de eve gittiğiniz zaman İçtüzük'te bireysel başvurularda raportörlerin rolüne ilişkin bu düzenlemeleri lütfen test edin. Sonuç olarak bu Mahkeme, bir raportör mahkemesidir.

Başvuru Ehliyeti

Burhan Bey'in açtığı yoldan devam edersek, Burhan Bey, bireysel başvurunun bir dava olduğunu söyledi. Ben de bu görüşe kısmen katılıyorum. Bu başvuru yolunu, temel hak ihlallerini giderecek, temel hakların güvence altına alınmasına yönelik sıra dışı Anayasal bir dava olarak görmek daha doğru olacak. Başvuruda bulunma ehliyetine ilişkin söylemlere tamamen katılıyorum. Yalnız, ölenlerin haklarına ilişkin olarak, onlar adına yapılabilecek başvurular bakımından bir noktada belki küçük bir görüş farklılığı olabilir. Buna göre, ölenler bakımından kişiliye sıkı sıkıya bağlı haklar murisler tarafından başvuru konusu yapılamamalı; buna karşılık, hak ihlali iddiası maddi talepleri de içermektedirse murislerin davayı devam ettirmekte hukuki yararları olduğu kabul edilmelidir.

Bir diğer nokta henüz doğmamış yaşamın korunmasına ve onun haklarına ilişkin başvuru-

ru yapılıp yapılamayacağı tartışmasıdır. Bizim hukukumuzda embriyonun hücre birleşmesiyle birlikte yaşam hakkına sahip olduğu genel kabul görmektedir. Bu durumda ceninin sahip olduğu mal varlığı ve vücut bütünlüğüne ilişkin hakların korunması açısından, anayasa şikâyeti yolunun onlar açısından da mümkün olması gerektiğini düşünüyorum.

Yine dava ehliyeti açısından çocukların da dikkate alınması gerektiği söylendi. Gerçekten de çocuklar ve yine bazı konularda dava ehliyeti olmayan kişiler açısından bu yolun daha geniş tutulmasında yarar var. Somut yasa hükmüyle temel hak kullanma olanağı açıkça yasaklanmadığı sürece temyiz kudretine sahip olan çocuğun söz konusu kişiliğe bağlı hakkının ihlali halinde dava ehliyeti varsayılmalıdır. Örneğin, lise öğrencisi bir çocuk anne-babasının baskısıyla din dersini seçme zorunluluğu altında kalıyorsa ya da 18 yaşını doldurmamış bir kadının kürtaj olma isteği velisi tarafından kabul edilmiyorsa, bu gibi konularda yasal temsilcinin rızası aranmaksızın bireysel başvuru yolunun açık tutulması uygun olacaktır.

Başvuru Konusu

Bireysel başvuru yolu temel hak ihlallerini gidermek için açılmasına rağmen bu konuya ilişkin birçok kısıtlamanın getirildiğini görüyoruz. Gerçekten de kanuni düzenleme, Anayasa hükmüne aykırı olarak başvuru konusunu sınırlandırmıştır. Anayasa md. 148/3, (Türk) kamu gücünün (yetkili anayasal organların) tüm ihlallerine karşı bireysel başvuruda bulun-

ma hakkını tanımışken ve bu kavramların geniş yorumlanması gerekirken, Anayasa Mahkemesi Kanunu md. 45/3 ile hukuk devleti ilkesine aykırı biçimde çok sayıda işlemi anayasa şikâyeti konusu olmaktan çıkarılmıştır. Bu kısıtlamaların birçoğu sayıldı. Bütün bu kısıtlamalara baktığımız zaman bu yolun, Anayasa'da yargı yolu öngörülmemeyen işlemler açısından büyük bir sıkıntı yaratacağını ya da var olan sıkıntıları ortadan kaldırmayacağı açıkça görülüyor.

Başvuru Yetkisi

Başvuru koşulu olarak iddia edilen hak ihlali açısından şunlar söylenebilir: İhlal ne ölçüde gerçekleşecek? İhlal ileri sürülürken, bunun boyutları nasıl belirlenecek? Alman Anayasa Mahkemesi'nin içtihadındaki gibi ihlalin “en azından mümkün görünmesi” ya da “açıkça imkansız olmaması”na ilişkin maddi olguların ileri sürülmesi yeterli görülmelidir. Kamusal işlemin düzenleyici bir içeriği ve dış etkisinin olmaması ise ihlal olasılığını kaldıracaktır. İhlalin olabilme olasılığının ya da en azından ihlalin mümkün görülmesinin, bireysel başvuru için yeterli olacağını söyleyebiliriz.

Bir temel hak ihlaliyle, bir kanunun ihlali arasındaki farkı gösterecek bir ölçüt bulmak, neredeyse imkânsızdır. Fakat şunu da kabul etmek gerekir: Mahkemenin herhangi bir davada kanunu doğru uygulamamasının, anayasa şikâyetinin gerekçelendirilmesi bakımından yeterli olmayacağını açıkça söylemek gerekir. Bu anlamda davanın biçimlendirilmesi, maddi unsurların saptanması, değerlendirilmesi, yasanın yorumlanması ve somut olaydaki uygu-

lama, anayasa şikâyetinin konusunu oluşturmamalıdır. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, ilk etapta normun Anayasaya uygun yorumlanıp yorumlanmadığını ve ikinci basamakta da normun tekil olaya Anayasaya uygun (somut) uygulamasının yapılıp yapılmadığını denetleyecektir.

Bu iki basamaklı denetim nasıl gerçekleşecektir? Gerek anayasaya uygun yorumda gerekse anayasaya uygun uygulamada ya tek bir kişinin temel hakkı (örneğin bir gösteri yürüyüşüne katılan kişinin idari makamlarla olan ilişkisinde) ya da çatışan temel hak pozisyonları (örneğin gösteri yürüyüşüne katılan ve bu yürüyüşün yapıldığı caddedeki ulaşımdan yararlanan) arasında bir tartım söz konusu olacaktır. Bu tartımda, ilgili temel hakkın koruma alanının Anayasa Mahkemesi'nce göz önünde bulundurulması gerekiyor. Çatışan haklara ilişkin özel hukuk uyuşmazlıklarında, mahkemenin vereceği kararın temel hakların etkisini dikkate almaması (tarafların temel hak pozisyonlarının davada göz önünde bulundurulmaması), özel hukuktaki belirsiz normların yorumunda temel hakların dikkate alınmaması, anayasa şikâyetini gerekçelendirmede kullanılacak noktalar olacaktır. Temel hakkın anlamının, özellikle de koruma alanının çerçevesinin doğru belirlenmemesi durumunda da aynı sonuç ortaya çıkacaktır.

Bireysel başvuruya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin internet sitesine baktığımız zaman bir formun yayınlandığını görüyoruz. Bu başvuru formu, İçtüzük ekinde de yer alıyor. Öylesine sınırlandırıcı bir form kabul edilmiş

ki, siz bu forma uymak zorundasınız. Formun kısıtlayıcılığı öyle bir yere kadar geliyor ki, başvuru metni 10 sayfayı geçerse, bunun bir özeti eklenmesi gerekiyor (İçtüzük md. 60/2). Herhalde 10 sayfadan fazlasının okunmayacağı öngörülüyor. Başvuranın iddia ettiği hak ihlali iddialarına ilişkin gerekçelerini ve kabul edilebilirliğe diğer hususları, 10 sayfaya sığdıramaması halinde bu olaylara ilişkin bir özet eklemesi zorunluluğunun getirilmesi, hak arama özgürlüğüne getirilen, yasaya dayanmayan bir sınırlama olarak Anayasa'ya aykırıdır.

Temsil

Bir diğer nokta, başvuruda temsile olarak tanınmasıdır. Temsile ilişkin vekâletname de aranıyor. Ancak genel vekâletnamenin yeterli olup olmayacağı, yeterli değilse vekaletnamede anayasa şikâyetine ilişkin ayrıca bir vurgunun gerekip gerekmediği konularında bir açıklık bulunmamakta. Oysa anayasa şikâyetine başvurabilmeyi de içerecek şekilde temsilin düzenlenmesi daha doğru olabilir. Temsilin önemi açısından bu noktada küçük bir istatistiksel bilgi de verilebilir. Biliyoruz ki bu çok teknik başvurunun, sadece temel hak ihlallerine indirgenecek şekilde oluşturulması gerekmekte. Bu bağlamda Almanya'dan verilebilecek oranlar fikir verici olabilir. Orada her iki başvurudan birisi avukatla temsil edilecek şekilde yapılmakta ve başarıya ulaşan başvuruların yüzde 90'ını avukatla temsil edilen başvurular oluşturmaktadır. Bu bakımdan temsilin ve hatta uzmanlaşmış bir avukat tarafından temsilin çok önemli olduğu açıkça ortadadır.

Geçici Hukuki Koruma

Tartışma açılacak ve değinilmeyen bir diğer nokta da şu olabilir: Acaba ana uyuşmazlık konusuyla, geçici korumaya ilişkin talepler arasında bireysel başvuru açısından bir farklılık gözetilebilir mi? Aynı soru farklı bir biçimde de sorulabilir: Ana uyuşmazlık konusu sırasında geçici bir hukuki korunma talebine ilişkin olarak bireysel başvuruda bulunabilmek için ana davadaki kesin hükmü bekleme yükümlülüğü aranacak mıdır? Bence aranmaması gerekir. Bu görüş şu şekilde gerekçelendirilebilir: Geçici hukuki korumaya ilişkin yargılamada eğer başvurucu, yargılama yapan ilk makamın geçici hukuki korumayı sağlamadığına yönelik bir şikayette bulunursa, geçici hukuki korumaya ilişkin kanunyolu, davanın esasına ilişkin kanun yolundan bağımsız olarak tüketilebilir. Zira burada ayrı (bağımsız) bir şikayet bulunmaktadır. Geçici hukuki koruma, kendine özgü bir hukuki özelliği (çizgiyi) ifade etmektedir. Bu da davanın esasına ilişkin usulden bağımsız olarak, anayasa şikayeti yoluyla ileri sürülebilecektir. Geçici hukuki korumada, ana davada temel hak korumasının sağlanamadığı ve başvurusunun beklemesinin kabul edilemeyeceği hallerde ana davaya ilişkin kanun yollarının tüketilmesi zorunlu olmayacaktır.

Nitekim 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (Anayasa Mahkemesi Kanunu) da Anayasa Mahkemesi'ne geçici tedbir kararı alma yetkisi vermektedir (md. 49/5). Böylece Anayasa Mahkemesi, ana davadan bağımsız olarak

geçici tedbir uygulama yönünde Kanun ile kendisine tanınan yetkiyi kullanabilecektir. Uygulamanın ne yönde biçimleneceğini ise herhalde yakın zamanda özellikle tutuklama gibi kararlar hakkında yapılan başvuruların sonucunda göreceğiz.

Kabul Edilebilirlik Koşulları

Kabul edilebilirlik koşulları da çok önemli bir rol oynuyor. Bu koşulları denetlemek üzere daha ilk aşamada komisyonlar oluşturuluyor. Her iki Bölüme bağlı olarak görev yapan üçer Komisyon oluşturulmaktadır (İçtüzük md. 32/2). Komisyonların hangi üyelerden oluşturulduğunu tam olarak bilemiyoruz. Çünkü Komisyonlar ve Bölümlerde görev alacak üyelerin ve raportörlerin atanmasında belirleyici olan Anayasa Mahkemesi Başkanıdır (İçtüzük md. 27/2). Başkan, Kanun'dan ve Anayasa'dan almadığı yetkileri İçtüzük eliyle kullanabilir hale gelmiştir. Hatta Anayasa Mahkemesi'ni, bu oluşum ve çalışma biçimiyle, Başkanın denetiminde, raportörler eliyle işleyen bir mahkeme olarak tanımlayabiliriz.

Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda, kabul edilebilirlik koşullarına ilişkin olarak Bertil Hoca'nın da değindiği, çok daraltıcı bir ifade var. Buna göre, başvurunun kabul edilebilmesi için "Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıması" **ve** "başvurucunun önemli bir zarara uğraması" koşulu birarada aranmaktadır (md. 48/2). Madde metninde yer alan "ve" bağlacıyla oluşturulan

söz dizini dikkate alınarak sözel yorum yapıldığı zaman karşımıza çıkan sonuç şu olmakta: Kabul edilebilirlik için her iki koşulun bir arada gerçekleşmesi aranacak. Komisyon tarafından kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için ilk koşul: “Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıması” (Anayasal açıdan önem taşıması). Bu koşulu, “Anayasanın geliştirilmesi” olarak da ifade edebiliriz. Bu koşulun ardından “ve” bağlacı geliyor. Aranılan ikinci koşul ise: “Başvurucunun önemli bir zarara uğraması”. Biraz önce Hırvatistan’da bireysel başvuru için aranan koşulun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından etkin bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmediğini görmüştük. Aynı koşul iki katı zorlaştırılmış biçimde karşımıza çıktı: Hem Anayasanın geliştirilmesi açısından önem taşıyacak, hem de kişi açısından önemli bir zarar doğuracak”. Önemli zararın ne olduğunu da şu an için bilemiyoruz.

Bir de başvurucular için “66 Soruda Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru” başlıklı, Anayasa Mahkemesi’nin internet sitesinde yayınlamış ve kendi logosunu taşıyan bir metin var. Bu metinde öyle bilgiler verilmekte ki, eğer o kitapçıktaki bilgiler geçerli olacak olursa Kanun’un aradığı koşulları yerine getiren bir başvurunun, esasa geçilmeden daha usulden reddedilebilmesi mümkün olacaktır. Bu açıdan olası bir başvurunun, neye göre kabul ya da red edileceğini, inanın öngöremiyorum. Zira Anayasa Mahkemesi’nin resmi internet sitesine konulan bu metne baktığımız zaman başvurunun

kabul edilebilirliğinin, dört ana koşula bağlandığı görülüyor. Bu kadar çok koşul arandığında, herhalde anayasa şikâyeti başvuruları kolaylıkla Komisyonlar ya da Bölümler eliyle reddedilebilecektir. Bu koşullar şöyle sıralanabilir; 1. Anayasa Mahkemesi, bu konuda önceden bir karar vermemiş olacak. 2. Anayasa Mahkemesi daha önce karar verse de değişen koşullar nedeniyle içtihadında değişiklik yaratacak bir gereksinimin doğması gerekiyor. 3. Anayasa Mahkemesi'nin içtihadına rağmen diğer yargı mercilerinin sistematik bir şekilde ihlallerine devam etmeleri. Bu koşulla, diğer Yüksek Mahkeme yargıçlarına hitap edilmekte ve bireysel başvuru, ancak Anayasa Mahkemesi içtihadının sistematik bir şekilde göz ardı edilmesine bağlanmıştır. 4. İhlal ciddi boyuta ulaşacak ve esaslı zarar verecek (bkz. 33. Soru). Bu 4 koşul bir araya gelmediği takdirde başvuru reddedilecektir.

İçtüzükte ise Kanun'daki bu “ve” bağlacının, nasıl yorumlanacağına ilişkin net bir ifade yer almamaktadır. Bunun yerine “ve” bağlacı kaldırılmış (md. 33/3) ve araya bir virgül konularak, “iki koşul beraber mi aranacak, yoksa tekinin varlığı yeterli mi” sorusunun yanıtı muallâkta bırakılmıştır. Tüm bu düzenlemelere baktığımız zaman Anayasa Mahkemesi'nin hangi koşullarda esas incelemesine geçeceği konusunda bir sorun olduğu çok açık ortadadır.

Yine “66 Soruda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru” adlı metinde, “başvurunun anayasal öneminin”, yeni bir kriter olarak Almanya ve İspanya'da kabul edildiği ve bu ölçü-

tün Türkiye'deki bireysel başvurular için de geçerli olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak anayasa şikayeti kurumunun prototipi ve en çok geliştiği yer olan Almanya'da böyle bir koşulun, tüm başvurularda mutlaka gerçekleşmesi aranmamaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun (BVerfGG) 93/a paragrafının ikinci fıkrasına göre anayasa şikayeti başvurusuna ilişkin kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için başvuru ya anayasa hukuku bakımından ilkesel bir önem taşımalıdır **ya da** anayasa şikayetinin konusunu oluşturan temel haklardan birini etkili kılmak için zorunlu olmalıdır. Görüldüğü gibi Kanun metninde, iki koşulun arasında yer alan bağlaç; "ya da". Buna göre, başvurunun Anayasa hukukunu geliştirecek önemli bir konuda olması, bireysel başvurunun nesnel işlevine işaret etmekte ve pratik açıdan "olmazsa olmaz" bir koşul niteliği taşımamaktadır.

Başvuruların, Anayasa hukukunun gelişmesi için çok önemli bir konuda olması, seyrek karşılaşılabilecek bir durumdur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin bu koşulu herhalde göz önünde bulundurması beklenmemelidir. Alman Anayasa Mahkemesi de bunu, çok önemli ve vazgeçilmez bir koşul olarak dikkate almıyor. Onun dikkate aldığı alternatif bir koşul daha vardır. Bu ikinci kabul koşulu, öncelikle öznel temel hak korumasına hizmet eder. Örneğin bu bağlamda Alman Anayasa Mahkemesi, zararın minimum 100 Euro olmasını aramaktadır. 100 Euro'luk zarar koşulu, maddi değeri olan davalar açısından söz konusudur. Maddi değer açısından bu miktarın altında olan zararlar açısından bir

istisna getirilebilir mi? Buna ilişkin de Alman Anayasa Mahkemesi diyor ki; "Zarar, 100 Euro'nun aşağısı da olabilir. Ancak bu durum, insan onuru açısından bir sorunu (ihlali) ortaya çıkarıyorsa, bunu gidermek adına başvuru kabul edilebilir. Sonuç olarak, bizdeki metinlerde ifade edilen kabul edilebilirlik koşullarıyla diğer Devletlerin uygulamaları arasında dağlar kadar fark olduğu söylenebilir. Bu farklılık, bireysel başvuruların çok keyfi biçimde, daha Komisyon aşamasında reddedilme riskini bereberinde getirmektedir.

Karar Türleri

Kanun yazma tekniğine aykırı bir örnek vermek gerekirse, Anayasa Mahkemesi Kanunu madde 50'ye bakılabilir. Madde'nin 1. fıkrası, en son söylenilecek şeyi en başta söylüyor; "*İhlal kararı verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için gerekenlere hükmedilir.*" Bu hüküm doğru kaleme alınmamış, çünkü anayasa şikâyeti kurumu öncelikle temel hak ihlalini saptamak için getirilmiştir. İhlalin sonuçlarının giderilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin değil, asıl davayı gören uzman mahkemelerin görevi olmalıdır. Buna göre ilk fıkrada belirtilmesi gerekenler, 2. fıkrada yer alıyor; "*... ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak için dosya ilgili mahkemeye gönderilir.*" Ancak Fıkra, şöyle devam ediyor: "*Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde tazminata hükmedilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir.*" Madde'de geçen bu kavramlar çok belirsiz ve sistematik bütünlükten uzak. Ne zaman hukuki

yarar olmayıp da Anayasa Mahkemesi kendisi tazminata hükmedecek? Bunları bilebilmek ve öngörebilmek çok zor. Bu belirsizlikler itibarıyla Kanun'un anayasa şikâyeti kurumuna uygun bir karar sistematığına sahip olduğunu söyleyebilmek mümkün görünmemektedir.

Üzerinde durulması gereken çok ilginç bir nokta da şu: "Pilot karar usulü". Ne denli melez bir kurum yaratıldığı, ancak içtüzüğün ilgili maddesi okununca anlaşılabilir. Pilot karar usulü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat yoluyla ürettiği bir karar türü. Bu pilot karar usulünü, 2004 yılında Broniowski-Polonya'ya karşı davasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 46. maddesine dayanarak geliştiriyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Bu içtihadı göre, *ilgili devletin hukuk düzenindeki sistematik problemlerden kaynaklanan ihlaller söz konusuysa, -örneğin kira hukukunda gündeme gelmiş, uzun dava süresi karşısında hukuki korumada eksiklik olduğu hallerde ortaya çıkmış, insanlık dışı hapis koşulları vb.- böyle kitlesel başvurunun olduğu davalarda yapısal sorunu gidermek, davaları ulusal düzeyde çözmek amacıyla bir pilot karar usulü geliştirilmiştir.*

Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda, pilot karar usulüne ilişkin hiçbir düzenleme yer almıyor. İçtüzüğü açtığınızda, karşınıza 75. maddede "pilot karar usulü" çıkıyor. Madde'ye göre; "Bölümler, bir başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığını ve bu sorunun başka başvurulara da yol açtığını tespit etmeleri ya da bu durumun yeni başvurulara yol açacağını öngörmeleri hâlinde, pilot karar usulünü uygulayabilirler."

Anayasa Mahkemesi, bu karar usulünü, kendi yaptığı İçtüzük ile getiriyor; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi içtihat yoluyla geliştirmiyor. Bu karar türünün yasal bir dayanağı olmadığı gibi uluslararası insan hakları hukuku düzeninde gördüğü işlevi, iç hukukta da aynen yerine getirmesini beklemek yanlış olacaktır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında yapılan bireysel başvuruyla, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru arasında gerek denetimde kullanılacak ölçü norm (Sözleşme ile üye devletlerin hukukları arasındaki ilişkinin niteliği ve Sözleşme'nin yorumuna ilişkin ilkeler), gerek Mahkeme organizasyonları, gerekse denetimin yapısı bakımından ortaya çıkacak farklılıklar göz önünde bulundurulmaksızın bu karar türü benimsenmiştir.

İşin asıl vahim noktası şudur: Bu usulde, konuya ilişkin Bölüm tarafından pilot bir karar verilmesi halinde, "benzer nitelikteki başvurular idari mercilerce bu ilkeler çerçevesinde çözümlenir; çözümlenmediği takdirde Mahkeme tarafından topluca görülerek karara bağlanır." Bu hükme göre Anayasa Mahkemesi, pilot bir karar aldığı takdirde bu pilot karara ilişkin tüm hukuksal uyuşmazlıkları, karardaki ilkeler çerçevesinde çözme yetkisini idari mercilere vermektedir. Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukukla uluslararası hukuk ayrımları bir tarafa bırakılsa bile Anayasa Mahkemesi'nin kendi yaptığı İçtüzükte, mahkemelere ait olan yargısal sorunu çözme yetkisini idareye devretmesi, kuvvetler ayrılığına dayalı bir hukuk devletinde akla bile

gelmemelidir. İçtüzükteki bu düzenleme için sözün bittiği yer denebilir. Anayasa Mahkemesi, bu hükümle anayasal yetkilerini aşmaktadır. Bu yetki aşımıyla, paralel başvurulardaki yargısal koruma da kesintiye uğratılmaktadır.

Çekişmesiz Yargılama Usulü

Anayasal açıdan hatalı bir diğer nokta, Adalet Bakanlığı'nın taraf haline getirilmesidir. Belirtmek gerekir ki, bireysel başvuru çekişmeli bir dava değildir. Bireysel başvuru çerçevesinde yapılan yargılamada taraf bulunmamaktadır. Bu yargılamada yalnızca başvuru vardır. Başvurunun amacı da devletin kamusal gücüyle ihlal ettiği bir hak varsa, o ihlalin giderilmesidir. Yargılamaya bir de sanki tarafmış gibi Adalet Bakanlığı katılmaktadır. Kararı veren ilgili mahkeme olsa bu katılım bir ölçüde kabul edilebilir. Bu katılımın sağlayacağı katkının da ilgili mahkemenin bilgi vermesiyle sınırlı tutulması gerekir. Oysa İçtüzük, Adalet Bakanlığını yargılamanın tam da merkezine yerleştiriliyor (md. 71). Buna göre, bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesiyle birlikte başvurunun bir örneği kendisine gönderilen Adalet Bakanlığı, gerekli gördüğü hâllerde görüşünü 30 gün içinde yazılı olarak Anayasa Mahkemesi'ne bildirebiliyor. Adalet Bakanlığınca bu süre yetmezse, Anayasa Mahkemesi bir 30 gün daha ek süre verebiliyor. Daha sonra Adalet Bakanlığı'nın cevabı kendisine tebliğ edilen başvurucuya da 15 gün içinde karşı beyanda bulunma olanağı tanınıyor. Böylece çekişmeli bir davaymış gibi layihalar gidip geliyor.

Adalet Bakanlığı'na tanınan usuli olanaklar

bununla da sınırlı kalmıyor. Adalet Bakanlığının talebi üzerine gerekli görülmesi hâlinde duruşma yapılmasına karar verilebildiği gibi duruşma tutanak örnekleri, talepleri hâlinde Adalet Bakanlığına verilmektedir (İçtüzük md. 74). Tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında gerek Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun, gerekse Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün bireysel başvurunun niteliğini göz önünde bulundurmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ne TBMM ne de Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurunun karşı tarafın olmadığı çelişmesiz bir usulü öngördüğünü farketmemektedir.

Anayasa'daki düzenlemenin Kanun ile nasıl daraltıldığı, daha önceki tebliğde gösterildi. İçtüzük eliyle Kanun'un daraltılmasına da bir örnek verilebilir. Bu daraltmayı, özgürlükleri koruyarak temel hak ihlallerini giderecek olan Anayasa Mahkemesi kendi yaptığı İçtüzükte yapıyor. Daha önce de belirttiğimiz gibi geçici hukuki korumaya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin kullanabileceği bir araç var; bu da tedbir kararı verebilmesi. Anayasa Mahkemesi Kanunu diyor ki: "Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvuruçunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvuruçunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar." Buna göre, geçici hukuki korumanın ivedi sağlanması gereken durumlarda, tedbir kararı için başvurmak çok pratik ve yararlı sonuçlar alınmasını sağlayabilecektir. Çünkü

tedbir kararı üzerine Anayasa Mahkemesi'nin esasa ilişkin altı ayda karar verebilmesi için önündeki bu başvuruya öncelik verme zorunluluğu doğacaktır. Büyük olasılıkla bu zorunluluğun görülmesi üzerine İÇTÜZÜĞE şu hüküm konulmuş; *“Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verilebilir.”* Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun, bireysel başvuru konusu olabilecek tüm temel hak ve özgürlükler için getirdiği bu geçici korumayı, İÇTÜZÜK, yalnızca yaşam hakkı ile maddi ve manevi bütünlüğe yönelik (örneğin işkence yasağı) tehlikelere indirgeyen bir ifade kullanıyor. Niyetin ne olduğunu herhalde buradan sezme mümkündür.

Uygulamacılara Öneriler

Bitirirken bir konuyu daha sizinle paylaşmak istiyorum. Buraya gelirken, Almanca yazılmış bir kaynaklardan, “uygulamacılara önerileri” içeren bir liste çıkarmaya çalıştım. Şöyle ki bu listede nelere, nasıl dikkat edileceği, başvurudan önce ne yapılacağı, başvuru sırasında ne yapılacağı, başvuru sonrasında ne yapılacağı belirtilmiş. Almanya'daki hemen hemen 50 yıllık tecrübenin ışığında ortaya çıkan bu kontrol listesinden belirli ölçüde yararlanılabilir. Başvurunun başarıyla sonuçlandırılması için dikkat edilecek konulara ilişkin bu listeyi sizlerle ayrıca paylaşmak isterim.

Anayasa şikâyeti öncesi temsilci açısından

dikkat edilecek noktalar şunlardır: Temsilci, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulması talebi üzerine neyi denetleyecek, nasıl bir denetim biçimi izleyecek? İlk bakılacak husus; herhalde süre. Süre açısından kanun yollarının tüketilmesi gerekmekte. Kanun yollarıyla kastedilen, olağan kanun yollarıdır. Adli, idari ve ceza yargılamasında, nelerin olağan kanunyolu olduğu ayrı ayrı belirlenmelidir. Bunlar; medeni yargılamada istinaf, temyiz karar düzeltme, ceza yargılamasında itiraz, istinaf ve temyiz, idari yargıda da temyiz ve karar düzeltmedir.

Kanun yollarında verilen son kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde bireysel başvuruda bulunulmalıdır. Dolayısıyla son kararın verildiği tarihe bakmak bir zorunluluktur. Ondan sonra bu 30 günlük sürenin geçirilmemesi adına, başvuru dosyasını hazırlamak için gereken sürenin de hesaba katılması önem taşıyacaktır. İhtüzük, e-postayla yoluyla internet üzerinden başvuruya olanak sağlar görünüyor; *"Genel Kurul; elektronik ortamda, güvenli elektronik imza kullanılarak başvuru yapılabilmesine ilişkin karar alabilir."* Şu an için bu konuda alınmış bir karar yok. Dolayısıyla e-maile başvurursanız, başvurunuz reddedilecektir. Bu konuda alınabilecek Genel Kurul kararına dikkat etmek gerekir. Ayrıca 15 günlük haklı mazeret süresi geçerli olabilir mi? Haklı mazeretin olup olmadığının da kontrol edilmesi gerekiyor.

İkinci aşamada başvuru yollarının tüketilip tüketilmediğine ilişkin bir denetim yapılması gerekiyor. Tüm yargısal başvuru yolları tümü-

le hukuka uygun bir şekilde tüketildi mi? Biraz önce belirtildiği gibi temel hakların korunması için zorunluluk oluşturuyorsa, tedbir kararı istenmelidir. Tedbir kararı, aynı konuda Bölümlerde yapılan yargılamayı hızlandıracak bir etki de doğuracaktır. Acil ve zorunlu durumlarda tedbir kararı istenmesi, başvuruya ilişkin daha önce alınmış tüm kararların Anayasa Mahkemesi'ne sunulmasını ve böylece ilgili uzman mahkeme önündeki yargılamaya ait tüm malzemenin bir bütün olarak görülmesini sağlayacaktır.

Başvurulabilir bir temel hak ihlalinin olup olmadığının, dolayısıyla başarı şansının olup olmadığının öngörülebilmesi, öncelikle teknik Anayasa Hukuku mütalaasına dayalı bir öndenetimi gerekli kılmaktadır. Örneğin Almanya'da bireysel başvurulardaki başarı şansı yüzde 2-3 arasında oynuyor. Çok düşük bir başarı yüzdesi söz konusu. Bu nedenle başarı şansının olup olmadığına ilişkin teknik bir inceleme yapılması gerekiyor. Ortaya çıkacak olası sonuç hakkında temsil edilenin bilgilendirilmesinde yarar var. Aynı şekilde olası masraflar hakkında da bilgilendirmede bulunulmalı. Bireysel başvuruda avukatlık nasıl ücretlendirilecek? Bu konuda verilen temsil hizmetine ilişkin ücret nasıl belirlenecek? Dava konusunun maddi değerine bağlı olarak bir değerlendirme yaparsak, herhalde bu ölçüt anayasa şikâyeti gibi teknik bir konuda başvuru dosyasının hazırlanması için verilen emeği karşılamaz. Bu durumda ücret konusunda önceden açık bir uzlaşmaya varılmasında fayda olacaktır.

Eğer hükmedilecek tazminat üzerinden bir

anlaşma yapılacaksa, -zira Anayasa Mahkemesi tazminata hükmedebiliyor ki onun da koşulları var- temsil edilen şunu bilmeli: Anayasa şikâyetinde dava masraflarının (ilgili davadaki) karşı taraftan talep edilebilmesi mümkün değildir. Bu husus da göz önünde tutulmalı. Anayasa şikâyetinde karşı taraf olmadığından, dava masrafı da talep edilemiyor.

Başvuru hakkının kötüye kullanılması halinde bizde 2 000 liraya kadar idari para cezası verilebilmesi mümkün. Umarım bu ceza çok istisna bir uygulama olarak kalır. Almanya'da bu konudaki uygulamaya ilişkin sayılar verilebilir. Almanya'da yıllık 15 ila 50 arasında başvuru, kötüye kullanma olarak nitelendirilerek cezaya hükmediliyor ve yüksek ceza 500 Euro'yu aşmıyor. Oradaki ekonomik koşullar dikkate alınırsa, bizde kötüye kullanma halinde verilecek ceza bakımından üst sınırının yüksek olduğu sonucuna rahatlıkla varılacaktır.

Temsilcinin kendi yapacağı denetime ilişkin diğer düşünceler özetle şöyle toplanabilir: Bu şikâyet doğru gerekçelendirilebilir mi? Uyuşmazlık konusu yeterince açık mı? Söz konusu olan basit bir hukuka aykırılık mı, yoksa Anayasal bir ihlal gösterilebilir mi? Anayasa ihlali gösterilirken, yalnızca "insan onuruna dokunuyor" ya da "eşitlik ilkesine aykırı" denilmesi yeterli olmayacaktır. Böyle bir başvuru büyük olasılıkla reddedilir. Çünkü bunun içinin doldurulması gerekiyor. Hak ihlali nereden kaynaklanıyor? Bu hak ihlaline ilişkin önceki hukuk yollarında yapılan başvurular üzerine alınan kararlarda neden bu ihlal giderilememiş? Tüm bu sorula-

rın yanıtlarının çok açık bir şekilde ortaya konulması; ileri sürülen temel hak ihlalinin somut ve açık bir şekilde gerekçelendirilmesi gerekir. Gerekçenin oluşturulmasında Anayasa Mahkemesi'nin önceki içtihadı çok iyi bir kaynak oluşturmasa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ve bu konudaki literatürden yararlanılabilir. Sanırım süremi doldurdum. Dinlediğiniz için çok teşekkür ederim.

Av. Hüseyin ÖZBEK- Sayın Kanadoğlu'na çok teşekkür ediyoruz sunumu için, burada tabii çok önemli şeyler söyledi, ama ben söylediklerinden bir cümleyi tekrar etmek istiyorum: *"Anayasa Mahkemesi bir raportör mahkemesidir, yani bu başvuruda"* dediniz, bu son derece düşündürücüydü. Sayın Erdem İlker Mutlu, buyurun.

Yrd. Doç. Dr. Av. Erdem İlker MUTLU

Hacettepe Ün. Hukuk Fakültesi Öğr. Üyesi

Temel Hak ve Özgürlüklerde Uluslararası Ve Ulusal Bireysel Başvuru Yöntemleri

Şimdi ben tabii o kadar çok şey anlatıldı ki, Bertil Hocam zaten çok şey anlattı, Korkut Kandođlu Hocam da acaba bana bir şeyler kaldı mı dedi, son konuşmacı olarak bana hiçbir şey kalmadı. Ben size řu sıralar üzerinde çalıştığım bir kitabımdan kendim yazdığım küçük bir öyküden söz etmek istiyorum ki, sanırım bu Anayasa Mahkemesi başvurusuna tam ilginç bir örnek olacak.

Şimdi bizim Temel iş aramaya gider Amerika'ya ve iş bulmak için bayağı döner dolaşır, bir yerde pizza ustası aranıyor. Bir İtalyan restoranına girer ve usta anlatır. Der ki: Bak, ben İtalyan'ım aslen, ama burada yaptığımız pizzalar Amerikalıların damak tadına uygun yapılması gerekiyor. Bizim malzemelere uyduruyoruz. Bak mesela, böyle bir havai pizzamız var, içine ananas katıyoruz, birazcık da hani domuz pas-tırması koyduğumuzda Amerikalılar beğeniyorlar. İtalya'da böyle bir şey yok, ama bu arayı bulmak lazım, anladın mı? Bizim Temel gayet anladım, hemen yapacağım. Bir girişiyor ve ilk çıkardığı fırından pizzalar içinde hünkarbeğendili pizza çıkıyor. Patlıcan koyuyor, güzelce köz-lüyor falan içine, parmesan peyniriyle karıştırıyor falan, tabii herkes ilk defa yiyen Amerikalılar bayılıyorlar, çok güzel bir şeymiş bu, tekrar yap. Gel zaman git zaman Amerikalıların bir kısmı

çok beğenirken, tam İtalyan patronun istediği gibi bir fark yaratılmışken bazı klasik tat sever müşterilerden tepki gelmeye başlıyor ve en sonunda bir tanesi de doğal olarak ödediğim çekin karşılığını alamadım diye dava açıyor. Bunun sonucunda tabii patron çağırıyor Temel'i, "Temel niye böyle oldu? Bak, böyle yapma, bir kısmı da çok beğendi evet, ama yani bunu ya yuvarlak pizza yapacaksın, ya uzun pide yapacaksın. Pizza ile pide arası bir kavram yok. Diyor ki Temel: "Usta haklısın, ama senin verdiğin malzemelerle bizim pide olmaz, Pizza yapayım istersen ama o da pide gibi fark yaratmaz, şehirdeki diğer pizzacılardan farkın olmaz..

Şimdi benim bugün anlatacağım konu aşağı-yukarı buna benziyor.

Biz Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkını düzenlerken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde geçen temel hak ve özgürlüklerin ihlalini de düzenlemesine atfen iç hukukta bir uluslararası yükümlülükler yargılaması yapacağız. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gitmeden iç hukukta temel haklar yargılaması yapılsın diye amaçlarken, aslında bu düşüncenin kökünde yatan şey bizim Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrasında bulunan uluslararası hukukla iç hukuk enstrümanlarının çatışması olayıdır. Daha doğrusu bu süregelen bir olgudur ve aslında bu dünyada da çok netleştirilmiş bir durum değil. Gerçekten gündemimizde geri kalmış hukuk sistemlerine özgü çok ciddi anlamda kavram ve kafa karmaşası var. Bunun en yakın örneğini yakın zamanda bizim Ermenistan'la ülke olarak yaptığımız bir anlaşmanın,

uluslararası anlaşmanın Ermenistan Anayasa Mahkemesi'nde iptal edilmesi ve ondan sonra biz de anlaşmaya uyamayacağız, Anayasa Mahkemesi iptal etti efendim demeleriyle örneklenen bir durum bu. Kısaca size şimdi bu temel hak ve özgürlükler uluslararası hukukun parçası olarak değerlendirildiğinde nasıl bu sürecin yaşandığını anlatacağım, ondan sonra da bir Anayasal bireysel başvurunun, Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel hak aramanın bu enstrümanla nasıl olabileceğini veya olamayacağı konusunu tartışacağız, ama çok kısa keseceğim. Bu sesle çok daha fazla can sıkıcı olmak istemiyorum.

Rıza Kuramı

Şimdi ilk olarak uluslararası hukuk dediğimiz zaman karşımıza çıkan şu: Uluslararası hukuk bir içtihat hukukudur. Uluslararası hukuk araçların yıllar içerisinde devletlerin uygulamalarıyla oluşan bir içtihat hukukudur. Uluslararası hukukun en önemli özelliği hukukun süjesi, yaratıcısı kişiler özel hukuk tüzelkişileri veya başka benzer organizasyonlar değil, uluslararası alanda egemenlik yetkisini kullanan ve tek otorite olan devletler ve devletlerin oluşturmuş olduğu uluslararası organizasyonlardır. Bunlar dışında uluslararası hukukta hiçbir zaman süjelik iddiasında bulunulamaz ve 16. Yüzyıldan itibaren uluslararası hukukun oturmuş doktrini bunun üzerinedir ve bütün uluslararası mahkemelerin kendi yargısal gelişimleri, uluslararası hukukun kendi sürecini tamamlaması uluslararası insan hakları hukukunu da buna dâhil ediyorum, bu temel üzerine oturmuştur. Ulusal

egemenliklere saygı, içişlerine karışmama ve uluslararası platformlarda ulus tüzeltiği diye doktrinel olarak söyleyebileceğimiz devlet tüzeltiğinin aslında kendini ifade etmesidir. Ancak ne var ki, uluslararası uyumsuzlukların çözümü konusunda bu çok yararlı olmamıştır. Çünkü her ülke kendi egemenlik alanıyla çıktığı zaman uluslararası platforma benim egemenliğim senin egemenliğin deyince olayı çözen hiçbir şey yok. Uluslararası anlaşmalar yapıyor, tabii o en eski Pacta Sunt Servanda dediğimiz ahde vefa ilkesi var, ama devlet işine gelmeyince hiçbir şekilde uluslararası anlaşmaya uymuyor. Peki, uymayınca ne oluyor? Bunun tek bir yaptırımını var klasik uluslararası anlaşmada: Karşı tarafın da kendi hükümlülüklerini yerine getirmemesi, bunun dışında bu 16. Yüzyıldan beri hiçbir yaptırım yok. Zorla anlaşmaya uyacaksın, gel bakalım, savaşalım falan gibi bir yaptırım zaten klasik uluslararası hukukun doktrinine de aykırı. Bundan dolayı uluslararası anlaşmaların özellikle sonraki süreçte kendi kendini yürüten iç mekanizmaları korunmuştur ki, biraz sonra arz edeceğim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de bu şekilde. Ancak uluslararası yargıyla ilgili söylemek istediğim birkaç şey var. Uluslararası yargıda **consent** dediğimiz, orijinali rıza kuramı dediğimiz bir kuram vardır. Yani mutlaka uluslararası yargıya götürecek bir devlet, sorumlu olarak, devlet sorumluluğu olarak mutlaka bir rıza vermeli bu uyumsuzluk çözüm yöntemine. Bu önceden yapılabilir özel bir yetki anlaşmasıyla yapılabilir, bir deklarasyonla yapılabilir, çok taraflı anlaşmaya katılmayla yapılabilir, çok farklı şekillerde bu rıza verilir. An-

cak bu rızayı vermezseniz hiçbir devleti uluslararası yargının önüne taşıyamazsınız. İşte bundan dolayıdır ki, uluslararası yargı aslında istisnai bir çözüm yolu olarak ilerlemiştir.

Sözleşmenin 3. Maddesi

Tabii bütün bu sorunlar arasında 1950'lere geldiğimizde ki, bu doktrine de en çok uluslararası yargının gelişim sürecine, uluslararası enstrümanların kullanımına, uluslararası sürekli hakem mahkemesi ki, Türkiye'nin de orada geçmişte Cumhuriyet kurulmadan önce dahi bazı çözülmüş sorunları var, yine cumhuriyetten sonra uluslararası sürekli adalet divanı var. 1946'ya kadar bizim bu ünlü Bozkurt Lotus davasını çözümlendiğimiz yargı organı, bunlar bu uluslararası enstrümanları kullanarak en sonunda içtihat hukukunu kısmen oluşturmuşlar ve bakıyoruz, tabii bu uluslararası enstrümanlar neler dediğimizde bakıyoruz, uluslararası hukukun bu eğer ki bu Kelsen'in yaptığı cinsten bir piramit yapacak olursak tepesinde *ius cogens* dediğimiz uluslararası hukukun emredici nitelikteki kuralları var. Bu emredici kurallar daha önce belki teamül kuralı olarak başlamış olup, geçen zaman içerisindeki çok uzun zaman dilimlerinden söz ediyoruz. Devletler tarafından kabul edilmiş uluslararası hukuktaki genel görüşün kesinlikle hiçbir istisnasız, hiçbir devlete de itiraz hakkı vermediği kurallardır. Bu örneğin güç kullanma yasağı verebiliriz, soykırım, insanlığa karşı suçlar, bunların içerisine girer. Bunlar *Ius Cogens* dediğimiz işkence yine beden bütünlüğüne zarar, en son Tanzanya'daki Ruanda için kurulmuş uluslararası ceza

mahkemesinin yine tecavüzü de içine aldığı, bir cinsel saldırıyı da içine aldığı bir *Ius Cogens* kuralları topluluğu vardır. Bunun altında teamül hukuku kuralları dediğimiz devletlerin uygulamalarından ilk olarak belki uluslararası anlaşmalarla başlayan, ancak daha sonra sadece itirazcı devletlerin muaf olduğu, ancak herkesin uymak zorunda kaldığı kurallar bütünü var ve bunlar tek bir katalog halinde değil, zaman içerisinde içtihatla gelişmiş, kabul edilmiş yazılı olmasına rağmen dağınık halde bulunan kurallardır. Anlaşmalar, uluslararası anlaşmalarla, bunlardan sonra gelmektedir. Daha sonraki hukukun genel prensipleri ve doktrin dediğimiz bazı uluslararası hukuk yazarlarının görüşlerinin uyumsuzlukların çözümünde kullanılması, bunların hepsinde Uluslararası Adalet Divanı 1946'da oturup, statüsünü yaptıktan sonra, Divanın kuruluş statüsü 36. maddesinde belirtmiştir. Bu kuruluş statüsünde belirtilen bu uluslararası hukukun kaynakları ondan sonra gelen uluslararası mahkemelerin de hukuk enstrümanlarını nasıl kullanacağı ve bu argümanı kurgularken kararı yazarken nasıl yazacağı, ne tür sonuçlara ulaşacağı ve çözümlenmenin adalet dağıtımının ne şekilde yapacağı konusunda en iyi örneklerden birisi olmuştur.

Daha sonraki süreçte tabii 1950'lerde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yine 12 tane konseyin kurucu devletiyle başlayıp, bugün 47'ye yükselen katılımcı devletle imzalanmış olup, bu anlaşmanın da yine ilk başta söylediğimiz gibi ahde vefa, ama işime gelmiyor, burada yapmayım ben demesinler diye bir iç koruma

mekanizması oluşturulmuş, burada da bir uluslararası yargı organı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuş ve bu mahkemede bu yargılamayı uluslararası hukukun bu saydığım kuralları çerçevesinde gerçekleştirmektedir.

Şimdi tabii Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu kuralları yorumlarken, örneğin hemen direkt aklıma gelen en önemli, en kaygan zemin olan 3. madde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin işkence, insanlık dışı muamele, onur kırıcı veya aşağılayıcı muamele veya ceza tanımlarına geliyorum. Bunlar içtihat hukuku söz konusu olduğunda eğer konsey bir uluslararası anlaşma bu tanımları yapmadıysa, uluslararası uyuşmazlık çözüm merci, yani mahkeme bu tanımları yapar. İşkencenin ne olduğunu, insanlık dışı muamelenin ne olduğunu, tabii bunları yaparken de bu uluslararası enstrümanları kullanarak bunları nasıl değerlendireceğine, hangi çerçevede nasıl başlayıp nasıl bitireceğine çok net olarak mahkeme karar verir. Ancak tabii uluslararası hukukta şöyle bir sorun da vardır: Uluslararası başvuru yöntemleri her ne kadar uzaktan çok şık görünse, insanlara adalet dağıttığı söylene de, iç hukukta olduğu gibi uluslararası hukukun yeknesak bir Anayasal sistemi yoktur.

Uluslararası ve İç Hukuk

Şimdi uluslararası hukuk devletlerin süje olarak yarattığı karşılıklı sorumluluklar bütünü, sorumluluklar ilişkisi bütünü diye düşünecek olursak, iç hukuktaki organlar o kadar farklıdır ki, yasama, yürütme, düzenli bir şekilde işleyen

yargı, bunlara uygun kurgulanmış bürokratik bir şema ve hatta vatandaşın her an yargının karşısına, idarenin karşısına götürülme ve kendisinin bunu kabul edip etmediğinin asla sorulmadığı zorlayıcı bir yargı sistemi bulunca resmen ikisi elmayla armut gibi kalıyor. Baktığımız zaman Anayasa 90 sonda şöyle bir ifade var: Usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş bir uluslararası anlaşmaya Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi önüne götüremiyorsunuz. O kadar gereksiz bir ifade ki, zaten bunu hani yazan bir kişi eğer uluslararası hukuk ve iç hukuku biliyorsa, böyle bir şeyin zaten olamayacağı mümkün değildir. Kimse elmayı sever, kimisi armudu, bunlar arasında bir hiyerarşi koyamazsınız, çok zordur. Uluslararası hukukla iç hukuku hiyerarşilendirdiğiniz zaman orada teknik hukuk bakımından çok büyük bir problemle karşılaşırız.

Ciddi Bir Sorunsal

Şimdi tabii diyeceksiniz ki, bireysel başvuruyla ilgili nasıl bir şeyle karşılaşıyoruz böyle? Uluslararası bireysel başvuru yöntemlerinden birisi bu söylediğimiz ki, aslında 1950'de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle başlayan süreç uluslararası hukukun bu istisnasının, yani kişilerin devletin sorumluluğunu uluslararası alanda ileri sürmesinin ilk örneğidir ve gerçekten büyük bir başarıdır, hukukta büyük bir adımdır. Bunun benzerini yine sınırlı da olsa Avrupa Birliği'nin kendi içindeki Adalet Divanı'nda bir nebze başarmıştır. Burada da temel hak ve özgürlükler yazılı olmasa dahi ki, bu temel haklar şartı çok çok sonra ortaya çıktı Avrupa Birliği

içinde, daha önceden mahkeme üye devletlerin ortak geleneklerinden olduğu ve Anayasal sistemlerinden geldiğini ve anlaşmaların özüne uygun olduğunu söyleyerek, bunu uygulamaya koyabilmiştir. Yani içtihat hukuk yaratarak yapmıştır bunu, daha bu Anglo Amerikan tarzında içtihat yaratma sistemi, yani hukuk yaratmanın gerçekte bir yasama meclisi değil, bir yargıç olması modeliyle yapmıştır bunu. Ne var ki, bu uygulama, bu sistem iç hukuklarında özellikle Türk ve Kara Avrupa'sı sisteminde uygulanan ve alışkın olduğumuz bir modelleme değildir.

Şimdi eğer ki, biz Anayasa 90'a sondaki son cümleye bakacak olursak usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş bir uluslararası anlaşmanın kanunlarla aynı konuda farklı hükümler düzenlemesi konusunda uluslararası anlaşmanın esas alınacağı hükmü bu çatışmayı, daha doğrusu bu farklılığı bize gösteriyor. Mutlaka bir farklı düzenleme vardır, çünkü iki ayrı hukuk materyali var. Yani aynı baştan anlattığımız gibi Havai pizzası için verilen materyal var ki, bunun içinde ananas var, domuz pastırması var, parmesan peyniri var, bir de bizim kendi Anayasal sistemimizdeki Anayasal hak ve özgürlüklerden doğacak olan belki közlenmiş patlıcan ve kavurmayla yaptığımız hünkarbeğendili pide var. İşte bu enstrümanların farklılaşması o enstrümanlarla bir diğer sonucun üretilmesini engellemektedir.

Ciddi bir sorunsalla karşı karşıyayız, çünkü Bertil Hocam da söyledi. Uluslararası bir haklar ve özgürlükler katalogunun Türkiye'deki bir yargıç tarafından kapsamının değerlendirilmesi

bütün bu uluslararası sistemin çerçevesini bilmek, enstrümanlarının nasıl kullanıldığını, örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde geçen “demokratik toplum gereği”nin ne olduğunu çok iyi süzebilmiş olması anlamına gelmektedir ki, bunu yapması için de bütün bu içtihatları okuduğu gibi uluslararası hukukun bu içtihatları, bu kararları yaparken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin uluslararası hukukun klasik bu içtihat gelişimini nasıl kullandığını, örneğin Loizidu Davası gibi karmaşık ve zor bir davadan, gerçekten de çok zor bir davadır, uluslararası hukukta tartışılan bir davadır ki, 2001 yılı yargı yılı açılışında Uluslararası Adalet Divanı yargıcı Yargıç Bürgental, Loizidu Davası uluslararası yargının yayılımını zorlaştıran bir karar çıktığını, meşruiyeti zedeleyen bir karar olduğunu söylemiştir diğer bir anlatımla. Bunların gözlemlenip, bu çerçevenin belirlenip, bu çerçeveye uygun olarak aynı Anayasa 90'da belirtildiği gibi ki, Anayasa 90'da zaten sadece yargıçlara değil, Anayasanın bütün sorumlularına seslenmektedir. Devlet idaresinde, bürokrasisinde çalışan herkese diyecek ki, bu kanun, bu uluslararası sözleşme, burada hangisini nasıl esas alacağı. Zaten hiçbir zaman şöyle bir şey söz konusu olamaz teknik hukuk bakımından: Uluslararası sözleşmenin enstrümanını alacaksınız ve doğrudan iç hukuk enstrümanı gibi hiçbir şeye gerek kalmadan uygulayacaksınız. Böyle bir şey teknik hukuk bakımından mümkün değildir.

İşte bundan dolayı bu uyumsuzluğu giderebilmek için kocaman böyle mahkeme binaları oluşturup, içine de birkaç tane hukukçu yerleş-

tirip, ondan sonra kimlerle hangi yöntemlerle olursa olsun bu işin halledildiğini düşünmek çok büyük bir hata. Kimsenin kendini kandırmasına gerek yok, gerçekten objektif bakan hukukçuların hepsi biliyor ki, ülkede eğer bir yargı reformu yapılacaksa, yeni binalar, yeni kurumlar, yani kâğıt üzerinde yapmak yerine bir kez şu mantalitenin değişmesi gerekiyor: Hukuku okuma, anlama, algılama ve temel hak ve özgürlüklerin hangi alanda nasıl kullanılması gerektiği sınırlarının, belki sınırlamanın sınırının ne olduğunun çok net algılanması gerekiyor. Eğer ki, bunun da, belki bu reformun da başlangıç yeri hukuk fakülteleridir. Ben hani çok uzun olmayan öğretim üyesi, daha doğrusu akademisyen yaşamımda şu kaniya vardım: Hukuk fakültesi lisans üstü okutulması gereken bir fakülte her zaman için, lisansta başlamak için çok erkendir, 20'li yaşlar yargıç olmak için çok erkendir.

Başvuruların Reddi

Daha ilk derece mahkemesinde daha, Yargıtayda çok erken yaşlarda tetkik hâkimleri yargıçlar örneğinin, doğudaki bir ilçede bütün işlere bakan yargıçlarla dolu bir ortamda henüz 25 yaşında ergenliğin tıbben bittikten sonraki gelen ikinci yılında bütün her şeyi çözümleyen insanlar var. Bütün uyuşmazlıkları o bölgedeki 100 000 kişiye bakan tek yargıçlar var. Bu anlaşılabilir fiili bir imkânsızlığı başarmaya çalışıyoruz bu şekilde ki, Anayasa Mahkemesi'ne gidene kadar. Şimdi şunu düşünmek gerekiyor: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde 16 000 tane bekleyen dosya var şu anda Türkiye hak-

kında ve o kadar küçük bir yer ki orası, hani şu an dinleyiciler kadar Türkiye Dairesi'nde o bölgede çalışan insan yok. Gerçekten bu dosyaların çözümlenmesi imkânsız, çünkü her yerden sürekli başvuru geliyor ve artık hocamın sözünü ettiği bu **de minimis** kuralıyla ilgili olarak o kadar sert bir uygulama başlattı ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç tüzük 47'de başvurunun nasıl yapılacağı bellidir. Orada yazılı olan, daha doğrusu talep edilen bilgilerden en ufak bir tanesinin eksikliği dahi aslında başvurunun reddi nedenidir. Uluslararası hukukta şekil esastır çünkü, ancak ne var ki geçtiğimiz yıllarda başvuru yapanların yapmış olduğu bu eksikliklerin giderilmesini talep ederek mahkeme bir şekilde temel hakkı korumak ve başvurunun sürdürülebilirliğini, devamını sağlamak için yardımcı oluyordu. Ancak son bir yıldır başlatılan bir uygulama var ki, çoğu avukat meslektaşımızın da haberi yok. Bizim İnsan Hakları Merkezimizi sık sık arayıp, hocam şoka uğradık, ne oldu bilmiyoruz, başvurumuz reddedildi diye bir cevap geldi, hiçbir açıklama da yok diyorlar. İşte iç tüzük 47'deki en ufak bir bilgi eksikliği dahi olsa bir tanesinde gördüm, başvuru yapanın cinsiyetini yazmamışlar. Hâlbuki olay kadına karşı şiddet olayıydı. Mahkeme bunu reddediyor. Bunu yapan da mahkeme değil bakın, mahkemenin Türkiye Dairesi'nde çalışanlar var ve ciddi anlamda oradaki bu mahkemenin olaylara yaklaşımıyla ilgili karar vericilerin söylediği bu dosyaları mümkün olan hızla azaltmak, tabii bunu azaltırken aynen işkence veya yaşama hakkının ihlali gibi ciddi dosyalar dışındakileri ayırıp, bu şekilde hızlı bir elemeye gidiyorlar ve

gerçekten çok düzgün, çok haklı gerçekten bizim hani bu uluslararası hukukta da “**güçlü temelleri olan**” denilen iyi başvuruların birçoğunun da reddedildiğine tanık olabiliyoruz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde bu yeni başlayan süreçte, başka türlü de bu işin içinden çözüm çıkaramıyor.

Aynı şey şimdi bir analogi yapacak olursak Anayasa Mahkemesi'nin başına gelir mi? Kesinlikle gelecektir, kesinlikle geleceğini düşünüyorum. Sayın Hocamın sözünü ettiği az evvel söylediği bu mahkemenin etkin bir iç hukuk olup olmayacağına dair verilecek karar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından zaten etkili iç hukuk yoluna ilişkin mahkemenin daha önce kurguladığı, çizdiği bir tasarım var. O şablonun içine oturmadığı zaman -ki, şu iç tüzük net gösteriyor bunun oturmadığını- ilk başvuruda ve etkisiz iç hukuk yolu olduğu söylendiği anda eğer başvuru kabul edilebilir bir başvuru yapılırsa da tartışılırsa bir dairede bunun etkili iç hukuk yolu olmadığına dair ben de aynı şekilde karar verileceği kanısındayım. Çünkü etkili iç hukuk yoluna bir kere çok önemli bir şey, bir durum söz konusu, esas hakkında tartışma yapılabilecek kararlar olması gerekiyor. Bakıyorsunuz bugün inanılmaz mahkeme kararları var. Yüksek yargı da dahil gerekçesiz kararlar yazılıyor, “kopyala- yapıştır” şeklinde resmen aynı kalıplardan şablon şeklinde kararlar çıkıyor. Bunların hani gerçek anlamda, ciddi anlamda yansıtıldığı durum da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararıyla kısa sürede Hırvatistan örneğinde, Azerbaycan, Ermenistan örneğinde olduğu

gibi, Sayın Hocamın saydığı örneklerde olduğu gibi devre dışı kalacağı ve bu çabanın, yani bireysel başvuru çabasının da zaten hukuk tekniği açısından az evvel anlattığım yanlış olduğunu düşündüğüm, hatalı olduğunu düşündüğüm bu çabanın da maalesef sonuçsuz kalacağını, yani bu sürecin ancak yeni bir süreç oluşana kadar devam edebileceğini düşünüyorum. Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Av. Hüseyin ÖZBEK - Değerli arkadaşlar, ben hocalarımla da konuştum, ikinci tur söz alacak bir durum söz konusu değil, ama sizlerin sorularınız yazılı olarak arkadaşlarımız dağıtsınlar, gelirse isimlerinizi falan da yazın kayda geçme açısından, hocalarımız bu yönelen soruları cevaplayacaklar.

İKİNCİ OTURUM

Av. Hüseyin ÖZBEK - Arkadaşlarımız soruları toplayabilirler. Arkadaşlar, sorular gelmeye başladı, geldi bazı sorular, herhalde yine iletecek arkadaşlarımız var. Bu ara ilk tura ilaveten biz hem az konuşan, tam 20 dakikada bitiren Burhan ağabeye söz veriyoruz, buyurun.

Av. Burhan ÖĞÜTCÜ - Şimdi bazı ilaveler yapma ihtiyacı hissettim. Mutlaka Sayın Hocalarımız da biliyorlardır, şu anda Meclis gündeminde olan, daha doğrusu Meclis açılmadan önce gündeme getirilmiş olan yargılama sürelerinin uzunluğuyla mahkeme kararlarının geç veya kısmen icra edilmesi ya da icra edilmemesi nedeniyle tazminat ödenmesine dair kanun tasarısı. Şimdi burada tabii bu bir idari yol, bir ikincil yol olması lazım. Bunun yasalaşması halinde önce böyle bir idari yola başvuracaksınız, sonra ikincil diğer başvuru yolları. Yani 7-8 sene bir dava kesinleşirse, ondan sonra bir idari yolda buradan 2-3 sene, bir 5 sene de Anayasa Mahkemesi, bir 5 sene de şey, bir insanın yani 1/3, 1/4 ömrünün bir davayla tüketilmesi demektir. Demek ki, tüm yargı yollarının tüketilmesi insan hayatının tüketilmesinin, yaşamın tüketilmesinin ayağı yukarı 1/3, 1/4'i falan oluyor. Bu da hüznü bir hikâye zannediyorum.

Bildiğiniz gibi Anayasa'da, milletlerarası bir anlaşmaya dayanan uygulama anlaşmalarıyla kanunun verdiği yetkiye dayanarak yapılan ekonomik, ticari zorunluluğu yoktur. Pardon, ben 90. maddeyi okuyorum Şimdi bu bireysel

başvuru için Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan temel hak ve özgürlüklerle ilgili, ihlallerle ilgili bir yol açıyor. Ancak Anayasa'daki hükümde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ek protokoller yok, dikkatinizi çekerim. Ek protokoller yasayla konulmuş, ama şimdi bu bir eksiklik mi? Bence keşke konulmasaydı, ek protokollerle ilgili ihlal halinde doğrudan doğruya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilirdiniz. Şimdi bu Anayasal boşluk konusunda eyvah dediler, biz ne yaptık, bir 5 seneyi buranda yiyecektik nasıl olsa, şimdi yiyemeyeceğiz. Şimdi bence bunun bir Anayasaya aykırı olduğu konusunda bir bireysel başvuruda gündeme getirilmesi ve bunun iptal ettirilmesi bizce daha iyi olur diye düşünüyorum. Çünkü o zaman ek protokollerde düzenlenen hakların ihlali halinde Anayasa Mahkemesi'ne gidip 5 sene kaybetmenin hiçbir anlamı yok, doğrudan doğruya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru hakkını elde edebilirsiniz ne dersiniz hocam, daha iyi olmaz mı?

Şimdi bir diğer konu, Korkut Hocam bir şey söyledi, dava çelişmesiz dedi, Adalet Bakanının ne işi var burada? Şimdi benim de aklıma şu geldi o konuda: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne dava açtığınız zaman siz davayı devlete yöneltiyorsunuz. Devletten bir cevap geliyor, vesaire, oradaki dava çelişmeli dava gibi cereyan ediyor. Ben bu bakış açısıyla acaba o konuyu nasıl bağlantı kurabilir Adalet Bakanlığının davaya dâhil edilip edilmemesi sorusu aklıma geliyor. O sorunun cevabını istiyorum.

Şimdi bir diğer konu bu Yargıtay ve Danıştaydaki safhada biliyorsunuz tetkik hâkimlerinin ve savcılarının görüşleri oluyor. Biz bu görüşleri ancak kararlarla birlikte öğrenebiliyoruz, yani karardan sonra şimdi aynı şey ceza davalarında gündeme geldi. Savcı görüşlerini sanığa tebliğ edilmediği nedeniyle ihlal tespit edildi ve bu Ceza Usul Yasasına girdi. Şimdi aynı şekilde burada da tetkik hâkimlerin, savcılarının, Danıştay savcılarının görüşlerinin taraflara iletilmesi ve onların karşı görüşlerinin karar oluşmadan bildirilmesi lazım. Bence bu da bir ihlaldir, bunu da aklınızın bir tarafına not ederseniz sanırım faydalı olur.

Diğer bir şeyi İlker Hocam ifade etti, benim de tebliğimde var o zaten, bu Anayasa madde 90 son hükmü. Bu konuda görüşler çok çeşitli, bunu efendim uluslararası anlaşmayı kanun hükmünde kabul edenler var, Anayasa gibi kabul edenler var. Yani Anayasa mesabesinde, Anayasaya eşit gibi kabul edenler var. Ben de biraz Anayasa üstü diyorum Anayasanın da üstünde hatta, çünkü bunun Anayasaya aykırılığını iddia ve dava da edemiyorsunuz. Böyle olması insan hak ve özgürlüklerinin geniş yorumlanması açısından bence daha faydalı olur. Bir de şu 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun genel gerekçesi, çok kısa bahsetmiştim, şimdi tam açayım onu. Orada diyor ki: "*Anayasa Mahkemeleri kuvvetler ayrılığı rejiminde sistemin olası mahsurlarını giderici, onu mükemmele yaklaşıtııcı bir fonksiyon icra etmektedir. Anayasa Mahkemelerinin temel amacı ve*

misyonu Anayasada güvence altına alınan kural ve ilkelerin yasama organının tasarruflarıyla ihlal edilmesini önlemek, en genel anlamda Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığıyla temel hak ve özgürlükleri güvence altına almaktır. Demokratik ülkelerde Anayasa Mahkemesi Anayasaya, uluslararası anlaşmalara ve hukukun genel ilkelerine aykırı hak ve özgürlükleri ihlal edici yasal hükümleri hukuk sistemimizden ayıklamayı amaç edindiğinden demokrasi ve hukuk devletinin en önemli koruyucusu kabul edilmektedir. Negatif kanun koyuculuk olarak da nitelendirilen bu özellik Türk Anayasa Mahkemesi bakımından da büyük önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin kendisine yüklenen bu görevleri hızlı, eksiksiz ve en iyi biçimde yerine getirebilmesi, vergi kararları kamuyla paylaşması ve Türk yargı camiasıyla kamuoyunda itibarlı bir konuma ulaşması kararlarıyla uluslararası hukuk camiasında takdir görmesi gerekli kılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasayla yüklenen yeni görevlerini en iyi biçimde yerine getirilmesinin teminen bu kanun tasarısı hazırlanmıştır”

Şimdi ben diyorum ki, efendim, biz yerden yere de vursak şu genel gerekçeye uysun, biz bu mahkemeyi başımızın üstünde taşıyalım, ama öyle şeyler görülüyor ki ufukta, bu genel gerekçeyi uygulamaya geçirmek bir yana belki genel gerekçeye biraz teğet geçer. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi için “*dekoratif unsur değildir*” diyor. Yani AİHM “bir süs mekanizması değildir, yaşama girecektir, yani hayatın ta kendisidir” diyor.

Bu bakımdan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, ilk derece mahkemelerinden son derece mahkemelerine kadar hepsince benimsenmesi bu içtihatlar yolunda içtihat geliştirilmesi ve bir nevi tabii Türk hukukunun bir içtihat hukuku haline, ama özgürlükleri genişletici yönde bir içtihat hukuku haline gelmesi uygun olur. Bu tabii oldukça zaman isteyen, zaman alacak bir konudur. İker üstadımız bahsetti, şimdi reform deyince efendim, yasayı yap, tamam reform. İşte orada koskoca saray var, Adliye Sarayı var, dışı modern görünüyor, içi köhne. Yani hukuk ahlâkla birleşmedikçe, hukuk adaletle birleşmedikçe, hukuk vicdanla birleşmedikçe hukuk hukuk olmaz, onun adı başka bir şeydir, onun adı alettir. Yani bir faşizme alet olursunuz, şuna buna alet olursunuz. Arkadaşlar, artık şöyle bir strateji ortaya çıktı: Daha önce diktatörlükler şiddetle, silahla, baskıyla, vesaireyle oluşuyordu. Şimdi artık diktatörlük yasa eliyle oluyor. Darbeler silahla olmayabiliyor, darbeler Anayasa değişikliği falan da olabiliyor. Yani taktikler biraz çeşitlendi ve değişti. Emperyalizm eskiden toprak işgali yapardı, şimdi o toprak işgalleri eskisi kadar değil, biraz daha az, yani taktikler oldukça değişiklik arz ediyor.

Şimdi diğer ülkelere baktığımızda Almanya örneğinin bizim bütün mevzuatımızın altyapısı, çoğunluğunun altyapısı, içtihatları oradan alırız, Alman Federal Mahkemesi şöyle dedi, İsviçre Federal Mahkemesi böyle dedi deriz. Şimdi orada güçlü bir altyapı, hukuk altyapısı var. Yani ilk derece mahkemelerinden son derece mahkemelerine kadar kararlar elene elene ge-

liyor, ondan sonra Anayasa başvurusu yoluna gidiliyor. Şimdi oradaki altyapıya bakın, bir de bizimkine bakın, bir felaket, yani arada uçurum var. O bakımdan Anayasal başvuru hakkının nereden gelip nereye gideceğini kestirmek için kâhin falan olmak gerekmez, yani geleceği okuyan biri olmak da gerekmez, teşekkür ederim.

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER - Peki, ben de hızla yanıtlayayım. Süreyi de etkin kullanmak açısından birbiriyle bağlantılı şekilde soruları yanıtlamaya çalışacağım. Öncelikle arada bir soru geldi. Bu soru önemli bir soru, çünkü karar düzeltmeye ilişkin. Acaba karar düzeltme iç hukuk yollarının tüketilmesi bakımından dikkate alınmalı mı, yoksa alınmamalı mı şeklinde bir soru geldi. Önemli, çünkü halihazırda karar düzeltmeye başvurmuş olanlar var. Eğer karar düzeltme esas alınacaksa, soru farklı yanıtlanmalı veya esas alınmayacaksa başka türlü yanıtlanmalı. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ceza yargılamasına ilişkin *Zarakolu / Türkiye* davasında karar düzeltmenin olağanüstü niteliğine dayanarak etkili hukuk yollarının tüketilmesi kapsamında karar düzeltmeyi görmedi. Medeni yargılamada ise farklı yönde bir içtihadı var. Fakat Anayasa Mahkemesi kendi içtihadında nasıl bir yol izleyecek bilmiyoruz. Muhtemelen benzer tutumu takınacaktır. Konuyu Mahkemenin şu anda nasıl değerlendireceğini öngörmemiz açısından, belki bir başvuru yapılması da, ilgili olan başvurucuya önerilebilir.

Şimdi bir başka soru şu: ek protokollere karşı kanunun bir genişleme sağlaması kötü mü oldu? Tabii bu noktada doğrudan İnsan Hakla-

rı Avrupa Mahkemesi önüne gitmenin de yolu tıkandığı için sürenin uzayacağı, başvurunun gecikeceği esas alınır, o anlamda hukuk politikası açısından iyi olmadı denilebilir. Eğer Anayasa Mahkemesi aslında bu hukuk yolunu, yani bireysel başvuruyu etkili şekilde kullanır da, burada dile getirilen eleştiriler haksız çıkartılırsa da iyi oldu diyeceğiz. Şu anda bir şey söylemek için henüz erken diye düşünüyorum. Geçmişteki performansına baktığımızda, Anayasa Mahkemesi'nin özellikle Uluslararası İnsan Hakları Hukukunu kullanma bakımından çok "özerk" hissettiğini söylemek mümkün. O konuya değinme fırsatı bulamadım, ama en azından 2007'ye kadar yaptığım gözlemlerde, yani 1983-2007 arasındaki gözlemlerde Uluslararası İnsan Hakları Hukukunu etkili şekilde kullandığı örnekler azdır. Tam tersine, kendisini bu konuda bağımsız hissetmektedir Anayasa Mahkemesi, özellikle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin içtihatlarında beliren eğilimlere uygun düşmeyen bir tutum takılabilmektedir. Hatta öyle ilginç içtihatlar var ki, sözgelimi 2008'de yayımlanan evli kadının soyadına ilişkin kararında ortak Avrupa standardına ya hiç gönderme yapmamaktadır ya da kimi içtihatlarda çok tuhaf uluslararası göndermeler yapmaktadır. Örneğin, yine yakın zamanda evli kadına kıdem tazminatına ilişkin kararda insan şaşkınlığa düşmektedir. Bu içtihat, akıl almaz biçimde bazı uluslararası sözleşmelere gönderme yaparak, aşırı korumacı ve cinsiyet eşitliği ile bağdaşmayan önlemleri içselleştirebilmektedir.

Raportörlerin raporu meselesine gelince, o konu Türkiye özelinde çok sorunlu; farklı bağlamlarda ben de yazdım, başka meslektaşlarımız da yazdı. Çünkü raportörün raporunu okumak da bir mesele; raportörün raporu yayınlanmıyor. Basınla belki paylaşılıyor. Bazen basında alıntılar görüyoruz, fakat raportörün raporunun yayınlanmaması durumuyla karşı karşıyayız. Yani diğer davalarda yayınlanmıyor, bir de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda acaba bu gizlilik uygulaması ne kadar doğrudur, bu korunacak mıdır? Bütün bunlar soru işareti. Örneğin, Avrupa Birliği yargısında da bir raportör kurumu ya da raportörlük kurumu vardır. Bu raporların büyük bir kısmını zaten okuyabilirsiniz. Türkiye'de yargının işleyişi ve yönetimi konusunda anayasa yargısı düzeyinde de ciddi bir saydamlık sorunu var. Bu da onun yansımalarından bir tanesidir.

Bir başka nokta spor hukukuna ilişkin olarak gelmiş: acaba tahkim kurulunun kararları bakımından bireysel başvuru mümkün mü? Hayır, mümkün değil, Anayasada Mart 2011'de yapılan değişiklikle Anayasanın 59. maddesinin 2. fıkrası olarak bir hüküm sevk edildi. Spor hukuku açısından zorunlu tahkim müessesesi Anayasa girdi ve aynı zamanda da tahkim bakımından Tahkim Kurulunun kararlarına karşı böyle bir yargı yolunun açık olmayacağına ilişkin özel düzenleme olduğu için benim çok hızlı geçtiğim slaytlarda değinme fırsatını bulamadığım özel bir durum vardı. O açıdan da çok teşekkür ediyorum soruyu soran arkadaşımız Mert Yaşar'a; kendisi Galatasaray Üniversitesi'nden.

Diğer bir soru şöyle: acaba sözünü ettiğiniz kanundaki ve İçtüzükte yer alan Anayasaya aykırılık sorunları nasıl Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülebilir? Bu da çok güzel bir soru, çok isabetli bir soru. Kanun bakımından tabii ki artık soyut norm denetimi, yani iptal davası imkânı kapatılmış durumda, çünkü burada aslolan esas bakımından denetim süre sınırına tabidir. Resmi Gazetede yayımdan itibaren 60 günlük dava açma süresi söz konusudur. Anayasa Mahkemesi'ni harekete geçirebilecek kişiler Anayasada açık olarak sayılmışlardır. Özellikle CHP veya en az 110 milletvekili Anayasa Mahkemesi'ne başvurmadı diye biliyorum. Hatta şimdi baktım da özel olarak bu soru üzerine gündeme, başvuruları göremedim. Eğer var idiyse, bunu tabii ki düzeltiriz, ama öyle örnekler oluyor ki Türkiye'de, ana muhalefet partisi çok şaşırtıcı bir şekilde Anayasaya açıkça aykırı olan bazı kanun hükümleri bakımından -çok yakın dönemde, seçim sürecinde de yaşadık- Anayasa Mahkemesi'nin önüne gitmeyebiliyor. Böyle de tuhaf bir sessizlik, suskunluk, belki uzlaşma denebilir, olabiliyor. En yakın tarihteki örnek milletvekili adayı olamayacakların Anayasada sınırlı sayıda sayılmış olmasına rağmen, yani *numerus clausus* olmasına rağmen, parlamento çoğunluğu birden bire meslek örgütleri bakımından, sendikalar bakımından bir genişlemeye gitti ve milletvekili adaylığını sınırlandırdı. Benim takip ettiğim kadarıyla, yanılıyor sam özür diliyorum, ancak ana muhalefet partisi Anayasaya aykırı olan bu kanun hükmünü Anayasa Mahkemesi'ne götürmüş gözüküyor. Takip ettiğimiz veriler esas alınarak bu değer-

lendirmeyi yapıyorum. Bu verilerin dışında, yani resmi Anayasa Mahkemesi sitesi ve basındaki veriler dışında bir gelişme olduysa sizinle maa-
lesef paylaşamıyorum.

Bu kanun bakımından peki ne yapılabilir? Anayasa Mahkemesi siyasi parti kapatma davaları ve Yüce Divan davaları bakımından kendisini dava mahkemesi olarak adlandırdı ve “ön sorun” yoluyla Siyasi Partiler Kanununun bazı hükümlerini Anayasaya uygunluk denetimine tabi tuttu ve ondan sonra kendi ana davasına geri dönüş yaptı. Bireysel başvuru bakımından acaba böyle bir denetim, yani “ön sorun yoluyla denetim” söz konusu olabilir mi? Bir tür kendi kendine havale mekanizması işletilebilir mi? Bu sorunun yanıtını Anayasa Mahkemesi'nden beklemek durumundayız.

Yine dikkat çekici bir soru daha var. Bu Kor-
kut Bey'e yöneltilmiş galiba, ama ben de çok kı-
sacık değineyim. Ceninin durumu bakımından
bir değerlendirme yapmıştı değerli meslektaş-
şım, tabii bu Türkiye'de yakın zamanda yaşa-
nan kürtaj tartışmaları bakımından da entere-
san bir duruma karşılık geliyor. Zannediyorum
meslektaşım tarafından yapılan gönderme, kür-
taj bakımından veya ceninin yaşam hakkının
Anayasa Mahkemesi önünde kadının bireysel
özerkliği ve kendi bedeni üzerinde belirli yasal
sınırlar çerçevesinde karar verme hakkı karşı-
sında savunulması açısından değildi. Zannedi-
yorum mal varlığına ilişkin haklar bakımından
bir değerlendirme yapılarak böyle bir savda bu-
lunuldu, tam emin değilim, şimdi açıklanacaktır,
ama bu tabii ki çok tartışmalı bir alana karşılık

geliyor. Çünkü ceninin yaşam hakkı konusunda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarında ve Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda, yani Amerika'da Yüksek Mahkemesi'nin *Roe / Wade* kararı ve devam eden içtihadında, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin içtihadında, Belçika Yüksek Mahkemesi'nin içtihadında; Latin Amerika yargısında benzeşen ve ayrışan noktalar var. Çünkü bu alan özellikle etik ve dinsel bakımdan çok tartışmalı, genel olarak, yani sadece kürtaj bakımından değil, gebelik öncesi özellikle bu tüp bebek tedavilerindeki birtakım müdahaleler, tüp bebek tedavisiyle çocuk sahibi olacak çiftlerde cinsiyet seçiminin yapılması, bazı genetik hastalıkların elenmesi gibi böyle preimplantasyon tanı ve tedavi yöntemleri bakımından sözgelimi Avusturya ve Almanya çok daha sınırlayıcıyken, ABD'ye gittiğiniz zaman eyalet düzeyinde bazı liberal düzenlemelerle, hatta cinsiyet seçimine izin veren düzenlemelerle karşılaşılabiliyorsunuz. Dönemsel olarak aynı devlette farklı hukuk politikaları da ortaya çıkabiliyor. Özellikle embriyonun üzerinde yapılacak bazı deneyler bakımından - bunlar bazı kalıtsal hastalıkların ve kanserin tedavisine ışık tutacak diye bir beklenti de var- ABD Bush döneminde genom projesini durdurduğu için bir ilerleme sağlanamadı. Bunlar tabii ki tartışmalı ve ortak bir standardı oluşturmanın güç olduğu alanlar. İnsan onurunun korunması ve insanın nerede başladığı, insan olma koşullarının hangi evrede tanımlandığı konusunda bizi başka sorular sormaya yönlendiriyor diyebilirim. Ancak genel olarak baktığımızda şu an Türkiye'de hukuka uygun kürtaj süresi 10 haftadır. Nüfus

Planlaması Hakkında Kanununda -ve rahim tahliyesine ilişkin de özel bir tüzük de vardır- ayrıntıları orada düzenlenmiştir. Özetle, Türkiye’de 10 haftaya kadar gebeliklerde kürtaja izin veren bir düzenleme söz konusu. Bu da uluslararası standartların birleştiği noktada duruyor, ama o kadar farklı örnekler var ki, bazı yerlerde 20 haftaya kadar da buna izin veriliyor. Kadın bir suçun mağduru olduysa ve o şekilde gebe kaldıysa ya da bazı genetik tanı yöntemleri sonucunda yaşamla bağdaşmayan bir hastalığın varlığı ortaya çıkarak bebeğin ağır bir genetik kusuru bulunduğu saptandıysa, yine yanılmıyorsam, etik kurulların kararına tabi olmak üzere bu gebeliğin 10 haftalık süre aşımından da sonlandırılması olayı mümkün. Tabii bunlar çok tartışmalı, üzerinde hem bio-etik açısından hem de hukuk açısından daha derin incelemelerin yapılacağı, daha başka oturumların da düzenlenebileceği alanlara karşılık geliyor diye düşünüyorum. Bu düzenlemelerde kadının bireysel özerkliğine dayalı karar yetkisinin kesinlikle göz ardı edilmemesi, gebeliğin ileri evreye geçişi, suç mağduru olma ya da yaşamla bağdaşmayan genetik kusura sahip bebeklerin yaşam hakkı gibi birden çok bileşenin dikkate alınması zorunlu gözüküyor.

Bu karmaşık sorulardan bir tanesi de ötenazidir. Ben biraz da ona gönderme yaparak vefat eden kişinin yakınları acaba kişiliğe sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından ölenin maddi ve manevi varlığının korunması, yani *post mortem* kişilik tartışmaları yapabilir mi diye sormak istedim. Bu konuda olumsuz yanıt veren içtihat-

lar da söz konusu. Ötenazi talebinin çok ağır bir hastalık evresinde reddi, artık terminal dönem diye ifade edilen geri dönüşü olmayan ölüm koridoruna hastanın girdiği durumlarda ötenaziye izin verilmemesi, bu yüzden de hastanın çok büyük acı çekerek ölmesi insan onuruna aykırı bir muamele midir tartışmaları yapılırken, söz-gelimi Almanya'da bir dava bu şekilde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruyla götürüldü, fakat reddedildi. Aynı dava İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin önüne de taşındı.

Almanya özelinde yine ilginç bir örnek *Avrupa Stabilizasyon Paketi* diye bilinen, *Euro* krizine yanıt vermek üzere çıkartılmış olan, ama hükümetlerarası bir işlem, yani uluslararası anlaşma niteliğinde olan düzenleme de birkaç başvurunun yanında bireysel başvuruyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gitmiştir. Orada da parlamentonun en klasik etkisi olan "bütçe özerkliği" ve "demokratik katılım hakları" bakımından bazı itirazlar söz konusudur. Almanya'da özelinde AB'nin işlemlerine karşı da bireysel başvuru kullanılmıştır. AB'nin Almanya'yla ilişkisinde bireysel başvuru özellikle "demokratik katılım hakları" bakımından, AB'deki demokrasi açığına karşı birtakım grupların tepkisini yansıtmak üzere kullandığı bir siyasal araç, bir tür aktivizm aracı da olabilmiştir.

Yrd. Doç. Dr. Av. Erdem İlker MUTLU - Bir cümle ekleyeyim bu hocamın ceninin yaşaması meselesine, şu sıralar ben de bu Vo-Fransa kararını eleştiren bir makale yazıyorum. Özellikle ilgimi çekti. Bu Vo-Fransa kararında Avru-

pa İnsan Hakları Mahkemesi fetüsün yaşama hakkı -yani cenin demeyelim, fetüs biraz daha gelişmiş, 20 haftaya varan bir şeye söyleniyor- üzerine büyük dairede bir karar almıştır. Burada zaten çok uzun bile tartışmaya girdi, orada gerçi okyanus ötesine atıf yapmadı, Amerika'daki o Roveyt Davasına ... var, yine orada farklı bir şey çıkardı bir eyalet mahkemesi, ama Avrupa'daki bütün söylediğiniz ortak bir hukuk geleneği olmayışına atıf yaparak ve özellikle bioetik konvansiyonunda biraz lags specialist olarak, yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde hak kategorisinde daha özel bir uluslararası anlaşma olarak öncelik vererek baktığında fetüsün bir yaşama hakkı olmadığına dair, yani kişi sayılmayacağı, o nedenle de kişi haklarından doğrudan yararlanamayacağına dair büyük daire bunu kesinleştirdi. Şimdi bundan sonra gidecek davalarda da Vo-Fransa davası aslında büyük önemli de bir travma, çünkü aynen az evvel benim ilk sunumda sözünü ettiğim uluslararası hukuk enstrümanları kullanarak varılacak sorunla iç hukuktaki hocamın sözünü ettiği kültürel hukukun yapılış şekline yönelik korunan haklar, değerler tamamen farklıdır ve bu belki de en kritik soru oldu. Çünkü bu çatışmanın en büyük örneğidir. Bizim Anayasa Mahkememize geldiğinde de bunlar yine kültürel değerler öncelik olarak ortaya çıkacak ve isterseniz Vo-Fransa davasını haydi getirin koyun önüne mahkemenin, bakalım uygulayacak mı aynen birebir? Burada hani kişi olarak doğmadığı için sağ olarak yaşama hakkı yoktur diyebilecek mi ben merak ediyorum.

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER - Şimdi burada tabii haklı olarak ve sıklıkla özgürlükçü değerlerin somutlaşması olarak gördüğümüz için İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına atıf yapıyoruz, ama öyle kritik noktalar var ki, öyle sorunlu alanlar var ki, o sorunlu noktalarda bir uluslararası mahkemeden, bölgesel korumaya mekanizmasından medet de umulamaz. Bu konuda da gerçekçi olunması gerekir. Hatta o mekanizma zaman zaman iç hukukta daha başarılı şekilde ileri sürülebilecek savları ileri sürme potansiyeline de sahip olamaz. Hemen taraf devletin takdir marjı şeklinde bir argümanı ileri sürerek, onu takdir marjı çerçevesinde bir şekilde denetim dışında bırakabilelim. Sözgelimi yine yakın tarihli bir örnek **Lavutsi** kararı İtalya'ya ilişkin bir karar. Bu karara değinmeden hemen şunu söyleyeyim: 1995 yılında Federal Alman Anayasa Mahkemesi okullarda ve sınıflarda haç asılmasına ilişkin düzenlemeyi ve uygulamayı Anayasaya aykırı buldu ve bu karar büyük bir fırtına koparmıştır Almanya'da. Yani Bavyera eyaleti SDU ve SES'nun, yani Alman merkez sağ ve biraz daha az merkez sağ diyeyim, daha da sağ, çok çok sağ çok büyük bir gösteri düzenlemiştir. Çok katılımlı bir gösteridir bu ve Alman tarihindeki en çarpıcı sendikal hareketin gösterilerinden sonra ikinci en büyük gösteriye sahne olmuştur Almanya, nasıl Anayasa Mahkemesi bizim dinimize müdahale eder, Katoliklerin özellikle İsa'nın çarmıha getirilmiş bedenini içeren ve **krosviks veya krotusipiks** diye Almancası ifade edilen bu hacı sınıflarda takmasına bir çoğunluk olduğu için o eyalette hakkı vardır şeklinde bir tartışma baş-

latmışlardır ve bitmeyen bir kanunlaşma ve bitmeyen yargı sürecine eşlik etmiştir bu karar Almanya'da, ancak yakın tarihli Lautsi kararında İtalya bakımından hemen hemen aynı türde bir düzenlemeyi İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İtalya'nın takdir marjı çerçevesinde görmüştür. Dolayısıyla öyle olaylar olabilir ki, dinsel, etik ve kültürel ya da o kadar yerelliği ağır basan olaylar olabilir ki, henüz ortak bir Avrupa standardı oluşmadığı için İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinden beklentimiz de düşük düzeyde olabilir. Ötenazi, kürtaj sözgelimi ve bu en son haç da buna örnek olarak gösterilebilir.

Av. Hüseyin ÖZBEK - Sanırım bu konu aydınlandı yeterince.

Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU - Ben bir görüş olarak Türk hukukunda da doktrinde de kabul edilen şey işte hücre birleşmesiyle embriyo yaşam hakkına sahip olsun deniliyor. Onunla ilgili tartışmaları uluslararası hukukta gördük. Diğer sorulara geçerseniz, aynı soru herhalde bana da soruldu Anayasa Mahkemesi Kanununun işte kuruluş Yargılama Usulü Hakkındaki Kanunun Anayasaya aykırılığı nasıl iddia edilebilir? Görülen davalarda bunu Anayasaya aykırılığı iddia edilebilir davada uygulanacak norm olarak bu bireysel başvurularda, buna ilişkin bir küçük anekdot belki anlatılabilir. Bir bilimsel toplantıda Ankara'da Danıştay Başsavcısı "zaten bu kanunu Anayasa Mahkemesi hazırladı" demişti. Eğer doğruysa bütün bu itirazların sonucunu şimdiden öngörmek mümkün. Ayrıca iç tüzük açısından güzel bir soru, ben idare hukuku hocası olsaydım bu Anayasa

Mahkemesi iç tüzüğünün yargısal denetimini sorardım. Çünkü burada Anayasa hukukuyla idari yargının kesiştiği çok güzel bir soru bu, burada iç tüzükte mahkemenin işleyişine ilişkin, ama yargısal olmayan işleyişine ilişkin kisesi, giydiği kıyafet, işte o idari işleyişine ilişkin idare mahkemesine tabii ki dava açılabilir, ama mahkemenin yargısal işlevine ilişkin, işlevi açısından maalesef bir yargı yolu yok bu noktada.

SALONDAN - O iç tüzüğü hazırlarken kanun idaresi hocam, 6 aylık süre vardı iç tüzük için bilmiyorum.

Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU- İşte böyle güzel bir iç tüzük yazmak zaman alıyor demek ki. Şimdi bu raportör mahkemesi bence söylemekte niye çekineceğiz? Yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ilişkin bazı örnekler veriliyor da, birebir örtüşmesi gerekmiyor. Bu bir mahkeme, yani bu bağımsız yargıçlardan oluşan yargılama yapan, kanunilik ilkesinin geçerli olduğu bir mahkeme, bir de artık tartışma gizli olup olmaması değil, zaten karar o, açık, raportörün kararı oylanacak. Raportörün kararı üzerine kabul edilebilir karar verilecek. Şunu okuduğum zaman lütfen şaşırmayın: Komisyon raportörü tarafından hazırlanan karar taslaklarını toplantı yapmaksızın imzalayarak da karar alabilir. Yani işin boyutları artık öngörülemez bir noktaya gelmiş. Bu noktada raportörün kararını göremiyoruz diye bir şey yok, raportörün kararı sizinle ilgili karar zaten, ama şöyle bir noktayı da bilimsel ahlâk gereği söyleyelim. Eğer yargıç o sırada, Anayasa Mahkemesi yargıcı o sırada raportörün

kararından hoşuna gitmeyen bir bölüm olursa, sözü alıp ona itiraz ediyor. Allah'tan bu olanağı tanımışlar, yani o açıdan dediğim gibi bütün bu Anayasal ilkelere yargıya ilişkin aykırı bir iç tüzük ve yasal düzenleme.

Kanun yollarının tüketilmesi konusunda olağan kanun yollarının tüketilmesi, olağanüstü kanun yolları tabii ki Anayasa şikâyetine başvurmak için gidilmesi gereken yollar değil. O zaman da yine her yargılamaya ilişkin Usul Kanunlarında olağan kanun yolu ne, olağanüstü kanun yolu ne, herhalde ona bakacağız. İşte medeni yargılamadan tartışıyorsak o zaman karar düzeltme olağan kanun yolu, o zaman onu beklemek lazım. İdarede de öyle, ama cezada değil, değil mi yanlış bilmiyorsam? O zaman o böyle bir şey, zaten atıf yapıyor kanunda: *"Niteliğine uygun olduğu ölçüde diğer usul kanunlarından yararlan"* diyor. O zaman kanun bunu açıkça söylüyorsa, öbür kanun da bunu böyle açıkça yazıyorsa, o zaman bu bir olağanüstü kanun yolunu bekleyeceksin, gideceksin, başvurabilirsin yani kararı düzeltmeden sonra medeni şu soruda herhalde.

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER - Hocam, bu yazı çıkmadan önce başvurmuş ... şimdi o davayı yarıda kesip, 30 günlük süre ... onu beklerlerse 30 günlük süre ... orada çok problem var, soru da öyleydi. Orada çok büyük sıkıntı vardı. Yani bu aslında bunları iyi bir kanun koyucu bunları düzenlerdi. Zaten o yüzden de ben hani siz başvurun her durumda dedim. Çünkü başvurmuş, ama ne olacağını bilmiyor. Karar düzeltmeye ilişkin ceza yargılaması bakımın-

dan ne olacağı konusunda hiçbir hüküm yok. İdari yargıda yok. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin içtihadıyla karar vermesi gereken bir durum söz konusu, her durumda başvurulması uygun, ama tabii hepimizi şaşırır, bütün hepsi için idari yargı medeni usul ya da ceza yargılaması için başvurulamaz da diyebilir. Yani bunu öngörmek mümkün değil, bunları düzenlemesi gerekirdi, ama bunların yerine çok daha farklı öncelikleri olmuş kanunun.

Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU-

Bir mirasçılığa ilişkin yani mülkiyet hakkı, miras hakkı, buna ilişkin bizim Anayasamızda, hem ek protokolde mülkiyete ilişkin düzenlemeler ve onların kararda dikkate alınıp alınmadığı artık Anayasa şikâyeti yoluyla her zaman sorgulanabilecek noktalar. Eğer bir mahkeme bu davalarda dava konusuna ilişkin temel hakkı kararına dikkate almadıysa, o hakkın koruma alanına bir müdahale olup olmadığını, o müdahalenin meşru olup olmadığını, ölçülü olup olmadığını incelemiyorsa, buna ilişkin bir denetim yapmamışsa kararında bu Anayasa şikâyeti yoluyla tabii ki haklı bir başvuruyu gerekçelendirilmiş bir başvuruyu oluşturur, ama tabii şeyi bilemeyiz, yani davanın somut içeriğini bilmek mümkün değil.

Bir diğer soru da dava sanırım 5 yıldır Danıştay'da görülmekte, kesinleştikten sonra tabii ki bu davada işte davanın uzunluğundan dolayı, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden dolayı Anayasa şikâyeti yoluna başvurmak tabii ki mümkün olur. Eğer oradan da bir sonuç alınamamışsa ve bu bir etkin iç hukuk yolu olarak kabul ediliyorsa Avrupa İnsan Hakları Mah-

kemesi tarafından, bu bireysel başvuru yoluyla verilen karardan itibaren 6 ay içinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yapılması gerekir. Benim önümdeki sorular bunlar, teşekkür ederim.

SALONDAN - Önce medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili bir ... söz konusu olmalı ki, ... davayı götürebilsin.

Yrd. Doç. Dr. Av. Erdem İlker MUTLU- Bende zaten soru sayısı az, şimdi bir stajyer arkadaşımızın sorusu var. Yargılamanın iadesi konusunu soruyor nasıl olacak diye, şimdi eğer ki anladığım kadarıyla sorudan, bir dosya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gitti ve oradan ihlal kararı çıktı. Döndükten sonra iç hukukta yeniden yargılaması görülürken Anayasa Mahkemesi'ne başvurma zorunluluğu var mı? Güzel bir soru, şimdi bu eğer Anayasa Mahkemesi'nde temel haklar şikâyeti yapılmadan önceki sürede, yani bu 23 Eylül tarihinden önceki sürede zaten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gittiye bu konu ve orada ihlal kararı çıktıysa, yargılamanın yenilenmesiyle ilgili yapılan değişiklikte bir yıl içerisinde süresinde başvuru yapılarak yargılamanın yenilenmesine aynı mahkemeye, yani esas kararı veren, esastan karar veren mahkemeye gidilebiliyor, ondan sonra o mahkeme yargılamanın yenilenmesi yoluyla karar düzeltmezse zaten tekrar Anayasa Mahkemesi'ne temel hak şeyine gitmeye gerek kalmıyor. Bu kez Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararın süresi içinde yerine getirilmemesi sorunu var ki, bu da yine konsey bununla ilgili prosedürler öngörüyor.

Bir diğ er soru var, devletin hizmet vermedeki kusuruna da dayanarak idare mahkemelerinde tam yargı davası açma zorunluluğ u var mıdır? Ben buradan ş unu anlıyorum bütün idari ve adli prosedürleri tamamlamak ş artıyla başvurulması ş artı konulduğ u için ş imdi ş öyle bir ş eyi ben kurguladım hemen: Kiş i ceza soruşturmasına tabi tutulmuş , ceza yargılaması sonucunda beraat etmiş . Burada beraattan dolayı Ceza Muhakemeleri Yasasındaki tutulu kaldığı gün- lere ilişkin tazminat davasını açarken bütün bu soruşturma ile ilgili kendisine devletin hizmet kusurundan dolayı da idari yargıya başvurma hakkı var, sistemimiz buna izin veriyor, ama kiş i iki yere birden tazminata başvuramıyor. Bu nedenle doğ al olarak ki, bu aslında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Türkiye'nin ilk itirazları, başvurulara karşı ilk itirazları içinde bazen yer alıyor. Efendim, idari yargıya başvurmamıştır başvuru, böyle de bir yol vardı falan diye, ama eğer ki, bütün adli, idari ş ikâyet yollarına başvuracak olursak, bunu bu kadar genişletirsek, mesela İl İnsan Hakları Kurulları var, hemen ilk itirazda devlet buraya başvurulmamış diyebilir ya da kaymakama bizzat başvurmamış falan diyebilir. Bunun da sonu gelmez. Eğer ki olağ an bir ş ey yolu takip edildiyse benim görü- ş üm bu, aslında sizin konunuza giriyor hocam, isterseniz Bertil Hocam ya da Korkut Hocam, siz yapın. Herhalde yeterli buldular benim ya- nıtımı.

Bir soru da 5 yıllık hak düşürücü sürede sigortalılığ ın tespiti konusuyla ilgili bir davada Anayasaya aykırılık iddiasından Anayasa Mah-

kemesi'ne gitmiş ve SGK Yasasının bu ilgili maddesine Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırı değil demiş. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de bir içtihat varmış aynı konuda ve başvuran kişiye tazminat ödenmesine, bir ihlale karar vermiş. Ayrıntı olmadığı için bilemiyoruz neden dolayı verdiğini, diyor ki, şimdi benzer başka bir başvuruda bu şekilde bir içtihat olduğu için kişi doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne mi gidecek, yani iç hukuk yolu etkisizdir diye, yoksa Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda mı bulunacak? Benim görüşümü söyleyeyim bu konuda, açıkçası şu anki düzenleme Anayasa Mahkemesi'ne başvuru diyor eğer ki zamanı içinde geldiyse, yani bundan dolayı başvuru diyor. Çünkü bir hak ihlali varsa, buyurun hocam.

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER - Şimdi benzer sorun bu soyadı meselesinde de var aslında, çok yakın tarihli aslında iki kararı var soyadına ilişkin, bir tanesi mülga Medeni Kanun yürürlükteyken verdiği karar, ama tabii o dönemde Anayasanın henüz 2001'deki değişiklikleri de yapılmamıştı. Genel sınırlama nedenleri yürürlükteydi ve genel sınırlama nedenleri çerçevesinde Anayasanın 13. maddesi kamu düzenini de bir dayanak olarak gösteriyordu. Şimdi 2001 sonrası bu çok yakın tarihli içtihadında genel sınırlama nedenleri söz konusu değil Anayasanın 17. maddesi, yani kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, Anayasanın 20. maddesinde özel yaşam ve bunun bireysel özel tercihleri içermesi gibi olguları hiç dikkate almaksızın soyut bir kutsal aile -aynen bu ifadeyi

kullanıyor- ve kamu düzeni gereği olarak evli kadınların her iki soyadını da taşıması gerektiğini ve sadece evlenmeden önceki soyadlarını taşıyamayacağı konusunda birtakım değerlendirmelerde bulundu. Tamamen hukuksallıktan yoksun bir argümanla ve hiçbir şekilde Anayasa hukukunun temel verileri ve Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlamanın sınırına ilişkin ilkeleri gözetmeyen bir yaklaşımla davayı reddetti. Şimdi önümüzde bu çok yakın tarihli karar da varken acaba sadece ve sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmak isteyen evli kadınlar Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapabilirler mi sorusuyla karşı karşıyayız. Ben Anayasa Mahkemesi'ne de yakın zamanda bir toplantıya gittim, orada da benzer sorularla karşılaştık. Bu temel hak ihlali olgusu karşısında yapabilirler biçimsel anlamda, ancak oradan nasıl bir sonuç çıkacaktır? Çıkan sonuç Erga Omnes etki gücüne mi sahip olacaktır, yoksa bireysel hak ihlallerinin giderilmesi yolunda mı bir sonuç doğuracaktır gibi başka tartışmalar da tabii ki yapılabilir. Böyle bir başvuru yapılsa dahi acaba kabul edilebilir mi olacaktır? Belki kabul edilebilirlik aşamasında sekteye de uğrayabilecektir, onu bilemiyoruz, ama hiç değilse tekrar İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvurunun yolu açılacaktır. Bugün Türkiye'nin genel tutumu bu soyadı meselesinde bireysel olarak aslında davranmaktır. Yani bireysel olarak eğer dava açıp da yerel mahkemelerde kazanırsanız -ki, böyle örnekler var Türkiye'de Fatih ve Küçükçekmece'den hatırlıyorum bazı davalar- bunları nüfus idareleri tanıyor ve bireysel olarak evli kadınlar evlenmeden önceki

soyadlarına tek başına taşıyabiliyorlar, ama bunun bireysel bir sorun olarak değil, Türkiye’de aslında geniş kitleleri ilgilendiren Erga Omnes herkesi etkileyecek sonuçlar doğuran bir etki yaratması bakımından tabii bireysel başvuru bir araç olarak kullanılabilir.

Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU- Bir ek yapabilir miyim Hüseyin Beyin izniyle Başkanımızın, İlker Hocamdan da özür diliyorum dinlemediğim için, ama şimdi vakıf oldum soruya. Şöyle bir örnek verilebilir: Şimdi bu istikrar kazanmış bir görüş olarak kabul edilmesi mümkün mü? Daha bir içtihadı bu konuda varsa olmaz, ama bunu Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bireysel başvurularda hâlâ bu davaya ilişkin bu 5 yıllık hak düşürücü süreyi Anayasa aykırı olmadığı şeklindeki kararları devam ederse, o zaman bu konuya ilişkin olarak tabii ki bu iç hukuk yolunun etkisiz olduğu gerekçeyle bu yolu atlayarak, yani bireysel başvuru yolunu atlayarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne gidilebilmeli. Bunun bir örneği şöyle aklıma geliyor: Mesela İrlanda’da kürtaja ilişkin kararlar mahkemelerde, yüksek mahkemelerde istikrar kazanmış. Şimdi bu konuya ilişkin yapılan başvurularda niye gitsin bir daha oradaki aynı kararı almayı beklesin? Dolayısıyla o kararlar açısından, İrlanda Yüksek Mahkemesinin kürtaja ilişkin kararları açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu iç hukuk yolunun etkili olmadığına karar verip, doğrudan kendisine yapılan başvuruları kabul ediyor. Herhalde bizim için de bu yolu beklemek ve burada bir istikrar kazanan sözleşmeye aykırı bir içtihat oluşursa,

o zaman bunlara karşı bireysel başvuruyu atlayarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmak mümkün olsa gerek.

Kapanış Töreni...

