Anayasa Mahkemesi Yayınları: 66

ANAYASA YARGISI 32

Anayasa Mahkemesi'nin
53. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen
"Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi;
Sorunlar ve Çözüm Yolları"
Konulu Sempozyumda Sunulan Bildiriler

27 Nisan 2015
Anayasa Mahkemesi Konferans Salonu
Ankara

Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1301 - 1200
ISBN 978-975-7427-86-5

Anayasa Yargısı - 32

© 2016, Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesinin yazılı izni olmaksızın, kitabın tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz. Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. Dergide yayımlanan yazı ve tebliğlerde ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir; Anayasa Mahkemesini bağlamaz. Sempozyumda sunulan tebliğler üzerinde yayın ilkeleri doğrultusunda biçimsel düzeltmeler yapılabilir.

İletişim ve İstem Adresi
Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü
Ahlatlıbel Mahallesi
İncek Şehit Savcı
Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4
06805 Çankaya/Ankara
Telefon : (312) 463 73 00
Faks : (312) 463 74 00
www.anayasa.gov.tr

Tasarım ve Baskı
EPAMAT
Basın Yayın Promosyon San. Tic. Ltd. Şti.
Tel: (0312) 394 48 63
Faks: (0312) 394 48 65
www.epamat.com.tr

Basım Tarihi

Kasım 2016

İÇİNDEKİLER

Sempozyum Programı V

Katılımcı Listesi VIII

Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın **Zühtü Arslan'**ın Töreni Açış Konuşması 1

BİLDİRİ VE TARTIŞMALAR

BİRİNCİ OTURUM

Doç. Dr. Ece Göztepe Çelebi
Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi 17

Prof. Dr. Osman Doğru
Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Biçim Yönünden Değerlendirilmesi 35

Yrd. Doç. Dr. Ozan Ergül
Sporda Zorunlu Tahkim - Bireysel Başvuru İlişkisi: 'Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemleri' Dar Yorumlamak Mümkün Değil mi? 67

Arş. Gör. Dr. Tolga Şirin
Anayasa Mahkemesi'nin Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü Kararlarına Yönelik Eleştirel Bir Değerlendirme 79

Soru-Cevap 137

İKİNCİ OTURUM

Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak
Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi? 145

Yrd. Doç. Dr. Bülent Algan
Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Yaklaşımı: Hebat Aslan ve Firas Aslan Kararı Örneği 185

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Maden
Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Bakımından Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Delil Yasakları 207

Yrd. Doç. Dr. Ulaş Karan
Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi 235

Soru-Cevap 307

ÜÇÜNCÜ OTURUM

Doç. Dr. Ece Göztepe Çelebi
Anayasa Mahkemesi'nin "Mobbing" Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 323

Dr. Hasan Sayim Vural
Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Din Özgürlüğü 343

Yrd. Doç. Dr. Murat Tümay
Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti Çatışmasında İfade Hürriyeti Dengesi 355

Doç. Dr. H. Burak Gemalmaz
Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Usulünde Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliği Meselesi I: AYM Kararlarının Mülkiyet Hakkının Mevcudiyetinin Dayanağı Olarak Uluslararası Hukuka Açıklık Açısından Eleştirel Değerlendirilmesi 379

Soru-Cevap 403

DÖRDÜNCÜ OTURUM

Doç. Dr. Sergei Chigrinov
Bireylerin Belarus Cumhuriyeti'nde Anayasa Yargısına Erişimi 411

Dr. Atilla Nalbant
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasal Bireysel Başvuru 423

Dr. Abdullah Çelik
Bireysel Başvurunun Kazandırdıkları 443

Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Sayın **Burhan Üstün**'ün
Kapanış Konuşması 457

Soru-Cevap 449

Anayasa Yargısı Dergisi Dizini 1984-2015 (Cilt 1-32) 459

SEMPOZYUM PROGRAMI

Türkiye Cumhuriyeti
Anayasa Mahkemesi'nin
53. Kuruluş Yıldönümü Töreni

27 NİSAN 2015 - PAZARTESİ

Saat : (10.30 – 12.00)

Yer : Anayasa Mahkemesi Yüce Divan salonu İncek Bulvarı No. 4 Çankaya/ Ankara

Saat : 10.30 – 11.00
Anayasa Mahkemesi Üyesi Sayın Rıdvan Güleç'in Yemin Töreni

Saat : 11.00
Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Zühtü Arslan'ın 53. Kuruluş Yıldönümü Konuşması

T.C. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN
53. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ NEDENİYLE
DÜZENLENEN SEMPOZYUM

Konu : ***"Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi, Sorunlar ve Çözüm Yolları"***

27 NİSAN 2015- PAZARTESİ

Saat : 14.30
Sempozyum Birinci Oturum

Oturum Başkanı : **Prof. Dr. Yavuz Atar,** Yükseköğretim Kurulu Başkan Vekili

Saat : 14.35-14.55
Doç. Dr. Ece Göztepe Çelebi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Saat : 14.55-15.15
Prof. Dr. Osman Doğru, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Saat : 15.15-15.35
Yrd. Doç. Dr. Ozan Ergül, TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Saat : 15.35-15.55
Arş. Gör. Dr. Tolga Şirin, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

Saat : 15.55-16.15
Soru-Cevap

Saat : 16.15-16.35
Çay-Kahve arası

Saat : 16.35
Sempozyum İkinci Oturum

Oturum Başkanı : **Prof. Dr. Mehmet Turhan,** Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Vekili

Saat : 16.40-17.00
Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi

Saat : 17.00-17.20
Yrd. Doç. Dr. Bülent Algan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Saat : 17.20-17.40
Yrd. Doç. Dr. Mehmet Maden, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Saat : 17.40-18.00
Yrd. Doç. Dr. Ulaş Karan, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Saat : 18.00-18.20
Soru-Cevap

28 NİSAN 2015- SALI

Saat : 09.30
Sempozyum Üçüncü Oturum

Oturum Başkanı : **Prof. Dr. Erdal Onar,** Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Saat : 09.35-09.55
Doç. Dr. Ece Göztepe Çelebi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Saat : 09.55-10.15
Dr. Hasan Sayim Vural, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Görevlisi

Saat : 10.15-10.35
Yrd. Doç. Dr. Murat Tümay, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Saat : 10.35-10.55
Doç. Dr. H. Burak Gemalmaz, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Saat : 10.55-11.15
Soru-Cevap

Saat : 11.15-11.35
Çay-Kahve arası

Saat	: 11.35 **Sempozyum Dördüncü Oturum**
Oturum Başkanı	**: Prof. Dr. Arzu Oğuz,** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
Saat	: 11.40-12.00 **Doç. Dr. Sergei Chigrinov,** Belarus Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Hâkimi
Saat	: 12.00-12.20 **Dr. Atilla Nalbant**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Birim Yöneticisi
Saat	: 12.20-12.40 **Dr. Abdullah Çelik,** Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başraportörü
Saat	: 12.40-13.00 Soru-Cevap
Saat	: 13.00-13.10 Kapanış Konuşması

T.C. ANAYASA MAHKEMESİ 53. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ KATILIMCI LİSTESİ

S.NO:	ÜLKE MAHKEME ADI	KATILIMCILAR
1.	Arnavutluk Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi	Vladimir Kristo (Hâkim)
2.	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	Dr. Atilla Nalbant (Birim Yöneticisi)
3.	Belarus Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi	1) Sergei P. Chigrinov (Hâkim)
4.	Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi	1) Valerija Galić (Başkan)
5.	Endonezya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi	1)Prof. Aswanto Kamarudin (Hâkim)
6.	Karadağ Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi	1) Desanka Lopičić (Başkan)
7.	Kırgız Yüksek Mahkemesi Anayasa Dairesi	1) Mamyrov Erkinbek Tobokelovich (Başkanvekili)
8.	Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi	1) Prof. Dr. Enver Hasani (Başkan) 2) Dr. Altay Suroy (Hâkim) 3) Milot Vokshi (Genel Sekreter) 4) Muhamet Brahimi (Baş Hukuk Danışmanı) 5) Xhemajl Veliqi (İkinci Derece Hukuk Danışmanı)
9.	Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi	Mehmet Türker (Hâkim)
10.	Makedonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi	1) Elena Gosheva (Başkan) 2) Ismail Darlishta (Hâkim) 3) Jovan Josifovski (Hâkim) 4) Tatjana Janjikj - Todorova (Devlet Danışmanı)
11.	Moldova Anayasa Mahkemesi	Tudor Panțîru (Üye)

12.	Romanya Anayasa Mahkemesi	1) Augustin Zegrean (Başkan)
13.	Türkiye	1) Prof. Dr. Yavuz Atar - Yükseköğretim Kurulu Başkan Vekili 2) Prof. Dr. Osman Doğru - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 3) Prof. Dr. Mehmet Turhan - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Vekili 4) Prof. Dr. Erdal Onar - Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi 5) Prof. Dr. Arzu Oğuz - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı 6) Doç. Dr. H. Burak Gemalmaz - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 7) Doç. Dr. Ece Göztepe Çelebi - Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi 8) Yrd. Doç. Dr. Bülent Algan - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 9) Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak - Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi 10) Yrd. Doç. Dr. Ozan Ergül - TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi 11) Yrd. Doç. Dr. Ulaş Karan - Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi 12) Yrd. Doç. Dr. Mehmet Maden - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 13) Arş. Gör. Dr. Tolga Şirin - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 14) Yrd. Doç. Dr. Murat Tümay - Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi 15) Dr. Hasan Sayim Vural - Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Zühtü ARSLAN'ın 53. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Konuklar,

Anayasa Mahkemesinin 53. kuruluş yıldönümü ve yeni seçilen üyemizin yemin törenine hoş geldiniz diyor, sizleri en içten duygularımla ve saygıyla selamlıyorum.

Türkiye Büyük Millet Meclisince Sayıştay kontenjanından Anayasa Mahkemesine üye seçilen ve biraz önce yemin ederek görevine başlayan Sayın Rıdvan Güleç'i tebrik ediyor, üyeliğinin kendisine, ailesine, Mahkememize ve ülkemize hayırlı olmasını temenni ediyorum. Sayın Güleç'in uzun yıllar görev yaptığı Sayıştay'da edindiği bilgi ve deneyimi anayasa yargısı alanında da kullanacağına ve Anayasa Mahkemesine güç katacağına olan inancımı ifade ederek, kendisine başarılar diliyorum.

Ayrıca kısa bir süre önce Anayasa Mahkemesi Başkanvekilliğine seçilen üyemiz Sayın Burhan Üstün'ü ve Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanvekilliğine seçilen üyemiz Sayın Nuri Necipoğlu'nu da tebrik ediyor, yeni görevlerinde başarılar diliyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım,

20. yüzyılın önde gelen siyaset felsefecilerinden biri olan John Rawls, "*Adalet toplumsal kurumların ilk erdemidir*" diyor. Rawls'un iyi işleyen bir anayasal düzenin temeli olarak gördüğü adaletin birincil ilkesi, temel hak ve özgürlüklere herkesin eşit şekilde sahip olmasıdır.

Bu anlamda adalet, herkesin hakkı olanı alması ve hak ettiğini bulmasıdır. Adaletin bu yönünü en özlü şekilde ifade eden kişi, hiç kuşkusuz,

Mevlana'dır. Mevlana düşüncesinde, adalet her şeyi yerli yerine koymaktır. O'na göre, "*ağaçları sulamak*" adalettir, "*dikene su vermek*" ise zulümdür.

Zulmün zıttı olarak görülen adalet, bu topraklarda yüzlerce yıl devlet ve toplum hayatının temel ilkesi olarak kabul edilmiştir. 16. yüzyılda yaşayan Kınalızâde Ali Çelebi, Ahlâk-ı Alâ'î adlı meşhur eserinin sonunda "*adalet dairesi*"ni çizerken, daireyi adaletle başlatıp adaletle tamamlamıştır. Kınalızâde, "*adldir mucib-i salâh-ı cihan*" ("*Dünyanın nizamını ve kurtuluşunu sağlayan adalettir*") demek suretiyle, adaletin evrensel boyutuna ve Osmanlı yönetim anlayışındaki merkezi önemine işaret etmiştir. Adalet, sadece mülkün yani devletin değil, aynı zamanda medeniyetin de temelidir. İnsanlığa örnek teşkil edecek bir medeniyetin inşası ve idâmesi ancak adaletle mümkündür.

Adalet, yalnızca kanunlara değil, onların yorumlanması ve uygulanmasına da hâkim olması gereken bir değerdir. Bu anlamda, hiç kuşkusuz, adaletin gerçekleştirilmesinde en etkili kurumların başında yargı gelmektedir. Mahkemelerin bulunduğu binalara "*adliye*" ya da "*adalet sarayı*" denmesinin nedeni de budur. Birçok dilde "*adalet*" (justice) kelimesinin aynı zamanda "*yargıç*" anlamında kullanıldığı da bilinmektedir. Esasen insan hak ve özgürlüklerine dayanan adil bir siyasal ve hukuksal düzenin sürdürülmesinde yargıya diğer tüm organlardan daha fazla iş düşmektedir.

Türkiye'de yargı, belki de tarihinin en önemli ve hassas dönemlerinden birini yaşıyor. Adaletin tesisi gibi son derece ağır bir yük taşıyan yargının, bu yükün altından hakkıyla kalkabilmesinin ve kendisinden beklenen işlevi yerine getirebilmesinin yolu, "*vesayet*" kavramıyla yüzleşmesinden geçmektedir. Bu konuda sadece yargının kendisiyle yüzleşmesi ve özeleştiri yapması yetmez, aynı zamanda siyasal ve hukuksal sistemin tüm unsurlarının da bir muhasebe yapması gerekmektedir.

Vesayetçi anlayış, demokrasiyi ve hukuk devletini etkisizleştiren, bu kavramların içini boşaltan ve göstermelik hâle getiren bir işleve sahiptir. Vesayetçilik, kurumsal düzeyde demokratik siyasi aklın yetersiz olduğu varsayımına dayanır. Bireysel düzeyde ise kişinin kendi haline bırakılmaması, yönlendirilmesi gerektiği, aksi halde doğru karar veremeyeceği düşüncesinden beslenir. Her iki durumda da kurumsal ve bireysel akla ipotek koyma söz konusudur. Bu nedenle Kant, vesayeti özgürlüğün düşmanı olarak görür ve Aydınlanmanın şiarını, "*aklını kullanmaya cesaret et!*" şeklinde formüle eder.

Vesayet sadece siyasi alanda değil, yargı alanında da aklın ve vicdanın serbestçe kullanılmasının karşısındaki en büyük tehlikedir. Bu nedenle, gerçek manada yargı bağımsızlığı hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurudur. Yargı bağımsızlığı, yargının bir yandan kurumsal düzeyde hiçbir kişiden ve organdan emir, talimat ve telkine maruz kalmamasını, diğer yandan da bireysel düzeyde yargı mensuplarının hiçbir vesayete tabi olmadan akıllarını ve iradelerini serbestçe kullanabilmelerini gerektirir.

Unutmayalım ki, fikri ve vicdanı hür olmayandan hâkim olmaz. Aklını ve vicdanını başkalarına kiralayan veya iradesine ipotek konmasına izin veren kişiden hâkim olamaz. Hukuk devletinde, uzaktan kumandalı yargı da, yargıç da düşünülemez.

Esasen, yargı ve vesayet arasındaki patolojik ilişkinin, bizatihi bir vesayet organına dönüşme ve vesayete tabi kılınma şeklinde tecelli eden iki boyutu vardır. Her iki durum da demokratik hukuk devleti açısından büyük bir tehlikedir. Birincisi yargı, toplum ve siyaset mühendisliğine soyunan bir vesayet kurumu olarak işlev göremez, görmemelidir. Kendisini sistemin sahibi ve nihai koruyucusu olarak gören ve bu nedenle kendisi dışında herkese ve herşeye ayar veren bir yargı anlayışı kabul edilemez. Demokratik toplumlarda yargıya düşen görev, topluma ve siyasete nizam vermek değil, hukuk kurallarını adalet süzgecinden geçirerek uygulamak, bu suretle uyuşmazlıkları çözmektir. Ancak bu durumda yargı ve yargıç, temel hak ve özgürlüklerin teminatı olabilir.

İkincisi, yargı kendisi üzerinde kurulacak her türlü vesayete de kararlılıkla karşı durmalıdır. Başka bir ifadeyle, kurumsal ve kişisel düzeyde yargı bağımsızlığının tam manasıyla sağlanması hayati derecede önemlidir. Sonuç olarak, yargıyı bir vesayet kurumu veya vesayet altında bir kurum olarak konumlandırmak, ona yapılabilecek en büyük kötülüktür.

Benzer şekilde, yargı-siyaset ilişkisinin de sakıncalı iki yönünden bahsedilebilir. Yargının kurumsal anlamda siyasal organların etkisi altında kalması ve siyasi mülâhazalar ekseninde ayrışması büyük bir tehlikedir. Bu anlamda yargının siyasallaşması hukuk devletinin sonu olur. Diğer yandan, yargının bir vesayet organı gibi davranarak, siyaseten alınması gereken kararları alması da siyasetin yargısallaşması tehlikesini doğurur. Siyasetin yargısallaşması ise demokrasinin sonu olur. Dolayısıyla yargının siyasallaşması ve siyasetin yargısallaşması demokratik hukuk devleti için aynı ölçüde tehlikedir.

Yargının vesayet ve siyasetle ilişkisini normalleştirmenin ve yargı bağımsızlığını sağlamanın en önemli anayasal araçlarından biri hiç kuşkusuz güçler ayrılığı ilkesidir. Güçler ayrılığı düşüncesinin altında anayasacılığın özü olan gücün sınırlandırılması ihtiyacı yatar. Gücün hukukla sınırlandırılmadığı yerde temel hak ve özgürlükler tehlikededir. Montesquieu'nun ifade ettiği gibi, yasama, yürütme ve yargı güçlerinin tek elde toplanması özgürlüğün sonu olur.

Belirtmek gerekir ki, gücün hukukla sınırlandırılması, sadece yasama ve yürütme için değil yargı için de geçerlidir. Yargının, yetkilerinin ötesine geçerek siyasal alanı dizayn etmeye çalışması güçler ayrılığıyla bağdaşmaz. Demokrasiler için yürütmenin sınır tanımaz tavrı ne kadar tehlikeliyse, yargının jüristokratik tavrı da o kadar tehlikelidir.

Diğer yandan güçler ayrılığı, hiçbir şekilde güçler kavgası ya da güçler savaşı değildir. Tersine, güçler ayrılığı, Anayasa'nın Başlangıç kısmında "*belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği*" olarak tanımlanmaktadır.

Gerçekten hiçbir organ, diğer organların yardımı ve işbirliği olmaksızın sorunlarını çözemez ve başarılı olamaz. Bu anlamda, devlet gücü kullanan organlar arasındaki işbirliğine her zamankinden daha fazla ihtiyacımızın olduğunu belirtmek gerekir.

Bu çerçevede, yargının mevcut sorunlarını çözmek ve onu daha iyi bir konuma getirmek için müşterek sorumluluğumuzun bulunduğunu, bu amaçla herkesin, her kurum ve kuruluşun gerekli özeni ve özveriyi göstermesi gerektiğini vurgulamak isterim. Bu, sadece şekli bazı değişikliklerle sağlanamayacak kadar ciddi bir mesele olup, hukuk eğitiminden mahkemelerdeki uygulamalara, yargı etiğinden toplumun yargıdan beklentilerine kadar geniş bir alanda bir dizi köklü ve ciddi çalışmayı ve buna uygun adımların atılmasını gerektirmektedir.

Örnek gösterilen bir yargı sistemi kurmak, adalet ve ahlak temelli bir uluslararası düzenin kurucularından ve öznelerinden olmak istiyorsak, toplumun güvenini kazanmış, iyi ve etkin işleyen, bağımsız ve tarafsız bir yargıya sahip olmamız kaçınılmaz bir gerekliliktir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

2012 yılının Kasım ayında Mexico City'de düzenlenen ve dünyanın dört bir yanından yüksek mahkeme başkan ve üyelerinin davetli olduğu

bir konferansa Mahkememiz adına katılmıştım. Bu konferansta sunduğum tebliğin başlığı "*Yeni Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları*", alt başlığı ise "*Paradigma Değişimine Doğru?*" şeklindeydi. Alt başlığın sonuna bir soru işareti koymuştum, çünkü henüz Mahkemenin bu değişimi gerçekleştirip, "*hak-eksenli paradigma*"yı benimseyeceği belli değildi. Tebliğde, 2010 Anayasa değişikliği sonucu ortaya çıkan yapısal ve işlevsel anlamda yeni Anayasa Mahkemesinin önündeki en önemli meydan okumanın, bilhassa bireysel başvuru vasıtasıyla bu paradigma değişimini gerçekleştirmek olduğu görüşü dile getirilmişti.

Memnuniyetle ifade etmem gerekir ki, yaklaşık üç yıllık süre içinde Anayasa Mahkemesi bu paradigma değişimini gerçekleştirme yolunda çok önemli mesafe almıştır. Mahkememiz, anayasallık denetimi ve bireysel başvuru yoluyla anayasal ve bireysel adaleti sağlamaya çalışan ve sonuçta temel hak ve özgürlüklerin önemli ölçüde güvencesi haline gelen bir kurum olarak işlev görmeye başlamıştır.

Esasen Anayasa Mahkemesinden beklenen de budur. Zira bilindiği üzere, anayasa mahkemeleri temel hak ve özgürlüklerin seçimle gelen yasama çoğunluğuna karşı da korunması gerektiği yönündeki düşüncenin ürünü olarak ortaya çıkmışlardır. Anayasal demokrasinin alâmet-i farikası haline gelen bu mahkemelerin varlık nedeni, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek suretiyle anayasal adaleti gerçekleştirmektir. Anayasa şikâyetinin veya bireysel başvurunun kabul edildiği ülkelerde de anayasa mahkemeleri, kamu gücü işlemlerinin temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğini inceleyerek, uygulamanın anayasalara uyumunu denetlemektedirler.

Yaşadığımız bu paradigma değişimini, özellikle bireysel başvuru kararları üzerinden takip etmek mümkündür. Bu kararlarda, Anayasa Mahkemesi yaşam hakkından kişi hürriyeti ve güvenliğine, adil yargılanma hakkından ifade ve örgütlenme özgürlüğüne, özel hayata saygı hakkından din ve vicdan özgürlüğüne, bir dizi temel hak ve özgürlüğün koruma alanını genişleten ve standartlarını yükselten bir yaklaşım benimsemiştir.

Bu kapsamda Mahkememiz, tutuklu milletvekillerinin serbest bırakılmalarının önünü açan ve özellikle siyasi temsil hakkının demokratik toplumlardaki önemini vurgulayan kararlar vermiştir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, bir avukatın başörtüsünden dolayı duruşmadan çıkarılmasını, din özgürlüğünün ve ayrımcılık yasağının ihlali olarak görmüştür.

Bunların dışında, gözaltında müdafi yardımından yararlandırılmadan mahkumiyet tesisinde; gerekçeli karar uzun süre yazılmadığı için özgürlüğün kısıtlanmasına itiraz hakkının etkin şekilde kullandırılmamasında; uzun yargılamalarda; iddia makamına tanınan imkânlardan savunmanın yararlandırılmamasında; sosyal medyada ve diğer alanlarda ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamalarda; sendikal haklarını kullanan kamu görevlilerine disiplin cezası verilmesinde ve daha birçok alanda hak ihlali tespit eden yüzlerce kararımız bulunmaktadır.

Mahkememizin *"hak-eksenli"* yaklaşımla verdiği tüm bu kararlar, bir yandan ülkemizde uzun yıllar amaçlanan insan hakları standardının yükseltilmesine hizmet ederken, diğer yandan evrensel hukuk birikimine katkıda bulunmamıza imkân tanıyarak uluslararası arenada ülkemizin saygınlığını artırmaktadır. Adalet, eşitlik, özgürlük ve insan hakları gibi evrensel değerleri içselleştirmiş, farklılıkların barış içinde biraradalığını sağlamış ve tüm bu yollarla demokratik rejimini güçlendirmiş bir Türkiye'nin etkili bir yumuşak güce sahip olacağı her türlü izahtan varestedir.

Anayasa Mahkemesinin *"hak-eksenli"* yeni paradigması, bu ülkede yıllardır tartıştığımız, farklılıkların şiddete başvurulmadan bir arada yaşaması idealine de önemli katkı sunmaktadır. Gerçekten de sadece bizim değil, diğer çoğulcu demokrasilerin de en zor meselesi, farklılıkların biraradalığının sağlanması ve sürdürülmesidir.

Bilindiği üzere, toplumsal düzeyde *"öteki"* ile bir arada yaşamanın anahtarı hoşgörüdür. Hoşgörü, esasen kişiler ya da gruplar arasındaki ilişkide eşitsizliği hatta belli ölçüde hiyerarşiyi içeren bir kavramdır. Hoşgören, her durumda kendi düşünce ve yaşam biçimini hoşgördüğü kişininkinden daha üstün ve daha değerli görmekte, ancak yine de onunla birlikte yaşama iradesini sergilemektedir.

Siyasal ve hukuksal düzeyde ise birlikte yaşamanın ve yaşatmanın formülü hoşgörüden ziyade *"tanıma"*dır. Tanıma, ötekinin ontolojik statüsünü kabullenmeyi gerektirir. Bu anlamda, devlete düşen, farklı dünya görüşlerini ve yaşam biçimlerini hoşgörmek değil, onları diğerleriyle birlikte eşit olarak tanımaktır. Bu şekilde bir tanıma, çoğulcu demokrasinin ön şartı niteliğindedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 2012 yılında verdiği bir kararda, *"demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak,*

bireylerin sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmektir." demek suretiyle tanıma siyasetine işaret etmiştir.

Mahkememiz bireysel başvuruya ilişkin geçen yıl verdiği bir kararında da, tanıma ve onun sonucu olan çoğulculuk siyasetinin gereklerini şu şekilde ifade etmiştir:

"... "tanıma", devlet-birey ilişkilerinde devletin, tüm din veya inanç gruplarının varlıklarını eşit şekilde kabul etmesini gerektirir... Çoğulculuk ise herkesin kendi kimliğiyle ve kendisi olarak toplumsal ve siyasal yaşama katılmasıyla mümkündür. Farklılıkların ve farklı olanların tanınmadığı ve tehditler karşısında korunmadığı bir yerde çoğulculuktan bahsedilemez. Çoğulcu toplumda devlet, bireylerin kendi dünya görüşlerinin ve inançlarının gereğine uygun olarak yaşamalarını sağlamakla yükümlüdür. Devlet, toplumda var olan görüşlerden veya yaşam tarzlarından birini "yanlış" kabul etme yetkisine sahip değildir. Bu bağlamda Anayasa'da yer alan sınırlama sebepleri bulunmadıkça, farklılıkların bir arada yaşatılması, çoğunluğun ya da azınlığın hoşuna gitmese de çoğulculuğun bir gereğidir."

Barışçıl biraradalığın tarih boyunca güzel örneklerini sergileyen bir medeniyetin mirasçıları olarak, bu konuda ihtiyaç duyduğumuz esin kaynağını kültürel kodlarımızda bulabiliriz. Mevlana'nın *"Ne olursan ol, yine gel"* ve Hacı Bektaşi Veli'nin *"Okunacak en büyük kitap insandır"* gibi sözlerinde ifadesini bulan insan odaklı anlayış, farklılıkların yönetiminde gerekli olan zihinsel iklimi sağlamaktadır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Mahkememizin paradigma değişimi sürecinin henüz başında olduğunu da belirtmek isterim. Daha alınacak çok mesafe olduğunun, bu değişimin tamamlanması ve istikrarlı bir hâle getirilmesi gerektiğinin farkındayız.

Ayrıca, her dönüşümün sancılı olduğu da bilinmektedir. Bu süreçte karşılaştığımız zorlukların başında, hepinizin bildiği gibi, artan iş yükü gelmektedir. Mahkememizin *"hak-eksenli"* kararları, biraz da paradoksal olarak, bireysel başvuru sayısının gittikçe artmasına neden olmaktadır.

Bugün itibariyle elimizdeki bireysel başvuru sayısı 18.009'dur. Bireysel başvurunun başladığı 23 Eylül 2012 tarihinden bu yana toplam 20.689 başvuru sonuçlandırılmıştır. Sonuçlanan başvuruların çok büyük bir kısmı, bireysel başvuruyu benimseyen Almanya ve İspanya gibi ülkelerdeki uygulamalara benzer şekilde, esastan incelemeye değer görülmemiştir.

Esastan incelenen 637 başvurudan 572'sinde en az bir anayasal hakkın ihlal edildiği tespit edilmiştir. Buna göre Mahkememiz, esastan incelemeye değer gördüğü başvuruların yaklaşık %90'ında ihlal kararı vermiştir.

İhlal kararlarının 455'i (% 76,60) adil yargılanma hakkına, 48'i (% 8,08) kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına, 26'sı (% 4,38) sendika hakkına, 18'i (% 3,03) mülkiyet hakkına ve 12'si de (% 2,02) ifade özgürlüğüne ilişkindir. Adil yargılanma hakkı ihlallerinin, yüzde seksenden (% 80) fazlasının makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olduğu gözetildiğinde, temel hak ve hürriyetlerin ihlalinde yapısal sorunların rolü daha iyi anlaşılmaktadır.

Mahkeme olarak, bireysel başvuruya ilişkin iş yükünü gidermeye yönelik çalışmalarımız devam etmektedir. Bilhassa filtreleme sisteminin daha etkin hâle getirilmesi, Bölümlerin ve Genel Kurul'un tüm hukuk sistemini ilgilendiren, yapısal sorunlardan kaynaklanan başvurular üzerinde daha fazla odaklanması ve raportörlerin haklar temelinde gruplandırılarak uzmanlıklarına göre görevlendirilmeleri gibi tedbirler almakta ve bunları uygulamaktayız.

Ancak, Anayasa Mahkemesinin işleyişinin daha etkin hâle getirilmesi tek başına sorunu çözmüyor. Bir kere, bireysel başvurunun kanun yollarından sonra yeni ve *"süper"* bir temyiz imkânı sunmadığının herkes tarafından anlaşılması gerekmektedir. İkincisi, bireysel başvuru sayısının azalması ya da sistemi tıkayacak ölçüde artmaması, kamu gücü kullanan idari ve yargısal makamların daha hassas davranmasına bağlıdır. Bireysel başvurunun ikincilliği ilkesi, esasen hak ihlallerinin öncelikle ve özellikle derece mahkemeleri önünde giderilmesini gerektirmektedir.

Tüm zorluklara ve sıkıntılara rağmen bireysel başvuru, ülkemizin hak ve özgürlükler standardının yükseltilmesinde, Anayasa Mahkemesinin ve belki de tüm yargı sisteminin dönüşümünde önemli bir işlev görmektedir. Bu durum, esasen tam da yukarıda ifade etmeye çalıştığımız devlet organları arasındaki işbirliğinin önemli bir yansımasıdır. Bireysel başvuruda şayet bir başarı varsa, bu başarı sadece Anayasa Mahkemesine değil, aynı zamanda diğer kurumlara, özellikle de yasama organına ve son tahlilde egemenliğin kaynağı olan milletimize aittir. Bu vesileyle, emeği geçen herkese ve her kuruma Mahkememiz adına şükranlarımı sunmayı kadirşinaslığın bir gereği olarak görüyorum.

Diğer yandan, belirtmek gerekir ki verilen ve verilecek olan her karar eleştiriye açıktır. Yargıçlar ve mahkeme kararları kutsal değildir. Herkes gibi yargıçlar da hata yapabilir, yanlış karar verebilir. Bu nedenle, yargının eleştirileri normal karşılaması ve muhtemel hataları düzeltmek için dikkate alması gerekir.

Anayasa Mahkemesi olarak her türlü eleştiriyi değerlendirdiğimizi ifade etmek isterim. Örneğin yapılan eleştirileri dikkate alarak, iptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanması uygulamasından vazgeçtik. Bu değişikliğin amacı, hem Anayasa'nın üstünlüğünü koruması gereken bir organ olarak Mahkememizin Anayasa'ya uygun davranmasını, hem de kararların eskiden olduğundan daha hızlı şekilde gerekçesiyle birlikte açıklanmasını sağlamaktır. Kısacası Mahkememiz, haklı ve yapıcı eleştirilerden yararlanmaktadır ve yararlanmaya devam edecektir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Konuşmamın son bölümünde ülkemizin gündeminden hiç düşmeyen *"yeni anayasa"* konusundaki görüşlerimi ilkesel düzeyde ve beş madde altında sizlerle paylaşmak istiyorum.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, ülkemizin bugün itibariyle ulaşmış olduğu ekonomik ve siyasal gelişmişlik düzeyinde, yeni anayasa kaçınılmaz bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Yeni bir anayasanın gerekliliği noktasında, toplumda çok geniş, hatta tam bir mutabakat olduğu bilinmektedir. Şu anda ihtiyaç duyulan, anayasa yapımı sürecinin tüm aktörlerinin etkili bir irade ortaya koymalarıdır.

Bilindiği gibi, anayasa yapımı için elverişli bir iklime ihtiyaç vardır. Bu iklimin oluşması ise söylem ve eylemlerde kutuplaşmayı değil, diyalog ve uzlaşmayı öne çıkaran, dışlayan değil kucaklayan, yıkıcı değil yapıcı olan pozitif bir tavrı gerektirmektedir. Yeni anayasa için elverişli iklimi hazırlamak da sivil ve siyasal toplumun tüm unsurlarıyla birlikte hepimizin ortak sorumluluğudur. Toplumun mümkün olduğu ölçüde tüm kesimlerinin sürece katılması ve bu ülkede yaşayan herkesin ortaya çıkacak olan *"toplum sözleşmesi"* niteliğindeki belgeyi *"benim anayasam"* duygusuyla sahiplenmesi, ancak bu ortak sorumluluğun yerine getirilmesiyle mümkündür. Ayrıca, anayasa yapımı sürecinde toplumsal ve siyasal aktörler arasında gerçekleşecek diyaloğun sağlıklı ve çarpıtılmamış iletişime dayanması, şiddet içermemek

ve ötekinin varlığına kastetmemek kaydıyla her türlü görüş ve düşüncenin rahatlıkla savunulduğu serbest bir tartışma ortamının sağlanması gerekir.

İkinci olarak, yeni anayasa bürokratik vesayetin tüm unsurlarını tasfiye ederek demokratik siyasetin alanını genişleten, bunun yanında temel hak ve hürriyetleri tam olarak güvenceye alan, hukuk devletini tüm kurum ve kurallarıyla tesis eden bir muhtevaya sahip olmalıdır. Başka bir ifadeyle, sağlıklı bir anayasal demokrasi, toplumla devlet kurumları arasında değer çatışmalarının yaşanmadığı, çoğunluğu elde eden siyasi kadroların yönetime geldiği ve fakat azınlıkta kalanların da temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığı, en önemlisi herkesin kendisini eşit ve özgür vatandaş olarak görebildiği bir düzeni gerektirir.

Üçüncü olarak, anayasa yapım sürecinde anayasal tecrübemizin olumlu ve olumsuz yönlerinin mutlaka dikkate alınması gerekir. Unutmayalım ki yeni anayasa arayışı bugüne has bir konu değildir. Bu ülke, yaklaşık 150 yıldır anayasasını arıyor. 1876 Anayasası'nın mimarı olan Midhat Paşa, 1878 yılında yazdığı bir makalede anayasayı *"hastalıklarımızın yegane ilacı, iç ve dış düşmanlara karşı mücadelenin bize avantaj sağlayan tek aracı"* olarak görüyordu.

Midhat Paşa'dan bu yana, anayasa değişikliklerini bir yana bırakırsak, tam beş anayasa yaptık. Kanun-i Esasi'den bugünkü Anayasa'ya kurumsal ve ilkesel düzeyde çok önemli devamlılıklar olduğunu görebilmek için sadece bu iki metni yanyana koyarak okumak bile yeterlidir. Kısacası, yeni anayasa yapım sürecinde bu devamlılıkların ve oluşan anayasa geleneğinin de hesaba katılması gerektiği açıktır.

Dördüncü olarak, yeni anayasanın içeriği ve bu anlamda kurumsal tercihleri belirlenirken mukayeseli anayasacılığın bize sunduğu tecrübeden de yararlanmak gerekir. Bu noktada demokratik anayasacılığın evrensel ilkeleriyle, içinde yaşadığımız toplumun sosyolojik, siyasal ve kültürel özelliklerinin optimal düzeyde uyumunun sağlanması ihtiyacı vardır.

Kopyala-yapıştır yöntemiyle yeni anayasa yapılması ne kadar yanlışsa, güçler ayrılığı, hukukun üstünlüğü, insan hakları, çoğulculuk gibi demokratik anayasaların olmazsa olmaz unsurlarını dikkate almadan bir anayasa yapmaya çalışmak da o derece yanlış olur. Kısacası, toplumsal bünyemizi ve siyasal kültürümüzü de dikkate alarak, güçler ayrılığına dayalı iyi ve etkin işleyen bir sistem kuran, demokratik ve özgürlükçü bir anayasa yapılabilmesi mümkündür.

Beşinci ve son olarak, yeni anayasanın önündeki en önemli engellerden biri, telifi çok zor görüş ve önerilerin herşeye ve herkese rağmen anayasallaşmasının istenmesi olabilir. Bu durumda, sürece katılan aktörlerin maksimalist taleplerini gözden geçirmeleri, belki de bulundukları pozisyondan bir adım geri atmaları gerekebilir. Esasen, gelinen noktada olağan bir dönemde halkımızın kendi dinamikleriyle yeni bir anayasa yapabileceğini göstermek, sosyal psikoloji açısından, yapılacak anayasanın içeriğinden çok daha önemli hâle gelmiştir.

Öte yandan, yeni anayasa tüm sorunları dokunduğunda bir çırpıda çözecek sihirli bir değnek değildir. Hiçbir anayasa tek başına sorun çözemez. İyi işleyen demokrasilerde anayasalardan beklenen; toplumsal, siyasal, ekonomik ve hukuksal sorunları çözmek için gerekli zemini sağlamalarıdır. Bu nedenle, içini nasıl doldurursak dolduralım, iyi bir anayasa kadar, belki ondan daha önemlisi iyi anayasa yorumcuları ve uygulayıcıları gereklidir.

Sonuç olarak, önümüzdeki dönemde de Türkiye'nin yeni anayasa arayışının devam edeceği anlaşılmaktadır. Slavoj Žižek'in arayış sürecinin paradoksal doğasını açıklamak için anlattığı bir fıkra var. Konuşmamın bu kısmını, biraz da bizdeki anayasa arayışını çağrıştırdığı için, bu fıkrayla tamamlamak istiyorum.

Askerlikten kurtulmak için deli numarası yapan er, takıntı sendromu geliştiriyor. Eline aldığı kağıt parçalarını okuyup *"bu değil"*, *"bu değil"* diye sağa sola fırlatmaya başlıyor. Eri psikiyatriste sevk ettiklerinde, doktorun odasında da aynı şeyleri yapmaya devam ediyor. Doktor, masasında bulunan tüm kağıtları hatta çöp sepetinde olanları bile inceleyip *"bu değil"* diye dağıtmaya devam eden adamla ilgili kararını veriyor: *"Askerlik için elverişli değildir"*. Doktorun raporunu eline alan adam şöyle bir bakıyor ve *"işte bu!"* diyor.

Žižek, bu örnekten hareketle arayış sürecinde yaşanan başarısızlığın, arananın bulunmasıyla sonuçlanan başarıyı getirebildiğini söyler. Buna göre, aranan nesneyi üreten bizatihi arayış sürecidir. Umarız, ülke olarak arayış sürecinin sonunda *"yeni anayasa"*ya kavuşuruz.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Bu vesileyle, geride bıraktığımız aylarda emekliye ayrılan üyemiz Sayın Zehra Ayla Perktaş'a ve önceki Başkanımız Sayın Haşim Kılıç'a, Mahkememize katkılarından dolayı şükranlarımı sunuyorum. Sayın Kılıç, 25

yıl boyunca yerine getirdiği üyelik, başkanvekilliği ve başkanlık görevlerinde bu Mahkemeye ve ülkemize büyük hizmetler yapmış, belki de en önemlisi yukarıda ifade etmeye çalıştığım paradigma değişiminin öncüsü olmuştur. Kendilerine emeklilik hayatlarında, sağlık, mutluluk ve huzur diliyorum.

Geçen yıl hayatını kaybeden emekli üyelerimizden Selahattin Metin'e ve geçen hafta vefat eden emekli başkanlarımızdan Şevket Müftügil'e Allah'tan rahmet, yakınlarına da başsağlığı diliyorum.

Ayrıca, insanımızın hak ve özgürlüklerinin teminatı olan, milletimizin güven ve teveccühünü kazanan ve nihayet nitelikli kararlarıyla dünyada örnek gösterilen bir Anayasa Mahkemesi idealiyle, fedakarca çalışan başkanvekillerimize, üyelerimize, raportörlerimize, raportör yardımcılarımıza, yöneticilerimize ve tüm personelimize teşekkürlerimi sunuyorum.

Son olarak, öğleden sonra başlayıp yarın da devam edecek sempozyumda bireysel başvuru kapsamında verdiğimiz kararlar masaya yatırılacak, eleştiri ve öneriler dile getirilecektir. Katkı yapacak olan değerli konuşmacılara ve tüm katılımcılara Mahkememiz adına şimdiden teşekkür ediyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli Misafirler,

Konuşmama son verirken, kuruluş yıldönümü ve yemin törenimizde aramızda bulunmanızdan dolayı bir kez daha şükranlarımı sunuyor, sağlık ve afiyet diliyorum.

Zühtü Arslan
Anayasa Mahkemesi Başkanı

Birinci Oturum

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Yavuz Atar
Yükseköğretim Kurulu Başkan Vekili

Konuşmacılar

Doç. Dr. Ece Göztepe Çelebi
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Osman Doğru
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Yrd. Doç. Dr. Ozan Ergül
TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Arş. Gör. Dr. Tolga Şirin
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Yavuz Atar

Değerli katılımcılar Anayasa Mahkemesinin 53. Kuruluş Yıldönümünün kutlandığı bugün ben de oturumun açılısını yapmadan önce bu Yıldönümünün Mahkememiz ve Ülkemiz için hayırlı olmasını temenni ediyorum. Bu oturumda ve yarınki oturumlarda "*Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi, Sorunlar ve Çözüm Yolları"* tartışılacaktır. Bildiğiniz gibi Anayasa Mahkememiz son iki yıldır bireysel başvuruları da incelemektedir. Bu konuda çok ciddi bir başvuru birikim olduğu, Mahkemenin bunun üstesinden gelemeyeceği yönünde endişelerimiz vardı. Ama gördüğümüz kadarıyla, en azından benim gördüğüm kadarıyla, bu faaliyet başarılı bir şekilde yürütülüyor. Tabi bunu detaylarını az sonra konuşacak olan arkadaşlarım anlatacaklar. Umarım verimli bir toplantı olur.

Son olarak Anayasa Mahkememize yeni başkan seçilen Prof. Dr. Zühtü Arslan Beyi de, kendisi henüz buraya gelmedi, galiba Cumhurbaşkanlığında yemekteler, gıyabında tebrik ediyorum. Bir anayasa hukukçusu olarak, bir anayasa hukukçusunun Mahkemeye başkan olmasından son derece memnunum. Mahkememizin, onun döneminde saygınlığını arttıracağını ve Avrupa'nın en saygın mahkemelerinden biri konumuna geleceğini inanıyorum.

Şimdi oturumu başlatacağım. Söz sırasını buradaki sıraya göre vermek istiyorum. Eğer kendi aranızda bir sıralama düşünmediyseniz ilk sözü Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Doç. Dr. Ece GÖZTEPE Çelebi'ye veriyorum. Süreler 20 dakika olarak belirlenmiş, en sonunda da 20 dakikalık soru cevap faslı olacak. O kısmı isterseniz yazılı sorular şeklinde alalım. Çünkü kısa bir tartışma bölümü olduğu için 20 dakikada çok fazla kişi söz alamaz yazılı sorular olursa ben onu konuşmacılara tevzi edebilirim. Buyurun Ece Hanım.

Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi

Doç. Dr. Ece Göztepe Çelebi
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Anayasayla kendisine yasama işlemlerini denetleme yetki ve görevi verilen ya da bu yetkiyi Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi içtihat yoluyla kendisinde gören anayasa mahkemeleri ya da yüksek mahkemeler, yasama çoğunluklarıyla gerilimli ilişkileri nedeniyle kaçınılmaz olarak siyasal aktörlerin ve kamuoyunun ilgi odağındadır. Konusu ya da sonuçları itibariyle her karar, potansiyel olarak siyasetin merceğinden incelenmeye/eleştirilmeye uygundur. Anayasa yargısı ve mahkemesi fikrinin 20. yüzyılın başında (1920) ilk kez normatif olarak hayata geçirildiği Avusturya'da, kurumun fikir babası Hans Kelsen anayasa mahkemelerinin verdiği her kararın, doğası gereği siyasal olduğunu vurgulamıştır. Ancak bu, anayasa mahkemelerinin siyasal kararlar verdiği ve siyasal bir aktör olduğu anlamında değil, hukukun geniş anlamda bir siyasal tercihler bütünü olduğu biçiminde anlaşılmalıdır. Anayasa mahkemelerine yönelik bu genel önyargı ve mesafeye karşılık, "*anayasa şikâyeti*" (*Verfassungsbeschwerde/constitutional complaint*) ya da Türk hukukundaki adıyla "*bireysel başvuru yolu*"nun da anayasa mahkemelerinin yetkisine verildiği ülkelerde bu mahkemeler, salt siyasal aktörlerin odağı olmaktan çıkıp halkın, temel hak ve özgürlük süjelerinin katına inmektedir. Hukuk devleti ve demokrasi kavramları, anayasa şikâyetiyle somut, elle tutulur, yaşanan birer olgu haline gelmektedir. Hukuk devleti ilkesi salt bir ideal, uzak bir vaat ya da değiştirilemez bir anayasal ilke olmaktan çıkıp hakları kullanılabilir, görülebilir hale getirmektedir.

Ulusal ve uluslararası literatürde başta siyasi parti kapatma davaları olmak üzere, sadece birkaç düzine kararla profili çizilen Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının Türkiye'de uygulanmaya başladığı 23 Eylül 2012 tarihinden bu yana Türkiye

Cumhuriyeti'nin egemenliği altında yaşayan insanlarla doğrudan bir bağ kurarak, Türkiye ve dünya kamuoyuyla yeni ve verimli bir ilişki yaratmayı başarmıştır. 31 Temmuz 2015 itibariyle internet sitesinde ve Resmi Gazete'de yayınlanan 1038 bireysel başvuru hakkında karar veren Mahkeme'nin bu yeni başvuru yolundaki performansını genel hatlarıyla, norm ve olgu odaklı olarak değerlendirmek, bu kısa değerlendirmenin amacıdır.

Anayasa Mahkemesi şu anda Türkiye'de yaşayan bireylerin ve dünya kamuoyunun gözünde,

- Twitter, Youtube, Öcalan ve DTP[1] kararlarıyla ifade özgürlüğünün önündeki engelleri ortadan kaldıran;
- Sendika hakkını koruyan[2];
- Tutuklu milletvekillerinin seçilme ve temsil hakkını etkin şekilde kullanmalarına olanak tanımış olan[3];
- Bireylerin yaşam hakkını koruyan ve işkence yasağını işlevsel hale getiren[4];
- 659 sayılı KHK örneğinde olduğu gibi, anayasaya uygun yorum ve ölçülülük ilkesinin uygulanmasının güzel bir örneğini veren[5];
- Adil yargılanma hakkının bütün boyutlarıyla korunması için gerekli olan ölçütleri dikkate alan ve bunları uygulayan[6];
- Kişilerin özel hayata saygı hakkını siyasal görüşlerini dikkate almaksızın koruyan[7];
- Mülkiyet hakkının korunması çerçevesinde hukuk devletinin en temel unsurlarından olan belirlilik ilkesini somutlaştıran[8];
- Bir yargılamada her suç için ayrı tutukluluk süresi hesaplanamayacağı yönündeki içtihadıyla azami tutukluluk süresinin hesaplanmasında

1 Sırasıyla 2014/3986, 2014/4705, 2013/409, 2013/1481.

2 2013/8463, 2013/8517 ve aynı doğrultuda 21 karar.

3 2012/1272 (Mustafa Ali Balbay), 2012/849 (Mehmet Haberal), 2013/9894 (Gülser Yıldırım), 2013/9895(İbrahim Ayhan), 2014/85 (Kemal Aktaş ve Sema Irmak); 2014/9 (Faysal Sarı***yıldız*).**

4 2013/6319, 2013/293, 2012/848, 2013/6585, 2013/2515, 2013/6359, 2012/752, 2012/850.

5 2012/791.

6 2012/1269, 2013/2294, 2013/7800 (Balyoz), 2013/2744, 2013/8492, 2013/7017, 2014/1440 (Tuncel), 2014/253 (askeri casusluk davası).

7 2013/533 (Av. Ercan Kanar).

8 2014/6192 (İş Bankası A.Ş.).

tutuklular lehine hukuki belirlilik ilkesini somutlaştıran[9] bir Mahkeme olarak tanınmakta ve anılmaktadır.

Mahkemenin sadece iki buçuk yılda verdiği bunca önemli karar, gelecekteki özgürlükçü içtihatlarının habercisi olarak anlaşılabilir. Ancak bu saptama, Mahkemenin bütün kararlarının eleştiriden âzâde olduğu anlamına gelmemelidir. Aşağıda bu bireysel başvuru içtihadı bakımından tartışılması gereken önemli ilkesel hususlar başlıklar halinde ele alınacaktır.

1. Anayasa ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda Yer Alan Normatif Sınırlamalar ve Sonuçları

Anayasakoyucu bireysel başvuru hakkına konu edilebilecek hakları belirlerken, Anayasa'da güvence altına alınan hakların tamamını kapsamına almamıştır. 2010 yılındaki Anayasa değişikliğinin gerekçesinde de açıkça belirtildiği gibi temel amaç, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) yapılan başvuruların ve ihlal kararlarının sayısını azaltmaktır[10]. Bu amaç doğrultusunda bireysel başvuru hakkı, "*Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin*" kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla sınırlı olarak kabul edilmiştir.

Böylesine bir anayasal sınırlama sonucunda Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurularda öncelikle "*esas ölçü normu*" saptaması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Anayasa, bireysel başvuru hakkını doğrudan doğruya AİHS'deki haklara özgülemediğinden, tam aksine, Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) **kesişim alanı**ndaki hakları esas aldığından temel sorun, kesişim alanındaki normatif örtüşmenin mutlak olmadığı hallerde esas ölçü normun ne olacağıdır. Mahkemenin elinde üç seçenek vardır:

1. Sadece ortak olarak düzenlenmiş hakların "*norm alanını*" esas alarak, daha fazla koruma sağlayan hukuk metnine odaklanmak (ki bu durumda teorik olarak Anayasa'nın esas ölçü norm olmaktan çıkması mümkündür),

---

9 2013/776, 2012/1137

10 5 Nisan 2010 tarihli 2/656 numaralı kanun teklifi, s. 10 vd. 2010 yılı Anayasa değişikliği ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un bireysel başvuru hakkına ilişkin hükümlerinin kapsamlı bir değerlendirmesi için bkz. Ece Göztepe, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 95, 2011, S. 13-40.

2. Norm alanı içinde kalsa bile normatif düzenlemelerin lafzının birebir örtüşmemesi nedeniyle "*en küçük ortak böleni*" oluşturan metni esas almak, yani her iki metindeki daha geniş koruma sağlayan normatif düzenlemeyi göz ardı etmek ya da

3. Anayasa değişikliğinde açıkça dile getirilen asli amacı, yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılacak başvuru sayısını azaltma amacına odaklanarak, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) metnini*, koruma alanının kapsamından tamamen bağımsız şekilde *esas ölçü norm*a dönüştürmek.

Anayasa Mahkemesi, bugüne dek verdiği kararlarda hakların koruma alanını daraltıcı sonuçlar doğurma potansiyeli çok yüksek olan ikinci yolu tercih etmiş görünmektedir. Bu tercihin olumsuz sonuçları, özellikle Anayasa'nın belli bir hakka ilişkin daha geniş bir normatif düzenleme içerdiği hallerde ortaya çıkmakta ve anayasal yargı denetiminde Anayasa'yı ölçü norm olmaktan çıkarma potansiyelini içinde barındırmaktadır.

a) Anayasa Madde 36 ile AİHS Madde 6'nın Kesişme Alanı Sorunu

Hak arama hürriyeti Anayasa'nın 36. maddesinin 1. fıkrasında "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde* ***davacı*** *veya davalı olarak* ***iddia*** *ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" biçiminde düzenlenmektedir. Buna karşılık AİHS'nin 6. maddesi, hak arama hürriyetinin yanısıra masumiyet karinesini ve bir suçla itham edilen kişilerin sahip olduğu asgari hakları da kapsayan daha ayrıntılı bir düzenleme içermektedir.

Anayasa'nın 36. maddesine karşılık gelen AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası şöyledir: "*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir*".

Sözleşme metninin bu çevirisi, Anayasa Mahkemesinin internet sitesinde mevcut olan[11] ve Avrupa Konseyi tarafından yapılmış olan çeviridir. Ancak dikkat çekilmesi gereken önemli bir husus, maddenin kenar başlığı "*adil yargılanma hakkı*" olmasına ve İngilizce orijinal metinde yer almasına rağmen, "*hakkaniyete uygun*" (fair) yargılama ilkesinin çeviride unutulmuş olmasıdır[12]. Bu nedenle hakların güvence altına alındığı metinlerin karşılaştırılmasında ve esas alınması gereken normatif düzenlemenin içeriğinin belirlenmesinde çok dikkatli olunması gerektiği ve temel ilkenin ne olacağı sorusunun özel bir önem taşıdığı daha da iyi ortaya çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, artık yerleşik içtihat olarak nitelendirilebilecek birçok kararında şu gerekçeyle "*konu bakımından yetkisizlik nedeniyle*" kabul edilemezlik kararı vermektedir:

"*Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin "medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıkların" ve bir "suç isnadının" esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Bu ifadeden, hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için, başvurucunun ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyuşmazlığın tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bahsedilen hâller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına dayanan başvurular Anayasa ve Sözleşme kapsamı dışında kalacağından, bireysel başvuruya konu olamaz*"[13].

Bu içtihadın doğrudan sonucu, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan "*davacı olarak iddia hakkı*" Anayasa Mahkemesi tarafından hakkın koruma alanının dışına çıkarılmaktadır. Böylesine mutlak bir sınırlamanın, bireysel başvuru hakkının işleviyle uyumlu olduğu söylenemez. Çünkü ceza hukukunun koruma altına aldığı bazı hukuki değerlerin ihlal edildiği, ama etkili bir soruşturmanın belki de keyfilik neticesinde gerçekleştirilmediği hallerde, bu hukuki değerler hukuk düzeninin koruma alanı dışına çıkarılmakta ve Anayasa Mahkemesi yoluyla korunma olasılığı da ortadan kaldırılmış olmaktadır.

---

11 http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/AIHS_tr.pdf (25.07.2015).

12 "... everyone is entitled to a **fair** and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law".

13 Pek çok karar açısından sadece bkz. 2012/13, § 38; 2012/1049, §23; 2012/917, §21; 2014/85, § 27; 2013/8175, § 19.

Cezai kovuşturma yapılmasını talep hakkının anayasal koruma kapsamından çıkarılması halinde, ilk suçu müteakip daha ağır suçların işlenmesi de daha muhtemel hale gelmektedir. Özellikle toplumun bazı dışlanmış gruplarına yönelik, vücut bütünlüğünü ve yaşam hakkını tehdit ve ihlal eden suçlar için bu, sıkça karşılaşılan bir gerçektir[14]. Oysa hem Anayasa Mahkemesi, hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yaşam hakkı ve işkence yasağıyla ilgili başvurularda etkili soruşturma yapılmamış olmasını, yaşam hakkının usuli boyutunun ve adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir[15]. Aslında yaşam hakkının ihlalinden önce etkili bir soruşturmayla cezalandırılması gereken bir hak ihlali, etkili soruşturma yapılmadığı için failleri güçlendirerek aynı kişilere yönelik daha ağır suçlar işlenmesine sebep olabilmektedir. Bu halde yargısal korumanın, mağdurların ölümünden sonra sağlanmasının çaresizliği üzerinde düşünülmesi gerekir.

Son olarak, Anayasa Mahkemesinin yaptığı bu sınırlayıcı yorum, dolaylı olarak haklar arasında Anayasa'da mevcut olmayan bir derecelendirmeyi de beraberinde getirmektedir. Bu içtihat dolayısıyla sanki devlet ancak yaşam hakkı ya da işkence yasağının ihlal edilmesi hallerinde etkili soruşturma yapmakla yükümlüymüş, diğer hakların ihlali halinde tazminat gibi diğer hukuki başvuru yollarının varlığı yeterliymiş gibi bir sonuç da ortaya çıkmaktadır. Bu durumda Türk Ceza Kanunu'ndaki pek çok düzenlemenin dolaylı ve nihai olarak Anayasa'nın koruma alanı dışına çıkarıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

b) Anayasa Madde 19/II ve VII ile AİHS Madde 5/I Arasındaki İlişki: Temyizde Geçen Tutukluluk Süresi ve Azami Sürenin Hesaplanmasındaki İşlevi

Bireysel başvuru yolunun ihdas edilmesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi odaklı amacın ortaya çıkardığı bir başka sınırlama ise, Türk hukuk mevzuatıyla AİHM içtihadının ilişkisinde, daha hak daraltıcı olan AİHM içtihadının benimsenmesi sonucunda ortaya çıkmaktadır.

---

14 Travesti ve transseksüellere yönelik saldırı ve cinayetler ile mobbing mağdurlarının en son noktada intihara sürüklendiği haller, bu duruma başlıca örnekler olarak verilebilir. AY madde 36/AİHs madde 6 kesişmesine ilişkin kabul edilemezlik kararı verilen örnekler için bkz. 2012/1049; 2013/2284; 2013/5680; 2013/6229; 2013/8175; 2013/5956.
Haberler için bkz. "Türkiye Trans Cinayetlerinde Avrupa'da Birinci" (http://onedio.com/haber/turkiye-trans-cinayetlerinde-avrupa-da-birinci-469606) (25.07.2015.

15 Bkz. 2013/6585; 2012/827; 2013/6319; 2013/293; 2012/848 (Dink); 2013/2515.

AİHS'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında ve aynı fıkranın a) bendinde, "*Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda* ***belirtilen haller dışında*** *ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:*

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması" düzenlemesi yer almaktadır.

Bu maddenin konusu, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği *hukuka uygun koşulların* tüketici şekilde sayılmasıdır. Yani düzenlenen, kişinin hangi hallerde özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği olup özgürlükten yoksun bırakma işleminin istisnailiğinin kanıtıdır.

Anayasa'nın 19. maddesinin 2. fıkrasında da "*Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması.. dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz*" denmek suretiyle, özgürlüğün esas olduğu bir hukuk düzeninde özgürlükten yoksun bırakılmanın istisnai koşulları düzenlenmektedir.

Ne AİHS'nin 5. maddesinde, ne de Anayasa'nın 19. maddesinde "*bir suç isnadına dayanan*" ve (kesinleşmemiş olsa bile) "*bir mahkûmiyete dayanan*" tutukluluk ayrımı yapılmamış olmasına rağmen, temyizde geçen tutukluluk süresini, yani kararın kesinleşmesinden önceki süreyi, azami tutukluluk süresinin hesaplanmasında dikkate almama yönündeki AİHM içtihadı[16], aynen Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir.

Oysa Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 2. maddesine göre "*sanık, kovuşturmanın başlamasından itibaren* ***hükmün kesinleşmesine kadar****, suç şüphesi altında bulunan kişi*" olarak tanımlanmakta; tutuklu yargılanan sanık bakımından ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararı öncesi ya da sonrasındaki durumunun farklı yorumlanmasına ve hükmün kesinleşmesine kadar geçecek süreçte temyizde geçen sürenin tutukluluk süresinde dikkate alınmamasına dayanak oluşturacak bir normatif düzenleme bulunmamaktadır.

AİHS, hukuk devleti ilkesini en kapsamlı biçimde hayata geçirmeyi hedefleyen taraf devletlerin hukuk sistemlerinin yanında "*ikincil nitelikte*" bir koruma mekanizmasıdır. Her ne kadar uluslararası bir sözleşme olarak

16 Solmaz v. Turkey (No. 27561/02) (16.04.2007); Şahap Doğan v. Turkey (No. 29361/07) (27.05.2010).

evrimsel bir süreç içinde geliştirilse de, taraf devletlerin hukuk sistemlerini ikame edecek kapasiteye sahip değildir ve Sözleşme'nin 53. maddesi de bunun önündeki en büyük normtaif engeldir. 53. madde uyarınca taraf devletler, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında kendi iç hukuklarındaki daha ileri mekanizmaları korumak ve uygulamakla yükümlüdürler. Yani AİHS, hukuki koruma konusunda taraf devletlere bir üst sınır koymamaktadır[17]. Bu bağlamda, cezaların infazına ancak kesinleşmiş hüküm sonrasında başlanan[18] bir ceza muhakemesi sisteminde CMK'nin ve 5275 sayılı İnfaz Kanununun daha özgürlükçü düzenlemelerini esas alan bir Anayasa Mahkemesi içtihadı, hem bireysel başvurunun işlevi, hem de AİHS 53. madde gereğince zorunludur.

Yargılama süreleri Avrupa ortalamasının çok üstünde olan Türkiye gibi bir ülkede, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararından sonra temyizde geçen sürenin özgürlükten yoksun bırakmanın üst sınırının hesap edilmesinde dikkate alınmaması, Anayasa'nın ve AİHS'nin öngörmediği bir istisna düzenlemesi anlamını taşımaktadır. Özgürlük esas ise, temyizde geçirilen tutukluluk halinin adı nedir? Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin AİHM'nin özgürlük hakkını daha fazla sınırlayan içtihadını takip etmemesi, Türk hukuk mevzuatının özgürlüğü daha az sınırlayan düzenlemelerinin uygulanmasına olanak tanıması, hem Anayasa'nın, hem de AİHS'nin zorunlu bir gereğidir.

c) AY Madde 67 ile Ek Protokol No. 1 Madde 3 Arasındaki İlişki

Anayasa'nın "*Siyasal Haklar ve Ödevler*" başlıklı ikinci kısmının dördüncü bölümünde yer alan 67/II maddesinin birinci cümlesine göre, "***Seçimler** ve halkoylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır*". Yerel seçimlerin düzenlendiği AY 127/III maddesinde ise, seçimlerin genel esasları konusunda AY madde 67'ye atıf yapılarak, ister ulusal, ister yerel düzeyde olsun, siyasal temsile olanak tanıyan tüm seçimlerin ilkeleri ortak olarak düzenlenmiş, herhangi bir ayrım yapılmamıştır. Seçimlerin genel yönetim ve denetimiyle görevlendirilen Yüksek Seçim Kurulu'nun (YSK) görev ve yetkilerini düzenleyen 79. madde de, genel ve yerel seçim arasında herhangi bir ayrım yapmayarak, Anayasa'nın bütünlüğünü korumaktadır.

17 Krş. Nersesyan v. Armenia (No. 15371/07) (19.01.2010), §25.

18 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun madde 4.

Buna karşılık AİHS Ek Protokol No. 1 madde 3'te[19] ise "*serbest seçim hakkı*" kenar başlığı altında, "*Yüksek Sözleşmeci Taraflar,* ***yasama organının*** *seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde makul aralıklarla gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler*" ifadesiyle, sadece üniter/federal ya da federe düzeyde gerçekleştirilecek yasama organı seçimlerine ilişkin güvenceleri içermektedir. Dolayısıyla 1. Protokol'ün lafzı yerel seçimleri kapsamamaktadır. Nitekim AİHM de yerleşik içtihadında sadece yasama organı seçimlerine ilişkin güvenceleri esas almakta, yerel seçimleri ise kendi denetim yetkisi dışında görmektedir[20].

Görüldüğü üzere, Anayasa'nın genel ve yerel seçimler için güvence altına aldığı ve meslek odaları için de ilgili kanunlarında esas alınan ilkeler[21], AİHS'de sadece genel seçimler için esas alınmaktadır. Bu durumda AİHS madde 53 uyarınca demokratik temsil ilkesinin korunması için daha fazla güvence sağlayan Anayasa normunun esas alınması zorunludur. Çünkü AİHS ulusal hukuk düzenlerindeki koruma mekanizmalarını *tamamlayan* ve *güçlendiren* bir koruma mekanizmasıdır ve AİHM'nin içtihadı da bu yöndedir[22]. Seçimlerle ilgili ölçü normun münhasıran AİHS olarak belirlenmesi ve Anayasa'daki daha geniş korumanın göz ardı edilmesi halinde, siyasal temsil, seçme ve seçilme hakkı bakımından büyük önem taşıyan yerel seçimler, anayasal koruma dışına atılmış olacaktır.

Nitekim 31 Mart 2014 yerel seçimlerinden sonra Ankara Büyükşehir Belediye Başkan Adayı Mansur Yavaş'ın, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı seçiminin iptal edilmesi talebinin Yüksek Seçim Kurulu tarafından reddedilmesi nedeniyle yaptığı başvuruda[23] ileri sürdüğü seçme ve seçilme

---

19 **Right to free elections**: "The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the ***choice of the legislature***".

20 Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium (No. 9267/81) (02.03.1987); Matthews v. The United Kingdom (No. 24833/94) (18.02.1999); X v.The United Kingdom (No. 7215/75) (05.11.1981); Malarde v. France (No. 46813/99) (05.09.2000); Molka v. Poland (No. 56550/00) (11.04.2006).

21 Bkz. 2013/3912 (İsmail Taşpınar); 2014/1944 (Mehmet Yiğiner).

22 Krş. United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey (19392/92) (30.01.1998), §28: "The Preamble to the Convention refers to the "common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law" (see paragraph 45 below), of which national constitutions are in fact often the first embodiment. Through its system of collective enforcement of the rights it establishes (see the Loizidou v. Turkey judgment of 23 March 1995 (*preliminary objections*), Series A no. 310, p. 26, § 70),***the Convention reinforces, in accordance with the principle of subsidiarity, the protection afforded at national level,but never limits it***(Article 60 of the Convention)".

23 2014/5425 (Mansur Yavaş).

hakkının ihlali iddiaları, Anayasa Mahkemesi tarafından "*konu bakımından yetkisizlik*" nedeniyle reddedilmiştir. Oysa başvuruda ileri sürülen hak iddialarının ciddiliğine bakıldığında (çok sayıda seçim sandığında geçersiz kabul edilen oy pusulalarının geçersizlik nedenlerinin yazılmamış olması; Ankara'da muhtar pusulalarının diğer pusulalarla aynı zarf içerisine konmasının kanunen geçersiz sayılması hususunun yaklaşık 125.000 oyun geçersiz sayılmasına neden olmasına karşın, ülke genelinde aynı durumda olan oyların sandık kurullarının inisiyatifiyle geçerli sayılması ve tutarsız uygulamalara olanak sağlanmış olması; YSK'nın aynı konuda yapılan itirazlarda çelişkili kararlar vermesi vb.)[24] AY madde 67'deki güvenceler ışığında korunan yerel seçimlerde seçme ve seçilme hakkının, bir siyasal hak olarak korunmaması sonucunu doğurduğu görülmektedir. Anayasa madde 40/I'de ise Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkese hukuki koruma sağlamakta, hak ve hürriyetler arasında bir kademelendirme yapmamaktadır.

Sonuç olarak, bireysel başvuru hakkı Anayasa ile AİHS'nin ortak koruma alanını esas almakla birlikte, **Anayasa Mahkemesi'nin esas ölçü normu AİHS değil, Anayasa'dır**. Eğer aksi kabul edilseydi, anayasakoyucu bireysel başvuru hakkını sadece AİHS'de güvence altına alınan haklara özgüleme yolunu seçerdi. Bu nedenle kesişme alanının, "*norm alanı*" olarak anlaşılması ve hangi norm (ya da kesişim alanındaki hangi tekil düzenlemeler) daha fazla güvence sağlıyorsa, o düzenlemenin ihlal iddiasında ölçü norm olarak kullanılması, bu yeni hukuki çarenin özgürlükçü yorumuna daha uygun düşecektir.

2. Yasama İşlemlerine Karşı Doğrudan Başvuru Yapılamayacağı Hakkındaki Yasal Düzenleme ve Sorunlar

6216 sayılı AYM Kanununun 45. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme[25], bireysel başvuru hakkının kabul edildiği hemen hemen bütün ülkelerdeki düzenlemeye paralel bir düzenleme olup bu olağanüstü kanun yolunun işleviyle uyumludur. Ancak yasama işlemlerine karşı doğrudan

24 2014/5425, §15.

25 Madde 45: "*Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz*".

başvuru yasağının neden konulmuş olduğunun iyi tartışılması ve başvuru yolunun işleviyle orantılı bir içeriğe kavuşturulması zorunludur. Bireysel başvuru hakkının doğası gereği, kamu gücü tarafından ihlal edildiği ileri sürülen hakların korunması, öncelikle derece mahkemelerinin görevidir. Yani ilke olarak, bireysel başvuru yolunda hak ihlali iddiasının konusu, mahkeme kararlarıdır. Ancak yasakoyucunun aslında bir idari işlem konusu olması gereken konuları doğrudan yasayla düzenlediği ya da yasanın uygulandığı anda hak ihlalinin gerçekleşeceği ve gerçekleşen zararı gidermede etkili bir hukuki korumanın mevcut olmadığı hallerde, yasaya karşı doğrudan başvuru yolunun kabulü zorunludur.

Nitekim Federal Alman Anayasa Mahkemesi de 11 Ocak 2005 tarihli Hava Güvenliği Kanunu'nda öngörülen ve Milli Savunma Bakanı'na kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde sivil bir uçağın düşürülmesini emretme yetkisini veren yasal düzenlemeyi, yasa yürürlüğe girer girmez Anayasa Mahkemesine anayasa şikâyeti yoluyla başvuran üç kişinin talebi üzerine incelemiş ve yasanın ilgili düzenlemesini iptal etmiştir[26]. Bireysel başvuru aracılığıyla norm denetimi yapma yetkisi başka bir tartışma konusu olmakla birlikte, burada önemli olan husus, hukuk sistemindeki mevcut bir hukuki çarenin işlevine uygun şekilde yorumlanması, muhtemel ve başka araçlarla giderilemez olan doğrudan zararların önlenmesinin sağlanmasıdır.

Anayasa Mahkemesinin 6 Ocak 2015 tarihinde verdiği %10 genel seçim barajıyla ilgili karar[27] tam da bu türden bir tartışmanın yapılmasını gerektiren bir başvurudur. Ancak Mahkeme, TBMM'de temsil edilmeyen üç siyasi partinin başvurusunu reddetmiş ve çok-katmanlı anayasal meseleleri şimdilik tartışmama yolunu tercih etmiştir. Başvuruculardan Demokratik Sol Parti'nin YSK'ye bir başvuruda bulunarak, ulusal ülke barajı uygulamasına son verilmesini talep etmesinin (§ 12) etkili bir hukuki koruma sağlayamayacağı açıktır. "*Yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı bireysel başvuru yapılması gerektiği*" (§25) yönündeki Mahkeme görüşü ise somut durumda, genel seçimlerin sonucuna yine YSK nezdinde bir başvuru yapılması gerektiği anlamına gelir ki, bunun da Anayasada güvence altına

26 BVerfGE, 1 BvR 357/05 (15.02.2006). Kararın etraflı bir değerlendirmesi için bkz. Fazıl Sağlam, "Hukuk Devleti ve Terör", *Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan*. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 63, Sayı: 3, 2007, s. 291-317.

27 2014/8842 (Genel Kurul) (Büyük Birlik Partisi ve Diğerleri).

alınmış bir hakkın etkili şekilde korunmasını sağlayamadığı benzer bir kısırdöngüye işaret ettiği açıktır.

Mahkemenin bir üyesinin farklı gerekçesinde ve iki üyesinin karşı oylarında vurgulandığı gibi, kişilerin kendileri hakkında yakın gelecekte uygulanması kuvvetle muhtemel olan kanun veya düzenleyici işlemlere karşı da bireysel başvuruda bulunabileceklerinin kabulü, etkili bir hukuki koruma sağlamak için zorunludur. Çünkü seçimler %10 barajıyla gerçekleştirildiği anda, başvurucular potansiyel mağdur olmaktan çıkıp doğrudan mağdur haline gelecektir ve Anayasa Mahkemesine doğrudan başvuru dışında hukuk sisteminde siyasal katılım haklarını koruyacak başka bir hukuki koruma mekanizması mevcut değildir.

3. Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Dolayısıyla Somut Norm Denetimi Yapma Yetkisi Olup Olmadığı Sorunu

Yukarıda ele alınan %10 genel seçim barajıyla ilgili başvuru kapsamında ortaya çıkan bir başka önemli soru ise şudur: "*Anayasa Mahkemesi bu kararda kabul edilebilirlik kararı verseydi ve bireysel başvuruya konu edilen kamu gücü ihlalinin anayasaya aykırı bir kanundan kaynaklandığı sonucuna varsaydı, davaya bakan mahkeme sıfatıyla somut norm denetimi için anayasaya aykırılığı bekletici sorun yapabilir miydi*"?

Anayasa'nın 152/son maddesi nedeniyle, anayasaya aykırı olan Medeni Kanunun 187. maddesinin uygulanmasından kaynaklanan iki bireysel başvuruda Mahkeme, evli kadınların soyadı sorununda AİHM'nin verdiği pek çok ihlal kararını da dikkate alarak, başka bir gerekçeyle ihlal kararı vermek zorunda kalmıştır[28]. Ancak AY madde 152'deki 10 yıl yasağı söz konusu olmasaydı Mahkemenin, bu iki başvuru çerçevesinde kaçınılmaz biçimde somut norm denetimi için anayasaya aykırılığı bekletici sorun yapma yetkisi olup olmadığını tartışması gerekecekti. %10 barajıyla ilgili olarak yapılan başvurunun da mantıksal sonucu, kişi yönünden yetkisizlik kararı değil, bu sorunun tartışıldığı bir karar olmalıydı. Çünkü seçim hukukuyla ilgili mevzuat, Yüksek Seçim Kurulunun kararları ve Anayasa Mahkemesinin somut norm denetimi kapsamında vermiş olduğu kararlarda YSK'yi "*davaya*

28 2013/2187 (Sevim Akat Eşki), 2013/4439 (Gülsim Genç).

bakan mahkeme" olarak görmediği dikkate alındığında[29], seçim hukukuna ilişkin normların anayasaya uygunluk denetiminin yapılmasının tek yolu olarak, bireysel başvuru yolu kalmaktadır.

Bu başvurulardan bağımsız olarak, Mahkemenin kendi içtihatlarını[30] ve bireysel başvurunun işlevini dikkate alarak, bireysel başvuru incelemesi sırasında davaya bakan mahkeme olduğunu kabul etmesi ve gerekli gördüğü takdirde ihlalin dayanağını oluşturan normun anayasaya uygunluk denetimini yapması, hukuk sisteminin mantıksal bütünlüğü çerçevesinde zorunlu görünmektedir.

4. Seçim Yargısı ve Bireysel Başvuru

Seçim yargısıyla ilgili bir başka sorun ise, AYM Kanununun 45/III maddesinde yer alan "*Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin*" bireysel başvuru konusu yapılamayacağı hükmünün Yüksek Seçim Kurulu kararlarını kapsayıp kapsamadığıdır. Anayasa'nın pek çok hükmünde bazı işlemler hakkında "*hiçbir yargı merciine başvurulamayacağı*" (AY 59/III), "*başka bir mercie başvurulamayacağı*" (AY 79/II), bazı işlemlerin "*yargı denetimi dışında*" olduğu (AY 125/II) ya da sayılan yüksek yargı organlarının "*son inceleme mercii*" olduğu hususu (AY 154/I; 155/I; 156/I; 157/I) düzenlenmektedir.

Bu nedenle her bir düzenlemenin bireysel başvuru yolunun işlevi çerçevesinde tartışılması ve bireysel başvuruya konu edilip edilemeyeceğine Anayasa Mahkemesi tarafından karar verilmesi gerekmektedir. Bu yapılırken de Anayasa'nın bütünselliği, tarihsel oluşum ve gelişim süreci ile normların düzenleme alanının birbiriyle ilişkisi ve etkileşimi birlikte ele

29 Bu konuda dikkatle takip edilmesi gereken umut verici bir gelişme, somut olay için "açıkça dayanaktan yoksunluk" nedeniyle kabul edilemezlik kararıyla sonuçlanan, ama Mahkeme'nin, gerekçesinde İlçe Seçim Kurullarını yargı yeri (*tribunal*) olarak kabul eden kararıdır. Bkz. 2013/3912 (İsmail Taşpınar):
"*3568 sayılı Kanun'un 40. maddesinde İlçe Seçim Kurulu Başkanının kararlarının kesin hüküm niteliğinde olduğunun açıkça belirtilmesi ve bu karara karşı herhangi bir hukuksal yola başvurma yolunun öngörülmemiş olması, İlçe Seçim Kurulu Başkanının kararlarının yargısal anlamda kesin hüküm niteliğinde olduğunu göstermektedir*" (§38).
Mahkeme'nin somut norm denetimi kapsamında vermiş olduğu E.1992/12, K.1992/2 (18.02.1992) sayılı kararındaki görüşünü değiştirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu durumda, seçimle ilgili gözetim ve denetim yetkisini kullanırken başta Yüksek Seçim Kurulu olmak üzere bütün İl ve İlçe Seçim Kurulları uyguladıkları normların anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla somut norm denetimi yoluna gidebileceklerdir.

30 AYM E. 2012/102, K. 2012/207; 2013/3912.

alınmalıdır. Özellikle seçim hukukunun ve aktif statü haklarının anayasal korumanın dışında bırakılmaması için YSK kararlarının bireysel başvuru konusu yapılabilmesi gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır. Anayasa Mahkemesinin İlçe Seçim Kurullarının da AİHS kapsamında "mahkeme" olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki kararı[31], bu doğrultuda umut vericidir.

5. Norm Somutlaştırmasının Etkinleştirilmesi Meselesi

Anayasa Mahkemesi bugüne dek özellikle AY 19 ve AY 36 bağlamında tutuklama tedbirinin uygulanması ve devamına ilişkin kararlar ile adil yargılanma hakkı kapsamında kanunların uygulanmasında norm somutlaştırmasını başarıyla uygulamıştır[32]. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruyan bir mahkeme olarak bunun her davada aynı özenle uygulanması, Mahkeme'nin "*bireylerin mahkemesi*" olmasının olmazsa olmaz koşuludur.

Bir ülkenin hukuk devleti standartlarının incelenmesinde özel bir önem taşıyan tutuklu ve hükümlü hakları, bu bağlamda özen yükümlülüğünün başat noktalarından birisini oluşturmaktadır. Basında da geniş şekilde yer alan "*cezaevinde on kitap sınırlaması*"nın AY madde 26'yı ihlal etmediğine ilişkin karar[33], temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki kanunilik, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük ilkesi açısından, Mahkemenin genel içtihadından bir sapma olarak değerlendirilmelidir. Bu kararda sıralanan genel ilkelerle somut sınırlama arasındaki nedensellik ilişkisinin yeterince kurulduğundan söz etmek mümkün değildir. *"(…) yüksek güvenlikli cezaevinde hükümlü olarak bulunan başvurucunun odasında bulundurduğu kitap sayısının on ile sınırlandırılması ile elde edilmek istenen oda ve koğuş düzeninin sağlanması amacına ulaşmak için yapılan sınırlama işleminin ölçülü olmadığı söylenemez"* (§ 56) ifadesinin, yukarıda belirtilen ilkeler ışığında, koğuşta on kitaptan fazla kitap bulundurmanın neden oda ve koğuş düzenini bozacağının gerekçesinin açıklanması, yani

31 2013/3912 (İsmail Taşpınar).

32 Sadece bkz. 2013/2814 (Hanefi Avcı) (AY 19); 2013/2738 (Mesude Yaşar), 2013/2744 (Cahit Tekin) (AY 36).

33 2013/1821 (Özkan Kart). Norm somutlaştırması kavramıyla ilgili kapsamlı bir konferans kitabı için bkz. Ozan Ergül (haz.), *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Ankara: TBB Yayını, 2013 (Kamu Hukukçuları Platformu'nun 29-30 Eylül 2012 tarihli yıllık toplantısı).

müdahaledeki ölçülülüğün incelenmesinde, kamu düzeni perspektifinden değil, hakkın kullanılmasının en üst düzeyde sağlanmasının esas alınması bir zorunluluktur.

6. Kamu Tüzelkişilerinin Bireysel Başvuruda Bulunma Hakkı

6216 sayılı Kanunun 46/II maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi bugüne dek kamu tüzelkişilerinin hiçbir koşulda bireysel başvuruda bulunma hakkına sahip olmadığına karar vermiştir[34]. Ancak bu kararlardan birine karşı oy yazan sayın üye Erdal Tercan'ın da belirttiği gibi[35], "*madde 46/II'deki hükmün uygulama alanını, sadece lâfzına bağlı olarak belirlemek doğru değildir; bireysel başvurunun niteliğini ve amacını da dikkate alarak amaçsal yoruma da tabi tutmak ve ona göre uygulama alanını belirlemek daha uygun olacaktır. (…) [kanun hükmünü] kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanmadıkları hallere de teşmil etmek, kamu tüzel kişilerinin de yararlanabilecekleri temel hak ve özgürleri kapsam dışı bırakacak şekilde yorumlayıp, uygulamak ve kamu tüzel kişilerinin kategorik olarak hiçbir şekilde bireysel başvuruda bulunamayacaklarını kabul etmek, bireysel başvurunun niteliğine aykırı olduğu gibi, amacına da uygun düşmez. O nedenle, kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanmadıkları hallerde, yararlanabilecekleri temel hak ve özgürlüklere ilişkin konularda, sınırlı da olsa bireysel başvuruda bulunabilmelerini kabul etmek gereklidir*".

Bireysel başvuru hakkı, bireylerin kamu gücü ihlallerine karşı korunmalarını sağlama asli amacını gütmekle birlikte, bir diğer işlevi de Anayasa'da güvence altına alınan hakların (özellikle yargılamaya ve usule ilişkin hakların) hukuk sisteminde tutarlı ve istikrarlı şekilde uygulanmasını sağlamaktır. Bu nedenle de kamu tüzelkişileri, kamu gücü kullanmadıkları ve sadece bir davanın tarafı oldukları durumlarda, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunmaları halinde, bireylerin yargı organları karşısındaki konumlarından farklı ya da ayrıcalıklı bir konumda olmadıklarından, bu haklarla sınırlı olmak üzere, bireysel başvuruda bulunabileceklerinin kabulü gerekir. Bunun yanında Anayasa'nın 148/III maddesindeki "*herkes*" kavramı, ihlal edildiği iddia edilen hakkın doğasına göre başvuru hakkının yorumlanmasını gerektiren bir kavramdır ve bireysel

34 2013/1430 (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi); 2012/22 (Büğdüz Köyü Muhtarlığı); 2012/1327 (Ballıdere Belediye Başkanlığı); 2012/743 (Doğubayazıt Sanayi ve Ticaret Odası).

35 2013/1430 (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi).

başvurunun objektif işlevi ışığında değerlendirilmelidir.

7. Anayasa Mahkemesine Kurumsal Destek Sağlanması Zorunluluğu

Öncelikle evli kadınların soyadıyla ilgili iki kararda[36] görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında temel hak ve özgürlükleri koruması, hukuk sisteminin değişik düzeylerdeki aktörlerinin katılımı olmaksızın mümkün değildir. Ancak yasama organı ihlal kararlarının gereği olan yasal değişiklikleri yaparak; idare ihlal kararlarındaki gerekçeler doğrultusunda kamu hizmeti anlayışını gözden geçirerek, bireysel başvurunun asli amacı olan temel hak ve özgürlük alanını genişletme, koruma amaç ve işlevini yerine getirebilir. Bu nedenle hem Mahkemenin tespit ettiği yapısal yargısal sorunların giderilmesinde (örneğin, yargılamada makul sürenin daimi olarak aşılmasından dolayı verilen kararlar ya da hareketsizliği hakkında ihlal kararı verilen bir mahkemenin ihtiyaçlarının/sorunlarının incelenmesi), hem de gerekli olan yasal düzenlemelerin yapılmasında kurumlar arası işbirliği kaçınılmaz bir zorunluluktur. Hukuk sistemindeki aksaklıkların giderilmesinin bütün yükü, sadece Anayasa Mahkemesine yüklenemez.

Bunun yanında AİHM'nin pilot kararları için bir çözüm olarak düşünülen 6384 sayılı "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun*" benzeri bir kanunun Anayasa Mahkemesinin işaret ettiği yapısal sorunların, yargı dışındaki kurullar yardımıyla çözülmesi, böylelikle Mahkemenin iş yükünün azaltılması için bir yasal düzenleme yapılması fikri üzerinde de acilen düşünülmelidir.

8. Bireysel Başvurunun Hukuk Sistemine Bütünsel Etkisi (*Erga Omnes* Etki)

Son olarak, özellikle tutuklu milletvekillerine ilişkin kararlar[37] sonrasında berraklaşan ve bireysel başvuru hakkının kapsamı konusunda yargı organları arasındaki kavrayış farkının ifadesi olarak anlaşılabilecek bir sorun, kararların *erga omnes* etkisi olup olmadığı sorusu üzerinde durulmalıdır. Bireysel başvuru hakkının doğası, işlevi ve Anayasa Mahkemesi kararlarının etkisi konusunda en kısa sürede yargı organları arasında bir görüş birliği

36 2013/2187 (Sevim Akat Eşki), 2013/4439 (Gülsim Genç).

37 2012/849 (Mehmet Haberal); 2012/1272 (Mustafa Ali Balbay); 2013/9894 (Gülser Yıldırım); 2013/9895 (İbrahim Ayhan); 2014/9 (Faysal Sarıyıldız); 2014/85 (Kemal Aktaş ve Sema Irmak).

sağlanmalıdır. Aksi takdirde Mahkemenin kararlarının yargı sistemi içindeki etkisi son derece sınırlı kalmaya mahkûmdur. Bu ise son kertede bireysel başvuru hakkının AİHM tarafından etkili bir başvuru yolu olup olmadığının sorgulanması sonucunu doğuracaktır. Oysa Anayasa Mahkemesinin bugüne kadar görülen takdire şayan performansı, bu yeni hukuki çarenin pekiştirilmesi yönünde herkesi işbirliğine davet etmektedir.

Anayasa Mahkemesinin Sayın Başkanına ve Sayın üyelerine, biz akademisyenlere bu açık diyalog ortamını sağladıkları için tekrar teşekkür ediyor; hukuk devletinin geliştirilmesi yönündeki ortak çabamızın bireysel başvuru hakkı aracılığıyla ivme kazanmasını ümit ediyorum. Sabrınız için çok teşekkür ederim.

Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Biçim Yönünden Değerlendirilmesi

Prof. Dr. Osman Doğru
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Giriş

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının işlevi, bir yandan başvurucuların adalet talebine yanıt vermek, öte yandan anayasal hakların kapsamını belirlemektir. Kararların bu işlevlerini gereği gibi yerine getirebilmeleri, hem içerik ve hem de biçimsel yönden kaliteli olmalarına bağlıdır.

Bireysel başvuru kararlarının içerik yönünden kalitesi, başka kriterlerin yanında, bir kararın anayasal hak ve özgürlüklerin korunmasını güçlendirip güçlendirmediği, en azından İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi standartlarını iç hukukta koruyup korumadığı kriterleri ile ölçülebilir. Kararların biçimsel yönden kalitesi ise, başka kriterlerin yanında, her bir kararın erişilebilir, anlaşılabilir ve hatırlanabilir olup olmadığı kriterleri ile ölçülebilir. Kararların bu kriterleri taşıyıp taşımadığı, kararların kimliğini gösteren künyesi ile sistematiğini ve yapısını gösteren metni incelenerek ortaya çıkarılabilir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarını biçimsel yönden değerlendirmeye çalışan bu yazıda, kararların hatırlanabilir olması için tüm kararlara isim verilmesinin, kararların erişilebilir olması için tüm kararların gerekçeleriyle birlikte açıklanmasının, kararların anlaşılabilir olması için tüm kararlarda sorunsallaştırmanın özenle yapılmasınınönemine işaret edilmektedir.

Karar hafızasının taşıyıcısı: Karar ismi

Hukuk uygulayıcıları ve akademisyenleri, okudukları bir kararı en kısa yoldan diğer kararlardan ayrıştırmak ve önemli gördüklerini akılda tutmak isterler. Çünkü bu karar okuyucularının belirli bir sorunla ilgili yürürlükteki

içtihat hukukunun ne olduğu sorusuna en kısa sürede yanıt verebilmeleri, içtihat hukukunda istikrarın sürüp sürmediğini izlemeleri, kararlar üzerinde sözlü tartışma yürütebilmeleri gerekir. Kararların içerikleri, yani kararlardaki hak ve özgürlüklere ilişkin ilkeler ile ilkelerin olaya nasıl uygulandığı hatırlanarak yapılan tartışmalar, bir yandan içtihat hukukunun gelişimini sağlar, diğer yandan içtihatların bilinirliğini artırır. Bütün bunlar ancak karar hafızasıyla yapılabilir.

Bir kararı diğer tüm kararlardan en kısa ve en hızlı şekilde ayrıştırmak, ancak onu tek yapan, diğerlerinde bulunmayan bir simgeyle ifade etmek suretiyle mümkün olabilir. Bu simgeler karar okuyucuları tarafından da oluşturabilir. Ancak karar okuyucuları tarafından oluşturulan simgeler, ortak simgeler olmaz. Herkes tarafından bilinebilir, kullanılabilir ve atıf yapılabilir ortak simgeler, ancak kararı veren organlar tarafından oluşturulabilir. Yargı organları bu simgelere kararın künyesinde yer verebilirler.

Yargı organlarının davalara/kararlara verdikleri Esas/Başvuru sayıları ve Karar sayıları, bir kararın diğer kararlardan ayrıştırılmasını ve daha sonra erişilebilirliğini sağlayan simgelerden biridir. Her davaya/karara kolaylıkla bir sayı verilebilir ve böylece diğerlerinden ayrıştırılabilir. Ne var ki sayılar, akılda tutulabilen ve hatırlanabilen simgeler değildir. Özellikle sözlü içtihat tartışması sırasında belirli bir karardan söz ederken sayılar hatırlanamayacağı için Esas/Başvuru veya Karar sayılarına sözlü atıf yapılamaz. Dolayısıyla somut olarak hangi karardan söz edildiği genellikle anlaşılmaz. Tartışmanın konusu kararların içeriğinden, kararları veren mahkemenin eğilimine, mahkemenin eğiliminden mahkemenin/hakimin tarafsızlığına yönelir. Tartışma, referanssız ve dayanaksız, soyut bir tartışmaya dönüşür.

Kararlarda sözü edilen ilkelerin ve ilkelerin olaylara uygulanmasının gerektiği gibi tartışılamaması, yürürlükteki içtihat hukukunun ne olduğunu tespit etmeyi ve eleştirmeyi güçleştirir; yüksek yargıyı da ilkelerin söyleyicisi "*içtihat mahkemesi*" olmaktan çıkarıp, benzer olaylarda aynı sonuca varan "*emsal karar mahkemesi*" olmaya götürür. Kuşkusuz şu ya da bu tür bir mahkeme olmak, yargı organlarının ama daha genel olarak hukuk sisteminin tercihidir. Bu konudaki tercihin sebepleri, bu yazının konusu olmayan farklı unsurları düşünmeyi gerektirir.

Bir kararı diğerlerinden ayrıştırmayı ve daha sonra bu karara erişilebilirliği sağlayan bir başka simge daha oluşturabilir. Bu da, karar ismidir.

Tartışmayı kolaylaştırmak için davalara/kararlara bazen basın yayın organları tarafından isim verilmektedir. Ne var ki, sadece hükmü kuran mahkeme tarafından verilen resmi karar ismi, tüm karar okuyucuları tarafından atıf yapılabilir nitelikte bir karar ismi olabilir.

İsimler kolaylıkla, en azından sayılara göre çok daha kolayca hatırlanabilir simgelerdir. Sözlü içtihat tartışmalarında karar isimlerine referansta bulunmak mümkündür. Bir kararın ismi telaffuz edildiğinde, o kararın içeriğini (ilkeleri ve ilkelerin olaya nasıl uygulandığını) hatırlamak çok daha kolaydır. Çünkü kararın içeriği, kararın hatırlanabilir nitelikteki ismiyle simgeleştirilmiştir.

Karar ismi, davanın konusundan oluşturulabileceği gibi, tarafların isimlerinden de oluşturulabilir. Davanın konusundan oluşturulan karar isimlerinin kararın içeriğini daha çabuk çağrıştırabileceği düşünülebilir. Ancak yargılama konusunu isimlendirmek için kullanılacak kriteri belirleme ve uygulama güçlüğü, aynı konuda çok sayıda karar bulunması halinde mükerrer isimlendirme riski, konudan karar ismi oluşturma tercihini zorlaştırmaktadır. Kaldı ki, kararların konu dizininin ayrıca yapılması gerekir. Bunun yerine, karar isimlerini tarafların (bireysel başvuruda sadece başvurucuların) isimlerinden oluşturmak tercih edilebilir. Başvurucu isimleri özel isimler olduğundan, bu şekilde karar ismi oluşturmak daha kolaydır.[1] Özetle, kararlara tarafların/başvurucuların isimlerinden oluşturulmuş isimler verilmesinde büyük bir kamusal yarar vardır.

Öte yandan, tarafların/başvurucuların isimlerinden oluşturulmuş karar isimlerinin, kendilerinin özel yararlarına (örneğin özel yaşama saygı haklarına, masumiyet karinesine) bir müdahale oluşturup oluşturmadığı sorusu sorulabilir. İsim, bireyin kimliğini saptama ve bir aile ile bağını kurma aracı olduğundan, bireyin özel ve aile yaşamını ilgilendirir (AİHM, Burghartz – İsviçre, no. 16213/90, 22.02.1994, §24). Ancak kararlara isim verilmesi ve

1 Tarafımdan hazırlanan www.anayasalhaklar.blogspot.com.tr adlı blogta, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarını şöyle isimlendirdim: Bir başvurucu varsa başvurucunun adı ve soyadı (örneğin "Türkan Altun"); iki başvurucu varsa birinci ve ikinci başvurucunun adı ve soyadı (örneğin "Necati Gündüz ve Recep Gündüz"); ikiden fazla başvurucu varsa birinci başvurucunun adı ve soyadı ile diğer başvurucuların sayısı (örneğin "Galip Yılmaz ve Diğer 20 Başvurucu"). Aynı isimde bir başvurucu ile ilgili birden fazla karar varsa, bu kararları başvurucunun isminin ardından sayı vermek suretiyle farklılaştırdım (örneğin, Mahmut TANAL, Mahmut TANAL (2)). Aynı isimli başvurucuların gerçekten aynı kişiler olup olmadığı TC kimlik numaralarından tespit edilebilir.

kararların kamuoyunda özel kişilerin isimleriyle anılması, kural olarak kişinin özel yaşamına bir müdahale oluşturmaz. Birincisi, aleni bir yargılama sonunda verilen kararlar tarafların değil, kamunun malıdır; kamusal mal kısmen de olsa kamudan gizlenemez. İkincisi, kararların aleniyeti, kararların mahkemede açıklanması aşamasındaki aleniyetle sınırlı görülemez; kararlar hukuk dünyasında doğdukları andan itibaren, her şeyiyle (künyesiyle, hüküm gerekçesiyle, hüküm fıkralarıyla vs.) alenidir. Üçüncüsü, her kararda tarafların isimleri yazılı olduğundan, kural olarak bu isimler zaten alenidir; kararların isimlerle yayınlanması, aleniyete yeni bir unsur eklemez; sadece aleniyeti genişletir. Dördüncüsü, kararlara tarafların isimlerinin verilmesi, kararların kolaylıkla izlenmesini ve içtihat tartışmalarının yürütülmesini, dolayısıyla hukukun gelişmesini sağlamak içindir, uyuşmazlık vesile edilerek tarafların ahlaki durumlarının tartışılması için değil. Beşincisi, kararlara isim verilmesi halinde tarafların itibarının zarar görme riskini önleyici tedbirler almak[2] mümkün olduğu halde, kararlara hiç isim verilmemesi, çok ağır bir tedbirdir. Özetle, kararların tarafların isimleriyle anılması, kural olarak tarafların özel yaşamlarını ihlal etmez.

Ulusal mevzuatta karar ismi, bir kararda bulunması gereken unsurlardan biri olarak gösterilmemiştir.[3] Bununla birlikte mevzuatta yargı kararlarına isim verilmesini engelleyen bir hüküm de yoktur. Türk yargı uygulamasında da dava veya kararlara yargı organları tarafından isim verilmemektedir. Basın yayın organları, bazı dava ve kararların kamuoyunda tartışılmasını sağlamak için dava ve kararlara konudan oluşturduğu isimler vermektedir. "*Balyoz davası*", "*Ergenekon davası*", "*Twitter kararı*", "*Youtube kararı*" gibi.

Serkan Kızılyel, idari yargı kararlarını şekil açısından incelediği yazısında, karar numarasının öğrenilmesinin ve emsal olanların hafızalarda yer edinmesinin kolay olmadığını, içtihat niteliğinde bile olsa kararların

2 Bazı hallerde kararla birlikte tarafların, örneğin çocukların veya cinsel suç mağdurlarının isimlerinin yayınlanması kendilerinin itibarını etkileyebilir. Bu tür durumlarda davayı gören mahkeme, adil yargılanma hakkı kuralları çerçevesinde (Sözleşme md. 6; Anayasa md. 36) aleniyeti sınırlandırabilir. Tarafların açık isimleri yerine isimlerin baş harfleri gibi kısaltmalar kullanılmasını öngörebilir.

3 Bk. örneğin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Hükmün kapsamı: md. 297; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği, Karar kaydı: md. 11 (R.G. 03.04.2012-28253); 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Hükmün gerekçesi ve hüküm fıkrasının içereceği hususlar: md. 232; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kararlarda bulunacak hususlar, md. 24

isimle çağrılması mümkün olmadığı sürece ortak iletişime konu olmasının zor olduğunu, bu sorun nedeniyle idari yargı mensupları arasında bile Danıştayın kararlarından ziyade Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının adlarının daha fazla bilindiğini kaydetmiş, tarafların adını esas alan bir sistemin içtihat hukukunun bilinirliğini olumlu yönde etkileyeceğini söylemiştir[4].

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 6216 sayılı Kanunda (md. 45 ila 51) ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde bireysel başvuru kararlarına isim verilmesi öngörülmüş değildir. Ancak Anayasa Mahkemesi mevzuatında kararlara isim verilmesini engelleyen bir hüküm de yoktur. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarına isim vermemektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında önceki kararlarına atıf yaparken kararların sadece başvuru numarasına ve karar tarihlerine yer vermektedir.[5]

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararlarına isimden erişmek, sözlü içtihat tartışmalarında kararın içeriğinin hemen hatırlanması için ismini telaffuz etmek, şu kararda ilkelerin geliştirildiğini söylemek, bu kararda ilkelerin doğru uygulanmadığı şeklinde eleştirilerde bulunmak mümkün görünmemektedir. Anayasa Mahkemesinin 1 Nisan 2015 tarihine kadar yayımlanmış 756 kararından her bir hak bakımından önemli birkaç kararın adlarını söylemek mümkün olamamaktadır. Anayasa Mahkemesi kararları konusunda hukukçularda bir içtihat hafızası oluşamamaktadır. Bu durum Anayasa Mahkemesini anayasal hak ve özgürlüklerin içtihat mahkemesi olmaktan, benzer olaylarda benzer kararlar veren bir emsal mahkemesi olmaya götürmektedir.

Bu durumun tersine çevrilebilmesi için, Anayasa Mahkemesinin kararlarına başvuruculların isimlerinden oluşturduğu karar isimleri vermesinde ve kendi kararlarına atıf yaparken karar isimlerini kullanmasında büyük kamu yararı vardır.[6]

---

4 S. Kızılyel, "İdari Yargı Kararlarının Şekli Üzerine Eleştirel Bir İnceleme", AÜHFD, 63 (3) 2014, s. 518-519.

5 Hatırlatmak gerekir ki, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde ve İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü'nde kararlara isim verilmesine ilişkin bir hüküm bulunmadığı halde, Mahkeme bütün kararlarına isim vermektedir.

6 Bu tebliğ hazırlanıp Nisan 2015 tarihinde sunulduktan birkaç ay sonra Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarına isim vermeye başladığı görülmektedir.

Karar tartışmasının zemini: Gerekçeli karar

Davanın tarafları/başvurucular, kendileri hakkında bir mahkeme kararının esas itibarıyla sonucuyla ilgilidirler. Taleplerine uygun bir şekilde lehlerine hüküm verilmiş ise ve hele hüküm hemen uygulanabilir nitelikte ise hükmün gerekçesini pek merak etmezler, gerekçe geç de açıklansa olur; fakat hüküm aleyhlerinde ise ve hükme karşı bir başvuru yolu varsa, bu yolu etkili bir şekilde kullanabilmek için gerekçe onlar için önem taşıyabilir. Basın yayın organları da kamuoyunda önemli görülen davaların genellikle sonucuyla ilgilenir. Genellikle yanıtını aradıkları soru, hüküm kime ne getirmiş, kimin durumunu nasıl değiştirmiştir?

Karar okuyucuları[7] ise hüküm fıkralarından öte hükmün gerekçesiyle ilgilenirler. Hükmün gerekçesini okurken, kararın yürürlükteki hukukun yorumunda ve uygulanmasında bir değişiklik yapıp yapmadığını, hangi hak taleplerine olumlu hangilerine olumsuz yanıt verdiğini tespit etmeye çalışırlar. Bu da ancak gerekçeli kararın incelenmesi suretiyle anlaşılabilir. Bu nedenle karar okuyucuları kararın gerekçesinin açıklanmasını beklerler.

Ayrıca davanın tarafları/başvurucular, daha önce kendi davalarına benzer kaç davada karar verilmiş olduğuyla ve bu davalarda verilen kararlarda yürürlükteki hukukun hangi yönde geliştiğiyle değil, daha önceki kararlar arasında kendi iddialarına olumlu yanıt vermiş bir karar bulunup bulunmadığıyla ilgilenirler. Basın yayın organları için de mahkemelerin kaç tane karar vermiş oldukları, genellikle istatistiksel bir haber değeri taşır.

Oysa karar okuyucuları, sayısı ne kadar olursa olsun, ilgilendikleri sorunla ilgili tüm gerekçeli kararları görmek isterler. Gerekçeleri görmek isterler, çünkü yürürlükteki içtihat hukukunun ne olduğunu, konuyla ilgili ilkeleri ve ilkelerin olaya nasıl uygulandığını ancak gerekçelerden anlayabilirler. Tümünü görmek isterler, çünkü ancak böylece yürürlükteki içtihat hukukuna bazı kararlarda istisnalar getirilip getirilmediğini, getirilmiş ise hangi koşullarda ve hangi kriterlerle getirildiğini izleyebilirler. Böylece hukuken öngörülebilirliğin yargı organları tarafından sürdürülüp sürdürülmediğini tespit edebilirler.

7 Karar okuyucusu, kararın üretimine katılmamış ama teorik veya pratik açıdan kararlarla ilgilenen kişiler olarak anlaşılabilir.

Yargıtay ve Danıştay

Ulusal mevzuatta yargı organlarının verdikleri bütün kararların yayınlanmasını sağlayan bir hüküm bulunmamaktadır.[8] Danıştay 08.10.2013 tarihinde verdiği bir kararda, Yargıtay'ca verilen bütün kararların elektronik yayım yöntemleri ile yayımlanmasına ilişkin bir davayı reddetmiştir.[9] Danıştay kararında anlatıldığına göre dava şöyledir:

"*Dava, Yargıtay'ca verilen bütün kararların, hiçbir ayrım ve ayıklama yapılmadan, UYAP ortamında, davalı idarenin [Yargıtay'ın] web sayfasında veya diğer elektronik yayım yöntemleri ile ücretsiz olarak herkesin erişimine açılması, kararların sayısal etiketler yanında, kanun adı, madde numarası gibi kriterler ile de aramalara hazır bulundurulması talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 17.12.2007 tarihli işlemin iptali istemiyle açılmıştır*."

Ankara 1. İdare Mahkemesi 27.11.2008 tarihinde (E:2008/379, K:2008/1993) sayılı kararında, şu gerekçeyle davanın kabulüne karar vermiştir: *"... 2709 sayılı T.C. Anayasası'nın 90. maddesi uyarınca iç hukukun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilmiş kararlara göre, mahkeme kararlarının hiçbir istisna olmaksızın kamu denetimi sağlanacak şekilde yayımlanması gerektiği, herkesçe bilinebilir olan kanunların, yorumlarına ilişkin mahkeme kararlarının da herkesçe bilinebilir olmasının doğal sayılacağı, yargı yetkisinin Türk Milleti Adına kullanılıyor olmasının da bunu zorunlu kıldığı, kararların herkesçe erişilebilir kılınarak, değerlendirilmelerine, karşılaştırılmalarına, eleştirilmelerine imkan yaratmanın, kişilerin bilgilenmesine, yargıda iç denetimin sağlanmasına ve yargıya güven duygusunun artmasına katkısının olacağı, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile icra ve iflas işlerine ilişkin Yargıtay kararlarının tamamının yayımlanması bakımından davalı idareye getirilen yükümlülüğün, diğer*

8 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (md. 363(3)) ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (md. 51(3)), sadece kanun yararına temyiz üzerine verilen bozma kararının Bakanlıkça Resmi Gazetede yayımlanmasını öngörmektedir. 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 49. maddesi ile Yargıtay İç Yönetmeliğinin 60. maddesi, "genel kurullardan ve dairelerden verilen emsal niteliğindeki kararların iki örneği"nin yayımlanmasını gerektirmektedir. Yargıtaydan Verilen İcra ve İflas İşlerine Ait Kararların Yayımlanmasına İlişkin Yönetmelik (md. 4-6), Daire tarafından verilen kararların anonimleştirildikten sonra resmi internet sitesinde yayınlanmasını öngörmektedir. 2575 sayılı Danıştay Kanunu (md. 40(3)) "içtihatların birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkındaki kararlar"ın Resmi Gazetede yayımlanmasını gerektirmektedir.

9 Danıştay 10. Dairesi, E. 2009/3337, K. 2013/7110, K.T. 08.10.2013

kararlar bakımından da uygulanmasına engel bir kuralın bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir."

Danıştay 10. Dairesi 08.10.2013 tarihinde verdiği kararla, yerel mahkeme kararını bozmuştur. Danıştay ilk önce, Yargıtay'ın tüm kararları yayınlama yönünde mevzuattan doğan pozitif yükümlülüğünün bulunup bulunmadığını, yoksa böyle bir yükümlülük yüklenip yüklenemeyeceğini incelemiştir. Danıştay, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesini yorumlayarak, idarenin, kanunlarda yerine getirilmesi görev olarak yüklenmemiş talepleri karşılamaya yargı kararıyla zorlanamayacaklarını kaydetmiş ve "*2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nda veya başkaca bir kanunda, davacının başvurusuna konu talebin karşılanmasını, Yargıtay Başkanlığına görev olarak yükleyen bir kural bulunma*" dığını belirtmiştir. Danıştay bu tespitlerden, "*davalı idarenin, başvuru konusu talebi karşılamaya yargı kararıyla zorlanamayacağı*" sonucuna ulaşmıştır. Böylece Danıştay, yerel mahkemenin aksine, yüksek yargı organlarının verdikleri tüm kararların erişilebilirliğinin sağlanması konusunda devletin pozitif yükümlülüğün bulunmadığını kabul etmiştir. Danıştay, İcra ve İflas Kanunu ile icra ve iflas işlerine ilişkin Yargıtay kararlarının tamamının yayımlanması bakımından davalı idareye getirilen pozitif yükümlülüğün niçin diğer daire kararları bakımından uygulanamayacağını, içtihat hukukuna erişim hakkının icra ve iflas kararlarıyla sınırlanmasındaki haklılığı açıklamamıştır.

Danıştay ikinci olarak, tüm kararların ayrım ve ayıklamaya (anonimleştirmeye) tabi tutulmadan yayınlanmamasında meşru bir amaç olabileceğini ima etmiştir. Danıştay'a göre "*Yargıtay'ca verilen bütün kararların, hiçbir ayrım ve ayıklama yapılmadan, herkesin erişimine açılması*"nın, "*taraflara ait kişisel bilgilerin ifşasına*" neden olacağını, bunun da *Anayasası'nın 20. maddesindeki özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulmayacağı kuralına aykırılık oluşturabilece*"ğini belirtmiştir. Ne var ki Danıştay, aleni bir yargılama sonucu verilmiş aleni bir kararda "*kişisel bilgiler*"in TC kimlik numarası ve adres dışında, neler olabileceğini söylemediği gibi, uyuşmazlık konusu olmuş bilgilerin ifşa edilmemesindeki özel yarar ile kararların yayınlanmasındaki kamu yararı arasındaki dengenin nasıl kurulabileceğini de tartışmamıştır. Bunun yerine Danıştay, kararların anonimleştirilmeden yayınlanmasının, tarafların özel ve aile yaşamlarının gizliliğine aykırılık oluşturabileceği varsayımından hareket etmiştir. Ayrıca, çok istisnai hallerde, bir kararın anonimleştirilerek

yayımlanmasına gerekçeli olarak karar verildikten sonra yayımlanması da mümkündür. Bunun yerine tüm kararların yayımlanması talebinin kategorik olarak reddedilmesi, kararların herkesçe erişilebilir kılınarak değerlendirilmelerine, karşılaştırılmalarına, eleştirilmelerine imkan yaratılmasındaki kamu yararıyla dengelenmiş görünmemektedir.

Danıştay üçüncü olarak, "*çok sayıda kararın ayrım ve ayıklama yapılarak erişime açılması[nın] ise, yüksek düzeyde mali ve personel altyapısını gerektireceği için, idarenin takdir yetkisi kapsamında alacağı karara bağlı"* olduğunu kaydetmiştir. Danıştay'ın anonimleştirme işlemini maliyetli bularak, idareye bu konuda külfet yüklemek istemediği anlaşılmaktadır. Ancak Danıştay'ın anonimleştirme maliyetinin yüksekliğini ve gayri makul olduğunu neye göre tespit ettiğini açıklamamıştır. Üstelik Yargıtay kararlarının azımsanmayacak bir kısmı özel şirketler tarafından ayrım ve ayıklama, hatta dizinleştirme az sayıda personel ve düşük maliyetlerle yapılmak suretiyle yayımlanmaktadır. Dolayısıyla Danıştay'ın yüksek düzeyde mali ve personel altyapısı gerekeceğine ilişkin gerekçesi, sadece bir varsayımdır.

Danıştay dördüncü olarak, "i*mkanlar dahilinde, Yargıtay'ca verilen bazı kararlar, ayrım ve ayıklama yapılarak, elektronik (Yargıtay web sitesi) ve basılı (Yargıtay kararları dergisi) ortamda halen erişime açık tutulmakta*" olduğunu kaydetmiştir. Danıştay'ın, Yargıtay'ın bütün kararları yerine, ücretsiz olarak "*emsal niteliğindeki kararların iki örneği*"ni yayımlamasının, içtihat hukukunun bilinebilirliği bakımından yeterli görmüş olmasını anlayabilmek mümkün değildir.

Son olarak Danıştay'a göre, "*Esasen, Türk Milleti adına verildiği için kamuya ait nitelik taşıyan Yargıtay kararlarının, 492 sayılı Harçlar Kanunu uyarınca harçlandırılmak suretiyle, onaylı örneklerinin alınmasına hukuki bir engel de bulunmamaktadır*". Hangi konuda hangi kararların çıktığını bilmeyen karar okuyucularının (örneğin akademisyenlerin) hangi kararları nasıl isteyeceklerini düşünmek zordur. Üstelik, okuyup eleştirecekleri kararları temin etmek için harç ödemek zorunda bırakılmaları çok ağır bir külfettir.

Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarından hangilerinin yayımlanacağı düzenlenmiştir. Buna göre, "*Bölüm kararlarının tümü ile*

Komisyon kararlarından kabul edilebilirlik açısından ilkesel önem taşıyanları Mahkemenin internet sitesinde yayımlanır"[10].

Anayasa Mahkemesi web sitesinde 20 Nisan 2015 tarihi itibarıyla Bölümler (ve Genel Kurul) tarafından verilmiş 765, Komisyonlar tarafından verilmiş 11 ve Komisyonlar Başraportörlüğü tarafından verilmiş 8 olmak üzere toplam 784 karar yayımlanmıştır.

Genel Kurul ve Bölümler tarafından verilmiş bireysel başvuru kararlarının tümünün yayımlanmamış olduğu görülmektedir. Mahkemenin web sitesinde yayımlanan istatistiklere göre, 23 Eylül 2012 tarihi ile 10 Nisan 2015 tarihleri arasında Bölümler tarafından 1467 karar verildiği[11] halde, bunlardan sadece 765 tanesinin yayımlandığı görülmektedir. İçtüzük gereği Mahkemenin tüm Bölüm (ve Genel Kurul) kararlarının yayımlanması zorunlu olduğu halde, yaklaşık yarısının neden yayımlanmamış olduğu anlaşılamamıştır.

Yine aynı dönemde Komisyonlar tarafından verilen 12,537 karardan sadece 11 tanesinin yayınlanmış olması ise düşündürücüdür. Komisyon kararlarının tümünün Anayasa Mahkemesi'nin web sitesinde yayınlanmasının önünde ne gibi bir engel bulunduğu anlaşılamamaktadır. Bu durumda Komisyonların yayınlanmamış kararlarında hangi kabul edilebilirlik kriterlerini nasıl uyguladıklarını incelemek ve eleştirmek mümkün değildir. Örneğin, maddi bir kabul edilebilirlik kriteri olan "*açıkça dayanaktan yoksunluk*" kriterinin Komisyonlar tarafından uygulanıp uygulanmadığı, uygulanıyorsa hangi olaylarda nasıl uygulandığı hem karar okuyucuları için hem de potansiyel başvurucular için kaçınılmaz olarak önem taşıyan bir bilgidir.[12]

Bu nedenle AYM Genel Kurulu, Bölümler ve Komisyonlar tarafından verilen tüm bireysel başvuru kararlarının istisnasız olarak Mahkemenin web sitesinde yayımlanması, özellikle karar okuyucuları bakımından büyük önem taşımaktadır.

---

10 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu (md. 50(3)) ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü (md. 81(4) ve (5)).

11 http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselBasvuru/23_eylul_2012_10_nisan_2015.pdf

12 Örneğin Anayasa Mahkemesinin yayımlanmamış bir Komisyon kararı, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından incelenmiş ve İHAM tarafından verilen karar yayımlanmıştır. Tomaş – Türkiye kabuledilebilirlik kararı, no. 57507/14, 17.02.2015. AYM'nin böyle bir kararının varlığı ancak İHAM kararından öğrenilmiştir.

İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları gerekçeli olarak yayımlanmaktadır. Ancak iki kararda durum farklıdır. Anayasa Mahkemesi 2014/253 numaralı başvuruda 09.01.2015 tarihinde karar vermiş, karar 12.01.2015 tarihinde web sitesinde yayımlanmıştır. Ancak bu yayımlanan kısa karardır. Kararda sadece başvurunun konusu, başvuru süreci ve hüküm başlıkları altında bilgiler yer almaktadır. Kararda olaylar ve olgular bölümü ile inceleme ve gerekçe bölümleri yer almamaktadır. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin web sitesinin ilk sayfasının Duyurular bölümünde 13.4.2015 tarihli duyuruyla, "*Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun 8.4.2015 Çarşamba Günü Yapılan Toplantısında 2014/14061 Sayılı Hikmet KOPAR ve Diğerlerinin Bireysel Başvurularına İlişkin Verdiği Karar Sonucu*" duyurulmuştur. Dolayısıyla bu iki karar gerekçesiz olarak yayımlanmıştır.[13] Gerekçesiz karar yayımlanmamalıdır.

Üçüncü olarak, AYM'nin bazı bireysel başvuru kararlarının gerekçeleriyle birlikte yayımlanmasından önce, kararların sonucu hakkında basında haberler çıktığı, bazı kısa kararlar üzerine mahkemelerin işlem yaptıkları bilinmektedir. Anayasa Mahkemesi Başkanlığı tarafından yayımlanan 20.03.2015 tarihli duyuruda, Anayasanın 153. maddesine uygun olarak "*iptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanmayacağı*" belirtilmektedir. Bireysel başvuru kararları da gerekçesi yazılmadan açıklanmamalıdır. Gerekçesi yazılmadan bir kararın sonucunun açıklanması, kamuoyunda kararların gerekçeleri üzerinden tartışılmasını ve eleştirilmesini engellemektedir. Öte yandan, karar sonucu ile karar gerekçesi arasındaki farklılığın gerekçe yayımlanmadan önce fark edilmesi ve sonuç ile çelişik gerekçe yayımlanmaması sağlanabilir.[14]

---

13 Bu iki kararın gerekçesi 20 Nisan 2015 tarihi itibarıyla yayımlanmamıştı.

14 Dört Bakan hakkında TBMM'de kurulan soruşturma komisyonunun faaliyetleri hakkında konulan yayın yasağına karşı yapılan bireysel başvuru (no. 2014/18803) Anayasa Mahkemesi tarafından 10.12.2014 tarihinde kabul edilemez bulunmuş ve bu kararın sonucu kamuoyuna duyurulmuştur. Gerekçeli karar ise 02.03.2015 tarihinde yayımlanmıştır. Kararın hüküm fıkralarından müzakereye katılan 16 üyeden 7 üyenin bazı başvurucular bakımından çoğunluk görüşüne katılmadıkları ve başvurunun kabul edilebilirliği yönünde oy kullandıkları anlaşılmaktadır. Ancak çoğunluk görüşüne katılmayan üyelerin yazdıkları gerekçeler okunduğunda iki üyenin (Celal Mümtaz Akıncı ve Muammer Topal), "FARKLI GEREKÇE" başlığı altında aslında karşıoy gerekçesi yazdıkları anlaşılmaktadır. Bu üyeler şöyle demiştir: "… anılan başvurucuların mağdur sıfatının olmadığını söylemek mümkün görünmemektedir. Açıklanan nedenlerle gazeteci olduğunu beyan eden başvurucular açısından mağdur statüsünün bulunmadığı, başvurunun "kişi yönünden yetkisizlik" nedeniyle "kabul edilemez olduğu" yolundaki görüşe katılmıyoruz." Bu iki üyenin bu

Dördüncü olarak, Anayasa Mahkemesi'nin yayımlanan kararlarından anlaşıldığına göre, heyetin kararı kabul ettiği (adopt) tarih ile kararın yayımlandığı/açıklandığı (deliver) tarih arasında uzun bir süre geçmektedir.[15] Anayasa Mahkemesi'nin kabul ettiği tarih ile yayımladığı tarih arasında 4 aydan fazla sürenin geçtiği çok sayıda karar bulunmaktadır. Bir uluslararası mahkeme olan İHAM tarafından kararların kabulü ile yayımlanması arasında ortalama üç hafta olduğu göz önünde tutulacak olursa, sadece ulusal ölçekte başvuru kabul eden bir mahkeme olan Anayasa Mahkemesi'nin bir kararı yayımlamak için bundan daha uzun bir süre beklemesini anlamak zordur. Kararların kabul edildikten sonra, çok daha kısa bir sürede yayımlanması gerekir. Kararın kabulü tarihi ile gerekçeli kararın yayımlanması arasındaki süre uzadıkça, karar taslağı üzerinde yeterli hazırlık yapılmadan taslağın heyete sunulduğu yönünde şüphe uyanmaktadır.

Sorunsallaştırmanın görünürlüğü: Başlık ve içerik

Gerekçeli kararın tüm metni, verilen bir hükmün okuyanlar tarafından anlaşılmasını ve olumlanmasını sağlamaya yönelik bilgiler içerir. Hüküm hangi organ ve kim(ler) tarafından verilmiş, ne zaman verilmiş, kimler arasındaki uyuşmazlık hakkında verilmiş gibi künye bilgilerinin ardından, uyuşmazlığı tahrik eden olaylar neymiş, olaylara hangi normlar uygulanmış, olaylar neden normun kapsamı dışında tutulmuş veya kapsamı içine alınmış gibi hükmün gerekçesini oluşturan açıklamalar içerir. Hükmün olumlanması veya eleştirilmesi, ilkin kolaylıkla okunabilir ve anlaşılabilir bir metnin bulunmasını gerektirir.

---

görüşleriyle, kararın hüküm fıkrasına katılmadıkları açıktır. Buradan çıkan sonuca göre, bu iki üyenin oyları çoğunluk oyları içinde yer alamaz. Bu durumda çoğunluk oylarının sayısı azınlığa düşmektedir. Bu kararın kamuoyunda eleştiri konusu olması üzerine, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı 11.03.2015 tarihinde bir duyuru yayınlamıştır. Başkanlık bu durumu şöyle açıklamıştır: "… habere konu kararda, kabul edilemezlik yönündeki karara katılan iki Sayın Üyemiz bu sonuca çoğunluğun "kişi yönünden yetkisizlik" gerekçesinden farklı gerekçeyle katılmışlardır". İki üyenin yazdıkları gerekçede, sonuca hangi yönden katıldıklarına dair tek bir kelime bulunmamaktadır; dolayısıyla Başkanlığın "… iki Sayın Üyemiz bu sonuca … farklı gerekçeyle katılmışlardır" şeklindeki tespitini anlamak mümkün değildir. Başkanlığın bu sonuca nasıl vardığı, ayrıca bu açıklamayı heyet adına mı, iki üye adına mı yaptığı ve bunu hangi usulle yaptığı anlaşılamamıştır.

15 Bu durumda bir karara atıf yaparken kararın kabul edildiği tarih (karar günü) değil, gerekçeli kararın açıklandığı (yayımlanma) tarih kullanılmalıdır. Bazı kararlar Resmi Gazetede yayımlandığı halde, Anayasa Mahkemesinin web sitesinde yayımlanmamakta veya bir süre geçtikten sonra yayımlanmaktadır.

Bir metinde konu başlığı, başlıklar ve alt başlıklar, kendisini izleyen paragraflarda neyin anlatılacağını ve hangi sorunların inceleneceğini göstermesi nedeniyle metnin okunabilirliğine ve anlaşılabilirliğine önemli katkıda bulunur. Başlıklar, metin yazarının yaptığı sorunsallaştırmayı temsil eder. Kuşkusuz yargısal bir karar, başlıklara ayrılması zorunlu akademik bir makale veya kitap değildir. Karar metninin, sorunsallaştırılan şeyin ne olduğunun hemen anlaşılmasını sağlayan başlıklara ayrılmasını gerektiren bir kural da yoktur. Bu, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları için de geçerlidir. Ancak Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru karar metinlerinde, metin kısa da olsa başlıklar kullanmayı tercih etmiştir.[16] Bu, Türkiye'de karar gerekçesi yazım tekniğinde önemli bir gelişmedir.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarındaki başlıkların, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin karalarındaki başlıklara benzediği gözlemlenebilir. Bu benzerliğin eleştirilecek bir yönü yoktur. İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarındaki başlıkların, uzun yıllar içinde Avrupa Mahkemesi yargıçlarının konsensüsü ile oluştuğu unutulmamalıdır. Üstelik bu başlıkların, hangi maddi ve hukuki sorunların metin içinde nerede yer aldığını göstermesi nedeniyle kararın okunmasında büyük kolaylık sağladığı açıktır. Ayrıca, hukuk (hüküm gerekçesi) bölümündeki alt başlıklar, Sözleşme hükümlerine ilişkin hangi sorunların inceleneceğini göstermektedir. Anayasa Mahkemesi de Anayasa hükümlerine ilişkin sorunları incelediğine ve Sözleşme ile Anayasada benzer hükümler bulunduğuna göre, benzer başlıkları kullanması normaldir. Önemli olan, kararın okunmasını ve anlaşılmasını kolaylaştırıcı başlıklar kullanılıp kullanılmadığı ve kullanılan başlıkların içeriği doğru ve yeterli biçimde temsil edip etmediğidir.

Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararları, kararın künyesine ilişkin bilgilerden sonra, beş bölüm başlığı altında yazılmaktadır: I. Başvurunun Konusu, II. Başvuru Süreci, III. Olaylar ve Olgular, IV. İnceleme ve Gerekçe, V. Hüküm. Hüküm fıkralarından sonra, üyelerin varsa karşı oy gerekçeleri ve farklı gerekçeleri karara eklenmektedir.

16 Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında başlıklar kullanması, Türkiye'deki yargısal karar yazım tekniğinde yeni bir durumdur. Tüm yargı organlarının gerekçeli kararlarında başlıklar kullanması, kararların kolaylıkla okunabilirliği ve anlaşılabilirliği bakımından büyük yarar sağlayacaktır.

"Başvurunun Konusu"

Karar okuyucuları, gerekçeli karar metnini okumaya geçmeden önce, karara konu olan hukuki sorunun/sorunların ne olduğunu en kısa yoldan öğrenmek isterler. Karardaki hukuki sorunların kararı veren mahkeme tarafından hemen başlangıçta ifade edilmesi, karar okuyucuları için büyük kolaylık sağlar. Böylesi bir bilgilendirme, aynı zamanda kararların konu dizininin oluşturulmasına da yardımcı olur. Bir mahkeme bir kararındaki hukuki sorunu neyi esas alarak ifade edebilir? Bir "*mahkemenin önüne getirilen sorun*" ile "*mahkeme tarafından incelenen sorun*" her zaman aynı olmayabilir. Mahkemeler önlerine getirilen olayların hukuki nitelendirme yetkisine sahip olup, davanın kapsamını kendileri belirler. Bu nedenle bir Mahkeme, "*önüne getirilen sorunu (iddiayı)*" veya "*incelediği sorunu (davanın kapsamını)*" esas alarak, hukuki sorunu ifade edebilir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, sonkarar (judgment) niteliğindeki kararlarının hemen başındaki Usul (Procedure) bölümünün içinde, karardaki hukuki sorunları içeren bir paragrafa yer vermektedir. Örneğin Gafgen – Almanya Büyük Daire kararında[17] hukuki sorunu şu şekilde ifade etmiştir:

"*Başvurucu, 1 Ekim 2002 tarihinde, bir erkek çocuk olan J.'nin nerede olduğuyla ilgili polis tarafından sorgulandığı sırada tabi tutulduğu muamelenin, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir muamele olan işkence oluşturduğunu iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilmiş ifadesinin ceza davasında delil olarak kullanılmış olması nedeniyle, bir kimsenin kendini etkili bir şekilde savunma hakkını ve kendini suçlandırmama hakkını içeren Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğini iddia etmiştir*."

Bu paragraf yakından incelendiğinde şu noktalar gözlemlenebilir: Mahkeme i) karardaki hukuki sorunları kendisinin incelemiş olduğu sorunlar şeklinde değil ama başvurucunun Sözleşme'deki haklarının ihlali iddiaları şeklinde ifade etmiştir; ii) başvurucunun tüm ihlal iddialarını göstermediği gibi davalı devletin kabuledilebilirlik kriterlerine dayanarak ileri sürdüğü itirazları da göstermemiş, sadece esastan incelemiş olduğu (veya kabuledilebilirlik kriterini taşıması halinde esastan incelenebilecek) iddialara yer vermiştir; iii) kararın konusunu soyut bir ihlal iddiası şeklinde

17 Gafgen – Almanya [BD], no.22978/05, 01.06.2010, §2

değil ama ihlal iddiasına yol açan devletin eylem, işlem veya ihmali ile birlikte formüle etmiştir; iv) birden fazla sorunu tek bir cümlede değil, ayrı cümlelerde ifade etmiştir.

Yargıtay Hukuk Daireleri, kararların hemen başında, "*taraflar arasında itirazın iptali davasında ...*", "*taraflar arasındaki tahliye davasında ...*" gibi dava türünü, Ceza Daireleri ise "*çıkar amaçlı suç örgütüne üye olmaktan yapılan yargılama sonunda ...*", "*silahla yaralamaktan sanık S.'nin yapılan yargılanması sonunda ...*" gibi suç türünü zikretmektedirler. Danıştay kararlarında ise, "*İstemin/İsteğin özeti*" başlığı altında, bazen *"... mahkemesince verilen ... sayılı kararının temyizen incelenmesi istenerek bozulması isteminden ibarettir*" gibi davanın konusuna işaret etmeyen ifadeler, bazen de yerel mahkeme kararının ve temyiz dilekçesinin içeriğini geniş bir şekilde özetleyen ifadeler yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi, "*Başvurunun Konusu*" bölüm başlığı altında ve ilk paragrafta, karardaki hukuki sorunları anlatmaktadır. Ancak bu paragrafların her zaman başarılı bir şekilde formüle edildiği söylenemez. Örneğin İlhan Ekşioğlu kararında[18] Anayasa Mahkemesi'nin başvuru konusunu anlatan paragrafı şöyledir:

"*Başvurucu, kendisine isnat edilen suçlamalar nedeniyle, şartları oluşmadığı halde hukuka aykırı şekilde iletişiminin tespitinin yapıldığını ve yargılama neticesinde mahkumiyetine delil olarak gösterildiğini, görevli ve yetkili olmayan mahkemece yargılamasının yapıldığını, şike ve teşvik primi verme fiillerinin 14/4/2011 tarihinde yürürlüğe giren 6222 sayılı Kanun ile suç olarak tanımlanmış olmasına rağmen hakkındaki soruşturmanın bu tarihten önce başlatıldığını ve bu suç esas alınarak örgüt üyeliğinden cezalandırıldığını, bu durumun suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini, örgüt üyesi olmak suçundan hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği halde şike ve teşvik suçundan verilen mahkumiyet ile ilgili ayrıca TCK'nın 58/9. maddesi uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirine de karar verilmesinin kanuna aykırı olduğunu, şike ve teşvik suçundan verilen hükümde 6222 sayılı Kanun'un 11/9. maddesindeki engelin lehe yasa yorumu ile aşılarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin bu suç için de uygulanması gerekirken bu talebin reddedildiğini belirterek, Anayasa'nın 2., 10., 13., 22., 36., 37. ve 38. maddelerinde düzenlenen haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür*."

18 İlhan Ekşioğlu kararı, no. 2014/1572, Karar günü 23.07.2014, Yayımlanma Tarihi 01.09.2014, §1

İlk olarak, "*Başvurucu ... haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür*" şeklindeki cümle, Anayasa Mahkemesi'nin incelediği hukuki sorunları değil, başvurucu tarafından Mahkeme önüne getirilen ihlal iddialarını ifade eden bir cümledir.[19]

İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi bu paragrafta sadece esastan incelediği (veya kabuledilebilirlik kriterini taşımış olması halinde esastan incelenebilecek) iddialara değil, ayıklama yapmadan, başvurucunun ihlal edildiğini ileri sürdüğü tüm Anayasa maddelerine yer vermiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, bu paragrafta başvurudaki olayları nitelendirdikten sonra ele aldığı veya ele alabileceği ihlal iddialarını değil, nitelendirme öncesi başvurucunun ileri sürdüğü ihlal iddialarına yer vermiştir.[20]

Üçüncü olarak, Anayasa Mahkemesi kamu gücünün şikayet konusu birçok tasarrufunu arka arkaya sıraladıktan sonra, ihlal edildiği ileri sürülen Anayasa maddelerini de arka arkaya sıralamıştır. Şikayet konusu tek bir olayın ve bu olaya dayanan tek bir ihlal iddiasının bulunduğu başvurularda sorun doğmadığı halde, iki ve daha fazla ihlal iddiasının bulunduğu bu gibi başvurularda hangi olayın hangi ihlal iddiasıyla bağlantılı olduğunu anlamak kolay değildir.

Dördüncü olarak, Anayasa Mahkemesi başvurunun konusunu tek cümlede anlatmaya çalışmıştır. Oysa bir ihlal iddiasını dayandığı olayla birlikte tek bir cümlede, birden fazla ihlal iddiası bulunuyorsa her bir ihlal iddiasının ayrı cümlelerle dile getirilmesi, iddiaların ayrıştırılmasını ve daha kolay anlaşılmasını sağlayacaktır.

"Başvuru Süreci"

Bir davanın/başvurunun bir mahkeme önüne ne zaman, kimin tarafından ve nasıl getirildiği ve bu mahkeme önünde ne gibi işlemler yapıldığı, o mahkemenin izlediği yargısal usulü göstermesi bakımından önem taşır.

---

19 Anayasa Mahkemesi 1. paragraftaki bu cümleye kararın 35. paragrafında aynen yer vermiş, sadece başvurucunun "... tedbiren infazının durdurulmasını, ihlalin tespiti ile yargılamanın yenilenmesini ve 1.000.000 TL tazminata hükmedilmesini talep etmiştir", şeklindeki talebini eklemiştir.

20 Şehap Korkmaz kararı, no. 2013/8975, Karar günü 23.07.2014, Yayımlanma Tarihi 23.07.2014, §1, 23, 24. Anayasa Mahkemesi bu kararda hukuki sorunun ifade edildiği 1. paragrafta başvurucunun ihlal edildiğini ileri sürdüğü haklara (adil yargılama ve etkili başvuru) yer vermiş, ancak başvurudaki olayları nitelendirdikten sonra başvurucu tarafından önüne getirilen sorunu yaşama hakkı yönünden ele almıştır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararın birinci bölümü olan Usul (Procedure) bölümünde, Anayasa Mahkemesi de ikinci bölüm olan "*Başvuru Süreci*" bölümünde söz konusu bilgilere yer vermektedirler.

Yargıtay ve Danıştay, verdikleri kararların başında, bir davanın önlerine getirilme sürecini anlatmaktadırlar. Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı "*Başvuru Süreci*" başlığı, bu bölümde başvurunun Anayasa Mahkemesi önüne getirildiği aşamaya kadar olan süreci anlatacağı izlenimini vermektedir. Oysa Anayasa Mahkemesi'nin bu bölümde başvurunun yapılmasından karar aşamasına kadar olan işlemleri anlattığı görülmektedir.

"Olaylar ve Olgular"

Karar okuyucuları, kendileri karar verici olsalardı, dava konusu olaylardan nasıl bir hukuki sonuca varabileceklerini düşünmek ve daha sonra düşündükleri sonucun mahkemenin vardığı sonuç ile uyumlu olup olmadığını karşılaştırmak isterler. Karar okuyucularının bunu yapabilmeleri, karara konu olayların mahkeme tarafından "*eksiksiz*", "*ayrıntılı*", "*bütünlüklü*", "*kronolojik*" ve "*objektif*" bir biçimde anlatılmasına bağlıdır.

Olaylar eksiksiz bir biçimde anlatılmalıdır. Karar okuyucuları dava/başvuru dosyasını inceleyemediklerinden,[21] olayları mahkemenin kararda anlattığı kadarıyla öğrenebilirler[22]. Başvuru dilekçesinde dile getirilmemiş olsa bile, dosyadaki belgelerden varlığı anlaşılan ve anayasal haklar bakımından sorun doğurabilecek nitelikteki tüm olaylar, kararda eksiksiz biçimde anlatılmalıdır.

Olaylar ayrıntılı bir biçimde anlatılmalıdır. Olay anlatımı, olayı yeniden yapılandırmaktır. Olaylar, bu arada ne olmuş sorusunun sorulmasını gerektirmeyecek şekilde, boşluk bırakılmadan anlatmalıdır. Olayın tam olarak anlatımı için dosyadaki belgeler yeterli değilse, soruşturma yapma,

---

21 İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 40. maddesinin 2. fıkrası ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (1 Temmuz 2014) dosyaki belgelerin aleniyetini düzenlemektedir. Buna göre, dostane çözüm görüşmelerinde sunulan belgeler ile İçtüzüğün 33. maddesinin 2. fıkrasındaki koşullar nedeniyle Daire Başkanı tarafından erişime sınırlanan belgeler dışında, dosyadaki tüm belgeler, Yazı İşleri Müdürlüğünün düzenlemeleri çerçevesinde kamunun erişimine açıktır. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi Kanununda ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde dosyanın kamuya açıklığını düzenleyen bir hüküm yoktur.

22 Olayların eksiksiz bir biçimde anlatılmış olup olmadığını anlamak için, bir kararın olaylar bölümünün yazılarak davanın taraflarına gönderilmesi ve görüşlerinin alınması, daha sonra hüküm gerekçesinin yazılması en uygun yol gibi görünmektedir.

belge toplama ve kişileri dinleme yetkileri kullanıldıktan[23] ve delillere ulaşıldıktan sonra olaylar anlatılmalıdır. Bu mümkün değilse, olaylar boşluklara dikkat çekilerek anlatılmalı ve delillerin sunulmamış olmasından sonuç çıkarılmalıdır.

Olaylar bütünlüklü bir biçimde anlatılmalıdır. Olaylar tüm ayrıntılarıyla kararın "*olaylar*" bölümünde verilmelidir. Karar okuyucuları, "*hükmün gerekçesi*" bölümünü okurken yeni bir olayla karşılaşmamalı veya olaylar bölümünde sözü edilmemiş bir ayrıntıyı hukuki gerekçe bölümünde bulmamalıdırlar. Hükmün gerekçesine ilişkin bölümde olaylar tekrar edilmek yerine, sonuç çıkarmaya elverişli olduğu ölçüde anlatılmalı, ayrıntılar için karar içi (olaylar bölümündeki ilgili paragraflara) atıf yapmalıdır.

Olaylar kronolojik olarak anlatılmalıdır. Kronolojik anlatım, olaylar arasında neden sonuç ilişkisinin kurulmasını ve varsa boşlukların görülmesini sağlamaktadır. Bir ihlal iddiasıyla ilgili olarak olaylar kronolojik olarak anlatılmalıdır. Birden fazla ihlal iddiası ve bu iddialara konu ayrı olaylar bulunuyor ise, olaylar kendi içinde kümelendirilmeli ve küme içinde kronolojik bir şekilde anlatılmalıdır.

Olaylar objektif bir üslup ile anlatılmalıdır. Karar okuyucuları, kararda mahkeme tarafından gerçekliği kabul edilmiş olayların mahkemenin üslubuyla anlatıldığını görmek isterler. Dosyadaki belgelerden çok uzun ve çok sayıda alıntı ile olay anlatımı, gerçeğin tespitinin karar okuyucusuna bırakıldığı izlenimini verebilir. Öte yandan olay anlatımı sırasında, mahkemenin hukuki görüşünün ne yönde olduğunu ima eden ifadelere yer verilmemelidir. Mahkemenin hüküm gerekçesi, yani gerçekliğini kabul ettiği olaylara hukuku yorumlayıp uygulama işlemi ayrı bir bölümde yapılmalıdır.

---

23 Sözleşme'nin 38. maddesi, Mahkemenin soruşturma yapabilmesini öngörmektedir. Mahkeme İçtüzüğüne 7 Temmuz 2003 tarihli Ek Madde A1-A4 (Soruşturmalarla İlgili), Mahkemenin soruşturma yetkisini düzenlemektedir. Buna göre Mahkeme, davadaki olayları açıklığa kavuşturabileceğini düşündüğü soruşturma tedbirleri alabilir; taraflardan yazılı delil sunmalarını isteyebilir; tanık, bilirkişi ve görevini yapmasına yardımcı olabilecek kişileri dinlemeye karar verebilir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün 70. maddesi, Anayasa Mahkemesinin yasama, yürütme, yargı organları, kamu idareleri, kamu görevlileri, bankalar ile diğer gerçek ve tüzel kişilerle doğrudan yazışabileceğini, bilgi ve belge isteyebileceğini, gerekli gördüğü her türlü belge, kayıt ve işlemi inceleyebileceğini, kamu görevlileri ile ilgilileri çağırabileceğini öngörmektedir.

Ulusal mevzuatta kararlarda olayların nasıl anlatılacağına ilişkin ayrıntılı hükümler bulunmamaktadır.[24] Yargıtay ve Danıştay kararlarında olaylara, uygulanacak olan hukuk normu tespit edildikten ve yorumlandıktan sonra, normun uygulanması aşamasında yer verildiği gözlenmektedir.[25]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtüzüğü (md. 74(1)(f)), kararlarda "*davadaki olaylar*"ın anlatılmasını gerektirmektedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında olaylar, ayrı bir bölümde kronolojik olarak anlatılmaktadır. Mahkeme'nin olaylar (The Facts) bölümünde sözünü etmediği bir olayı veya olayın ayrıntısını hükmün gerekçesi (The Law) bölümünde bulmak mümkün değildir. Mahkeme, hükmün gerekçesi bölümünde olayları olduğu gibi tekrarlamak yerine, olayları anlattığı önceki bölüme atıflar yapmaktadır. Mahkeme'nin olayları anlatım tarzı ve düzeni, konusu gözaltında işkence olan Ateşoğlu – Türkiye kararı[26] örnek alınarak incelenebilir: i) Başvurucunun hangi tarihte ve neredeki görevlilerce, hangi suç şüphesiyle yakalandığı, ii) Yakalamadan hemen sonra başvurucunun sağlık durumuna ilişkin doktor raporu alınıp alınmadığı ve alındıysa içeriği, iii) Polisin kontrolü altında (polis merkezinde) tutulduğu sırada başvurucunun kendisine hangi muamelelerin yapıldığını iddia ettiği, iv) Muamelelerin yapıldığına ilişkin elde edilen kanıtlar (doktor raporu, tanık ifadeleri, teşhis), v) Başvurucunun salıverildiği (veya tutuklandığı) tarih vi) Bu tarihten sonra gözaltındaki muamelelere ilişkin doktor raporu varsa tarihi vii) Muamelelere ilişkin yapılan resmi şikâyetin tarihi, viii) Faillere ilişkin hangi tarihte ve hangi suçtan soruşturma başlatıldığı, ix) Başvurucunun soruşturmaya katılıp katılmadığı, x) Soruşturma sonunda

24 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun "Hükmün kapsamı" başlıklı 297. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi bir hükümde "Tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri"nin yer almasını gerektirmektedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Kararlarda bulunacak hususlar" başlıklı 24. maddesinin (b) bendine göre, "Davacının ileri sürdüğü olayların ve dayandığı hukuki sebeplerin özeti istem sonucu ile davalının savunmasının özeti" yer alır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "Hükmün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar" başlıklı 230. maddesinde, bir mahkumiyet hükmünde "a) İddia ve savunmada ileri sürülen görüşler"in; "c) Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi ..."

25 örneğin Y.H.G.K kararı, E.2014/-1438, K. 2015/580, K.T.: 21.01.2015; Danıştay, 10. Daire, E.2009/9560, K.2013/8793, K.T.:09.12.2013

26 Ateşoğlu – Türkiye, no. 53645/10, 20.01.2015

hangi tarihte hangi suçtan dava açıldığı (veya kovuşturmaya yer olmadığı karar verildiği), xi) dava açılmış ise yargılamanın ne zaman başladığı ve ne zaman sonuçlandığı xii) hüküm ve hüküm gerekçesinin ne olduğu.

Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü (md. 77(1)(b)(6) ve md. 78(1)(b)(4)), kararlarda "*Davaya konu olgular*"ın yazılmasını gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesi olaylara, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne benzer biçimde, "*Olaylar ve Olgular*" bölümü içindeki "*Olaylar*" başlığı altında yer vermektedir.

Olaylar, anayasal hakları ihlal ettiği ileri sürülen "*kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmaline dair olaylar*" dır. Bireysel başvurudaki olaylar, esas itibarıyla, kamu gücünü temsil eden derece mahkemelerinin kararlarıdır. Yargı organları ilk olarak, yargı dışı kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmallerinin anayasal hakları ihlal ettiğini tespit etmeyen kararlar vermiş olabilirler. Bu durumda sadece derece mahkemelerinin kararları değil, ama bu kararlara konu olan kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmali de önemli olaylardır; örneğin işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü başvurularda bireyin tabi tutulduğu muameleler. Yargı organları ikinci olarak, önlerindeki davalarda maddi anayasal hakların ihlali sonucunu doğuran kararlar vermiş olabilirler. Bu durumda derece mahkemelerinin kararlarındaki gerekçeler önemli olaylardır; örneğin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü başvurularda ifadenin kendisiyle birlikte ifadeye karşı açılan davada verilen kararın gerekçesi. Yargı organları üçüncü olarak, önlerindeki davalarda yargılama sırasında usuli anayasal hakları ihlal ederek verilmiş kararlar olabilirler. Bu durumda yargılama sırasında yapılan usul işlemleri önemli olaylardır; örneğin adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü bir başvuruda, soruşturma sırasında aleyhe ifade vermiş tanıkların kovuşturma aşamasında duruşmada dinlenmesi taleplerin reddedilmesi.

Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin karar sonuçlarını merkeze alan bir anlatıma sahiptir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin derece mahkemelerinin vardıkları sonuca götüren olayları her zaman başarılı bir şekilde anlattığını söylemek zordur. Örneğin, Deniz Yazıcı kararının[27] konusu, 15.05.2008 tarihinde İzmir'de, başvurucunun sokakta yakalandıktan sonra

27 Deniz Yazıcı kararı, no. 2013/6359, Karar günü 10.12.2014, Yayınlanma Tarihi 09.04.2015

boş bir arazide ve götürüldüğü polis merkezinin nezarethanesinde polisler tarafından dövüldüğü şikayetiyle ilgilidir.

Anayasa Mahkemesi 15.05.2008 günü ve sonrasında meydana gelen olayları, başvurucu aleyhindeki görevi yaptırmamak için direnme suçuyla ilgili yargılamayı "*Başvurucuya İsnat Edilen Suç Kapsamında Yapılan İşlemler*" başlığı altında kısaca, polisler aleyhinde yürütülen soruşturma ve kovuşturmayı "*Başvurucunun Kötü Muamele Şikâyetleri Üzerine Yapılan İşlemler*" başlığı altında dosyadaki belgelerden çokça alıntılar yaparak geniş bir şekilde özetlemeyi tercih etmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararının "*Olaylar*" bölümünden başvurucunun 15.05.2008 günü hangi suç şüphesi üzerine yakalandığı ve bu suç şüphesiyle ilgili soruşturmanın ne zaman başladığı anlaşılamamaktadır: Olaylar kısmında, "*kimlik gösterme meselesi yüzünden bir tartışma*"ya başvurucu "*dâhil olunca polis memurları her iki şahsı yakalayıp ekip aracına bindirerek haklarında adli işlem başlatmıştır*", denilmektedir (§ 8). Kararın "*Olaylar*" kısmında başvurucunun ne zaman yakalandığı, ne zaman hastanede muayene ettirildiği ve ne zaman salıverildiği konusunda bir bilgi yoktur. Bu konudaki bilgiler kararın "*İnceleme ve Gerekçe*" bölümünde bulunmaktadır: Başvurucunun 15.05.2008 günü 17.20 civarında yakalandığı (§ 40), 21.30'da muayenesinin yaptırıldığı (§ 77), 16.05.2008 günü saat 01.00'de ifadesi alındıktan sonra serbest bırakıldığı (§ 40) anlaşılmaktadır. Bu kararda olayların bütünlüklü bir biçimde anlatılmadığı söylenebilir.[28]

Başvurucunun gözaltında kötü muameleye tabi tutulmasıyla ilgili olarak, başvurucunun ilk sağlık muayenesi gözaltında tutulduğu sırada 15.05.2008 günü 21.30 yaptırılıp yara bere izlerini tarif eden doktor raporu alınmış ve başvurucu ilk kez ertesi gün 16.08.2008'de verdiği ifade

28 Bütünlüklü anlatımın olmadığı bir başka örnek, Güllüzar Erman kararıdır (no. 2012/542, Karar günü: 04.11.2014). Bu karara konu olayda başvurucu, diğer sanıklardan birinin (A.A.) işkence altında ve müdafi bulunmaksızın emniyette verdiği ve kendisini suçlayan ifadelere dayanılarak mahkum edildiğini ve bu neden adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararın "olaylar" bölümünde başvurucu aleyhindeki iddianameden, esas hakkındaki mütalaadan ve Yargıtay kararından geniş alıntılar yapmış, ancak diğer sanığın başvurucuyu suçlayıcı ifadelerine yer vermemiştir. Mahkeme diğer sanığın başvurucuyu suçlayan gözaltındaki ifadesine (§68), doktor raporlarına (§69), savcı önünde verdiği ifadesine (§70), hükmün gerekçesinin bulunduğu "İnceleme ve Gerekçe" bölümünde alıntılar yaparak yer vermiştir. Başvurucu hakkındaki mahkumiyet kararından geniş alıntıya (§72) da yine "Olaylar" bölümünde değil ama "İnceleme ve Gerekçe" bölümünde yer vermiştir.

sırasında tabi tutulduğu kötü muameleyi anlatmış ve böylece adli ve idari soruşturmaların başlatılmasını tahrik etmiştir. Kararın olaylar kısmında ise, ilk olarak "*Başvurucunun Kötü Muamele İddiaları*" başlığı altında sırasıyla 16.05.2008 tarihinde polis merkezinde, 21.05.2008 tarihinde polis başmüfettişi önünde, 04.07.2008 tarihinde savcı önünde, belirtilmeyen bir tarihte polisler aleyhindeki yargılama sırasında mahkeme önünde verdiği ifadeler özetlenmiş; ikinci olarak "*Başvurucunun İddiaları Kapsamında Alınan Doktor Raporları"* başlığı altında 15.05.2008 tarihli ve 20.05.2008 tarihli raporlar özetlenmiştir. Soruşturmalar başlayıncaya kadar olan olayların kronolojik bir biçimde anlatılmadığı görülmektedir.

Olaylar kısmında polisler aleyhindeki ceza davası ile idari soruşturma ayrı ayrı değil, iç içe anlatılmıştır.

Polisler hakkındaki ceza davasında ilk olarak, C. Savcısının iddianamesindeki kötü muamele olayının sübutuna ilişin açıklamalarına yer verilmiştir. C. Savcısı, başvurucuyu kontrolü altında tutan polislerin "*...şahısları doğrudan karakola götürmeyerek boş bir araziye götürerek araçtan indirip tekme tokat dövdükleri, yere düşen başvurucu ve A.Y'ye yaralama kastı altında zor kullanma şartları oluşmadığı halde vurdukları, karakol nezarethanesine götürüldükten sonra burada da şahısların dövüldükleri, almış oldukları darbeler nedeniyle baş, boyun, sırt, ayak, üst dudak ve dirsek bölgelerinde raporlarda tarif edilen sıyrık, ekimoz ve yara berelerin oluştuğu*"nu söylemiştir. İkinci olarak sanık ve müşteki anlatımları başlığı altında, üç sanık polisin ve başvurucu dışındaki diğer müştekinin mahkeme önündeki ifadelerinden geniş alıntılara yer verilmiştir. Üçüncü olarak, Sulh Ceza Mahkemesinin karar gerekçesinden alıntı yapılmıştır. Sulh Ceza Mahkemesi, "*Sanık polis memurlarının olay tarihinde her iki müştekiden kaynaklanan haksız bir kışkırtma, hakaret ve görevliye etkin direnme gibi eylemler söz konusu olmaksızın, ... gerek yakalama esnasında ve gerekse Bornova Polis Merkezine teslim aşamasında ... sabit görülen eylemlerinden dolayı hüküm fıkrasında belirtildiği şekilde cezalandırılmalarına karar vermek*" gerektiğini belirtmiştir.

Sulh Ceza Mahkemesi polislerin başvurucuya uyguladıkları muameleyi sabit gördüğü halde, Anayasa Mahkemesine göre dosyadaki tüm deliller ve kararlar, yani *"... başvurucunun aşamalarda birbiriyle uyuşan sözleri, olayın diğer müştekisi olan A.Y.'nin beyanları, ... doktor raporları, İzmir 1. Sulh Ceza Mahkemesinin gerekçeli kararı (§ 27) ve polis başmüfettişince hazırlanan ... soruşturma raporu (§ 22), başvurucunun bu iddialarının doğruluğuna karine*

oluşturmuştur"(§ 80). Anayasa Mahkemesi, başvurucunun gözaltında yaralanmasının kolluk görevlilerinin eylemleri sonucu olmadığına ilişkin ispat yükümlülüğünün idareye ait olduğunu, ancak idarenin ispat yükümlülüğünü yerine getirmediğini söylemiştir (§ 80). Sulh Ceza Mahkemesi tarafından sabit görülen fiiller, Anayasa Mahkemesi önünde hangi idare tarafından hangi olaylarla çürütülebileceğinin beklendiğini anlamak mümkün değildir.

Başvuru dilekçeleri

Bir kararda olayların mahkeme tarafından yukarıdaki ilkelere uygun bir şekilde anlatılabilmesi için, davanın taraflarına veya başvuruculara da düşen görevler vardır. Bir mahkeme, önüne getirilen davadaki olayların düzgün bir şekilde anlatılmış olmasını bekler. Bir dava dilekçesinde veya iddianamede olayların anlatımı açık, özlü ve anlaşılabilir olduğu ölçüde, muhakemenin yürütülüşü ve gerekçeli kararın yazımı kolaylaşır. Ulusal mevzuatta, hukuk ve idari dava dilekçeleri ile iddianamelerde olayların nasıl anlatılması gerektiğine ilişkin çok sınırlı hükümler vardır.[29]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtüzüğü[30] (md. 47(1)(d)), bireysel başvuru dilekçesinde olayların "*özlü*" (concise) ve "*okunaklı*" (legible) bir biçimde yazılmasını gerektirmektedir. Bireysel başvuru formunda "*Olayların anlatımı*" istenmekte ve "*Bireysel başvuru formunun doldurulmasına ilişkin notlar*" adlı belgede[31] de, olayların nasıl anlatılması gerektiği açıklanmaktadır.

---

29 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun "Dava dilekçesinin içeriği" başlıklı 119. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi, "Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri"nin yazılmasını gerektirmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrası dava dilekçesinde bazı hususların eksik olması halinde hakimin davacıya eksikliği tamamlaması için süre vereceğini belirttiği halde, söz konusu (e) bendindeki eksiklik, tamamlatılması gereken bir husus olarak görülmemiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "İdari davaların açılması" başlıklı 3. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendi, "Davanın konu ve sebepleri ile dayandığı deliller"in dava dilekçesinde gösterilmesini gerektirmektedir. Aynı Kanunun 15. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi, sözü edilen dava konusu ve sebepleri ile dayandığı delillerin anlatımında kanuna aykırılık halinde, dilekçelerin davacıya değil ama görevli idare merciine tevdiini öngörmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "Kamu davasını açma görevi" başlıklı 170. maddesinin iddianamede nelerin yer alacağını gösteren 3. fıkrasının (i) bendi "yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi"nin gösterilmesini, aynı maddenin 4. fıkrası "yüklenen suçu oluşturan olaylar(ın) mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklan"masını gerektirmektedir. Aynı Kanunun 174. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi gereğince "170 inci maddeye aykırı olarak düzenlenen" ... iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar verilir.

30 http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf

31 http://www.echr.coe.int/Documents/Notes_for_Filling_in_the_Application_Form_2014_1_ENG.pdf

Buna göre, olaylar açık ve özlü bir biçimde, kesin tarihler verilerek, meydana geliş sırasına göre kronolojik olarak, eğer şikayetler birden fazla olayla ilgili ise, olayların ayrı ayrı anlatılması istenmektedir. İçtüzüğün 47(2)(a) hükmü gereğince, başvuru formunun ilgili bölümünde istenen bilgilerin Mahkeme tarafından başka bir belgeye bakılmadan başvurunun niteliğini ve kapsamını anlayabilmesini sağlayacak şekilde olmasını gerektirmektedir. Olayların belirtilen şekilde anlatılmaması yaptırıma bağlanmıştır. İçtüzüğün 47(5.1) hükmüne göre, bu şartları taşımayan başvurunun, istisnai haller dışında, Mahkeme tarafından incelenmemesi sonucunu doğuracağı belirtilmektedir.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesi Kanununun "*Bireysel başvuru usulü*"nü düzenleyen 47. maddesinin bireysel başvuru dilekçesinde nelerin bulunması gerektiğini gösteren 3. fıkrasında başvurucunun dilekçede dava konusu olayları anlatması gerektiğinden söz etmemekte, sadece ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem veya kararların aslı ya da örneğinin eklenmesini gerekli kılmaktadır. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün "*Bireysel başvuru formu ve ekleri*"ni düzenleyen 59. maddesinin (ç) bendi "*Kamu gücünün ihlale neden olduğu iddia edilen işlem, eylem ya da ihmaline dair olayların tarih sırasına göre özeti*"nin başvurucu tarafından anlatılmasını gerektirmektedir. Bireysel başvuru formunun Açıklamalar bölümünün A- başlığı da "*Kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmaline dair olayların tarih sırasına göre özeti"*nin yazılmasını öngörmektedir. Ancak bu şartları taşımayan, örneğin olayların tarih sırasına göre değil ama karmakarışık anlatıldığı bir başvuru dilekçesinin ne gibi bir yaptırımla karşılaşacağı düzenlenmemiştir.

"İnceleme ve Gerekçe"

İncelenebilir sorunların belirlenmesi

Mahkemelerin görev ve yetkilerini düzenleyen normlarda yazılı olmayan belki de ilk ve asli işleri, bir davada/başvuruda tüm söylenenler arasından inceleyecekleri ciddi hukuki sorunları, incelenebilir ciddiyette olmayan veya incelenmesine gerek bulunmayan iddialardan ayrıştırmaktır. Mahkemelerin enerjilerinin önemli bir kısmını bu ayrıştırmaya ayırdıkları gözlemlenebilir. Mahkemelerin bu ayrıştırma işlemini nasıl yaptıkları ve bazı iddiaları neden inceleme dışında bıraktıklarını açıklamaları, hem başvurucular ve hem de karar okuyucuları bakımından öğreticidir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, karar gerekçesinde incelediği sorunların yanında incelemeye değer bulmadığı veya gerek görmediği

sorunlardan bazen içeriği anlaşılamayacak kadar kısa[32] ve bazen hangi haklarla ilgili oldukları anlaşılabilecek ölçüde[33] söz etmektedir. Anayasa Mahkemesi ise bu sorunu, "*İnceleme ve Gerekçe*" bölümünün hemen başında, "*Başvurucunun iddiaları*" ile "*Değerlendirme*" ana başlıklarının altında, iddianın veya şikayetin özüne ilişkin nitelendirme yapmak suretiyle gidermeye çalışmaktadır.[34]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Hükümete iletmeye değer bulduğu başvurularda, Hükümete ve başvurucuya gönderdiği sorularda hangi hukuki sorunları inceleyeceğini de göstermiş olmaktadır. Dolayısıyla başvuru henüz karara bağlanmadan, kararda incelenecek sorunlar görünür hale gelmekte, taraflara eksikliklere itiraz etme fırsatı verilmiş olmaktadır. Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvuru yargılamasının çelişmeli olmaması, bu usulün uygulanmasını da sınırlamaktadır. Anayasa Mahkemesi bazı başvuruları görüş için Bakanlığa gönderse bile, hukuki sorunlarla ilgili sorular sormamaktadır. Böylece hangi sorunların incelendiğini hangi iddiaların dışlandığını, ancak karar gerekçesi yayımlandıktan sonra, gösterildiği kadarıyla görmek mümkün hale gelmektedir.

Sorunların incelenmesi

Karar okuyucuları hüküm gerekçesinde ilk olarak, olmuş oldukları kabul edilen somut olayların soyut bir hukuk normunun kapsamına girip girmediğinin ve giriyorsa hangi hukuk normunun kapsamına girdiğinin; ikinci olarak bir normun kapsamına giren olayların normdaki şartları taşıyıp taşımadığının nasıl açıklandığını görmek isterler. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir yargılamada, ilkin, olayların (kamu gücü tasarruflarının) bir hakka müdahale edip etmediğinin ve müdahale ediyorsa hangi hakka müdahale ettiğinin; ikinci olarak müdahalenin normdaki haklılık şartlarını taşıyıp taşımadığının nasıl açıklandığını görmek isterler. Hüküm gerekçesi, bu iki temel sorunun nasıl çözüldüğünü gösteren bir metindir.

Ulusal hukukta hüküm gerekçelerinde nelerin yer alacağını gösteren hükümler bulunduğu halde,[35] hangi sorunların hangi sıra düzeninde

32 örneğin bk. Chervyakov ve Diğerleri – Rusya, no. 43443/04, 03.03.2015, §12, 45, 46

33 örneğin bk. Pop ve Diğerleri – Romanya, no. 31269/06, 24.03.2015, §82, 83

34 örneğin bk. İbrahim Can Kişi kararı, no. 2012/1052, 23.07.2014, §24, 25

35 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun "Hükmün kapsamı" başlıklı 297(1)(c) bendi: "Tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi,

nasıl incelenip çözümleneceğini gösteren hükümler yoktur.[36] Hüküm gerekçelerinde yer alması istenen hususların mevzuatta anıldıkları sıra düzeninde açıklanması, yukarıda sözü edilen sorunların anlaşılabilir bir şekilde çözümlendiği anlamına gelmez.

Sorunların çözümlenmesi, öncelikle incelenecek sorunların tanımlanmasını gerektirir. Tanımlanan sorunlar en kısa biçimde başlıklarda görünür hale gelir. Ulusal hukukta hüküm gerekçelerinde başlıklar konulmasını gerektiren bir mevzuat hükmü bulunmadığı gibi, Yargıtay ve Danıştay kararlarında hüküm gerekçelerinde başlık bulunmamaktadır.[37]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin hüküm gerekçesinde başlıklar kullanmasını gerektiren bir İçtüzük hüküm yoktur. Ancak Mahkeme, hüküm gerekçesinde, incelediği bütün hukuki sorunların görünür hale gelmesini sağlayan başlıklar kullanmaktadır.

Hüküm (judgment) gerekçesinde birinci türden başlık, hak ve özgürlüklerin yer aldığı madde ve fıkraların "*ihlali iddiası*" şeklinde verilmektedir. Hak ihlaline ilişkin ana başlıklar, örneğin "*Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlali iddiası*" veya "*Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası*" olarak ifade edilmektedir. Mahkeme Sözleşme'deki bir hakkın ihlal edildiğini tespit etmiş ise, "*Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması*" ana başlığı altında

---

sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri". 2577 sayılı İdari Yargılama Usülü Kanununun "Kararlarda bulunacak hususlar" başlıklı 24(1). fıkrası: "e) Kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi ve hüküm: tazminat davalarında hükmedilen tazminatın miktarı, …". 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Hüküm gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar" başlıklı 230(1). fıkrası: "a) İddia ve savunmada ileri sürülen görüşler. b) Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi. c) Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; …".

36 Yerel mahkeme kararının gerekçesi yönünden bozulmasına karar veren bir Yargıtay kararının (Y.8.C.D., E. 2013/16760, K. 2014/52017, K.T.:05.03.2014) gerekçesi hepsi şu kadardır: "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 141/3., CMK.nun 34. ve 230. maddeleri uyarınca mahkeme kararlarının gerekçeli olması ve hükmün gerekçesinde, iddia ve savunmada ileri sürülen görüşlerin yazılması, kanıtların tartışılarak değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen kanıtlar ile mahkemece ulaşılan kanaatin, sanıkların ve suça sürüklenen çocuğun suç oluşturduğu sabit görülen fiilinin belirtilmesi ve bu fiilin nitelendirmesinin yapılması gerekirken, gerekçeden yoksun biçimde mahkumiyet hükmü kurulması, ..."

37 Yargıtay ve Danıştay karar metinleri, genellikle bir kaç paragraflık kısa metinlerdir. Ancak metinlerin başlıklar konulmasına gerek görülmeyecek kadar kısa yazılma nedenleri ve bunun sonuçları üzerinde düşünülmelidir.

tazminat taleplerini incelemektedir. Mahkeme alınması gereken tedbirlerle ilgili olarak gerekli gördüğü taktirde, ayrı bir ana başlık altında "*Sözleşme'nin 46. maddesinin uygulanması*" ile ilgili sorunları incelemektedir.

Mahkeme bir hak ihlali iddiasını normal olarak ilk önce "*Kabuledilebilirlik*" başlığı altında kabuledilebilirlik şartları yönünden incelemekte ve kabuledilebilirlik şartlarını taşıdığını düşündüğü ihlal iddiasını "*Esas*" başlığı altında hakkın tabi tutulduğu şartlar yönünden incelemektedir.[38] Mahkeme bazı başvurularda Hükümetin kabuledilebilirlik şartları yönünden yaptığı bir itirazın incelenmesini Esas incelemesinin sonuna bırakmakta ve Esas incelemesinden sonra bir cümle ile kabuledilebilirlik itirazı konusundaki hükmünü vermektedir.[39] Mahkeme bir başvurudaki ihlal iddiasının kabuledilebilirlik şartlarını taşımadığını düşünüyorsa, bir karar (decision) ile başvuruyu sonlandırmaktadır. Hem kabuledilebilirlik ve hem de esas incelemesi yaptığı başvuruları ise bir sonkarar (judgment) ile sonlandırmaktadır.

Bir başvuruda Sözleşme'nin değişik maddelerinin ihlali iddiaları ayrı başlıklar altında incelendiği gibi, bir madde veya fıkranın (örneğin 6(1). fıkrasının) içindeki birden fazla hakkın ihlali iddiaları, hatta bir hakkın devlete birden fazla yükümlülük yüklediği (örneğin 2. madde) hallerde her bir yükümlülüğün ihlali iddiaları ayrı başlıklar altında incelenmektedir. Bir başvuruda birden fazla şikayete yol açan olay varsa (örneğin, uzun gözaltı ve gözaltında kötü muamele, yine örneğin uzun yargılama ve davadaki diğer taraf karşısında dezavantajlı muamele), bu olaylar nedeniyle birden fazla hakkın ihlal edildiği ileri sürülebileceğinden, bu ihlal iddiaları ayrı başlıklar altında incelenmektedir. Bir olay sadece bir hakkın ihlal iddiasına yol açabilir; dolayısıyla kural olarak bir başlık altında sadece bir hak ihlali incelenir.

Mahkeme, devletin bir tasarrufunun Sözleşme'deki bir hakkı ihlal edip etmediğini incelerken, kural olarak ilk önce "*başvurucunun şikayetini ve davalı devletin savunmasını*" özetlemekte; ikinci olarak uygulanacak madde veya fıkradaki hak ile ilgili "*genel ilkelere*" yer vermekte; üçüncü olarak "*genel ilkelerin olaya uygulanması*" ile sonuca varmaktadır. Bu aşamalar genellikle alt başlıklar halinde birbirinden ayrılmaktadır. Ancak Mahkemenin bu aşamaları birbirinden alt başlıklarla ayırmadan incelediği kararları da vardır.[40]

---

38 bk. örneğin Emel Boyraz – Türkiye, no. 61960/08, 12.02.2014

39 bk. örneğin Chinnici – İtalya (No. 2), no. 22432/03, 14.04.2015, §28, 47, 48

40 bk. örneğin Emel Boyraz – Türkiye, no. 61960/08, 12.02.2014, §70-75

Genel ilkeler kısmı, güvence altına alınmış hakkın veya ilkenin önemi, kaynağı, yararlanma veya sınırlama şartları, şartları uygulama kriterleri, kriterleri etkileyen faktörleri açıklayan bir bölümdür. Bu kısım, şikayet konusu türden müdahalenin ilgili hak veya ilkeyi ihlal etmemiş sayılabilmesi için taşıması gereken özellikleri gösteren bir kısımdır. Bu kısımda, sonuç itibarıyla söz konusu hak veya ilkenin ve bu bağlamda devletlerin yükümlülüğünün kapsamı belirlendiğinden, bireylerin ve devletlerin (ve doğaldır ki karar okuyucularının) büyük önem verdikleri bir kısımdır. Bu bölümde önceki kararlardaki cümleler tekrar edilip önceki kararlara atıflar yapılarak içtihatta istikrar vurgulanmaktadır. Kapsamın genişliğini etkileyen kriterlerde ve hatta sözcüklerdeki değişiklik içtihat değişikliği oluşturabileceğinden, yeni kriterlerin tartışılarak gösterilmesi gerekmektedir.[41]

İlkelerin olaya uygulanması kısmı, genel ilkeler kısmında gösterilen şartların, kriterlerin ve faktörlerin olayda bulunup bulunmadığı sorusuna yanıt arandığı kısımdır. Bu bölümde hak ve ilkelerden söz edilirken hak ve ilkelerin kapsamının gösterildiği ilgili paragrafa, olaylardan söz edilirken olaylar bölümündeki ilgili paragrafa atıf yapılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde, kararlarda "*tarafların iddia ve savunmaların özeti*" ile "*karar gerekçesi*"nin yer alması öngörülmüş (İçtüzük md. 77(1)(b)(7) ve (7), md. 78(1)(b)(5) ve (6)), ancak hüküm gerekçesinin nasıl oluşturulacağına ilişkin bir hüküm getirilmemiştir.

Anayasa Mahkemesi "*İnceleme ve Gerekçe*" bölümünde hüküm gerekçesini yazmaktadır. Bölüm başlığı "*İnceleme ve Gerekçe*" olduğundan, bunun altındaki ana başlıkların "*İnceleme*" ve "*Gerekçe*" olması beklenir. Ne var ki Mahkeme'nin bu bölümü, "A. *Başvurucunun iddiaları*" ve sonra "*B. Değerlendirme*" şeklinde iki ana başlık altında yazdığı görülmektedir.

Başvurucunun iddiaları ana başlığı altında, başvuru dilekçesinin geniş bir özetinin yapıldığı görülmektedir. Başvuru dilekçesindeki sıraya uygun olarak, başvurucunun şikayet ettiği olaylardan sonra ihlal edildiğini ileri sürdüğü anayasal haklara veya Anayasa maddelerine yer verilmektedir. Başvurucunun iddiaları ana başlığı altında yazılanlar, yukarıda incelenen

41 bk. örneğin Vilho Eskelinen ve Diğerleri – Finlandiya [BD], §39 ve devamı

"*Başvurunun konusu*" bölümünde yazılanlarla hemen hemen aynı, bazen biraz daha ayrıntıya yer veren halidir. Dolayısıyla yukarıda başvurunun konusu bölümüne ilişkin yapılan eleştiriler, başvurucunun iddiaları ana başlığı altında yazılanlar için de geçerlidir.

Mahkeme, değerlendirme başlığı altında ilk olarak, yukarıda ifade edildiği gibi nitelendirme yetkisini kullanarak, başvurudaki hangi ihlal iddialarını inceleyeceğini belirlemektedir. Dolayısıyla buradaki ifadelerden, başvurudaki bazı şikayetlerin inceleme dışında bırakıldığı ve incelenecek olan ihlal iddialarının hangi maddeler bakımından inceleneceği anlaşılmaktadır.[42] Bu dışlama ve nitelendirme işleminin Anayasa Mahkemesi tarafından her zaman başarılı bir şekilde yapıldığını söylemek zordur.[43]

Mahkemenin Değerlendirme başlığı altında, "*1. Kabul edilebilirlik*", "*2. Esas"* ve ihlal tespit edilmiş ise "*3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden*" alt başlıkları altında inceleme yaptığı görülmektedir.

Bir başvuruda birden fazla incelenebilir ihlal iddiası varsa, Mahkeme "*Kabul edilebilirlik*" alt başlığı altında, önce her bir ihlal iddiasını ayrı alt başlıklar altında kabul edilebilirlik yönünden incelemekte ve sonuca varmaktadır. Bu aşamada kabul edilebilir bulduğu ihlal iddialarını "*Esas*" alt başlığı altında, yine ayrı ihlal iddiaları alt başlıkları altında bu kez esas yönünden incelemekte ve sonuca varmaktadır. Bu inceleme sırası okuyucu açısından ihlal iddiaları arasında kopukluk oluşturmaktadır. Her bir ihlal iddiasının bir başlık altında önce kabul edilebilirlik açısından incelenmesi ve kabul edilebilir bulunmuş ise hemen esas açısından incelenip sonuca varılması daha uygundur.

---

42 bk. örneğin, Süleyman Öner ve Diğer 2 Başvurucu kararı (no. 2013/9062, Karar günü: 18.06.2014). Bu davaya konu olayda başvurucu, tapu tescil davasının uzun sürmüş olması nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ve bu süre içinde taşınmazdan yararlanama mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§26). Anayasa Mahkemesi makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasını esastan inceledikten sonra şöyle demiştir: "Başvurucular ayrıca, uzun süren yargılama nedeniyle taşınmazdan yararlanamadıkları gibi taşınmazdan sağlanan gelir desteğinden de mahrum kaldıklarını belirterek, Anayasa'nın 35. maddesinde tanımlanan mülkiyet haklarının ihlal edildiğini iddia etmiş olup, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde yukarıda yer verilen tespitler ışığında, mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiaların ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir" (§56). Anayasa Mahkemesinin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde yapmış olduğu tespitin mülkiyet hakkı ihlal iddiası yönünden değerlendirmeyi neden gereksiz kıldığı anlaşılamamaktadır.

43 Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bk. O.Doğru, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvurularda Nitelendirme Yetkisi", Haşim Kılıç'a Armağan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt 1, s.467-520, Ankara, 2015.

Mahkeme "*Esas*" alt başlığı altında bir hak ihlal iddiasını incelerken, ilk önce söz konusu hak ile ilgili ilkelere yer vermekte sonra bu ilkeleri olaya uygulamaktadır. Mahkeme ilkeleri, konuyla ilgili İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarından atıflarla aktarmaktadır. Ancak bu ilkelerin aktarımı her zaman başarılı değildir. Örneğin gözaltında kötü muamele şikayetinin bulunduğu Deniz Yazıcı kararında[44] Mahkeme, kötü muamele yasağının ihlali iddiasını usul yönünden incelerken on sekiz paragraf halinde genel ilkelere yer vermiş, soruşturma makamlarının resen hareket geçmeleri gerektiğinden söz ettiği halde soruşturmanın hemen başlatılmasının gerekliliğinden söz etmemiştir. Soruşturmanın hemen başlatılması ilkesi ihmal edildiği için, olayda başvurucu gözaltında kötü muamele gördüğünü 16.05.2008 tarihli emniyet ifadesinde anlatmış olmasına rağmen savcının 10 gün sonra 26.05.2008 tarihinde soruşturma başlatmış olmasındaki (§ 105) gecikme, Mahkemenin dikkatini çekmemiştir.

Güllüzar Erman kararına[45] konu olan olayda başvurucu, diğer sanıklardan A.A.'nın kolluk tarafından işkenceyle ve avukatın katılımı sağlanmaksızın alınan ifadesinin kendisi aleyhine delil kabul edilerek mahkum edilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, tam on paragrafta (§ 58-67) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına atıflar yaparak konuya ilişkin ilkelere yer vermiştir.[46] Mahkeme genel ilkelerin olaya uygulanması sırasında, geniş alıntılar yaptığı diğer sanığın başvurucuyu suçlayan gözaltındaki ifadesine (§ 68), doktor raporlarına (§ 69), savcı önünde verdiği ifadesine (§ 70), duruşmadaki ifadesine (§ 71), ceza mahkemesinin başvurucu hakkındaki değerlendirmesine (§ 72) yer vermiş ve şöyle demiştir (§ 73): "*İlk Derece Mahkemesinin sübuta ilişkin değerlendirmeleri incelendiğinde, sanık A.A.'nın kolluk ifadesindeki ikrarı dışında kamera görüntü kayıtları, banka çalışanlarına ait teşhisleri, diğer tanıkların anlatımları, olay yeri inceleme raporu ve sanık A.A.'nın ev aramasında bulunan tabancalar gibi başkaca delillere de dayanıldığı; A.A.'nın ikrar içeren ifadesinin, İlk Derece Mahkemesinin sübut konusunda ulaştığı vicdani kanaat bakımından*

44 Deniz Yazıcı kararı, no. 2013/6359, Karar günü 10.12.2014

45 Güllüzar Erman kararı, no. 2012/542, Karar günü: 04.11.2014

46 Ne yazık ki Anayasa Mahkemesi, İHAM'ın bu bağlamda konuyla ilgili Örs ve Diğerleri - Türkiye, Söylemez – Türkiye, Hacı Özen – Türkiye, Göçmen – Türkiye, Harutyunyan – Ermenistan kararlarına atıf yapmamıştır. Bu kararlarda işkence altında alınmış ikrarların kesinlikle delil olarak kullanılamayacağı vurgulanmaktadır.

belirleyici yegâne delil olmadığı ve diğer delilleri önemsiz kılmadığı görülmektedir. Bu tespitler ışığında, başvurucu hakkındaki yargılamanın bir bütün olarak adil olmadığı söylenemeyeceğinden, başvurucunun hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır."

Anayasa Mahkemesi'nin işkence altında alınmış ikrarın, "*belirleyici yegâne delil" olmaması* ve "*diğer delilleri önemsiz kılma*"ması halinde mahkumiyet için dayanılabileceği sonucuna varması, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin konuya ilişkin getirdiği ilkelerle çelişmektedir.

"Hüküm"

Uyuşmazlığın çözümüyle hangi sonuca varıldığı ve bundan sonra kime ne yükümlülük düştüğü, kararın hüküm fıkralarında gösterilir. Hüküm fıkralarında, i) bir iddianın kabul edilebilir (esastan incelenebilir) olup olamadığı, ii) kabul edilebilir ise, iddianın dayandığı olayın bir hakkı ihlal edip etmediği, iii) bir hak ihlal edilmiş ise, giderimin nasıl sağlanacağı gösterilir.

Anayasa Mahkemesi kararının hüküm fıkralarında, kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin sonuçlar kavramlarla gösterilmekte, ancak çoğu zaman Anayasanın hangi maddesinin ihlal edildiği veya ihlal edilmediği gösterilmemektedir.[47]

Sonuç

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarına isim vermeye başlaması, Türkiye'de içtihat hukukunun gelişimine katkıda bulunacaktır. Diğer mahkemelerin de kararlarını isimlendirmeleri halinde bu katkıyı genişletecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin tüm bireysel başvuru kararlarının elektronik ortamda erişilebilir olması, kararların eleştirilmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Yargıtay ve Danıştay kararlarının da tümünün erişilebilir olması, içtihat hukukunun güçlenmesini sağlayacaktır. Yargısal kararlara erişimin sınırlanmasının, hukuka erişim hakkının özünü zedelemek bir yana, kamunun adalete olan güvenini de sarsmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarının gerekçelerinin yazım kalitesinin artırılmasına ihtiyaç vardır.

47 Örneğin, Mürsel Bayrak kararı, no. 2014/6419, Karar günü 25.03.2015, Yayımlanma tarihi 30.03.2015

Sporda Zorunlu Tahkim - Bireysel Başvuru İlişkisi: 'Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemleri' Dar Yorumlamak Mümkün Değil mi?

Yrd. Doç. Dr. Ozan Ergül
TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. GİRİŞ

1982 Anayasası'nda son değişiklik 6214 sayılı Kanunla yapılmıştır. 17 Mart 2011 tarihinde kabul edilen bu anayasa değişikliği hakkında kanun ile birlikte Anayasa'nın "*sporun geliştirilmesi*" kenar başlığını taşıyan 59. maddesinin kenar başlığı "*sporun geliştirilmesi ve tahkim*" olarak değiştirilmiş ve maddeye bir fıkra eklenmiştir. Söz konusu fıkrada şu düzenlemeye yer verilmektedir: *"Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz."*

Özellikle, meşhur şike soruşturması sürecinde yaşanan tartışmalar nedeniyle kamuoyunun da haberdar olduğu bu düzenleme ile birlikte, sporun adeta olağan hukuk ve yargı düzeni dışında ve ona paralel kendine özgü bir hukuk düzeni ve uyuşmazlık çözme mekanizması bulunduğu tescil edilmiştir. Bu düzenleme sayesinde, artık spor uyuşmalıklarının çözümü ve disiplin suçlarının cezalandırılması mekanizması olağan hukuk düzeninin kuralları ve yöntemleri dışına çıkarılmıştır.[1] Şüphesiz, bu mekanizmanın da kendi iç işleyişinde, hukuk kurallarını ve ilkelerini göz önünde tutması gerekir ve öyle yapacağı beklenir. Ancak, spor camiası içinde işletilen süreçlerde anayasal hak ve özgürlüklerin ihlaline sebep olan uygulamalar ve kararlar ortaya

1 Bununla birlikte, 6214 sayılı Kanunun gerekçesinde de belirtildiği gibi *"…sporla ilgili kişilerin kendi aralarında imzaladıkları transfer, geçici transfer, menajerlik, hizmet, vekalet ve maç organizatörlüğü gibi tüm sözleşmelerden kaynaklanan alacak iddia ve talepleri ile mali haklar, sporun yönetilmesi ve disiplinine ilişkin olmadığından bu kapsam dışındadır."* Bkz. TBMM, 23. Dönem, 5. Yasama Yılı, S.Sayısı: 697.

çıktığında ne yapılabileceği sorusu zihinleri meşgul etmektedir. Anayasanın 11. maddesinde belirtilen *"Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü"* ilkeleri çerçevesinde, spor insanlarının hak ve özgürlüklerinin ihlaline sebep olan, ya da haklı görülemeyecek sınırlamalar getiren sporla ilgili kurul kararları için gidilebilecek bir hukuki koruma mekanizması yok mudur? Diğer bir deyişle, sporcuların ve spor yöneticilerinin anayasal hakları korumasız mı kalmıştır?

Yukarıdaki sorular, Anayasa'da 6214 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki bir tarihte, 5982 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler ışığında daha da anlamlı hale gelmektedir. Zira, 5982 sayılı Kanun, bilindiği gibi, 2010 Anayasa değişiklik paketi olarak halk oylaması sonucunda yürürlüğe girmiş ve söz konusu değişiklikler çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin organizasyonu yanında görev ve yetkileri de yeniden düzenlenmiştir. 2010 Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddede kapsamlı değişiklikler yapılmış ve bireylere Anayasa Mahkemesi'ne başvurma hakkı getiren "*bireysel başvuru*" düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 148. maddesine eklenen üçüncü fıkranın düzenlemesi şöyledir: *"Herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."*

Diğer taraftan, konumuz açısından önemi nedeniyle 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un bireysel başvuru hakkını düzenleyen 45. maddesine de değinmek gerekmektedir. Anılan maddenin üçüncü fıkrası bireysel başvuruya konu olamayacak işlemleri şöyle sıralamaktadır: *"Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz."*

6216 sayılı Kanun'un ilgili düzenlemesi, Anayasa'nın 59. maddesinin **"***Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir"* biçimindeki düzenlemesi karşısında önem kazanmakta, 59. maddenin "*yargı yolunu*" kapatan düzenlemesi, dolaylı olarak "*bireysel başvuru*" yoluna gidilmesini de engellemektedir. Bu durum, sporcuların ve spor yöneticilerinin, anayasal hakların korunması için getirilmiş olan "*bireysel başvuru*" hakkından mahrum

bırakılmaları ihtimalini güçlendirmiştir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin, 22 Şubat 2013 tarih ve 28567 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan 2012/620 Başvuru numaralı "*bireysel başvuruyu*" "*kabul edilmez*" bulan kararı, bu ihtimalin somutlaştığını göstermektedir.

Anılan karara konu bireysel başvuruda bulunan kişi Wushu Federasyonu Başkanıdır ve Spor Genel Müdürlüğü Merkez Ceza Kurulunca kendisine verilen disiplin cezasına karşı Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'na itiraz başvurusunda bulunmuştur. Ancak, bu itirazından sonuç alamayan başvuru sahibi Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucunun hak ihlaline sebep olarak gösterdiği hususlar arasında *"Tahkim Kurulunun bağımsız ve tarafsız olmadığı, kendisine yöneltilen suçlamanın niteliğinden haberdar olmadığı, göstermiş olduğu tanıkların beyanlarının dikkate alınmadığı, tahkim kurulu kararına karşı itiraz yolu bulunmadığı"* gibi iddialar bulunmaktadır. Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülen olay ve olguların incelenmesi, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın yukarıda aktarılan 59. maddesi ve 6216 sayılı Yasa'nın 45. maddesinin 3. fıkrası dayanak gösterilerek esasa girilmeden reddedilmiştir. Peki, Anayasa'nın 59. ve 6216 Sayılı Kanun'un 45. maddesi arasında bu türden bir ilişki bulunmakta mıdır? Ya da, diğer bir deyişle, daha yakın tarihli olan Anayasa değişikliği gerçekleştirilirken, 6216 sayılı kanunun ilgili düzenlemesi (m. 45) nedeniyle zorunlu tahkim yolunun işletilmesinden sonra bireysel başvuruda bulunulması olanağının da kaldırılması amaçlanmış mıdır?

II. Anayasa 59. madde ve "*Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemler*" Arasındaki İlişki

6216 sayılı yasanın yukarıda aktarılan 45. maddesinin üçüncü fıkrası bireysel başvuruyu konu yönünden sınırlandırmıştır. Bireysel başvuruda bulunma hakkının kapsamını '*kamu gücü*' nedeniyle hak ihlaline uğramak olarak belirleyen Anayasa düzenlemesi karşısında, bu sınırlamanın Anayasa'ya aykırı olduğu haklı olarak dile getirilmektedir.[2]

2 KANADOĞLU, Korkut, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, XII Levha Yayınları, (2015), s. 68; SAĞLAM, Fazıl, "Anayasa Şikayeti, Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", Demokratik Anayasa içinde, Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (editörler), Metis Yayınları, (2012), s.446.

6216 sayılı yasanın 45. maddesinde öngörülen ve esas itibariyle bireysel başvurunun kapsamını daraltan "*Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*" ibaresi ele aldığımız konu açısından önemlidir. Bu işlemlerin neler olduğu Anayasa'nın ilgili düzenlemelerinden çıkarılabilmektedir. Bu bağlamda, "*Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler*" (AY m. 125/2), "*Yüksek Askeri Şûra'nın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri*" (AY m. 125/2 son cümle); "*Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararları*" (AY m. 159/10); "Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri" (AY m. 148/1), "*Sayıştay'ın karar düzeltme istemleri dışında verdiği kararlar*" (AY m. 160/1 son cümle), "*Yüksek Seçim Kurulu kararları*" (AY m. 79/2 son cümle) sayılabilir. Nitekim doktrin, bugüne kadar 6216 sayılı yasanın 45. maddesinin sebep olduğu kapsam daraltmasını bu sayılan işlemler üzerinden değerlendirmiştir. Hiç dikkat çekmeyen diğer bir daraltma ise, ele aldığımız Anayasa'nın 59. maddesinden kaynaklanmıştır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, ele aldığımız mesele ile ilgili bireysel başvuru kararının ilgili bölümünde, Anayasa'nın 59. maddesine göre "*tahkim kurulu kararlarının kesin olduğunu*" hatırlattıktan sonra, aynı maddeye göre "*bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamayacağını*" belirtmiştir. Yine Mahkeme'ye göre, 6216 sayılı Yasa'nın 45. Maddesi, "*Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvurunun konusu olamayacağını*" hükme bağlamıştır. Bu düzenlemeler karşısında konu yönünden bireysel başvuru hakkının kullanımına engel bir durum söz konusu olduğundan, "*konu bakımından yetkisizlik*" nedeniyle *"kabul edilemezlik*" kararı verilmiş ve başvuru sahibinin hak ihlali iddiaları incelenmemiştir.

Bu karar, doktrinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun, hangi haklar için ve kimler tarafından yapılabileceğini tartışan çalışmaların hiçbirinde değinilmeyen, farklı bir sorunla karşı karşıya olduğumuzu göstermiştir.[3] Bu sorun, spor disiplin hukukunun Anayasa'nın 59. ve 6216

3 Bireysel başvuruya konu olabilecek haklar ile ilgili tartışmaların yapıldığı bazı çalışmalar için bkz. SABUNCU, Yavuz - ESEN, Selin, "Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli, Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", Anayasa Yargısı, Cilt: 21, 2004, ss. 229-246; SAĞLAM, Fazıl, "Anayasa Şikayeti, Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", Demokratik Anayasa içinde, Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (editörler), Metis Yayınları, 2012, s.418 – 466; GÖZTEPE, Ece, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", TBB Dergisi, Sayı: 95, 2011, s. 13 – 40.

sayılı Kanun'un 45. maddesine göre, bütünüyle Anayasal düzene paralel bir yeni düzen içinde yürütülmesinden kaynaklanmaktadır. Bununla bağlantılı olarak, bu farklı düzene tabi olan sporcuların ya da spor yöneticilerinin haklarının anayasal güvence altında olmadığı, ya da daha da ileri giderek, bu kişi ya da grupların anayasal haklarının hukuk düzenince tanınmadığı ortaya çıkmaktadır. Böyle bir sonucun, çağdaş hukuk düzenlerine hakim anlayış ve anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri karşısında benimsenmesi olanak dışıdır. Kaldı ki, 1982 Anayasası'nın 11. maddesi şu düzenlemeyi içermektedir: "*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*."

Anayasa'nın 11. maddesi gereği, temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeleriyle birlikte Anayasa hükümleri, tüm kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Dünya anayasalarında benzerine çok az rastlanan bu düzenleme çerçevesinde, temel hak ve özgürlüklerin sadece devlet ve bireyler arası ilişkilerde değil, aynı zamanda bireyler başta olmak üzere özel hukuk kişileri arasındaki yatay ilişkilerde de doğrudan etkiye sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Diğer bir deyişle, hak ve özgürlük ihlali ister devlet kurumları veya kamu erki kullanan diğer kuruluşların eylem ve işlemlerinden, isterse özel hukuk kişilerinin eylem ve işlemlerinden kaynaklansın, Anayasa hükümleri bir koruma sağlamaktadır/sağlamalıdır. Temel hak ve özgürlüklerin doğrudan etkisi, temel hak ve özgürlüklerin bireylerin davranışlarını doğrudan yönetme etkisine sahip olduğu anlamına gelmektedir. Bunun sonucu olarak, başka herhangi bir yasaya dayanmaksızın bireylerin doğrudan anayasaya dayanarak haklarına ve özgürlüklerine ilişkin menfaatlerinin korunmasını isteme hakları bulunmaktadır.[4] Dolaylı etkinin temel hakların ancak yasal düzenlemeler ve yargı içtihatları yoluyla hukuk ilişkilerine etkide bulunabileceğini kabul eden yaklaşımından daha ötede bir etkiye sahip olan bir anayasal düzende, belli bir grubun haklarının tamamen korumasız bırakılmasını kabul etmek düşünülemez.

Oysa, Anayasa'nın 59. ve 6216 sayılı kanunun 45. maddesi çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda alıntılanan kararı ışığında, spor

4 Temel hak ve Özgürlüklerin yatay etkisine ilişkin olarak bkz. ERGÜL, Ozan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine", Erdal Onar'a Armağan, Cilt I, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, (2013), s. 433-488.

insanlarının disiplin hukukundan kaynaklanan uygulamalar ve kararlar karşısında anayasal hakları güvence altında değildir. Diğer bir deyişle, Anayasa hükümleri spor disiplin hukuku ve bu alanda yetki kullanan kişi ve kuruluşlar "*dışında*" "*üstündür*" ve "*bağlayıcıdır*". Böyle bir sonucun, sadece Anayasa'nın 11. maddesinin açık hükmü karşısında değil, aynı zamanda bireysel başvurunun kabul edilme nedeni karşısında da haklı görülmesi mümkün değildir. Bu noktada, Anayasa'nın 59. maddesinin de bir Anayasa hükmü olduğu ve bu nedenle Anayasa'nın 11. maddesinin etkisinin bu düzenleme nedeniyle sınırlandığının kabul edilmek gerektiği iddia edilebilir. Ancak, böyle bir iddianın haklı görülebilmesi için, her şeyden önce sonraki tarihli Anayasa değişikliğinin bu bilinç ve amaçla yapıldığının kanıtlanması gerekir. Kaldı ki, Anayasa'nın 59. maddesinin konuluş amacı, bireysel başvuru üzerine yapılacak incelemenin kapsamı ile birlikte değerlendirildiğinde, bireysel başvurunun zorunlu tahkim yolundan sonra dahi işletilebileceğini kabul etmek gerekir.

III. Anayasa'nın 59. Maddesiyle 6216 Sayılı Yasanın 45. Maddesinden Kaynaklanan Sınırlayıcı Hükmün Aşılması Yolları

Bir hak koruma mekanizması olarak bireysel başvuru yolunun 2010 yılında kabul edilmesinden daha sonraki bir tarihte Anayasa'nın 59. maddesinin değiştirilmiş olması, ancak 2011 yılında bu değişiklik yapılırken bireysel başvurunun hiç göz önünde tutulmamış bulunması, dikkat çekici bir ihmali gözler önüne sermektedir. Anayasa değişikliğinin yapılması sırasında, zorunlu tahkim şartının getirilmesi ile ilgili olarak dayanılan başlıca gerekçe spor disiplin hukukunun hızlı işletilmesine duyulan ihtiyaç olmuştur. Nitekim, değişikliğin gerekçesinde şu ifadelere yer verildiği görülmektedir: "*Anayasada yapılan bu değişiklikle, sportif faaliyetlerinin yönetilmesine ve disiplinine ilişkin ihtilafların süratle ve yargı denetimine tabi olmaksızın kesin olarak çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır. Bu çerçevede ilgili kurulların müsabakalarla, kulüplerle, sporcularla ve sporla ilgili diğer kişiler hakkında verdikleri müsabakadan men, küme düşürme, ligden ihraç, ihraç, seyircisiz oynama ve puan tenzili gibi kararlarına karşı süratli ve kesin bir denetim yolu öngörülmektedir*."[5] Ayrıca Kanun'un genel gerekçesinde uluslararası spor hukuku kurallarının iç hukuka yansıtılmasının amaçlandığı da belirtilmiştir.

5 http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/dönem23/yıl01/ss697.pdf (Erişim tarihi:15.04.2013).

Gerekçeden anlaşıldığı gibi, zorunlu tahkim süreci sonucunda verilecek kararların kesin olduğu, diğer bir deyişle bunlara karşı başka mercilere başvuru ve itiraz hakkının tanınmadığı hükme bağlanmıştır. Ancak, Anayasa değişikliği gerekçesinde ya da Anayasa Komisyonu'nun raporunda spor disiplin hukukuna ilişkin süreçlerde hak ihlalleri yaşanabileceği hiçbir biçimde gündeme getirilmemiş, ayrıca getirilen düzenleme nedeniyle o gün için Anayasa'da yer alan bireysel başvurudan spor insanlarının yararlanma olanağı da öngörülememiştir.

Anayasa'nın 59. maddesinin zorunlu tahkim süreci öngörmesi ile birlikte, spor disiplin hukuku yönünden Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru da dahil, tüm yargı yollarının kapatılması, aslında spor disiplin hukuku alanında hak ve özgürlükleri güvencesiz bırakmakta ve Anayasa'nın 11. maddesini ve bireysel başvuruyu düzenleyen 148. maddesini bu anlamda etkisiz kılmaktadır. Ancak, sorunun bir başka boyutu daha bulunmaktadır. Bu boyut, yine Anayasa'nın 11. maddesinde açık bir biçimde ifade edilmiş olan anayasa kurallarının bağlayıcılığı ile ilgilidir.

2011 yılında Anayasa'nın 59. maddesinin değiştirilmesine, aslında bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi'nin 2009 ve 2011 yıllarında vermiş olduğu iki iptal kararı neden olmuştur. Nitekim, Anayasa Komisyonu raporunda bu ilişki açık bir biçimde ifade edilmiştir.[6] Anayasa Mahkemesi, önce E.2006/118 sayılı kararı ve daha sonra da E.2010/61 sayılı kararı ile zorunlu tahkim yolu tanınması nedeniyle yargıya başvuru hakkını ortadan kaldıran iki ayrı kanun düzenlemesini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu kararlardan ilki, 5105 sayılı Kanun ile 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen Ek 9. maddeye ilişkindir. Söz konusu maddede, *"…federasyon ile kulüpler; federasyon ile hakemler; federasyon ile teknik direktörler ve antrenörler; kulüpler ile teknik direktör ve antrenörler kulüpler ile oyuncular; kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak ihtilaflar hakkında yönetim kurulunca verilecek kararlar ile disiplin veya ceza kurulu kararlarını, ilgililerin itirazı üzerine inceleyerek kesin karara bağlamakla"* görevli Tahkim Kurulu'na yer verilmişti. Yine bu Kanun'a dayanılarak hazırlanan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu Yönetmeliği'nin 12. maddesinde, Tahkim Kurulu kararlarının kesin olduğu belirtilmiş ve bu kararlara karşı idari mercilere veya

6 Anayasa Komisyonu Raporu için bkz. 3 numaralı dipnotta belirtilen sıra sayısı.

yargı yoluna başvurulmayacağı hükme bağlanmıştı. Anayasa Mahkemesi işte 5105 sayılı Kanunla yaratılan bu yeni durumu Anayasa'ya aykırı görerek iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, konuya ilişkin ikinci kararında ise, 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. maddesinin 4. fıkrasında yer alan ve Tahkim Kurulu kararlarının kesin ve nihai olduğunu ve ayrıca bunlara karşı yargı yoluna başvurulamayacağını hükme bağlayan düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı görmüştür. İlgili düzenlemenin, FIFA ve UEFA gibi uluslararası futbol kuruluşlarının, spor uyuşmazlıklarının yargıya taşınmasına karşı olan siyasetini karşılamak amacıyla çıkarıldığı bilinmektedir. Nitekim Anayasa değişikliğine ilişkin Anayasa Komisyonu Raporu'nda da bu durum açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda, Futbol Federasyonunun en azından yargısal nitelikteki tahkim süreci çerçevesinde yapılan işlemlerinin idari işlem niteliğinde olduğu yönündeki tespite katıldığımızı belirtmek isteriz.[7] Bu durumda, genel yetkili spor tahkim yolu ile futbol federasyonu bünyesindeki tahkim sürecinin kesin ve yargıya taşınamaz kılınması, hak ve özgürlükler yönünden ciddi bir tehlike yaratmaktadır. Doktrinde de belirtildiği gibi, "*yargısal denetim, idarenin "hukuka" atfedilen nesnellik yanılsamasının meşrulaştırıcı gücü ile donatılması işlevini de görmesine rağmen, idari fonksiyonun gerektiği gibi yerine getirilmesi için kullanılan kamu gücü karşısında bireyin hak ve menfaatlerini korumasının en etkili yoludur*."[8] Ancak, sorun sadece tahkim sürecinde adil yargılanma ve ona içkin haklara saygı gösterilmesi ile giderilemeyecek kadar ciddi tehditleri içinde barındırmaktadır.[9] Bu bağlamda, eleştiri boyutunda kalan ve herhangi bir iftira içermeyen ya da kişilik hakkı ihlali oluşturmayan beyanların spor disiplin hukuku çerçevesinde cezalandırılmasının, anayasal bir hak ya da özgürlüğün (örneğin ifade özgürlüğünün) ihlalini oluşturup oluşturmaması da ayrıca üzerinde durulması gereken bir konudur. Durum o kadar ilginç bir boyut kazanmıştır ki, bir futbolcunun oynanan müsabakadan sonra yapılan basın toplantısında sadece bir cümle söyleyerek demeç vermeden ayrılması dahi hakkında disiplin süreci işletilmesine neden olabilmektedir. Futbol federasyonunun yayıncı kuruluşla yaptığı anlaşmanın bir hükmüne

7 ÖZTÜRK; Burak, "İdarenin Denetlenmesinde Zorunlu Tahkim Yolu", Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2011, s. 612-13.

8 *Ibid.*, s. 628.

9 Burak ÖZTÜRK çalışmasında, zorunlu tahkim yolunda adil yargılama hakkına ilişkin ilkelere uygun hareket edilmesine odaklanmıştır. Oysa, burada ileri sürdüğümüz çerçevede, yargı denetiminin olmaması nedeniyle başka hak ihlalleri de gündeme gelebilir.

dayanarak sporculara oynanan müsabakadan sonra yayıncı kuruluşa demeç verme zorunluluğu getirilmek istenmesi karşısında, demeç vermemenin sporda disiplini nasıl olup da bozduğu ayrıca tartışmaya açıktır. Böyle bir durumda tehlikede olan anayasal hakların salt adil yargılanma hakkı ile sınırlı olmadığı rahatlıkla iddia edilebilir.

Anayasa'nın 59. maddesinin sonuçları itibariyle yeterince üzerinde durulmadan kabul edildiğini söylemek abartılı bir tespit sayılmamalıdır. Yeni Anayasa yapım süreci yaşanan ülkemizde, hâlihazırda üzerinde anlaşılmış olan maddelerden bir tanesinin burada bazı sonuçları itibariyle ele aldığımız sporda zorunlu tahkim maddesi olması, spor insanlarının anayasal haklarının gelecekte de tehlike altında kalacağını öngörmemize neden olmaktadır. TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu'nda kabul edilen düzenleme şöyledir: *"(1) Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı iç hukuk bakımından hiçbir yargı merciine başvurulamaz."*[10] Bu düzenleme mevcut 59. maddeye paralellik taşımakta olup, Anayasa Mahkemesi'nin ele aldığımız içtihadı çerçevesinde gelecekte de anayasal hakların bireysel başvuru yoluyla korunmasına engel oluşturacağını iddia etmek kehanet sayılmamalıdır.

Hakların korunmasız kalmasına sebep olan temelde bir anayasal düzenleme ise de, sorunun ortaya çıkmasında, Anayasa Mahkemesi'nin en yukarıda belirttiğimiz kararında dayandığı 6216 sayılı Yasa'nın 45. maddesinin payını da göz ardı etmemek gerekir. Hatta biraz daha ileri giderek, Anayasa Mahkemesi'nin 6216 sayılı Yasa'nın "*Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvurunun konusu olamayacağını*" belirten düzenlemesini Anayasa'ya uygun yorumlamayarak ihmale düştüğü iddia edilebilir ve Mahkeme de bu nedenle eleştirilebilir. Gerçekten de, Mahkeme, bireysel başvuru hakkı yönünden getirilen söz konusu yasağın Anayasa'nın 59. maddesinde getirilen zorunlu tahkim sürecini kapsamadığını ileri sürebilir, 45. maddeye ilişkin böyle bir yorumun Anayasa'nın hak arama hürriyetini, hukuk devleti ilkesini düzenleyen maddelerine uygun sayılabileceğini tespit edebilirdi. Ancak, Anayasa Mahkemesi bu yolu tercih etmemiş ve ne yazık ki 45. maddenin gerçekte neyi amaçlamış olduğunu hiç tartışmamıştır.

10 http://www.radikal.com.tr/turkiye/iste_partilerin_uzerinde_anlastigi_anayasanin_48_maddesi-1141381 (Erişim tarihi: 12.07.2013).

Aslında benzer bir tartışma ve çıkış yolu arayışı Yüksek Seçim Kurulu kararlarına izafe edilen başka mercie götürülememe yasağını nedeniyle de gündemdedir. SAĞLAM, "*Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*"den olması nedeniyle Yüksek Seçim Kurulu kararlarının bireysel başvuruya da konu edilememesini şöyle eleştirmekte ve alternatif bir yolun mümkün olduğunun altını çizmektedir: *"Buna karşılık Yüksek Seçim Kurulu açısından durum biraz farklı görünmektedir. Anayasa'nın 79/II maddesinin son cümlesine göre 'Yüksek Seçim Kurulu'nun kararları aleyhine başka bir merciye başvurulamaz.' Bu maddede yargısal denetime kapalılık yönünden yukarıdakilerdeki açıklık yoktur* (Yüksek Askeri Şura kararları, HSYK kararları ve benzerleri kast ediliyor. O.E.) *Burada ilk dikkati çeken farklılık, Sayıştay'ın karar düzeltme istemleri sonunda verdiği karar karşı idari yargı yoluna başvurulamayacağı belirtilmişken, Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı başvurulamayacak olan yerin 'başka bir merci' olarak zikredilmiş olmasıdır. Bu farklılık, Yüksek Seçim Kurulu'nun norm alanındaki özelliklerde de kendini göstermektedir. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi'nin, Yüksek Seçim Kurulu'nu somut norm denetimini harekete geçirecek bir 'mahkeme' niteliğinde görmemiş olması, öncelikle göz önünde tutulmalıdır. Bu içtihat devam ettiği sürece, seçim hukukuna ilişkin kuralların somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi mümkün olmayacak ve dolayısıyla Yüksek Seçim Kurulu'nun verdiği karar yasaya uygun olsa bile, yasanın ve ona dayalı işlemin anayasaya aykırılığını düzeltme, siyasal haklara yönelik ihlalleri giderme imkânı da bulunamayacaktır. Bu durum, Yüksek Seçim Kurulu'nun, aslında bu hakların güvencesini sağlama amacıyla anayasal sisteme alınmış olması olgusuyla çelişmekte ve anılan hakları adeta korumasız bırakmaktadır. Böyle bir durumda pratik uyuşum ilkesi, birbiriyle çelişen anayasa kurallarının her birine optimal (azami) hukuksal etki sağlayacak bir çözümü zorunlu kılmaktadır. Özellikle anayasa şikayeti kurumunun anayasamızın bir parçası olmasında sonra yapılacak pratik uyuşumda bu başvuru yolunun, mevcut çelişkinin çözümünde belirleyici bir rol oynaması gerekeceği açıktır. (…) bu nedenle 6216 sayılı AYMK'nın 45/3. Maddesinde Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlere bağlı olarak tanımlanan yasağın, Anayasa'ya uygun bir* biçimde*dar yorumlanması gerektiğini, dolayısıyla Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı anayasa şikâyeti yolunun açık tutulabileceğini düşünüyoruz."*[11]

Sağlam'ın bu görüşünde dayanabileceğimiz ve dayanamayacağımız noktaların olduğu düşünülebilirse de, durumun özellikleri dikkate alınarak

11 SAĞLAM, (2012), s. 445-46.

başka bazı çözüm yollarının bulunması olanak dahilinde görünmektedir. Sağlam'ın "*Yüksek Seçim Kurulu'nun kararlarına karşı başka mercie başvurulamaz*" hükmüyle, diğer yargı yolu kapatılmış işlemler arasındaki düzenlemelerin farkına dikkat çekmesi bu kapsamda önemli görünmektedir. Zira Anayasa'nın 59. Maddesinin değişik düzenlemesi şöyledir: "*Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.*"

Görüldüğü üzere düzenleme, "*hiçbir yargı merciine başvurulamaz*" demektedir. Ancak, "*tahkim kurulu kararlarına karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz*" denirken amaçlananın ne olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu anayasa değişikliğinin teklif aşamasından itibaren ortaya konan amacı, tahkim kurullarının karara bağladığı disiplin hukuku kapsamındaki olayların, yargı organı önünde tartışılmamasını sağlamaktır. Ancak, bireysel başvurunun amacı, bir yargı organının, ya da tahkim kurulu örneğinde olduğu gibi, yasalardan yetki alarak kamu gücü kullanan bir organının verdiği kararın esastan denetlenmesini sağlamak, diğer bir deyişle karara konu davanın maddi unsurlarını tartışmak değildir. Bireysel başvuruda temel amaç, yargılama sürecinde yargılama kurallarına uyulup uyulmadığı ve somut bir karar nedeniyle ve karara ulaşırken başvurulan muhakeme/gerekçelendirme sürecindeki norm somutlaştırmalarının bir temel hak ve özgürlüğü ihlal edip etmediğini bulmaktır. Anayasa'nın "*hiçbir yargı merciine başvurulamaz*" diyen hükmü nedeniyle SAĞLAM'ın YSK kararlarıyla ilgili olarak ileri sürdüğüne benzer bir gerekçeye dayanmak mümkün görünmese de, 59. maddedeki amacın belirlenmesi ve bu amacın bireysel başvuru incelemesinin kapsamıyla birlikte değerlendirilmesi, başka bir yorumun da olanak dahilinde olduğunu bize göstermektedir.

Anayasa'nın 59. maddesinde yapılan değişikliğin başlıca amacı yargısal denetim nedeniyle disiplin meselelerinin yargıya intikal ettirilerek sürüncemede bırakılmasını önlemektir. Bireysel başvurunun kapsam ve amacı ise, disiplin uyuşmazlığını tüm maddi unsurlarıyla değil, sadece temel hak ve özgürlükler yönünden ele almak olduğundan bu kaygı büyük ölçüde bireysel başvuru yönünden geçersiz kalmaktadır. Diğer taraftan, SAĞLAM'ın değindiği hak ve değerler arasındaki çatışma durumunun pratik uyuşuma tabi tutulması gereği, ilgili değerlerin azami ölçüde ayakta tutulmasını bir zorunluluk olarak dayatmaktadır. Bu nedenle, Anayasa'nın 59. maddesindeki

yasağın sadece uyuşmazlığın tüm maddi unsurlarıyla denetime tabi tutulacağı bir yargısal denetimi yasakladığı, ancak esasen temel hak ve özgürlük ihlallerini tespite yönelmiş bir bireysel başvuru incelemesini yasaklamadığını kabul etmek mümkün olmalıdır. Muhtemel bir hak ihlali tespitinin gereği olarak tahkim kurulunun kararını gözden geçirmesi nedeniyle spor disiplini açısından yaşanacak sorunlar, tahkim kurulu süreci de dahil spor insanları ve yöneticilerinin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi nedeniyle ortaya çıkacak zarar karşısında, katlanılması gereken bir durum olarak kabul edilmelidir. Aksi yorum bizi, sporcuların ve spor yöneticilerinin temel hak ve özgürlüklerinin anayasal tanıma ve güvence sisteminin dışında olduğu gibi kabul edilmesi güç bir sonuca götürmektedir.

IV. Sonuç

Yukarıda gerekçeleriyle aktarmaya çalıştığımız görüşümüz benimsenmediği takdirde, spor insanlarının da anayasal hakları olduğu gerçeği karşısında ve Anayasa'nın 11. maddesinin bir gereği olarak, Anayasa'nın 59. maddesinin değiştirilmesi gerekmektedir. Buna göre 59. maddeye, "*Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz"* cümlesinden sonra gelmek üzere, "*Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı saklıdır*" düzenlemesi getirilmelidir. Buna paralel olarak, 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasında da bir değişiklik yapılmalı ve ilgili fıkrada yer alan "*Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz"* düzenlemesinden sonra "*spor disiplin hukuku nedeniyle zorunlu olarak gidilen tahkim yolu tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunma hakkı saklıdır*" hükmüne yer verilmelidir.

Bu önerilerimiz çerçevesinde yeni düzenlemeler yapılması halinde, bireysel başvuru yolu spor insanları için de tanınacak, bu sayede de anayasal düzende anayasal hakların etkisinin tanınmadığı ve dolayısıyla anayasanın üstün ve bağlayıcı olmadığı bir ayrıksı hukuk düzeninin ortaya çıkması önlenmiş olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü Kararlarına Yönelik Eleştirel Bir Değerlendirme

Arş. Gör. Dr. Tolga Şirin
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Giriş

Anayasa Mahkemesi (AYM), 23.09.2012 tarihinden bu yana anayasa şikâyeti[1] kararları vermektedir. Büyük çoğunluğu kabul edilemezlik kararı niteliğinde olan bu kararların bir kısmı toplanma ve örgütlenme özgürlüğü ile ilişkilidir. Bu kararlar, tüm kararlar içinde az sayıdadır. Fakat kararların ve ihlal sayısının az olması, Türkiye'de bu konularda sorun olmadığı anlamına gelmemektedir. Hatta uluslararası raporlar göstermektedir ki bu alan, Türkiye'deki en güncel sorun alanlarından biridir.[2] Öyle ki İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi verdiği ihlal kararlarına[3] rağmen Hükümet'in hiçbir adım atmaması, hatta ihlali derinleştirmesi karşısında; *İzci v. Türkiye* kararında, artık bir adım daha ileri gitmiş ve 40'tan fazla kararda, kolluk görevlilerinin gösterilerdeki sert müdahalelerinin veya barışçıl göstericilere karşı açılan ceza davalarının Sözleşme'nin 3 ve 11'nci maddelerini ihlal sonucuna ulaşıldığını, 20'den fazla kararda kolluk güçlerinin cezasız bırakıldığını ve hâlihazırda 130 başvurunun incelenmeyi beklediğini kaydederek, Sözleşme'nin 46'ncı maddesi çerçevesinde karar vermiştir.[4] Kolluk güçlerinin göz yaşartıcı gaz kullanımına ilişkin yetkilerinin spesifik hale getirilmediğinin, bu bağlamda

1 'Bireysel başvuru' yerine 'anayasa şikâyeti', 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi' yerine 'İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi' kavramlarının kullanılması nedenleri için bkz. Tolga Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti*, İstanbul: XII Levha Yay., ss. 2-3, dn. 6.

2 Örneğin bkz. Human Rights Watch, *Protestoyu Terör Suçu Saymak: Göstericileri Yargılamak ve Hapsetmek İçin Terörle Mücadele Yasalarının Keyfi Kullanımı*, Berlin: HRW, 2010. Amnesty International, *Gezi Parkı Eylemleri: Türkiye'de Toplanma Özgürlüğü Hakkı Şiddet Kullanılarak Engelleniyor*, London: Uluslararası Af Örgütü Yay., 2013.

3 *Ali Güneş vTurkey*, ECtHR, 9829/07, 10.04.2012.

4 *İzci vTurkey*, ECtHR, 42606/05, 23.07.2013, §§ 95-97.

öngörülebilir ve ulaşılabilir bir hukukun bulunmadığının söylendiği *Abdullah Yaşa v.Türkiye*[5]kararında da aynı şekilde 46'ncı madde hükmüne dayanılmıştır. Mahkeme, *Ataykaya v. Türkiye* kararında ise bir adım daha ileri giderek, göz yaşartıcı gaz kullanımından kaynaklanan ölüm ve yaralanma riskinin en aza indirilmesi amacıyla, göz yaşartıcı silahların kullanımına ilişkin güvencelerin, hiç geciktirilmeden güçlendirilmesine ihtiyaç bulunduğunu vurgulamıştır.[6]

Büyük ihtimalle prosedürel nedenlerle bu sorunlu alan AYM kararlarına (henüz) yansımış değildir. Fakat gözlemlerimiz ve objektif veriler, bu konunun, AYM'nin önümüzdeki dönemki faaliyetlerinde niceliksel ve niteliksel olarak epeyce yer edineceği yönündedir.

Bu çalışmada AYM'nin anayasa şikâyeti usulü yürürlüğe girdikten sonraki kararları analiz edilmeye çalışılacaktır.

Öncelikle AYM'nin İHAM kararlarını takip ettiği noktalarda olumlu bir seyir içinde olduğu peşinen kaydedilmelidir, fakat bu analizde olumlu noktalardan çok, içtihada katkı sunmak adına, kararlardaki sorunlara işaret edilmeye çalışılacaktır.

"*Toplanma ve örgütlenme özgürlüğü*" şeklindeki kalıp, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 11'inci maddesinden mülhemdir.[7] Bu madde, bünyesinde '*barışçıl toplantı hakkı*' ve '*örgütlenme özgürlüğü hakkı*' olmak üzere iki farklı hakkı barındırmaktadır.[8] Aslında bu özgürlüklerin üstünü kazıyacak olursak altından '*ifade özgürlüğü*' çıkacaktır.[9] Fakat bunları ifade özgürlüğünden

5 *Abdullah Yaşa v. Turkey*, ECtHR, 44827/08, 16.07.2013.

6 *Ataykaya v.Turkey*, ECtHR, 50275/08, 22.07.2014, §73.

7 Türkçe çalışmalar içinde İHAM ve Anayasa karşılaştırması bağlamında bkz. Olgun Akbulut, "Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri", in Sibel İnceoğlu (ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, İstanbul: Beta Yay., 2013, ss. 381-423. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 12'nci maddesi de 'toplantı ve örgütlenme özgürlüğünü' güvence altına almıştır. Aslında Avrupa Birliği Adalet Mahkemesi (*Court of Justice of European Union*), Şart yürürlüğe girmeden önce de, İHAS'ın 11'inci maddesine ve İHAM kararlarına atıf yapmak suretiyle bu özgürlüğün 'topluluk hukuku' güvencesi altında olduğunu söylemişti. Topluluk hukukundaki 'malların serbest dolaşımı ilkesine' aykırı olduğu iddia edilen otobanı kapatan bir gösteri, Avrupa Mahkemesi'ne göre toplantı ve örgütlenme özgürlüğü güvencesi altında idi. Bkz. Case C-112/00, Schmidberger (12/6/2003) [2003] ECR I-05659, par. 71 vd.

8 BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde toplanma özgürlüğü (md. 21) ve örgütlenme özgürlüğü (md. 22) ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Bu mekanizma bakımından değerlendirmeler için bkz. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl:N.P. Engel, 2005, ss. 481-512.

9 Aynı yönde bkz. *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, AYM, 2013/3924, 6/1/2015, § 116.

ayıran ve ikisini aynı potaya sokan nokta, bireylerin menfaatlerini ifade edip koruyabilmeleri için bir araya gelmelerini güvence altına almalarıdır. Başka bir deyişle, biri tekil olmaktan çok '*toplu şekilde*' ifade özgürlüğü kullanımını, diğeri ise bu kullanımın '*kurumsal*' hale gelmesini güvence altına alan bu iki hak, kolektif[10] olmak bakımından hem bireysel ifade özgürlüğünden ayrılmakta, hem de kendi aralarında ortaklaşmaktadır. Özgürlüğün kolektif niteliği itibariyle üst başlıkta ortaklaşma yapılmış olsa da analiz bakımından bu ikilikten yararlanarak, konuyu "*toplanma özgürlüğü kararlarının analizi*" ve "*örgütlenme özgürlüğü kararlarının analizi*" şeklinde iki başlıkta ele alabiliriz.

I. Toplanma Özgürlüğü Kararlarının Analizi

Bilindiği gibi Anayasa'nın 148'inci maddesi gereğince anayasa şikâyetinin konusu *"Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi biri"*dir. Bu bakımdan öncelikle anayasa şikâyetine konu edilecek hakkın koruma alanının belirlenmesi gerekmektedir.

Toplanma özgürlüğü, 1982 Anayasası'nın 34'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre *"herkes önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir."* Hemen fark edileceği gibi bu düzenleme, İHAS'ın *"herkes barışçıl olarak toplanma (…) hakkına sahiptir"* hükmünden biraz farklıdır. Şüphesiz ki iki farklı iradenin ürünü olan bu metinlerde farklılık olması doğaldır. Söz konusu farklılığı netleştirmek, AYM'nin işidir.[11] Konuyla ilgili ilke kararlarına bakıldığında ise AYM'nin bu netleştirmeyi henüz sistemli bir şekilde gerçekleştiremediği gözlemlenmektedir. AYM'nin toplanma özgürlüğü konusundaki kararlarına geçmeden önce bu noktanın üzerinde durmak gerekmektedir.

A. Anayasa ve İHAS Metni Arasındaki Farklılık Sorunu

Toplanma özgürlüğü bakımından Anayasa ve İHAS metni arasındaki farklılık sorunu, biri '*önceden izin alma şartı yönünden*', diğeri '*silahsız ve saldırısız sözcükleri yönünden*' olmak üzere, iki noktada ortaya çıkmaktadır.

---

10 Fransızca doktrinde bunlar 'kolektif özgürlükler' olarak ifade edilmektedir. Türkçe literatürde bkz. İbrahim Özden Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler*, Dicle Üniversitesi Yay, 1989.

11 İHAS kapsamındaki anayasal haklar listesi için bkz. Osman Doğru, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, İstanbul: Legal, 2012, ss. 5-68.

1. Önceden İzin Alma Yasağı Şartı Yönünden

İki metin arasındaki ilk farklılaşma, İHAS metninde olmayıp Anayasa'da yer alan, *"önceden izin almadan"* ifadesinden kaynaklanmaktadır. İHAS'ta anılan şekilde bir ifade yoktur. Toplanma özgürlüğünün kullanılması için, Sözleşme'ye taraf devletlerin bazılarında izin, bazılarında ise bildirim şartı öngörülmüştür; yani bu konuda ortak bir Avrupa mutabakatı bulunmamaktadır. Hal böyle olunca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), toplanma özgürlüğünün izin veya bildirim şartına bağlanmasını tek başına bir sorun olarak görmemektedir.[12] İHAM, toplanma özgürlüğüne yönelik getirilen bu kayıt ile değil; izin ve/veya bildirim şartının, her bir somut olayın kendi bağlamında, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmayan gizli bir yasaklama anlamına gelip gelmediği ile ilgilenmektedir.[13]

Fakat Türkiye anayasa hukuku bakımından durum farklıdır, farklı olmalıdır. Anayasa'nın lafzı, açıkça toplanma hakkının önceden izin şartına bağlanamayacağını söylemektedir. Öte yandan AYM'nin, gözetmesinin gerekli olduğu, '*Avrupa mutabakatı'* benzeri bir mutabakat da yoktur.[14] Şu halde, eğer bir yasa, toplanma hakkını '*izin*' şartına bağlarsa; o yasa, İHAS'a aykırı olmaz ama Anayasa'ya aykırı olur.[15] Çünkü bu tür ek güvenceler, sınırlama sınırıdır ve *"normatif etkileri bakımından öz güvencesinden hiçbir farkları yoktur."*[16]Ayrıca İHAS md. 53 gereğince Sözleşme hükümleri, ulusal düzeydeki insan hakları güvencelerinin geriletilmesinde kullanılamaz.[17]

Mesele bu kadar açık olmasına rağmen AYM, ilk ilke kararında, İHAM'ın çeşitli içtihatlarına atıf yaparak, bu hakkın Anayasal referanslarını göz önünde tutmayarak, Strazburg içtihadını iç hukuka birebir aktarmıştır:

---

12 *Rassemblement jurassien et Unité jurassienne v. Switzerland*, 8191/78, 10.10.1979.; *Ziliberberg v. Moldivia*, 61821/00, 05.04.2004. Yine de bu özgürlüğün korunması için tek şart barışçıl olmasıdır. Doğru, *op. cit.*, s. 50.

13 *Oya Ataman v. Turkey,* ECtHR, *74552/01, 05.12.2006, §§ 38-39; Balçık and others v. Turkey*, ECtHR, 25/02, 29.10.2007, § 49. *Samüt Karabulut v. Turkey*, ECtHR, 16999/04, 27.01.2009, § 35.

14 Zaten bu nedenledir ki AYM, İHAM'ın takdir marjı doktrinini de birebir uygulayamaz. Daha başka nedenler için bkz. Tolga Şirin, 'Takdir Marjı Doktrini (Margin of Appreciation) ve Türkiye Anayasa Mahkemesi İçin Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C.2, S.4, 2013, ss. 363-405.

15 Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara: AÜSBF, 1982, s. 157.

16 *Ibid*., s. 159. Ayrıca bkz. AYM, E. 1976/27, K. 1976/51, 18 ve 22.11.1976.

17 Ayrıca UÇÖ Anayasası md. 19/8 yönünden paralel sonuç için bkz. Mesut Gülmez, *Uluslararası Sosyal Politika*, Güncelleme Notlarıyla 3. Baskı, Ankara: Hatiboğlu Yayını, Eylül, ss. 252-256.

"Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin izin veya bildirim usulüne bağlanması, bu usullerin amacının, her türlü toplantı, yürüyüş veya diğer gösterilerin düzgün bir şekilde yapılmasını güvence altına almak için yetkililere makul ve uygun tedbir alma imkânı sağlamak olduğu sürece, genel olarak hakkın özüne dokunmaz."[18]

Yani AYM'nin bu içtihadına göre toplantı ve gösteri yürüyüşleri, belli şartları taşıyor ise, '*önceden izin alınarak*' yapılacaktır. Oysa yinelemek gerekir ki Anayasa'nın 34'ncü maddesi, bu hakkın *"önceden izin almaksızın"* kullanılacağını söylemektedir. Burada Anayasa'nın sözünden ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur. Çünkü *"önceden izin almaksızın"* ifadesi tam ve açık anlamlı bir ifadedir. Bu anlam, ne Anayasa'nın sistematiği ile ne de normun getirilme amacı ile çelişmektedir. Bu bakımdan yorum faaliyetlerinin dış sınırını da oluşturan sözel anlamdan, hak ve özgürlüğü daha güvencesiz hale getirecek şekilde ayrılmaya gerek bulunmamaktadır.[19] Zira AYM'nin de dediği gibi "*(...) açıklık ve kesinlik bulunan yerlerde bu çeşit hükümleri, uygulanma alanlarını aşacak şekilde destek yaparak, yeni yorum ve manalandırmalara gidilmesi caiz görülecek bir davranış olmaz."*[20]

Öte yandan tarihsel yorum da izin şartından vazgeçmeyi mümkün kılmamaktadır. Madde gerekçesine bakıldığında bu güvencenin getirilme sebebinin şu cümlelerle gerekçelendirildiği görülmektedir: *"(...) toplantı hürriyetinin ve gösteri yürüyüşü yapma hakkının, önceden izin şartı ile baltalanması ihtimali giderilmiştir."*[21]

Keza, Osmanlı devletinde yayımlanan Genel Toplanma Kanunu'nda (*İçtimaat-ı Umumiye Kanunu*) dahi önceden izin alma şartının bulunmadığı bilinmektedir.[22]

---

18 *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, § 123.

19 Bkz. Ernst A. Kramer, *JuristischeMethodenlehre*, München: C.H. Beck, 2005, ss. 51 vd. Yüksel Metin, *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara: Asil Yay., 2008, ss. 46 vd.; Bertil Emrah Oder, A*nayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma*, İstanbul: Beta Yay., 2010, ss. 38 vd.

20 AYM, E. 1964/5, K. 1966/45, T. 8/12/1966.

21 Kazım Öztürk, *İzahlı, Gerekçeli Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, C. II, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1966, s. 1590. Maddeye, temsilciler meclisi üyesi Sırrı Atalay "haber vermeksizin" şeklinde; Şevket Asbuzoğlu ise "en büyük mülkî amire haber vermek kaydıyla" şeklinde bir ifade eklemek istemiş ancak ikisi de reddedilmiştir. Tutanaklara yansıdığı kadarıyla, önceden izin almama güvencesinin anayasada korunması fakat, diğer noktaların kanuna bırakılması yönünde mutabakata varılmıştır. *Ibid*, ss. 1591-1605.

22 Ömer Anayurt, *Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*, İstanbul: Kazancı Yay., 1998, s. 104 vd.

Anılan nedenlerle önceden izin almama şeklindeki güvencenin daraltılması uygun değildir. Bunun, anayasa şikâyeti davalarında teknik bir önemi vardır. Şöyle ki '*12 Eylül hukukunun*' günümüze kadar gelen metinlerinin bir kısmında toplanma özgürlüğünün izne bağlandığı görülmektedir. Mesela 2911 sayılı kanun md.3/2'de yabancıların toplanma özgürlüğü, *"İçişleri Bakanı'nın iznine"* bağlanmıştır. Yine Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği md. 9/u'da öğretim elemanlarının, Yüksek Öğretim Öğrenci Disiplin Yönetmeliği md. 6/f'de ise üniversite öğrencilerinin toplanma özgürlükleri üniversite yöneticilerinin *"iznine"* tabi kılınmış ve izin alınmaması disiplin cezası sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu hükümler Anayasa'ya aykırıdır. Eğer bu düzenlemeler, toplanma özgürlüğüne yönelik müdahalelerin '*hukuksal*' dayanağı olur ise, AYM, '*meşru amaç*' (nedensellik), '*demokratik toplum düzeninin gereklilikleri*', '*orantılılık'* noktalarından denetime dahi geçmeden, daha hemen başta, '*kanunilik*' koşulunu taşımayan bir müdahale bulunduğu gerekçesiyle ihlal kararı vermelidir.

AYM'den, bundan sonraki ilke kararlarında, bu noktanın üzerinde durması beklenir. Aksi halde sınırlamalarda Anayasa'nın sözüne uygunluk kriterinden ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinden ödün verilmiş olacaktır.

2. "*Silahsız*" ve "*Saldırısız*" Sözcükleri Yönünden

Anayasa ve İHAS metinleri arasındaki farklılık, önceden izin alma koşuluyla sınırlı değildir. Toplanma özgürlüğü Anayasa'da *"silahsız ve saldırısız"* sözcükleri ile nitelendirilmişken; İHAS'ta *"barışçıl"* sözcüğü ile nitelendirilmiştir. AYM, ilk ilke kararında, bu iki ifade arasındaki farkın üzerinde de durmamıştır. AYM, kararında *"Anayasa'nın 34. maddesi fikirlerin silahsız ve saldırısız, başka bir ifade ile barışçıl bir şekilde ortaya konulabilmesi için toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını güvence altına almıştır"*[23] şeklinde bir tespite yer vermiştir. Mahkeme, bu tespiti takiben, bütün değerlendirmelerini '*barışçıl*' sıfatına göre yapmıştır. Dolayısıyla AYM açısından iki ifade arasında bir fark görülmediği sonucuna ulaşıyoruz.

Gerçekten de, *prima facie,* iki niteleme tercihi arasında bir çakışma bulunduğu söylenebilir, çünkü "*barışçıl"* ifadesi, "*silahsız ve saldırısız*"

23 *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, § 119.

ifadesini kapsar[24] veya karşılar[25] görünmektedir. Fakat karşılaştırmalı hukukta ve öğretide bu terminolojik tercihler arasındaki farkın tartışma yarattığı görülmektedir.[26] Söz konusu tartışma, '*silahsız*' ifadesinde yoğunlaşmaktadır. Doktrinde, hak öznelerinin *'silah'* kullandığı toplanmaların '*barışçıl*' sayılmayacağı noktasında herhangi bir ihtilaf yoktur. İhtilaf, '*silahsızlık*' ifadesinin '*silah kullanılmaz*' şeklinde mi, yoksa '*silah taşınamaz'* şeklinde mi anlaşılacağı noktasında toplanmaktadır.[27] Başka bir deyişle, hak öznelerinin üzerlerinde silah bulunduruyor olması, o silah kullanılmasa veya görünür kılınmasa bile toplanmayı barışçıl olmaktan çıkaracak mıdır? BM İnsan Hakları Komitesi Genel Yorumu ve İHAS'ın hazırlık metinlerine (*Travaux Préparatoires*) kadar giden bu tartışma[28], özellikle '*silah kavramının teknik olmayan geniş anlamı*' (sapan, pankart sopası, asitli içecek şişesi, vs.) ve '*pasif silahlar*' (koruma kaskı, gözlük, plastik koruma edevatları vs.) yönünden özel bir değer kazanmaktadır.[29] Yakın bir gelecekte, gündemdeki '*iç güvenlik yasası*' bakımından böyle bir tartışmanın Türkiye'de de güncel hale geleceği düşünülebilir. AYM, konuyla ilgili ilke kararı vermiş olmakla birlikte iki metin arasındaki lâfzî ayrılığı görmezlikten gelmiştir. Bu konuda anılan tartışmanın da farkında olarak bir açıklama getirilmesi teknik bakımdan yerinde olacaktır.

B. Toplanma Özgürlüğü Kararlarındaki Sorunlu Noktalar

AYM'nin hâlihazırda toplanma özgürlüğü ile doğrudan ilgili sayılabilecek üç farklı karar verdiği görülmektedir.[30] Bunlar Türkiye'nin de yakın geçmişinde iz bırakan '*1 Mayıs 2014*', '*Ali İsmail Korkmaz Cinayeti*' ve

24 Tolga Şirin, *30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü*, İstanbul: XII Levha Yay., 2013, s. 39.

25 Doğru, *op. cit*., s. 50.

26 Bu tartışmalar için bkz. Stefan Ripke, *Europäische Versammlungsfreiheit: Das Unionsgrundrecht der Versammlungsfreiheit im Grundrechtsschutzsystem aus Grundrechtecharta, EMRK und gemeinsamer Verfassungsüberlieferung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, ss. 201 vd.

27 Erken dönem tartışmalar için bkz. Friedrich W. Wachinger, *Das Versammlungsrecht nach der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Müchen: Druck Schön, 1975, s. 97 vd.

28 III. Genel Kurul Komisyonunda 'barışçıl' ifadesi üzerine çalışmalarda Uruguay temsilcisi 'barışçıl' terimini *"(...) without the use of arms*" yani *"silah kullanmaksızın"* şeklinde kullanmıştır, bu söylem Fransızca metinlere*"(...) et sans armes"* yani "silahsız" şeklinde aktarılmıştır. Doktrinde bu veriler dahi ihtilaf konusu olmuştur. Karş. Karl Joseph Partsch, *Die Rechte und Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966, ss. 208 vd. Ayrıca bkz. İngilizce'de bkz. Nowak, op. cit., ss. 486-487.

29 Ripke, op. cit., ss. 202-203.

30 2911 sayılı kanunla bağlantılı başkaca kararlar olsa da bu kararlar toplanma özgürlüğü ile ilgili değil, bu konudaki yargılamanın adil olup olmadığı noktasıyla ilgilidir. Örn. bkz. *Ayhan İlhan kararı*, AYM, 2014/2528, 17/11/2014; *İsa Yıldırım kararı*¸ AYM, 2013/7813, 23/6/2014.

'*4+4+4 Eğitim Reformu*' protestolarıyla ilgilidir. Bu kararları kronolojiye uygun olarak ele alabiliriz.

1. Bir Mayıs 2014 Protestosu

Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı, 22/4/2014 tarihinde basına, 1 Mayıs'ta Taksim Meydanı'nda kutlama yapılmasına izin verilmeyeceği yönünde açıklamalarda bulunmuştur. Bu açıklamayı müteakiben, dönemin İstanbul Valisi de basına; Taksim Meydanı'nın, 2911 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi gereğince belirlenen miting alanlarından biri olmadığı yönünde açıklamalarda bulunmuştur. Bu açıklamalar üzerine başvurucu, 1 Mayıs'tan yaklaşık bir hafta önce, 24/4/2014 tarihinde, İHAM'ın *DİSK ve KESK v. Türkiye* kararında *"1 Mayıs'ta Taksim Meydanı'nda kutlama yapılmasına izin verilmemesi nedeniyle ihlal kararı verilmiş olduğunu"* söyleyerek ve *"başvuru konusu işleme karşı idare mahkemesine başvurunun etkin bir yol olmadığını"* belirterek, *"uygulamanın durdurulmasına karar verilmesi"* talebiyle doğrudan AYM'ye başvurmuştur.[31] Bu başvuru üzerine AYM özetle;

(i) *DİSK ve KESK v. Türkiye* kararında, Taksim Meydanı'nda kutlama yapılmasının engellenmesinden dolayı değil, polisin orantısız şiddetinden dolayı ihlal kararı verildiğini vurgulamış,

(ii) Yetkili idari mercilere ve derece mahkemelerine yönelik başvuru yollarının tüketilmediği ve anılan kuralın istisnalarını oluşturan hallerin mevcut olmadığı gerekçesiyle şikâyeti reddetmiştir.

Birinci olarak-. Kararda dikkat çekici olan nokta AYM'nin, *DİSK ve KESK* kararının ne anlama geldiği konusunda bir açıklama yapma gereği duymasıdır. AYM'nin atıf yapma biçimi bize *DİSK ve KESK* kararının sadece *"polisin yaptığı müdahalenin orantısızlığına ilişkin değerlendirmelerden"* ibaret bir karar olarak kavrandığı sonucuna ulaştırmaktadır. AYM'nin bu yaklaşımı kısmen doğru olsa da, eksiktir.

AYM'nin yaklaşımı nispeten doğrudur: İHAM, bu davada mekâna değil, göstericilere yönelik kolluk müdahalelerin orantısızlığına odaklanmıştır, çünkü İHAM'dan *"gösterinin yapılacağı yer tercihi hakkında veya Taksim Meydanı'nda gösteri düzenlenmesi durumunda bunun, hükümetin*

31 *Sedat Vural kararı*, AYM, 2014/5559, 25/4/2014.

iddia ettiği gibi bir güvenlik riski oluşturup oluşturmadığına dair fikir beyanında bulunması istenmemiştir", zira "*polis müdahalesi, 1 Mayıs 2008 tarihinde, gösterinin başlamasından daha önce sabahın erken saatlerinde gerçekleşmiştir."*[32]

Öte yandan AYM'nin yaklaşımı nispeten doğru olmakla birlikte eksiktir, çünkü İHAM, söz konusu kararda toplanma özgürlüğünün mekânsal boyutuna ilişkin bazı göndermelerde ve kayıtlarda bulunmuştur. Mekân ile bağlantılı olarak öncelikle *"1977 yılında İşçi Bayramı kutlamaları sırasında yaşanan kargaşada 37 kişinin hayatını kaybettiğini"*, *"bunun sonucunda Taksim Meydanının bu trajik olayın sembolü haline geldiğini"*[33] kaydetmiştir. İkinci olarak 1 Mayıs'ın *"2010 yılından itibaren Türkiye'de ulusal bayram olarak kutlandığını ve bu tarihten itibaren Taksim Meydanı'nda kutlamalar yapılmasına izin verildiğini"*[34] de kaydetmiştir. Bilinmelidir ki geleneksel olarak Strazburg organlarının içtihadında bu tür kayıtlar, özellikle '*demokratik toplumda gereklilik*' testinde kullanılmaktadır. Yani İHAM'ın mekân yönünden bir değerlendirme yapması gerekseydi bu veriler kullanılacaktı. İHAM kararlarını takip eden herhangi biri, İHAM'ın mekâna yönelik yapmış olduğu tespitlerin, hangi bağlamda ne şekilde kullanılabileceğini rahatlıkla öngörebilir.

Eğer İHAM'ın, kararda Taksim Meydanı yönünden de spesifik bir değerlendirme yapması gerekseydi;

(i) tarihsel ve mekânsal açıdan sembolik önemi kaydedilen Taksim Meydanı'na yönelik gösteri yasağı için '*zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın*' mevut olup olmadığını sorgulayacaktı.

(ii) 2010 yılından beri yapılan gösterilerde herhangi bir güvenlik sorunu yaşanmadığı sabit olmasına rağmen, 2014 yılında burada gösteri yapılmasına izin vermek şeklindeki pratikten ayrılmayı gerektirecek nedenleri sorgulayacaktı.

Bu sorgulamada ise hükümet tarafından sürpriz bir gerekçe ileri sürülmedikçe ihlal kararı verilecekti. Zira kararda *"Taksim Meydanı'nı şehrin kalbinde yer aldığı ve büyük ölçekli bir gösterinin kamu düzenini aksatabileceği"*[35]yönündeki kayda yer verilmiş olmakla birlikte, *"kamuya açık*

32 *DİSK and KESK v. Turkey*, ECtHR, 38676/08, 27/11/2012, § 32.
33 *Ibid.*,§ 31.
34 *Loc. cit.*
35 *Ibid.*, § 29.

bir alanda yapılan gösterilerin trafiğin aksaması şeklinde günlük hayatın işleyişini bir miktar bozucu etkisi olsa da, kamu yetkililerinin Sözleşmenin 11. maddesinde güvence altına alınan barışçıl gösteri hakkının özünün zarar görmemesi amacıyla barışçıl toplantılara bir miktar hoşgörüyle yaklaşmaları gerektiğinin"[36]vurgulanmış olması ve gösterilere gösterilecek hoşgörünün mekândan çok barışçıl olma özelliğine dayanılarak temellendirilmiş olması bizi toplantı özgürlüğünün özünde, (kural olarak) gösteri yapılacak yeri belirleme özgürlüğün de yer aldığı sonucuna ulaştırabilir.[37] Bu sonuç, bunu açıkça ortaya koyan ve çoğu kez içtihatlarıyla İHAM'ı besleyen Almanya AYM'sinin kararlarında da gözlemlenebilmektedir.[38]

AYM'nin esasa yönelik değerlendirmelerinde bu tür bir yaklaşım içinde olması beklenir. Gösterilerin belli bir yerde yapılmasının hassas süreçlere zarar vermesi[39] gibi çok kritik nedenler olmadıkça, özellikle sembolik önem arz eden ve geçmişte barışçıl gösterilere sahne olmuş mekânlarda toplanma yasaklarının, toplanma özgürlüğünün özüne zarar vereceği, AYM içtihadına açıkça aktarılmalıdır.

Bu asgari standardın ötesinde, özellikle yerel öğeler içeren konularda AYM'nin İHAM'dan daha hassas bir değerlendirme içinde olması beklenir. Daha hukuki olarak ifade etmek gerekirse; İHAM'ın taraf devletlerin takdir marjına bıraktığı noktalarda, uluslararası bir kurum olan İHAM'a nazaran yerel değerlendirmeleri daha iyi yapabilecek olan AYM'nin, İHAM'ın bıraktığı

---

36 *Loc. cit.*

37 İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi, *Soru ve Cevaplarla Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı: Özel Broşür*, İstanbul: Ege Basım, 2014, s. 6.

38 Yakın zaman önce bu noktaya yeniden atıf yapılmıştır. Bkz. 1 BvR 699/06, 22/02/2011. Bkz. 'Reichweite und Grenzen der Demonstrationsfreiheit im allgemein zugänglichen Bereich eines Flughafens (Frankfurt/Main)', in Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ), 2011, 38 Jg., Heft 5-7, s. 152.

39 *Rai, Allmond and Negotiate Now! v. UK (25522/94, 6/4/1995)* isimli kararda Komisyon, Londra'da Trafalgar meydanında gösteri yapılmasının yasaklanmasını toplanma özgürlüğüne aykırı görmemişti. Çünkü Komisyon'a göre gösterinin Birleşik Krallık ile IRA arasındaki barış süreci müzakerelerinin hassas günlerinde yapılmak istenmesi ve ayrıca bu bağlamda alternatif bir alanda gösteri yapılmasına izin verilmiş olması da müdahaleyi haklılaştırmaktaydı. Komisyon'un salt bu kararından hareket edilecek olursa, devletlerin nerede gösteri yapılmasına izin verileceğine karar vermek konusunda takdir marjından yararlandıkları yönünde bir sonuca ulaşılabilir. Ancak öğretide de haklı bir şekilde altı çizildiği üzere takdir marjı doktrini uluslararası bir doktrindir ve bu doktrinin dayandığı parametrelere ulusal yargıçlar dayanamazlar. Bu bakımdan özellikle toplanma özgürlüğünün mekânsal sınırları konusundan uluslararası yargıçlardan daha iyi pozisyondadırlar ve özgün bir değerlendirmeye gidebilirler. Karş. Helen Fenwick, "The Right to Protest, the Human Rights Act and the Margin of Appreciation", 62:4 *Modern Law Review*, 1999, s. 500 ve 512 vd. Ayrıca bkz. Şirin, "Takdir Marjı Doktrini...", *op. cit.*

takdir yetkisini kullanması ve sembolik mekânlardaki gösterilerin/yasakların kamusal etkilerini değerlendirmesi gerekir.

Bu bakımdan hatırlatmak gerekir ki 1 Mayıs ve Taksim Meydanı, 2007 yılından bu yana ülke kamuoyunu meşgul etmektedir. 2007 yılında 1977 olaylarının 30'uncu yılının anma girişimine uygulanan ağır polis şiddeti neticesinde çok sayıda kişi yaralanmış, yüzlerce protestocu kişi gözaltına alınmıştır. Benzer tutum 2008 yılında da sürdürülmüş ve *DİSK ve KESK v. Türkiye* kararına konu olan kolluk güçlerinin ağır şiddeti neticesinde onlarca kişi yaralanmış ve yine yüzlerce kişi gözaltına alınmıştır. Aynı durum 2009 yılında düşük yoğunlukla devam etmiştir. 1 Mayıs'ın tatil ilan edilmesinden sonraki 2010, 2011 ve 2012 yıllarında herhangi bir olay yaşanmazken, 2013 yılında Taksim Meydanı'nın kutlamalara kapanması üzerine yeniden şiddet olayları baş göstermiştir. Yani bazı emek örgütleri, 2007 yılından bu yana, kendileri açısından tarihsel ve mekânsal açıdan sembolik bir anlam taşıyan Taksim Meydanı'nda kutlama yapma iradesi içinde olmuşlardır. Taksim Meydanı'nda kutlamaların yapılmasına izin verildiği yıllarda, yaygın insan haklar ihlallerine rastlanmazken, yasaklamaya gidilen yıllarda yüzlerce insanın yaralanmasına ve gözaltına alınmasına neden olan olayların baş gösterdiği görülmektedir. Dolayısıyla AYM'nin mekânsal yasaklarla ilgili olarak önüne gelen vakalarda, geçmişte herhangi bir güvenlik sorunu yaşanmadığı tecrübe edilen mekânlara yasak getirilmesi için gerçekten de meşru bir amacın olup olmadığını, öte yandan bu yönde zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın olup olmadığını test etmesi gerekir.

İkinci olarak-. AYM'nin "*1 Mayıs kararında*'' dikkat çeken diğer bir nokta da AYM'nin başvuruyu, hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulmasıdır. Kabul edilemezlik kararında başvurucunun gerçekte hangi hukuksal yollara başvurması gerektiği açıkça ifade edilmemiştir. Bu bakımdan Anayasa'nın 40/2'nci maddesine 2001 yılında eklenen, fakat devlet organlarının faaliyetlerinde karşılık bulamayan *"Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır"* şeklindeki hüküm AYM tarafından da görmezlikten gelinmiştir. AYM'nin prensip itibariyle bu ve benzer tüm kararlarda başvuruculara, hangi hukuk yollarına başvurması gerektiğini göstermesi gerekmektedir. Somut olayda AYM, yine *DİSK ve KESK* kararına atıf yapmakla yetinmiştir.[40] Altı çizilmelidir ki *DİSK ve KESK* kararında

40 *Sedat Vural kararı*, § 25.

suç duyurusu şeklindeki hukuk yollarına başvurulmuş, suç duyurusunda bulunulan bazı kişiler hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmiş, bazı kişiler hakkında ise kovuşturma izni verilmemesinden dolayı soruşturma yapılamamıştır.[41] Açık ki 1 Mayıs gününe bir haftadan az süre kala savcılığa, görevi kötüye kullanma suçuna dayalı bir suç duyurusunda bulunulması, somut olayda toplanma özgürlüğüne yönelik ihlali ortadan kaldıracak, etkili ve yeterli bir yol olarak görülemez.

AYM işaret etmemiş olsa da, böyle bir durumda başvurulması düşünülebilecek hukuk yolu olsa olsa idari yargıdır. Başvurucunun, İstanbul idare mahkemelerinde valilik kararı aleyhine yürürlüğü durdurma talepli olarak bir iptal davası açması, ihlali gidermeye yönelik bir yol olarak düşünülebilir. Eğer bu yol ihlali gidermeye elverişli olmasaydı, bu durumda AYM'nin hızla devreye girip karar vermesi gerekebilirdi. Almanya'da bu gibi haller '*AYM önündeki acele usul*' (*Eilverfahren vor dem BVerfG*) olarak ele alınmaktadır.[42] Alman AYM Yasası'nda (md. 90/2) da düzenlemeye konu edilen bu gibi hallerde eğer bir şikâyet, genel bir önem taşıyor ise veya olağan hukuk yolunun nihayete ermesinin beklenmesi şikâyetçi yönünden ağır ve telafi edilemez bir zarar oluşturacak ise AYM, hukuk yollarının tüketilmesini beklemeden *derhal* karar verir.[43]

1 Mayıs kararında 24/04/2014 tarihinde yapılan başvurunun 25/04/2014 tarihinde gündeme alınıp görüşülmesi oldukça yerindedir. Somut olayda AYM, kendi yetkisini idare mahkemesinin yargı yetkisine ikame etmemiştir. Bu açıdan da bir sorun yoktur. Zira başvurucu idare mahkemesine giderek, ihlal iddiasına karşı başvuru yapabilirdi. Başvurucu bunu yapmadığı için AYM'nin devreye girmesi yerinde olmazdı. Ne var ki bazı hallerde idare mahkemesine başvurulmuş olsa da AYM'nin bu başvurunun neticelenmesini beklemesi gerekmeyebilir. Şöyle ki; Taksim Meydanı'nda gösteri düzenleme talebinin reddedilmesi ve bu ret kararına karşı yürütmeyi durdurma talepli olarak İstanbul idare mahkemelerine iptal davası açılması durumunda, eğer

41 *DİSK and KESK v. Turkey*, §§ 12-13.

42 Katrin Gaßner, *Die Rechtsprechung zur Versammlungsfreiheit im internationalen Vergleich: Eine Analyse anhand von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, des EGMR, des EuGH, der Obersten Gerichtshöfe der Russischen Föderation und des U.S. Supreme Courts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, ss. 138 vd.

43 AYM de *Laura Alejandra Caceres kararında* bu yaklaşımı içtihadına dahil etmiştir. Bkz. *Laura Alejandra Caceres kararı*, AYM, 2013/1243, 16/4/2013, par. 24.

bir ihlal söz konusu ise idari yargı organlarının Valilik kararını iptal etmesi, eğer buna zaman yoksa yürütmeyi durdurma kararı vermesi mümkündür. Bu yöndeki kararlar, kural olarak ihlali gidermeye yönelik 'etkili' nitelikte görülmektedir.

Ancak aksi olasılık da mümkündür. Aksi olasılık şu şekilde cereyan eder: Başvurucu, toplanma özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla idari yargıya başvurur, gösteriye çok az bir süre kalmasına rağmen idare mahkemesi, yürürlüğü durdurma talebine ilişkin veya davanın esasına yönelik bir karar vermez. İşte böyle durumlarda AYM'nin devreye girip karar vermesi gerekmektedir. Almanya'da bu gibi haller, çift-şeritli hareket edilmesi (*zweispuriges Vorgehen*) şeklinde ifade edilen[44] bir yöntemle çözümlenir. Bu usulde başvurucu olağan hukuk yoluna başvurur, bu hukuk yolunun etkili olup olmadığı daha baştan belli değildir, yargılama sürecinde belli olacaktır. Bu nedenle şikâyetçi AYM'ye de başvuruda bulunur ve durumu açıklar. AYM, başvuruyu askıda bekletir, eğer ilgili hukuk yolu etkinlik gösterebilmiş ise AYM başvuruyu reddeder. Eğer söz konusu hukuk yolu etkili olmaktan çıkmışsa AYM devreye girerek karar verir. Bu bakımdan, örneğin gösteriden çok az bir süre önce gündeme gelen bir gösteri yasağına karşı hem derece mahkemesine, hem de AYM'ye aynı anda başvuru yapılabilir. AYM böyle durumlarda derece mahkemesini beklemeli, ancak makul bir süre geçmesine rağmen, derece mahkemesince müdahaleye yönelik bir karar verilmemesi halinde, ilgili hukuk yolunun etkili olmaktan çıktığını düşünerek devreye girmelidir.[45]

Bunun dışında, eğer işin esasına girecek kadar zaman yok ise ve gerekli şartlar da bulunuyor ise AYM'nin geçici tedbir kararı vermesi mümkündür.[46] Bu noktada ise başka bir sorun daha söz konusudur. Bilindiği gibi geçici tedbir kararları uluslararası insan hakları hukukunda içtihat yoluyla geliştirilmiş

---

44 Michael Kleine-Cosack, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerde*, Heidelberg: C.F. Müller, 3. Auflage, 2013, ss. 487 vd.

45 Kaydedilmelidir ki AYM'nin, farklı bir konuyla ilgili *Sadık Koçak ve diğerleri* kararındaki yaklaşımı, buna uygun görünmektedir. Bu olayda başvurucu olağan başvuru yolu tükenmeden önce anayasa şikâyetinde bulunmuş, fakat olağan başvuru yolundaki süreç, AYM henüz kabul edilebilirlik hakkında karar vermeden önce sonuçlanmıştır. AYM, anayasa şikâyetinin yapıldığı zamana değil, kabul edilebilirlik incelemesi sırasındaki durumu dikkate almıştır. Bkz. *Sadık Koçak ve diğerleri kararı*, AYM, 2013/841, 23/1/2014, par. 64.

46 Gaßner, *op. cit.*, s. 139.

ve oldukça etkili bir şekilde kullanılan bir karar türüdür.[47] Türkiye'de ise bu karar türü AYM Yasası'nın md. 49/5 hükmü ile açıkça hukukumuza dâhil edilmiştir. Yasa'da, anayasa şikâyeti bağlamında verilecek tedbir kararları için konu yönünden bir sınırlama yoktur. Fakat AYM, bizzat çıkardığı İçtüzük'te paradoksal bir şekilde *"başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması üzerine"* tedbir kararı verileceğini (md. 73/1) düzenlemek suretiyle yetkisini sadece Anayasa'nın 17'nci maddesi kapsamındaki durumlarla sınırlamıştır. AYM'nin AYM Yasası'nın lafzı hilafına, geçici tedbir yetkisini kendi hazırladığı İçtüzüğü ile daraltması kabul edilemez olduğu kadar, serbest seçim hakkı, toplanma özgürlüğü, grev hakkı gibi telafisi mümkün olmayan zararların söz konusu olabileceği[48] alanları güvencesiz bırakmaktadır. İçtüzük'teki AYM Yasası'na aykırı bu hükmün ivedilikle değiştirilmesi gerekmektedir.[49]

2. Ali İsmail Korkmaz Protestosu

AYM'nin toplanma özgürlüğü ile ilgili ikinci kabul edilemezlik kararı Gezi Parkı protestoları sırasında öldürülen üniversite öğrencisi Ali İsmail Korkmaz'ın anısına yapılan bir gösteri ile ilgilidir.[50] Bu vakada başvurucuya, 15/9/2013 tarihinde katıldığı gösteri yürüyüşü sırasında yolun araç trafiğine kapanmasına sebebiyet verdiği gerekçesiyle, Karayolları Trafik Kanunu'nun 14'üncü maddesi uyarınca para cezası verilmiştir. Başvurucu, gösteri yürüyüşü sırasındaki bazı eylemlerine binaen aleyhine ceza kesilmesinin toplanma özgürlüğüne müdahale anlamı taşıdığını ve toplanma özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bu yanıyla vaka, tipik bir gösteri özgürlüğü vakasıdır. Ancak AYM son derce tartışmalı nedenlerle, aynı kanaate ulaşmamıştır.

Somut olayda başvurucu, olağan kanun yollarını tüketmiş ve bu yollarda, toplanma özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını ileri sürmüştür.

47 Ayrıntılı bilgi için bkz. H. Burak Gemalmaz, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Geçici Tedbir Kurumu", *Türkiye'de ve Ulusalüstü Hukukta Bireylerin Geçici Yargısal Korunması*, Zehreddin Aslan (ed.), İstanbul: Alfa Yayınları, 2004, ss. 97-141.

48 Rüdiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, München: C.H. Beck, 4. Auflage, 2013 ,ss. 364-370, §§ 941-946.

49 Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti*, ss. 613-615. Anayasa'nın 125'nci maddesi gereğince idarenin her türlü eylem ve işlemleri yargı denetimine tabidir. AYM'nin İçtüzük çıkarması maddi anlamda idari işlemdir. Bu nedenle söz konusu İçtüzük aleyhine idari yargıda dava açılması da mümkündür.

50 *Rıza Gökcan Erus kararı*, AYM, 2014/2040, 24/12/2014.

Derece mahkemesi (Eskişehir 3. Sulh Ceza Mahkemesi) başvurucunun iddialarını, insan hakları hukuku yönünden çok sayıda hatalı tespit içeren kararında, şu ifadelere yer vermek suretiyle reddetmiştir:

"Muterizin işlediği fiil açıkça 2918 sayılı yasanın 14. Maddesindeki düzenlemeye uygun şekilde trafik akışını engellemektir. Bu durum Anayasanın teminatı altında olan toplantı ve gösteri hakkının kullanılması olarak kabul olunamaz. Gerek hukukun evrensel ilkelerine ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki düzenlemeye göre; bir hakkın kötüye kullanılmasını kanun himaye etmez ve toplantı ve gösteri hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki diğer hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik bir şekilde veya bu amaçla kullanılamaz. Olayımızda da merhum bir şahsın anılması adı altında açık bir şekilde trafiğin akışı muteriz ve yanındakiler tarafından kasıtlı olarak engellenmektedir. Gerçekte böyle bir anma töreni trafik akışı engellenmeden de yapılabileceğinden mahkememiz bu hali belirtildiği şekilde hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmiştir ve diğer şehir sakinlerinin ulaşım hakkının açıkça ihlal edilmesi sonucunu doğuran bu durum toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılması olarak kabul olunamaz."[51]

Vaka, anayasa şikâyetine konu edildiğinde ise AYM, daha da hatalı bir yaklaşımla *"başvurucunun iddialarının özünün, mahkeme kararının hatalı değerlendirmeye dayalı olarak yanlış olduğuna yönelik olduğunu"* tespit etmiştir. Başvurucu, toplantı özgürlüğünü kullandığını ve bu özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüş olmasına rağmen AYM, şikâyeti, toplantı özgürlüğü yönünden değil, adil yargılanma hakkı yönünden incelemeye karar vermiş, yani doğru temellendirilmiş bir başvuruyu re'sen bozmuş, sonra da başvuruyu, davanın adil yargılanma hakkıyla ilişkisi olmadığı ve açıkça dayanaktan yoksun nitelik taşıdığı gerekçesiyle kabul edilemezlikle sonuçlandırmıştır.

Üzülerek söylemek gerekiyor ki söz konusu karar, AYM'nin iki buçuk yıllık pratiği içinde teknik olarak en sorunlu kararlardan biridir. Olaydaki sorun, derece mahkemesi kararında başlamış, AYM ise sorunu derinleştirmiştir.

İki aşamada değerlendirme yapacak olursak; öncelikle (AYM'nin de alıntı yaptığı) derece mahkemesinin karar gerekçesiyle başlayabiliriz. Söz konusu gerekçe çok sayıda bilgi eksikliği ile maluldür. Şöyle ki derece mahkemesi, Türkiye yargı pratiğinde ve kimi zaman öğretide çok yaygın bir hataya düşmüştür. Bir ifade veya eylemin '*sınırlandırılabilir olması*' ile '*bir özgürlüğün*

51 *Ibid.*, § 5.

kapsamında olmaması' farklı şeylerdir. Birincisi; İHAS'ın 11'nci maddesinin, Anayasa'nın ise 34'ncü maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen '*toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün sınırlama nedenleri*' ile ilgili iken; ikincisi İHAS'ın 17'nci ve Anayasa'nın 14'ncü maddesinde düzenlenen '*hakkın kötüye kullanılması yasağı'* ile ilgilidir. Olağan şartlarda bir hak ve özgürlük kullanımına yönelik müdahaleler, kural olarak İHAS md. 11/2'de (Anayasa md. 34/2'de) sayılan sınırlandırma nedenlerinden birine dayandırılarak haklılaştırılır. Bu bakımdan; mesela bir gösteri yürüyüşünün trafiği aksatmasına izin verilmemesi ve bu amaçla gösteriye müdahalede bulunulması '*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*' ve/veya '*kamu düzeninin korunması*' gibi amaçlarla meşru görülür. *'Hakkın kötüye kullanılması'* ise belli ifade ve eylemlerin kategorik olarak Sözleşme/Anayasa dışı sayılmasını ifade eder. Burada söz konusu eylemin, başkalarının sübjektif hak ve özgürlüklerine yönelik bir etki doğurmasından ziyade, hak ve özgürlüklerin manipüle edilmesi yoluyla İHAS'ı/Anayasa'yı ortadan kaldırmaya, başka bir deyişe objektif temel hak ve özgürlükler düzenini yok etmeye '*kalkışması*' söz konusudur.[52] İkinci durum oldukça istisnadır, dolayısıyla kötüye kullanma yasağı kuralları, prensip itibariyle Holokost inkârına, nefret söylemlerine ve faşist pratiklere yönelik kullanılmaktadır.[53] Bu genel ilkenin, kolektif özgürlük kullanımlarına uyarlandığı haller, kural olarak, ülkeyi totaliter bir rejime sürükleyecek örgütlenmelere ilişkindir. Böyle durumlarda dahi "*açık ve yakın bir tehlike*"[54] söz konusu olmadıkça bu ilkenin uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla '*başkalarının hak ve özgürlüklerine müdahale etmek'* ile '*başkalarının hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırmak*' arasında dikkate değer önemde bir fark bulunmaktadır. Birincisi herhangi bir hak ve özgürlüğün olağan kullanımında karşılaşılan sınırlama haline ilişkindir; ikincisi ise oldukça uç hallerde gündeme gelmektedir.

---

52 İfade özgürlüğü, yaygın şekilde "fikirler piyasası" "demokrasi" ve "bireysel özerklik" argümanları ile temellendirilir. Demokrasi argümanı Avrupa'da, bireysel özerklik argümanı ise ABD'de yankı bulur. Bu bakımdan ABD'de hakkın kötüye kullanılması ilkesi de, kişi özerkliği (sübjektif hak ve özgürlükler) temelinde ele alınırken, Avrupa sistemlerinde demokrasi (objektif düzen) temelinde ele alınmaktadır. İfade özgürlüğünün temellendirilme argümanları için bkz. Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, New York: Cambridge University Press. 1982. İki gelenekte farklı yaklaşımlar hakkında bkz. Georg Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, ss. 21-83.

53 Pieter van Dijk/ Fried van Hoof *et. al*, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, s. 1084.

54 ABD yargısında geliştirilen bu kriterin (*Brandenburg* kriterinin) aynısı olmasa da benzerini İHAM da kullanmaktadır. Refah partisi temelinde değerlendirme için bkz. Stefan Sottiaux, "The 'Clear and Present Danger' Test in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Band 63, 2003, s. 678.

Somut olayda kararını anayasal temelde gerekçelendirmeye çalışan derece mahkemesinin, başvurucunun trafik akışını engelleyen eylemlerini, Anayasal düzeni ortadan kaldırmak düzeyinde bir dozajı ifade eden, "*başkalarının hak ve özgürlüklerini yok etme"* pratiği olarak görmesi yanlıştır. Normal şartlarda bu gibi hallerde yapılması gereken şey, bu tür eylemlere yapılan müdahalenin *"başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"* veya *"kamu düzeninin korunması"* gibi nedenlerle meşrulaştırılıp meşrulaştırılmadığına odaklanmak olmalıdır. Bu ihtimalde ise kanuni dayanağı (kanunilik) ve meşru amacı (nedensellik) bulunan müdahalenin demokratik toplum düzeni için gerekli olup olmadığını tartışmak gerekecektir. Böyle bir ihtimalde ise İHAM'ın şu tespiti görmezlikten gelinemeyecektir:

"Kamuya açık bir alanda yapılan gösterinin trafiğin aksaması şeklinde günlük hayatın işleyişini bir miktar bozucu etkisi olsa da, kamu yetkililerinin Sözleşme'nin 11. maddesinde teminat altına alınan barışçıl toplantı hakkının özünün zarar görmesini engellemek amacıyla, barışçıl toplantılara bir miktar hoşgörü ile yaklaşmaları gereklidir"[55]

Ayrıca *Oya Ataman v. Türkiye* kararında da işaret edildiği üzere, mahkeme, sadece '*trafiğin aksadığı*' şeklindeki bilgiye dayanarak toplanma özgürlüğüne yönelik müdahaleyi haklı göremez; başvurucunun eylemlerinin kamu düzeni için tehlike yarattığını gösteren başkaca delillerin de mevcut olması gerekir.[56]

Konuya bu bilgiler ışığında yaklaşıldığında derece mahkemesinin kararının sorunlu olduğu açıktır. Gerçi bu yadırganacak bir durum değildir. Zira derece mahkemelerinin bu tür kararları oldukça yaygındır ve anayasa şikâyeti usulü hukukumuza tam da bu tür hatalı kararların giderilmesi için getirilmiştir. Ne var ki somut olayda AYM hatayı görememiş, üstelik yanlış değerlendirmeler yapmak suretiyle, sorunu daha da derinleştirmiştir. AYM kararı, iki nedenle yanlıştır:

Birinci olarak-. AYM, eğer derece mahkemesinin görüşlerine müdahale etmek istemiyor ise kabul edilemezlik kararını benzer gerekçelerle temellendirmeli ve bu bakımdan başvurunun toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne yönelik talebini "*toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kötüye kullanılması*" (AY md. 14) gerekçesiyle reddetmeliydi. Böyle bir karar, hatalı olsa da, mevcut karara göre daha tutarlı olurdu.

55 *DİSK and KESK*, § 29.

56 *Oya Ataman v. Turkey*, ECtHR, 74552/01, 5/12/2006, § 41.

İkinci olarak-. AYM, somut olayda nitelendirme yetkisini yanlış kullanmış ve birçok kararında olduğu gibi dayanaktan yoksunluk kriterinin müphemliğinden yararlanmıştır.[57] Bu müphemlik, Mahkemelerin, başvurucunun tanımlamalarıyla bağlı olmadığını anlatan *jura novit curia* ilkesiyle daha da çetrefilli hale getirilmiştir.

Burada kısa bir bilgi aktarmak gerekirse *jura novit curia* ilkesi İHAM kararlarında şu şekilde ifade edilmektedir:

"Mahkeme olayın unsurlarına ilişkin hukukun nitelendirilmesi uzmanı olduğu için kendini, başvurucu veya hükümet tarafından yapılan nitelendirme ile bağlı görmez. Jura novit curia ilkesinin sonucu olarak, örneğin taraflar tarafından dayanılmayan maddeler veya paragraflar uyarınca Komisyon'un kabul edilebilir gördüğü, bir başkasında kabul edilemez bulduğu bir konuda re'sen tanımlama yapabilir. Bir başvuru, sadece dayanılan hukuki temeller ve argümanlarla değil, ileri sürülen olaylarla nitelendirilir."[58]

AYM, işte bu ilkeyi içtihadına aktarmıştır. Dolayısıyla başvuruculaların nitelendirmesiyle bağlı kalmayıp, başvuruyu re'sen nitelendirebilmektedir. Ali İsmail Korkmaz protestosu ile ilgili kararda ise AYM, bir gösteri sırasında trafik akışını bozan göstericiye yönelik müdahaleyi toplanma özgürlüğü ile ilgili değil, davaya bakan mahkemenin önünde adil yargılanma hakkı ile ilgili görmüştür.[59]

Oysa trafik akışının ihlal edilmesi, toplantı ve gösteri yürüyüşüyle o kadar ilgilidir ki toplantı özgürlüğü ile ilgili farklı ülkelerde veya farklı yargı kollarındaki[60] içtihatlarda mutlaka bu konuyla bağlantılı bir toplanma özgürlüğü kararıyla karşılaşılmaktadır. Örneğin Makedonya AYM'sinin bir süre önce verdiği bir norm denetim kararında, dava konusu tam olarak budur:

"Eğer gösteri ile açık bir mesaj iletilmek isteniyorsa veya örneğin şehrin diğer sokaklarının kullanılabilmesi mümkün ise; ister sabit bir toplanma şeklinde,

57 Açıkça dayanaktan yoksunluk kriterinin belirsizliği ve AYM tarafından keyfiliğe kapı aralayan şekilde kavranışı, doktrinde de kısa süre içinde dikkat çekmiştir. Bu konuda bkz. Bülent Algan, 'Bireysel Başvurularda 'Açıkça Dayanaktan Yoksunluk' Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması', *AÜHFD*; 63/2, 2014, ss. 247-284.

58 *Scoppola v. İtaly* (2), ECtHR, 10249/03, 17/09/2009, § 54.

59 *Rıza Gökcan Erus kararı*, § 15.

60 Yargıtay da bir kararında karayolunu kapatıp, kasalarındaki domatesleri yola döken göstericilerin eyleminin 2911 sayılı kanuna muhalefet sayılamayacağını söylediği kararı da buna örnek gösterilebilir. Bkz. Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 1997/10518, K. 1997/11621, T. 09.09.1997.

ister yürüyüş şeklinde de olsun, bir sokakta birkaç saat için trafiğin engellenmesi, hareket özgürlüğü üzerinde zorunlu olarak bir sınırlandırma yaratmaz. Trafik hafifçe engellendiğinde bile yetkili makamların, trafik düzenlemelerinden dolayı 1.a maddesini hareket özgürlüğü üzerindeki sınırlandırmaları haklılaştırmak için kullanmaları bir tehlike oluşturmaktadır. Bu norm, nitelikli kriterler veya gösterilerin sınırlandırılması için gereklilik konusunda bir direktif içermemektedir."[61]

Başkaca örnekler vermek gerekirse, mesela Avusturya AYM'si bir kararında, *"karayolu üzerinde spontane şekilde organize edilen bir gösteri, karşıdan karşıya geçebilen yayalar ve kısa bir süre beklemek zorunda alan sürücüler üzerinde asgari düzeyde etki yaratmıştır"*[62] şeklinde bir gerekçeyle, Çek Cumhuriyeti AYM'sinin ise "*somut olayda yetkili otoritelerin dava konusu gösterinin trafiğin akışını önemli ölçüde olumsuz etkilediğini kanıtlayamadığı"*[63] gerekçesiyle ana yollardaki yapılan gösterilerde, toplanma özgürlüğü lehine kararlar verdiği bilinmektedir. Yine İspanya AYM'sinin veciz bir şekilde ifade ettiği *"demokratik bir toplumda kentsel mekân sadece hareket alanı değil, aynı zamanda bir katılım mekânıdır"*[64]tespiti de toplanma özgürlüğü ile trafik akışını engelleme meselesinin ne kadar bağlantılı olduğunun göstergesidir.

AYM'nin bu kararda meseleyi toplanma özgürlüğü ile ilgisiz görmesi sorunludur.

3. 4+4+4 Eğitim Reformu Protestosu

AYM'nin toplanma özgürlüğüne ilişkin ilk ihlal kararı[65], kamuoyunda 4+4+4 yasası olarak bilinen eğitim reformu yasasına[66] karşı gerçekleştirilen bir protesto ile ilgilidir. Uzun ve karmaşık nitelik arz eden bu kararın daha

61 Sluzben vesnik na Republika Makedonija (Official Gazette), 119/2006, 17.11.2006. Akt: CODICES, MKD-2006-3-006. Bkz. http://tinyurl.com/oqugllc (E.T.: 23/03/2015)

62 App. no. 19528, B 877/10, 06.10.2011. Akt. Euro-Mediterranean Human Rights Network, *RegionalStudy: The Rights to Freedom of Assembly in the Euro-Mediterranean Region*, Copenhagen: Euro-Mediterranean Human Rights Network, 2013, s. 152.

63 Constitutional Court of the Czech Republic, 1 As 30/2009 – 70, Judgment of 15 April 2009. Akt. Loc. cit.

64 Spanish Constitutional Court, judgment STC 193/2011, of 12 December, 2011. Akt. *Loc. Cit.*

65 *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, AYM, 2013/3924, 06/01/2015.

66 AYM söz konusu yasanın Anayasa'ya uygun olduğu kanaatindedir. İHAM ise yakın zaman önce verdiği bir kararda bu reform yasasının İHAM kararlarını tatmin edici olmadığını tespit etmiştir. Bkz.
AYM kararının eleştirisi için bkz. Kerem Altıparmak, 'Anayasa Mahkemesi ve 4+4+4: Özgürlük Hanesinde Elde Var Sıfır', *Bianet*, 24/04/2013.

sistemli değerlendirilmesi için önce olayın, sonra da AYM'nin kararının değerlendirilmesinin ortaya konması gerekmektedir.

a. Dava Konusu Olaylar

Bu vakada KESK'e bağlı Eğitim-Sen üyesi olan başvurucular, mensubu bulundukları sendikanın, diğer birçok sendika, siyasi parti, dernek, platform, öğrenci grupları ile birlikte 28-29/03/2014 tarihinde Ankara'da yapma kararı aldığı protesto gösterisine katılmak istemişlerdir. Ne var ki Ankara Valiliği 26/03/2014 tarihinde, söz konusu *"protesto gösterilerinde provokatif amaçlarla güvenlik güçleri ile göstericiler arasında çatışma ortamının oluşturulacağı"* kanaatine binaen, kamu, güvenliği ve düzenini sağlamak iddiasıyla söz konusu tarihlerdeki her türlü eylemi kategorik olarak yasaklamıştır.[67]

Ankara Valiliği'nin yasaklama kararı uyarınca İçişleri Bakanlığı, söz konusu protesto gösterisine katılmak isteyen grupların illerden çıkışlarına izin verilmemesi için tüm valilere yazı yazmıştır. İzmir Valiliği, 27/03/2014 tarihinde, başvuruculların da üyesi olduğu Eğitim-Sen'in İzmir şubelerine durumu bildirmiş, Ankara'ya gitmelerine *"izin verilmeyeceğini ve bu kapsamda yapılan organizasyonlar iptal edilmediği takdirde yasal işlem yapılacağını"* tebliğ etmiştir.[68]

Bu karara rağmen Ankara'da yapılacak eyleme katılacak sendika ve diğer demokratik kitle örgütleri, gece 22:00 sıralarında bir araya gelerek otobüslerle İzmir'den Ankara'ya gitmek istemişler, fakat polis, *"otobüslerin yasal olarak zorunlu evraklarının eksik olduğundan bahisle"* başvuruculların ve diğer katılımcıların İzmir'den çıkışlarını engellemiştir.[69] Buna tepki gösteren katılımcılar, Ankara'ya gitmelerinin engellenmesini protesto etmek için 20 dakika süreyle trafiği kapatmışlar, daha sonra yürüyerek Ankara'ya gitmek üzere yol üzerinden Konak meydanına yönelmişler, fakat bu yönelimleri polisin biber gazı ve cop ile müdahalesiyle karşılanmıştır. Grup bir süre daha oturma eylemi yaptıktan sonra sabaha karşı, ertesi gün öğle saatlerinde yeniden toplanmak üzere dağılmıştır.[70]

67 *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, § 10.
68 *Ibid*., § 11.
69 *Ibid*., § 12.
70 *Ibid*., §§ 13-15.

28/03/2015 tarihinde İzmir Büyükşehir Belediyesi binası önünde yeniden toplanan, aralarında başvuruların da olduğu göstericiler, hem Yasa'yı hem de Valilik kararını protesto etmek için Valilik Binası'na doğru yürümek istemişlerdir. Polisin buna izin vermemesi nedeniyle yeniden göstericiler ve polis arasında çatışma çıkmış ve eylem SGK binası önünde basın açıklaması yapılması şeklinde neticelenmiştir. Söz konusu çatışmada başvuruculardan Ali Rıza Özer'in burunda kemik kırığı, dudağında kesi ve eskimoz, kulak zarında yırtık gibi hasarlar oluşmuştur. Diğer başvuruculardan Orhan Bayram omzunda, Veli İmrak'ın kafasında, Tunay Özaydın'ın el bileğinde, Deniz Doğan'ın burnunda bir takım hasarlar oluşmuştur. Özcan Çetin'in ise biber gazından etkilenmiş olduğu tespit edilmiştir.[71]

Ayrıca başvuruculaların bir kısmı hakkında polis fezlekesi kapsamında, "*kanuna aykırı toplantı ve yürüyüşlere silahsız katılarak ihtara rağmen kendiliğinden dağılmama*" suçundan, diğer bazıları hakkında ise görevi yaptırmamak için direnmek suçundan soruşturma açılmış, birincisi yönünden "*yetki sınırı aşılarak toplantı veya gösteri yürüyüşlerinin dağıtılmasına*" karşı direnildiği ve bu bakımdan işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığına dayanılarak "*kovuşturmaya yer olmadığı*", ikincisi yönünden ise açılan dava sonunda *"sanıkların müsnet suçu işlediklerine dair kesin ve inandırıcı delil elde edilmediği"* gerekçesiyle beraat kararı verilmiştir.

Başvurucular;

(i) Ankara'ya gitmelerine izin verilmemesi ve ertesi gün de Belediye önündeki yürüyüşlerine müdahale edilmesi yönünden; İzmir valisi, İzmir il emniyet müdürü ve İl emniyet müdürlüğünün diğer görevlileri hakkında görevi kötüye kullanma suçuna dayanarak;

(ii) Polisin uyguladığı orantısız güçten kaynaklanan yaralanmalar yönünden ise il emniyet müdürlüğü görevlileri hakkında zor kullanma yetkisinin sınırların aşılması suretiyle yaralama suçuna dayanarak savcılığa şikâyette bulunmuşlardır.

İzmir Valisi ve İzmir İl Emniyet Müdürü hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında kanuna dayanılarak soruşturma izni verilmemiştir. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı, il emniyet

71 *Ibid*., §§ 18-24.

müdürlüğü görevlileri hakkında ise, söz konusu polis şiddetini "*yasal zor kullanma yetkisinin kullanılması kapsamında*" gördüğü için kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermiştir.

AYM bu vakada, tıpkı İHAM gibi, şikâyet konusu olan olayların tamamını bir bütün olarak ele alarak yapılan suç duyurularını, özel bir ayrıma girmeden, her bir iddia için '*olağan hukuk yollarının tüketilmesi*' olarak görmüştür.[72] Bu bakımdan kabul edilebilir bulunan başvuru en önce '*toplanma özgürlüğü*' ile '*kötü muamele yasağı*' yönünden ikiye ayrılmıştır.

b. Kötü Muamele Yasağı Yönünden Değerlendirme

Toplanmalara yönelik polis müdahalelerinin, duruma göre, kötü muamele yasağı kapsamında inceleneceğini düşünen AYM, Anayasa'nın 17'nci maddesinin maddi boyutu kapsamında yaptığı değerlendirmede, büyük ölçüde İHAM'ın Sözleşme'nin 3'üncü maddesine yönelik tespitlerini içtihadına aktarmış, İHAM'ın en sertten yumuşağa doğru '*işkence*', '*insanlık dışı muamele*' ve '*aşağılayıcı muamele/ceza*' şeklinde yaptığı üçlü ayrımı, "*işkence*", "*eziyet*" ve "*insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza veya muamele*" şeklinde kavramlaştırmış ve İHAM'ın "*özerk kavramlar doktrinini*" AYM içtihadına aktaran çok yerinde bir tespitle Anayasa'daki bu ifadelerin TCK'deki işkence, eziyet ve hakaret suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığını ortaya koymuştur.[73]

AYM, bu tasnifinin peşi sıra, İHAM'ın kötü muamele konusundaki tespitlerini, kendi içtihadına birebir aktarmıştır. Bu tutum, AYM'nin yönelimi bakımından olumlu olmakla birlikte, söz konusu ilkeler somut olaya uyarlanmadığında değerini yitirmektedir. Somut vakada, ilkeler bazı başvurucular açısından gerektiği gibi uyarlanmış, fakat bazı başvurucular yönünden hatalı şekilde uygulanmıştır.

Örneğin polise saldırmadığı ve hakkında herhangi bir yakalama ve gözaltı işlemi de yapılmadığı kabul edilen başvurucu **Ali Rıza Özer**'in, yine polis müdahalesi neticesinde ortaya çıktığı kabul edilen burun kırığı ve işitme kaybı gibi yaralarının "*eziyet*" olarak tespit edilmesi[74] -birazdan değinilecek

72 *Ibid*., §§ 59-63.

73 *Ibid*., § 77. Bu yöndeki ilk vurgu için bkz. *Cezmi Demir ve diğerleri kararı*, AYM, 2013/293, 17/7/2014, §84.

74 *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, § 96.

bazı noktalar yönünden eleştiriler saklı kalmak şartıyla- İHAM içtihatları ile tutarlı sayılabilir. Buna karşın, diğer başvurucular açısından aynı şeyi söylemek mümkün görünmemektedir, çünkü diğer başvurucular yönünden, İHAM'ın kullandığı ilkeler somut olayda gerektiği gibi uygulanamamıştır.

(1) Fiziksel Güç Kullanan Gösterici Yönünden

AYM, AY md. 17 ve İHAS md. 3 yönünden çıkardığı genel ilkelerde kullanımının kaçınılmaz olması ve asla aşırı olmaması kaydıyla birinci olarak "*yakalamayı gerçekleştirmek için*", ikinci olarak ise "*kişinin kendi davranışlarından veya tutumundan dolayı*" fiziksel güce başvurulabileceğini tespit etmiştir.[75]

Bu ilkeleri tespit ettikten sonra, somut olaydaki durumu ortaya koyan AYM'ye göre başvuruculardan **Orhan Bayram**'ın *"polis barikatını aşmak için elindeki bayrak sopasıyla görevli çevik kuvvet polislerine vurduğu ve daha sonra flama sopasını polise karşı fırlattığı bilirkişi raporu ve izlenen kamera kayıtlarından tespit edilmiştir. Bu durumda, kendisine karşı şiddet uygulayan kişilere karşı polisin müdahale etmesi kabul edilebilir."*[76]

Yani AYM'nin üç basamaklı akıl yürütme biçimine göre; (i) bir kişinin fiziksel güç içeren kendi davranışları, kendisine şiddet uygulanmasına neden olabilir; (ii) başvurucu Orhan Bayram, kolluk mensuplarına fiziksel güç uygulamıştır; (iii) o halde Orhan Bayram'a karşı şiddet uygulanabilecektir.

Bu akıl yürütme biçimi soyut olarak doğrudur. Ne var ki kolluk mensuplarının uyguladığı fiziksel güç, soyut olarak haklılaştırılamaz. Güç kullanımının elverişli araçlarla, gerekli şekilde ve orantılı nitelikte olup olmadığı, somut ve tutarlı bir değerlendirmeyi gerekli kılar.[77] Söz konusu olayda Orhan Bayram'ın *"yaralanmasına esas polis müdahalesinin nerede olduğu başvuru formunda ve yapılan Cumhuriyet savcılığının soruşturmasında açık olarak belirtilmemiştir."*[78]

AYM, bu belirsizlik karşısında, Orhan Bayram'ın yaralanışına ilişkin bir varsayım kurmuştur: *"İzlenen kamera kayıtlarında polisin Orhan Bayram'a müdahalesinin TOMA araçlarından tazyikli su sıkmak suretiyle meydana*

---

75 *Ibid*., § 82.

76 *Ibid*., § 89.

77 Matthias Klatt/Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford: OUP, 2014, ss. 8 vd. Yüksel Metin, *Ölçülülükİlkesi: Karışlaştırmalı Bir Anaysa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yay., 2002, ss. 123 vd. Fazıl Sağlam, *op. cit*., ss. 113 vd.

78 *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, par. 90.

gelebileceği tespit edilmiştir."[79] Bu varsayımdan hareketle değerlendirme yapan AYM, gerçekte var olduğundan kendisinin dahi emin olmadığı su sıkma müdahalesinin "*orantılı olduğu*" sonucuna ulaşmıştır.

AYM'nin yaklaşımını değerlendirmek için Mahkeme'nin dikkate aldığı iki veriye odaklanmak yerinde olacaktır. AYM ölçülülük sonucuna ulaşırken iki veriden hareket etmektedir:

- Başvurucu çevik kuvvet polislerine vurmuş ve sopa fırlatmıştır.

- Başvurucu, TOMA araçlarından sıkılan tazyikli su ile yaralanmıştır.

Bu iki veriye dayanan değerlendirmede de iki noktada sorun bulunmaktadır.

Birincisi bu veriler, yeterli kesinliğe sahip değildir. Başvurucunun bu eylemleri gerçekleştirdiği, herhangi bir mahkeme kararıyla sabit değildir. Başvurucu hakkında açılan davalarda beraat ve kovuşturmaya yer olmadığı kararları verilmiştir. AYM, başvurucunun çevik kuvvet polislerine vurduğu ve sopa fırlattığı şeklindeki veriyi, bilirkişi raporuna ve izlenen kamera kayıtlarına dayandırmaktadır.

Öte yandan başvurucunun TOMA araçlarından sıkılan tazyikli su ile yaralandığı da tamamen bir varsayımdır. AYM bu konuda herhangi bir mahkeme kararına veya bilirkişi raporuna bile dayanmamaktadır. AYM'ye göre izlenen kamera kayıtlarında başvurucuya su sıkılması suretiyle gerçekleşmesi olasılık dâhilindedir, ancak yaralanmanın burada gerçekleşip gerçekleşmediği maddi kesinlikten yoksundur.[80]

İkincisi yeterli kesinliğe sahip olmayan bu iki veri arasında zamansal ve mekânsal illiyet bağı ortaya konmamıştır. Yani başvurucunun çevik kuvvet polislerine uyguladığı varsayılan fiziksel gücün, ne zaman ve nerede olduğu, keza başvurucuyu yaraladığı varsayılan TOMA araçlarından sıkılan suyun ne zaman ve nerede sıkıldığı ortaya konmamıştır. Hal böyle olunca AYM'nin ilke kararından şöyle bir provokatif sonuca ulaşılmaktadır: Bir defa fiziksel güce başvuran bir göstericiye, zamandan ve mekândan bağımsız olarak, belli sınırlar

79 *Ibid.*

80 Üye Serdar Özgüldür bu kesinliğin olmaması sorununun, soruşturma yükümlülüğünün gerektiği gibi yapılmamasının bir sonucu olarak görmemiş ve bu nedenle de ihlalin olmadığı gibi eksikliği başvurucuya yükleyen bir sonuca ulaşmıştır. Söz konusu sonucun İHAM'ın karine pratikleriyle uyumlu olduğu söylenemez. Karş. Serdar Özgüldür'ün karşı oyu.

çerçevesinde fiziksel güç uygulanabilir. Somut olayda başvurucu, polise fiziksel güç uygulamıştır, o halde kendisine karşı da belli bir eşiğe kadar fiziksel güç uygulanabilecektir, bunun nerede ve ne zaman olduğu tali bir konudur.

Böyle bir sonucun kendisi ölçüsüzdür. Çünkü kolluk güçlerine, bir defa fiziksel güce başvurmuş olan göstericilere karşı belli ağırlık düzeyine kadar şiddet uygulama konusunda adeta açık çek verilmektedir. Oysa barışçıl olmaktan çıkan göstericilere karşı fiziksel güç, mekânsal ve zamansal bir gereklilikle ve bu gerekliliğe bağlı elverişli araçlarla, orantılı bir şekilde uygulanmalıdır. Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık (dar anlamda ölçülülük) unsurlarına dayanmayan, yani sadece fiziksel gücün ağırlığına dayanan (somut olayda başvurucunun az yaralanmasına odaklanılmıştır) bir ölçülülük değerlendirmesi çok tehlikelidir.

(2) Fiziksel Güç Kullanmayan Gösterici Yönünden

AYM'nin sorunlu yaklaşımı, herhangi bir fiziksel güç kullanmayan, barışçıl göstericiler için de uygulanmıştır. Aslında AYM toplanma özgürlüğüne ilişkin genel ilkeler ortaya koyarken, toplantıya katılanların bir kısmının şiddete başvurmalarının diğerleri açısından bu hakka müdahaleyi meşru kılmadığını ifade etmişti. Ne var ki kötü muamele yasağı kapsamındaki incelemesinde bu tespiti ile çelişkili bir sonuca ulaşmıştır. AYM'ye göre başvuruculardan **Veli İmrek**'in barışçıl davranmadığına yönelik herhangi bir veri olmamasına rağmen;

"Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde polisin müdahalesi esnasında ortaya çıkan panik ve karmaşada gösteriye katılan ancak müdahale edilmesi gerekmeyen kişilerin de müdahaleden etkilenmesi mümkündür. Bu durumda polisin kontrollü hareket etmesi ve müdahaleyi gerektiren durumu yaratan kişiler dışındakilerin müdahaleden etkilenmemesi için gerekli tedbirleri alması beklenir. Ancak müdahalenin oluşturduğu karmaşa ve panik ortamında bu tedbirlerin polis tarafından mutlak olarak uygulanmasının zorluğunu da kabul etmek gerekir. Başvurucunun katıldığı gösteride polisin sadece barikatları aşmaya çalışan kişilere müdahale ettiği başvurucunun bu esnada yaralanmış olabileceği ve yaralanmanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte olduğu gözetildiğinde başvurucunun yaralanmasının Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında asgari ağırlık eşiğini aştığı söylenemez."[81]

81 *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, § 95.

Görüldüğü gibi AYM, kolluk güçlerinin müdahale sırasındaki pozitif yükümlülüklerinden çok, başvuruculaların yaralanmalarının ağırlığına odaklanmıştır. Böyle bir odaklanma, söz konusu vakada Anayasa'nın 17'nci maddesindeki yasaklardan hangisinin uygulanacağının tespit edilmesi bakımından anlaşılır olabilir. Somut olayda AYM, başvurucunun yaralanışının 17'nci madde kapsamında bir ağırlıkta olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu sonucun kendisi tartışmaya açık olmakla birlikte, olağan şartlarda 17'nci madde kapsamında olmayan bir yaralanmanın hangi madde kapsamında olduğunun ortaya konması beklenir. Bilindiği gibi İHAS'ın 3'ncü maddesi kapsamına girecek ağırlıkta olmayan müdahaleler, İHAS'ın 8'nci maddesi kapsamında incelenmektedir. Oysa AYM, Anayasa'nın 17'nci maddesi için gerekli olan ağırlıkta görmediği yaralanmanın İHAS md. 8 kapsamında olup olmadığını incelememiştir.

Hal böyle olunca AYM'nin ilke kararından çıkan sonuç şu şekilde olmaktadır: Barışçıl göstericiler, Anayasallığı tartışmalı bir polis müdahalesiyle ortaya çıkan bir kargaşada, Anayasa'nın 17'nci maddesine girecek ağırlıkta olmayan yaralanmalara hazır olmak ve bunlara katlanmak durumundadırlar. Böyle bir yaklaşım sorunludur.

(3) Biber Gazına Maruz Kalan Üçüncü Kişi Yönünden

Meseleyi trajik kılan nokta AYM'nin toplanma özgürlüğünün öznelerini potansiyel olarak katlanmak zorunda bıraktığı müdahalelerin sınırlarının, Türkiye'nin son beş yıldır kronik gündem maddesini oluşturan kimyasal gazlara da, özel bir kayıt dahi düşmeksizin teşmil edilmesidir. Mahkeme'nin, başvurucu Özcan Çetin için yaptığı değerlendirmeler bunu göstermektedir.

AYM, somut olayda, *"polise karşı herhangi bir saldırıda bulunduğunun tespit edilemediğini"* söylediği başvurucu **Özcan Çetin**'in, *"polis müdahalesi sırasında biber gazından etkilendiğini"* kabul etmiştir.[82] Zaten başvurucunun müdahale günü almış olduğu adli muayene raporunda da *"gözüne biber gazı geldiği, gözde yanma ve batma olduğu, gözde kızarıklık olduğu ve ilaç verildiği belirtilmiştir."*[83]

82 Ibid., § 91.
83 Ibid., § 24.

Yani ***birinci*** olarak; Özcan Çetin'in barışçıl bir gösterici olmadığı söylenememektedir. ***İkinci*** olarak; Özcan Çetin herhangi bir şiddet eyleminde bulunmamış olmasına rağmen -adli muayene raporuyla da sabit olduğu üzere- biber gazına maruz kalmıştır.

Bu iki tespit, AYM'nin şu soruya yanıt vermesini zorunlu hale getirmiştir: Barışçıl olduğu düşünülen bir göstericinin gözünde, kendisinin neden olmadığı bir polis müdahalesi sırasında atılan biber gazından dolayı yanma, batma ve ilaç almayı gerektirecek düzeyde kızarıklık oluşması Anayasal olarak mazur görülebilir mi?

Ne yazık ki AYM bu soruya da *'evet'* yanıtını vermiştir. Çünkü AYM'nin bu defa dört adımda özetlenebilecek spekülatif akıl yürütme biçimine göre (i) "*biber gazının kullanılması bazı sağlık sorunlarına yol açabilir*", ne var ki (ii) '*polisin toplumsal olaylara müdahalesinde biber gazı kullanılması ulusal ve uluslararası mevzuatta yasak değildir*'. O halde (iii) '*belli bir ağırlık eşiğine ulaşmadıkça biber gazına maruz kalınması doğaldır*'. Nihayet, (iv) '*bir kişinin gözünde yanma, batma ve ilaç almayı gerektirecek düzeyde kızarıklık oluşması asgari ağırlık eşiğinin altındadır*.'

Bunlara ek olarak AYM, kötü muamele için varsaydığı asgari ağırlık eşiğinin altında gördüğü biber gazı etkilerinin maddi anlamda özel yaşama saygı hakkını ihlal edip etmediğini de sınamamıştır.

Bu bakımdan AYM'nin yaklaşımına göre hukuka uygun ve barışçıl şekilde hareket eden bir kişi, eğer bir toplanmaya katılmış ise bu durumda olası bir polis müdahalesine ve bu müdahale sırasında da gözünde yanma, batma ve ilaç almasını gerektirecek düzeyde kızarıklık yaşamaya hazır olmalıdır.

İşin ilginç yanı AYM, bu gerekçesini İHAM'ın *Oya Ataman v. Türkiye* kararına atıf yaparak temellendirmeye çalışmasıdır. Ne var ki AYM'nin atıf yaptığı kararın ilgili paragraflarına bakıldığında İHAM'ın somut olayda *"başvurucu tarafından herhangi bir sağlık raporu sunulmadığını ve bu bakımdan ihlal iddiasına binaen herhangi bir delil veya delil başlangıcı oluşturabilecek bir belge bulunmadığını"*[84] söylediği dikkat çekmektedir. Oysa AYM önündeki vakada başvurucu Özcan Çetin, adli muayene raporu sunmuştur. Yani iki

84 *Oya Ataman v. Turkey*, § 26.

olay, farklı nitelik taşımaktadır. İHAM kararının manipüle edilmesi ve iki olay arasındaki farkın görmezlikten gelinmesi kabul edilemez. Öte yandan kolluk kuvvetlerinin en küçük bir toplanmada dahi biber gazı kullanmak suretiyle, biberden etkilenmeyi toplanma özgürlüğünün mütemmim cüzü haline getirdiği, ayrıca protestonun parçası olmayan kişiler, mahalle sakinleri, hayvanlar ve başta gazeteciler olmak üzere diğer meslek gruplarının belirsiz bir risk altına sokulduğu Türkiye'de[85] böyle bir karar verilmesi, kolluk güçleri açısından '*eğitici etki*'[86] yaratmak şöyle dursun, mevcut sorunu daha da derinleştirecektir.

Burada anılan değerlendirmelere ek olarak kaydedilmelidir ki AYM; Özcan Çetin ve Veli İmrek yönünden, söz konusu kararın başında ortaya koyduğu ilkelerin sınırlarını belirsiz şekilde aşmıştır. Hatırlanacak olursa AYM, AY md. 17 ve İHAS md. 3 yönünden "*yakalamayı gerçekleştirmek için*", "*kişinin kendi davranışlarından veya tutumundan dolayı*" fiziksel güce maruz kalabileceğini söylemekteydi. Özcan Çetin ve Veli İmrek hakkında yapılan değerlendirmelerde görüldüğü üzere toplanma özgürlüğünün özneleri, polisin müdahaleleri sırasında belli ağırlıkta yaralanmalara ve biber gazına da katlanmak durumundadır.

AYM'nin bu yaklaşımı, toplanma özgürlüğünü şiddete açık bir alana itmektedir. AYM, barışçıl göstericilerin polis müdahalesi sırasında yaralanmalarını, kolluk müdahalesinin kaçınılmaz sonucu ve bu bakımdan adeta bir teferruat olarak görmektense, kolluk güçlerinin bu tür müdahalelerde sahip olduğu pozitif yükümlülüklerine odaklanması gerekmektedir. Çünkü insan onuru ve fiziksel bütünlüğü, düşük ağırlıkta müdahaleler de dâhil olmak üzere, bir teferruat olarak görülemez.

(4) Usul Yükümlülükleri Yönünden

AYM, önüne gelen anayasa şikâyetini, kolluk güçlerinin gösterilere müdahale biçimi kadar, müdahaleden sonraki süreçte kamu gücünün olayla ilgili soruşturma yükümlülükleri yönünden de incelemiştir. AYM, İHAM'ın bir soruşturmada bulunması gerektiğini söylediği beş öğeyi içtihadına aktarmıştır: "*Soruşturmanın derhal başlaması, bağımsız biçimde,*

85 Türk Tabipler Birliği, *Kimyasal Gösteri Kontrol Ajanlarıyla Temas Edenlerin Sağlık Sorunları Değerlendirme Raporu*, TTB; 2013.

86 Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti*, ss. 69 vd.

kamu denetimine tabi olarak özenli ve süratli yürütülmesi ve bir bütün olarak etkili olması gerekir."[87]

AYM, diğer birçok kararında olduğu gibi bu kararında da İHAM kararlarına çok sayıda atıf yapmakta ve kararlarını bu ilkelerle zenginleştirmektedir. Ne var ki bu ilkeleri somut olaya uyarlamak konusunda yetersiz kalmaktadır. AYM, polis müdahalesi sonucu burunda kemik kırığı, dudağında kesi ve eskimoz, kulak zarında yırtık gibi hasarlar oluşan Ali Rıza Özer'in suç duyurusu karşısında İzmir Cumhuriyet Savcılığı'nın *"başvurucunun ayrıntılı beyanını almadığı gibi faillerin tespitine ilişkin herhangi bir çalışma yürütmeden, yapılan müdahalenin kaçınılmaz olup olmadığını ve başvurucunun polis müdahalesini gerektirecek bir eyleminin olup olmadığını araştırmadan ve bilirkişi raporunda başvuruculara polise saldırdıklarına dair bir tespit olmadan, dolayısıyla yaralanmanın nasıl meydana geldiği tespit edilmeden sadece dosya üzerinden orantılılık incelemesi yaparak takipsizlik kararı vermesini"*[88]kötü muamele yasağının usul boyutu yönünden ihlali olarak ifade etmiştir.

Yine AYM, barışçıl olmalarına rağmen fiziksel güce ve biber gazına maruz kalan başvurucular yönünden ise, yaralanmalarının AY md. 17 kapsamında bir ağırlıkta olmadığı gerekçesiyle ihlal bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. İlginçtir, maddi yönden yapılan incelemede İHAS md. 8 kapsamında değerlendirme yapılmamış olmasına rağmen, bu noktada şikâyetlerinin İHAS md. 8 kapsamında kalıp kalmayacağı değerlendirilmek istenmiş fakat bu değerlendirmede ise *"toplanma hakkının kullanılması esnasında maruz kalınan ve asgari eşiği aşamayan gazdan yaralanma hususunda kişinin maddi ve manevi bütünlüğü çerçevesinde değerlendirilmesini gerektirecek herhangi bir konuya rastlanmamıştır"* şeklinde bir sonuca ulaşılmıştır.

Polise fiziksel güç uyguladığı iddia edilen Orhan Bayram'ın iddialarına ilişkin soruşturmanın ise etkin olduğunu söylemekle yetinmiştir.

AYM'nin bu gerekçeleri tutarsızdır. Sondan başlayacak olursak; bir defa AYM, Orhan Bayram'ın iddialarına ilişkin soruşturmanın neden etkin olduğunu ortaya koymadığı için, bu bağlamda gerçek anlamda bir gerekçelendirme yapmamıştır. Hatırlanacak olursa AYM, **Orhan**

87 *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, § 102. Daha önce bkz. *Tahir Canan kararı*, AYM, 2012/969, 18/09/2013, § 25.

88 *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, § 105.

Bayram'ın yaralanmasına neden olan kolluk müdahalesini net bir şekilde belirleyememekteydi, dolayısıyla yaralanmanın TOMA araçlarından tazyikli su sıkılması suretiyle meydana gelebileceğini varsaymıştı. Oysa gerçekten yeterli bir soruşturma yapılmış olsaydı, bu konu netlik kazanabilirdi.[89]

Barışçıl olmalarına rağmen fiziksel güce ve biber gazına maruz kalan başvuruculaların iddialarına dayanan soruşturmalar konusunda ise AYM, yine yeniden bu başvuruculaların yaralarının ağırlığına odaklanmış, fakat bu defa düşük ağırlığın İHAS md. 8 kapsamında olabileceğini hatırlamıştır. AYM'nin yaralanmaların ağırlığı uyarınca İHAS md. 8 kapsamında değerlendirme yapmanın gerekli olduğunu söyledikten sonra, İHAS md. 8 çerçevesinde değerlendirmeyi gerektirecek bir konuya rastlanmadığını söylemesi en yumuşak ifadeyle totoloji oluşturmaktadır. AYM, bu noktada sadece biber gazı yönünden değerlendirme yapmak suretiyle, barışçıl olduğu kabul edilen ve müdahaleler sırasında kafasından yaralanan başvurucu Veli İmrek'in iddialarını yeniden yok saymıştır. Yani AYM; *"müdahaleyi gerektiren durumu yaratan kişiler dışındakilerin müdahaleden etkilenmesinde"*[90], kolluk güçlerinin usul yönünden sorumluluğuna ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmamıştır.

AYM, somut olayda gösteriye yönelik müdahalelerde sadece burunda kemik kırığı, dudağında kesi ve eskimoz, kulak zarında yırtık gibi hasarlar oluşan **Ali Rıza Özer** yönünden kötü muamele hakkının usul yönünden ihlaline karar vermiştir. Bu, doğru bir karar olmasına rağmen, AYM'nin kararın başında ortaya koyduğu ilkelerin somut olaya uyarlanması ve bu bakımdan gerekçelendirilmesi yönünden eksiktir. AYM, bu yöndeki ihlal kararında tek paragraflık bir gerekçe ortaya koymuştur. AYM'nin kararında tazminata hükmedilmediği ve gereğinin yapılması için kararın İzmir Cumhuriyet Savcılığı'na gönderilmesine hükmedildiği dikkate alındığında, söz konusu kararın en kritik yeri bu kısımdır. Burada ise AYM'nin İzmir Cumhuriyet Savcılığı'na nasıl bir soruşturma yapması gerektiği konusunda yeterince yol gösterdiği söylenemez.

AYM, savcılığın soruşturmasının etkili olmadığını söylemiştir. Oysa somut olayda AYM'nin de ortaya koyduğu soruşturma için zorunlu olduğu

89 Başvurucunun nasıl yaralandığının tespit edilememiş olması, kararda bir AYM üyesinin karşı oy yazmasına dahi neden olduğu dikkate alındığında, AYM'nin Orhan Bayram'ın iddialarına ilişkin soruşturma hakkında daha fazla odaklanması beklenirdi.

90 *Ibid*., § 95.

düşünülen beş kriterden etkililikten önce bağımsızlık sorunu üzerine odaklanılması gerekirdi. Çünkü kararda izlenen verilere göre savcılık, kolluk hakkındaki soruşturmasını "*dosya üzerinden yapmıştır*". Yani Türkiye'deki savcılık pratikleri de dikkate alındığında, İzmir Savcılığı büyük ihtimalle kolluk şiddetine ilişkin soruşturmasını sadece polis fezlekelerini dikkate alarak tamamlanmıştır. AYM'nin bu noktadaki soruna dikkat çekmesi gerekirdi. Öte yandan soruşturma sonucunda cezasızlık sorununun ortaya çıkmaması için, başvurucuyu mağdur eden kolluk görevlisi/görevlileri hakkında caydırıcı bir ceza maddesinden soruşturma yapılması gerektiğinin gözden uzak tutulması da, Türkiye yargı pratiğindeki yapısal sorunların çözülmesine yardımcı olmamaktadır.

Son olarak karardaki esaslı bir ihmal de AYM'nin İzmir İl Emniyet Müdürü ve İl Emniyet Müdürlüğü diğer görevlileri hakkında valiliğin soruşturma izni vermemesi ve valiye bu yetkiyi tanıyan 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un belirli nitelikleri taşımayan ihbar ve şikâyetlerin Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmayacağını belirten ve bu karara karşı da bir itiraz yolu öngörmeyen hükmü (md. 4/son) çerçevesinde bir değerlendirme yapmamış olmasıdır. AYM'nin geçmişte verdiği kararlarda da karşısına çıkan ve "*etkili soruşturmayı etkisiz kıldığına*"[91] kanaat getirilen bu norm hakkında yarı-pilot (*quasi-pilot*) nitelikte bir karar verilmesi gerekirdi.[92]

c. Toplanma Özgürlüğü Konusundaki İlkeler

Toplanma özgürlüğüne ilişkin ihlal içeren ilk ilke kararı olma niteliği taşıyan bu vakada AYM, İHAM'ın konuyla ilgili temel prensiplerinin bir kısmını kendi içtihadına aktarmıştır. AYM bu kararda, İHAS'tan farklı olarak Anayasa'da söz konusu hakkın "*önceden izin almama*" şartına bağlandığını (İHAS kapsamındaki hak ve özgürlükler ibaresini yorumlama biçiminden dolayı) göz ardı etmesine rağmen, özellikle, az önce değinilen Ali İsmail Korkmaz protestosuna ilişkin kabul edilemezlik kararının aksine, bu defa halka açık

91 *Ramazan Aras kararı*, AYM, 2012/239, 2/7/2013, § 85.

92 Kerem Altıparmak, *Van Depreminin Hukuktaki Artçıları: Anayasa Mahkemesi'nin Bayram Oteli Kararı*, İstanbul: TESEV Yay., 2013, s. 10.
Konu hakkında bilgi için bkz. Philip Leach/ Helen Hardman/ Svetlana Stephenson/ Brad K. Blitz, *Responding to Systemic Human Rights Violations An Analysis of 'Pilot Judgments' of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, Antwerp: Intersentia, 2010, ss. 24 vd.

yerde yapılan her türlü gösterinin günlük hayatın akışında belli bir karışıklığa sebep olabileceği ve düşmanca tepkilere yol açabileceği, ancak bunun toplanma özgürlüğünün ihlal edilmesini haklılaştırmayacağını söylemiştir.

Yine bu kararda, muhalif ve azınlıkta kalan fikirlerin, çoğunluğun fikirleri nazarında kışkırtıcı ve rahatsız edici olması durumunda dahi korunacağına yapılan vurgu, bu vurgunun uygulamada da dikkate alınması kaydıyla, Türkiye gibi siyasal hoşgörünün sınırlarının oldukça daraldığı bir ülkede, oldukça değerlidir.

AYM'nin tespit ettiği genel ilkelerden önem taşıyan bir diğeri ise, daha söz konusu kararda bizzat AYM tarafından gerektiği gibi uygulanamamış olsa da, toplantıya katılanların bir kısmının şiddete başvurmalarının diğerleri açısından bu hakka müdahaleyi meşru kılmadığı yönündeki ilkedir.

Kararda dikkat çeken ilk nokta AYM'nin vakayı değerlendirirken, şikâyet konusu olayların iki farklı eylemden oluştuğu kanaatine varmasıdır. AYM'ye göre;

- Birinci eylem; Ankara'ya gitmek üzere yola çıkan başvuruculların İzmir'den Ankara'ya gitmelerine "*değişik yasal gerekçelerle*" engel olunması ve beklenmedik şekilde engellenen başvuruculların bu durumu protesto etmek amacıyla yapmak istedikleri trafiği kapatma ve gösteri yürüyüşünün polis tarafından dağıtılmasıdır.
- İkinci eylem; yaşanan olayları müteakiben ertesi gün Valilik binası önünde basın açıklaması yapılmasının engellenmesidir.

(1) Birinci Eylem Yönünden

AYM'nin "*birinci eylem*" olarak tasniflediği olayların gerçekten de tek bir eylem olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Çünkü başvuruculların otobüslerinin durdurulup, Ankara'ya gitmelerine izin verilmemesi ile bu otobüsün engellenmesine karşı spontane şekilde gerçekleştirilen protestoya müdahale, farklı iki müdahale niteliğindedir. AYM her ikisini tek bir eylem olarak görmüş ve bu eyleme yönelik müdahalenin kanuni dayanağı olarak da 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun zamansal açıdan gece gösteri yapılamayacağını söyleyen 7'nci maddesi, mekânsal açıdan genel yollarda gösteri yapılamayacağını söyleyen 22'nci maddesi ve toplanmaların nasıl dağıtılacağını söyleyen 24'ncü maddesi ile Polis Vazife ve Salahiyetleri

Kanunu'nun polise silah ve zor kullanma yetkisi veren 16'ncı maddesi gösterilmiştir.

Dikkat edilirse, söz konusu maddeler başvuruculaların araçlarının durdurulmasından sonra gerçekleştirdikleri spontane gösteriye yönelik müdahalelerin gerekçesi olacak kanun hükümleridir. Bu hükümlerden hiçbiri kolluk güçlerine, İzmir'den otobüse binen göstericilerin Ankara'ya gitmelerine engel olacak bir hukuksal yetki tanımamaktadır.

Başvuruculaların iddiasına göre Ankara Valiliğinin kitlesel basın açıklaması ve gösteri yürüyüşü yapılmasını yasaklaması üzerine İzmir'de görevli güvenlik güçleri, otobüslerin kalkmasına izin vermemiştir. AYM'nin de kendisi de olayları özetlerken *"[Ankara Valiliği] (…) Ankara'da her türlü toplantı ve gösteri yürüyüşü ile benzeri eylemleri yasaklamıştır. İçişleri Bakanlığının da anılan yasak üzerine tüm il valiliklerine resmi yazı yazarak toplantıya katılacak grupların illerden çıkışının engellenmesi talimatını verdiğini"* ve *"bunun üzerine İzmir Emniyet Müdürlüğündeki görevlilerin, başvuruculaların Ankara'ya gitmelerini engellemek için otobüslerin evrak eksikliğini bahane ettiklerini"*[93] aktarmıştır.

O halde başvuruculaların Ankara'ya gidişlerinin engellenmesine ve buna bağlı olarak bir dizi sorunun ortaya çıkmasına neden olan olaylar silsilesini başlatan esas öğe, İçişleri Bakanlığı'nın talimatı ve bunun üzerine kolluk güçlerinin ileri sürdüğü evrak eksikliği bahanesidir. AYM, bu noktayı kolaylıkla gözden kaçırmıştır. Oysa yapılması gereken şey, İçişleri Bakanlığı'nın talimatının ve kolluk güçlerinin aracı durdurup, yola devamını engelleyen faaliyetlerinin öngörülebilir ve kesin bir kanuni dayanağının olup olmadığını incelemek olmalıydı. Çünkü gösteri yapmak için yola çıkan bir aracın yola devam etmesine engel olmak gösteri yürüyüşüne yönelik bir sınırlamadır[94] ve bu sınırlama, Anayasa'nın 13'ncü maddesi gereğince ancak öngörülebilir, ulaşılabilir ve kesinlik taşıyan[95] bir kanunla yapılabilir.

---

93 *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, § 126..

94 Benzeri vakalar, eğer şartları bulunuyor ise seyahat özgürlüğü ile kişi özgürlüğü yönünden de ihlallere neden olabilir. Özgün bir bağlamda bkz. *Gillan and Quinton v. UK*, ECtHR, 4158/05, 12/01/2010.

95 Sibel İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", in İnceoğlu (ed.), *op. cit.*, ss. 23-25. Regina Weiß, *Das Gesetz im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin: Duncker&Humblot, 1996, ss. 117 vd.

Ne var ki AYM, otobüslerin durdurulması ile buna karşı gelişen spontane gösterileri tek bir vaka olarak görmüş ve spontane yapılan gösterilere yönelik müdahaleye odaklanarak, ilk sınırlandırmanın kanuniliğini test etmemiştir. Türkiye'de on yıllardır merkezi mitingler için Türkiye'nin farklı yerlerinden yola çıkan araçların durdurulması, göstericilerin kolluk güçlerince taciz edilmesi ve araçlarında "*ceset torbası*" vb. edevat bulunmadığı yönündeki keyfi gerekçelerle saatlerce bekletilmesi şeklinde bir idari pratik süregelmektedir.[96] AYM'nin bu keyfi muamelenin üzerinde durmamış olması, gelecekte benzeri keyfi müdahalelere kapı aralayacaktır. AYM'nin kararına göre, eğer kolluk güçleriyle göstericiler arasında bir çatışma çıkmaz ise ortada sorun yoktur. Oysa gösteri için yola çıkan araçların durdurulmasının Anayasa'nın aradığı anlamda yasal dayanağı bulunmamaktadır ve bu nedenle aslında bir Anayasa'ya aykırılık sorunu vardır. Bu noktadaki anayasaya aykırılık, kararda açıkça tespit edilmeliydi.

AYM, araçların durdurulmasını kanunilik testine tabi tutmamış olmasına rağmen, aracın durdurulması ve gelişen spontane eylemi nedensellik (meşru amaç) testine sokmuştur. Birçok kararda müdahalenin meşru amacının, söz konusu hakkın Anayasa'daki özel sınırlama nedenlerinden birine girip girmediğini sınamaktan imtina eden AYM, bu kararda sınırlama sebepleri yönünden İHAS metnini değil İHAS'taki sınırlama sebeplerinden "*kamu güvenliği*" şeklindeki sınırlama nedenini içermeyen Anayasa hükmünü dikkate almıştır. Bu yaklaşımın rastlantısal değil, iki metinden daha az sınırlama nedenine yer veren metnin esas alınması şeklinde bir ilke olarak kurumsallaştırılması arzu edilir.

Son olarak Ankara'ya gitmek isteyen göstericilerin engellenmesine dayanak olan Ankara valiliğinin yasaklama kararını, demokratik toplum düzeninde gereklilik testine sokan AYM, bu noktada çok yerinde bir tespitle *"düzenleme kanunlaştıktan sonra yapılacak protestoların Meclis nezdinde beklenen etkiyi doğurmayabileceği de gözetildiğinde güvenlik riskleri de değerlendirilerek gösteri yapacak gruplara uygun yer gösterilmesi yerine toptan yasaklayıcı karar alınması ve bu kararın da başka yasal gerekçeler ile dolaylı olarak uygulanması demokratik bir toplumda mazur görülmeyeceğini"*[97]ifade etmiştir. Bu sonuç

96 Bkz. "KESK eylemcilerine sert müdahale", 28/03/2012, T24. http://t24.com.tr/haber/kesk-uyelerine-polisten-ankara-engeli,200404

97 *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, § 136.

yerindedir, ancak daha önce de ifade edildiği üzere, ihlalin araçların durdurulması şeklindeki müdahalenin kanuni dayanağı olmadığı gerekçesiyle verilmesi daha doğru olurdu.

Bundan başka, göstericilerin, araçlarının durdurulması karşısında gerçekleştirdikleri spontane eylem, AYM tarafından "*birinci eylem*" şeklinde ifade edilen kategorinin içinde kaynaştırılmış olsa da, aslında bağımsız bir eylemdir. Kolluk güçlerinin müdahalesine ilişkin AYM'nin şu değerlendirmesi oldukça önemlidir:

"*2911 sayılı Kanun kapsamında yasak kabul edilen yerlerde gösteri yürüyüşü yapmaları hususunda bildirimde bulunmamaları eylemi yasadışı hale getirse de bu sebeple ani gelişen olaylar karşında yapılan barışçıl amaçlı eyleme müdahale ölçülü olarak değerlendirilmemelidir."*[98]

AYM, bu içtihadı ile Almanya AYM'sinin spontane toplanma (*Spontanversammlung*) olarak ifade ettiği gösterilere ilişkin içtihadı ile paralellik kurmuştur. Bu içtihadın spontane olmayan, fakat 2911 sayılı kanunun öngördüğü bildirim süresinden daha az süre kala organize edilen acil gösterilere (*Eilversammlungen*) de teşmil edilmesi yerinde olacaktır.[99] AYM'nin bu kararının tek cümlelik mesajı "*barışçıl bir gösterinin yasadışı olması, tek başına müdahale sebebi olamaz*" şeklindedir. Bu mesajın, kolluk güçlerinin eğitiminde daha yaygın şekilde dillendirilmesi lazım gelmektedir. Bu bakımdan kararın örneğinin; AYM'nin kararının eğitici etkisinin arttırılması ve benzeri vakaların AYM önüne gelmemesi, dolayısıyla iş yükünün azalması için, İl Emniyet müdürlüğüne gönderilmesine karar verilmesi vb. pratiklere girişilebilir.

(2) İkinci Eylem Yönünden

AYM, ilk günkü olayları takip eden günün akşamüstü Valilik binası önünde yapılmak istenen gösterileri, "*ikinci eylem*" olarak tarif etmiştir. AYM, bu eyleme yönelik genel değerlendirmesinde, polisin müdahale biçiminin yanında mekânsal analizlerde de bulunmuştur. Somut olayda Sümerbank önünde toplanan göstericiler Valilik binası önünde basın açıklaması yapmak

98 Ibid., § 137.

99 Bu konuda bkz. Mert Duygun, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Kullanılmasında Bir Bilinmeyen: Spontane ve Acele Eylemler", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2014, C. 3, S. 6, 2014, ss. 221- ss. 133-161.

için yürüyüşe geçmiş, fakat kolluk güçleri, bunun güvenlik riski oluşturduğu veya başkalarının haklarına müdahalede bulunulacağı gerekçesiyle göstericilerin önüne bariyer çekmiştir. Aralarında bazı başvurucuların da olduğu kişiler bariyeri aşmak için fiziksel güç kullanmış, buna karşılık polis tazyikli su, boyalı su, biber gazı ve TOMA ile göstericilere müdahale etmiştir. Bu müdahaleden sonra yapılan müzakereler neticesinde polis barikatı geriye çekilmiş[100] ve göstericiler, İzmir Büyükşehir Belediyesi önünde basın açıklaması yaparak dağılmışlardır.[101]

AYM, bu olayda bariyeri aşmaya çalışanlar dışındaki gösteriye katılanların ve çoğunluğu oluşturanların barışçıl bir şekilde toplanma hakkını kullanabildiği ve bu yönden Anayasa'nın 34'üncü maddesine aykırılığın olmadığı sonucuna ulaşmıştır.[102]

Kararda dikkat çeken nokta, AYM'nin ikinci eylem yönünden kanunilik, nedensellik ve demokratik toplum düzeninde gereklilik testlerini yapmamış olmasıdır. AYM, göstericilerin öyle veya böyle basın açıklaması yapabilmiş olmasına kritik bir değer atfetmiş ve gösterinin yapılma bağlamına yönelik esaslı bir değerlendirmeye girişmemiştir.

Oysa kararda ***birinci olarak*** kolluk güçlerinin basın açıklamalarının nerede yapılacağına ucu açık bir şekilde karar verme yetkisine sahip olup olmadığı, böyle bir yetki tanıyan kanuni dayanağın olup olmadığı, eğer varsa söz konusu kanunun öngörülebilirlik, kesinlik, ulaşabilirlik kriterlerini karşılayıp karşılamadığı incelenmeliydi.

İkinci olarak, somut olayda valilik önünde basın açıklaması yapılmasının güvenlik riski oluşturduğu veya başkalarının haklarına müdahalede bulunulacağı şeklindeki kabulün sorgulanmaksızın benimsendiği gözlemlenmektedir. Oysa bu noktada AYM'nin, Konak meydanının bir köşesindeki basın açıklamasının valilik binasında güvenlik ve başkalarının haklarına müdahale edilmesi riski yaratabilecek iken, Konak meydanının bir diğer köşesindeki Büyükşehir belediyesi binası önünde yapıldığında neden risk yaratmadığını sorgulaması gerekirdi. Öte yandan Valilik'in "*yetki genişliği*"

100 Bu durum dahi ilk barikatın kurulmasının zorunlu olmadığını göstermektedir.
101 *Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı*, § 127.
102 *Ibid*., § 140.

gereği, söz konusu müdahalenin siyasi sorumlusu olan İçişleri Bakanlığı'nın hiyerarşik altı olduğu, buna karşın Büyükşehir Belediyesi başkanının ana muhalefet partisine mensup olduğu dikkate alındığında, bu sorgulama çok daha önemli bir yere taşınırdı. AYM eğer, İHAM içtihadından birebir aktardığı *"muhalif ve azınlıkta kalan fikirlerin, çoğunluğun fikirleri nazarında kışkırtıcı ve rahatsız edici olması durumunda dahi korunacağına"*[103] yönündeki ilkeyi kararına uyarlamış ve dolayısıyla anılan hususları dikkate almış olsaydı gösterinin Valilik binası önü yerine *"Valilik binasına çok yakın, şehrin merkezinde kabul edilecek (…) İzmir Büyükşehir binası önünde*[104]*"* yapılmasının *"toplanma amacını etkisiz kılmayacağı"* sonucuna ulaşmayabilirdi.

II. Örgütlenme Özgürlüğü Kararlarının Analizi

Anayasa Mahkemesi'nin anayasa şikâyeti incelemesine başladığı ilk iki buçuk yıllık faaliyetinde, örgütlenme özgürlüğü konusundaki kararlarına bakıldığında, söz konusu kararların ulaşılabilir olanlarının tamamının çalışma yaşamıyla ilgili olduğu, bunların içinde ise grev hakkıyla bağlantılı vakaların çoğunlukta[105] olduğu gözlemlenmektedir. Bu bağlamda AYM'nin yaklaşımına ilişkin önemli izler taşıyan bu kararlar, akılda kalıcı olması bakımından "*Eğitim-Sen'in Uyarı Grevi Vakası*", "*Bem-Bir-Sen'in Toplu Sözleşme Vakası*", "*Hava-İş'in THY Grevi Vakası*" ve "*Kristal-İş'in Şişecam Grevi Vakası*" olarak kategorize edilecektir. Bu vakalara odaklanmadan önce ise AYM'nin "*örgütlenme*" kavramını tanımlama biçimi üzerinde durmak yerinde olacaktır.

A. Örgütlenme Kavramının Anlamı

AYM, örgütlenme kavramının anlamını[106] ilk kez Eğitim-Sen'in uyarı grevi vakasına ilişkin bir kararında açıklamıştır. Somut olayda başvurucu, sendika üyesi bir gerçek kişi olmasına rağmen AYM, konuyla ilgili ilk kez

103 Ibid., § 117.

104 Kararın bir yerinde (par. 22) SGK binası önünde, bir başka yerinde (par. 140) ise Büyükşehir Belediyesi binası önünde eylem yapıldığı söylenmektedir.

105 Sorun arz etmediğinden dolayı özel bir değerlendirmeye konu edilmeyen kararlardan "Türk-Metal Sen'in Toplu Sözleşme Vakası" için bkz. *Türk Metal Sendikası kararı*, AYM, 2013/722, 25/7/2014. Ayrıca *Yasemin Ekşi kararı*, AYM, 2013/5486, 4/12/2013, §§ 66 vd.

106 İHAM yaklaşımı hakkında bkz. Doğru, *op. cit.*, s. 48.

ilke kararı verecek olduğu için bu kavramın anlamını ortaya koyma gereği duymuş ve şu şekilde bir tespitte bulunmuştur:

"Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kendilerini temsil eden kolektif bir oluşum meydana getirerek bir araya gelme özgürlüğünü ifade etmektedir. 'Örgütlenme' kavramının anayasa çerçevesinde özerk bir anlamı vardır ve bireylerin devamlı olarak ve eşgüdüm içerisinde, yürüttükleri faaliyetlerin hukukumuzda örgütlenme olarak tanınmaması anayasa hükümleri kapsamında örgütlenme özgürlüğünün zorunlu olarak gündeme gelmeyeceği anlamına gelmez. Demokrasilerde vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı sağlıklı bir toplumun önemli bir bileşenidir. Demokrasilerde böyle bir 'örgüt', devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir. İstihdam alanında kendi üyelerinin menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğü olan örgütlenme özgürlüğünün önemli bir parçasıdır."[107]

AYM, içtihadında böyle bir tespite yer vermekle, İHAM'ın "*otonom kavramlar doktrinini*"[108] Türkiye hukukuna uyarlamıştır. Bu, Almanya AYM'sinin yaklaşımı ile de paraleldir. Zira Alman AYM'sine göre de usuli özerklik (*Verfahrensautonomie*) ilkesi gereği anayasa yargısında kavramlara anlamını, "*bu uygulamanın efendisi*" (*Herr der Vollstreckung*) olan Anayasa Mahkemesi verecektir.[109] Bu bakımdan AYM, Anayasa'daki kavramları, yasaların veya derece mahkemelerinin bu kavramlara verdiği anlamdan farklı biçimde tanımlayabilecektir.[110]

Anılan karar, insan hakları yargılamasının özgün niteliğini desteklemesi bakımından olumlu ve önemlidir. Fakat ilke kararında böyle bir tespite yer verilmiş olması, AYM'nin bu konuda, gerçekten de ilkesel bir

---

107 *Tayfun Cengiz kararı*, AYM, 2013/8463, 18/9/2014, §30. Aynı şekilde bkz. Ertan *Rüstem kararı*, AYM, 2013/8517, 6/1/2015, § 31.

108 Doktrinde bir görüş bütün kavramların otonom bir anlamı olduğunu savunmaktadır. Bkz. George Lestas, The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR, European Journal of International Law, Vol. 15, No. 2, 20014, ss. 279-305.

109 Christian Hillgruber/Christoph Goos, *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg: C.F. Müller, 2011, s. 11 vd.

110 Almanya AYM'si önüne gelen anayasa şikâyetlerinde, bir örgütlenmenin medeni hukuk bakımından tam ehliyetli (*Vollrechtsfähigkeit*) olarak görülüp görülmemesine belirleyici bir önem atfetmemektedir. AYM'ye göre kısmî/bölümsel hak ehliyetine (Teilrechtsfähigkeit) sahip olmak da, anayasal açıdan "tüzel kişi" kavramının kapsamında sayılmak için yeterlidir. Bkz. Şirin, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti, s. 221.

yaklaşım içinde olduğu anlamına gelmemektedir. Mahkeme, İHAM kararının Türkçe tercümesine kararında yer vermekte, fakat bu kararın somut bir olaya uyarlanması gerektiğinde başarısız olabilmektedir.

AYM önüne geçmişte, yasal olarak "*kişilik*" taşıyıp taşımadığı tartışmalı özneler tarafından anayasa şikâyetleri yapılmış, nedense o şikâyetlerde bu yönde bir ilke ortaya konmamış, bu konuda bir değerlendirme yapılmamıştır. Örneğin medeni hukuk yönünden tüzel kişi sayılmayan Acarkent Site Yönetimi tarafından yapılan anayasa şikâyetinde[111] AYM, Acarkent Site Yönetimi'nin anayasa şikâyeti yapabilecek bir "*kişi*" olup olmadığı sorusunu yanıtsız bırakmıştır.

AYM'nin bu sorunu göz ardı etmesi, *Hasan Hüseyin Kırmızıtoprak kararında*[112] çok daha kritik bir sonuca neden olmuştur. Söz konusu kararda başvurucu, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği 21. Olağan Genel Kurulu'nda; yönetim, denetleme ve disiplin kurulu üyelikleri seçimlerine katılmak isteyen "*Türkiye Katılımcı Muhasebeci Hareketi*"nin üyesidir. Söz konusu seçimde Türkiye Katılımcı Muhasebeci Hareketi'nin sunmuş olduğu aday listesi, *"yeminli mali müşavir*" adaylar içermeyip, sadece "*mali müşavirlerden*" müteşekkil olduğu için reddedilmiş ve Türkiye Katılımcı Muhasebeci Hareketi'nin grup olarak seçimlere katılmasına - diğer grupların aksine- izin verilmemiştir.

Bu olayda başvurucu, Türkiye Katılımcı Muhasebeci Hareketi'nin, oda yönetiminde "*yeminli mali müşavirlere*" ayrıcalık tanınmasına karşı bir örgütlenme olduğunu, listelerinde yeminli mali müşavirlere yer vermeleri yönündeki dayatmanın, örgütlenmelerinin varlık nedenlerine aykırı olduğunu kanaatindedir. "*Türkiye Katılımcı Muhasebeci Hareketi*", olağan hukuk yollarında dava ehliyetine sahip olmadığı için bu süreçleri başvurucu bizzat tüketmiştir. AYM önündeki vakada ise kendisinin ve hareketlerinin örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüş olmasına rağmen AYM, bu konuda bir değerlendirme yapmamış, derece mahkemesinin kararında "*açık bir takdir hatası ve keyfilik bulunmadığı*" için başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Oysa somut olayda başvurucu, Türkiye Katılımcı Muhasebeci Hareketi'nin "*örgütlenme"* niteliğine ilişkin bir değerlendirme beklentisi içinde

111 *Acarkent Site Yönetimi kararı*, AYM, 2013/834, 18/9/2014.

112 *Hasan Hüseyin Kırmızıtoprak kararı*, AYM, 2013/8178, 23/2/2015.

olmuştur. Derece mahkemeleri bu konuda bir değerlendirme yapmamıştır, zaten yapmaları da mümkün değildir. Çünkü muhasebeci hareketi, derece mahkemesi önünde taraf ehliyetine sahip değildir. Böyle bir değerlendirme ancak daha önce bir kararında "*bireylerin devamlı olarak ve eşgüdüm içerisinde, yürüttükleri faaliyetlerin hukukumuzda örgütlenme olarak tanınmaması anayasa hükümleri kapsamında örgütlenme özgürlüğünün zorunlu olarak gündeme gelmeyeceği anlamına gelmez"* diyen AYM tarafından yapılabilirdi. Fakat somut olayda AYM, böyle bir değerlendirme yapmadığı gibi, davanın esasını etkileyecek bu nokta hakkında niye yapmadığını da gerekçelendirmemek suretiyle gerekçeli karar alma hakkına aykırı hareket etmiştir. AYM'nin bu ihmali, oda seçimlerinin serbest seçim hakkı kapsamında olmaması faktörü[113] de eklendiğinde, Türkiye Katılımcı Muhasebeci Hareketi'nin aday listesindeki kişilerin mağduriyetlerinin incelenmemesi gibi bir sonuca neden olmuştur. Somut olayda AYM'nin "*gayrı resmi ancak sürekli ve belirli bir amaca yönelik kümelenmelerin de örgütlenme özgürlüğünün kapsamına girdiğini"*[114] tespit etmesi ve -olumlu veya olumsuz- ne yönde olursa olusun, bu temelde bir sonuca ulaşması gerekirdi.

B. Eğitim-Sen'in Uyarı Grevi Vakası

AYM'nin örgütlenme özgürlüğü konusundaki ilk ilke kararı kamu çalışanlarının grev hakkı ile ilgilidir. Bu vakaların konusu, sendikalarının grev kararına uyan ve bu nedenle işe gitmeyen kamu çalışanlarının, disiplin cezasına çaptırılmaları ile ilgilidir.

Aslında ilke kararından önce de grev hakkı kullanımına bağlı disiplin cezalarına karşı anayasa şikâyetleri[115] yapılmıştır. Ancak bu şikâyetler, olağan hukuk yollarının tüketilmemiş olması gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuştur. Anılan şikâyetlerde, mazeretsiz greve gelmeyen sendikalı çalışanlar, haklarında verilen disiplin cezalarına karşı itirazlarda bulunmuş, fakat 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu (İYUK) hükümlerine riayet etmemişlerdir. İYUK md. 11 gereğince 60 gün içinde cevap verilmeyen

113 Bu, serbest seçim hakkı yönünden Anayasa'nın değil, İHAS'ın referans alınmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. *Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi kararı*, AYM, 2014/5425, 23/7/2014, par. 34 vd.

114 David Harris/Michael O'Boyle/Edward Bates, *Law of the ECHR*, Oxford: OUP, 2014, ss. 724 vd.

115 Örn. bkz. *Hüseyin Yiğitdoğan kararı*, AYM, 2014/4758, 24/11/2014; *Fatih Kolay kararı*, AYM, 2014/5941, 11/9/2014.

itirazlar, zımnen reddedilmiş sayılmaktadır ve başvurucuların zımnen red tarihinden itibaren 60 gün içerisinde dava açmaları gerekmektedir. Fakat başvurucular, somut olayda bu süreyi kaçırdıkları için AYM, olağan hukuk yollarının usulüne uygun şekilde tüketilmediği kanaatine ulaşmıştır.[116]

Bu karar, İHAM içtihatları çerçevesinde anlaşılır olsa da, Anayasa'nın 40/2'nci maddesi yönünden sorgulanmaya muhtaçtır. Şöyle ki İYUK'un 11'nci maddesinin öngördüğü "*zımnen red*" kurumu 1982 tarihinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 40'ıncı maddesine 2001 yılında eklenen *"Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır"* şeklindeki cümle, eski haliyle Anayasa'ya uygun olan İYUK md. 11'in anayasaya uygunluğunu tartışmalı hale getirmiştir. AYM'nin bu noktayı göz önünde tutmaması, örgütlenme özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin de usuli nedenlerle kolaylıkla incelenmemesine neden olmuştur.[117]

Bu sorunu not düştükten sonra, ihlal kararı verilen ilke kararına dönebiliriz. İlke kararında anayasa şikâyetine konu olay, toplanma özgürlüğüne ilişkin ilk ihlal kararında da gündeme gelen 4+4+4 Yasası ile ilgilidir. Bilindiği gibi Eğitim-Sen, o vakada, Yasa'yı protesto etmek için Ankara'da protesto gösterisi kararı almıştı. Bu vaka ise yine aynı süreçte alınan "*Uyarı Grevi*" kararı ile ilgilidir. Başvurucu, üyesi olduğu sendikanın tüm Türkiye'de yaptığı göreve gelmeme çağrısına katılarak göreve gelmemiş fakat mazeretsiz olarak göreve gelmediği gerekçesiyle uyarı cezasına çarptırılmıştır. Bu ceza anayasa şikâyetine konu olduğunda AYM, bazı kayıtlar hariç olmak üzere "*memurların bu haktan bütünüyle mahrum bırakılamayacağı*"[118],"*verilen ceza hafif olsa da, başvurucu gibi sendikaya üye kişileri, çıkarlarını savunmak amacıyla yapılan meşru grev veya eylem günlerine katılmaktan vazgeçirecek bir niteliğe sahip olduğu*"[119] ve *"hafif bir ceza da olsa*

116 *Hüseyin Yiğitdoğan kararı*, §§ 8 ve 27.

117 Almanya'da Anayasa'ya uygun olan bir hükmün, zaman içinde Anayasa'ya aykırı gelmesi karşısında AYM, hükmü iptal etmeden anayasaya aykırılık beyanında (*Unvereinbarkeitserklärung*)
bulunabildiği gibi, yasama organının güncelleme yapmasına kadar hükme uygulanma engeli (*Anwendungssperre*) de konulabilir. Bkz. Senja Kreutzberger, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts*, Frankfurt a.M. et al.: Peter Lang, 2007, ss. 103 vd.

118 *Tayfun Cengiz kararı*, AYM, 2013/8463, 18/9/2014, § 61.

119 *Ibid*., § 62.

şikâyet edilen uyarma cezasının toplumsal bir ihtiyaç baskısına tekabül etmediği"[120] gerekçeleriyle ihlal kararı vermiştir.

AYM'nin ulaştığı sonuç, Türkiye'deki ulusal makamlar yönünden bir ilk olmasa da, önem arz etmektedir. İlk değildir, çünkü geçmişte hem Danıştay[121], hem de Yargıtay[122] bu yönde kararlar vermiştir. Önemlidir, çünkü bu konudaki gelgitlere karşı anayasal bir netlik kazandırılmıştır. Zira AYM'nin de ifade ettiği gibi *"idarenin ve yargının bir bütün olarak yeknesak hareket etmesini sağlayacak mevzuat düzenlemeleri bulunmamaktadır."*[123] AYM, her ne kadar daha birkaç ay önce[124] çalışanların *"bu haktan bütünüyle mahrum bırakılmasına"* bizzat izinvermiş ve bu bakımdan grev konusunda yeknesak hareket etmemiş olsa da[125], böyle bir karar vererek, somut norm denetimi yaparken takındığı tavırdan vazgeçmiş görünmektedir. Kararın, emek örgütleri ve çalışanlarında yarattığı yankıya bakıldığında; AYM kararının, grev hakkı için mücadele eden kamu çalışanlarınca olumlu karşılandığını söylenebilir. Bu durum, AYM'nin nispeten daralan meşruluğunu pekiştirici bir öğe olarak kayda değerdir.[126]

AYM kararı, olumlu olsa da, sorunsuz değildir. AYM, diğer ilke kararlarında olduğu gibi bu ilke kararında da İHAM kararlarından alıntılar yapmıştır. Bu alıntılar önemlidir, ancak AYM'nin alıntıladığı ilkeleri somut olaya uyarlamak konusunda etkili hareket edemediği gözlemlenmektedir. Bu sorun, AYM'nin Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki kriterler çerçevesinde yapacağı denetim tekniğini yeterince netleştirememesinden kaynaklanmaktadır.

AYM bu kararda esastan yaptığı incelemede, tıpkı İHAM gibi, başvurucununbir hakkına yönelik müdahalenin mevcut olup olmadığını değerlendirdikten sonra, kanunilik, sebebe bağlılık, demokratik toplum düzeninde gereklilik ve ölçülülük incelemesine girişmiştir. Geçmişteki

120 *Ibid*., § 63.

121 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2009/1063, K. 2013/1998, T. 22/05/2013.

122 Bkz. Mesut Gülmez, "Toplu Eylem Hakkına Dahil Protesto Eylemi, Yasa Dışı Grev Değildir: Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Karar Eleştirisi", Çalışma ve Toplum, S. 43/4, 2014, ss. 223-255.

123 *Tayfun Cengiz kararı*, § 59.

124 AYM, E. 2013/24, K. 2013/133, T. 14.11.2013

125 Değerlendirme için bkz. Mesut Gülmez, "Sermaye Piyasasına 'Anayasal' Grev Yasağı Güvencesi", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2014, C. 3, S. 6, 2014, ss198-219.

126 Anayasa şikayatinin meşrulaştırıcı etkisi konusunda bkz. Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti*, ss. 82 vd.

kararlarında net bir inceleme tekniği olmayan AYM'nin İHAM'ın inceleme tekniğine benzer bir denetime girişmesi yerinde olsa da[127], bu teknik eksik uygulanmaktadır.

1. Kanunilik Yönünden Sorunlar

Başvurucunun sendikal faaliyet kapsamında ülke çapında yapılan bir eyleme katılması nedeniyle cezalandırılmasını başvurucunun sendika hakkına yönelik bir müdahale olarak gören AYM, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) *"Devlet memurlarının kamu hizmetlerini aksatacak şekilde memurluktan kasıtlı olarak birlikte çekilmeleri veya görevlerine gelmemeleri veya görevlerine gelip de Devlet hizmetlerinin ve işlerinin yavaşlatılması veya aksatılması sonucunu doğuracak eylem ve hareketlerde bulunmaları yasaktır"* şeklindeki 26/2'nci maddesi ile aynı kanunun *"Özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek"* eylemine disiplin cezası öngören 125'inci maddesi olarak görmüş ve özel bir gerekçe göstermeksizin bu maddelerin "*kanunilik*" ölçütünü karşıladığı sonucuna ulaşmıştır.

Oysa AYM, kanunilik konusundaki önceki içtihadında, temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin dayanağının hem "*şekli anlamda bir kanuna*" yani TBMM tarafından çıkarılmış kanun isminde bir düzenlemeye dayanması[128], hem de "*maddi anlamda kanuna*", yani bu nitelikleri haiz düzenlemenin kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne geçen ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olacak, erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelik taşıması[129] gerektiğini ifade etmiştir. Bunun dışında AYM, kanunilik konusundaki önceki bir başka içtihadında[130] ise Anayasa'nın 90'ıncı maddesini de kanunilik değerlendirmesinin parçası kılmıştır. Söz konusu içtihadında AYM uluslararası sözleşmelerin, ilgili organların kararları çerçevesinde anlamı ortaya koyulan hükümleri ile iç

127 İnceleme tekniği eksikliği Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) için de söz konusuydu. Ancak Adalet Divanı'nın da bir süredir İHAM'dan etkilendiği görülmektedir. Bu bağlamda dikkate değer nokta ATAD'ın da söz konusu inceleme tekniğini uygulamada hatalara düşüyor olmasıdır. Karş. Jürgen Kühling, "Fundamental Freedoms", in Armin voın Bogdandy/Jürgen Bast (ed.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford/Müncen: Hart Publishing/Verlag CH Beck, 2010, ss. 501. vd.

128 Başörtülü olarak Avukatlık yapılması ile ilgili bu karar için bkz. *Tuğba Arslan kararı*, AYM, 2014/256, 25/6/2014, §§ 84-88.

129 *Ibid*., §§ 89-91.

130 Kadının evlenmeden önceki soyadıyla ilgili bu karar için bkz. *Sevim Akat Eşki kararı*, AYM, 2013/2187, 19/12/2013.

hukuk düzenlemelerinin *"aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşmenin hükümlerinin somut uyuşmazlık açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varmış (...)"* ve müdahalenin dayanağı olarak iç hukuk düzenlemesine dayanılmasının kanunilik şartını sağlamadığı sonucuna ulaşmıştır.[131]

AYM'nin bu iki içtihadına bakıldığında, kanunilik incelemesinde şekli anlamda kanunilik, maddi anlamda kanunilik ve uluslararası hukuk yönünden kanunilik incelemesi yapılacağı sonucuna ulaşılabilirdi. Ancak somut olayda AYM, DMK'nin ilgili hükümleri yönünden sadece şekli anlamda kanunilik incelemesi yapmış görünmektedir. Oysa özellikle DMK'nin 26'ncı maddesinin, AY md. 90 çerçevesinde bir testten geçer not olması pek kolay görülmemektedir. Zira ilgili madde, hem İHAS hem de diğer sosyal hak sözleşmeleri ile çelişir görünmektedir. AYM'nin söz konusu kararda bir yandan *"idarenin ve yargının bir bütün olarak yeknesak hareket etmesini sağlayacak mevzuat düzenlemeleri bulunmadığını"*[132] söyleyip, diğer yandan kanunilik incelemesinden kaçınması anlaşılır değildir. Buna ek olarak, *"sendikal eylemin tümüyle yasaklanması veya gerçekleştirilmesinin ağır koşullara bağlamasının"*[133] yasama organının takdirine bırakılması da anlaşılmazlığı daha da derinleştirmektedir. Bu kararda AYM'nin tıpkı "*kadının soyadı*" kararında olduğu gibi, müdahalenin kanuniliğine odaklanması yerinde olurdu. AYM, bunu yapmayarak, "*memurların grev yasağı tartışmasını*" gerektiği gibi sonuçlandıramamıştır.

2. Sebebe Bağlılık Yönünden Sorunlar

Söz konusu kararda dikkat çekici bir diğer nokta ise AYM'nin müdahalenin meşru amacı konusunda da çelişkili bir tavır içinde olmasıdır. Türkiye öğretisinde "*sebebe bağlılık*"[134] olarak ifade edilen, İHAM uygulamasında ise "*meşru amaç*" olarak kavramlaştırılan bu başlık, esas olarak Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki *"Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak"* sınırlandırılması hükmünün tezahürüdür. Türkiye

131 Ibid, § 47.
132 *Tayfun Cengiz kararı*, § 59.
133 Ibid, § 60.
134 İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", *op. cit.*, ss. 27 vd.

hukukunda 2001 yılından beri genel bir sınırlandırma nedeni[135] olmadığı için, her bir müdahale için ilgili maddede zikredilen sınırlandırma nedenlerinden birinin mevcut olup olmadığı incelenmesi gerekecektir.[136]

Somut olayda AYM, başvurucunun müdahaleye uğrayan hakkının Anayasa'nın 51'inci maddesindeki sendika kurma hakkı ile ilgili olduğunu tespit etmiştir. Bu maddeye bakıldığında, söz konusu hakkın millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle sınırlandırılabileceği söylenmektedir. Bu durumda AYM'nin öncelikle davacının hakkına yönelik müdahalenin bu sebeplerden hangisi amaçlanarak gerçekleştiğini tespit etmesi gerekirdi. Fakat AYM, bunu yapmak yerine, hem ilgili maddede belirtilen tüm sınırlama sebeplerinin somut olayda meşru bir amaç olabileceğini ifade etmek suretiyle müdahale nedenini spesifikleştirmemiş, hem de böyle bir tespitin gereksiz olduğunu ifade etmiştir:

"Başvurucunun mazeretsiz işe gelmemesi nedeniyle verilen disiplin cezasının Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan meşru amaçları hedeflediği kabul edilse bile müdahalenin gerekliliği konusunda yapılması gereken değerlendirmeler göz önünde bulundurulduğunda müdahalenin meşruluğu sorununu çözmenin gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır."[137]

AYM, bu noktada da neden bu incelemeden imtina ettiğinin gerekçelendirmemiştir. Bu inceleme eksikliği dört yönden sorunludur.

Birincisi: Eğer bir temel hakka yönelik müdahalenin, hakkın güvencelendiği maddede öngörülen sınırlama nedenlerinden birine girip

---

135 Avrupa Temel Haklar Şartii az sayıda sebebe yer vermekle birlikte genel bir sınırlama sistemi öngörmektedir. Bu konuda karşılaştırmalar için bkz. Christoph Grabenwarter/Thilo Marauhn, "Grundrechtseingriff und –schranken" in Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), *EMRK/GG*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, ss. 146 vd.

136 AYM, Özkan şen kararında zımni sınırlama (*inherent/imlied limitation*) doktrinini uygulamıştır. Bkz. Özkan Şen kararı, AYM, 2012/791, 07/11/2013, 58. AYM, E.2010/83, K.2012/169, K.T. 1/11/2012. Doktrin konusunda bkz. John G. Merrils, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, NY: Manchester University Press, 1993, ss. 84 vd. Türkçe'de bkz.
Sağlam, *op.cit.*, ss. 32 vd. Ayrıca bkz. Tijen Dündar-Sezer, "1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C.3, S. 5, 2014.

137 *Tayfun Cengiz kararı*, § 45.

girmediği incelenmeyecek ise, Anayasa'da her bir maddede farklı sınırlama nedenlerine yer verilmiş olmasının bir anlamı kalmayacaktır. AYM'nin bu tavrı, doktrinde öteden beri sürdürülen katmerli/kademeli sınırlandırma sistemi tartışmasını anlamsız hale getirdiği gibi, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğinin de içini boşaltmaktadır.

İkincisi: AYM, temel hakka yönelik müdahalenin meşru amacını tespit etmemek suretiyle, müdahalenin görünen meşru amacının arkasında başka bir gizli amacın olup olmadığını da inceleyememektedir. Şöyle ki kimi hallerde kamu gücü müdahalesinin meşru amacı şeklen Anayasa'nın ilgili maddesindeki sınırlandırma nedenlerinden birine girecek olsa da, somut olaya uygun olmayabilmektedir. Mesela soyut olarak, grev hakkına "*millî güvenliği korumak"* gibi bir sınırlandırma nedenine dayanarak müdahale edilebilir. Fakat somut olayda, Bakanlar Kurulu, millî güvenlikle hiçbir ilgili olmayan bir sektörde gerçekleşen bir grevi ertelerse AYM'nin biçimsel bir incelemenin ötesine geçerek, müdahalenin yöneldiği amacın gerçek olup olmadığını incelemesi gerekir.

Üçüncüsü: AYM, sebebe bağlılık değerlendirmesinden kaçınmakla Anayasa'yı yorumlama ve eğitici etki yaratma işlevini de zayıflatmaktadır. Kamu organlarının müdahalelerinde her bir maddede belirtilen sınırlandırma nedenlerinden birine dayanmasının gerekliliği ve bunun anlamı ilgili davada açıklanmamıştır. Bu nedenle Anayasa'nın 13'ncü maddesindeki "*Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak*" sınırlandırma yapılacağı hükmünün anlamı halen belirsiz kalmaktadır.

Dördüncüsü: Kanunilik ve nedensellik incelemelerinden sonra gündeme gelen bir diğer denetim de demokratik toplum düzeninde gereklilik incelemesidir. Bu kapsamda yapılan incelemede müdahalenin ölçülü olup olmadığı incelenir. İşte bir müdahalenin ölçülü olup olmadığının belirlenebilmesi için müdahalenin amacının tespit edilmesi zorunluluktur. Bu dört adımdan oluşan ölçülülük incelemesinin ilk adımıdır.[138] Ölçülülük değerlendirmesi, belli bir amacı gerçekleştirmek için yapılan kamu gücü müdahalesinde kullanılan aracın gerekliliği, elverişliliği ve orantılılığının

138 Klatt/Meister, op. cit., s.8. Julian Rivers, "Proportionality and Variable Intensity of Review", *The Cambridge Law Journal*, Vol. 65, Issue 1, 2006, s 178. Meşru amaç ile bağlantılı bir kavrama için bkz. Sağlam, *op. cit*., s. 127. Bunlar, meşru amaç, elverişlilik, gereklilik, dar anlamda ölçülülük adımlarıdır.

(dar anlamda ölçülülüğünün) değerlendirilmesidir. AYM'nin meşru amaç belirlemesi yapmadığı hallerde müdahalenin hangi amaca göre ölçülü olduğu belirlenemeyecektir. Bir müdahale genel sağlığın korunması için ölçülü olabilecekken, genel ahlakın korunması için ölçüsüz olabilir. Bunun her somut olayda değerlendirilmesi gerekir.

Olayda başvurucuya yapılan müdahalenin hangi amaç için verildiği tespit edilmeden ölçülülük değerlendirmesi yapılmaya çalışılmıştır. Fakat gerçek anlamda bir ölçülülük değerlendirmesi yapılamamıştır.

Aslında "*meşru amaç*" tespit edilmeden ölçülülük değerlendirmesi yapılamayacağı için bu durum doğaldır.[139] Gerçi AYM'nin meşru amacı re'sen değerlendirmesi zor olabilir. Böylesi sorunlar İHAM yargılamasında da gündeme gelebilmektedir. İHAM bazı kararlarında meşru amacın varlığı konusunda şüpheleri olduğunu söylüyor ama ölçülülük denetimine geçebilmek için devletin öne sürdüğü meşru amaçlardan birinin var olduğunu farz edebilmektedir. AYM'nin de zorlandığı hallerde bu tür bir tespit yapabilmesi için tıpkı İHAM önündeki yargılamada olduğu gibi çelişmeli bir yargılamanın yapılması yerinde olacaktır. Adalet Bakanı'nın veya ilgili Bakanlığın görüş bildirme yetkisi bu tür bir yargılamaya uygun[140] olsa da, uygulamada bu yetkinin içinin boşaldığı görülmektedir.

C. Bem-Bir-Sen'in Toplu Sözleşme Vakası

AYM'nin örgütlenme özgürlüğü ile ilgili esastan verdiği kararlardan ikincisi de kamu çalışanları ile ilgilidir.[141] Karar, hem kamu çalışanlarının toplu sözleşme hakkı, hem de sendikal özgürlüklerin negatif yanıyla ilgilidir. Anayasa şikâyetine konu olayın özünde Fatih Belediyesi ile Bem-Bir-Sen arasında yapılan bir toplu sözleşme yer almaktadır. Bu toplu sözleşme

---

139 AYM'nin ölçülülük değerlendirmesi sırasında "*hakkın özü*" kavramına da değindiği görünmektedir. Bkz. *Ertan Rüstem kararı*, par. 62. AYM, "*hakkın özü güvencesini*", kişisel hakka yönelik müdahalenin ölçülülüğü değerlendirmesinde kullanmakla, bu güvenceyi objektif (herkes için anlamını yitirme kriteri) olarak değil, sübjektif (bireyin hakkına müdahale güvencesi) olarak alıyor görünmektedir. Öte yandan sınırları belli bir öz tanımı yapmamış olması da AYM'nin, sübjektif yaklaşım içindeki "mutlakçı görüşten" (yani hakkın dokunulmaz çekirdeği bulunduğu görüşten) ziyade, "görececi görüşe" (değişmez bir özün bulunmadığı, bu özün her somut olayda değerlendirileceğini savunan görüşe) yöneldiğini göstermektedir. Bu konuda bkz. Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, Oxford: OUP, 2002, ss. 192 vd. İHAM da hakkın özü güvencesini bu şekilde kullanmaktadır.

140 Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti*, ss. 578 vd.

141 *Adalet Mehtap Buluryer kararı*, AYM, 2013/5447, 16/10/2014.

gereğince, sendika üyesi kişilere "*sosyal denge yardımı*" adı altında bir ücret ödenmektedir. Başvurucunun yakındığı nokta, Bem-Bir-Sen üyesi olmadığı için kendisine "*sosyal denge yardımı*" ödenmemesidir. (Toplu sözleşme, sendikaya üye olmayanların üye aidatının iki katı ücret ödemeleri durumunda bu yardımdan yararlanmalarını öngörmektedir.)

İdari yargı organları, başvurucunun davasını, kamu çalışanlarının toplu sözleşme hakkı olmadığı gerekçesiyle reddetmiş, başvurucu da idari yargıda adil yargılanma hakkının, Bem-Bir-Sen üyesi olmadığı için sosyal yardımdan yararlanamaması yoluyla sendikaya üye olma özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

AYM, bu kararda adil yargılanma hakkı kapsamında yaptığı incelemede çok önemli bir adım atmıştır. AYM, somut olayda Belediye ve sendika arasında toplu sözleşme yapıldığını görmezlikten gelen ve böyle bir sözleşmenin hukuksuz olduğunu ima eden derece mahkemesinin Anayasa'nın 90'ıncı maddesini göz ardı etmesine odaklanmıştır. AYM'ye göre;

"Uluslararası sözleşmeler ve AİHM kararları dikkate alındığında, kamu görevlileri tarafından kurulan sendikalara, üyelerinin çıkarlarını korumak amacıyla toplu görüşme ve toplu sözleşme yapma hakkı verildiği, somut olayda da Sendika ile Belediye arasında "Sosyal Yardım Sözleşmesi" yapıldığı halde, Mahkemece bu hususlar değerlendirilmemiş, anılan sözleşme ve bu sözleşmenin geçerliliği tartışılmamış, sözleşmedeki hükümlere değinilmemiş, başvurucunun iddiaları ve davalı Belediyenin savunmaları tartışılmamış, sadece Anayasa ve ilgili kanunlar göz önünde bulundurularak davanın reddine karar verilmiştir. Adil yargılanma hakkı açısından, başvurucunun sunduğu tüm deliller, Belediye tarafından yapılan savunma ve "Sosyal Yardım Değerlendirme Yönergesi", Sendika ile Belediye arasındaki sözleşme hükümleri, Belediye tarafından başvurucuya ödeme yapılmamasının temel gerekçesi tartışılarak, Sendika ile Belediye arasında sosyal yardım sözleşmeleri yapılabileceği de kabul edilmek suretiyle, tüm deliller değerlendirilerek karar verilmesi gerekir.[142]

Bu içtihatla beraber Türkiye hukukunda kamu çalışanlarının toplu sözleşme hakkı Anayasa Mahkemesi kararıyla da tespit edilmiştir. Gerçi söz konusu karar, yasama organına ve devlete, tüm kamu çalışanları ile toplu sözleşme yapma yükümlülüğü getirmemektedir. Buna rağmen, kamu gücü

142 *Ibid*., par. 54.

ile sendikalar arasında toplu sözleşme yapılır ise bu sözleşmenin hukuksal bir temelinin olacağı tespit edilmiştir.[143] Dolayısıyla kamu çalışanları ile toplu sözleşme yapılmaması Anayasa'yı ihlal etmeyecek olsa da, eğer bir toplu sözleşme yapılmış ise yargı organlarının bunun hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığını değerlendirmesi ve bu süreçlerde Anayasal hakları gözetmesi gerekecektir. Kararın bu noktası nispeten olumludur.

Kararda değerlendirmeye konu edilen ikinci nokta ise başvurucunun toplu sözleşme hükmünden yararlanması için toplu sözleşmenin tarafı olan sendikaya üyeliğinin zorunlu olup olmayacağı veya ilgili yardımdan yararlanması için sendikaya aidat ücretinin iki katının ödenmesi şartının sendikaya üye olma özgürlüğünü ihlal edip etmediğidir.

Üyelerin çoğunluğuna göre söz konusu müdahalede, "*yasallık*" ve "*meşru amaç*" yönünden bir sorun yoktur. "*Örgütlenmeye ve sendika üyeliğine teşvik*" şeklinde meşru bir amaç taşıyan bu müdahale, "*normal aidat ücretinin iki katı aidat ücreti ödenmesi*" şeklinde bir araçla gerçekleştirilmek istenmektedir ve bu yönden ölçülüdür.[144]

Çoğunluk görüşüne katılmayan Engin Yıldırım'a göre ise toplu sözleşmede sosyal yardım yapılması, memurun belli bir sendikaya üye olması veya üye olmaması halinde sendikaya üyelik aidatı ödemesi ve bu aidatın da üye olanların ödediğinden yüksek olması şartına bağlanması meşru amaç taşımamaktadır. Zira E. Yıldırım'a göre bu şartlar, kişileri söz konusu ödemeden yararlanabilmek için istemediği bir sendikaya üye olmaya zorlamaktadır.[145]

Engin Yıldırım'ın meseleye baktığı yer, doğru; fakat gerekçelendirme biçimi tartışmaya açıktır. Şöyle ki sendika üyesi olmayan kişilerin, sendikanın imzaladığı toplu sözleşme hükümlerinden yararlanması için ücret ödemesi şartı, sosyal insan hakları hukukunda, "*sendika güvenliği klozu*" (*union security clause*) olarak ifade edilen bir kurumun içinde görülür. Sendika güvenliği klozları, olumlu bir olanağın oluşmasına hiç katkı sunmayan kişilerin, bu olanaktan yararlanıp yararlanamayacakları sorunu (Türkçe'de buna tereffücü

143 *Ibid*., par. 101.
144 *Ibid*., par. 101-110.
145 *Ibid*., Engin Yıldırım'ın karşıoy gerekçesi.

olma sorunu denilebilir. İng: *free rider problem* / Alm: *Trittbrettfahrerproblem*)[146] ile yakından ilgilidir.

Kaydedilmelidir ki uluslararası çalışma örgütü (ILO), sosyal güvenlik klozlarını açıkça desteklemediği gibi, bunları açıkça reddetmemiştir de. Komite, kendisine yapılan çeşitli şikâyetler üzerine hazırladığı raporlarda[147], ILO'nun (98 no.lu) Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi'nin hazırlık tartışmalarına[148] da atıf yaparak bu konuyu, ILO'nun örgütlenme konusundaki ilke ve standartlarına uygun olmak şartıyla, devletlerin kendi uygulamalarına bırakmıştır.

Hal böyleyken takdir yetkisi kullanmaya sahip bir organ olarak AYM, bu konuda özgün bir anayasal değerlendirme geliştirebilir. Engin Yıldırım'ın dayanışma aidatının meşru bir amaç taşımadığı şeklindeki yorumu da bu tür bir özgün yorumdur. AYM üyelerinin, bu tür bir yorum yetkisine söylenecek bir söz olmaz. Ancak şu nokta göz ardı edilmemelidir: Eğer dayanışma aidatları, meşru bir amaç taşımıyor ise bu durumda bu aidatların anayasallığı da tartışmalı hale gelecektir. Engin Yıldırım'ın böyle bir niyet taşıyıp taşımadığından emin değiliz. Eğer, sayın üye dayanışma aidatının değil, bu aidat miktarının sendikaya üye olmama hakkını ihlal ettiğini düşünüyor ise bu durumda söz konusu sorunu "*meşru amaç*" yönünden değil, ölçülülük yönünden tespit etmeliydi.

Kanaatimce Türkiye'nin durumu dikkate alındığında dayanışma aidatı ve benzeri sendikal güvenlik klozları, çoğunluk üyelerinin de ifade ettiği gibi "*örgütlenmeye*" ve "*sendika üyeliğine teşvik*" gibi meşru amaçlar taşımaktadır. Bu amaçlar md. 51/2 ile de uyumludur.

Fakat dayanışma aidatının, sendika üyelerinden iki kat fazla olması, sendikaya üye olma özgürlüğüne ilişkin ölçülülük ve hakkın özüne dokunulmazlık yönünden sorun yaratabilir. Yani nüanslı bir gerekçeyle denebilir ki; dayanışma aidatı, Anayasa'ya uygundur, fakat bu aidatın kişileri

146 Elinor Ostrom, *Die Verfassung der Allmende: jenseits von Staat und Markt,* Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, ss. 7 vd.

147 281st Report of the Committee, Case No. 1579 (Peru), par. 64; 284th Report, Case No. 1611 (Bolivarian Republic of Venezuela), par. 337–339; 358st Interim Report of the Comittee, Case No 2739 (Brazil), par. 316-318.

148 Türkçe literatürde bkz. Mesut Gülmez, Sendikal Hakların Ulusalüstü Kuralları, Oluşumu ve Uygulanması, 1919-2014 (100. Kuruluş Yıldönümü Eşiğinde UÇÖ / ILO Kuralları), Hatipoğlu Yayını, Ankara, Ağustos 2014.

istemedikleri bir sendikaya üye olmaya zorlayacak kadar yüksek olması, sendikaya üye olmama özgürlüğünü ihlal edebilir.[149]

D. Hava-İş'in THY Grevi Vakası

AYM'nin örgütlenme özgürlüğü ile ilgili önem arz eden diğer kararı da Türk Hava Yolları (THY) grevi ile ilgili bir vakadan kaynaklanmaktadır. Başvuruya konu olan olayda başvurucunun üyesi olduğu Hava-İş Sendikası ile THY arasında toplu iş sözleşmesi görüşmeleri sürmektedir. Aynı süreçte hava iş kolunda grev yasağı öngören kanun değişikliği teklifi, TBMM'de görüşülmektedir. Bu görüşmelerden dolayı Hava-İş, üyelerine 29/5/2012 tarihinde 3:00 ilâ 24:00 saatleri arasında çalışma yapmamaları çağrısında bulunmuştur. Bunun üzerine bazı çalışanlar iş başı yapmamış, bazıları buna ek olarak havalimanındaki basın açıklamasına katılmıştır. Başvurucu ise iş bırakmanın gerçekleştiği gün için sağlık raporuna sahiptir ve o gün çalışmamıştır.[150]

Olay gününden bir süre sonra THY, başvurucu da dâhil olmak üzere 305 işçinin iş akdini feshetmiştir. Fesih işlemlerine karşı açılan işe iade davalarından Yargıtay'ın 10'ncu dairesine düşen raporlu işçilerin işe iadesine, Yargıtay'ın 20'nci dairesine düşen işçilerin ise işe iade taleplerinin *"sendikanın, üyelerinin cep telefonlarına gönderdiği mesaj sonrası ikiyüzyetmişdokuz işçinin aynı gün rapor alması dikkate alındığında, bu raporların hastalık sebebiyle değil, eyleme iştirak amacıyla alındığı sonucuna ulaşılması"* ve *"iş bırakmanın mesleki bir amaca hizmet etmekten çok siyasi amaçlı grev niteliği taşıdığı ve iş bırakmaya kıyasla daha hafif diğer protesto biçimlerini tercih etmemeleri nedeniyle orantısız nitelik arz ettiği"* gerekçeleriyle reddedilmesine karar verilmiştir.[151]

Başvurucu, esas olarak üç ihlal iddiasında bulunmuştur. Başvurucuya göre Yargıtay'ın farklı dairelerinin aynı konuda, özel bir gerekçe gösterilmeksizin farklı sonuçlara ulaşmasının eşitlik (AY, md. 10) ve adil yargılanma (AY, md. 36) hakkını ihlal etmektedir. Sendikal nedenlerle işten çıkartılması, sendika hakkını (AY, md. 54) ihlal etmektedir. İş akdinin, işyerinde

149 Aynı yönde Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi İsviçre temsilci Richard Müller'in görüşü, Thirty-Fifth Ordinary Session (Third Part) 30 January-2 February 1984, Official Report of Debates, Vol. III., Strasbourg, 1984, s. 965.

150 *Türkan Bal kararı*, AYM, 2013/6932, 6/1/2015, §§ 7-11.

151 *Ibid*., §§ 12-15.

yürürlükte olan toplu sözleşme hükümlerine uyulmadan feshedilmesi çalışma (AY md. 49) ve toplu sözleşme (AY., md. 53) hakkını ihlal etmektedir.[152]

AYM ise bu talepleri kendi nitelendirerek, uyuşmazlığın iki noktada toplandığını varsaymıştır. AYM'ye göre başvurucunun yakındığı birinci nokta Yargıtay'ın aynı konuda çelişkili karar verdiği iddiasıdır ve bu konu adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmelidir, ikinci nokta ise başvurucunun iş bırakma eylemine katıldığı gerekçesiyle iş akdinin feshine ilişkin iddiasıdır ve bu konu, grev hakkı kapsamında incelenmelidir.[153]

AYM, adil yargılanma hakkı yönünden özel bir gerekçelendirmeden yoksun çelişkili kararların hukuki belirliliği ortadan kaldırdığı düşüncesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. AYM'nin adil yargılanma hakkı ile ilgili değerlendirmelerinde de sorunlar olmakla birlikte, bu değerlendirme örgütlenme hakkıyla sınırlı olduğu için bu sorunların üzerinde durulmayacaktır.[154]

AYM, grev hakkı yönünden ise başvurucunun tüm olağan yargılamada ve AYM önünde "*eyleme katılma amacıyla değil, hastalığı nedeniyle rapor aldığını*" savına dayanması karşısında, grev hakkının ihlali iddiasının kanıtlanamadığı düşüncesiyle "*açıkça dayanaktan yoksunluk*" kararı vermiştir.[155]

Bu kararda dikkat çeken ilk nokta; AYM'nin nitelendirme yetkisini başvurucunun aleyhine sonuç doğuracak şekilde kullanmış olmasıdır. Somut olayda başvurucunun özel olarak grev hakkının ihlali ve toplu sözleşme hakkının ihlali şeklinde tezahür eden iki talebi de örgütlenme hakkı bağlamında incelenebilir niteliktedir. Fakat AYM, başvurucunun İHAS'ın 11'inci maddesi kapsamındaki taleplerini grev hakkı başlığında eritmiştir. Başvurucu, yargılama sürecinin hiçbir aşamasında greve katılma istencinde bulunmadığı (veya bunu ileri sürdüğü) için, AYM, esastan incelemenin ön koşulu olan[156] müdahalenin temel hakkın koruma

152 *Ibid*., §§ 28-30.

153 *Ibid*., §§ 33-34.

154 Yargıtay'ın gerekçelerinde, 2010 yılında siyasi grev yasağının Anayasa'dan çıkartılmamış gibi bir kabulle hareket etmiş olmasına ilkişkin bir anayasal değerlendirme yapılabilirdi. AYM, yayımlanmamış bir kararında grevin mutlaka ekonomik nedenlerle olmak zorunda olmadığını dayanışma grevi şeklinde de olabileceğini ima ettiği gözlemlenmektedir. Bu içtihadi not, olumludur. Bkz. Ertan Rüstem kararı, AYM, 2013/8517, 6/1/2015, § 59.

155 *Ibid*., §§ 41-43.

156 Michael Kloepfer, *Verfassungsrecht II: Grundrechte*, München: C.H. Beck, 2010, s. 81.

alanına (*Schutzbereich*) etki etmediği sonucuna ulaşmıştır. AYM'nin ulaştığı bu sonuç "*grev hakkı*" yönünden doğrudur. Ancak somut olayda başvurucunun iddiasının özü, sadece grev hakkıyla sınırlandırılamaz. Çünkü başvurucunun İHAS md. 11 kapsamında görülebilecek iki iddiası bulunmaktadır:

Birincisi; Hava-İş üyesi olduğu için işten çıkartılmıştır.

İkincisi; THY, Hava-İş ile yapmış olduğu toplu sözleşme hükümlerini tanımamaktadır.

Başvurucu, anayasa şikâyet dilekçesinde bu noktaları gerektiği gibi formüle etmemiş olabilir. Fakat *iura novit curia* ilkesi tam da böyle zamanlarda devreye girmektedir.

Birinci iddia yönünden AYM, başvurucunun sendikal nedenlerle işten çıkartılıp çıkartılmadığına odaklanmalı ve bu bağlamda peşine düşmesi gereken soru şu olmalıydı: Olay günü sağlık raporu alarak işe gelmemiş olan başvurucu Hava-İş üyesi olmasaydı yine de işten çıkartılır mıydı? Bu sorunun peşine düşüldüğünde, somut olayda sendikal nedenlerle ayrımcılık yapılıp yapılmadığına esastan bir yanıta ulaşılabilirdi. Hatta bu bakımdan Avrupa Birliği hukukunda "*dolaylı ayrımcılık*" biçimlerinin ortaya çıkartılmasında kullanılan tekniklere de başvurulabilirdi. Yani bu yönden bir inceleme gerekliydi. Hangi sonuca ulaşılırsa ulaşılsın, böyle bir incelemenin gerekliliği dahi, bu bağlamda ileri sürülen başvurucu iddiasının açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve iddiaların örgütlenme hakkı yönünden de incelenmeye değer olduğunu göstermektedir.

İkinci iddia yönünden isesomut olayda THY ile Hava-İş arasında yapılan toplu sözleşme hükmündeki *"İşten çıkarma cezası Disiplin Kurulu kararıyla verilir"* hükmünün yok sayılması grev hakkıylabağlantısız görülmüştür. AYM'nin bu tespiti doğrudur, başvurucunun bu hüküm yok sayılarak işten çıkartılması grev hakkı ile ilgisizdir. Ne var ki toplu sözleşme hükmünün ve konuyla ilgili tutarsız Yargıtay kararlarının yok sayılması, örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olan ve Anayasa'da açıkça düzenlenmiş olan toplu sözleşme hakkının ihlali olasılığını gündeme getirmektedir. AYM bu konuyu, örgütlenme hakkı yönünden de, adil yargılanma hakkı yönünden de görmezlikten gelmiştir. Kurul kararı olmadan iş akdi feshinin mümkün olup olmadığı konusunda öğretideki

tartışma ve Yargıtay kararlarındaki belirsizlik karşısında AYM'nin anayasal bir ilke ortaya koyması yerinde olurdu.[157]

E. Kristal-İş'in Şişecam Grevi Vakası

Son olarak AYM'nin verdiği kararlar dışında, özel bir değerlendirmeyi hak eden bir diğer karar da AYM'nin "s*onuçlandıramadığı*" bir anayasa şikâyeti ile ilgilidir.

Somut olayda Kristal-İş Sendikası ile Cam İşverenleri Sendikası arasında süren toplu iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında Kristal-İş grev kararı almış ve 5 bin 800 cam işçisi 28/5/2014 tarihinde greve çıkmıştır. Grevin devam ettiği günlerde Bakanlar Kurulu'nun 27/06/2014 tarihli ve 2903 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararında bu grevin *"genel sağlığı ve millî güvenliği bozucu nitelikte görüldüğünden 60 gün süreyle ertelenmesi; 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Kanunun 63 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 25/06/2014 tarihinde kararlaştırıldığı"* ifade edilmiştir.

Uyuşmazlığın tarafı olan Kristal-İş, B.K. kararının iptali için Danıştay'a yürütmeyi durdurma talepli olarak dava açmış ve bu yürütmeyi durdurma talebi reddedilince, konunun acil olarak görüşülmesi istemli ve geçici tedbir talepli olarak anayasa şikâyetinde bulunmuştur.[158]

Bu şikâyeti özgün kılan nokta, AYM'nin kararını acilen vermesi gerekliliğidir. Şöyle ki B.K., grevi 60 gün süreyle (24/08/2014 tarihine kadar) ertelemiştir. 6356 sayılı Kanunun 63'üncü maddesi gereğince bu tarihe kadar taraflar arasında anlaşma sağlanamaması veya tarafların aralarında anlaşarak uyuşmazlığı özel hakeme götürmemesi durumunda, 01/09/2014 tarihine kadar taraflardan birinin başvurusu üzerine konu Yüksek Hakem Kurulu'nca çözülecektir. Anayasa'nın 54/4'üncü maddesi gereğince ise *"Yüksek Hakem Kurulunun kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir"* Diğer bir ifadeyle kanunun lafzındaki "*erteleme"* ifadesi, sonuç olarak fiili bir yasağa dönüşmektedir.

Yani somut olayda eğer AYM, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulu tarafından çözümlenmeden önce karar vermez ise bu tarihten sonra

157 Yargıtay kararlarının tutarsızlığı ve doktrin görüşleri konusunda bkz. Murat Şen, "İşverenin Fesih Hakkının Toplu İş Sözleşmesi Hükmüyle Sınırlandırılması", *AÜEHFD*, C. VII, S. 1-2, 2003, ss. 541-562.

158 *Kristal-İş başvurusu*, 2014/12166

verilecek kararın grev hakkı yönünden bir anlamı kalmayacaktı. Çünkü toplu sözleşme görüşmeleri süreci tamamlanmış olacak ve sendika grev hakkını kullanmadan toplu sözleşme süreci nihayete erecekti. Şu halde söz konusu vakada önem arz eden nokta, toplu sözleşme yapılıp yapılmaması değil, bu sözleşmenin yapılacağı tarihe kadar grev hakkının kullanılıp kullanılamayacağı idi.

AYM, toplu sözleşme sürecinin tamamlanacağı periyot içinde ne geçici tedbir talebi hakkında, ne de esastan bir karar vermiştir. Hal böyle olunca Kristal-İş sendikası, toplu sözleşme görüşmeleri sürecini grev hakkını kullanamadan geçirmiş ve sonunda taraflar arasında bu koşullarda bir toplu sözleşme yapılmıştır. AYM'nin bu aşamadan sonra vereceği karar, geriye dönük, etkili bir sonuç doğuramayacaktır. Yani AYM'ye yapılan anayasa şikâyeti yolu bu bağlamda etkisini kaybetmiştir.

Oysa AYM, söz konusu başvuruda etkin bir çözüm üretebilirdi. Eğer böyle olsaydı Bakanlar Kurulu'nun somut vakadan bir süre sonra Lastik-İş grevini de benzer gerekçelerle ertelemesi kolay olmaz; cam ve lastik gibi sektörlerdeki grevlerin nasıl olup da milli güvenlik tehlikesi yarattığı konusu belirsiz kalmaya devam etmezdi.

Gerçi Bakanlar Kurulu'nun 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 63'üncü maddesinin kendisine tanıdığı grev erteleme kararını keyfi kullanıp kullanmadığının AYM tarafından tespit edilmesi hala kritik önem taşımaktadır. AYM'nin grev erteleme kararlarında, gerçekten bir meşru amaç (sebebe bağlılık) incelemesi içine girilmeli ve demokratik toplum düzeninde gereklilik/ölçülülük yönünden değerlendirmelere geçmeden önce, grev ertelemenin gerçekten de "*milli güvenlik*" amacıyla mı, yoksa bu amacın manipüle edilmesi suretiyle gizli bir yasaklama amacıyla mı yapıldığı incelenmelidir. Zira Türkiye'de grev hakkı bir süredir kategorik olarak kullanılamaz hale gelmiş görünmektedir.

Sonuç

Tüm bu aktarımlardan sonra toparlayacak olursak; AYM'nin toplanma ve örgütlenme özgürlüğü konusundaki kararlarının neredeyse tamamında, öyle ya da böyle eksik bir yön bulunmaktadır. AYM, özellikle Ar-İç biriminin de katkısıyla, İHAM kararlarından daha çok farkında bir görüntü çizmektedir. Bu, her bir ilke kararında çok sayıda İHAM kararına atıf yapılmasıyla görünür durumdadır. Fakat AYM'nin, kararlarında zikrettiği İHAM kriterlerini somut

olaya uyarlamak konusunda başarılı olduğu söylenemez. Hal böyleyken şu noktaların dikkate alınması önerilir:

- Anayasa metni, özellikle İHAS'tan daha güvenceli hükümler yönünden kesinlikle uygulanmalıdır. Örneğin, toplanma özgürlüğü yönünden "*önceden izin almama*" şartının içi boşaltılmamalı, silahsız ve saldırısız ifadesinin anlamı ortaya konmalıdır.

- "*Nitelendirme yetkisi*" ile "*açıkça dayanaktan yoksunluk*" kriterinin nasıl kullanıldığı netleştirilmeli ve keyfiliğe düşmemek adına bu kriterlerin uygulandığı vakalarda daha ikna edici ve şeffaf bir gerekçelendirmeye gidilmelidir.

- Her bir müdahalenin kanuniliği ve sebebe bağlılığı özel bir başlıkta incelenmeli ve bu başlık altında yapılan incelemeler derinleştirilmelidir. Zira birçok kararda müdahalenin kanuniliği ve çok daha fazla sayıda kararda meşru amacının bulunup bulunmadığı yeterince denetlenmemiştir. Meşru amaç tespit edilmeden sağlıklı bir ölçülülük denetimi yapılmayacağı ve meşru amaç tespitinin dört adımdan oluşan ölçülülük incelemesinin ilk adımını oluşturduğu göz ardı edilmemelidir.

- Adalet Bakanlığı'nın veya diğer görüş bildirme usulleri etkin hale getirilmeli ve tıpkı İHAM gibi çelişmeli bir yargılama usulü geliştirilmelidir. Böyle bir usulün olmaması, AYM'nin etkin bir inceleme yapmasını zorlaştırır görünmektedir.

- Bazı durumlarda (örn. toplu sözleşme süreçlerindeki grevler sırasında veya özel bir anlam taşıyan protesto günlerinden çok kısa süre önce) gerçekleştirilen kamu gücü müdahalelerine karşı yapılan anayasa şikâyetleri acilen incelenmeli, bu gibi hallerde karar incelemeleri öne çekilmelidir.

- Geçici tedbire ilişkin Anayasa ve Yasa'ya aykırı olan İçtüzük hükmü değiştirilmeli ve İHAS md. 11 kapsamındaki özgürlükler yönünden de geçici tedbir kararı verilebilmesinin önü açılmalıdır.

- Verilen kararların eğitici etkisi arttırılmalı ve yetkili makamlar açısından yol gösterici tespitler ortaya konmalıdır.[159]

159 Bu konuda toplanma özgürlüğü ile ilgili öneriler yasama organına çağrı kararı niteliğinde verilebilir. Toplanma özgürlüğü yönünden yasama, yürütme ve yargı organlarının yapması

Tüm bunların dışında İHAM kararları dikkate alınarak kararların gereğini yerine getirmesi için şu adımlar atılmalıdır:

- Göz yaşartıcı gaz bombalarının kullanılmasına bağlı ortaya çıkacak ölüm veya yaralanma riskini asgari düzeye çekmek için bu bombaların yerinde kullanımına dair teminatların güçlendirildiği bir yasal çerçeve oluşturulmalıdır.
- Bu yasal çerçevede, göz yaşartıcı gaz kullanımına ilişkin açık hükümler bulunmalıdır.
- Kolluk kuvvetlerinin göz yaşartıcı gaz bombalarının kullanımı ile ilgili yeterli eğitimi alması sağlanmalıdır.
- Gösteriler esnasında gaz bombaları kullanan kolluk kuvvetleri, amirleri tarafından etkili bir şekilde kontrol edilmeli ve denetlenmelidir.
- Güç kullanımının, özellikle de barışçıl eylemcilere yönelik güç kullanımının, gerekliliği, orantılılığı ve makullüğü konularında, müdahale sonrası için bağımsız bir denetim mekanizması oluşturulmalıdır.

gerekenler için mutlaka bkz. Başak Çalı, *Toplantı ve Barışçıl Gösteri Özgürlüğü: Ataman Gurubu/ Türkiye Kararlarının Uygulanması İzleme Raporu*, İHOP Ankara: Ceket Medya, 2014, s. 30 vd. http://www.aihmiz.org.tr/files/AtamanGrubuRapor.pdf AYM'nin bu ve benzeri raporların farkında olması önemlidir.

BİRİNCİ OTURUM: Soru - Cevap

Soru: Çalışma alanım itibarıyla sorumun nereye yöneleceği, kime yöneleceği tahmin edilmiştir. Sunum için çok teşekkür ederim Sayın Ozan Bey. Bir ek bilgi vermek istiyorum. Bir de Voleybolcu Nazar DEMİR'in başvurusu vardı. Nazar DEMİR'in başvurusu daha farklıydı orada sadece disiplin meselesi değil aynı zamanda sözleşmesel uyuşmazlık da vardı ve o uyuşmazlık da aynı şekilde reddedildi. Sözleşmesel kısmı esastan reddedildi. Duyduğuma göre şu an o dava Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gitmiş. Dolayısıyla burada söyle bir sorum var: İç hukuk ne zaman tüketilmiş olacak? Başvuru süresi ne zaman başlamış olacak böyle davalarda? Bir de Galatasaray eski yöneticisi Şükrü AYGÜN'ün başvurusu vardı. Ama o karar yayınlanmadı, sadece iki hakimli karardı, yanlış anımsamıyorsam, onun akıbetinin ne olduğunu bilmiyorum. Acaba bu konudaki yorumunuz nedir? Başvuru süresi ve zamanın başlaması ve ona göre iç hukuk ne zaman tüketilmiş olacaktır?

Cevap : (Yrd. Doç. Dr. Ozan Ergül - TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Teşekkürler şimdi yalnız şunu şöyleyim bildiğim kadarıyla; bir talimat değişikliği ve Yargıtay'ın müstekar içtihadı çerçevesinde zaten sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara yargı bakıyor, o sorunun yargıya götürememe durumu yok. Yani bir sporcuyla spor kulübü arasında bir alacak verecek meselesi zaten yargıya intikal edebiliyor orada bir yargı yolunun tıkanma durumu söz konusu değil. Eğer Anayasa Mahkemesinin mevcut içtihadı kabul edilecek olursa süreyi herhalde tahkim kurulu kararının tebliğinden itibaren yani tahkim kurulunun başvuruyu red etmesinden itibaren başlatmak gerekir.

Çünkü disiplin işleriyle ilgili olarak yargıya gidemiyorsun. Bir de tabi burada hazır soru gelmişken şunu da söyleyeyim. Bu disiplin işlerinde öyle bir şey yaşadık ki bir profesyonel futbolcu müsabakadan sonra röportaj vermediği için uyarı cezası aldı. Bu ülkede konuşsanız ayrı dert, konuşmuyorsunuz o da dert. Dolayısıyla burada kapsam çok genişleyebilir, bu açıdan da, ifade özgürlüğü açısından da, değerlendirmek lazım bence. Bilmiyorum değerli hocalarımda fikir verirler mi? Tahkim Kurulunun kararları kesinleşip tebliğ

edildikten sonra iç hukuk yolları tüketilmiştir değil mi? Çünkü yargıya gidemiyorsunuz.

Soru (Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak - Ankara Üniversitesi Siyasi Bilgiler Fakültesi): Sorum Tolga Şirin'e olacaktır. Bu 90. maddeyi yasallık testi açısından hesaba katınca şöyle ilginç iki ihtimal karşımıza çıkıyor ki bununla ilgili yorumunuzu almak isterim. Birincisi 90. madde yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini değil, bütün insan hakları sözleşmelerini kapsıyor. Bu durumda bu test de alınınca aslında Anayasa Mahkemesi sözleşme dışında bir sürü insan hakları sözleşmesinin denetim organı konumuna dönüşebilir. Çünkü o sözleşmenin ilgili hükme ilişkin ne dediğini anlamak için hem sözleşme hem de muhtemel yorum organlarının ne dediğine bakıp dörtlü testin ikinci aşamasına geçmeden oradan bir sonuca ulaşırsanız. Ama bir bakımdan da, mesela kadınlara karşı her türlü ayrımcılığım önlenmesi sözleşmesine göre bilgiler bulmanız lazım, bu herhalde öngörülenden büyük bir yer açıyor. Tabi bu bence kadının soyadına ilişkin kanun hükmü iptal edilmemiş olduğundan bireysel başvuru için bir çözüm bulmaya çalışırken yaratılmış enteresan bir olanaktır. Ama öte yandan bir de şöyle bir kısıtlılık mı getiriyor? Mahkemenin asıl bütün incelemesi birden kanunulik testine dönüyor. Çünkü mesela kadının soyadına baktığımızda niye sözleşmeyi esas alıyorsunuz sözleşmenin hiçbir yerinde kadının soyadını koruyan açık bir hüküm yoktur. Mahkemenin yorumundan çıktığı için bu sonuca ulaşıyoruz ve sözleşme bu demek oluyor. O zamanda kanuni dayanak sözleşme oluyor. Bu durumda aslında kanunilik testinden sonra ikinci hiç bir denetim kalmıyor sonucu çıkmaz mı? Eğer gerçekten Anayasa 90. madde, diğer söylediğiniz iki kanunilik testinin üstüne üçüncü bir halka olarak gelirse böyle bir risk olmaz mı?

Cevap (Dr. Tolga Şirin - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): İki noktada sorun yaratacağını düşünüyorum. Birincisi şimdi "*Eşki kararı*" kadının soyadı kararı, eğer yerleşik bir içtihat haline gelirse davaya bakan herhangi bir mahkeme somut norm denetimini yapacaktır, yani Anayasa 90. madde gereğince bizim mevzuatımızla uluslararası bir sözleşme veya yorum arasında çatışma halinde somut normdenetimi yapması gerekecektir. Doğrudan doğruya bu kararın gereği olarak uluslararası metni uygulaması gerekecektir.

Sizin söylediğinize ek olarak ikinci sorunlu noktada dediğinizi bir adım daha ileri götürerek şudur: Bazı haller varki mesela aynı mesele hakkında İnsan Hakları Sözleşmesi ihlal değildir diyor ama bizimde taraf olduğumuz

Birleşmiş Milletler Medeni Siyasal Haklar Komitesi ihlaldir diyor. Mesela Sihlerin başörtüsü bunlardan bir tanesidir. İki farklı Sihin yaptığı başvuru var; birisinde Strazburg sorun yok dedi, Birleşmiş Milletler ise sorun var dedi. Buna benzer başka vakalar da var. Anayasa madde 90'ı kategorik olarak aldığımız zaman bu iki organ arasındaki çatışmanın ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca sizin söylediğinize ek olarak demin söylediğim sorunlar da vardır. Yani derece mahkemesi ne yapacak? Böyle çatışma hallerine ne gibi bir yanıt üretilecek? Dolayısıyla sorun olacağına ben de katılıyorum. Ayrıca sizin söylediğinize ek olarak bu iki noktadan da sorun yaratacağını düşünüyorum.

Soru (Yusuf Enes Kaya - Anayasa Mahkemesi Raportör Yardımcısı): Sorum Ece Hanıma olacak, seçim barajıyla ilgili bir soru soracağım. Şimdi %5'lik bir baraj Avrupa standartlarında makul kabul edildiğinden mesela seçimlerde %2 ya da 3 oy alan bir parti başvuru yaptığında bu partinin mağdur olduğu iddia edilebilir mi? İkincisi mesela seçimde %8 veya 9 alan bir parti başvuru yaptığında muhtemel sonuçları ne olacaktır?

Cevap (Doç. Dr. Ece Göztepe Çelebi - Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Potansiyel mağdurluk açısından o partinin tabiiki bir rasyonel başarı şansı olduğuna bakmak gerekecek. Ama bunun mutlak bir kriter olması, ben bir sakınca yarattığını düşünmüyorum. Hele hele Türkiye gibi siyasi dinamizmi Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin çok çok ötesinde olan, bundan sekiz sene önce partilerin adının anılmadığı bir ortamda 4 sene önceki bir partinin aldığı oy oranı çok da etkili bir söylem gücüne sahip olmayabilir. Onun da ötesinde bu oranı tespit konusu yani bu barajın uygunluğu konusunda karar verme yetkisi Anayasa Mahkemesindedir demedim. Eğer öyle anlaşıldıysa onu düzeltmek isterim. Anayasa Mahkemesi ancak yasa koyucuya bu yönde bir düzenleme yapacak gerekçeyi sunabilirdi. Nitekim eğer burada kabul edilebilirlik kararı verilseydi, Anayasa Mahkemesi bir ihtar kararı vermekle, belki bu ihtar kararının uygulanacağı tarihi belirlemekle yetinebilirdi. Bu anlamda yasa koyucuya verilen bir görev olurdu. Aynı zamanda şunu hatırlamakta fayda var: Şimdi tam tarihini hatırlamıyorum zannedersem 2007 seçimlerden sonra yapılan başvuru üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen *Sadak ve Yumak/Türkiye* kararında Türk yasa koyucu aslında 2011 seçimlerine kadar yapması gereken yasal düzenlemeyi yapmadı. Bu anlamda mevcut bir ihlal var. Anayasa Mahkemesinin önüne tekrar gelmesi bu ihlalin yasa koyucu tarafından halen ihmal yoluyla dikkate

alınmasından kaynaklanıyordu. Dolayısıyla sorunuzun cevabı; ister %2 ister %8 olsun hele Türkiye gibi bir ülkede son seçimelerde alınmış oy oranı potansiyel mağdurun tanımında mutlak bir kriter olamaz.

Soru (Yusuf Enes Kaya - Anayasa Mahkemesi Raportör Yardımcısı): Seçim sonuçlarından sonra başvurduğu takdirde diyorum potansiyel mağduriyet açısından sormadım.

Cevap (Doç. Dr. Ece Göztepe Çelebi - Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Potansiyel mağdurluk değil ama burada yine de mağdurluk kriterlerinin tartışılması gerektiğini düşünüyorum burada kişi bakımından ya da konu bakımından yetkisizlik kararının son kararda verildiği gibi mutlak bir şekilde kullanılmayacağını düşünüyorum ama düşünmeye de devam edeceğim onu da söyleyerek sorunuzu ucu açık bitireyim.

Cevap (Dr. Tolga Şirin - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Burada dikkate değer bir nokta var yani sizin sorduğunuz soruda mağduriyet sonuçta bir kamu gücü müdahalesi varsa ve serbestlik kimin hakkıysa buna karşı bireysel başvuruyu her siyasi parti yapabilir. Burada ikinci esas tartışılması gereken nokta Strazburg organlarının taraf devlete takdir marjı bıraktığı hususudur. Sorulması gereken soru acaba burada şu %10 seçim barajı konusunda takdir marjı yasama organına mı bırakılmaktadır yoksa Anayasa Mahkemesine mi? Diyorki Strazburg Mahkemesi, ben buna karışamam, çünkü 47 Konsey üyesi devlet var. Bunlardan her biri için ayrı bir değerlenme yapmak lazım diyor, dolayısıyla kenara çekiliyor kendini sınırlandırıyor. Ama Anayasa Mahkemesi bunu yapabilir mi? Anayasa Mahkemesi bir ihlal kararı verebilir. Mesela Alman Anayasa Mahkemesi çok yakın zaman önce %3 seçim barajı hakkında, gerçi Avrupa Parlamentosu seçimiydi ama ihlal tespitinde bulundu. Dolaysıyla Strazburg'un takdir marjı bıraktığı yerlerde Anayasa Mahkemesi otomatik olarak konuyu yasama organına mı bırakmalıdır? Yoksa özgür anayasallık denetimini yapabilir mi meselesi üzerine ek olarak düşünmemiz gerekir belki.

İkinci Oturum

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Mehmet Turhan
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Vekili

Konuşmacılar

Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak
Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi

Yrd. Doç. Dr. Bülent Algan
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Maden
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Yrd. Doç. Dr. Ulaş Karan
Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Mehmet Turhan

Anayasa Mahkemesinin 53. Kuruluş Yıldönümü nedeniyle düzenlenen sempozyumun bugünki ikinci ve son oturumuna başlıyoruz. Öncelikle şunu söylemek isterim, Sayın Başkan'ı tebrik ediyorum, kendisine ve yeni göreve başlayan Sayın Rıdvan Güleç'e de başarılar diliyorum. Onun dışında ufak tefek bir şeyler daha söylemek istiyorum. Ben bu Mahkemede 90-2002 yılları arasında 12 yıl çalıştım ama o kadar çok şey değişti ki, bina değişti her şeyden önce, bina böyle bir bina değildi ve 90 yılında biz taşındığımızda bir önceki bina yeni binaydı, şimdi eski bina oldu. Orada şu konuşuluyordu, daha da öncesinde Anayasa Mahkemesinin binası Kızılay'da idi, acaba Kızılay'da mı yaşamak daha iyi yoksa Çankaya'da mı? O tartışmalar yapılıyordu, fakat herşey tamamen değişti sadece tabi binanın değişmesi değil, 2010 Anayasa değişikliği başta bireysel başvuru olmak üzere Anayasa Mahkemesi bakımından çok önemli değişiklikler getirdi. Yani şunu söylemek istiyorum, 1961 Anayasasında Anayasa Mahkemesinin düzenlenişi ile 1982 Anayasasında Anayasa Mahkemesinin düzenlenişi arasında bir takım farklılıklar vardı ama bu farklılıklar çok önemli farklılıklar değildi. Birinde üye sayısı 15, 5 yedek; öbüründe 11, 4 yedekti. Aynı yetkiler hemen hemen devam ediyordu, ufak tefek değişiklikler vardı. Ama bireysel başvurunun kabul edilmesiyle birlikte tabi ki üye sayısı da değişti, her şeyi değişti ve çok önemli değişiklikler oldu. Bu bizim gibi ülkelerde yani Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerde ne yazık ki bir sorun var o da her şey çok sık değişiyor. Amerika Birleşik Devletlerinde yaşasa idik ancak bazı kararları değişmiş olurdu temel kuruluşu değişmezdi. Aynı şekilde Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi bu kadar değişmiyor. Bu değişiklik belki olumlu oldu, inşallah iyi de devam eder. Tabi bir takım sorunlar var ve bu sempozyumda da konu bu nedenle bireysel başvuru kararlarının değerlendirilmesi, sorunlar ve çözüm yolları başlığını taşıyor.

Bu nedenle oturumu hemen başlatmak istiyorum, ben de benden önceki oturumlarda olduğu gibi programdaki yazılı sırasına uygun olarak söz vermek istiyorum, bu yazılı sıraya baktığımda Ankara biraz kayrılmış galiba önce Ankara'ya söz verilmiş, İstanbul ondan sonra gelmiş halbuki ben Ankara'dan daha çok İstanbul'u seviyorum, onu söyleyeyim. Ama bu sıraya

uyacağım önce sözü Yrd. Doç. Dr Kerem Altıparmak'a, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinde öğretim üyesi, yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı başlıklı tebliğini sunmak üzere vermek istiyorum, 20 dakika süreniz var. Buyurun.

Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?

Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak
Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

İşkence ve kötü muameleye tabi olmama ve bu nitelikte cezaya çarptırılmama hakkı, uluslararası hukukta mutlak olarak yasaklanan, savaş hali dahil olmak üzere hiçbir istisnası olmayan bir haktır.[1] İşkence yasağının bu mutlak niteliği, insanın onuruna ve kişiliğine karşı en ağır saldırı olarak kabul edilen bu nitelikteki eylemlerin[2], uluslararası hukukta buyruk emirle (*jus cogens*) yasaklanmasına da neden olmuştur.[3] Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da benzer bir şekilde bu hakkın istisnası olamayacağını düzenlemektedir.[4] Anayasa'nın 15. maddesinin 2. fıkrasına göre savaş, seferberlik ve sıkıyönetim halleri de dahil olmak üzere kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz.

---

1 İşkence ve kötü muamele, hem evrensel hem de bölgesel insan hakları sözleşmelerinde mutlak olarak yasaklanmıştır. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, md. 7, 4 (2); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), md. 3 ve 15 (2); Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi md. 5 (2) ve 27 (2); İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (İKS), md. 2.
İnsancıl hukukta da işkence yasaklanmıştır. Harp Esirlerine Yapılacak Muameleye İlişkin Sözleşme (Cenevre Sözleşmesi III), md. 17; Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Cenevre Sözleşmesi IV), md. 31. Her iki Sözleşme açısından da işkence, Sözleşme'nin ağır ihlaline vücut verir (*grave violation*). C III, md. 130 ve C IV, md. 147. Ortak 3. madde tüm çatışma türleri için işkence ve kötü muameleyi yasaklamaktadır. Uluslararası Adalet Divanı'nın belirttiği gibi bu hüküm aynı zamanda teamül kuralı haline gelmiştir. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), 1986 ICJ 14, para. 218-20.

2 M. Nowak (2005), Challenges to the Absolute Nature of the Prohibition of Torture and Ill-Treatment", 23 Neth. Q. Hum. Rts 674.

3 Ould Dah/Fransa, No. 13113/03, 17.3.2009; Kemal Kahraman/Turkey, No. 39857/03, 22.7.2008, para. 18; Prosecutor v. Anto Furundzija (judgment of 10 December 1998 (IT-95-17/1-T), para. 153-156; Prosecutor v. Mucić and Others (16 November 1998, IT-96-21-T, para. 454.

4 *Jus cogens* niteliğin ulusal hukuk üzerindeki etkisi hakkında bkz. Erika de Wet (2004), "The Prohibition of Torture as an International Norms of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law", 15 EJIL 97.

Ne var ki, hem uluslararası hem de ulusal hukukta kategorik olarak yasaklanan işkence ve kötü muamele eylemleri, aynı zamanda insan hakları hukukunun en tartışmalı alanlarından biridir. Bu tartışma, kısmen pratikle mutlak yasağın arasındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır.[5] Kısmense işkence ve diğer kötü muamele tiplerine ilişkin tartışmalardan türemektedir. İşkence ve diğer kötü muamele tipleri mutlak bir şekilde yasaktır ama hangi davranışın işkence, hangi davranışın insanlık dışı muamele hangisinin aşağılayıcı muamele olduğu konusunda bir fikir birliği yoktur.[6] *Jus cogens* niteliğine bağlı olarak hiçbir devlet işkenceye müsaade ettiğini, işkenceyi hoş gördüğünü söylememekte ve işkenceyi kabul etmemektedir. Ancak hem devletlerin "*ağır acı ve ıstırap*"tan ne anladığı hem de bir devletin siyasi şiddetle karşılaştığı zaman işkence ve diğer kötü muamele tiplerine ilişkin koyduğu eşik farklılaşabilmektedir.[7] Bir başka deyişle, kural mutlak olmakla birlikte sınırları öylesine muğlaktır ki; aslında işkence yasağının gizli istisnalarının bazen nitelikli haklardan daha fazla olduğunu iddia etmek bile mümkündür.[8] Aynı kelimeler, farklı coğrafyalarda ve farklı zaman birimlerinde bambaşka anlamlar kazanabilmektedir.

Bireysel başvuru sürecinde önüne gelen şikâyetler, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) de işkence ve kötü muameleye ilişkin bu evrensel tartışmadan kurtulamayacağını göstermektedir. AYM de tüm insan hakları karar mekanizmaları gibi bu karmaşık hukuksal sorulara cevap vermek

---

5 Nowak, Dünyadaki ülkelerin %90'ınından fazlasında işkenceye başvurulduğunu, %50'sinden fazlasında ise bunun yaygın nitelikte olduğunu not etmektedir. Nowak (2012), "What's in a name? The prohibitions on torture and ill treatment today", Gearty and Douzinas (eds), The Cambridge Companion to Human Rights Law, 307.

6 Konu o kadar belirsizdir ki; aynı hukuk sistemi içerisinde çok kısa süre içerisinde ciddi tanımlama farklılıkları ortaya çıkmaktadır. ABD'de Başkanlık makamı için hazırlanan iki not arasındaki fark kavrama ilişkin belirsizliği ortaya koymak açısından dikkat çekicidir. Biri 2002, biri 2004'te hazırlanan ve İKS'yi dikkate aldığını belirten iki metin, işkence kavramını farklı yorumlamaktadır. Bkz. (2002) "Standards for Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. 2340-2340A" ve (2004) "Definition of Torture Under 18 U.S.C. §§ 2340–2340A". Obama'nın Başkanlık döneminde ise Bush döneminde uygulanan "ileri soruşturma teknikleri" açıkça işkence olarak tanımlanmıştır. Bkz. New York Times, 3.11.2007.

7 Zaman ve mekana yönelik bu farklılaşma örnekleri için bkz. Michael W. Lewis (2010), "A Dark Descent into Reality: Making the Case for an Objective Definition of Torture", 67 Wash. Lee L. Rev. 77.

8 Bu konudaki çok geniş literatüre ve tartışmaya ulaşmak için şu çalışmaya bakılabilir: Steven Greer (2015), "Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really 'Absolute' in International Human Rights Law?", 15 Human Rights Law Review 101.

zorundadır. Neyin işkence, neyin eziyet, neyin haysiyet kırıcı muamele olduğu; her bir yasak davranışın giriş eşiğinin ne olduğu sorusu AYM'yi de zorlayacaktır. Bu yazıda incelenecek kararların göstereceği gibi, AYM'nin şu ana kadarki içtihadı, her ne kadar şimdilik maddi olaylarda çok vahim sonuçlar doğurmadıysa da AYM'nin ilkesel olarak işkence yasağı konusunda çok iyi bir açılım sunamadığını göstermektedir.

Bu yazıda AYM'nin bu ilginç soruna hangi hukuksal normları ve yorum araçlarını kullanarak cevap vermeye çalıştığını tartışacağız. Bunu anlayabilmek için öncelikle AYM'nin kullandığı kavramsal ve normatif çerçeveye bakacağız (I). Daha sonrasında ise Mahkeme'nin kararlarından çıkan bulguları sırasıyla inceleyeceğiz. Önce AYM'nin teorik yaklaşımını analiz edip (II ve III), daha sonra bu çerçevenin somut olaylardaki uygulamasına bakacağız (IV, V ve VI). Bu bölümlerin sonunda saptanacağı üzere bu bulgular, AYM'nin gelecekte keyfi kararlar vermesinin yolunu açma potansiyeli taşıdığı için son bölümde alternatif bir yorum yolu öneceğiz (VII).

I. İşkence ve Kötü Muamele: Kavramsal ve Normatif Çerçeve

AYM, bireysel başvuru incelemelerinde, olaya uygulanacak normun saptanmasında iki aşamalı bir yol takip etmektedir. Birinci aşamada, başvurunun hem Anayasa hem de AİHS kapsamında olup olmadığına bakmakta, eğer minimum kesişim kümesine girmiyorsa başvuruyu kabul edilemez bulmaktadır.[9] Bu tutum bugüne kadar hep Anayasa'da yer alıp Sözleşme'de veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AHİM) içtihadında yer almayan hakların inceleme dışı kalması şeklinde bir sonuç doğurmuştur.[10] İkinci aşamada, yani esas incelemesinde, Anayasa'ya göre yapılmakta, AİHS ve AİHM içtihadı ise bu normun aydınlatılması için kullanılmaktadır. Bununla birlikte, pratikte AYM'nin bu ikinci aşamada yer yer doğrudan AİHS

9 Bu uygulamanın tipik örneği Sebahat Tuncel kararında görülebilir. Bu kararda, AYM Türkiye AİHS'e Ek 4. Protokole taraf olmadığı için Anayasa'nın 23. maddesinde korunan seyahat özgürlüğüne ilişkin inceleme yapmamıştır. AYM, B. No. 2012/1051, 20/2/2014, para. 44-55. AYM, çalışma ve sözleşme hürriyeti açısından da konu AİHS ve Ek Protokollerinde düzenlenmediği için aynı sonuca ulaşmaktadır. *Nesrin Kılıç*, AYM, B. No. 2013/772, 7/11/2013, para. 36-44.

10 Konuya ilişkin eleştirel bir değerlendirme için bkz. Tolga Şirin (2015), Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/TA_Bildiri.pdf, 37-41.

içtihadını referans aldığı görülebilmektedir.[11] Bu yollamaların, iptal/itiraz denetimlerindeki destek ölçü norm kullanımından daha güçlü bir şekilde yapıldığı açıktır. Mahkemenin büyük ölçüde AİHS'e uyumlu yorum yolunu takip etmeyi tercih ettiğini söylemek yanlış olmamakla birlikte, bazı istisnalar bulunsa da, genelde esasa ilişkin kararlarda AİHM'in tanıdığından fazlasını tanımamak yönünde bir eğilimin olduğu belirtilebilir.[12]

AYM tarafından geliştirilen bu ikili inceleme metodolojisinin ilginç sonuçlarından biri, işkence ve diğer kötü muamele tiplerinin nasıl anlaşılması gerektiği ile ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa ve Sözleşme metni işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin birbirinden farklı bir kavram seti sunmaktadır. Bu durumda, öncelikle her iki metnin kesişim kümesi tespit edilmelidir ki, esasa ilişkin inceleme yapılabilsin. Ne var ki; daha önce başka bir vesileyle açıklamaya çalıştığımız gibi[13] birçok durumda konu bakımından kapsamın belirlenmesi aynı zamanda esasa ilişkin verilecek kararı da belirlemek anlamına gelmektedir. Gerçekten de bir davranışın işkence mi, onur kırıcı muamele mi, aşağılayıcı muamele mi, eziyet mi olduğu ancak maddi unsurlar incelendikten sonra kestirilebilir. Bu nedenle, AYM'nin işkence ve kötü muamele başvurularında konu bakımından iki aşamalı inceleme yapmasının çok bir anlamı ve imkânı yoktur. Konu bakımında inceleme zorunlu olarak hem kabul edilebilirliğe hem esasa, yani bütüne ilişkin olarak yapılacaktır.

Anayasa'nın işkence yasağını düzenleyen hükmü şu şekildedir:

"*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*."(md. 17/3)

Konuya ilişkin AİHS hükmü ise daha kısadır:

"*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz*." (md. 3)

Her iki metinde *işkence* terimi aynı olmakla birlikte; Anayasa diğer kötü muamele tipleri olarak *eziye*t ve *insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza veya*

11 Örneğin Youtube ve Diğerleri kararında, AYM'nin ihlal bulgusunun ana dayanağını AİHM'in aynı yasa hükmünü değerlendirdiği Ahmet Yıldırım/Türkiye kararı oluşturmaktadır. Bkz. B. No. 2014/4705, 29/5/2014, para. 59-64.

12 Bu kısıtlayıcı yaklaşımın işkence, kötü muamele açısından somut örneklerini aşağıda tartışacağız.

13 K. Altıparmak (2014), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-Yorum Yöntemleri, Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları, (Ankara: AYM Yayınları), 435 vd.

muamele kavramlarını kullanırken, AİHS *insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele* kavramlarını kullanmaktadır. Aşağıda görüleceği gibi AYM bu iki farklı üçlemeyi bir şekilde eşleştirmeye çalışmaktadır. Ne var ki, bu eşleştirme yapılırken aralarında benzerlik olup olmadığı, kapsamlarının daha geniş olup olmadığı gibi bir tartışmaya girilmemekte, sadece kurallar aynen tekrar edilmektedir.

Her iki hüküm de işkence veya diğer kötü muamele tiplerinin bir tanımını vermiş değildir. Her ne kadar Anayasa, bireysel başvuruda uygulanacak norm olarak sadece Anayasa ve AİHS'i saymışsa da ulusal hukukta işkence yasağını düzenleyen hükümler bununla sınırlı değildir. Bir insan hakları sözleşmesi olan ve usulüne göre yürürlüğe girdiği için kanun hükmünde olan İKS, işkencenin tanımını vermektedir. Bu tanımın, teamül hukuku haline gelip gelmediğine ve evrensel kabul gören bir tanım olup olmadığına ilişkin tartışmalar olsa da,[14] Türkiye'nin uluslararası yükümlülükleri dikkate alındığında bu tanıma aykırı bir davranışın ve/veya kuralın hukuki koruma görmeyeceği açıktır. İKS'nin 1. maddesinin 1. fıkrası işkenceyi şu şekilde tanımlamaktadır:

"Bu Sözleşmenin amaçları bakımından "işkence" terimi, bir kişi üzerinde kasıtlı biçimde uygulanan ve o kişiden ya da üçüncü bir kişiden bilgi edinmek yahut itiraf elde etmek; o kişinin ya da üçüncü bir kişinin gerçekleştirdiği yahut gerçekleştirdiğinden şüphelenilen eylemden ötürü onu cezalandırmak; ya da o kişiyi ya da üçüncü kişiyi korkutmak yahut yıldırmak gibi amaçlarla; ya da ayrımcılığın herhangi bir türüne dayanan herhangi bir nedenle, bir kamu görevlisi ya da resmi sıfatla hareket eden bir başka kimse tarafından bizzat yahut bu kimselerin teşviki ya da rızası yahut da bu eylemi onaylaması suretiyle yapılan ve gerek fiziksel gerekse manevi ağır acı ve ıstırap veren herhangi bir eylemdir. Bu, hukuka uygun yaptırımların sadece

14 İKS tanımının bir teamül kuralı haline gelip gelmediği konusunda uluslararası ceza mahkemelerinin çelişkili kararları mevcuttur. Teamül kuralı olduğunu ileri süren karar örnekleri: P*rosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo*, Case No. IT-96-21-T, 16 .11. 1998 *(Celebici)*, para. 459; *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T, 10.12. 1998 *(Furundzija* Trial Judgment*)*, para. 160. Hükmün uluslararası ceza hukuku açısından sadece rehber niteliğinde olduğunu belirten kararlar da mevcuttur. Örn. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22.2. 2001 (*Kunarac* Trial Judgment), para. 482. Temyiz Dairesi, İKSnin sadece insan hakları hukuku açısından teamül kuralı haline geldiğini belirterek, işkence açısından her iki hukuk rejiminin farklılaşmasının zorunlu olduğunu saptamıştır. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic,* Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12.6.2002, (*Kunarac* Appeal Judgment), para. 145 vd.

uygulanmasından doğan, bu yaptırımların kendisinde var olan yahut arızi biçimde oluşan acı ve ıstırabı içermez."[15]

Nihayet, yukarıda da belirtildiği gibi işkence bir suç olarak insan hakları hukukunun yanı sıra olarak ceza hukukunda da düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu, işkence suçunu İKS'den farklı ama onunla uyumlu bir şekilde tanımlamıştır. TCK'deki işkence suçu tanımı, kapsam bakımından İKS'den daha geniş olduğu için uluslararası hukuka uygundur:

"*İşkence*

Madde 94- *(1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*."

Anayasa'daki terminolojiye paralel olarak TCK'nin 96. maddesi de eziyet suçunu düzenlemektedir. Hükme göre **"***Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*." Ne var ki, aşağıda görüleceği gibi AYM'ye göre TCK'deki "*eziyet*" suçu ile Anayasa'daki "*eziyet*" kavramı birbirinden farklıdır.[16]

Bu farklı normlar ve normatif düzenlerle ilgili yorum, bizi AYM'nin 1. bulgusuna ulaştırmaktadır. Buna göre Anayasa 17. madde, AİHS 3. madde ile eşleştirilmeli ve bu maddelerdeki kavramlar ceza hukukundan bağımsız yorumlanmalıdır.

II. 1. Bulgu: Normatif Düzen Farkı

A. Ceza Hukuku v. İnsan Hakları Hukuku

İşkence ve kötü muamelenin tanımlanmasında bir sorun norm alanının belirlenmesi ise en az o kadar sıkıntılı bir başka konu da hangi normatif düzenin seçileceğidir. İşkenceyi ve kötü muameleyi tanımlamayı ve birbirinden ayırmayı daha da içinden çıkılmaz hale getiren husus, konunun

15 Sözleşmenin resmi çevirisi özgün anlamını vermediği için M. Semih Gemalmaz tarafından yapılan serbest çeviri esas alınmıştır. Bu çeviri için bkz. M. Semih Gemalmaz (2004), İnsan Hakları Belgeleri, C. VI, (Boğaziçi: İstanbul), s. 69.

16 Bkz. aşağıda 274 no'lu not ve ilgili metin.

hem insan hakları hukukunda hem de ceza hukukunda düzenlenmesidir.[17] İşkence ve diğer kötü muamele tipleri, insan hakları ihlali olarak devletin sorumluluğunu; suç olarak bireylerin cezai sorumluluğunu doğurabilir. Ancak bu iki kategorinin aynı tanımdan yola çıkılarak mı tespit edileceği ise belirsizdir.

Aynı hukuk sistemi içindeki bu hükümlerin hangileri, ne gerekçe ile uygulanmalıdır? Görüldüğü gibi İKS ve TCK'nin aksine Anayasa ve AİHS kavramların tanımını vermemektedir. Ne var ki, Anayasa'ya göre denetime ölçü olacak metinler AY ve AİHS'dir. Diğer normlar ancak bu metinlerin yorumlanmasında dikkate alınabilir. Bununla birlikte, AYM'nin normatif düzenler arasındaki farkı dikkate alarak, ceza hukuku tanımlarını bireysel başvuru incelemelerinde göz önüne almayacağı anlaşılmaktadır.

AYM'ye göre ceza mahkemesinin esas alacağı ceza sorumluluğuna ilişkin işkence ve diğer kötü muamele tipleriyle, AYM'nin esas alacağı, insan hakları sorumluluğuna ilişkin olan işkence ve diğer kötü muamele tipleri farklıdır:

"*Bir muamelenin "işkence" olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için, anılan fıkrada geçen "eziyet" ve "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele kavramları ile işkence arasındaki ayrıma bakmak gerekmektedir. Bu ayrımın Anayasa tarafından,* ***özellikle çok ağır ve zalimane acılara neden olan kasti insanlık dışı muamelelerdeki özel duruma işaret etmek*** *ve bir derecelendirme yapmak amacıyla getirildiği ve anılan ifadelerin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenleme altına alınmış olan "işkence", "eziyet" ve "hakaret" suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır*."[18]

Bu tespit birkaç açıdan ilginçtir. TCK'de yer alan işkence ve eziyet suçları ile Anayasa'daki kavramlar arasında nasıl bir bağ bulunduğu ve aynı kavramların neden farklı anlamlara geldiği açıklanmaya muhtaçtır. Özellikle eziyet suçu açısından bu kolaylıkla yapılabilirdi. Çünkü, TCK'deki eziyet suçu herkes tarafından işlenebilen, kamu görevlisinin katılması koşulu olmayan bir suçtur. Halbuki, Anayasa'da güvence altına alınan temel

17 Şüphesiz işkence/kötü muamele eylemleri bir haksız fiil olarak özel hukuku veya idarenin sorumluluğu kapsamında idare hukukunu da ilgilendirebilir. Ancak bu hukuksal düzenler için tanım önemli bir sorun olarak ortaya çıkmamaktadır.

18 AYM, B. No. 2013/293, 17/7/2014, para. 84; B. No.2013/6359, 10/12/2014, para. 64.

hak ve özgürlükler Devlet'e karşı korunan haklardır. AYM'nin üçlemeye aldığı hakaret suçunun konuyla ilgisini anlamak ise hiç mümkün değildir. Hakaret, kamu ajanları tarafından değil herkes tarafından işlenebilen bir suçtur. Bu suçun, insan onuruna yönelik olduğu da tartışmalıdır. Bizce böyle bir eşleştirme çabası tamamen gereksizdir ama illa *"insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele"* kavramıyla bir eşleştirme yapılacaksa bunun TCK 256. maddedeki "*zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması*" suçu ile yapılması daha mantıklı olacaktır.

B. AİHM ve AYM

AYM, böyle zorlama bir eşleştirme ilişkisi yerine ceza hukukunda aranan unsurlarla, insan hakları hukukunda aranan unsurların farklılığına vurgu yapabilirdi. AYM, her bir kavramın unsurlarındaki farklılıkları da tanımlayabilirdi. İnsan hakları-ceza hukuku ayrımının tanımını AİHM de yakın tarihli 2. ve 3. madde kararlarında yapmıştır:

"Mahkeme, bu itibarla, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinin ihlal edildiğinin öne sürüldüğü durumlarda özel bir hassasiyet göstermelidir (bkz. mutatis mutandis, Ribitsch v. Avusturya, 4 Aralık 1995, § 32, A serisi n° 336). ***İç yargı organları nezdinde ceza soruşturmaları yürütülürken, cezai sorumluluğun, Sözleşme gereğince devlete atfedilen sorumluluktan ayrı tutulduğunu göz önünde bulundurmak gerekmektedir****. Mahkeme'nin görevi, ikinci durumu incelemekten ibarettir. Sözleşme gereğince atfedilen sorumluluk, Sözleşme'nin konusu ile amacı doğrultusunda ve ilgili uluslararası hukukun her türlü kuralı ve ilkesi doğrultusunda yorumlanması gereken Sözleşme'nin hükümlerinden ileri gelmektedir. İç yargı organları tarafından değerlendirilen* ***bireysel cezai sorumluluğa ilişkin iç hukuk sorunları ile devletin organları, memurları veya çalışanlarının eylemleri nedeniyle devlete verilen (yaşam hakkını koruma) sorumluluğunu birbirine karıştırmamak gerekmektedir****. Bu noktada, Mahkeme, ceza hukuku anlamında suçluluk ya da masumiyetle ilgili hususlarda karar verme hususunda yetkili değildir (Giuliani ve Gaggio v. İtalya [BD], n° 23458/02, § 182, 24 Mart 2011)."*[19]

Bu yaklaşımın, AYM açısından yol gösterici olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, AYM ve AİHM arasındaki önemli farklılıkları vurgulamak

19 Aydan/Türkiye, No. 16281/10, 12.3.2013, para. 71; Cülaz ve Diğerleri/Türkiye, No. 7524/06, 15.4.2014, para. 181.

gerekmektedir. AİHM'in yaptığı bu ayrım ulusal ceza hukukundaki işkence suçu ile Sözleşme'deki işkence tanımı arasında yapılan bir ayrım değildir. Ayrım sorumluluk dereceleri arasında yapılmıştır. AİHM, bireysel sorumluluğa değil Devlet sorumluluğuna karar verecektir. Bu nedenle, failin kim olduğunu, kast unsurunun bulunup bulunmadığını tartışmasına da gerek yoktur. İkinci olarak AİHM'in böyle bir tartışmaya girmesi şüphesiz nafile bir çaba olur. 47 üyeli bir uluslararası örgütte, birbirinden farklı işkence suçu tanımlarından[20] herhangi birinin seçilmesi mantıksız olacağı gibi AİHM'in özerk kavram yaklaşımına da aykırı olacaktır. Çünkü, ulusal ceza hukuklarındaki işkence ve diğer kötü muamele tanımları, AİHS'in normatif düzeninde bir anlam ifade etmemektedir. Örnek olsun; İsviçre Ceza Kanunu AİHS'in dikkate alacağı bir norm değil aslında vakanın bir parçasıdır. Oysa AYM ile TCK arasındaki ilişki böyle değildir. Anayasa'daki "*işkence*" kavramı da TCK'deki "*işkence*" kavramı da aynı normatif sistemin parçalarıdır. Eğer ikincisi birincisine aykırıysa zaten ikinciyi iptal etmek gerekir. Üçüncü olarak, her ne kadar Strazburg organlarının içtihadı uluslararası hukukta işkence ve diğer kötü muamele tiplerinin tanımlanmasında ve kapsamlarının tespitinde önemli bir rol oynamışsa da, AİHM tanım konusunda tamamen bağımsız hareket etmemekte ve İKS'nin 1. maddesini esas almaktadır. AYM'nin hangi yaklaşımı esas aldığı ise belirsizdir. Bu nedenle, AYM'nin insan hakları hukuku-ceza hukuku ayrımından ne anladığına daha yakından bakmak gerekir.

C. AYM'nin Yaklaşımı

AYM de AİHM gibi ceza hukuku ile insan hakları hukuku arasında bir ayrım yapmıştır. Ancak AYM'nin yaptığı ayrımdan benzer sonuçlar çıkmamaktadır. AYM AİHM gibi sadece sorumluluk dereceleri arasında ayrım yapmakla yetinmemiş, TCK'deki suçlarla Anayasa'daki kavramların farklı olduğu sonucuna da ulaşmıştır. Bu sonuca hangi gerekçeyle ulaştığı ise belirsizdir. AYM'nin, ceza hukuku sorumluluğu ile insan hakları sorumluluğunu ayırdığı kararlarda AİHM'in biraz önce alıntıladığımız kararlarından esinlendiği açıktır. Gerçekten de AYM, AİHM'e çok benzer ifadelerle ayrımı şu şekilde tarif etmektedir:

20 Hatta işkence suçunun hiç düzenlenmediği Taraf Devletler de vardır. Örneğin bkz. Cestaro/İtalya, No. 6884/11, 7.4.2015.

"Bireysel başvurulara ilişkin şikâyetlerin incelenmesinde Anayasa Mahkemesinin sahip olduğu rol ikincil nitelikte olup, bazı durumların ortaya koyduğu şartlar nedeniyle ilk derece mahkemesi rolünü üstlenmesinin kaçınılmaz olduğu hallerde çok dikkatli davranması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. McKerr/Birleşik Krallık, B. No: 28883/95, 4/4/2000). ***Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında yapılan şikâyetlerin incelenmesinde böyle bir durumla karşılaşma riski bulunmaktadır.*** *Anılan maddede güvence altına alınan yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı ihlali ile ilgili iddialarda bulunulduğu zaman, Anayasa Mahkemesi, bu konu hakkında tam bir inceleme yapmalıdır. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Ribitsch/Avusturya, B. No: 18896/91, 4/12/1995, § 32). Ancak görülmekte olan bir* ***davadaki delilleri değerlendirmek kural olarak derece mahkemelerin işi olduğundan****, Anayasa Mahkemesinin görevi, bu mahkemelerin maddi olaylara ilişkin yaptıkları değerlendirmenin yerine kendi değerlendirmesini koymak değildir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz.Klaas/Almanya, B. No: 15473/89, 22/9/1993, § 29; Jasar/"Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti", B. No: 69908/01, 15/2/2007, § 49).* ***Kötü muamele iddiaları ile ilgili olarak derece mahkemelerinde dava görüldüğü zaman, ceza hukuku sorumluluğunun, Anayasa ve uluslararası hukuk sorumluluğundan ayrı tutulması gerekir. Anayasa Mahkemesinin yetkisi, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında bulunanlarla sınırlıdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin cezai sorumluluk bağlamında suça ya da masumiyete ilişkin bir bulguya ulaşma görevi bulunmamaktadır*** *(Benzer AİHM kararı için bkz. yukarıda geçen Tanlı/Türkiye, §§ 110 – 111). Diğer taraftan derece mahkemelerinin bulgularının Anayasa Mahkemesini bağlamamasına rağmen, normal şartlar altında bu mahkemelerin maddi olaylara ilişkin yaptığı tespitlerden ayrılmak için de kuvvetli nedenlerin var olması gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. yukarıda geçen Klaas/Almanya,§ 30). ((2013/293, 17/7/2014, para. 96, 2013/6359, 10/12/2014, para. 76)"*

Bu saptama yerinde olmakla birlikte, iki hususun birbirine karıştırılma riskini taşımaktadır. AYM tabii ki, ilk derece mahkemesinin yerine geçerek delilleri değerlendirmeyecektir. Ancak olayın maddi olarak değerlendirilmesi bir şey, bu olaya uygulanacak normun ne olacağı, kapsamının ve sınırlarının nasıl saptanacağı ve nasıl yorumlanacağı ise başka bir şeydir. AYM, neden delilleri değerlendirme yükümlülüğünün derece mahkemelerinde olduğunu net olarak ortaya koymakta ama neden farklı bir normatif düzende karar vermesi gerektiğini açıklayamamaktadır.

İnsan hakları hukuku ile ceza hukukundaki işkence/kötü muamele düzenlemelerinde bazı temel farklılıklar mevcuttur.[21] Bununla birlikte aradaki fark, sanıldığı kadar büyük değildir.[22]İKS'nin 4. maddesi, Taraf Devletlere tüm işkence eylemlerini ceza kanununda suç olarak düzenleme ve uygun bir yaptırımla cezalandırma ödevini yüklemektedir. AİHM içtihadı da yasal düzenleme yapma ödevini somut olarak öngörmektedir. Bir ulusal yasa, uluslararası ölçütlere uygun bir şekilde işkence suçunu tanımlamıyorsa bu aynı zamanda uluslararası insan hakları hukukunun ihlalini oluşturacaktır.

İşkence söz konusu olduğunda, insan hakları hukuku ve ceza hukukuna ilişkin uygulanacak kural farklı olsa bile muhtemelen unsurlar birbirinin aynı olacaktır.[23] Daha somut ortaya koymak gerekirse, ifade özgürlüğü ile ilgili bir davada, örneğin TCK md. 301'in nasıl yorumlandığına ilişkin ceza hukuku değerlendirmesini ceza mahkemeleri yapacak, AYM çıkan sonucun ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğine bakacaktır. İşkence söz konusu olduğunda durum aynı mıdır? AYM'nin olayda işkence bulunduğuna dair saptaması ile ceza mahkemesinin işkence bulunduğuna dair hukuksal saptaması arasındaki fark nedir? Başka türlü soracak olursak, iddia edilen ceza sorumluluğu ile devletin hukuki sorumluluğu arasındaki fark nedir? AYM, ceza mahkemesinden hangi unsurlar açısından farklı bir

---

21 Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 7 (2) (e) hükmünde işkence tanımlanmıştır. Bu tanımda İKS tanımının sadece ağırlık unsuruna yer verilmiş, kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilme ve amaç unsurları yer almamıştır.

22 UCM Statüsü'nü açıklayan "Suç Unsurları" amaç unsurunun işkencenin ayırıcı unsuru olduğunu not etmektedir. UN doc. PCNICC/200011/Add.2, Elements of Crimes Md. 8(2)(a)(ii)-1 and 8(2)(c)(i)-4 (işkence) ile md. 8(2)(a)(ii)-2 (insanlıkdışı muamele) ve 8(2)(c)(i)-3 (zalimane muamele). Nitekim; Uluslararası Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi Kunarac kararında, insancıl hukukta yeterli kaynak bulunmadığı için insan hakları hukukuna bakmanın zorunlu olduğunu ifade etmişti. Judgment, Kunarac (IT-96-23/1-T), Trial Chamber, 22 .2. 2001, para. 467. Ancak Mahkeme yine aynı kararda, iki hukuk alanının farkına da dikkat çekmiştir. Aynı karar, para. 470. İşkence konusunda AİHM'in uluslararası ceza hukukuna etkisi için bkz. Olivier de Frouville (2011), "The Influence of the European Court of Human Rights' Case Law on International Criminal Law of Torture and Inhuman or Degrading Treatment" 9 JICJ 633. Daha genel olarak ceza hukuku insan hakları ilişkisi için bkz. M. Delmas-Marty, 'Le paradoxe penal', in M. Delmas-Marty and C. Lucas de Leyssac (eds) (1996), Libertes et droits fondamentaux (Paris: Seuil), s. 368; Françoise Tulkens (2011), "The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights", 9 JICJ 577.

23 Bununla birlikte belirtmek gerekir ki literatürde işkence ve kötü muamelenin "saatli bomba" senaryosunda uygulanabilirliğine ilişkin tartışmalarda, mutlak yasağı aşmak için suçun hiç olmaması veya kusurun olması ancak failin sorumlu tutulmaması arasında bir ayrım yapılması önerilmektedir. AYM'nin yaptığı ayrımın bu nitelikte olduğunu sanmıyoruz. Bu tartışma için bkz. Kai Ambos (2008), "May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?", 6 JICJ 261, 272 ve 286.

değerlendirme yapmalıdır ki, kendi ifadesiyle "*riskten*" kurtulmalıdır? Derece mahkemesinin işkence demediğine AYM'nin, AYM'nin işkence demediğine derece mahkemesinin işkence deme ihtimali var mıdır? Varsa bu nasıl mümkün olacaktır?

AYM Anayasa'daki kavramların TCK'dekilerden daha geniş olduğunu belirtmektedir ama bu genişliğin nereden kaynaklandığını açıklamamaktadır. Eğer genişlik, sadece failin belirli olmadığı durumlarda Devletin sorumluluğunun olabileceği anlamına geliyor ise bunun bir genişlik/darlık sorunu olup olmaması bir yana, neden farklı normların uygulanması gerektiği sorusuna cevap olmaktan uzak olduğu açıktır. Bu durumda işkence vardır ama belki fail tespit edilememiştir. Bu durum esas alınacak norm ve kapsamını değiştirmeyi gerektirmeyecektir.

Bir devletin işkenceden sorumlu tutulması için failin tespit edilmesi zorunlu değildir. Dolayısıyla ihlalin varlığı için suçun manevi unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmak gerekmez. AİHM de işkence yasağının ihlal edildiği vakalarda failin manevi durumunu incelememektedir; çünkü çoğu durumda zaten fail bilinmemektedir.[24] Bununla birlikte, bu gerekçe Anayasa'daki kavramların neden Türk Ceza Kanunu'nda düzenleme altına alınmış olan *"işkence"*, *"eziyet"* ve *"hakaret"* suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı olması gerektiğini açıklamamaktadır. TCK'deki işkence tanımının uluslararası hukukla uyumlu ve muhtemelen ceza kanunlarındaki en ileri tanımlardan birini verdiği düşünülecek olursa, bu ayrımın daha açık bir şekilde ortaya konması gerektiği açıktır.

Öte yandan genişlik, bir bütün olarak Anayasa maddesinin TCK'deki hükümlerin tamamından daha geniş bir anlam içerdiği, TCK'de düzenlenmeyen bazı davranışların da bu kuralı ihlal edebileceği şeklinde anlaşılabilir. Bu doğru bir yaklaşım olabilir. Ancak bu durumda da Anayasa ve TCK'nin karşılıklı üçlemelerin ne anlama geldiği ve işkence suçuyla 17. maddedeki işkence kavramı arasındaki farkın ne olduğu sorularına cevap verilmesi gerekir.

24 Örneğin Elçi ve Diğerleri başvurusunda, failler hakkında hiçbir cezai işlem yapılmadığı için AİHM başvurusunda da bu unsurların incelenmesi mümkün olmamıştır. Elçi ve Diğerleri/Türkiye, no. 23145/93 vd., 13.11.2003, para. 606.

Nihayet, son olarak şunu da sormak gerekir: Her ne kadar AİHS 3. madde üç farklı davranış tipinden bahsetmekte ve AİHM de bunları birbirinden ayırmaktaysa da her davranış tipi açısından mutlak yasak geçerli olduğu için bu ayrımın hukuksal sonuçları sınırlıdır. İç hukukta Anayasa ve Ceza Kanunu açısından da aynı durum geçerli midir? Anayasa'daki diğer kötü muamele tipleri de mutlak yasak kapsamındaysa ve istisnası yoksa bunun ceza hukuku açısından bir sonucu var mıdır?

Ne Anayasa ne de AİHS işkencenin veya diğer kötü muamele tiplerinin tanımını vermemekte, AYM ise TCK'deki tanımla bağlı olmadığını belirtmektedir. Bir an için AYM'nin İKS tanımını esas aldığı düşünülebilir; çünkü AYM kararlarında bu Sözleşmeye açıkça atıfta bulunmaktadır. Bu tutum, AİHM'in de Sözleşmeyi esas aldığı düşünüldüğünde yerinde bir yaklaşım da olabilir. Lakin dikkatli okunduğunda AYM'nin, İKS'ye de sadece geçerken değindiği anlaşılmaktadır:

"Buna göre anayasal düzenleme bağlamında kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin "işkence" olarak belirlenmesi mümkündür (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). Muamelelerin ağırlığının yanı sıra, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde "işkence" teriminin özellikle bilgi almak, cezalandırmak veya yıldırmak amacıyla ya da ayırımcı bir nedenle kasten ağır acı veya ıstırap vermeyi kapsadığı belirtilerek, "kasıt" unsuruna da yer verilmiştir."[25]

Görülebildiği kadarıyla AYM ağırlık ölçütünü merkeze alıp, sadece kasıt unsuru açısından da BM Sözleşmesine gönderme yapmaktadır. Ancak daha sonra bu unsurun tartışmasına girilmemektedir. Aynı kararın bir sonraki paragrafında (para. 86) bu kez BM Sözleşmesi tanımı verilmekte ama unsurları ayrıştırılmamaktadır. Bu husus dikkat çekicidir; çünkü AYM işkenceyi ve diğer kötü muameleyi tanımlarken AİHM'in yolunu izlemektedir. AİHM ise *Selmouni/Fransa* kararından itibaren İKS tanımını kullanmaya başlamıştır.[26]

AYM ise ulusal ve uluslararası hukuktaki hiçbir tanımdan hareket etmemekte, AİHM içtihadını dikkate alarak kendi tanımını kendi yapmaktadır.

25 B. No. 2013/293, 17/7/2014, para. 85; B. no. 2013/6359, 10/12/2014, para. 65-66.

26 Selmouni/Fransa, ECHR 1999-V, özellikle para. 100. Ayrıca bkz. Süheyla Aydın/Türkiye, No. 25660/94, 24.5.2005, para. 195; Salman/Türkiye, No. 21986/93, 27.6.2000, para. 114.

Görüldüğü kadarıyla bu tanımın ana ekseni de muamelenin ağırlığıdır. O halde AYM'nin işkence ve kötü muamele yasağı tanımının belirleyici unsurunu inceleyebiliriz.

III. 2. Bulgu: İşkence ve diğer kötü muameleleri belirleyen ölçüt acı ve ıstırabın ağırlığıdır

A. AYM'nin Yaklaşımı

İşkence ve diğer kötü muamele tipleri arasındaki fark konusu; İKS'de işkence için öngörülen bazı yükümlülüklerin diğer kötü muamele tipleri için öngörülmemiş olması, özellikle Taraf Devletlere bu davranışları suç olarak düzenleme yükümlülüğü getirmediğinin düşünülmesi nedeniyle uluslararası hukukta önemli bir tartışma başlığıdır. İKS'nin 16. maddesine göre "*Her bir Taraf Devlet kendi egemenliği altındaki bir ülkede, birinci maddede tanımlanan işkenceye varmayan diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya ceza fiillerinin bir kamu görevlisi ve resmi sıfatla hareket eden bir diğer kimse tarafından veya bu kimsenin teşviki veya rızası veya muvafakati ile işlenmesini önlemeyi taahhüt eder*." Ancak bu taahhüt, işkenceyi cezalandırma yükümlülüğüne ilişkin 4. madde ve devamındaki diğer ceza hukuku hükümlerini kapsamamaktadır. Dahası, olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş nedeniyle yasağa istisna getirilemeyeceğine ilişkin İKS md. 2/2 sadece işkence için düzenlenmiştir. Bununla birlikte, İKS'nin daha güvenceli hükümlerin uygulanmasını engellemeyeceğine dair İKS md 16/2 hükmü, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHUS) ve AİHS'teki tüm kötü muameleleri kapsayan kötü muamele yasağının Türkiye açısından uygulanmasını zorunlu kılmaktadır.

Bununla birlikte, işkence ve diğer kötü muamele tipleri arasındaki farklılığın hiçbir sonucu olmadığını söylemek mümkün değildir. Ulusal hukukta da işkence kabul edilmeyen davranışların daha hafif suç tiplerine girmesi ve bu vesileyle erteleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması[27] gibi cezasızlığa yol açabilecek usul engellerine takılması sonucunu doğurması nedeniyle ayrım önemlidir. Kaldı ki; işkence açısından mutlaka ceza hukuku yaptırımı gerekirken diğer kötü muamele tiplerinde başka giderim yolları

27 CMK, md. 231 (5): Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl[(2)] veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.

akla gelebilir. AYM'nin elinde bu kavramları tanımlayacak hiçbir hukuki metin olmadığına göre ayrım nasıl yapılacaktır?

Yukarıda açıklandığı gibi AYM, işkence ve diğer kötü muamele tiplerinin tanımında hiçbir hukuksal metni esas almamaktadır. AYM'nin kabul edilebilirlik aşamasında Anayasa ve AİHS'in asgari müştereğini aradığı ve fakat esas bakımından Anayasa'ya göre karar vermekte olduğu düşünüldüğünde, bu kavramlara kendi özerk anlamlarını vermek isteyeceği akla gelebilir. Ne var ki, işkence ve kötü muamele konusunda AYM'nin bunu da yapmadığı açıktır. AYM, işkenceye ilişkin uluslararası hukukta ve literatürdeki gelişmeleri izlemek yerine, AİHS organlarının erken içtihadında geliştirdiği bir yaklaşımı, hatalı bir şekilde bireysel şikayet mekanizmasına transfer etmektedir. Çünkü AYM'ye göre, AİHS 3. maddenin muadilleri Anayasa 17. maddede mevcuttur:

"Belirtilen eylemlerin Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında işkence, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele ve ***bu kavramların Anayasa'nın 17. maddesinde yer verilen muadilleri olan işkence, eziyet veya haysiyetle bağdaşmayan muamele veya ceza olarak nitelendirilebilmesi için****, mağdurun sübjektif niteliklerinin yanı sıra muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından önemli bir ağırlığa ulaşmış olması gerekmektedir."*[28]

İşkence ve diğer kötü muamele tipleri arasındaki ayrımın nasıl yapılacağı konusu, salt didaktik bir sorun değildir; işkenceye ilişkin mutlak yasağın sonuçları açısından hayati öneme sahiptir. AYM, AİHM içtihadı ile çatışmadan ve fakat uluslararası hukuktaki diğer gelişmeleri dikkate alarak, Anayasa'daki terimleri tanımlama yoluna gidebilir. Bu yöntem, AİHS'le uyumlu olduğu gibi Anayasa'nın uluslararası hukukla uyumlu yorumlanması yoluyla Anayasa'nın bütününe daha uygun olacaktır.

AYM, 17. maddedeki kavramlar arasında ayrım yapmak için acının ve ıstırabın ağırlığını ölçü almaktadır. Bu yaklaşıma göre, işkence ve diğer kötü muamele türleri arasında geçişken bir hiyerarşi ilişkisi vardır. Buna göre, farklı kötü muamele türleri birbirinden yoğunluk ve derece farkı ile ayrılır. BM İşkenceye Karşı Bildiri'de formüle edilen, acı ve ıstırabın yoğunluğuna göre sınıflandırma yapan bu yönteme Evans'ın kullandığı ifade ile *"dikey"* yöntem

28 B. No. 2013/2284, 15/4/2014, para. 35; B. No. 2013/6229, 15/4/2014, para. 25.

denebilir.[29] Buna göre, bir davranış kademeli olarak aşağılayıcı, insanlıkdışı veya işkence olabilir. Bu yaklaşımın ağırlık noktası acı ve ıstırabın yoğunluğu olduğu için bir kere işkence ve kötü muamele yasağının kapsamına giren davranış ezanın artmasıyla işkenceye dönüşebilir. Bu nedenle, bu yaklaşıma göre işkencenin diğer kötü muamelelerle arasındaki ilişki dikey bir ilişkidir. Aşağıda açıklanacağı üzere 1970'lerin ortalarından itibaren yoğun olarak başvurulan bu ölçüt, günümüzde ciddi bir şekilde eleştirilmektedir.

Gerçekten de Anayasa Mahkemesi, işkence ve diğer kötü muamele türleri arasındaki ayrımı, dikey ilişki ölçütünü kullanarak, şu şekilde tanımlamaktadır:

*"Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kimseye "işkence", "eziyet" yapılamayacağı ve kimsenin "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele ve cezaya tabi tutulamayacağı düzenlenmiş olup, hüküm Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında güvence altına alınmış olan hukuksal çıkarları kapsamaktadır. Belirtilen düzenlemede yer alan ifadeler arasında **bir yoğunluk farkı bulunmakta olup**, kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne **en ağır şekilde zarar veren muamelelerin** "işkence", bu seviyeye varmayan fakat yine de vücutta zarar ya da yoğun fiziksel veya ruhsal ızdırap veren insanlık dışı muamelelerin "eziyet", küçük düşürücü ve alçaltıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin ise "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele veya ceza olarak belirlenmesi mümkündür.*[30]

Mahkemenin ilk kez işkence tanımını kullandığı 2013/293 no'lu başvuruda bu ayrım daha net ifade edilmektedir. Karar, "*eziyet*" kavramının tanımını da ilk kez yapmaktadır. Bunu yaparken de, nedendir bilinmez, AİHS'deki insanlık dışı muamele kavramını kullanmaktadır:

"İşkence" seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olan insanlık dışı muameleler "eziyet" olarak tanımlanabilir (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). Bu hallerde meydana gelen acı, meşru bir muamele ya da cezada kaçınılmaz bir unsur olarak bulunan acının ötesine geçmelidir. İşkenceden

29 Evans, AİHS içtihadında geliştirilen ilk sistematiği dikey, Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi'nin oluşturduğu ölçütü ise yatay olarak nitelemektedir. Malcolm Evans (2002), "Coming to Grips with Torture", 51 ICLQ 365, 369 vd. ve 382.

30 B. No. 2012/969, 18/9/2013, § 22; B. No. 2013/3512, 17/7/2014, para. 27; B. No. 2012/1213, 17/7/2014, para. 30; B. No. 2013/2284, 15/4/2014, para. 32; B. No. 2013/8175, 15/4/2014, para. 29; B. No. 2013/5680, 15/4/2014, para. 30; B. No. 2013/6229, 15/4/2014, para. 22.

farklı olarak "eziyet"te, ızdırap verme kastının belli bir amaç doğrultusunda yapılması aranmaz. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. İrlanda/Birleşik Krallık, B. No: 5310/71, 18/1/1978, § 167;yukarıda geçen Eğmez/Kıbrıs, § 78). ***AİHM, fiziksel saldırı, darp, psikolojik sorgu teknikleri, kötü şartlarda tutma, kişiyi kötü muamele göreceği bir yere sınır dışı ya da iade etme, devletin gözetimi altında kişinin kaybolması, kişinin evinin yok edilmesi, ölüm cezasının infazının uzunca bir süre beklenilmesinin doğurduğu korku ve sıkıntı, çocuk istismarı gibi muameleleri "insanlık dışı muameleler" olarak nitelendirmiştir*** *(bkz. yukarıda geçen İrlanda/Birleşik Krallık; Ilaşcu ve diğerleri/Moldova ve Rusya, [BD], B. No: 48787/99, 8/7/2004, §§ 432-438; Soering/Birleşik Krallık, B. No: 14038/88, 7/7/1989, § 91; Jabari/Türkiye, B. No: 40035/98, 11/7/2000, §§ 41-42; Giusto/İtalya, B. No: 38972/06, 15/5/2007).Bu nitelikleki muameleler Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında "eziyet" olarak nitelendirilebilir."*[31]

Dikkat edilirse AYM açısından **asıl ölçüt acı ve ıstırabın ağırlığıdır**. Her ne kadar, ilk kez burada özellikle *Eğmez/Kıbrıs* davasına yollama yapılarak, *"'eziyet'te, ıstırap verme kastının belli bir amaç doğrultusunda yapılması aranmaz"* denmekteyse de aynı davranışın sırf amaç unsuru olmadığı için mi yoksa yeterli ağırlığa kavuşmadığı için mi eziyet sayılmayacağı açıklığa kavuşmamaktadır.

Aynı kararın bir sonraki paragrafında, bu kez eziyet ile insan haysiyeti ile bağdaşmayan davranış arasında yapılan, tek ölçütün ıstırabın yoğunluğu olduğu bulgusunu güçlendirmektedir:

"Mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, küçültülme, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen aşağılayıcı nitelikteki ***daha hafif muamelelerin*** *ise "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele veya ceza olarak tanımlanması mümkündür (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). Burada "eziyet"ten faklı olarak, kişi üzerinde uygulanan muamele,* ***fiziksel ya da ruhsal acıdan öte*** *küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki oluşturmaktadır*.[32]

Her ne kadar burada artık acıdan ziyade alçaltıcı olma ölçütü gelmişse de hala daha hafif olma koşulunun arandığı görülmektedir. Eşiğin en altında yer alan bu kategori için Mahkeme şu örnekleri vermektedir: "*Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayrımcı davranışlar, devlet görevlileri*

31 B. no. 2013/293, 17/7/2014, para. 87.

32 B. No. 2013/293, 17/7/2014, para. 88.

tarafından sarf edilen hakaretamiz ifadeler, engelli kimselerin karşılaştığı kimi olumsuz durumlar, kişiye normal olmayan bazı şeyleri yedirme içirme gibi aşağılayıcı muameleler 'insan haysiyetiyle bağdaşmayan' muamele olarak ortaya çıkabilir".[33]

Sınıflandırmanın ölçütü, bu örneklerde bulanıklaşmaktadır. Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, diğer unsurların da bulunması halinde insanlık dışı muamele[34] ve hatta işkence olarak da nitelenebilir. Sınıflandırma ölçütü olmaksızın, salt örnek vererek yapılan açıklamaların yarattığı riskler göz ardı edilmişe benzemektedir. Bu durumda, tutulma koşulları veya ayrımcı davranış statik bir şekilde bir kategoriye hapsolup kalmaktadır.

B. AİHM Yaklaşımı ve Uluslararası Hukuk

AYM, bu sınıflandırma yöntemini kullanırken AİHM içtihadından yola çıktığını belirtmektedir:

"AİHM içtihadında da, başvuru konusu iddiaların Sözleşme'nin 3. maddesinin güvence kapsamında yer alması için minimum bir ağırlığa varması gerektiği kabul edilmekte ve acımasız, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezanın ağır ve kasıt içeren şekli olarak kabul edilen işkencenin, şiddetli acı veya eziyet uygulanması, acının kasıtlı olarak uygulanması ve bilgi almak, cezalandırmak veya korkutmak gibi amaçlı bir muameleyi içermesi gerektiği benimsenmektedir. ***Önceden tasarlanarak saatlerce uygulanan ve gerçek yaralar ve en azından ağır fiziki ve ruhsal acılar çektiren muameleler ise insanlık dışı muamele olarak değerlendirilmektedir.*** *Küçük düşürücü muamelenin ise, mağdurlarda korku ve aşağılık duygusu oluşturan, küçük düşürücü ve alçaltıcı nitelikte olan muameleleri ifade ettiği kabul edilmekte ancak, söz konusu muamelenin amacının ilgili kişiyi küçük düşürmek veya alçaltmak olup olmadığı ve sonuçları itibarıyla mağdurun kişiliğini Sözleşme'nin 3. maddesi ile uyuşmayan bir olumsuzlukta etkileyip etkilemediği üzerinde durulmaktadır (B. No: 2013/2284, 15/4/2014, § 34, 2013/3512, para. 29, 2012/1213, 17/7/2014, para. 32, 2013/2284, 15/4/2014, para. 34, 2013/8175, 15/4/2014, para. 31, para. 32)."*

Şüphesiz dikey sınıflandırmanın en önemli sorunlarından biri işkenceyi diğer kötü muamele tiplerinden ayırma konusunda veya bir eylemi kötü

33 B. no. 2013/293, 17/7/2014, para. 90.

34 Birçok örnek arasında Labita/İtalya, No. 26772/95, 6.4.2000; Eğmez/Kıbrıs, No. 30873/96, 21.12.2000.

muamele olarak sınıflandırma konusunda keyfiyete yol açmasıdır. Bir muamele, ne zaman ve kime göre işkence düzeyinde acı vermektedir? Bunun tahmin edilebilir, öngörülebilir bir tarifi var mıdır? AİHM, keyfiliğin önüne geçmek için bir dizi unsurun dikkate alınması gerekliliğini vurgulamaktadır. Mahkeme bu nedenle, muamelenin süresi, muamelenin mağdur üzerindeki fiziksel ve ruhsal etkileri, mağdurun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, izlenen amaç gibi davanın tüm koşullarını dikkate almak gerektiğini vurgulamaktadır.[35] Ne var ki, bu unsurların keyfilik sorununu çözüp çözmemesi bir yana, işkence ve kötü muamelenin mutlak yasaklanması ilkesinde önemli bir gedik açtığı ileri sürülebilir.[36]

Sorun bununla da sınırlı değildir. Waldron'un saptadığı gibi bizatihi bu tanımlama çabasının kendisi sorunun kaynağıdır. Bir davranışın ne zaman işkence sayılacağının bir eşiğe göre anlaşılması aynı zamanda neyin işkence sayılmayacağı konusunda bir sınır da çizdiği için faillere o sınıra kadar dilediği gibi hareket etme alanı yaratma riski taşımaktadır.[37] Keyfilikten korunmak için yapılan bu tanım aslında bir bakıma o sınıra kadar yapılacakları meşru hale getirecek bir meşruiyet zemini yaratmaktadır. Ne kadar acı ve ıstırap işkenceyi doğurur sorusunu sormak, onun altında kalan acı ve ıstırabı meşru hale getirebilir.

İnsan hakları hukukunda dikey ölçütün açık veya kapalı bir şekilde reddedildiği örnekler, dikey ilişkiye dayalı ayrımın 70'li yıllardaki popülaritesini yitirdiğini göstermektedir. Amerikalılararası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin[38] işkenceyi tanımlayan 2. maddesi acı ve ıstırabın ağırlığı konusunda hiçbir koşula yer vermemektedir.[39] Amerikalılararası

35 Ilascu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya, No. 48787/99, 08.07.2004, para. 427; Batı ve Diğerleri/Türkiye, No. 33097/96, 03.06.2004, para. 120.

36 Micheal K. Addo ve Nicholas Grief (1998), "Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?' (1998) 9 EJIL 510, 514 ve 517–8; Hemme Battjes (2009), 'In Search of a Fair Balance: The Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR Reassessed' (2009) 22 LJIL 583, 619–21; D. J. Harris et al. (2014), Harris, O'Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights, 3rd edn (Oxford: OUP), 236.

37 Jeremy Waldron (2005), "Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House", 105 Columbia LR 1681, 1697 vd. Her ne kadar Waldron'un eleştirisi her türlü tanım çabasına yönelikse de verdiği örnekler esasen dikey tanıma yönelik bir eleştiri dillendirdiğini ortaya koymaktadır. Yazarın işkenceyi herhangi bir acı, ıstıraptan ayırmak için "iradeyi kırma" ölçütünü göstermesi asıl dikey ölçütü sorunlu gördüğünü düşündürtmektedir. Aynı yerde, 1703.

38 Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture (1985), OAS Treaty Series No. 67. Bu Sözleşme'nin Türkçe çevirisi için bkz. M. Semih Gemalmaz (2003), İnsan Hakları Belgeleri/Cilt III, (İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınları), 179.

39 Nigel S. Rodley (2002), "The Definition(s) of Torture in International Law", 55 Current Legal Problems 467, 478. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadının da ağırlık

İnsan Hakları Mahkemesi de Sözleşmeyle uyumlu bir şekilde bu ölçütü aramamaktadır.[40] Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin MSHUS'nin 7. maddesine ilişkin içtihadı da[41] ağırlık ölçütünün işkenceyle diğer kötü muamele tiplerinin ayrılmasında çok önemli bir rol oynamadığını göstermektedir. İKS'nin denetim organı İşkenceye Karşı Komite içtihadı da acı ve ıstırap ölçütünün işkenceyi zalimane ve insanlıkdışı muameleden ayrılması için kullanılmadığını göstermektedir.[42] BM İşkence Özel Raportörleri Nigel S. Rodley ve Manfred Nowak[43] da ayrımın acı ve ıstırabın ağırlığına dayalı olarak yapılmaması gerektiğini düşünmektedir. Nowak bu konuda şunları söylemektedir:

"İlke olarak işkence dahil tüm zalimane, insanlıkdışı muamele tipleri ağır acı ve ızdırap verilmesini gerektirir […] Zalimane veya insanlıkdışı muamelenin aynı zamanda işkence olarak tanımlanabilmesi İKS 1. maddedeki diğer şartların; ağırlıklı olarak insanlıkdışı muamelenin maddede sayılan amaçlardan biri amacıyla kullanılıp kullanılmadığı ölçütünün, yerine getirilip getirilmediğine bağlıdır."[44]

İKS'nin hazırlık aşamalarında ağır acı, ıstırap yerine aşırı (*extreme*)[45] acı ve ıstırap kıstasının eklenmesi talepleri reddedilmiştir. İşkencenin zalimane, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamelenin ağırlaşmış hali olduğuna dair cümlenin tartışmalar sonrasında işkencenin tanımında yer almamış olması[46] da İKS'deki asıl ayrım ölçütünün acının ağırlığı ve yoğunluğu olmadığı tezini güçlendirmektedir. Eğer, zalimane ve insanlıkdışı muamele de ancak acının ağır olması durumunda gerçekleşiyorsa, o halde işkence için bundan daha da ağır bir acı eşiği aramanın anlamı yoktur. Acı ve ıstırabın yoğunluğu işkenceyi kötü muameleden değil ve fakat belki aşağılayıcı muameleyi diğerlerinden ayırabilir. Bu durumda AYM üçlemesini kullanacak olursak; işkence ve eziyet ağır acı ve ıstırap gerektirirken insan haysiyetine aykırı muamele ağır acı olmayan durumlarda da gerçekleşebilir.

ölçütünü dikkate almadığı göze çarpmaktadır.

40 Contoral-Benavides/Guatemala (2000) Series C No. 69, para. 95 vd.; Bamaca-Velasquez/Guatemala (2000), Series C No. 70, para. 145c.

41 Rodley (2002), 477-478.

42 Nowak M. ve McArthur E. (2008), The United Nations Convention Against Torture: A Commentary, (Oxford: OUP), 70 vd.

43 Nowak, M. (2006), 'What Practices Constitute Torture?: US and UN Standards', 28 Human Rights Quarterly 809; Nowak (2005), 677-678.

44 Nowak (2006), 822.

45 Ya da Rodley'in ifadesiyle "ağırdan öte" (severe-plus)

46 Nowak ve McArthur, 68.

Rodley, uluslararası hukuktaki farklı yaklaşımları dikkate alarak acı ve ıstırabın yoğunluğuna ilişkin 3 ayrı yaklaşımın ayrıştırılabildiğini not etmektedir. İlk iki yaklaşım, acı ve ıstırabın yoğunluğuna göre bir kademelendirme yapmaktadır. Birinci sınıflandırma; insanlıkdışı davranışın "*ağır*" olmasını gerektirdiği için işkencede "*ağırdan öte*" (*severe-plus*) bir acı aranmaktadır. İkinci ölçüt, özellikle İKS'yi esas alarak işkence için "*ağır*" olmayı yeterli görmekte, insanlıkdışı ve zalimane davranış için ağır olmayan acı ve ıstırabı aramaktadır. Nihayet, üçüncü yaklaşım her iki davranış tipi için de belirli bir ağırlık aramakla birlikte, işkenceyi diğer kötü muamele tiplerinden ayırmak için amaç unsuruna bakmak gerektiğini söylemektedir ("*purpose only approach*").[47] Rodley, AYM'nin referans aldığı AİHM'in Yunan davasıyla başlayan "*ağırdan öte*" ölçütünün yeni içtihat ve gelişmeler karşısında savunulmasının artık güç olduğunu düşünmektedir.[48] İşkenceyi zalimane ve insanlık dışı muamele ve cezadan ayıran ölçütün acının ağırlığı değil failin amacı ve mağdurun çaresizliği olduğunu vurgulayan Nowak[49] ve Evans[50] da aynı görüşü paylaşmaktadır.[51]

Gerçekten de işkenceyi kınanır kılan aslında acının ağırlığı değildir. Devlet ajanı olmayan bir kişi, bir başkasına salt özel nedenlerle akla hayale gelmeyen acılar çektirebilir. Ne var ki, bu o davranışı işkence haline getirmez. İşkencenin neden kınanır olduğuna dair felsefi tartışmalar da bu nedenle, ayrımın cevabını başka unsurlarda aramaktadır. Sussman, işkencenin taraflar arasındaki asimetride ve mağdurun saldırıya karşı koyamamasında olduğunu vurgulamaktadır. Acı ve ıstırap kişinin kendi onuruna aykırı bir şekilde hareket etmesinin aracı oldukları için önemlidir, salt acı oldukları için değil.[52] Waldron da işkence yasağının hukuk devletinin arketipi olduğunu belirtirken, yasağın bu niteliğini şu şekilde açıklamaktadır: Hukuk aşağılık bir şiddet ve terör aracı değildir. Hukuk bir vahşet değildir, işleyişi sırasında acımasız bir şiddetle hareket edemez. Hukuk tabii ki zorlayıcı ve güç araçları kullanabilir

47 Nigel S. Rodley (2009), The Treatment of Prisoners under International Law, (3rd. ed. Oxford: OUP) 99 vd.

48 Rodley (2009), 99.

49 Bkz. yukarıda 299deki referanslar.

50 Bkz. yukarıda 285 no'lu referans.

51 Dikey, yatay ve karma ilişki kavramlarına ilişkin ayrıntılı bir tartışma için bkz. K. Altıparmak (2009), "İşkenceyi nasıl bilirsiniz?: Türkiye'de orantısız güç kullanma sorunu", 115 Toplum ve Bilim 138.

52 D. Sussman (2005), "What's Wrong with Torture?", 33 Philosophy and Public Affairs 1–33.

ama bunlar zalimce muhatabının iradesini kırıp, ortadan kaldıracak nitelikte olamaz. O halde işkenceyi herhangi bir acı ve ıstırap vasıtasından ayıran şey, onun hukuk adına bir araç olmasıdır.[53] İşkence, zalimliği ve terörü bir hukuk aracı haline getirdiği için kötüdür.

Bir kısmı Türkiye açısından bağlayıcı olmayan hukuksal metinlerin neden AİHM içtihadına tercih edilmesi gerektiği sorulabilir. Birincisi, AYM her ne kadar kabul edilebilirlik aşamasında AİHS ile çakışma aramaktaysa da esas incelemesini Anayasa üzerinden yapmaktadır. Bu nedenle, esas incelemesinde işkence kavramına verilecek anlam AİHS'le çelişmemesi gereken ama özerk bir anlam olacaktır. Bu açıdan da Türkiye'nin taraf olduğu diğer uluslararası sözleşmelerle uluslararası teamül hukukunun AİHS'den daha az dikkate alınmasını gerektiren bir zorunluluk yoktur. İkinci olarak, Taraf Devletlerin AİHS standartlarının altına düşmemesi gerekmekle birlikte bu standardın üstüne çıkmasına bir engel yoktur. Hatta daha iyi bir koruma varsa onun uygulanmasının bir zorunluluk olduğu ileri sürülebilir. Sözleşmenin 53. maddesine göre "B*u Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz*". O halde, AYM'nin uluslararası hukuktaki işkenceye karşı koruma açısından daha güvenceli hükümleri dikkate alma yükümlülüğü vardır. Üçüncü olarak, her ne kadar AYM ceza hukukundaki işkence kavramı ile insan hakları hukukundaki işkence kavramı arasında fark bulunduğunu söylemişse de, hukukun insicamlı yorumu ceza hukukundaki kavramı dikkate almayı gerektirir. Devletin sorumluluğunun saptandığı insan hakları hukukunun, kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakılmasına yol açan ceza hukuku hükmünden daha az güvence sağlaması sistematik yorum açısından da sorunlu olacaktır. TCK'de düzenlenen işkence suçunda ise acı ve ıstırabın ağır olması gibi bir koşul olmadığı gibi suçun oluşması için irade yeteneğinin etkilenmesi, aşağılanmaya yol açacak davranışların gerçekleşmesi bile yeterlidir.

AYM, AİHM içtihadını değerlendirirken de açık bir hataya düşmektedir. Keyfilik konusundaki eleştirilerin, Strazburg içtihadı üzerinde de etkili olduğu açıktır. AİHM'in ilk dönem içtihadında, işkenceyi diğer kötü muamele

53 Waldron, 1726 vd.

tiplerinden ayırmak için dikey yöntemi kullandığı ve işkenceyi insanlıkdışı muamelenin ağırlaşmış bir hali olarak tanımladığı doğrudur.[54] *İrlanda/Birleşik Krallık* davasından itibaren de AİHM işkencenin ayırıcı özelliği olarak ciddi ve ağır bir ıstıraba yol açan "*özel bir damga*" (*special stigma*) ile kategorize edildiğini söylemektedir.[55] Bununla birlikte, bu içtihadın pürüzsüz bir şekilde ilerlediğini ve insan hakları hukukunda aynen kabul edildiğini ileri sürmek çok kolay değildir. AİHM'in özellikle son yıllarda bu tasnif içinde acı ve ıstırabın yoğunluğunun en önemli görüldüğü 1. ölçütten, amaç unsurunun ayırıcı olduğu 3. ölçüte evrildiği gözlemlenebilmektedir.

Her ne kadar AİHM acı ve ıstırabın ağırlığı ölçütünü terk etmediğini ifade etse de bu kavramın yorumlanışı giderek Mahkeme'nin de bu ölçüte bağlılığının azaldığını göstermektedir. AİHM, *Selmouni/Fransa* kararında ilk kez İKS'yi uygulamış ve ağır ötesi acı ve ıstırap ölçütü yerine Sözleşme'deki ağır ıstırap ölçütünü kullanmıştır.[56] Mahkeme, içtihat değişikliğini ise Sözleşmenin esas hükümlerine uyguladığı "*yaşayan belge*" formülüyle açıklamıştır.[57] Bu yaklaşım, 3. maddenin giriş eşiğini de ciddi şekilde aşağıya çekmiştir. Örneğin, *Stefanou/Yunanistan* davasında, olay sırasında 16 yaşında olan başvurucunun 15 dakika süreyle karakolda dövülmesi insanlıkışı ve haysiyet kırıcı olarak nitelenmek için yeterli bulunmuştur.[58] Yakın tarihli *Buoyid/Belçika* Büyük Daire kararıyla ise AİHM, giriş eşiğini ağırlığa göre belirleme yöntemini tamamen terk etmiştir. Mahkeme, özgürlüğünden mahrum bırakılmış kişilereinsan onuruna yönelik saldırıların ilke olarak 3. maddeye aykırı olacağı saptamasındaki "*ilke olarak*" tabirinin, bu tür bazı saldırıların yeterli ağırlıkta olmadıkları için 3. madde kapsamı dışında tutulmasının gerekçesi olarak kullanılamayacağını belirtmiştir. Buna göre, AİHM karakolda birer tokat atılan başvurucuların onuruna yapılan saldırının 3. maddeyi ihlal edeceğine karar vermiştir.[59] Bir başka deyişle, kamu görevlileri tarafından özgürlüğünden mahrum bırakılacak bir kişinin onuruna yönelik yapılacak her saldırı 3. maddenin kapsamına girecektir.

---

54 Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun ilk önemli kararı bu ölçüte uygun değildir. 12 *Yearbook of the European Convention on Human Rights: The Greek Case* (1969), 186.

55 İrlanda/Birleşik Krallık(1976), Series A, No. 25, para. 167.

56 Selmouni/Fransa, para. 99 vd.

57 Aynı karar, para. 101.

58 Stefanou/Yunanistan, No. 2954/07, 22.4.2010, para. 51-52. Aynı yönde bkz. Saba/İtalya, No. 36629/10, 01.07.2014, para. 74.

59 Buoyid/Belçika, No. 23380/09, 28.9.2015, para. 100-115.

Bununla birlikte, dikey formülün *Selmouni* kararı sonrasında hala işkence ve diğer kötü muamele tiplerini ayırmak için kullanıldığı örnekler mevcuttur. Örneğin, *Elçi ve Diğerleri/Türkiye* kararında[60] dört başvurucunun işkenceye maruz kaldığını kabul ederken, diğer beş başvurucunun ise insanlıkdışı ve aşağılayıcı muameleye uğradığını belirtmiştir. Her iki gruptaki avukatlar da gözaltında tokatlanmış, aşağılanmış, tehdit edilmiştir. İki grup arasındaki fark, ilk gruptaki başvurucuların soyulması ve dondurucu tazikli suya maruz bırakılmasıdır. Her ne kadar AİHM bu kararlarda da dikey formülü izlemeye devam etmekteyse de daha önceki kararlarla kıyaslandığında "*ağır acı ve ıstırap*" eşiğini çok aşağıya çektiği açıktır.

Acı ve ıstırabın yoğunluğu ölçütünden zımni olarak uzaklaşan AİHM, literatürdeki eleştirilerin de etkisiyle, işkencenin varlığını tespit için amaç ve mağdurun çaresizliği unsurlarını giderek daha çok öne çıkarmaktadır. Amaç unsuru, klasik olarak ifade alma veya suçu ikrar amaçlı bedensel şiddetin kullanıldığı davalarda özellikle vurgulanmaktadır.[61] Ancak, amacın ifade alma dışında gerçekleştiği kimi vakalar AİHM'in acının ağırlığı ve yoğunluğu ölçütünü hemen hiç tartışmadığını göstermektedir. *Dedovskiy ve Diğerleri/Rusya* davasında, başvurucular yarı açık cezaevinde tutulmaktadır.[62] Islah Müdürlüğünün özel biriminden gelen 8 kolluk görevlisi, disiplin amaçlı olarak yarı açık cezaevinde tutulan kişilere copla ve yumrukla vurmuş, sözlü olarak mahkumları aşağılamıştır. AİHM, kolluğun başvurucular üzerinde kullandığı fiziksel şiddetin amacının onları aşağılamak, korku yaratmak, fiziksel ve ruhsal dirençlerini kırmak olduğunun altını çizerek, ciddi bir fiziksel yaralanmaya yol açtığına dair rapor olmayan saldırıyı işkence olarak nitelendirmekten çekinmemiştir.[63]

Mağdurun savunmasızlığı da işkencenin tanınmasında eşiğin çok aşağıya çekilmesini sağlamaktadır. *Menesheva/Rusya* vakasında 19 yaşında bir kadın olan başvurucu, polis tarafından zor kullanılarak gözaltına alınmış, hakaret ve tehdit altında kaba dayağa tabi tutulmuştur. Başvurucuya yönelik şiddet toplamda birkaç saat sürmüştür. AİHM, başvurucunun yaşını, çok

60 Elçi ve Diğerleri/Türkiye, No. 23145/93 vd., 13.11.2003, para. 640-647.

61 Erdoğan Yılmaz ve Diğerleri/Türkiye, No. 19374/03, 14.1.2009 para. 50; Arif Çelebi ve Diğerleri/Türkiye, No. 3076/05, 6.4.2010, para. 59.

62 Kararda başvurucuların tutulduğu yer "correctional colony" olarak tarif edilmektedir. Dedovskiy ve Diğerleri/Rusya,No. 7178/03, 15.5.2008, para. 7

63 Dedovskiy ve Diğerleri/Rusya,No. 7178/03, 15.5.2008, para. 85.

sayıda erkek polis karşısında baskı altına alınan bir kadın olduğunu dikkate alarak durumunun daha hassas olduğunu tespit etmiş ve kendisine yöneltilen kötü muameleyi işkence olarak tanımlamıştır.[64] Görüldüğü gibi AYM'nin dikkat etmediği yeni AİHM içtihadı, acı ve ıstırabın ağırlığı testi yerine, faillerin amacı ve mağdurun çaresizliği ölçütlerini 3. madde içtihadının merkezine taşımıştır. Bu yaklaşım farklılığının önemli pratik sonuçları vardır. Çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde, bu sonuçları, AYM'nin diğer bulguları ışığında değerlendirmeye çalışacağız.

IV. 3. Bulgu: Giriş Eşiği Müdahalenin Ağırlığı ile Ölçülür

Dikey ilişkiyi kabul eden AYM, 17. maddenin 3. fıkrasının kapsamına girecek müdahaleleri de yoğunluk testiyle tespit edeceğini belirtmektedir:

*"Öte yandan bir muamelenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına girebilmesi için **asgari bir ağırlık derecesine** ulaşmış olması gerekmektedir. Bu asgari eşik göreceli olup, her olayda asgari eşiğin aşılıp aşılmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler önem taşımaktadır (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 23). Değerlendirmeye alınacak bu unsurlara muamelenin amacı ve kastı ile **ardındaki saik de eklenebilir** (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. Aksoy/Türkiye, B. No: 21987/93, 18/12/1996, § 64; Eğmez/Kıbrıs, B. No: 30873/96, 21/12/2000, § 78; Krastanov/Bulgaristan, B. No: 50222/99, 30/9/2004, § 53). Ayrıca kötü muamelenin, heyecanın ve duyguların yükseldiği bağlamda meydana gelip gelmediğinin tespiti de (bkz. yukarıda geçen Eğmez, § 53; Selmouni/Fransa [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999, § 104) dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir."*[65]

Görüldüğü gibi AYM, giriş eşiği için AİHM gibi göreceli bir test öngörmekte ve fakat giriş eşiği için de saik yanında heyecan ve duygu unsurlarını da bu teste eklemektedir. Bu nedenle, mağdurun davranıştan ne kadar etkilendiği kadar, failin durumuna da bakmak gerekecektir. Buna göre:

"belirtilen eylemlerin Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında işkence, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele ve bu kavramların Anayasa'nın 17. maddesinde

64 Menesheva/Rusya, No. 59261/00, 9.3.2006, para. 61.

65 B. no. 2013/293, 17/7/2014, para. 83; B. no. 2013/6359, 10/12/2014, para. 63; B. No. 2012/969, 18/9/2013, para. 23, B. no. 2013/3512, para. 28; B. No. 2013/2284, 15/4/2014, para. 33.

yer verilen muadilleri olan işkence, eziyet veya haysiyetle bağdaşmayan muamele veya ceza olarak nitelendirilebilmesi için, ***mağdurun sübjektif niteliklerinin yanı sıra muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından önemli bir ağırlığa ulaşmış*** *olması gerekmektedir."*[66]

Alıkonulan bir kişiye yönelik olarak gardiyanın *"ne var lan"* diyerek elinde bulunan metal cisimle kendisine saldırmaya teşebbüs ettiği bir olayda, AYM bu eşiğin aşılmamış olduğuna karar vermiştir. Bu sonuca ulaşırken AYM, görevli memurun başvurucuya yönelik eyleminin anlık geliştiği, sürdürülmediği ve daha sonra da haksız eylemin devam ettiğine ilişkin bir iddianın da bulunmadığını dikkate almıştır.[67]

V. 4. Bulgu: Mobbing benzeri davranışlarda bu eşiğe ulaşılması mümkün değildir.

AYM'nin ilk dönem başvurularında çalıştığı kamu veya özel kurumda mobbinge uğradığını, bu nedenle Anayasanın 17. maddesinde korunan kötü muamele görmeme haklarının ihlal edildiğini söyleyenlerin sayısı dikkat çekmektedir. Bu başvurular, giriş eşiğinin değerlendirilmesi bakımından Mahkeme'ye ilk zorlu testi sunmuştur. İlk bakışta, AYM'nin mobbing uygulamalarını 17. maddenin 3. fıkrası kapsamında görme potansiyeli olduğu düşünülebilir. Gerçekten de tüm kararlarda, AYM yukarıda özetlenen ilkeleri saymış ve ardından olay bakımından bir değerlendirme yapmıştır:

"Başvurucu tarafından iddia edilen eylemlerin fiziksel ve manevi etkileri, süresi ve yoğunluk derecesi gibi unsurların değerlendirilmesi neticesinde; belirtilen eylemlerin, kişilik haklarını ihlal ederek başvurucu üzerinde fiziki ve ruhsal etkilerinin olması mümkün olmakla birlikte, özellikle kamu görevlisi olan başvurucunun yetişkin bir birey olması ve mesleki statüsü de nazara alındığında, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşiği aştığı söylenemez."[68]

AYM'nin süreklilik taşımayan mobbing uygulamalarını md. 17 (3) kapsamında görmediği açıktır:

66 B. No: 2013/2284, 15/4/2014, para. 35; B. no. 2013/3512, para. 30; B. no. 2012/1213, 17/7/2014, para. 31, 2012/1213, 17/7/2014, para. 33.

67 B. No. 2012/969, 18/9/2013, para. 24.

68 B. No. 2013/3512, para. 31

*"Başvurucu tarafından iddia edilen eylemlerin fiziksel ve manevi etkileri, süresi ve yoğunluk derecesi gibi unsurların değerlendirilmesi neticesinde; başvurucunun e-okul şifresi nedeniyle okul idaresi ile yaşadığı **sorunların sistematik bir muamele tarzına işaret etmeyip münferit hadiselerden ibaret** olduğu anlaşılmaktadır.*[69]

*"ve sağlık durumu hakkında sorular sorulmasının **sistematik bir muamele tarzına işaret etmeyip** münferit hadiselerden ibaret olduğu anlaşılmaktadır."*[70]

Ne var ki, muamelenin niteliği ne olursa olsun, her başvuruda aynı standart değerlendirmelerin yapılması, AYM'nin gözünde, muhtemelen gözaltı sırasında yapılan fiziksel ve ruhsal eylemler dışında bir uygulamanın ne olursa olsun bu eşiğe ulaşamayacağını düşündürtmektedir. Mobbing başvuruları arasında muamelenin ağırlığı açısından en uçta gözüken Şehnaz Ayhan başvurusunda olaylar şu şekilde özetlenmiştir:

*"devam eden süreçte **dördüncü defa yargı kararı ile görevine iadesine hükmedilmesine rağmen yönetimce yeniden başka bir birime atamasının yapıldığını**, yapılan tüm disiplin ve görev değişikliği işlemlerinin hukuka aykırı olup kendisini yıldırmak ve cezalandırmak amacıyla yapıldığını, **yönetimce bazı yüksek okul personelinin teşvik edilmesi suretiyle oluşturulan soyut ve gerçeğe aykırı gerekçelerle hakkında keyfî disiplin işlemleri yapıldığını**, sicil raporlarının dayanağı olmadan olumsuz şekilde tanzim edildiğini, **beş yıl içerisinde il içi ve il dışı olmak üzere on beşe yakın farklı birimde görev yapmak zorunda kaldığını**, yıldırma ve yıpratma amacıyla ve muadil görevlerde bulunan kişilere nazaran çok farklı şekilde, fiziksel koşulları uygun olmayan yerlerde görev yapmak zorunda bırakıldığını"*[71]

Mahkeme bu bulgulara rağmen, standart değerlendirmesini yapmıştır:

*"Başvurucu tarafından iddia edilen eylemlerin fiziksel ve manevi etkileri, süresi ve yoğunluk derecesi gibi unsurların değerlendirilmesi neticesinde; sicil notunun olumsuz olarak tanzimi, göreve iadesine dair yargı kararlarının yerine getirilmemesi ve görev değişikliği **neticesinde fiziki koşulları muadil görev yerlerine göre iyi olmayan ortamlarda çalışmak durumunda kalması şeklindeki eylemlerin kişilik haklarını ihlal ederek**, başvurucu üzerinde fiziki ve ruhsal etkilerinin olması mümkün olmakla birlikte, özellikle kamu görevlisi olan başvurucu hakkında disiplin soruşturması yürütülerek görev yerinin değiştirilmesinin, muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi*

69 B. no. 2012/1213, 17/7/2014, para. 34.
70 B. no. 2013/2284, 15/4/2014, para. 36
71 B. No. 2013/6229, 15/4/2014, para. 11.

ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından, başvurucunun yaşı ve mesleki statüsü de nazara alındığında, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşiği aştığı söylenemez."[72]

Yukarıda 3. bulguda AYM'nin şu unsurları dikkate alacağını söylediğini saptamıştık: "*Muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler; muamelenin amacı ve kastı ile ardındaki saik; kötü muamelenin, heyecanın ve duyguların yükseldiği bağlamda meydana gelip gelmediği; muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler*."

Ama görüldüğü gibi, AYM bu ölçütleri dikkate almamaktadır. Anlaşıldığı kadarıyla, AYM bu geniş kataloğu, en azından şimdilik, sadece kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı durumlar için kullanmaktadır. Olayda, kamu çalışanı olan başvurucu il içi ve il dışı olmak üzere 5 yılda 15 farklı göreve atanmış, 4 kez yargı kararıyla görev yerine dönmüş, hakkında disiplin soruşturmaları açılmıştır. Başvurucuya göre, bu işlemler baskı, caydırma ve yıldırma amaçlı yapılmıştır. AYM, somut incelemesinde çok tipik olan bu baskı yöntemini tartışmadan standart gerekçelerle başvuruyu reddetmiştir. O halde, Anayasa'nın 17. maddesinin 3. fıkrasının alt eşik girişi nedir? 5 yılda 45 tayin mi? Yoksa yılda 4 yargı kararına rağmen yeni atama mı? Eğer başvurucu iddiasında haklıysa, eşiği aşmaya yeterli olmayan unsur nedir? Yöntem mi, kasıt mı, yoksa muamelenin kendisi mi?

AYM tüm kararlarda belirttiği acı ve ıstırabın peşindedir. Tayin ve atama gibi idari işlemlerde acı ve ıstırap görmemektedir. Mahkemeye göre, eşiğin aşılması için de bir miktar acı gerekmektedir. Oysa bir kişinin başkalarının veya kendi gözü önünde aşağılandığı, öz saygısını ağır bir şekilde etkileyen davranışlar ölçülebilir bir acı vermese de haysiyet kırıcı sayılabilir. Yani eğer nesnel olarak aşağılayıcı bir davranış tespit edilebiliyorsa, bunun ayrıca ağır acı ve ıstıraba yol açtığına bakılmadan eşiğin aşıldığına karar verilebilir. İKS'nin öngördüğü ayrım budur.[73] Aşağıda örnekleri verilen AİHM kararlarının da ortak yanı budur.

AYM, ısrarla AİHM karar ve ilkelerini saymakta ama bu alıntıları kişilerin alıkonulduğu vakalara yapmaktadır. Oysa, Strazburg içtihadında

72 Aynı karar, para. 26.

73 Nowak, M. (2006), 'What Practices Constitute Torture?: US and UN Standards', 28 Human Rights Quarterly 809, 822.

kötü muamelenin alıkonulma koşulları dışında gerçekleştiği ve eşiği geçtiği bir çok durum vardır. Bu kategorideki ihlaller daha ziyade ya genel olarak 3. maddenin ihlali ya da aşağılayıcı muamele yasağının ihlali nedeniyle verilmektedir. AİHM, bir muamelenin aşağılayıcı olup olmadığını saptamak için amacının bir kişiyi aşağılamak ve küçük düşürmek olup olmadığını ve sonuçları açısından da bu kişinin kişiliğini 3. maddeyle uyumsuz olacak şekilde etkileyip etkilemediğini değerlendireceğini belirtmektedir.[74] Ancak, böyle bir amacın yokluğu, 3. madde ihlalinin bulunmayacağı anlamına gelmez.[75]

Onur kırıcı muamele kategorisindeki ihlallerde kişiyi küçük düşüren ve onurunu kıran ana neden, mağdurun çaresizliği ve savunmasızlığıdır.[76] Bu durum, bazen bir tek davranışta gerçekleşebilir. *Henaf/Fransa* kararında 74 yaşındaki mahkumun, ameliyat için götürüldüğü hastanede yatağa bağlanması, bu duygunun oluşması için yeterli olmuştur.[77]*Erdoğan Yağız/Türkiye* kararında başkalarına zarar verme şüphesi olmayan kişinin ailesinin önünde kelepçelenmesi 3. maddenin ihlaline sebebiyet vermiştir.[78]*Taştan/Türkiye* davasında da 71 yaşında askere alınan başvurucunun kendisinden çok daha küçük yaştaki acemi erler için öngörülmüş fiziki eğitimlere katılmak zorunda kalmasının başvuran açısından son derece ıstırap verici bir deneyim teşkil ettiği ve saygınlığını zedelediği tespit edilmiştir.[79]

Bazı durumlarda ise çaresizlik ve savunmasızlık zamana yayılan muamele bütünü ile oluşur. Ciddi genetik bozukluğu bulunan bir çocuğa hamile olan annenin genetik testlere girmesine izin verilmemesi[80], genç yaşında tecavüz sonucu hamile kalan bir kadına kürtaj imkanı vermemek için uygulanan bir dizi engelleme[81], 3. maddenin kapsamında görülmüş ve ihlal bulunmuştur.

---

74 Raninen/Finlandiya,16.12.1997, Reports 1997-VIII, para. 55.

75 Peers/Yunanistan, no. 28524/95, ECHR 2001-III, para. 74. V.C/Slovakya davasında, başvurucuya aydınlatılmış onam olmamasına rağmen kürtaj uygulayan sağlık görevlilerinin bir kastının olmaması ihlali engellememiştir. No. 18968/07, 8.11.2011, para. 119.

76 Christoph Grabenwarter (2014), European Convention on Human Rights: Commentary, (Münih: Verlag C. H. Beck oHG), 37.

77 Henaf/Fransa, no.65436/01, 27.11.2003, para. 47-60.

78 Erdoğan Yağız/Türkiye, No. 27473/02, 06.03.2007, para. 45. Aynı yönde bkz. Gutsanovi/Bulgaristan, No. 34529/10, 15.10.2013, para. 125-137.

79 Taştan/Türkiye, No. 63748/00, 4.3. 2008.

80 R.R./Polonya, no. 27617/04, 26.5.2011, para. 153 vd.

81 P.a.S/Polonya, no. 57375/08, 30.10.2012, para. 157 vd.

İnsanlık dışı muamele kapsamında değerlendirilen; kayıp davalarında, zorla kaybedilen kişinin yakınlarının durumu[82]ile köy yakma davalarında evleri yakılanların düştüğü durum da benzer özellikler taşımaktadır.

Kayıp davalarında 3. madde ihlalinin kaynağı, zamana yayılan bir çaresizlik duygusudur. Bu davalarda, kaybın başvurucuyla olan aile bağı, aile mensubunun olaya nasıl tanık olduğu, daha sonrasında konuya ilişkin bilgi almak için yaptığı girişimler ve buna yetkililerin nasıl cevap verdiği dikkate alınmaktadır. AİHM, bu ihlalin özünü kaybın kendisinin değil daha sonra dikkatine sunulduğunda hükümetin bu konuda ne yaptığının oluşturduğunu da belirtmiştir.[83] Başvurucular, Devlet makamları karşısında çaresiz ve savunmasızdır. Hatta, hangi kayıp yakınlarının bu anlamda 3. madde mağduru olduğu bu ölçüte göre belirlenecektir. Başvurucuların çocuklarının cesetlerindeki organ kayıpları nedeniyle yapılan başvurularda da AİHM ölü kişi açısından değil ve fakat yakınları açısından 3. madde ihlaline karar vermiştir.[84]

Vicdani ret davalarında da zamana yayılan çaresizlik hali 3. madde ihlaline yol açmaktadır. *Osman Murat Ülke* davasında da vicdani retçi olan başvurucu cezasını çekip serbest bırakılmasının ardından askerlik durumunun tespit edildiği her seferinde bölüğüne götürülmüş, askerlik görevini yerine getirmeyi veya askeri üniformayı giymeyi reddetmesinin ardından yeniden mahkum edilerek cezaevine gönderilmiştir. AİHM'e göre sözü edilen uygulamalar başvurucunun düşünsel kişiliğini bastırmakta, başvuranda korku, sıkıntı, alçalma ve küçük düşmeyle birlikte hiçlik duygusu uyandırmakta, direncini ve isteğini kırmaktadır. Başvurucunun gizlenerek yaşamaya hatta "*medeni ölüm*" olarak tabir edilebilecek bir yaşantıyı sürmeye zorlanması sonucunu doğurmaktadır.[85]

Bu bağlamda; belli bir süre devam eden ırk, etnik ve toplumsal cinsiyet ayrımcılığı[86] da 3. madde kapsamında değerlendirilebilir. *Moldovan ve Diğerleri/*

82 Kurt/Türkiye, No. 24276/94, 25.5.1998; Tanış ve Diğerleri/Türkiye, No. 65899/01, 02.08.2005; İpek/Türkiye, No. 25760/94, 17.2.2004; Koku/Türkiye, No. 27305/95, 31.5.2005.

83 Çakıcı/Türkiye, No. 23657/94, 08.07.1999, para. 98.

84 Akkum ve Diğerleri/Türkiye, No. 21894/93, 24.3.2005, para. 259; Akpınar ve Altun/Türkiye, No. 56760/00, 27.2.2007.

85 Ülke/Türkiye, No. 39437/98, 24.1.2006, para. 62.

86 East African Asians/BK, no. 4626/70 vd., 06.0.3.1978 (Komisyon); Smith ve Grady/BK, no. 33985/96, 27.9.2007, para. 117-123.

Romanya kararı, evlerini kaybetmiş Romanlara karşı yetkililerin gösterdiği kayıtsızlık sonucu uzun süre evsiz kalan veya çok olumsuz koşullarda yaşamaya mecbur kalan başvurucular açısından ilk bakışta 8. madde ihlali olarak görülebilecek bir muameleyi bir 3. madde ihlaline çevirmiştir.[87] Bu nedenledir ki; Yargıç Sajo ve Keller'in *İbrahim Demirtaş* kararında saptadıkları gibi 3. maddenin eşiği failin Devlet ajanı olması ve mağdurun küçük yaşta çocuk, cinsel saldırı mağduru, aile içi şiddet mağduru, etnik azınlık mensubu ve ağır engelli kişilerden olması durumunda aşağı çekilmektedir. Çünkü ilişkinin tarafları arasında dengesizlik arttığı ölçüde mağdurun çaresizliği de artma potansiyeli göstermektedir.[88]

Bu karar örneklerinin ortak iki yönünü vurgulamak gerekir. Tüm bu ihlal tipleri, AİHS'in yaşayan belge olması sonucu, AİHM tarafından içtihatla geliştirilip 3. maddenin kapsamına alınmıştır. AYM'nin benzer bir yol izlememesi için hiçbir neden yoktur. İkinci olarak; tüm örnekler, AİHM'in 3. maddenin ihlaline ilişkin ağırlık ölçütünün belli bir standardı ima ettiğini göstermektedir. Bu standart, Devletin kapısını çalan kişinin, çaresiz ve umarsız kalması sonucu kendisi veya başkalarının önünde küçük düşmesidir. Eğer başvurucuyu çaresizlik içerisinde bırakan orijinal eylem devletten kaynaklanıyorsa (örn. Kişiyi kaybeden kamu görevlileriyse) eşik daha da aşağı inmektedir.

Şehnaz Ayhan başvurusu bu düzeye ulaşmış mıydı tartışılabilir. Lakin, AYM'nin bu konulara ilişkin, AİHM içtihatlarını genel olarak tekrar etmek dışında, özgün ölçütler geliştirmesi ve kişinin Devlet karşısında hissettiği çaresizlik ve savunmasızlığın Anayasa m. 17 (3) düzeyine gelip gelmediğini tartışması gerekir. Sadece hissedilenden yola çıkarak "*yok canım mobbinge de mi insan onuruna aykırı davranış denecek*" şeklinde genel ve keyfi bir yaklaşımla tutarlı bir içtihat geliştirmek imkansızdır. Devletin taraf olduğu uyuşmazlıklarda açık, ağır ve uzun süreli adaletsizlikler, yarattığı çaresizlik duygusuyla 17. maddenin 3. fıkrasının giriş eşiğini aşabilir.

VI. 5. Bulgu: İşkence Eşiği için Aşırı Istırap ve Acı Gerekir

AYM, giriş eşiğinde olduğu gibi işkencenin tanımında da acı ve ıstırabın yoğunluğu ve ağırlığı ölçütünü kullanmaktadır. Ancak bu ağırlığın nasıl

87 Moldovan ve Diğerleri/Romanya, no. 41138/98, 12.7.2005, para.

88 Bkz. Yargıç Sajo ve Keller'in İbrahim Demirtaş/Türkiye (no. 25018/10, 28.10.2014) kararındaki karşıoyları, para. 12-13.

saptanacağı konusu yine yeterince açık değildir. AYM, eşiğin ne olduğunu tam olarak tarif etmemekte, büyük ihtimalle "*Görünce Ne Olduğunu Biliriz*" formülünü uygulamaktadır.[89]

Mahkemeye göre işkencenin özel olarak düzenlenmesinin nedeni ağır acı ve ıstırap vermesidir:

"Bir muamelenin "işkence" olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için, anılan fıkrada geçen "eziyet" ve "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele kavramları ile işkence arasındaki ayrıma bakmak gerekmektedir. Bu ayrımın Anayasa tarafından, ***özellikle çok ağır ve zalimane acılara neden olan kasti insanlık dışı muamelelerdeki özel duruma işaret etmek*** *ve bir derecelendirme yapmak amacıyla getirildiği ve anılan ifadelerin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenleme altına alınmış olan "işkence", "eziyet" ve "hakaret" suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır."*[90]

Görüldüğü gibi AYM, işkence için Rodley'in AİHM'in terk ettiğini saptadığı "*ağırdan öte*" ölçütünü aramaktadır. AYM'nin işkence kavramını kullandığı ilk kararında, başvurucular gözaltında işkenceye maruz kalmış ve haklarında tanzim edilen ilk raporda darp ve cebir izi olmadığı belirtilmiştir. Daha sonra yapılan şikayet üzerine, kendilerine işkence yaptığına dair şikayette bulundukları kişiler tarafından alınarak Ağrı Devlet Hastanesine götürülmüşlerdir. Burada yapılan muayenelerinde, yüzeysel bir değerlendirme yapılmıştır. Doktorların baskı altında rapor tanzim ettiği itirazı üzerine başvurucular, uzman doktorlar tarafından tekrar incelenmiş ve haklarında ayrıntılı rapor verilmiştir.[91]

Karar okunduğunda AYM'nin işkencenin tanımı için ağırlık ve yoğunluk dışındaki faktörleri de dikkate almak için bir fırsat yakaladığı görülebilmektedir:

Olayların süregelişi, saldırıların, başvuruculara kendilerine yöneltilen olaylar hakkında itirafta bulunmaları ***için bilinçli olarak uygulandığını*** *doğrulamaktadır.* ***Diğer bir ifadeyle, bu eylemlerin, bahsi geçen suçu işledikleri hususunda ikrarda bulunmaları amacıyla başvuruculara kasten uygulandığı anlaşılmaktadır. Ortaya çıkarılan fiiller, başvuruculara fiziksel ve psikolojik acı verme,***

89 Bu formül müstehcenliği tanımlamanın mümkün olmaması karşısında, Yüce Mahkemede Yargıç Potter Stewart'ın kullandığı tanımdır. Jacobellis v. Ohio (1964), 378 U.S 184, 197.

90 B. No. 2013/293, 17/7/2014, para. 84; B. no. 2013/6359, 10/12/2014, para. 64.

91 B. No. 2013/293, 17/7/2014, para. 22-27.

direncini kırma, onları aşağılama amacı olan, korku, endişe ve aşağılık duygusu sağlayan niteliktedir. *Bu muamelelerin işkence niteliğinde olduğunu söylemek için yeterli ciddi kanıt unsuru bulunmaktadır.*

Her ne olursa olsun, özgürlüğü kısıtlanan bir kişi nezdinde, bu kişinin tutumu tam olarak gerekli kılmadıkça, fiziksel güç kullanılması insan onurunu kırar ve kural olarak Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasını ihlal eder. Özellikle gözaltında yaşanan olaylar esnasında bir başvurucunun yaşının da küçük olduğu göz önüne alındığında, bu başvurucunun gözaltı sırasında uğradığı şiddetin yoğunluğu nedeniyle gelecekte de sürekli bir acı ve endişe içinde yaşama riski altında kalabileceği inkâr edilemez.

Diğer taraftan gözaltında oldukları için zaten çok kırılgan bir durumda olan başvuruculara, kendi davranışlarından kaynaklanmadığı ve zorlayıcı bir neden de bulunmadığı halde sözlü ve fiziksel saldırıya maruz kalmaları, ayrıca bu güce başvuranların gözetiminde hastanelere sevk edilmeleri ve bu kişilerin yönlendirme ve etkileri ile doktor raporlarının düzenlenmesi şeklindeki eylemlerin, başvuruculara yönelik tehditin varlığını devam ettirdiği, bunun da insan onuruna bir müdahale oluşturduğu açıktır".[92]

Görüldüğü gibi başvuruya konu olayda; özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilere işledikleri suçu ikrar etmeleri için ağır bir fiziksel saldırıda bulunulmuştur. AYM bu unsurlara değinmekle birlikte, bu unsurların işkenceyi oluşturan unsurlar olduğunu belirtmekten imtina etmiş, olayın detaylarını, mağdurun kişisel özelliklerini de daha çok acının yoğunluğu kanıtlamak için kullanmıştır.

AYM'nin bu tutumu işkencenin diğer kötü muamele tiplerinden ayırılmasını tamamen keyfi tercihlere bırakmaktadır. Bu risk, kolluğun şüpheliyi ikrara zorlamak için klasik yöntemlerle işkence yapmadığı durumlarda daha çok artmaktadır. İfadeye zorlamak için elektrik vermek, falakaya yatırmak işkencedir, artık kimsenin buna itirazı da yoktur. Peki, polis aracında, sokak arasında, kapalı park yerinde cezalandırma amacıyla atılan kaba dayak işkence sayılabilir mi?

Deniz Yazıcı vakası, AYM'nin önüne sıklıkla gelmesi beklenen bu vakalara ilişkin Mahkemenin tutumunun ipuçlarını vermektedir.

92 Aynı karar, para. 103-105.

Deniz Yazıcı başvurusunda, polisler tarafından kendisine 6-7 kez tokatla vurulduğunu, ekip otosuna bindirildiğini, ekip otosunun içinde kendilerine sinkaflı küfürler edildiğini, araçla 100-150 metre ileride bulunan boş bir araziye götürülüp burada araçtan indirilerek kafasına ve karnına tekmelerle vurulduğunu, yaklaşık 10-15 dakika kötü muameleye maruz kaldığını, daha sonra tekrar ekip otosuna bindirildiğini, araçta da sinkaflı küfürler edildiğini, *"…demek Diyarbakırlısın, adında Deniz. Sen üniversitede az dayak yedin herhalde, doktor oldun da bir şey mi oldun"* denilerek polis memurlarınca aşağılandığını, ekip otosuyla karakola getirildikten sonra nezarethaneye konulduğunu, burada da elbiseleri çıkartıldıktan sonra birkaç kez darp edildiğini, daha sonra Bornova Trafik Hastanesi'ne götürüldüğünü, oradan da acilen Tepecik SSK Hastanesi Acil Servis Polikliniğine sevk edildiğini, dayak nedeniyle çok ağrılarının olduğunu ve psikolojik travma yaşadığını, kendisini darp edip hakaret ve tehdit eden polis memurlarından şikayetçi olduğunu beyan etmiştir.[93]

Olaya karışan polis memurları hakkında "*Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle kasten yaralama*" suçundan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 256. maddesi delaletiyle 86/2,3-d, 53/1-2 maddeleri gereğince cezalandırılmaları istemiyle kamu davası açılmıştır. İzmir 1. Sulh Ceza Mahkemesince polis memurları hakkında yapılan yargılama sonucunda verilen kararda şu ifadeler kullanılmştır: "*Sanık polis memurlarının olay tarihinde her iki müştekiden kaynaklanan haksız bir kışkırtma, hakaret ve görevliye etkin direnme gibi eylemler söz konusu olmaksızın, kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle gerek yakalama esnasında ve gerekse Bornova Polis Merkezine teslim aşamasında kanunun tanıdığı zor kullanma yetkisini keyfi biçimde aşarak her iki müştekiyi doktor raporunda belirtildiği şekilde darp edip yaraladıkları anlaşılmıştır*." Polis memurlarının 5237 sayılı Kanun'un 256/1, 86/3-d maddeleri gereğince 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmış, sanıklar hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.[94]

Başvurucu, özgürlüğünden mahrum bırakılmış, bu süre içerisinde hiç bir direnç göstermemesine rağmen salt cezalandırma amaçlı olarak darp edilmiştir. Hatta başvurucu, faillerin ismine ve doğum yerine gönderme

93 B. No. 2013/6359, 10/12/2014, para. 12.

94 Aynı karar, para. 28.

yaparak siyasi ve etnik kökene dayalı ayrımcılık yaptıklarını ima etmektedir. Tüm bu verilere rağmen, AYM bu saldırıyı işkence olarak değil eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olarak nitelendirmiştir:

*"Olayın başında başvurucunun kimlik yerine doktor kaşesini göstererek doktor olduğunu söylemesi üzerine, polis memurlarının bunu kendilerine yapılmış bir saygısızlık olarak algılayıp başvurucunun iddiasına göre o andan itibaren doktor olmasına vurgu yaparak onu aşağılamaya çalışmaları ve iddiaya göre başvurucuyu nezarethanede çırılçıplak soyarak kendi etrafında döndürmeleri de birlikte değerlendirildiğinde bu muamelelerin **eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele** niteliğinde olduğunu söylemek için yeterli ve ciddi kanıt unsuru bulunmaktadır."*[95]

Bu değerlendirme sonrasında, AYM hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının etkili cezalandırma yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Olayda, kamu görevlileri tarafından kasıtlı gerçekleştirilmiş bir saldırı vardır. Bu AYM'yi HAGB'yi kabul edilemez bulmaya sevk etmiştir. Ama acaba daha hafif 17 (3) ihlallerinde de durum aynı mı olacaktır? Bu ayrım hangi ölçütlere göre yapılacaktır? Tüm insan haysiyetiyle bağdaşmayan davranışlar için bu durumun geçerli olup olmayacağı, Anayasa m. 17 (3)ün hangi uygulamalarında bu yola başvurulacağı gibi konular tamamen belirsizdir.

Ali Rıza Özer ve Diğerleri başvurusunda[96], bu keyfi tespit yöntemi daha da net görülebilir niteliktedir. Anılan vakada, başvurucular toplumsal bir gösteri sırasında polisin müdahalesi sonucu kötü muameleye uğradıklarını ifade etmiştir. AYM, yine uzunca bir şekilde AİHM içtihadını özetledikten sonra başvurucuları davranışları ve uğradıkları zarara göre ayrıştırmıştır. Olayda polise sopayla saldıran kişi hakkında, kendi davranışıyla polisin müdahalesine sebebiyet verdiği için kötü muamele olmadığına karar verilmiştir. Biber gazından etkilenen bir başvurucu açısından ise eşiğin aşılmadığına karar verilmiştir.[97] Bir başka başvurucunun şikayetine ilişkin olaraksa; katıldığı gösteride polisin sadece barikatları aşmaya çalışan kişilere müdahale ettiği, başvurucunun bu esnada yaralanmış olabileceği ve yaralanmanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte olduğu

95 Aynı karar, para. 83.
96 B. no. 2013/3924, 6.1.2015.
97 Aynı karar, para. 88-92.

gözetilerek kafasında 2-3 santimlik kesi olan başvurucunun yaralanmasının Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında asgari ağırlık eşiğini aştığının söylenemeyeceği belirtilmiştir.[98] Polise saldırdığı saptanamayan, hakkında yakalama ve gözaltı işlemleri yapılmayan ve yaralarının burun kırığı ve işitme kaybı gibi ağır nitelikte olduğu gözetilen başvuru hakkında ise müdahelenin "*eziyet*" boyutunda olduğuna karar verilmiştir.[99]

Kararda eşiği belirleyenin kamu görevlilerinin davranışı mı, yoksa yaralanmanın ağırlığı mı yoksa her ikisinin bileşimi mi olduğu anlaşılamamaktadır. Örneğin, olaya karışmamasına rağmen arbedede yaralanan kişi açısından, kendisine doğrudan saldırıda bulunulmaldığı için ihlal olmaması bir şey, saldırının yeterli ağırlıkta olmaması ise başka bir şeydir. AYM, her ikisini de dikkate almış gibi gözükmekle birlikte, bunun neden böyle olduğu anlaşılamamaktadır. Karardan ne eşiğin ne olduğu, ne de neden bu davranışın işkence veya insan onuruyla bağdaşmayan davranış değil de "*eziyet*" olduğunu anlamaya elverir hiçbir ipucu elde edilememektedir. AYM olaya bakmakta, müdahalenin ağırlığına göre bazı nitelemeler yapmaktadır ama bu nitelemeler uygulayıcılar açısından öngörülebilir ölçütler vermekten çok uzaktır.

VII. Keyfiyetten Kurtulmak Mümkün mü?

AYM, işkence ve kötü muamele kararlarında sıklıkla AİHM içtihadında yollama yapmaktadır. Ancak, buraya kadar anlatılan çelişkili ve belirsiz tutum aslında, bu atıfların kararların ilgili bölümlerinin çevirisinden öteye geçmediğini göstermektedir. Yukarıdaki örneklerde, AİHM'in acı ve ıstırabın yoğunluğun ölçütünden giderek daha yoğun bir şekilde başvurucunun çaresizliği ve saldırının/failin amacı ölçütlerine kaydığını belirtmiştik.[100]

Kişinin özgürlüğünden mahrum bırakıldığı yerlerde, cezalandırma ve misilleme amacıyla kaba dayağa tabii tutulması, AİHM tarafından amacına bakılarak işkence olarak nitelendirilmektedir.[101] Ancak Mahkeme, 2015 yılında verdiği bir kararda, bu durumun sadece özgürlüğünden

98 Aynı karar, para. 94.

99 Aynı karar, para. 95.

100 Bkz özellikle 314-320 no'lu dipnotlarda zikredilen kararlar.

101 Bkz. yukarıda anılan Dedovskiy/Rusya kararı ve Vladimir Romanov/Rusya, No. 41461/02, 24.7.2008, para. 70.

mahrum bırakılmış kişilerle sınırlı olmadığını da ortaya koymuştur. Örneğin, *Cestaro/İtalya* davasında, başvurucu Cenovada G-8 protestosuna katılmıştır. Protestolar 2 gün sürmüş ve şehri yağmalayan ve kamu düzenine tehdit olduğu düşünülen bazı gruplar da protestolara katılmıştır. Aslen bu grupları hedeflediğini iddia eden Polis, Cestaro ve diğer barışçıl kişilerin kaldığı bir okulu basmış ve ayrım yapmaksızın tüm protestocuları tekme, yumruk ve coplarla dövmüştür. Başvurucunun vücudunda çatlaklar oluşmuş ve sağ kol ve bacağında kalıcı bir zayıflama oluşmuştur. Polisin saldırısı sırasında başvurucu veya okuldaki diğer kişilerin direndiğine dair herhangi bir delil de yoktur. Polis, içeride bulunan kişilerin yaşına, cinsiyetine, sağlık durumuna bakmaksızın tüm bulunanlara saldırmıştır. Bu koşullar altında başvurucunun uğradığı muamele AİHM'e göre "i*şkence*" dir.[102]

Romanov, Dedovskiy ve Cestaro kararlarının ortak yönleri şunlardır: Başvurucular klasik işkence yöntemlerine değil, kaba dayağa maruz kalmıştır. Bu saldırılar, günlerce sürmemiştir, bir saatten kısa bir süre devam etmiş ve daha önce işkence bulgusuna ulaşılan davalar göre çok daha sınırlı fiziksel acıya yol açmıştır. Yine tüm bu olaylarda, kolluğun mağdurlara saldırısının amacı ifade almak, suçu ifade ettirmek değil cezalandırmak, misillemede bulunmak ve/veya caydırmaktır. Olayların tamamında saldırıya uğrayan mağdurlarla kolluk güçleri arasında bir asimetri, üstlük-astlık ve tabi olma ilişkisi dolayısıyla mağdurlar açısından bir çaresizlik durumu söz konusudur.

AİHM, içtihadındaki bu gelişim işkenceye ilişkin günümüz koşullarındaki gelişmelerden bağımsız düşünülemez. Geçmişten günümüze işkence ve kötü muamelenin bilinen en yaygın kullanım alanı ceza muhakemesi sürecidir. Ceza muhakemesinde isnat edilen suçun deliline ulaşmak amacıyla işkence ve kötü muamelenin bir sorgulama tekniği olarak kullanıldığı bilinmektedir.[103] İşkence, ceza muhakemesi sırasında ayrıca diğer faillere ulaşmak için de kullanılır. Örgütlü suçlar söz konusu olduğunda, işkence ve kötü muameleye daha sık başvurulmasının nedenlerinden biri de budur.

---

102 Cestaro/İtalya, no. 6884/11, 74.2015, para. 177-190.

103 Ceza muhakemesi aracı olarak işkence kullanımı üzerine bkz. Lowell, A. Lawerence, 'The Judicial Use of Torture' 11 *Harvard Law Review*, (1897-1898), ss. 220-233

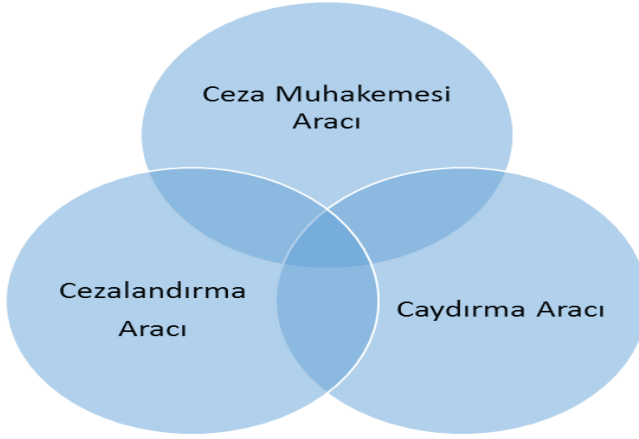
Diğer yandan; işkence ve kötü muamele eylemleri sadece ceza muhakemesi amaçlı olarak kullanılmamaktadır. Sokakta ve resmi olmayan gözaltılar sırasında ortaya çıkan işkence ve kötü muamele vakaları, bugün artık işkence ve kötü muamelenin yalnızca ceza muhakemesinin bir aracı olarak kullanılmadığının en tipik göstergelerinden biridir. İşkence ve kötü muamele aynı zamanda Devletin yürütmek istediği siyasetin bir şiddet aracı olarak da ortaya çıkabilir. Bu tip kötü muamelede, şiddet ifade almak veya suçun iştirakçilerini ortaya çıkarmak amacı taşımamaktadır. Burada amaç, siyasal iktidarın hoşlanmadığı siyasal görüşlerin, etnik ve/veya dinsel grupların iktidarla olan ilişkileri nedeniyle cezalandırılmaları veya siyasal alana dahil olmamaları için caydırılmalarıdır. Şüphesiz, ceza muhakemesi aracı olarak şiddete başvurmanın cezalandırma ve caydırma yönleri vardır. Aynı şekilde, cezalandırma ve caydırma amaçlı şiddet kullanımının ceza muhakemesi açısından da sonuçları olabilir. Örneğin, sokakta dayak yiyen bir kişi, daha fazla şiddetle karşılaşmamak için polis sorgusunda itiraflarda bulunabilir.

Bu nedenle, bir ülkede işkence ve kötü muamelenin gerçekten azalıp azalmadığının saptanmasına çalışılırken, işkence ve kötü muamelenin her üç amaçla -yani ceza muhakemesi, cezalandırma ve caydırma- kullanımını da göz önünde tutulmalıdır. İşkence ve kötü muameleye, gelişen teknolojik imkanlar nedeniyle, ceza muhakemesi sürecinde daha az başvuruluyor olması, ikinci tip kullanımın tamamen ortadan kalktığı sonucunu doğurmaz. Aynı şekilde ağır siyasi şiddet nedeniyle, sokak olayları azaldığı için cezalandırma amaçlı işkence ve kötü muamele eylemlerine daha az başvuruluyor olması da ceza muhakemesi aracı olarak işkence ve kötü muamelenin ortadan kalktığını göstermez. Bu iki araç, bir arada uygulanabileceği gibi ayrı ayrı da işletilebilir.

Bu nedenlerle, işkence ve kötü muamele, sadece ceza muhakemesinin aracı olarak kullanılmaz; bunun yanında caydırma ve cezalandırma da dahil olmak üzere üç farklı amaçla yapılabilir. Söz konusu üç alan birbirinden ayrı olmakla birlikte tamamen birbirlerini dışladıklarını da söylemek mümkün değildir. Örneğin, barışçıl bir gösteri sırasında gaz sıkmak suretiyle yapılan bir müdahalede amaç; gösteriye katılanları hem yıldırmak hem de siyasi düşünceleri dolayısıyla cezalandırmak olabilmektedir. Genel anlamda; bu üç amacın da ortak bir noktası bulunmaktadır. İKS'deki "*gibi amaçlar*" ifadesi ("such purposes") yorumlanırken, her üç amacın da ortak niteliğinin "*Devletle*

veya organlarının siyaseti ve çıkarlarıyla-uzak dahi olsa-bir bağlantının varlığı" olduğu söylenebilir[104].

İşkencenin farklı işlevlerinin kesişim olasılıkları aşağıdaki şemada görülebilir:



İster AİHM içtihadını takip ettiği ya da uluslararası hukuktaki gelişmeleri dikkate aldığı için, isterse de kendi özgün yorumu dolayısıyla ulaşmış olsun, AYM'nin işkence-kötü muamele içtihadını ıstırabın ağırlığını ve yoğunluğunu ölçüt alarak geliştirmesi mümkün değildir. Bu yöntem, hem demode hem de uygulanamaz niteliktedir. Demodedir; çünkü bu yazıda alıntılanan çok örnekte görüldüğü gibi insan hakları hukukunda bu yöntem büyük ölçüde terk edilmiştir. Uygulanamazdır; çünkü bu yazıda anlatılan AYM kararlarının gösterdiği gibi hiçbir nesnel kıstası yoktur.

Bu nedenle AYM; özgürlüğünden mahrum kalmış kişilerin devlet şiddetine uğradığı durumlarda mağdurun konumuna ve saldırının amacına bakmalıdır. Eğer saldırı ceza muhakemesi, cezalandırma ve caydırma amaçlarından bir veya daha fazlası nedeniyle çaresiz bir kişi üzerinde yapılıyorsa, burada işkencenin var olduğu kabul edilmelidir.

Anayasa m. 17 (3)'ün eşiği açısından incelenen vakalarda da devletin fiziksel şiddet kullanmasından bağımsız olarak, mağdurun statüsü

104 Burgers, J. Ve Danelius, H. (1988), *The United Nations Convention Against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Dodrecht: Nijhoff,119

değerlendirilmelidir. Bu ayrımı sağlayacak ölçüt mağdurun çaresizliği ve savunmasızlığıdır. Kişi içine düşürüldüğü durum nedeniyle iradesi hilafına hareket etmek mecburiyetinde kalıyorsa, bunun onura yönelik bir saldırı olduğu kesindir ve başvuru 17 (3) kapsamında değerlendirilmelidir. Bu çaresizliğin varlığı, saldırının niteliği kadar mağdurun statüsüyle de ilgilidir. Özellikle hassas gruplardan gelen kişilerin, bu tür bir saldırıda daha korumasız olduğu şüphesizdir. Bu metodoloji, AYM'ye hem nesnel ve öngörülebilir hem de her olayın koşullarına uygun esnek bir yaklaşım imkanı verecektir.

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Yaklaşımı: Hebat Aslan ve Firas Aslan Kararı Örneği

Yrd. Doç. Dr. Bülent Algan
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. Giriş

2010 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ile Anayasaya giren[1] Anayasa şikâyeti[2] ya da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu 23 Eylül 2012 tarihinde işlerlik kazandığından beri,[3] Anayasa Mahkemesi giderek artan bir

1 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı yasa ile değişik Anayasanın 148. maddesinin ilk cümlesine göre "*Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar*."

2 Anayasa şikâyeti teriminin aslına uygun kullanım gerekçesiyle tercih edildiği; Alman anayasa hukuku öğretisinin kavramı bu şekilde kullanmayı tercih ettiği, ayrıca AİHS terminolojisinde de "bireysel başvuru" terimi tercih edildiğinden anayasa şikâyeti teriminin kullanılmasının karışıklığı önleyebileceği belirtilmiştir. Bkz. Sevtap YOKUŞ, "Anayasa Şikayetini Hazırlayan Koşullar", içinde: Sevtap YOKUŞ (Ed.), **Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, 17-42, s. 18. Anayasa şikayetinin terminolojik anlamı, kökeni ve Türk öğretisinde ve siyasi/resmi dilde yaygın kullanımı ile neden tercih edilmesi gerektiği konusunda bkz. Tolga Şirin, **Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru)**, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2013, s. 5-10. Bu kurumun Almanya'daki işleyişi konusunda özlü bilgi için bkz. Ece Göztepe Çelebi, "Türkiye'de Anayasa Şikayeti Kabul Edilmeli midir?", içinde: Çiğdem KIRCA – Aynur YONGALIK (Ed.), **Anayasa Şikayeti Verfassungsbeschwerde**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2010, 19-32, s. 22-27. Kanımızca, her iki terim de öğretide yaygın biçimde kullanıldığından, birbirlerinin yerine kullanılmalarında hiçbir sakınca ya da yanlışlık yoktur. Bununla birlikte, Anayasada ve ilgili mevzuatta "bireysel başvuru" deyimi tercih edilmektedir.

3 Anayasanın Geçici 18. maddesinin son fıkrasında, "*Bireysel başvuruya ilişkin gerekli düzenlemeler iki yıl içinde tamamlanır. Uygulama kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bireysel başvurular kabul edilir*" düzenlemesi yer almaktadır. 23 Eylül 2010 tarihli Resmi Gazete'de, 12 Eylül 2010'da yapılan referandum sonucunda Anayasa değişikliklerinin kabul edildiğine ilişkin YSK Bildirisi yayımlanmış; daha sonra kabul edilen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45-51. maddeleri arasında bireysel başvuru konusu düzenlenmiştir. Yasanın yürürlük maddesi olan 76. maddesinde, bireysel başvurunun düzenlendiği 45 ila 51. maddelerin 23.9.2012 tarihinde

iş yükü ile karşılaşmakla birlikte, anayasallık denetimi işlevinin yanına temel hak ve özgürlüklerin korunması işlevini de yüklenerek oldukça değerli bir görev ifa etmektedir. Sözü edilen tarihten 10 Nisan 2015'e kadar 38.067 bireysel başvuru alan Anayasa Mahkemesi, bunlardan 19.529'unu sonuçlandırmıştır.[4] Belirtmek gerekir ki bireysel başvurulardan kaynaklanan bu ağır iş yükü, üstlenilen işlevin ağırlığı ve önemi göz önüne alındığında katlanılması gereken bir yük olarak görülmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruları incelemesi sırasında verdiği ya da ileride vereceği kararlarla, hak ihlalleri konusunda etkili bir iç hukuk yolu niteliği kazanmasının; yasama, yürütme ve yargı organlarının yanlış tutum, işlem ve eylemleri üzerinde değiştirici etki yapmasının değeri, ağır iş yükünün doğurduğu güçlükleri mazur gösterecek niteliktedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 53 yıllık geçmişinin son 2,5 yıllık zaman diliminde bireysel başvurulara ilişkin ses getiren kararlarıyla, insan haklarının ulusal düzeyde korunmasına önemli katkılarda bulunmuştur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular nedeniyle karşı karşıya kaldığı iş yükü ile baş edebilmesini sağlayacak önlemlerin alınması son derece önemlidir; bununla birlikte ağır iş yükü gerekçesiyle bireysel başvurunun işlevselliğinin ve etkili bir iç hukuk yolu olma niteliğinin içinin boşaltılmaması daha önemlidir. Aksi takdirde, 12 Eylül 2010 referandumunun temel hak ve özgürlükler alanındaki belki de en önemli kazanımı olan bireysel başvurunun âtıl hale gelmesi tehlikesi ortaya çıkacaktır.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan 38 bini aşkın başvuruda sıklıkla ihlal edildiği ileri sürülen haklardan biri de, kişi hürriyeti ve güvenliği (Anayasa, m. 19) ya da özgürlük ve güvenlik hakkıdır (AİHS, m. 5).[5] Mahkeme, bu konuda verdiği önemli kararlarla, özgürlükten mahrum bırakılan kişilerin hakları konusunda önemli açılımlar sağlamıştır. Bunlardan en bilinenleri tutuklu milletvekillerine ilişkin olan ve sonuçta bu kişilerin tahliye edilmelerinin önünü

yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Bkz. 3.4.2011 tarih ve 27894 sayılı Resmi Gazete. Sonuç olarak bireysel başvurular, 23 Eylül 2012'den sonra alınmaya başlanmıştır.

4 İstatistikler için bkz. "23 Eylül 2012 - 10 Nisan 2015 Tarihleri Arası Bireysel Başvuru İstatistikleri", http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselBasvuru/23_eylul_2012_10_nisan_2015.pdf (erişim tarihi: 23.4.2015).

5 Bu iki maddenin bir karşılaştırması için bkz. Serhat ALTINKÖK, **Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Bireysel Başvuru Açısından Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, yayımlanmamış doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 106-122.

açan başvurular[6] olsa da, Anayasa Mahkemesi 10 Nisan 2015 tarihine kadar söz konusu özgürlükle ilgili 40 ihlal kararı vermiştir. Bu sayı, açık ara diğerlerinden fazla olan adil yargılanma hakkından sonra[7] ikinci sırada gelmektedir. AİHM ile karşılaştırıldığında çok küçük bir sayı olarak kalsa da, ihlal tespit edilen 40 karar ve bunun yanında ihlalin yokluğuna karar verilen bu özgürlüğe ilişkin diğer kararlarla birlikte düşünüldüğünde, Anayasa Mahkemesi'nin özgürlük ve güvenlik hakkı konusundaki yaklaşımının bir ölçüde netleştiği söylenebilir. Bu çalışmada ele alınan somut başvuru ise, hem Anayasa Mahkemesi'nin, hem de AİHM'nin denetimine konu olması ve her iki Mahkemenin niteliği itibariyle özdeş olaylara bakışını yansıtması nedeniyle incelenmeyi hak etmektedir.

Hebat Aslan ile Firas Aslan benzer şikâyetlerle önce Anayasa Mahkemesi'ne, ardından da AİHM'ye bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Bu durum, iki mahkemenin yaklaşımlarının karşılaştırılması için bir olanak sunmaktadır. Görünüşte çok yeni bir içtihadın ortaya konulmadığı bu kararlarda, AİHM'nin gözünden Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurunun değerlendirilmesi yapılabilecek, Anayasa Mahkemesi'nin tespitlerinin AİHM tarafından nasıl göründüğü irdelenebilecektir. Anayasanın 19. maddesinde[8] ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde[9] düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiği

---

6 Bunlardan biri, aşağıda değinilecek olan Mustafa Balbay kararıdır. Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/1272, Karar Tarihi: 4.12.2013. Ayrıca bkz. Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2013/9894, Karar Tarihi: 2.1.2014 (Gülser Yıldırım Kararı); İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2013/9895, Karar Tarihi: 2.1.2014 (İbrahim Ayhan Kararı); İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2014/85, Karar Tarihi: 3.1.2014 (Kemal Aktaş & Selma Irmak Kararı); Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2014/9, Karar Tarihi: 3.1.2014 (Faysal Sarıyıldız Kararı). Bunlardan başka, kişi özgürlüğü ve güvenliği bağlamında önemli tespitlerin yapıldığı Mehmet İlker Başbuğ kararı da kamuoyunca bilinen davalardandır. İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2014/912, Karar Tarihi: 6.3.2014.

7 İstatistiklere göre adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilen dosya sayısı 393'tür.

8 Maddenin somut olayla ilgili 7. ve 8. fıkraları aşağıdaki gibidir:
"*Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.*
Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir."

9 Sözleşmenin 5. maddesinin somut olayla ilgili 3., 4. ve 5. fıkraları aşağıdaki gibidir:
"*3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.*
4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya

gerekçesine dayanan her iki başvuruda da söz konusu hakkın ihlal edildiği tespit edilmiştir. Somutlaştırmak gerekirse, bu iki karar birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun Anayasanın 19. maddesi bağlamında AİHM gözünde tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olduğu, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ihlal kararının AİHM'ye yapılan başvurulardaki mağdur sıfatına etkisi, her iki mahkemenin uzun tutukluluk ve savcının görüşünün başvurucuya bildirilmesi konularına yaklaşımına ilişkin sonuçlar çıkarılabilecektir. Bunun yanında, tutuklulukta geçen sürenin hesaplanması konusunda iki mahkemenin bilinen yaklaşımları ile bunun Türk hukuk düzenine yansımaları konusundaki eleştirilere bir nebze değinilmesi uygun olacaktır.

II. Bireysel Başvurulara Konu Olaylar

Hebat Aslan ve Firas Aslan, özgürlük ve güvenlik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle önce Anayasa Mahkemesi'ne,[10] ardından da AİHM'ye[11] başvuruda bulunmuşlardır. Her iki başvurunun da konusu esas olarak, bir ceza davasında tutuklu olarak yargılanan iki kişinin tutukluluk sürelerinin uzunluğu ve tutukluluklarının devamına ilişkin karar alma sürecinin Sözleşme ve Anayasa ile ne derece uygun düştüğüdür. Başvuranlar 3 Ocak 2009 tarihinde atılı suçun niteliği, mevcut delillerin durumu ve suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphelerin varlığı gerekçe gösterilerek tutuklanmış; daha sonra çeşitli tarihlerde yapılan incelemeler sonucunda tutukluluk hallerinin aynı gerekçelerle devam etmesine karar verilmiş; nihayet başvuranlardan Firas ASLAN 27 Kasım 2012 tarihli duruşmada, Hebat ASLAN ise 19 Şubat 2013 tarihinde tahliye edilmişlerdir.

---

uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.
5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir."

10 Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/1158, Karar Tarihi: 21.11.2013 (Hebat Aslan & Firas Aslan Kararı).

11 Hebat Aslan ve Firas Aslan / Türkiye, Başvuru Numarası: 15048/09, Karar Tarihi: 28/10/2014. (Hebat Aslan and Firas Aslan v. Turkey). Karar yalnızca Fransızca dilinde mevcut olup, bu çalışmada kararın Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi esas alınmıştır. Çeviri için bkz. http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":["TUR"],"appno":["15048/09"],"documentcollectionid2":["CHAMBER"],"itemid":["001-153162"]} (erişim tarihi: 14.4.2015).

Başvurucular, Anayasa Mahkemesi'ne yaptıkları bireysel başvuruda tutukluluk hallerinin devamına ilişkin kararların formül gerekçelere dayandığını, gerek kendilerinin itirazı üzerine gerekse 5271 sayılı Kanunun 108. maddesi[12] gereğince resen gerçekleştirilen incelemelerin duruşmasız olarak dosya üzerinden yapıldığını, mahkemece Cumhuriyet Savcısından alınan mütalaanın kendilerine bildirilmemesi sonucunda çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine riayet edilmediğini, sonuç olarak Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.[13] Başvurucular, AİHM'ye yaptıkları bireysel başvuruda ise Sözleşmenin 5. maddesinin çeşitli yönlerden ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bunu yaparken, Anayasa Mahkemesi'ne yaptıkları başvuruda uzun tutukluluk süresinden ya da Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğinden söz etmediklerini; 4. fıkranın ihlal edildiğini ileri sürmelerine karşın her iki başvuru yolunda farklı kararlara dayanarak ihlal iddiasında bulunduklarını belirtmişlerdir. Dolayısıyla Sözleşmedeki karşılıklarıyla başvurucular Anayasa Mahkemesi'ne yalnızca 5. maddenin 4. fıkrasına, AİHM'ye ise 5. maddenin 3. ve –ilk başvurudan farklı kararlara dayanarak- 4. ve 5. fıkralarına dayanarak başvuru yaptıklarını ileri sürmüşlerdir.

III. Anayasa Mahkemesi'nin İhlal Kararının AİHM Önündeki "Mağdur" Sıfatına Etkisi

A. AİHS'nin 5. Maddesinin 3. Fıkrası Bakımından

AİHM, başvurucuların Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasına ilişkin şikâyetini Sözleşme hükümleriyle kişi bakımından (*ratione personae*) bağdaşmaz olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur. Mahkemenin buradaki gerekçesi, özetle, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel

12 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 108. maddesi aşağıdaki gibidir:
"*(1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100 üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak, şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verilir.*
(2) Tutukluluk durumunun incelenmesi, yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde şüpheli tarafından da istenebilir.
(3) Hâkim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da birinci fıkrada öngörülen süre içinde de re'sen karar verir."

13 Hebat Aslan & Firas Aslan Kararı, para. 7-16, 24; Hebat Aslan and Firas Aslan v. Turkey, para. 1-20.

başvuruda Anayasa Mahkemesi'nin ihlali tespit edip etmediği ve buna bağlı olarak da kişilerin uğradığı zararı giderme yolunu araştırıp araştırmadığına dayandırılmıştır. Sözü edilen ilk nokta açısından AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin hakkını teslim etmiştir denilebilir. AİHM'ye göre, her ne kadar başvuranlar Anayasa Mahkemesi'ne yaptıkları bireysel başvuruda 5. maddenin 3. fıkrasına dayandırılabilecek olan şikâyeti açıkça sunmamış olsalar da, Anayasa Mahkemesi, kişilerin tutukluluklarının devamına karar verilirken ortaya konulan gerekçelerin yetersizliği bağlamındaki şikâyetin tutukluluk süresi açısından incelenmesinin uygun olduğu kanısına ulaşarak başvuruyu bu açıdan da ele almaktan çekinmemiştir. Bu incelemenin sonucunda gerekçelerin basmakalıp ifadelere dayandırıldığını tespit eden Anayasa Mahkemesi, tutuklulukta makul sürenin aşıldığını ve söz konusu hükmün ihlal edildiğini tespit etmiştir. Bu noktaya dikkati çeken AİHM de, Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edilip edilmediğini daha fazla araştırmaya gerek görmemiş ve Anayasa Mahkemesi tarafından kişilere ödenmesine hükmedilen tazminatın yeterli bir tedbir olup olmadığı noktasına odaklanmıştır. AİHM, sonuçta tazminatları da "*yeterli ve uygun*" görerek başvuruculaların Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrası nedeniyle mağdur olduklarını iddia edemeyecekleri sonucuna ulaşmıştır.[14]

AİHM'nin, 5. maddenin 3. fıkrasına ilişkin şikâyet bakımından kendini kişi bakımından yetkisiz görmesi, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuş kişilerin AİHM'ye gidebilmeleri konusunda önemli bir ipucu vermektedir. Mağdur sıfatını taşımaları zorunlu olan kişilerin iç başvuru yolları aşamasında mağduriyetlerinin giderilmiş olması, onların ikincil bir yol olan AİHM'ye başvurmalarının da önünde engeldir. Bu kararın gösterdiği gibi, Anayasa Mahkemesi'nin kendi önüne gelen bir başvuruda ihlali tespit ettikten sonra ihlalin sonuçlarını giderecek ya da zararı tazmin

14 AİHM'ye göre, idarenin vermiş olduğu zararı uygun biçimde tazmin etmesi durumunda başvurucunun mağdurluk statüsü ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle artık "mağdur" sayılmayan kişinin AİHM'ye başvurusu kişi yönünden bağdaşmazlık gerekçesiyle reddedilir. Bkz. Case of Eckle v. Germany, judgment of 15.7.1982, para. 66; Case of Preikzhas v. Germany, no. 6504/74, judgment of 13.12.1978. Mahkeme kararı ile tazminat ödenmesi halinde de sonuç aynıdır. Bkz. Case of Bazhenov v. Russia, no. 37930/02, judgment of 20.10.2005. AİHS bağlamında mağdur kavramı hakkında bkz. İbrahim ÇINAR, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü", içinde: Musa SAĞLAM (Ed.), **Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi)**, Avrupa Konseyi, Şen Matbaa, Ankara, 2013, 165-224, s. 198-221.

edecek tedbirlere başvurması, bu kişilerin AİHM'ye başvurmalarını gereksiz kılacak ve buna karşın yapılan başvurular da Avrupa Mahkemesi tarafından kabul edilemez bulunacaktır. AİHM, H*ebat Aslan ve Firas Aslan*'ın yaptıkları başvuruda da Anayasa Mahkemesi'nin bunu gerçekleştirdiğini tespit ederek hükümetin itirazını yerinde bulmuş; başvurunun bu kısmını reddetmiştir. AİHM, ilgililere tazminat ödenmesinin tercih edildiği durumlarda, tazminat miktarının inceleme konusu davanın koşulları bakımından açıkça yetersiz olmaması gereğini vurgulamış (para. 40); ödenmesi düşünülen tazminatın yine ikincillik ilkesinden hareketle ülkenin yaşam düzeyiyle uyumlu olarak belirlenmesi konusunda yerel makamların oldukça geniş bir takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmiştir. Belirlenen meblağ bu koşulu taşıdığı takdirde AİHM'nin benzer durumlar için belirlediği meblağdan aşağı olsa bile bu durum tek başına onu açıkça yetersiz kılmaz (para. 43). AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin *Hebat ve Firas Aslan* adlı başvurucuların şikâyetlerini telafi etmedeki çabukluğunu da takdir etmiş ve kişilere tazminat ödenmesinin yeterli bir tedbir olduğunun belirlenmesinde buna da dikkati çekmiştir (para. 46). Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin zaman bakımından yetkisinin kısıtlı olduğu bu başvuruda kişilere ödenmesine karar verdiği tazminatı AİHM'nin kişilerin tüm mağduriyetini giderecek nitelikte bulması, tazminatın etkili bir giderim vasıtası olarak görüldüğünün de kanıtıdır.

AİHM'nin Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiği iddiasına ilişkin somut olaydaki bu tespitleri, Anayasa Mahkemesi'nin "*ilgililer tarafından açıkça ileri sürülmese bile*" ihlalin tespiti ve uğranılan zararın giderilmesi konusunda ileri bir noktada olduğunu düşündüğünü de ortaya koymaktadır. Bu tespitin, iç hukuktaki bireysel başvuru yolunun etkililiği bakımından önemli ve değerli bir tespit olduğu kuşkusuzdur. Gerçekten de başvuranlar, Anayasa Mahkemesi'ne yaptıkları başvuruda Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası bağlamında yalnızca "*tutukluluk hallerinin devamına dair kararların formül gerekçelere dayandığı*" üzerinde durmuşlar; hatta Adalet Bakanlığı'nın konuya ilişkin görüşleri üzerine de bu görüşlerini tekrarlamakla yetinmişlerdir.[15] Mahkemenin konuyu bu şekilde ele almasının, AİHM'nin başvuruyu bu yönden kabul edilemez bulmasına katkıda bulunduğu kuşkusuzdur.

15 Hebat Aslan & Firas Aslan Kararı, para. 24, 27, 33.

B. AİHS'nin 5. Maddesinin 4. Fıkrası Bakımından

Ancak 5. maddenin 4. fıkrası bakımından konuya yaklaşıldığında durum değişmektedir. AİHM, dayanılan olayların farklı olduğundan hareketle, Hebat ve Firas Aslan'ın başvurusunu kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle reddetmeyecektir. Başvurucular AİHM önünde yerel mahkemenin 9 Ocak 2009, 30 Nisan 2012 ve 18 Mayıs 2012 tarihli kararlarının bu fıkrayı ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi önündeki başvuruda ise 23 Eylül 2012 tarihinden sonra verilmiş olan 15 Ekim 2012 tarihli kararın Anayasa'nın 19. maddesine aykırılığı ileri sürülmüştü.[16] Söz konusu kararlar, başvurucuların tutukluluklarının devamına karar verilmesine ilişkin itirazlarının reddi kararlarıdır. İki mahkemenin değerlendirmesine sunulan kararların farklı olması, AİHM'nin başvuruyu bu yönden kabul edilemez bulmamasının önünü açmıştır. Gerçi AİHM, başvurucuların bu fıkra bağlamındaki şikâyetlerinden yalnızca "*savcının görüşünün kendilerine tebliğ edilmemiş olmasını*" kabul edilebilir bularak esastan incelemeye geçmiştir. Başvuranların soruşturma dosyasına erişimlerinin mümkün olmadığı ve tutukluluğa yapılan itirazın incelenmesi sırasında duruşma yapılmamış olması biçimindeki şikâyetlerini açıkça dayanaktan yoksunluk gerekçesiyle reddetmiştir (para. 57-63). Anayasa Mahkemesi ise, başvurucuların, Cumhuriyet savcısının görüşünün kendilerine tebliğ edilmediği ve kendilerinin başvurusu üzerine gerçekleştirilen tutukluluğa itiraz incelemesinin dosya üzerinden duruşmasız olarak gerçekleştirildiği yönündeki iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve başka bir kabul edilemezlik nedeni görülmediğinden başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

Sonuç olarak, her iki Mahkemenin de sorunlu bularak esastan incelemeye geçtikleri iddia aynıdır. Her iki Mahkeme de, bu uygulamayı taraflar arasında silahların eşitliği ve çekişmeli yargı ilkelerine riayet edilmediği ve itiraz başvurusunun Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrasının ya da Anayasanın 19. maddesinin 8. fıkrasının gereklerini karşılamadığı gerekçesiyle ihlal tespit etmiştir. Bu bakımdan da Anayasa Mahkemesi ile AİHM arasında bir yaklaşım farklılığı söz konusu değildir. AİHM'nin 5. maddenin 4. fıkrasının ihlalini tespit etmesinin nedeni her iki mahkeme

16 Hebat Aslan and Firas Aslan v. Turkey, para. 49; Hebat Aslan & Firas Aslan Kararı, para. 13, 53.

önünde ileri sürülen olayların farklı olmasıdır; bu nedenle de AİHM'nin söz konusu ihlal kararının Anayasa Mahkemesi'ne atfedilebilecek bir yönü bulunmamaktadır.

IV. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasanın 19. Maddesinin 7. Fıkrasının İhlal Edildiğine İlişkin Gerekçesi ve AİHM'nin Konuya Bakışı

Anayasa Mahkemesi, *Hebat ve Firas Aslan*'ın başvurusunda Anayasa'nın 19. maddesinin 7. fıkrasının ihlal edildiği kararını gerekçelendirirken, Mahkemenin önemli kararları arasında yerini çoktan almış olan *Mustafa Balbay*[17] kararındaki görüşlerini yinelemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin Balbay kararında yaptığı tutukluluğun devamı kararlarının tümü için geçerli olarak görülmesi gereken önemli bir tespit, "*[t]utuklamanın devamına karar verilirken, davanın genel durumu yanında, tahliyesini talep eden kişinin özel durumunun dikkate alınması ve bu anlamda tutukluluk gerekçelerinin kişiselleştirilmesi*"nin[18] zorunlu görülmesi gerektiğiydi.[19] Mahkeme, söz konusu kararında aynı zamanda milletvekili seçilmiş olan başvurucunun tahliye taleplerini inceleyen mahkemelerin, bu talepleri reddederken gerekçelerini yeterince *kişiselleştirmemiş* ve başvurucunun kaçacağına ya da delilleri karartacağına dair inandırıcı somut olgular ortaya koyamamış olduğunu belirterek[20] bu tespitini somutlaştırmıştı. Mahkeme aynı kararında, tutuklama tedbirine, kişilerin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmasının yanı sıra bu kişilerin kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla başvurulabileceğini; ayrıca başlangıçtaki bu tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için yeterli görülebilse de bu süre geçtikten sonra, uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hâlâ devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerektiğini belirtmişti. Mahkeme, bu gerekçelerin "*ilgili*" ve "*yeterli*" görülmesi halinde, tutukluluğun haklılığı

17 Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/1272, Karar Tarihi: 4.12.2013 (Balbay Kararı).

18 Balbay Kararı, para. 116.

19 Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumu, AİHM'nin yaklaşımıyla örtüşmektedir. AİHM de, tutuklunun salıverilmesinin lehinde ya da aleyhindeki gerekçelerin "genel ve soyut" nitelikte olmaması, aksine somut olaya ilişkin özel durumlarla başvurucunun tutulmasını haklı gösterecek kişisel koşullarına atıf yapılmasını aramaktadır. Bkz. Case of Aleksanyan v. Russia, no. 46468/06, judgment of 22.12.2008, para. 179; Case of Clooth v. Belgium, judgment of 12.12.1991, para. 44; Case of Panchenko v. Russia, no. 45100/98, judgment of 8.2.2005, para. 107.

20 Balbay Kararı, para. 116.

için yargılama sürecinin özenli yürütülüp yürütülmediğinin de incelenmesi gereğine vurgu yapıyordu.[21] Bu ifadeler, *Hebat ve Firas Aslan* kararında da yerini almıştır.[22] Yine bu gerekçelere, benzer ifadelerle AİHM kararlarında da rastlanmaktadır; nitekim Anayasa Mahkemesi de kendisine ilham kaynağı olan bu kararları *Balbay* kararında zikretmektedir.[23] Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, *Hebat ve Firas Aslan*'ın başvurusunda, derece mahkemelerince verilen tutukluluğa itiraz ve itirazın reddine ilişkin kararların gerekçelerinin tutuklulukların devamının "*hukuka uygunluğu ve tutulmanın meşruluğunu haklı gösterecek özen ve içerikte olmadığı ve aynı hususların tekrarı niteliğinde olduğu*"nu tespit ederek, tutukluluk halinin devamına ilişkin bu gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğunun söylenemeyeceğini belirtmiştir.[24]

AİHM'nin Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımına verdiği karşılık, ihlalin varlığına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin tespitini tartışma konusu bile etmeyerek tümüyle benimseme yönünde olmuştur. Zira AİHM, yukarıda da belirtildiği gibi, tutukluluğun devamı kararlarındaki gerekçelerin yetersizliği bağlamındaki şikâyetin Anayasa Mahkemesi tarafından –kendisine açıkça bu yönde şikâyette bulunulmamış olmasına karşın- tutukluluk süresi açısından incelenmesinin uygun olduğunu belirtmesinin ardından, ilgililerin tutuklulukta geçirdikleri toplam sürenin uzun olduğu sonucuna ulaştığını belirtmekle yetinmiş ve incelemesini de Anayasa Mahkemesi'nin belirlediği tazminatın yeterliliğiyle sınırlı tutmayı yeğlemiştir.[25]

V. Tutuklulukta Makul Sürenin Tespiti ve Tutukluluk Süresinin Hesaplanması Konularında Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi bu başvuruda da, tutukluluk süresinin hesaplanmasındaki bilinen içtihadını[26] yinelemiştir. Mahkemeye göre

21 Balbay Kararı, para. 104.

22 Hebat Aslan & Firas Aslan Kararı, para. 48.

23 Balbay Kararı, para. 104. Bu kararlar şunlardır: Case of Contrada v. Italy, no. 27143/95, judgment of 24.8.1998, para. 66-67; Case of Chraidi v. Germany, no. 65655/01, judgment of 26.10.2006, para. 42-45.

24 Hebat Aslan & Firas Aslan Kararı, para. 56.

25 Hebat Aslan and Firas Aslan v. Turkey, para. 39.

26 Bu konuda bkz. İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/1137, Karar Tarihi: 2.7.2013, para. 66. Bu içtihadın istikrarlı olarak uygulandığı bilinmektedir. Çok sayıda karar arasında örnek olarak bkz. İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2014/2159, Karar Tarihi: 16.10.2014, para. 48; İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/1303, Karar Tarihi: 21.111.2013, para. 56; İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/1220, Karar Tarihi: 10.12.2014, para. 41.

tutuklulukta makul sürenin hesabı için dikkate alınacak sürenin başlangıcı, başvuruculların ilk kez yakalanıp gözaltına alındığı durumlarda bu tarih, doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklama tarihi olarak kabul edilecektir. Sürenin sonu ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı ya da ilk derece mahkemesi tarafından hüküm verildiği tarih olacaktır. İlk derece mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet hükmü üzerine artık kişinin tutuklu olduğundan söz edilemeyeceğinden, temyiz aşamasında geçen süre tutuklulukta makul sürenin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır.

Somut olayda başvuruculardan Firas ASLAN 3 yıl 11 ay 24 gün, Hebat ASLAN ise 4 yıl 1 ay 16 günlük sürelerle özgürlüklerinden yoksun kalmışlardır.[27] Ayrıca başvuruculların her ikisi de, ilk derece mahkemesi olan İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından hüküm açıklanmadan önce tahliye edilmişlerdir. Bu nedenle kişilerin özgürlüklerinden mahrum kaldıkları sürelerin tümü, haklarında verilmiş bir mahkûmiyet hükmü olmaksızın "*tutuklu*" kaldıkları süreye karşılık gelmektedir. Bu başvuruda, 4 yılın biraz altında ve üstünde iki tutukluluk süresinin de Anayasanın 19. maddesinin 7. fıkrasını ihlal ettiği sonucuna ulaşıldığına yukarıda değinilmişti.

Kararın ilgili kısımlarından hareketle aşağıda, Anayasa Mahkemesi'nin başvuruculların şikâyetleri karşısında ihlal tespit ederken nasıl bir gerekçe ürettiği ve tutukluluk süresini hesaplarken neleri dikkate aldığı konularında olmak üzere iki noktaya temas edilecek, bu iki konuda bazı önerilerde bulunulacaktır.

A. Anayasa Mahkemesi'nin Tutuklulukta Makul Sürenin Tespitine İlişkin Yaklaşımı

Bu ilk konuda Anayasa Mahkemesi, başvuruculların tutukluluklarının devamına ilişkin derece mahkemelerinin gerekçelerinin "*formül gerekçe*" niteliğinde olması şikâyetinden hareketle "*tutuklulukta makul süre*" konusunu tartışmaya geçmiş, ihlal tespit ettiği sonuç kısmında "*ilgili ve yeterli olmayan gerekçe*"[28] nedeniyle makul sürenin aşılmış olduğu yargısına ulaşmıştır.

---

27 Hebat Aslan & Firas Aslan Kararı, para. 50-55.

28 AİHM'ye göre de, ilgili ve yeterli gerekçe gösterilemeyen durumlarda kişilerin salıverilmesi gerekir. Örnek olarak bkz. Case of Wemhoff v. Germany, no. 2122/64, judgment of 27.6.1968, para. 12; Case of Yağcı and Sargın v. Turkey, no. 16419/90 and 16426/90, judgment of 10.7.1991, para. 52.

Anayasa Mahkemesi'nin, başvurucuların açık talebi olmamasına karşın tutuklulukta geçen sürenin makul olup olmadığını tartışması, şüphesiz taleple ya da ihlal iddialarıyla bağlı olması karşı karşıya kaldığı iş yükü düşünüldüğünde normal karşılanabilecek iken bunu yapmaması yönüyle takdir edilmelidir.[29]

Kararda, tutuklulukta geçen sürenin makul olmamasının nedeni olarak, tutukluluğun devamına ilişkin gerekçelerin zayıflığına dayanılmıştır. Aslında böyle bir sonuca, çok daha kısa süren tutukluluklar için de ulaşılabilirdi.[30] Gerçekten de, gerek tutukluluğa ilk kez karar verilirken, gerekse daha sonra tutukluluğun devamına karar verilirken ya da tutukluluğa itiraz reddedilirken, mahkemelerin somut olayda tutuklamanın ve tutukluluğun devamının zorunlu bir tedbir olduğunu somut olarak ortaya koyabilmeleri gerekir. Bunun gerekçelendirilemediği her tutuklama ya da tutukluluğun devamına ilişkin karar, tutukluluğu kısa bir süre bile uzatsa, Anayasaya ve Sözleşmeye aykırıdır.[31] Böyle bir tutuklamanın iç hukukumuz bakımından yasaya aykırılık, hatta "*keyfilik unsuru*"[32] barındırdığı; dolayısıyla sürenin makul olup olmadığı tartışmasına girilmesine bile gerek olmayabileceği düşünülmelidir.[33]

---

29 Karardan, Adalet Bakanlığı'nın başvuruya ilişkin görüşünde somut olayda toplam tutukluluk süresi ve tutukluluk konusundaki yerel mahkeme kararlarının gerekçelerinin, tutukluluğun devamına etkili diğer unsurlarla birlikte dikkate alınması gerektiği biçimindeki yorumunun da etkili olduğu düşünülebilir. Bkz. Hebat Aslan & Firas Aslan Kararı, para. 42.

30 Örneğin Shiskov / Bulgaristan davasında Mahkeme, 7 ay 3 hafta süren tutukluluğu Sözleşmeye aykırı bulmuştu. Mahkeme, bu davada belirli bir asgari süreyi aşmayan gerekçesiz tutuklama kararlarını sırf kısa süreli olduğu için tolere etmeyeceğini, ne kadar kısa süreli olursa olsun tutukluluğun gerekçelendirilmesinin yetkili makamlar tarafından ikna edici biçimde ortaya konulması gerektiğini belirtmiştir. Case of Shishkov v. Bulgaria, no. 38822/97, judgment of 9.1.2003, para. 66.

31 Karan'ın da aktardığı gibi, AİHM'nin güncel kararlarına ilişkin yapılan bir incelemede iki yılı aşan tutukluluk sürelerinin büyük oranda Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasını ihlal ettiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, oldukça kısa süreli tutukluluk süreleri bile davanın somut özelliklerinden dolayı Sözleşmeye aykırı bulunabildiği gibi, uzun tutukluluk süreleri ise otomatik olarak Sözleşmeye aykırı bulunmamaktadır. Bkz. Ulaş Karan, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", içinde: Sibel İNCEOĞLU (Ed.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 3. Baskı, İstanbul, 2013, 179-208, s. 202.

32 Tutmanın keyfi olmamasının anlamı konusunda bkz. ALTINKÖK, 2014, s. 188-194.

33 Gerçekten de CMK m. 101/1'de Cumhuriyet Savcısının tutuklama taleplerinde mutlaka gerekçe gösterilmesi ve adlî kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukukî ve fiilî nedenlere yer verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasında da tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu hususta bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda tutuklamanın haklılığını ve gerekliliğini gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi zorunlu tutulmuştur. Bu düzenlemeler, ikna edici gerekçeler ortaya konulamayan tutuklamaların açıkça yasaya aykırı olacağını

Buna karşın en güçlü gerekçelere dayanan tutuklamalar bile, makul sürenin aşılmasıyla birlikte ayrı bir ihlal konusu oluştururlar. Bir başka anlatımla, bir somut olayda tutuklama tümüyle meşru ve gerekli görülse de, yargılama sürüncemede bırakılmış ve böylece sanıkların tutukluluk süresi gereksiz yere uzamışsa, makul sürenin aşılması nedeniyle ihlal gerçekleşmiş olur. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin kararında, 4 yıldan biraz az ve biraz fazla süren iki tutukluluğun makul sürenin ötesine geçmesine ilişkin olarak yargı organlarının ya da kamu makamlarının başka türlü tutumlarının dayanak gösterilmesi ya da bu olasılığın sorgulanması daha uygun olabilirdi. Oysa kararda böyle bir unsura yer verilmemiş, tutukluluğun makul süreyi aşması yalnızca ilgili ve yeterli olmayan gerekçelerin varlığına dayandırılmıştır. Yine Mahkeme, aynı kararda, tutukluluğu haklı kılan koşulların tutukluluk süresince devam ediyor olmasının, "*tutukluluğun devamının hukuka uygunluğu ve meşruiyeti bakımından olmazsa olmaz bir koşul*" olduğunu da belirtmektedir.[34] Mahkemenin bu tespiti yapmasının ardından, tutukluluk süresinin makuliyet ölçüsünden çok tutukluluğun meşruiyeti ile doğrudan bağlantı kurması daha doğru olabilirdi.

Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı ile tutukluluğun meşruluğunun tümüyle örtüşen kavramlar olmadığını göz ardı etmemek gerekir. Makul süreyi aşan tutukluluklar elbette meşru görülemez; ancak devamı için ikna edici bir gerekçenin ortaya konulamadığı bir tutukluluk, sürenin makul olup olmamasından daha farklı ve belki daha ciddi sorunlar barındırmaktadır. Tutukluluğun meşru olup olmaması sorunu, onun süresini de kapsayan, ama onu da aşan bir anlam ve içeriğe sahiptir. Bu bağlamda, yukarıda belirtilmekle yetinilen "*keyfilik*" unsurunun formül

göstermektedir. Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasında kişiyi özgürlüğünden yoksun kılan her türlü işlemin hukuka uygunluğunun bir önkoşul niteliğinde olduğu düşünüldüğünde, gerekçe koşulunu sağlamayan tutuklamaların hukuka uygun olmadığı sonucuna doğrudan ulaşılması gerekir. Gözübüyük – Gölcüklü'nün de belirttiği gibi, kişi özgürlüğünü kısıtlayan işlemler yapılırken "yürürlükteki *mevzuatın öngördüğü usûl izlenecek (usule ilişkin koşullar*) ve ayni zamanda işlem, tüm yönleriyle, gene mevcut hukuk kurallarına (esasa ilişkin koşullar) uygun olarak gerçekleştirilecektir. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK – Feyyaz GÖLCÜKLÜ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, 8. Baskı, Ankara, 2009, s. 224. Vurgu, alıntı yapılan yazarlara aittir. Konuya ilişkin olarak bkz. Case of Van der Leer v. The Netherlands, no. 11509/85, judgment of 21.2.1990. Bu kararda yasaya uygun (lawful) bir tutukluluktan söz edilmesi için mevzuata hem usul, hem de esas yönüyle uygun bir işlem yapılmış olması gerektiğini belirten Mahkeme, bunun amacının da bireyleri keyfilikten korumak olduğunu belirtmiştir. Bkz. para. 22 ve orada belirtilen diğer kararlar.

34 Hebat Aslan & Firas Aslan Kararı, para. 54.

gerekçelere dayanan tutuklamalarda söz konusu olup olmadığını Anayasa Mahkemesi'nin tartışması bu tür kararların önlenmesi konusunda yeni bir açılım sağlayabilirdi.[35]

Bununla birlikte, AİHM'nin de 5. maddenin 3. fıkrasına ilişkin ihlal iddialarında Anayasa Mahkemesi ile oldukça benzer bir yöntem izlediği bilinmektedir. AİHM, söz konusu hükmün çeşitli yönlerden ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü durumlarda, bunlardan birine öncelik vermeyi yeterli görebilmektedir. Örneğin *Aleksanyan / Rusya* davasında Mahkeme, başvurucunun özgürlüğünden mahrum bırakılmasının yasaya aykırı, gerekçesiz ve aşırı uzun süreli olduğu gerekçesiyle şikâyetçi olmasına karşın incelemesini yalnızca makul sürenin aşılıp aşılmadığının tespit edilmesi ile sınırlı tutmuştur.[36] AİHM, tutukluluğun devamına ilişkin kararların gerekçelerinin zayıflığını tespit ettiği durumlarda, tutukluluk süresinin makul süreyi aştığı sonucuna ulaşmakta,[37] Anayasa Mahkemesi de benzer bir muhakeme yürütmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin ve AİHM'nin bu yaklaşımına usul ekonomisi gereğince anlayışla yaklaşılabilir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin tabir yerindeyse henüz "*yolun başında*" sayıldığı bir dönemde kararlarının öğretici ve yol gösterici nitelik taşıması da

35 Anayasa Mahkemesi'nin yasaya ya da Anayasaya açıkça aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik olması halinde hak ve özgürlük ihlaline sebep olan kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerektiği ve aksinin kabulünün bireysel başvurunun getiriliş amacıyla bağdaşmayacağı yönünde karar vererek, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda dahi inceleme yapabileceğini Balbay kararı gibi pek çok kararda da ortaya koymuştur. Bkz. ALTINKÖK, 2014, s. 189. AİHM de ulusal makamların eylem ve işlemlerinde keyfiliğin tespitinde üç kriterden söz etmektedir. Bireyin tutulması ulusal hukukun lafzına uygun olmasına karşın kamu makamlarının kötü niyeti ya da hilesi varsa, tutma kararı ve bu kararın icrası 5. maddede sayılan tutma nedenlerinden amaçlarına uygun düşmüyorsa ya da dayanılan tutma sebebi ile tutma yeri ve koşulları arasında bir ilişki bulunmuyorsa keyfilikten söz edilebilecektir. Örnek kararlar için bkz. ALTINKÖK, 2014, s. 190. AİHM, oldukça yeni bir kararında da keyfilik kavramına ne anlam verdiğini aşağıdaki şekilde açıklamıştır: "*Keyfi olan hiçbir tutma madde 5 § 1 ile uyumlu olamaz, "keyfilik" kavramı bu bağlamda ulusal hukuka uygun olmamanın ötesine geçmektedir. Sonuç olarak, ulusal hukuka uygun olan bir özgürlükten yoksun bırakma, özellikle de kamu otoritelerinde bir kötü niyet ya da hile unsuru söz konusu olduğunda… ya da mevcut koşullarda özgürlükten yoksun bırakma gerekli olmadığında… yine de keyfi ve böylece Sözleşmeye aykırı olabilir*." Case of Gal v. Ukraine, no. 6759/11, judgment of 16.4.2015, para. 26.

36 Aleksanyan / Rusya, para. 176.

37 AİHM tutuklulukta makul sürenin aşılıp aşılmadığını değerlendirirken önündeki somut dava özelinde tutukluluğa ilişkin gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı ve sanığın tutuklu yargılandığı davaya özen gösterilip gösterilmediği biçiminde iki ölçüt uygulamaktadır. Bunlardan birine verilen yanı olumsuz olduğunda makul sürenin aşıldığı sonucuna ulaşmaktadır. KARAN, 2013, s. 202.

beklenebilir ve ihlale yol açan tüm olasılıkların tartışılarak tüketilmesi daha uygun bir yaklaşım olabilir.[38]

Öte yandan belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını gerekçelendirirken AİHM'yi takip etmesi gibi bir zorunluluğu yoktur. Her ne kadar bireysel başvuruya konu hak ve özgürlükler anlamında Anayasa Mahkemesi ile AİHM arasında bir örtüşme varsa da, Anayasa Mahkemesi bireysel başvurularda bir ihlalin olup olmadığını Anayasadaki düzenlemeler üzerinden denetlemektedir. AİHM'nin karar gerekçelerinde eski içtihatlarını yineleme ve Sözleşmeye taraf tüm ülkeleri ilgilendiren genel tespitlerde bulunma gibi kaygıları söz konusu olabilir ve bu durum, Mahkemenin uluslararası bir denetim organı olması nedeniyle doğal karşılanmalıdır. Oysa Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru sistemindeki kimi benzerliklere karşılık AİHM'den farklı olarak ulusal düzeyde faaliyet gösterir ve aldığı kararlar ve bunların gerekçeleri –AİHS'ye aykırı olmamak koşuluyla- yerel özellikler taşır –ve aslında taşımalıdır-. Bu açıdan somut olaya yaklaşıldığında da, Türkiye'de sistematik bir sorun haline geldiği AİHM tarafından da tespit edilen[39] uzun tutukluluk konusunda Anayasa Mahkemesi'nin söyleyecek daha fazla sözü olduğu açıktır.

Gerekçenin zayıflığı nedeniyle tutukluluğun uzun sürmesi durumları özelinde, Anayasa Mahkemesi'nin ileride vereceği kararlarda bir ayrıma gitmesi daha doğru bir yaklaşım olarak önerilebilir. Buna göre, hiçbir ayrıntı içermeyen, tümüyle soyut basmakalıp (stereotyped) gerekçelerle tutukluluğun sürmesi ile aslında somut olayı bir ölçüde dikkate alan ve tutukluluğu haklı göstermeyi amaçlayan bazı gerekçelerin ortaya konulmaya çalışıldığı durumları aynı kefeye koymamak gerekir. Birincisi açıkça keyfi

38 Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sistemini Destekleme Projesi kapsamında hazırlanan ve bu bildirinin yazarının da katkı sağlayanlar arasında bulunduğu Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sistemi İhtiyaç Analizi Raporu'nda da belirtildiği gibi, kimi hâkim ve savcılar, Anayasa Mahkemesi'nin uzun tutuklulukla ilgili verdikleri kararları yeterince açıklayıcı ve yol gösterici bulmamaktadırlar: "*Danışmanların bir araya geldiği ceza hâkimleri ve savcılar AYM'nin Balbay kararı ve terörle ilgili davalarda uzun tutukluluk hakkındaki 4 Temmuz 2013 tarihli kararları gibi uzun tutuklulukla ilgili son kararlarının tam olarak açık ve net olmadığını ve hangi durumlarda tutukluluğun temel hakları ihlal ettiğini tespit etme açısından yeterli rehberlik sağlamadığını belirtmişlerdir*". Luca PERILLI (Raportör), **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sistemi İhtiyaç Analizi Raporu**, Avrupa Konseyi, 2014, s. 48. Raporun Türkçe metni için http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/documentation/NA_Report_CC_Turkey_2014_tur.pdf (erişim tarihi: 25.4.2015).

39 Bkz. Case of Cahit Demirel v. Turkey, no. 18623/03, judgment of 7.7.2009, para. 45-46.

olarak nitelendirilebilir; ikincisinde ise gerekçelerin tutukluluğu ya da tutukluluğun devamını haklı gösterecek ölçüde yeterli ve ilgili olmadığı sonucuna varılabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 101. maddesinin[40] böyle bir ayrıma ve böyle bir yorum yöntemine izin verdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bunun, tutukluluk konusunda talepte bulunan ya da bu konuda karar veren hakim ve savcılar için yol gösterici olacağı ve tutukluluğa ilişkin kararları daha somut ve güçlü gerekçelere dayandırma konusunda teşvik edeceği kuşkusuzdur.

B. Anayasa Mahkemesi'nin Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Yaklaşımı

İkinci olarak değinilmesi gereken konu ise, Anayasa Mahkemesi'nin tutukluluk süresinin hesaplanmasında temyizde geçen süreyi dikkate almama konusunda AİHM'nin yaklaşımını benimsemesidir.[41] Bu durum, tüm tutukluluklar için önemli olmakla birlikte, Türk Hukukunda özellikle azami tutukluluk süresinin hesaplanmasında daha büyük önem taşımaktadır.

AİHM, Sözleşmenin 5-1(a) ile 5-1(c) düzenlemeleri arasındaki ilişkiyi de kendi bakış açısıyla ortaya koymuş olduğu kararlarında, derece mahkemesinin tutuklu kişi hakkında verdiği mahkûmiyet hükmüne kadar olan süreyi 5-1(c), mahkûmiyet hükmünden sonraki süreyi ise 5-1(a) hükmü kapsamında değerlendirmektedir.[42] Bir başka anlatımla kişi derece mahkemesi tarafından mahkûm edilene kadar tutuklu sayılmakta iken, mahkûmiyet kararı ile birlikte artık tutukluluğu sona ermiş olmaktadır. Bu andan başlayarak temyizin sonuçlanmasına kadar geçen sürenin tutukluluğun hesaplanmasında dikkate alınması da mümkün değildir. Mahkeme, 1968 yılında verdiği bir kararında[43] açıkladığı gibi, tutukluluk süresinin sonunu mahkûmiyet hükmünün kesinleştiği tarih değil, (kişi eğer salıverilmemiş ise) derece mahkemesi tarafından cezanın verildiği tarih olarak kabul etmektedir.

---

40 Bkz. yukarıda, 33 no'lu dipnot.

41 Somut başvuruda tutukluluk süresinin hesaplanmasına ilişkin açıklamanın herhangi bir uygulaması yoktur, çünkü bireyse başvuru yapıldığı sırada başvurucuların ilk derece mahkemesinde yargılanmaları sürmekte idi. Somut başvuruyla ilgisi olmayan unsurlara yer verilmesinden kaçınılması, karar yazımında daha uygun olabilir.

42 KARAN, 2013, s. 187, 192; D.J. HARRIS – M. O'BOYLE – E.P. BATES – C.M. BUCKLEY, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku** (Çev: Mehveş Bingöllü Kılcı – Ulaş Karan), Şen Matbaa, Ankara, 2013, s. 140.

43 Wemhoff v. Germany, para. 9.

Bu yorum, Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrası bakımından sonuçlar doğurmaktadır.

Yukarıda özetlenen AİHM'nin yaklaşımının Türkiye'de de aynı biçimde uygulanabileceği konusunda Türk öğretisinde fikir birliği yoktur. Azımsanmayacak sayıda yazar tarafından, AİHM'nin tutukluluk süresini hesaplama yönteminin Türkiye'de uygulanamayacağı savunulmaktadır. Bunun nedeninin, AİHM'nin "*hükümlü*" kavramına verdiği anlamdan kaynaklandığı, Türk Hukukunda ise hükümlülüğün bu şekilde anlaşılamayacağı;[44] Ceza Muhakemesi Hukukunda sanık sıfatının hükmün kesinleşmesine kadar sürdüğü,[45] ceza infazının da ancak mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesiyle mümkün olabileceği[46] belirtilerek, Türk Hukuku açısından AİHM'nin yorumunun geçerli kabul edilemeyeceği savunulmuştur.[47] Benzer bir sonuca, Ceza Hukuku öğretisinde önerilen "*tutuklu*" ve "*tutuklama*" tanımlarından da ulaşılabilir. Buna göre, tutuklama, kişi hürriyetinin kesin hükümden önce hâkim ya da mahkeme kararıyla sınırlandırılmasına ilişkin bir tedbirdir.[48]

---

44 Kunter – Yenisey – Nuhoğlu'na göre de "*Sanık, hükümlü yani suçlu olmadığından, ancak sanık olmanın gerektirdiği ve Muhakeme Hukukunun zaruretleri ile kabul olunan kayıtlamalara tâbi tutulabilir. Bu kayıtlamalar, Muhakeme Hukuku tedbiri olup ceza niteliğinde değildir. Aksini düşünmek, suçlu olduğu mahkumiyet yargısı da sabit olmayan bir kimseyi peşin hükümle cezalandırmak demek olur ki, ceza davası açıp mahkemeye başvurmakla bağdaşamaz*". Nurullah KUNTER – Feridun YENİSEY – Ayşe NUHOĞLU, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 15. Baskı, İstanbul, 2006, s. 448.

45 Ceza Muhakemesi Kanununun 2-1(b) düzenlemesine göre sanık, "*Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişi*" olarak tanımlanmıştır. Şüpheli ve sanık kavramları için bkz. Yener ÜNVER – Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2010, s. 203-205. Kısaca belirtmek gerekirse, CMK m. 2'ye göre suç şüphesi altında bulunan bir kişi soruşturma evresinde şüpheli, kovuşturma evresinde ise sanık olarak kabul edilir. Faruk TURHAN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti,. Ankara, 2006, s. 101. Yazar, sanık sıfatının sona ermesi, hükmün kesinleşmesiyle mümkün olabilir. Bkz. aynı yer, s. 102. Ayrıca bkz. Özer ÖZBEK – M. Nihat KANBUR – Koray DOĞAN – Pınar BACAKSIZ – İlker TEPE, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, 2014, s. 234-235.

46 Bkz. 5275 sayılı Kanun, m. 4.

47 Bu görüş için bkz. Muharrem ÖZEN – Devrim GÜNGÖR – Güneş OKUYUCU ERGÜN, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 68, Sayı 4, 2010, 181-187, s. 185-187.

48 Bahri ÖZTÜRK - Behiye Eker KAZANCI – Sesim Soyer GÜLEÇ, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.46;Ersan ŞEN – Bilgehan ÖZDEMİR, **Tutuklama Uygulamada Şüpheli ve Sanık Haklarının Korunması**, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2011, s. 19; Mustafa Tarık ŞENTUNA, **Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Ulusal ve Ulus Üstü İnsan Hakları, Anayasa ve Ceza Yargılaması Hukuku Açısından Tutuklama ve Adli Kontrol**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 25-26; ÜNVER – HAKERİ, 2010, s. 351.

Tutuklama, sonuç olarak hakkında henüz kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü verilmeden önceki aşamada, soruşturma aşamasında şüphelinin, kovuşturma aşamasında sanığın Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belirtilen koşulların oluşmasıyla birlikte hâkim kararıyla özgürlüğünün kısıtlanıp tutukevine konulmasıdır. Somut başvuruda başvurucular derece mahkemesi tarafından yargılamaları sürerken salıverildikleri için temyiz sırasında özgürlüklerinden mahrum kalmaları durumu ortaya çıkmamıştır. Yine de Mahkeme, yukarıda belirtildiği gibi söz konusu sürenin hesaplanmasına ilişkin benimsediği formüle bu kararında da yer vererek öğretide tartışılan bu hususta nerede durduğunu teyit etmiştir. Yargı kararlarıyla[49] istikrar kazanan bu yaklaşımın, öğretide eleştirildiği bilinmektedir.[50]

Anayasa Mahkemesi'nin bu eleştiriler karşısında neden AİHM'nin yaklaşımını tercih ettiğini net biçimde ortaya koyması gerekir. Kaldı ki, AİHM'nin bu yaklaşımının da Avrupa öğretisinde sorgulanmadığı ve eleştirilmediği söylenemez. Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasının temyiz

---

49 Anayasa Mahkemesi'nden başka, Yargıtay da tutukluluk süresini aynı şekilde hesaplamaktadır. Bkz. ÖZTÜRK – KAZANCI – GÜLEÇ, 2013, s. 65-66. Yargıtay'ın örnek bir kararı için bkz. Yargıtay CGK, E. 2011/1-51, K. 2011/42, K.T. 14.2.2011.

50 Örnek olarak bkz. ŞEN – ÖZDEMİR, 2011, s. 188: "*…hatalı bir yorumla, "sanık" sıfatı ile "kovuşturma" aşamasının devam ettiği temyiz sürecini, CMK m.102'de aksine hüküm olmadığı halde azami tutukluluk süresinin dışında tutulabileceği ileri sürülmektedir. Oysa bu uygulama, Ülkemizdeki temyizde geçen süreyi soruşturma ve yerel mahkemede geçen yargılama süresine dahil eden İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 30.06.2009 tarihli Mehmet Fırat-Türkiye kararına aykırıdır. Bu konu ile ilgili CMK m.102'de özel bir düzenleme öngörülmedikçe, temyiz aşaması da –olağan kanun yolu aşaması- kovuşturmaya dahil olduğundan, bu sırada geçen tutukluluk süresi CMK m.102'de öngörülen sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmalıdır*".
[Belirtmek gerekir ki yazarların sözünü ettiği Fırat/Türkiye kararında AİHM, bilinen içtihadını uygulamış ve temyizde geçen süreyi dikkate almamıştır. Söz konusu kararda, başvuranın 4 yıl 21 gün tutuklu kaldığı belirtilmektedir. Karar incelendiğinde 5 Eylül 2000 tarihinde tutuklanan Fırat hakkında mahkûmiyet hükmü 11 Mart 2004 tarihinde verilmiştir. Yargıtay'ın bozma kararı 13 ay sonra, 20 Nisan 2005'de çıkmış;1 Ağustos 2005 tarihinde dosya kendisine gelen İstanbul Mahkemesi de 10 Kasım 2005'de salıvermiştir. Yargıtay'da geçen süre AİHM tarafından tutukluluğa sayılsa idi tutukluluk süresi 5 yıl 2 ay 6 gün olarak hesaplanacaktı. 4 yıl 21 gün olarak hesaplanması, temyizde geçen yaklaşık 13 ayın dikkate alınmadığını ortaya koymaktadır. Kararın 21. paragrafında da "*Mahkeme, başvuranın tutuklu yargılanma sürecinin iki dönemden oluştuğunu ve toplam dört yıl yirmi günden fazla sürdüğünü kaydeder*" ifadesiyle temyizde geçen süreyi kişi cezaevinde olmasına karşın dikkate almadığını ortaya koymaktadır. Bkz. Case of Fırat v. Turkey, no. 37291/04, judgment of 30.6.2009. Dolayısıyla yukarıdaki görüş bir yana bırakılırsa, dayanak olarak gösterilen AİHM kararı yeni bir şey söylememektedir.]
ÖZTÜRK – KAZANCI – GÜLEÇ de Türk yargısının bu uygulamasına karşı çıkar. Yazarlara göre AİHS asgari standartları oluşturur ve iç hukukta daha geniş biçimde koruma getiren hükümleri AİHS'ye aykırılık oluşturacağı biçiminde yorumlamak doğru değildir. AİHS'nin 17. maddesi de böyle bir yoruma kapı aralamamaktadır. ÖZTÜRK – KAZANCI – GÜLEÇ, 2013, s. 66.

aşamasındaki tutulmayı kapsamaması nedeniyle mahkûm olmuş bir kişinin temyiz aşamasındaki tutulma sebeplerinin denetimini bu fıkra kapsamında ileri sürememesinin, 5. maddenin "*özgürlük hakkı*" lehine eğilimi ile hemen hemen hiç uyuşmadığı eleştirisi yöneltilmiştir.[51] Bu nedenle, ulusal yargı yerlerinin AİHM'nin bu yaklaşımını tartışmasız benimsemek gibi bir zorunlulukları olduğundan söz edilemez.

Bilindiği gibi AİHS, insan hakları alanında oluşturmak istediği Avrupa ortak kamu düzeni[52] içerisinde bir asgari standart getirmeyi amaçlar. Bu gereklilik, AİHS ve onu yorumlayan AİHM'nin belirlediği standartların altına düşmemeyi ve onları ihlal etmemeyi gerektirir[53] ve doğal olarak bu standartların üstüne çıkılmasının Sözleşmenin amaçlamadığı bir husus olduğu ileri sürülemez. Diğer yandan, AİHS'nin hakların kötüye kullanılması yasağını düzenleyen 17. maddesi[54] ile Sözleşmede tanınmış hakların en geniş şekilde korunmasını amaçlayan 53. maddesi,[55] ulusal ya da uluslararası herhangi bir başka düzenlemenin Sözleşmede tanınan hakları Sözleşmenin

---

51 Bkz. HARRIS – O'BOYLE – BATES – BUCKLEY, 2013, s. 170 ve aynı yer, 486 no'lu dipnot.

52 Kavram için bkz. GÖZÜBÜYÜK – GÖLCÜKLÜ, 2009, s. 14; Emin MEMİŞ, "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", **Anayasa Yargısı**, C. 17, 2000, 130-172, s. 143; Said Vakkas GÖZLÜGÖL, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 157; Cem ŞENOL, "AİHS Hükümleri ve AİHM Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi", **Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2012, Sayı 1, 259-288, s. 261.

53 "*…Sözleşmenin kendine özgü niteliği, Sözleşme ile iç hukuk ilişkisinin andlaşmaların genel düzeni çerçevesinde anlaşılmasını engellemektedir. Çünkü devletler, Sözleşmeyi onaylamakla klasik milletlerarası andlaşmalardan farklı olarak karşılıklılık ilkesine dayanmayan, Avrupa ortak kamu düzeni kurma amaçlı yeni bir hukukla bağlanmışlardır. Ayrıca Sözleşmenin 1. maddesinde yer alan, devletlerin yetki alanları içindeki herkese Sözleşmede yer alan hak ve hürriyetleri tanırlar şeklindeki ifade, Sözleşme organlarının kararlarında, hak ve hürriyetleri ihlal etmeme ve bunların etkili kullanımını sağlama yükümlülüğüne dönüştürülmüştür. Sözleşmenin hem Avrupa kamu düzeninin Anayasal belgesi, hem de devletlere yükümlülükler getiren bir belge olarak yorumlanması, iç hukukun Sözleşmeye uygunluğunu gerektirmesinin yanında, ulusal yargı yerlerini de Sözleşmeyi uygulamaya ve Sözleşmeye uygun yorum yapmaya zorlamaktadır.*" Reyhan SUNAY, **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Pano Ofset, Ankara, 2001, s. 304.

54 Sözleşmenin "Hakları kötüye kullanma yasağı" başlıklı 17. maddesi aşağıdaki gibidir:
"*Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.*"

55 Sözleşmenin 53. maddesi aşağıdaki gibidir:
"*Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz.*"

öngörmediği biçimde sınırlandırmasına gerekçe oluşturmasını açıkça yasaklamaktadır. Öte yandan, Anayasanın 90. maddesinin de başka türlü bir yoruma meydan verir şekilde yorumlanması düşünülemez.[56] Anayasanın 90. maddesinde sözü edilen uyuşmazlık halinde uluslararası insan hakları normunun esas alınması, ancak uluslararası sözleşme hükmünün daha geniş özgürlük tanıması durumunda geçerlidir. İç hukukun daha fazla özgürlük tanıdığı durumlarda iç hukuk normunun uygulanacağı açıktır.[57]

Tutukluluk süresinin hesaplanmasına ilişkin yukarıda özetlenen eleştiriler AİHS'nin 17. ve 53. maddeleri ve Anayasanın 90. maddesi ile birlikte düşünüldüğünde, Türkiye'de neden AİHM'nin yorumunun tercih edildiğinin tatmin edici biçimde açıklanmasını zorunlu kılmaktadır. AİHM'nin yerleşik içtihadının bu yönde olduğunu belirtmekle yetinmek ise bu nitelikte bir açıklama olmaktan uzaktır. AİHM'nin belirlediği standartlar alt eşik olmakla birlikte, ulusal hukuk düzenlerinde bunların üzerine çıkılması gerekirken daha ileride olan ulusal standartların AİHS düzeyine "*çekilmesi*" kabul edilemez. Anayasanın 90. maddesinde yapılan 2004 değişikliğinin ardında yatan nedenin, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde –özellikle de AİHS'de- öngörülen insan haklarının korunmasına ilişkin standartların ulusal hukuk düzenimizin üzerinde olduğunun varsayılmasıydı. Ne yazık ki büyük oranda doğru olan bu yargı, –yukarıda aktarılan itirazların doğru olduğu varsayıldığında- tutukluluk süresinin hesaplanmasında temyizde geçen sürenin dikkate alınıp alınmayacağı konusunda değişmektedir. En azından, Ceza Muhakemesi Hukuku'nda sanık, tutuklama, tutuklu, hüküm ve hükümlü kavramlarına yasada ve/veya öğretide verilen anlamların hepsinde kesinleşmiş yargı kararını dikkate alma ortak noktası düşünüldüğünde, bunun neden yüksek yargı kararlarına yansıtılmadığı en azından doyurucu bir açıklamayı hak etmektedir.

VI. Sonuç

Hebat Aslan ve Firas Aslan'ın Anayasa Mahkemesi'ne ve daha sonra AİHM'ye yaptıkları başvurular birlikte incelendiğinde, özgürlük ve güvenlik

56 90. maddenin son cümlesine göre "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*."

57 Bu konuda bkz. Bülent Algan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 304.

hakkının çeşitli unsurları konusunda iki mahkeme arasında esaslı bir yaklaşım farkı olmadığı ortaya çıkmaktadır. AİHM, önüne gelen başvuruda Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı değerlendirmeleri, sorunları ele alma tarz ve gerekçelerini, son olarak da başvuranların zararlarını gidermek için hükmettiği tazminatı yerinde ve yeterli bulmuş; farklı gerekçelerle maddenin çeşitli yönlerden ihlal edildiğini tespit etmesine karşın ayrıca bir tazminat ödenmesine gerek görmemiştir. Bu kararda yetkili makamların dikkate alması gereken en önemli tespit olarak, olayın meydana geldiği dönemdeki şekliyle CMK'nın 141. maddesinin etkin bir hukuk yolu öngörmediği tespitidir.[58] Bunun dışında, AİHM'nin bakış açısından, ihlal iddiasına konu olan olayları tıpkı kendisi gibi değerlendirmeyi tercih eden Anayasa Mahkemesi önünde görülmüş olan başvuru büyük ölçüde sorunsuzdur. Bu nedenle AİHM başvurunun önemli bir bölümünü çeşitli gerekçelerle kabul edilemez bulmuş, ihlal tespit ettiği 5. maddenin 4. fıkrasına ilişkin kararında da aslında Anayasa Mahkemesi'ni teyit etmiştir.

Bireysel başvuruya konu hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasının son inceleme mercii olarak öngörülen Anayasa Mahkemesi'nin sonuçta bir ulusal insan hakları koruma organı olduğu, bireysel başvurunun yeni bir yol olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar ve bunların gerekçeleriyle yasama, yürütme ve yargı organlarına yol gösterme misyonunu da halen üzerinde taşıdığı ve sonuçta AİHS'nin yanında Anayasa ve ulusal mevzuatla da bağlı olduğu düşünüldüğünde, kararlarını ve bunların gerekçelerini yalnızca AİHM odaklı ortaya koyması zaman zaman sorunlara yol açabilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruları karara bağlarken Türkiye'nin kendine özgü koşullarını, sorunlarını ve beklentilerini dikkate alma ve karşılama sorumluluğunun AİHM'ye kıyasla çok daha fazla olduğunun altını çizmek gerekir. AİHS'nin ve AİHM'nin Sözleşmede koruma altına alınan hak ve özgürlüklere ilişkin Avrupa ortak kamu düzenini yansıtan asgari düzeyi belirlediği göz önünde bulundurulduğunda, bu düzey Sözleşmeye taraf ülkeler için üst sınır değil, tam tersine bir alt sınırdır. Kaldı ki AİHM'nin, pek çok hak ve özgürlüğün korunma tarz ve yöntemi konusunda devletlere önemli bir takdir marjı tanıdığı da bilinmektedir. Öte yandan, AİHM'nin Sözleşmede korunan hak ve özgürlüklere ilişkin yorumlarının ve gerekçelerinin sorgulanamaz olmadıkları; özellikle ulusal

58 Hebat Aslan and Firas Aslan v. Turkey, para. 93-94.

hukuk düzeninin Sözleşmeye göre daha etkili koruma sağladığı durumlarda hatırda tutulmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin de, önüne gelen başvuruları değerlendirirken Sözleşmeye aykırı olmamak koşuluyla serbest bir hareket alanı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu hareket alanını kullanmadığı söylenemez; aksine tutuklu milletvekillerine ilişkin verdikleri kararlarda olduğu gibi özgürlük ve güvenlik hakkına yeni açılımlar getirdikleri kararlar da bulunmaktadır. Ne var ki, AİHS ile tümüyle uyumlu görünen kararlarında bile aslında kamuoyunun, hukuk uygulayıcılarının ve öğretinin yanıt bekleyen önemli sorularına yanıt verilmesi de haklı bir beklentidir. Bu çalışmada, özellikle tutukluluk gerekçeleri ile tutuklulukta makul sürenin belirlenmesi konularında, Anayasa Mahkemesi'nin daha önce AİHM'nin belirlemiş olduğu şablonların dışına çıkmasının yararlı olmanın ötesinde bu hakkın Türkiye'de daha etkili biçimde korunması için gerekli de olduğu; ille de bu şablonlara bağlı kalınacaksa bunun kendisine yönelen itirazları karşılayacak bir içerikle gerekçelendirilmesi gerektiği savunulmuştur. Bunun gerçekleştirilmesi durumunda, 53. kuruluş yıldönümünü kutlayan Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşık 2,5 yıldır üstlendiği Türkiye'de temel hak ve özgürlüklerin korunması işlevine gelecekte çok daha fazla katkı sağlayacağı rahatlıkla söylenebilir.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Bakımından Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Delil Yasakları

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Maden
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1. Takdim

Delil yasakları, pek çok bakımdan inceleme konusu yapılabilir. Ceza muhakemesi hukukunun oldukça tartışmalı olan konuları arasında yer alan bu alanda, delil elde etme ve delil değerlendirme yasakları bakımından tartışmalar hâlen devam etmektedir. Medenî muhakeme hukuku alanı da delil yasakları tartışmasından ari değildir. Bu çalışmanın konusu, öncelikle, Anayasa Mahkemesi'nin (Mahkeme), bireysel başvurularda delil yasaklarına yaklaşımı ile sınırlıdır. Delillerin hukuka aykırı olarak elde edilmesi ve değerlendirilmesi farklı hakların ihlâline sebep olabilir. İkinci olarak eldeki çalışmanın konusu, adil yargılanma hakkı ile sınırlıdır.

Diğer taraftan, Anayasa'yla koruma altına alınmış olan adil yargılanma hakkı bakımından delil yasaklarının muhtevası temellendirilmeye çalışılırken esas olarak ceza muhakemesi hukukundan hareket edilecektir. Anayasa'da da delil yasakları konusu, "*Suç ve cezalara ilişkin esaslar*" başlığı altında, 38'inci maddede düzenlenmiştir. Ortaya konulanların, uygun olduğu ölçüde medenî muhakeme hukukunda ve idarî muhakeme hukukunda uygulanması mümkündür.

Delil yasaklarının konulmasıyla, kişilerin hakları ve hürriyetleri korunmak amaçlanmaktadır.[1] Bu hem delil elde etme yasakları bakımından

1 Ast, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme veya AİHS) 3'üncü maddesine aykırı olarak elde edilen delillerin yargılamada kabul edilmesinin hukuk uygulayıcılarının bu metotları kullanmasını teşvik edeceğinden hareket eden "önleyici yaklaşım"ın Alman tartışmasında kabul edilmesinde dikkatli olunduğunu kaydeder. Zira, hukuk uygulayıcılarının ihlallerini önleyecek muayyen araçlar, cezai yaptırımlar ve disiplin

hem de delil değerlendirme yasakları bakımından böyledir. Kolluğun bu konuda disiplin altına alınmasının temelinde de kişilerin hak ve hürriyetlerinin korunması düşüncesi bulunduğu kabul edilmelidir. Böylece, delil yasakları, hak ve hürriyetlerin korunmasındaki vasıtalar içerisinde bir vasıta olarak karşımıza çıkmaktadır. Hâlbuki, delil yasaklarının koruduğu hak ve hürriyetler, hukukun farklı alanlarının farklı korumalarına sahiptir. Ceza hukukunda, suç tanımlarının ihdasıyla korunan hukuki değerler tam da delil yasaklarıyla korunan hak ve hürriyetlerle ilgilidir. Dahası, kolluğun bu işlemler sırasında hukuk dışına çıkması halinde karşılaşabileceği idarî yaptırımlar vardır. Bunun da ötesinde, soruşturma ve kovuşturma makamlarının yapacağı hukuk dışı işlemlere özel hukuk da kayıtsız değildir. Bu kapsamda, örneğin, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen bütün koruma tedbiri türlerinden kaynaklanan maddi manevi zararların karşılanmasını içermese de[2] "*kendine özgü bir kurum*" olan ve ceza muhakemesi hukukunu ve tazminat hukukunu birlikte ilgilendiren[3]; AY m. 19/son ve AİHS m. 5/5 düzenlemelerini hayata geçiren "*koruma tedbirleri nedeniyle tazminat*" (CMK Yedinci Bölüm) müessesesi hatırlanmalıdır.[4]

2. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının Kapsamı Bakımından Delil Yasakları

Delil yasakları ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının (Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (AYMKYUK), m. 45) kapsamı bakımından şu dört başlığa temas etmekte fayda vardır: İhlâl edildiği iddia olunan temel hak veya özgürlüğün

---

yaptırımlarıdır; ceza muhakemesini felç edebilecek ve adil bir cezaya mâni olacak bir yaptırım değil. Alman hukuk görüşünde, delil kullanma yasaklarını savunmak veya reddetmek babından üç düşüncenin olduğu belirtilmiştir. Birincisi, cezalandırmanın meşruiyetini koruma amacıdır. İkincisi, ceza muhakemesinin gerçeği bulma ve adil bir ceza verme amacıdır ki bu, çoğunlukla apaçık delillerin kullanılması yasaklarıyla çelişir. Üçüncüsü ise bilgiyi kontrol etme haklarıdır: Stephen Ast, "The Gäfgen Judgement of the European Court of Human Rights: On the Consequences of the Threat of Torture for Crminal Proceedings", German Law Journal, Vol. 11, No.12, 2010, ss. 1393-1405, ss. 1402-1403'de.

2 Bütün koruma tedbirlerinden kaynaklanan zararların karşılanmasını kapsayan bir düzenleme üzerinde durulmalıdır. Centel/Zafer'e göre, bütün koruma tedbirlerinden kaynaklanabilecek zararların bu kapsama alınması gerekirdi; yazarlar, "*ayrı bir Yasa'da koruma tedbirlerinin hukuka aykırı uygulanmasından, adli hata sonucunda haksız mahkûmiyet kararı verilmesinden ve makul sürede yargılama yapılmamasından doğan zararların giderilmesi konusunun düzenlenmesi*" gerekliliğini ileri sürmektedirler: Centel/Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2013, ss. 438-439.

3 YCGK 23.11.2004/177-203; YCGK 21.12.2010/212-263 kararlarına atıf yapan: Centel/Zafer, s. 438.

4 Bkz. Centel/Zafer, ss. 437-438.

Anayasa'nın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin ortak koruma alanına girme şartı (AYMKYUK, m. 45/1); kamu gücü tarafından "*işlem, eylem veya ihmal*" suretiyle ihlâl edilme şartı (AYMYUK, m. 45/1, 2); idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmiş olması şartı (AYMYUK, m. 45/2); kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yasağı (AYMYUK, m. 49/6).

Aşağıda, bireysel başvuru bakımından delil yasakları meselesi, bilhassa ihlâl edildiği iddia olunan temel hak ve özgürlüğün Anayasa'nın ve AİHS ve ek Protokollerinin ortak koruma alanına girme şartı ve kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yasağı bakımından ele alınacaktır. Ardından Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili yakın tarihli bir kararına yer verilecektir.

3. Anayasanın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ortak Koruma Alanına Girme Şartı Bakımından Delil Yasakları

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun açılmasıyla, Mahkemenin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarından yararlanma sureti konusunda dikkat çekilmek gereken hususlar vardır. Unutulmamalıdır ki, AİHM, yargısal görev yapan siyasal bir organdır. Birçok davada, davalı devletin tayin etmiş olduğu yargıcın, devleti lehine muhalefet şerhi düşmüş olmasını gözden ırak tutmamak gerekir. İkincisi, AİHM'nin görevi, "*ikincil*" niteliktedir ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle teminat altına alınan hakların korunması ve hayata geçirilmesi öncelikle taraf devletlerin sorumluluğu altındadır. Üçüncüsü, Sözleşme, asgarî standartların belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak bir metindir; Sözleşme metni ve özellikle AİHM içtihatları kesinlikle ulaşılmaya çalışılan nihai hedefler gibi algılanmamalıdır. Dördüncüsü, AİHM'nin özellikle inanç hürriyeti ve eğitim hakkı ile ilgili isabetli olmayan kararları hatırlanmalıdır. Beşincisi, AİHM'nin görevinin ikincil nitelikte olmasıyla da ilgili olarak, taraf devletlere tanınan takdir alanı gözden uzak tutulmamalıdır.

Yukarıda belirtilen nedenlerle ve diğer nedenlerle, Anayasa Mahkemesi üyelerini ve raportör hâkimlerini bekleyen, özellikle iş yoğunluğu da dikkate alındığında, Avrupa Mahkemesi kararlarının tercümesinin çok ötesine geçememe tehlikesine işaret etmekte yarar vardır. Pek tabii, hâkimlerimiz diğer birçok sorunun üstesinden geldikleri gibi, haklar ve hürriyetler konusunda,

Avrupa Mahkemesinin takipçisi olmanın ilerisinde, bu topraklara yakışır bir hukuk anlayışının yerleşmesinde üstlendikleri kurucu rolün farkındadırlar.

i. Anayasa'da, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Delil Yasakları

Anayasanın "*Hak arama hürriyeti*" başlıklı 36'ncı maddesinde, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" hükmü yer almaktadır.

Anayasanın "*Suç ve cezalara ilişkin esaslar*" başlıklı 38'inci maddesinin 6'ncı fıkrası, "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*" hükmünü muhtevidir.

Anayasanın delil yasakları konusundaki hükmünün, hukuk devleti ilkesiyle, mağdurların haklarıyla, suçların etkin şekilde muhakeme edilmesi ve cezayla karşılık bulması gerekliliklerileyle ve diğer ilgili konularla birlikte değerlendirilmesi gerekir.[5] Hukuk güvenliği sağlayan bir devlet olmakla hukuk devleti, bir taraftan hukuka aykırılıklarla etkin bir şekilde mücadele etme; diğer taraftan bu mücadelede hukuk kuralları içerisinde kalmak durumundadır. Yine, hukuk devletinin öncelikli amaçlarından birisi, bireylerin mağdur olmamalarını sağlamak; olmaları halinde ise bu konularda etkin muhakeme yapmaktır. Kanaatimizce, her bir basit usul hatasının elde edilen delilleri tamamıyla geçersiz kılması durumunda hukuk devletinin amaçları zarar görecektir.

5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda delil yasakları konusuna, m.148; m. 206/2-a; m. 217/2; m. 230/1-b ve m. 289/1-i'de yer verilmiştir.

CMK'nın 148'inci maddesi "*İfade alma ve sorguda yasak usuller*" başlığını taşır.

Delil yasakları ile ilgili birçok mesele, ifade almanın ve sorgunun hakkaniyete uygun olarak gerçekleştirilmesi ile bağlantılıdır.[6] İfade alma ve sorguda yasak usuller olarak, CMK m. 148/1'de şüphelinin ve sanığın

5 Bkz. Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Özdem Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erden, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2013, s. 443.

6 Şüphelinin ifadesinin alınması konusunda geniş bilgi için bkz. Timur Demirbaş, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, Ankara 2013; ŞAHİN Cumhur, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara 1994.

beyanının onun özgür iradesine dayanması gerektiği belirtildikten sonra özgür iradeyi engelleyici nitelikte bedensel veya ruhsal müdahalelere örnek olarak, kötü davranma; işkence; ilaç verme (örneğin narkoanaliz (gerçek serumu)); yorma; aldatma; cebir veya tehditte bulunma ve bazı araçları kullanma (örneğin poligraf (yalan makinesi) ve pallometri) sayılmış, m. 148/2'de de "*kanuna aykırı bir yarar vaat edilemeyeceği*" müstakil olarak yer bulmuştur. Kanunun m. 148/3 hükmüne göre, yasak usullerle (örneğin narkoanaliz (gerçek serumu) veya yalan makinesi (poligraf) kullanımıyla) elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemez. Şüpheli veya sanığın yasak yöntemlerin uygulanmasına rızası geçersiz olduğu gibi, yasak yöntem neticesinde elde edilen ifadenin değerlendirilmesine ilişkin rızası da geçersizdir.[7]

Hâkim, şüphe halinde, ifadenin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olup olmadığını re'sen araştırmalıdır; bu meselenin tespiti, ifadenin maddi delil olarak kullanılabilip kullanılamayacağı ile de ilgilidir.[8]

CMK'nın "*Delillerin ortaya konulması ve reddi*" başlıklı m. 206/2-a hükmü uyarınca, kanuna aykırı olarak elde edilmiş olan delilin ortaya konulması reddolunur.

CMK'nın "*Delilleri takdir yetkisi*" başlıklı 217'nci maddesinin 2'nci fıkrasında ise "*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*" hükmü mevcuttur.

Görüldüğü üzere, Anayasa'dan farklı olarak CMK'da "*kanuna aykırılık*"tan değil "*hukuka aykırılık*"tan bahsedilmiştir. Böylece, sadece kanuna değil, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar, kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, yönetmelikler gibi düzenlemelere aykırılıklar da CMK ile getirilen yasak kapsamına girmektedir.[9] Belirtilen metinler, normlar hiyerarşisine göre kanuna eşit ya da kanundan daha az kuvvete sahiptirler.[10]

---

7 Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara 2014, s. 197.

8 Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara 2013, s. 202.

9 Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2013, s. 689; AYM, 22.6.2001-2/2; YCGK, 29.11.2005-7-144/150.

10 Hatta, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların "kanun hükmünde" olduğunu belirten AY m. 90/5 hükmünde, hemen sonra bu tür antlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağının düzenlenmiş olması dikkate alındığında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların normlar hiyerarşisinde kanunların üstüne yerleştirilmiş olduğunu söylemek mümkündür.

Bu cihetten bakıldığında, CMK'daki yasağın Anayasa'ya nispetle geniş olduğu söylenebilir. Diğer taraftan, hukuka aykırılık denilince, Anayasa eliyle normlar hiyerarşisinde kanunun üstüne çok açık biçimde yerleştirilmiş olan "*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar*"a aykırılık da anlaşılmaktadır. Zira, bu tür antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır (AY m. 90/5). Hukuka aykırılıktan, aynı zamanda -bir kanun olan- Anayasa'ya aykırılık da anlaşılmaktadır. Yine hukukun genel ilkeleri de hukuka aykırılık içerisinde mütalaa edilmektedir. Bu cihetten bakıldığında ise, kanun ile kanundan kuvvetli metinlerin birbirine aykırı hükümler ihtiva etmesi halinde kuvvetli metinlerin düzenlemelerinin esas alınacağı tabiîdir.

CMK'nın "*Hükmün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar*" başlıklı m. 230/1-b düzenlemesine göre mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde "*delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi*" gerekir.

CMK'nın *"Hukuka kesin aykırılık hâlleri*" başlıklı 289'uncu maddesinin 1'inci fıkrası (i bendi) uyarınca "*hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması*" halinde, "temyiz *dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da… hukuka kesin aykırılık var sayılır*."

Diğer taraftan, 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "İspat hakkı" kenar başlıklı 189'uncu maddesinin 2'nci fıkrası ise şu şekildedir: "*Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz*."

ii. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Delil Yasakları Konusuna Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Yaklaşımı

Delil yasakları konusunda Sözleşme'de açık bir düzenleme bulunmamaktadır; AİHM, Sözleşme'de düzenlenen bir hakkın ihlâli gündeme geldiğinde yasak delil konusunu da değerlendirebilir.

Gäfgen Kararı[11]nda belirtildiği üzere:

11 *Gäfgen/Almanya* (1.6.2010). Kararın Türkçe çevirisi Avrupa Konseyi'nin şu adresinden temin edilmiştir: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.

"Mahkeme, Sözleşme'nin 19. maddesi gereğince kendi görevinin, Sözleşmeci Devletlerin Sözleşme'ye karşı üstlendikleri taahhütleri yerine getirmelerini sağlamak olduğunu hatırlatır. Bir ulusal mahkeme tarafından yapıldığı iddia edilen maddi veya hukuki hatalar, Sözleşme'nin koruduğu hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmadıkça, bu hataları incelemek Mahkeme'nin işi değildir. Sözleşme'nin 6. maddesi adil muhakeme hakkını güvence altına almakla birlikte, delillerin kabuledilebilirliği konusunda bir hüküm getirmemiştir; bu mesele öncelikle ulusal hukuktaki düzenlemelerin konusudur (*bk. Schenk – İsviçre, 12 Temmuz 1988, §45-46, Seri A no. 140; Teixeira de Castro – Portekiz, 9 Haziran 1998, §34, Reports 1998-IV; ve Heglas – Çek Cumhuriyeti, no. 5935/02, §84, 1 Mart 2007*). *[…] Dolayısıyla, kural olarak bir delil türünün, örneğin hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin iç hukuk açısından kabuledilebilir olup olmadığına karar vermek Mahkeme'nin işi değildir. Cevap verilmesi gereken soru, delillerin elde edilme yolu dahil, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı sorusudur. Bu, söz konusu hukuka aykırılığın ve eğer Sözleşme'deki bir hakkın ihlali söz konusu ise tespit edilen ihlalin niteliklerinin incelenmesini de içerir* (*bk. diğerleri arasında, Khan – Birleşik Krallık, no. 35394/97, §34, ECHR 2000-V; P.G. ve J.H. Birleşik Krallık, no. 44787/98, §76, ECHR 2001-IX; ve Allan – Birleşik Krallık, no. 48539/99, §42, ECHR 2002-IX*)."[12]

AİHM, muhakemenin bir bütün olarak hakkaniyete uygun yapıldığı kanaatindeyse, sadece delilin ulusal hukuka aykırı olarak elde edilmiş veya muhakemede kullanılmış olması nedeniyle Sözleşme bakımından adil yargılanma hakkının ihlâl edilmiş olduğu sonucuna varmamaktadır; bu kapsamda, delilin doğruluğunun sınanmış, çelişmeli muhakeme işletilmiş ve sanığa da güvenilirlik, gerçeklik gibi hususlarda bu delile karşı koyma imkânının verilmiş olması halinde yargılamanın bir bütün olarak hakkaniyete uygunluğunun zedelenmemiş olduğuna karar verilebilir.[13] Bu kapsamda,

---

aspx#{"fulltext":["Gäfgen"],"itemid":["001-111106"]}. (Erişim Tarihi: 5 Temmuz 2015).

12 *Gäfgen/Almanya*, para. 162-163.

13 Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara 2011, s.237; Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, Tıpkı 4'üncü Bası, İstanbul 2013, ss. 288-291; Centel/Zafer, ss. 695-696. Anayasa Mahkemesinin benzer değerlendirmesine aşağıda yer verilmiştir. AİHM'nin delil yasakları konusuna adil yargılanma hakkı bakımından genel olarak yaklaşımıyla ilgili olarak bkz.: Murat Volkan Dülger, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı Ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, ss. 103-105.

yasak delilin hükümde tek delil veya esas delil olarak kullanılmış olup olmaması da önemlidir.[14]

AİHM'ye göre:

"*Bir yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığına karar verilirken, savunma haklarına saygı gösterilmiş olup olmadığı da göz önünde tutulmalıdır. Özellikle, başvurucuya delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediği incelenmelidir. Buna ek olarak, delillerin kalitesi ile birlikte, delillerin elde edildiği koşullar ve bu koşulların delillerin gerçekliği ve güvenilirliği üzerinde kuşku doğurup doğurmadığı da dikkate alınmalıdır. Bir delilin başka materyallerle desteklenmiş olmaması halinde mutlaka adillik sorunu doğmaz; bir delil çok kuvvetliyse ve güvenilirliği konusunda bir risk yoksa, buna karşılık destekleyici delile olan ihtiyaç azalır* (*bk. diğerleri arasında, yukarıda geçen Khan, §35 ve37; yukarıda geçen Allan, §43; ve yukarıda geçen Jalloh, §96*). *Bu bağlamda Mahkeme, söz konusu delilin davanın sonucu üzerinde belirleyici olup olmadığı konusuna da önem bağlamaktadır* (*krş. özellikle, yukarıda geçen Khan, §35 ve 37*)."[15]

AİHM, muhakemenin bir bütün olarak adil olup olmadığına bakmakta; önceki aşamalarda gerçekleşen bir ihlâlin daha sonraki aşamalarda telâfi edilebileceğini kabul etmektedir. *Kolu/Türkiye* (2.8.2005) Davasında, sunulan yargılama güvencelerinin ne itiraf etmeme hakkı tanınmayarak elde edilen itirafların kullanılmasını engelleyecek şekilde ne de şikâyetçilerin aleyhte verdikleri ifadelerine karşı koymayı sağlayacak şekilde rol oynadığı kanaatinde olan AİHM, Yargıtay'ın söz konusu eksiklikleri telafi etmemiş olması sebebiyle bir bütün olarak değerlendirildiğinde dava konusu yargılama sırasında 6'ncı maddede düzenlenen adil yargılanmanın gerçekleşmediği sonucuna ulaşmıştır (para. 62)[16]:

"*Yukarıda belirtilenleri gözönüne alarak AİHM, sorgulamalar sırasında başvuranın adli yardımdan yoksun bırakılmasının – neden ne olursa olsun- daha sonra telafi edilemeyen savunma haklarının ihlalinden dolayı mağdur edildiğine kanaat getirmektedir. Zira bu davada sunulan yargılama güvenceleri, ne itiraf etmeme*

14 İnceoğlu, ss. 288-291; *Schenk/İsviçre* (12.7.1988).

15 *Gäfgen/Almanya*, para. 164.

16 Serkan Cengiz/Fahrettin Demirağ/Teoman Ergül/Jeremy McBride/Durmuş Tezcan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Türkiye Barolar Birliği-Avrupa Konseyi- Avrupa Birliği, Ankara 2008, s. 162.

hakkının tanınmayarak elde edilen itirafların kullanılmasını engelleyecek şekilde ne de şikayetçilerin tanık ifadelerine karşı koymayı sağlayacak şekilde rol oynamamıştır. Böylece başvuran, uygulamada kendisini ele verenlerin iddialarının yanısıra –bu arada- avukatı olmadan ve şüpheli olan gizli gözaltı sırasında elde edilen itirafların kullanılmasının yeniden tartışılması olasılığının reddedildiğini görmüştür.

Yargıtay bu eksiklikleri telafi etmediği sürece (Bkz. 10 Şubat 1983 tarihli Albert ve Le Compte-Belçika kararı, A serisi no: 58, s. 16, § 29 ve 19 Aralık 1997 tarihli Helle-Finlandiya kararı, 1997-VIII, s. 2926, 2928-2930, § 46, 55 ve 60), bütünüyle ele alındığında ihtilaflı yargılama sırasında 6. maddenin gerektirdiği sonuca –adil yargılanma- ulaşılmadığı gözlemlenmektedir.

Buradan yola çıkarak AİHM, Hükümet'in ön itirazı reddetmekte ve 6§1 maddesiyle beraber 6§3-c ve –d maddesi hükümlerinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

Böylece yargılamanın adil olması niteliğine ilişkin şikayetlerin esası hakkında görüş bildirdiğine kanaat getirerek AİHM, aynı başlık altında dile getirilen diğer şikayetleri incelemenin gerekli olmadığını düşünmektedir."[17]

Miailhe/Fransa (26.9.1996) kararında AİHM, delillerin kabul edilebilirliğini belirleme konusunda esas yetkili olan ulusal mahkemelerin görüşü yerine kendi görüşünü koymanın kendi yükümlülüğü olmadığını; bununla beraber, kendisinin, davanın asliye mahkemelerine ve temyiz mahkemelerine götürülmesinin öncesinde var olan olası usulsüzlükleri dikkate alarak ve usulsüzlük olması durumunda bu mahkemelerin söz konusu usulsüzlükleri telafi edip etmediklerini kontrol ederek, davanın, geneli itibariyle, hakkaniyete uygun olarak görüldüğü konusunda tatmin olması gerektiğini belirtir (para. 43)[18]. AİHM, bu davada, umumi mahkemelerin başvuru sahibi tarafından yapılan geçersizlik itirazlarını değerlendirmiş olduklarını ve hükümlerini dava dosyasında bulunan ve tarafların duruşmada haklarında iddialarda bulunduğu belgelere dayandırmış olduklarını ve başvuru sahibinin davasının hakkaniyete uygun olarak görülmesini sağlamış olduklarını belirtir ve söz konusu davanın bütün olarak ele alındığında hakkaniyete uygun olduğuna karar verir (para. 44 ve 46)[19].

17 T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından yapılan gayrıresmi özet çeviri (© T.C. Dışişleri Bakanlığı, 2005): http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":["kolu"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"]}

18 Cengiz vd., s. 158.

19 Cengiz vd. ss. 158-159.

P.G. ve J.H/Birleşik Krallık (25.9.2001) Kararında AİHM'ye göre, cevaplandırılması gereken sorun, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığıdır; Sözleşme'de düzenlenen haklar açıkça ihlâl edilmedikçe kendisi hukuka uygunluk değerlendirmesi yapmaya yetkili değildir; Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını garanti altına alan 6'ncı maddesinde delillerin kabul edilebilirliği ile ilgili bir kural konulmamıştır ve bu husus taraf devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde düzenlenecektir; delilleri sınıflandırarak belli delilleri, mesela hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delilleri kabul edilebilirlik bakımından değerlendirmek kendi görevi değildir ve bu deliller taraf devlet mahkemesince "*kabul edilebilir*" bulunabilir.[20]

Khan/Birleşik Krallık[21] (12.5.2000) Kararında bir ilke gibi, soyut şekilde hukuka aykırı delillerin dışlanmamasının gerekliliğine işaret eden AİHM'ye göre, somut olay dikkate alındığında hukuka aykırı da olsa delilin kullanılması söz konusu olabilmelidir; asıl önemle üzerinde durulması gereken husus, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığıdır; ilgili delil bakımından başvuru sahibinin savunma hakkı ihlal edilmemiştir.[22]

Khan Davasına konu olayda başvuru sahibi, suçu hâkimin delillerin kabul edilmesi yönündeki kararı üzerine kabullenmiştir (para. 37)[23].

Khan Kararında AİHM'nin, başvuru sahibinin gerçekliğini ve kendisine ait olduğunu kabul ettiği ses kaydının yargılamanın dayandığı tek delil olduğu iddialarını kabul etmekle birlikte olaydaki gibi kaydın güvenilirliği konusunda tereddüt bulunmayan hallerde, bunu güçlendirecek delile olan ihtiyacın azalacağını belirtmiş olması[24] ilgi çekicidir. AİHM'ye göre, itiraz gören konunun dışındaki delillerin varlığının önemi dava koşullarına bağlıdır (para. 37)[25].

---

20 Centel/Zafer, s. 695.

21 Karara konu olan olayda başvuru sahibi, uyuşturucu ticareti yapmaktan hakkında soruşturma yürütülen ve evi gizli olarak dinlenen arkadaşının evinde yaptığı konuşmada üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmiş olan bir uyuşturucu kaçakçılığının parçası olduğuna ilişkin kabulde bulunmuştur: Centel/Zafer, ss. 695-696. *Allan/Birleşik Krallık* (5.11.2002) Davasına konu olayda ise, *Khan* Davasının aksine, başvuru sahibi, önce polis karakolunda, sonra da hapishanede kendisiyle aynı yere yerleştirilen uzun süreli polis muhbirine beyanda bulunmuştur (para. 52): Cengiz vd., s. 154.

22 Centel/Zafer, ss. 695-696.

23 Cengiz vd., s. 159.

24 Centel/Zafer, ss. 695- 696.

25 Cengiz vd., s. 159.

AİHM, bu davada, yerel mahkemelerin, delilin kabul edilmesi ile davanın hakkaniyete uygun görülmesi arasındaki ilişkiyi değerlendirmiş olmalarını dikkate almıştır (para. 38-39)[26].

Söylemez/Türkiye (21.9.2006) Davasında AİHM şunları kaydeder:

"*AİHM, AİHS'nin 19. maddesi uyarınca, Sözleşmeci Devletlerin AİHS'ten kaynaklanan yükümlülüklere uymasını sağlamak görevi olduğunu hatırlatmaktadır. AİHS'in garanti altına aldığı hak ve özgürlükleri tehdit edebilecek durumda olmadıkları sürece, ulusal bir mahkemece yapıldığı iddia edilen esasa ve hukuka ilişkin hataları tespit etmek AİHM'in görevi değildir. Eğer AİHS'in 6. maddesi adil yargılanma hakkını garanti altına alıyorsa, bu madde mevcut haliyle delillerin kabuledilebilirliğini düzenlememektedir. O halde bu husus ilk etapta iç hukukun görev alanına girmektedir (Schenk-[İ]sviçre davası, 12 Temmuz 1988 tarihli karar ve örnek olarak farklı bir koşulda gerçekleşen, Teixeira de Castro-Portekiz davası, 9 Haziran 1998 tarihli karar). Bazı kanıt belgelerinin, örneğin yasa dışı yollardan elde edilmiş verilerin kabul edilebilirliği hakkında ve de başvuranın suçluluğu hakkında görüş bildirmek AİHM'in görevi değildir. Davanın ve kanıt belgelerinin elde ediliş şeklinin, bütün olarak adil olup olmadığını incelemek gerekir. Bu da sözkonusu "yasa dışılığın" incelenmesini ve AİHS tarafından korunan başka bir hakkın ihlal edilmesinin sözkonusu olduğu durumlarda bu ihlalin niteliğinin incelenmesini içermektedir (Khan-İngiltere, 35394/97 no [l]u karar). Bir sanık aleyhindeki tek kanıt, ilgilinin bağımsız bir hukuki görüşten yararlanamadığı koşullarda elde edildiği zaman ve sanık daha sonra bu kanıtın değerini inkâr ettiği zaman, AİHS'nin 6 § 1 maddesinde bulunan davanın hakkaniyeti garantisi, kanıtın geçerli olup olmadığının ve davada bu kanıtın dikkate alınıp alınmayacağının incelenmesine olanak tanıyacak bir davanın gerçekleştirilmesini şart koşmaktadır (G.-İngiltere, 9370/81 no'lu, Komisyonun 13 Ekim 1983 tarihli kararı).*"[27]

Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlâli suretiyle elde edilen delillerin kullanılması bakımından özel bir durum vardır.[28] Nitekim, *Harutyunyan/*

---

26 Cengiz vd., ss. 159-160.

27 T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından yapılan gayrıresmi özet çeviri (© T.C. Dışişleri Bakanlığı, 2008): http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":["söylemez"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"]}

28 Bkz. Keir Starmer, *European Human Rights Law*, London 2000, ss. 298-299'a atıf yapan: İnceoğlu, s. 288.

Ermenistan (28.6.2007) Kararında, 8'inci maddenin ihlâli suretiyle elde edilen deliller ile 3'üncü maddenin ihlâli suretiyle elde edilen deliller arasında farklılığa işaret edilmiştir.[29] Bu davada AİHM, işkence altında alınan beyanların kullanılmasının, başvurucu hakkındaki cezai takibatın sonucuna olan etkisinden bağımsız olarak, onun hakkındaki yargılamanın bütününü hakkaniyetsiz hale getirdiğine ve böylece Sözleşme'nin 6/1 maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir.[30] Bilindiği gibi 3'üncü maddede, savaş halinde dahi istisnası öngörülmemiş mutlak bir yasak söz konusudur. Böylece 3'üncü madde, diğer konularda olduğu gibi delil yasakları konusunda da özel bir konuma sahiptir. İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin[31] 15'inci maddesine göre, "*Her Taraf Devlet işkence yapılarak alındığı tespit olunan herhangi bir ifadenin, işkence yapmakla itham olunan kişi aleyhinde delil olarak kullanılması hariç, herhangi bir kovuşturmada delil olarak kabul edilmemesini sağlayacaktır*."

Yasak delillerin uzak etkisi ve 3'üncü maddeye aykırı olarak elde edilen deliller ile adil yargılanma hakkı arasındaki ilişki bakımından ilginç bir karar olan *Gäfgen/Almanya* (Büyük Daire, 1.6.2010) Kararında[32] şu ifadelere yer verilir:

"Mahkeme'den, işkence oluşturmayan fakat Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı insanlıkdışı muamele olarak nitelendirilen bir fiil sonucu elde edilen maddi delillerin kabulünün, yargılamanın adilliği üzerinde doğurduğu sonuçları incelemesi istenmiştir. Yukarıda da gösterildiği gibi (bk. yukarıda parag. 166-167), Mahkeme bugüne kadar verdiği kararlarda, bu tür bir delilin, olayın içinde bulunduğu diğer şartlara bakılmaksızın, bir yargılamayı her zaman adil olmayan bir duruma getirip getirmeyeceği sorununu henüz çözmemiştir. Ancak Mahkeme, hem Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı (ister işkence, isterse insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilsin) muamele yapılmasının bir sonucu olarak elde edilen ifadelerin ceza davasında kullanılmasının ve hem de işkence fiillerinin doğrudan bir sonucu olarak elde edilen maddi delillerin kullanılmasının, yargılamayı bir bütün olarak ve otomatik

29 para. 62-63.

30 para. 66.

31 "İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme"

32 Karar değerlendirmesi için bkz.: Ast, **a.g.e.**; kararın değerlendirmesi ve olumsuz eleştirisi için bkz: Murat Volkan Dülger, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2014, Y. 26, S. 111, ss. 325-410.

bir şekilde Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı adil olmayan bir duruma soktuğunu belirtmiştir (bk. yukarıda parag. 166-167)."[33]

Görüldüğü üzere AİHM, 3'üncü maddenin hangi unsurunun ihlâl edildiğine ve ihlâl neticesinde elde edilen delilin niteliğine göre bir ayrım yapmıştır. Dülger konuyla ilgili olarak şunları kaydeder:

"Bu açıklamanın tersinden çıkan sonuç Mahkemenin, 3. maddeye aykırı muamele yapılmasının bir sonucu olarak elde edilen ifade (bu ibare CMK açısından ifade ve sorguyu kapsamaktadır) dışındaki delillerin, işkence dışındaki (insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele vb. gibi) hukuka aykırı eylemlerin doğrudan bir sonucu elde edilen maddi delillerin ve bunlar yoluyla elde edilen doğrudan olmayan delillerin yargılamayı bir bütün olarak ve kaçınılmaz bir şekilde Sözleşmenin 6. Maddesine aykırı adil olmayan bir duruma sokmadığını belirtmesidir."[34]

Gäfgen Kararında ayrıca şu ifadelere yer verilmiştir:

"165. Tespit edilen Sözleşme ihlalinin niteliğinin incelenmesi konusunda ise Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilerek elde edilen bilginin delil olarak kullanılmasının yargılamayı bir bütün olarak Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı adil olmayan bir duruma getirip getirmediği meselesinin, başvurucunun savunma haklarına saygı gösterilmesi ve söz konusu delilin kalitesi ve önemi gibi, olayın içinde bulunduğu şartlara bakılarak karara bağlanabileceğini hatırlatır (krş. diğerleri arasında, yukarıda geçen Khan, § 35-40; yukarıda geçen P.G. ve J.H. – Birleşik Krallık, §77-79; ve 6. maddenin ihlali bulunmamış olan Bykov – Rusya [BD], no. 4378/02, §94-98, ECHR 2009-...,). Ancak, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen delilin ceza davasında kullanılması konusunda farklı bir düşünce devreye girer. Sözleşme'de güvence altına alınan mutlak nitelikte çekirdek haklardan birinin ihlali sonucu elde edilen bu tür bir delilin kabulü, mahkumiyet üzerinde belirleyici olmasa bile, yargılamanın adilliği üzerinde ciddi sorunlar doğurur (bk. İçöz – Türkiye (k.k.) no. 54919/00, 9 Ocak 2003; yukarıda geçen Jalloh, §99 ve 104; Göçmen – Türkiye, no. 72000/01, §73-74, 17 Ekim 2006; ve yukarıda geçen Harutyunyan, §63).

166. Mahkeme, ikrarlar konusunda, işkence (krş. Örs ve Diğerleri – Türkiye, no. 46213/99, §60; yukarıda geçen Harutyunyan, §63, 64 ve 66; ve Levinta -

33 para. 173.

34 Dülger, "Avrupa İnsan Hakları…", s. 384.

Moldava, no. 17332/02, §101, 104 ve 105) veya Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı diğer kötü muameleler (krş. Söylemez - Türkiye, no. 46661/99, §107, 122-124, 21 Eylül 2006; ve yukarıda geçen Göçmen, 73-74) sonucu elde edilmiş ifadelerin, maddi olayları kanıtlamak üzere ceza davasında delil olarak kabulünün, yargılamayı bir bütün olarak adil olmayan bir duruma getirdiğini tespit etmiştir. Bu tespit, ifadelerin kanıtlayıcılık değeri bulunup bulunmadığına ve kullanılmalarının sanığın mahkumiyeti bakımından belirleyici olup olmadığına bakılmaksızın uygulanır (ibid).

167. Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden bir kötü muamelenin doğrudan bir sonucu olarak elde edilen maddi delilin yargılamada kullanılması konusunda ise Mahkeme, şiddet fiillerinin, en azından işkence olarak nitelendirilebilecek fiillerin bir sonucu olarak elde edilen suçlandırıcı maddi delile, kanıtlayıcılık değeri ne olursa olsun, hiçbir zaman mağdurun suçluluğunu kanıtlamak üzere dayanılamayacağı kanaatindedir. Bunun dışında bir sonuç, Sözleşme'nin 3. maddesini oluşturanların yasaklamak istedikleri ahlaken kınanacak türden bir eylemi dolaylı olarak meşrulaştırmaya hizmet eder, başka bir deyişle, 'vahşiliğin üzerine hukuk örtüsü örter' (bk. yukarıda geçen Jalloh, §105). Mahkeme Jalloh kararında, işkence kapsamına girmeyen fakat insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilebilecek bir eylemle elde edilen maddi delilin kullanılmasının her zaman, yani özellikle delile atfedilen ağırlığa, kanıtlayıcılık değerine ve sanığın delili kabulüne ve yargılamada kullanılmasına itiraz etme fırsatı bulup bulamadığına bakılmaksızın, yargılamayı adil olmayan bir duruma getirip getirmediği sorununu çözmeden bırakmıştır. Olayın içinde bulunduğu özel şartlar nedeniyle o davada Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (ibid., §107-108).

168. Susma hakkı ve kendini suçlandırmama hakkı ihlal edilmek suretiyle elde edilen delilin kullanılması konusunda Mahkeme, bu hakların Sözleşme'nin 6. maddesindeki adil muhakeme usulü kavramının kalbinde yer alan genellikle tanınmış uluslararası standartlar olduğunu hatırlatır. Bunların varlık nedeni, başka şeylerin yanında, sanığı yetkililerin haksız zorlamalarına karşı korumak ve böylece adli hatadan kaçınılmasına katkıda bulunmak ve Sözleşme'nin 6. maddesinin amaçlarını yerine getirmektir. Özellikle kendini suçlandırmama hakkı, bir ceza davasında iddia makamının, sanığın iradesine aykırı baskı ve zorlama yöntemleriyle elde edilmiş delillere başvurmadan iddiasını kanıtlamak istediğini varsayar (bk. diğerleri arasında, Saunders – Birleşik Krallık, 17 Aralık 1996, §68, Reports 1996-VI; Heaney

ve McGuinness – İrlanda, no. 34720/97, §40, ECHR 2000-XII; ve yukarıda geçen Jalloh, §100).”[35]

Bununla birlikte, Mahkeme, *Gäfgen* Kararında, 3’üncü maddenin ihlali ile sanığın mahkûmiyeti arasında bir nedensellik bağının kurulması gerekliliğine işaret etmiş ancak bu davada belirtilen nedenselliğin kurulamadığı kanaatine ulaşmıştır[36]:

“Bununla birlikte Mahkeme, hem Sözleşme’nin 3. maddesindeki mutlak nitelikteki yasağın etkili bir şekilde korunmasının ve hem de ceza davasının adilliğinin, 3. madde ihlalinin ancak sanık aleyhindeki davanın sonucuyla ilgisi olması, yani sanığın mahkumiyeti ve cezası üzerinde bir etkisinin bulunması halinde tehlikeye gireceği kanaatindedir.”[37]

Kötü muamele ile ilgili olan Jalloh/Almanya (11.7.2006) Davasında AİHM, başvuru sahibine zorla emetizan (kusturucu ilaç) verilmek suretiyle ele geçirilen uyuşturucuların delil olarak kullanılmasının, başvuru sahibinin davasını bütünüyle adaletsiz kıldığı sonucuna ulaşır (para. 107-108)[38].

Ajan provokatörlük suretiyle elde edilen delile dayalı mahkûmiyetler de AİHM tarafından 6’ncı maddenin ihlâli olarak görülmüştür (Texeira de Castro/Portekiz (9.6.1998); Edwards ve Lewis/Birleşik Krallık (22.7.2003); Edwards ve Lewis/Birleşik Krallık (Büyük Daire 27.10.2004); Ramanauskas/Litvanya (Büyük Daire, 5.2.2008); Pyrgiotakis/Yunanistan (21.2.2008)).[39]

Edwards ve Lewis/Birleşik Krallık (22.7.2003) Kararında AİHM, “delillerin ifşa edilmesi ve tuzağa düşürmeye ilişkin konuların karara bağlanması için kullanılan yöntemin, çekişmeli yargının ve tarafların eşitliğinin sağlanması şartlarına uymadığını ve sanığın menfaatlerinin korunması için yeterli koruma içermediğini değerlendirmiştir.”[40]

---

35 para. 165-168.

36 Ast, s. 1405.

37 para. 178.

38 Cengiz vd., ss. 153-154.

39 Tezcan vd., s.239; İnceoğlu, ss. 288-289. Bkz. Yener Ünver/Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku (Cilt 1)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 23.

40 *Edwards ve Lewis/Birleşik Krallık* (Büyük Daire, 27.10.2004, para. 46): Cengiz vd. ss. 157-158.

4. Bireysel Başvuruda Kanun Yolunda Gözetilmesi Gereken Hususlarda İnceleme Yasağı (Açıkça Dayanaktan Yoksun Olma) Bakımından Delil Yasakları

Delil yasakları ile adil yargılanma ilişkisi bağlamında ele alınması gereken bir diğer husus da bireysel başvurularda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağı kuralıdır (AY m. 148/4, AYMKYUK m. 49/6).

CMK'nın "*Hukuka kesin aykırılık hâlleri*" başlıklı 289'uncu maddesinin 1'inci fıkrası (i bendi) uyarınca "*hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması*" halinde, "*temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da… hukuka kesin aykırılık var sayılır.*" Bu düzenleme uyarınca, "*hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması*" kanun yolunda gözetilmesi gereken bir hususdur.

Peki, belirtilen kuralların telifi ne surette olmalıdır?

Anayasa Mahkemesi, "*iddiaların özünün derece mahkemelerince delillerin değerlendirilmesinde ve yorumlanmasında isabet olmadığına ve esas itibarıyla yargılamanın sonucuna ilişkin olması*" halinde başvuruyu "*açıkça dayanaktan yoksun*" bulmaktadır:

"Başvurucu tarafından, ilk derece mahkemesince bilirkişi raporları arasındaki çelişki giderilmeksizin Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi tarafından tanzim edilen bilirkişi raporundaki kusur oranına ilişkin tespite dayanılarak tazminata hükmedilmesinin anayasal haklarının ihlaline yol açtığı belirtilmekte olup, başvurucunun iddialarının özünün derece mahkemelerince delillerin değerlendirilmesinde ve yorumlanmasında isabet olmadığına ve esas itibariyle yargılamanın sonucuna ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, başvurucunun iddiasının kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu, derece mahkemesi kararlarının bariz bir şekilde keyfilik de içermediği anlaşıldığından, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "açıkça dayanaktan yoksun olması" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir."[41]

41 Başvuru No.: 2012/1027, K.T.: 12.02.2013, para. 27-28. Aynı yönde: Başvuru No.: 2013/781, K.T.: 26.3.2013, para. 26; Başvuru No.: 2013/2447, K.T.: 22.11.2013, para. 25. Yine, benzer şekilde ama küçük bir farkla, ("delillerin değerlendirilmesinde ve **hukuk kurallarının** yorumlanmasında" (vurgu tarafımızca eklenmiştir)): Başvuru No.: 2013/6314, K.T. 20.3.2014,

Bireysel başvurularda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağı kuralı ile ilgili olarak, Doğru'ya göre;

"[…] bu hüküm mutlak ve otomatik bir şekilde uygulanamaz; Anayasa Mahkemesinin bu hükmü uygulayabilmesi için, kanun yolu mercilerinin kanun yolunda gözetilmesi gereken bir hususu gözetmiş olup olmadıklarını incelemesi gerekir. Eğer Kanun yolu mercileri kanun yolunda gözetilmesi gereken hususları gözetmişlerse, Anayasal bir hakkın ihlal edildiği iddiasının incelenebilmesi için daha güçlü gerekçeler gösterilmiş olması aranmalıdır. Fakat kanun yolu mercileri kanun yolunda gözetilmesi gereken bir hususu gözetmemişlerse, bunun sonucunda Anayasadaki bir hakkın ihlal edilip edilmediğinin esastan incelenmesi gerekebilir."[42]

Anayasa Mahkemesinin kanun yolunda gözetilmesi gereken bütün hususlarda külliyen inceleme yapmaktan imtina etmesi düşünülemez. Örneğin, derece mahkemelerinin açıkça keyfî davrandığı bir durum söz konusu olabilir. Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesinin, bir temyiz mercii olmadığı unutulmamalıdır. Doğru, "*adil yargılanma hakkı sorununun bir usul sorunu olduğunu*" hatırlatır:

"Başvurucu derece mahkemeleri önündeki yargılamada davasıyla ilgili olduğunu düşündüğü delillerini ve iddialarını sunabilmişse, karşı tarafça sunulan delillere ve iddialara etkili bir şekilde karşı çıkabilme fırsatı bulabilmişse, davanın çözümüyle ilgili bütün iddiaları derece mahkemeleri tarafından gereği gibi dinlenmiş ve incelenmişse, varılan hüküm için olaylara ve hukuki nitelendirmeye ilişkin gerekçe gösterilmişse, Anayasa Mahkemesi Anayasanın 36(1). Fıkrasındaki adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasını açıkça dayanaktan yoksun bulabilir."[43]

Nitekim, Anayasa Mahkemesinin bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir:

"Adil yargılanma hakkı bireylere dava sonucunda verilen kararın değil, yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetletme imkânı verir. Bu nedenle, bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikâyetlerin incelenebilmesi için başvurucunun yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediği, bu çerçevede yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi

---

para. 29; Başvuru No.: 2013/5921, K.T.: 3.4.2014, para. 26. Kararların ilgili kısımlarına, Musa Sağlam/Hasan Tuna Göksu, *Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2014, ss. 166-169 ve 171'den ulaşılmıştır.

42 Osman Doğru, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, İstanbul 2013, s. 111.

43 Doğru, ss. 111-112.

sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu gibi, mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık keyfiliğe ilişkin bir bilgi ya da belge sunmuş olması gerekir. Somut olayda başvurucunun, yargılama sürecinin hakkaniyete aykırı olduğuna dair bir bilgi ya da belge sunmamış olup, mahkemece delillerin değerlendirilmesinin ve verilen kararın içeriğinin adil olmadığı şikâyetini dile getirdiği anlaşılmaktadır."[44]

Anayasa Mahkemesinin başka bir kararında da şu ifadelere yer verilmiştir:

"Başvurucunun yargılandığı davanın niteliği, kapsamı ve sanık sayısı dikkate alındığında isnat edilen eylemlerin suç oluşturup oluşturmadığı bir bütünlük içerisinde yapılacak yargılama sonucunda toplanan delillere göre davayı gören mahkemece belirlenebilir. Keza bu belirlemenin hukuka uygun olup olmadığı kanun yollarında incelenebilir. Anayasa'ya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik halinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren durumlar hariç olmak üzere, isnat edilen eylemlerin suç oluşturup oluşturmadığı, tutuklamaya ilişkin olanlar da dahil kanun hükümlerinin yorumu ve bunların somut olaylara uygulanması derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır. Başvurucu hakkındaki tutuklama kararı, iddianame ve delillere ilişkin içeriği ile kısa karar birlikte dikkate alındığında, başvurucunun suç işlemiş olabileceğinden şüphelenilmesi için inandırıcı delillerin bulunduğu sonucuna varılmıştır."[45]

5. Anayasa Mahkemesinin Delil Yasakları ile İlgili Olan Yakın Tarihli Bir Bireysel Başvuru Kararı (Başvuru No.: 2013/6183; K.T.: 19/11/2014)

Anayasa Mahkemesi, yakın tarihli bir kararında, adil yargılanma hakkı kapsamında delil yasakları meselesini ele almıştır.[46] Karar, yukarıda anlatılanlarla uyum içerisindedir. Ancak, bu karara konu olan olaylar bakımından dikkat edilmesi gereken husus, hukuka aykırı arama işlemiyle elde edilen delillerin **belirleyici delil** olmasıdır. Ayrıca, karar metninde yer

44 Başvuru No.: 2013/2379, K.T.: 20.3.2014, para. 27.

45 Başvuru No.: 2012/849, K.T.: 4.12.2013, para. 77.

46 Anayasa Mahkemesi'nin adil yargılanma hakkına yaklaşımı konusunda bkz.: Abdullah Çelik, *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014.

verilen bilgilerden, başvuru sahibinin bu delillere **itiraz etme hakkının yeterince sağlanmadığı** sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu davada başvuru sahibi, avlanması yasak av hayvanlarına ilişkin unsurları bulundurduğu gerekçesiyle açılan ve kabul edilen tazminat davasında hukuka aykırı delillerin hükme esas alındığını belirterek adil yargılanma ve özel yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürer ve yeniden yargılama talep eder (para. 1).

Başvuru sahibinin evleri, müştemilatları ve arazilerinde arama yapılabilmesi amacıyla Sulh Ceza Mahkemesince 22/1/2003 tarihinde arama kararı verilir (para. 7). Başvuru sahibine ait olduğu iddia edilen taşınmazda yapılan aramada post vd. unsurlar bulunur ve durumu tespit etmek üzere düzenlenen tutanak sadece jandarma görevlileri ve Milli Parklar orman mühendisince imzalanır; arama sırasında mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan kimse hazır bulunmaz (para. 8). İlgili tutanaktaki tespitler dolayısıyla, idare tarafından başvuru sahibi aleyhine zarara sebep olduğu ileri sürülerek tazminat davası açılır (para. 11).

Asliye Hukuk Mahkemesi davayı "*toplanan delillere, bilirkişi raporları ile tüm dosya kapsamına göre 23/1/2003 tarihinde jandarma tarafından tutulan tutanakta post, trofe ve boynuzların davalıya ait köy merası üzerindeki evlerde bulunduğunun tespit edildiği, buna göre tutanak tutulduğu, bu belgenin resmi evrak niteliğinde olduğu, aksinin geçerli delillerle kanıtlanamadığı, hazine tarafından talep edilen tazminatın merkez av komisyonu kararlarına uygun olduğu*" gerekçesiyle kabul eder (para. 14).

Anayasa Mahkemesi'nin kararında başvuru sahibinin iddialarına şu şekilde yer verilmiştir (para. 28):

"Başvurucu, ilk derece Mahkemesi kararına esas alınan 23/1/2003 tarihli tespit tutanağında belirtilen taşınmazın kendisine ait olmadığını ve kendisi tarafından kullanılmadığını, açıkça adres belirtilmeyen arama kararının hukuka uygun olmadığını, aramanın kanunda belirtilen usule aykırı yapıldığını, arama esnasında kendisinin bulunmadığını, buna rağmen o mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulmadığını, arama tutanağı ile sonradan hazırlanan rapor arasında farklılıklar bulunduğunu, tutanaktaki tespitin aksine söz konusu taşınmazın kendisine ait olmadığına ilişkin delillerinin dikkate alınmadığını, ilk bilirkişi raporu lehe iken, taraflı hazırlanan ikinci bilirkişi raporunda orman

mühendisi olan bilirkişilerce hukuki değerlendirmeler yapıldığını, bilirkişilerin tarafsız olmadığına yeni bilirkişi atanmasına ilişkin taleplerinin reddine dair kararın masrafları yatırılmasına karşın Mahkemece temyize gönderilmediğini, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması taleplerinin kabul edilmediğini belirterek, Anayasa'nın 20., 21., 36. ve 38. maddelerinde tanımlanan özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, adil yargılanma hakları ile 38. maddesinde yer alan kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kullanılamayacağı ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ve ihlallerin tespiti ve ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılması ve tedbir kararı verilerek icra işlemlerinin durdurulması taleplerinde bulunmuştur."

Anayasa Mahkemesi diğer mevzuat hükümleri yanında, arama tarihinde yürürlükte bulunan 1412 s. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 97'nci maddesinin ikinci fıkrasındaki "*Hakim veya Cumhuriyet Müddeiumumisi hazır olmaksızın süknada veya iş görmeğe mahsus mahaller ile kapalı yerlerde aramada bulunabilmek için o mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur."* hükmünü ve 98'inci maddesinin birinci fıkrasındaki *"Arama muamelesine tabi yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir. Kendisi bulunmazsa mümessili veya mümeyyiz hısımlarından biri yahut kendisiyle birlikte sakin olan bir kimse veya komşusu bulundurulur."* hükmünü nazara alır (para. 20-21). Yine Asliye Hukuk Mahkemesinin karar verdiği tarihte yürürlükte bulunan 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanununun "*İspat hakkı*" kenar başlıklı 189'uncu maddesinin (2) numaralı fıkrası şu şekildedir: "*Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz*." (para. 22).

Anayasa Mahkemesi, kararında ayrıca, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun usulsüz olarak elde edilen bir delilin somut olayın özelliğine göre değerlendirilebilir olmasına karşılık usulsüz olarak oluşturulan delilin hiçbir şekilde delil olarak kabulünün mümkün olmadığına yönelik kararına (T: 15/12/2012; E: 2011/2-703; K: 2012/70) yer vermiştir (para. 25).

Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan'ın, ceza yargılamasında hukuka aykırı delillerin hükme esas alınıp alınamaması ile ilgili olarak Anayasa'nın ve 5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlükteki hükümlerini değerlendirdiği (T: 19.12.2012; E: 2011/1; K: 2012/1) şu şekildeki kararını dikkate alır (para. 26):

"…Çağdaş hukuk sistemlerinde, hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında hükme esas alınıp alınamayacağı hususunda iki ayrı görüş bulunmaktadır. Bunlardan

birincisine göre, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki kamu yararı ile kişinin hukuka aykırı olarak delil toplanması sırasında ihlal edilen hakkının dengelenmesi, kamu yararının ağır basması hâlinde hukuka aykırı olarak toplanmış olan delillerin hükme esas alınması, aksi hâlde bunların hükme esas alınmaması gerekir. İkinci görüşe göre ise delillerin hukuka aykırı olarak toplanması sırasında kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilip edilmediği, maddi gerçeğin araştırılmasındaki kamu yararının ağırlığı dikkate alınmaksızın elde edilen hukuka aykırı deliller hükme esas alınmamalıdır[…]

Söz konusu kurallar dikkate alındığında, hukukumuzda toplanmaları sırasında kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında kullanılması yasaklanarak ikinci görüşün benimsendiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte doktrinde ve kimi Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında belirtildiği üzere, delillerin toplanması için yapılan işlemlerin geçerliliğini etkilemeyen şekle ilişkin basit usul hatalarının bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekir…"

Anayasa Mahkemesi, AİHS'nin 6'ncı maddesinde davada kullanılan delillerin ispat güçleri ile ilgili bir düzenlemenin bulunmadığını hatırlatır (para. 43).

Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkının bireysel başvuruda değerlendirilmesi bakımından şu görüşlerini tekrar eder:

"Adil yargılanma hakkı bireylere dava sonucunda verilen kararın değil, yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetletme imkânı verir. Bu nedenle, bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikâyetlerin incelenebilmesi için başvurucunun yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediğine, bu çerçevede yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu gibi, mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık keyfiliğe ilişkin bir bilgi ya da belge sunmuş olması gerekir (B. No: 2013/2767, 2/10/2013, § 22)." (para. 45).

Yine Anayasa Mahkemesi'ne göre;

"Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi esasen derece mahkemelerine

aittir. Mevcut yargılamada sunulan delilin geçerli olup olmadığını ve delil sunma ve inceleme yöntemlerinin yasaya uygun olup olmadığını denetlemek Anayasa Mahkemesinin görevi kapsamında olmayıp, Mahkemenin görevi başvuru konusu yargılamanın bütünlüğü içinde adil olup olmadığının değerlendirilmesidir (B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 27). Bu yönüyle Anayasa Mahkemesini görevi, belirli delil unsurlarının kanuna uygun şekilde elde edilip edilmediklerini tespit etmekten ziyade, bu türden "kanuna aykırılığın" Anayasa'da korunan başka bir hakkın ihlali ile sonuçlanıp sonuçlanmadığını ve bu "kanuna aykırılığın" bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisini incelemektir (AİHM'in bu hususta benzer değerlendirmeleri içerir kararı için bkz. Ramanauskas/Litvanya [BD], B. No: 74420/01, 5/2/2008, § 52)." (para. 46).[47]

Anayasa Mahkemesi, ilgili kararlarına atıfla AİHM'nin, "*delillerin kabul edilebilirliği ile ilgili olarak, somut davada kullanılan delillerin sanığın hazır bulunduğu duruşmada "silahların eşitliği" ve "çelişmeli yargılama" ilkeleri gözetilerek tartışılıp tartışılmadığını ya da söz konusu delillerin yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmamasına etkisini değerlendir*"diğini hatırlatır (para. 47).

Anayasa Mahkemesi'ne göre;

"Bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamaz. Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ve açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki

47 Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki bir kararında da şu ifadelere yer verilir: "Yargılama makamları yargılamanın taraflarınca ileri sürülen iddiaları ve gösterdikleri delilleri gereği gibi incelemek zorundadır. Bununla birlikte, belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi esasen derece mahkemelerine aittir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Barbera Messegue ve Jabardo/İspanya, B.No:10590/83, 6/12/1988, § 68). Mevcut yargılamada geçerli olan delil sunma ve inceleme yöntemlerinin adil yargılanma hakkına uygun olup olmadığını denetlemek Anayasa Mahkemesi'nin görevi kapsamında olmayıp, Mahkemenin görevi başvuru konusu yargılamanın bütünlüğü içinde adil olup olmadığının değerlendirilmesidir. Genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ışığında, taraflara iddialarını sunmak hususunda uygun olanakların sağlanması şarttır. Taraflara tanık delili de dahil olmak üzere delillerini sunma ve inceletme noktasında da uygun imkanların tanınması gerekir. Bu anlamda, delillere ilişkin dengesizlik veya hakkaniyetsizlik iddialarının da yargılamanın bütünü ışığında değerlendirilmesi gerekir." (Başvuru No.: 2013/1213, K.T.: 4.12.2013, para. 27). Bkz. Aynı yönde: Başvuru No.: 2013/2116, K.T.: 23.1.2014, para. 19.

maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Bu çerçevede, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde bariz takdir hatası veya açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz (B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 26)." (para. 48).

Anayasa Mahkemesi, ilgili kararlarına atıfla, AİHM'nin, "bariz bir şekilde keyfi olmadıkça, belirli bir kanıt türünün –iç hukuk açısından hukuka aykırı olarak elde edilmiş kanıtlar da dâhil olmak üzere– kabul edilebilir olup olmadığına veya aslında başvurucunun suçlu olup olmadığına karar vermenin kendi görevi olmadığını" ifade ettiğini ve "kanıtların elde edilme yöntemi de dâhil olmak üzere yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını ve Sözleşme'deki bir hakkın ihlali söz konusu ise tespit edilen ihlalin niteliğini inceleme konusu yapmakta" olduğunu belirtir (para. 49).

Yine;

"AİHM'e göre, iç hukukta yeterli hukuki temeli bulunmadan veya hukuka aykırı vasıtalar kullanılarak elde edilmiş materyallerin yargılamada kanıt olarak kullanılması, başvurucuya gerekli usuli güvencelerin sağlanmış olması ve materyalin baskı, zorlama ve tuzak gibi yargılamayı lekeleyebilecek nitelikli ve kaynaklı olmaması halinde, genellikle Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki adil yargılanma standartlarına aykırılık oluşturmaz (Chalkley/Birleşik Krallık [k.k.], B. No: 63831/00, 26/9/2002). Delillerle ilgili olarak başvurucuya, delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediği ve mahkemece değerlendirmeye alınıp alınmadığı incelenmelidir." (para. 50).

Mahkeme, Anayasa m. 36/1'de hak arama özgürlüğünün ancak meşru vasıtalardan yararlanmak suretiyle kullanılabileceğine yönelik açık işarete değinir ve "*hal böyle olunca, adil yargılanma hakkı bakımından, aramanın icrasındaki "kanuna aykırılığın" bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisi incelenmelidir*." (para. 56).

Asliye Hukuk Mahkemesinin davayı kabul gerekçesini de değerlendiren Anayasa Mahkemesi, yargılamanın "*arama*" ve "*arama esnasında elde edilen eşyalar*" üzerine bina edilmiş olduğunu belirtir (para. 57) ve "*hükmün esas ve belirleyici unsuru[nun], gerçekleştirilen hukuka aykırı arama işlemi sonucunda elde edilen deliller*" olduğu sonucuna ulaşır (para. 58).

Mahkemenin kararı şu şekilde şekillenir:

"Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olmakla birlikte, somut olayda, koruma tedbiri

niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği ve aramanın icrasındaki "kanuna aykırılığın" yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır. Bu sebeplerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına adil yargılanma hakkını ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir." (para. 59).

Anayasa Mahkemesi, bu davada adil yargılanma hakkı yönünden ihlal kararı verildiğinden adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer şikâyetlerin incelenmesine gerek görmemiştir (para. 60).

6. Sonuç

Bireysel başvurular kapsamında adil yargılanma hakkı çerçevesinde delil yasakları meselesinin çözümünde iki husus öne çıkmaktadır. Birincisi, Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ek Protokollerinin ortak koruma alanına giren adil yargılanma hakkının çerçevesinin belirlenmesi ve delil yasakları meselesinin bu çerçeve içine yerleştirilmesidir. İkincisi, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda bireysel başvuru incelemesi yapılamayacağına ilişkin yasak çerçevesinde delil yasakları konusunun yerli yerine oturtulmasıdır.

Bireysel başvuru kapsamında değerlendirilecek olan adil yargılanma hakkı esas itibariyle muhakemeye ilişkindir; mahkemelerin hukuk kurallarını doğru uygulayıp uygulamadıkları ve isabetli sonuca varıp varmamaları esas mesele değildir. Anayasa Mahkemesi'nin bir temyiz mercii olmadığı unutulmamalıdır.

Diğer taraftan, bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağı yönündeki yasağın mutlak şekilde anlaşılmaması gerekir. Açık keyfîlik durumunda olduğu gibi, Anayasa Mahkemesinin inceleme yapması mümkün olmalıdır.

Delil elde edilirken hukuk dışına çıkılmış olmasının yaptırımı, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğinin tespitiyle sınırlı değildir.

Delil yasaklarına aykırı hareket edilmiş olması, bireysel başvuru incelemesinde adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği sonucuna doğrudan doğruya varmak için yeterli değildir.

Anayasa Mahkemesi, delil yasaklarına aykırı hareket edilmiş olmasının muhakemenin bütününe etkili olup olmadığına bakarak bir sonuca

ulaşmalıdır. Bu çerçevede, muhakeme sürecinde gerçekleşen bir hukuka aykırılığın yine muhakeme sürecinde telâfisinin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Zikredilen telâfiler içerisinde pek tabiî, bireye, gerçekleşen hukuka aykırılığa karşı etkili şekilde karşı koyabilme imkânının tanınmış olması önemlidir. Bireyin, savunmaya ilişkin haklarının korunması, itiraz ve hak arama yollarının açık olması, çelişmeli muhakeme hakkı göz önünde bulundurulmalıdır. Diğer taraftan, hukuka aykırılığın telâfisi, birey tarafından harekete geçilmemiş olsa dahi, kamu makamları eliyle de gerçekleştirilebilir.

Anayasa'nın, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun delil yasaklarına ilişkin hükümleri, hukuk devleti ilkesiyle, mağdur haklarıyla, devletin suçlar hakkında etkili soruşturma ve kovuşturma yapma yükümlülüğü ve uyuşmazlıkları adil, etkin ve hızlı bir şekilde çözüme ulaştırmak yönündeki pozitif yükümlülükleriyle birlikte değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, usule ilişkin her hatanın adil yargılanma hakkının ihlâline sebebiyet vereceği şeklindeki kabulün, devletin bu konudaki esaslı yükümlülüklerinin yerine getirilememesi sonucunu doğurabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

KAYNAKLAR

AST Stephen, "The *Gäfgen Judgement* of the European Court of Human Rights: On the Consequences of the Threat of Torture for Crminal Proceedings", *German Law Journal*, C. 11, S.12, 2010, ss. 1393-1405. İnternet Erişimi: https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol11-No12/PDF_Vol_11_No_12_1393-1406_Developments_Ast%20FINAL.pdf

CENGİZ Serkan/**DEMİRAĞ** Fahrettin/**ERGÜL** Teoman/**McBRIDE** Jeremy/**TEZCAN** Durmuş, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Türkiye Barolar Birliği-Avrupa Konseyi-Avrupa Birliği, Ankara 2008.

CENTEL Nur/**ZAFER** Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2013.

ÇELİK Abdullah, *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014.

DOĞRU Osman, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, İstanbul 2013.

DÜLGER Murat Volkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2014, Y. 26, S. 111, ss. 325-410.

DÜLGER Murat Volkan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı Ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

İNCEOĞLU Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, Tıpkı 4'üncü Bası, İstanbul 2013.

ÖZTÜRK Bahri/**TEZCAN** Durmuş/**ERDEM** Mustafa Ruhan/**SIRMA** Özge/**KIRIT** Yasemin F. Saygılar/**ÖZAYDIN** Özdem/**AKCAN** Esra Alan/**ERDEN** Efser, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2013.

SAĞLAM Musa/**GÖKSU** Hasan Tuna, *Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2014.

ŞAHİN Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara 2013.

ŞAHİN Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara 2014.

TEZCAN Durmuş/**ERDEM** Mustafa Ruhan/**SANCAKDAR** Oğuz/**ÖNOK** Rifat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara 2011.

ÜNVER Yener/**HAKERİ** Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku (Cilt 1)*, Ankara 2013.

Kararlar:

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları:

Başvuru No.: 2012/849, K.T.: 4.12.2013

Başvuru No.: 2012/1027, K.T.: 12.02.2013

Başvuru No.: 2013/781, K.T.: 26.3.2013

Başvuru No.: 2013/2447, K.T.: 22.11.2013

Başvuru No.: 2013/1213, K.T.: 4.12.2013

Başvuru No.: 2013/2116, K.T.: 23.1.2014

Başvuru No.: 2013/2379, K.T.: 20.3.2014

Başvuru No.: 2013/6314, K.T. 20.3.2014

Başvuru No.: 2013/5921, K.T.: 3.4.2014

Başvuru No.: 2013/6183; K.T.: 19/11/2014

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

Kolu/Türkiye (2.8.2005). T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından yapılan gayrıresmi özet çeviri (© T.C. Dışişleri Bakanlığı, 2005):http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":["kolu"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"]}

Söylemez/Türkiye (21.9.2006). T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından yapılan gayrıresmi özet çeviri (© T.C. Dışişleri Bakanlığı, 2008):http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":["söylemez"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"]}

Harutyunyan/Ermenistan (28.6.2007): http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":["harutyunyan"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"]}

Gäfgen/*Almanya* (1.6.2010). Kararın Türkçe çevirisi Avrupa Konseyi'nin şu adresinden temin edilmiştir: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"fulltext":["Gäfgen"],"itemid":["001-111106"]}. (Erişim Tarihi: 5 Temmuz 2015).

Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi

Yrd. Doç. Dr. Ulaş Karan
İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Giriş

Bu çalışma ile ayrımcılık yasağını düzenleyen iki temel hukuki düzenleme olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 14. maddesi ve Anayasa'nın 10. maddesi bağlamında Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru usulü kapsamında vermiş olduğu kararların değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Çalışmada bireysel başvuru usulünün henüz oldukça yeni bir yargısal usul olması ve bu alanda Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarının tam olarak ortaya çıkmamış olması nedenleriyle zaman zaman Mahkeme tarafından geçmişte somut ve soyut norm denetimi kapsamında verilen kararlara da değinilmek durumunda kalınmıştır.

Bireysel başvurular açısından dikkate alınan kararlar Anayasa Mahkemesi'nin resmi İnternet sitesinde bireysel başvuru usulünün işlemeye başladığı 23.09.2012 ile 15.04.2015 tarihleri arasında yayınlanmış kararlardan oluşmaktadır. Çalışmada incelenmiş olan kararlardan başvurucular tarafından Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü ve Mahkeme tarafından ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine az ya da çok değinilen yaklaşık 65 bireysel başvuru kararı tespit edilebilmiştir.[1] Bu kararlardan yalnızca 1 tanesinde ihlal kararı verilmiştir.[2] İncelemeye konu başvurulardan 31 tanesinde kabul edilemezlik kararı verilmiştir: Zaman bakımından yetkisizlik (1 tane), süre aşımı nedeniyle yetkisizlik (1 tane), kişi bakımından yetkisizlik (2 tane), konu bakımından yetkisizlik (8 tane), ayrımcılık yasağı veya eşitlik ilkesinin ihlaline dair iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olması (16 tane) ve başvuru yollarının tüketilmemesi (3 tane) nedenleriyle kabul edilemezlik

1 Bu kararların bir listesine çalışmanın en sonunda yer verilmiştir.
2 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014.

kararı verilmiştir. 8 bireysel başvuruda ise ayrımcılık yasağı veya eşitlik ilkesi bağlamında ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir, 1 başvuruda düşme kararı verilmiş, 24 bireysel başvuruda ise Anayasa'nın 10. maddesi bağlamındaki iddialar Anayasa Mahkemesi tarafından farklı bir nitelendirmeye tabi tutulmuş ve Mahkeme'ce başvurunun ihlal edildiği ileri sürülen hak dışında başka bir hak çerçevesinde değerlendirilmesine karar verilmiştir.

İncelenen karar sayısının Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruların çok az bir kısmını yansıttığı için Mahkeme'nin ayrımcılık yasağına dair yaklaşımının ancak az sayıda karar bağlamında değerlendirilmesi mümkün olmuştur. Bu durum Anayasa Mahkemesi kararlarının tümünün kamuoyuna açılmasına yönelik ihtiyacı da ortaya koymaktadır. Aksi takdirde Mahkeme'nin içtihatlarına dair derinlemesine bir inceleme yapılması mümkün olamayacaktır.

Çalışmada kararlarda ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi kavramlarının nasıl tanımladığı; Anayasa'nın 10. maddesinin kişi ve konu bakımından kapsamının nasıl belirlendiği; Mahkeme'nin ayrımcılık yasağının hukuken tanımlanmış güncel biçimlerini kabul edip etmediği ve Mahkeme'nin Anayasa'nın 10. maddesinin ihlaline dair iddiaları incelerken nasıl bir inceleme yöntemi benimsediği soruları yanıtlanmaya çalışılmıştır. Çalışmada tüketici bir tarama yapılamadığı ve Anayasa Mahkemesi'nde bölümlerce verilen tüm kararlar yayınlanmadığı için varılan sonuçlar bu kapsamda değerlendirilmeli ve Mahkeme'nin bu konuda verdiği tüm kararları kapsamadığı akılda tutulmalıdır.

I. Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Kavramları

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine dair bir incelemede ilk olarak bu iki kavramın insan hakları hukukunda nasıl tanımlandığı sorusu gündeme gelmektedir. Eşitlik ilkesi herkesin her durumda eşit olması anlamına gelmemektedir ve belirli kişiler veya durumlar için bu ilkeden ayrılınması ve kişiler arasında fark gözetilmesi mümkündür. Ancak eşit kabul edilen kişiler arasında her farklı muamelenin makul kabul edilmesi de mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi'ne göre de "*eşitlik kavramı, herhangi bir nesnel ve makul dayanağı olmaksızın aynı durumdaki bireylere farklı muamelede bulunulmamasına*

ilişkin gerekliliği" ifade etmektedir.[3] Ayrımcılık yasağı tam da bu noktada, kişiler arasında fark gözetme halinin kabul edilebilir, açık ve önceden belirlenmiş ölçütlere dayanması için gündeme gelmektedir. Ayrımcılık yasağı hangi konuda ve hangi ölçütlerle eşitliğin sağlanması noktasında eşitlik ilkesi ile ortaya çıkan muğlaklığı gidermekte ve bu ilkeyi bir ölçüde somutlaştırmaktadır. Ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesini güvence altına alan ve bu ilkenin belirli ayrımcılık temellerinde sunulmasını veya sunulmamasını yasaklayan temel bir ilke olarak kabul edilmelidir.

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi genel olarak aynı ilkenin pozitif ve negatif görünümleri olarak kabul edilmektedir.[4] Anayasa Mahkemesi'ne göre de "*[e]şitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir.*"[5]

Ayrımcılık, isteyerek veya istemeyerek, icrai ya da ihmali biçimde, bir hukuk sisteminde eşit durumda olduğu kabul edilen kişilere, bir hak veya yükümlülükle ilgili olarak, aralarında geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılmaması olarak tanımlanabilir. Ancak bugün bir hukuk sisteminde eşit durumda olmadığı düşünülen kişiler arasında bir hak ve yükümlülükle ilgili olarak geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılması halinin de dolaylı olarak ayrımcılık oluşturabileceği de kabul edilmektedir. Dolayısıyla belirli

3 AYM, *Aziz Turhan Kararı*, B. No. 2012/1269, 08.05.2014, para 38.

4 B. G. Ramcharan, *Equality and Nondiscrimination*, the International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights, Henkin, Louis (Ed.), Columbia University Press, New York, 1981, s. 252; Manfred Nowak, UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, N.P. Engel, Kehl am Rhein, 2005, s. 598; Anne F. Bayefsky, *Defining Equality Rights*, Equality Rights and The Canadian Charter of Rights and Freedoms, Anne F. Bayefsky, Mary Eberts (Eds.), Carswell, Toronto, Calgary, Vancouver, 1985, s. 27, Yoram Dinstein, *Discrmination and International Law*, Israel Yearbook of Human Rights, Vol. 15, 1985, s. 11; Karl Josef Partsch, *Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination*, The International Dimensions of Human Rights, Karel Vasak (Ed.), Vol. 1, UNESCO, Greenwood Press, Connecticut, 1982, s. 69; Oddny Mjöll Arnadottir, Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2003, s. 7; Warwick McKean, Equality and Discrimination under International Law, Clarendon Press, Oxford, 1985, s. 287

5 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 107.

durumlarda, eşit durumda olanlara eşit davranmamak veya farklı durumda olanlara eşit davranmak ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelebilecektir.

Çalışmada karşılaştırmaya konu olan AİHS'nin 14. maddesi ile Anayasa'nın 10. maddesi de ayrımcılığın bir tanımını vermemiştir. AİHS sisteminde ayrımcılık yasağı ile ilgili başlıca düzenleme olan Sözleşme'nin 14. maddesi ve 12 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde ayrımcılığın herhangi bir tanımı bulunmamasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihatları ile bir tanım ortaya çıkmıştır. Bu tanıma göre bir muameledeki farklılık, nesnel ve makul bir haklılığa sahip değilse, başka bir deyişle meşru bir amaç izlemiyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç orantılı değilse, ayrımcılık söz konusudur.[6] AİHS'nin 14. maddesi eşitlik ilkesini değil, ayrımcılık yasağını düzenlediği ve AİHS'nin 14. maddesi bağlamında yapılan bireysel başvurular yalnızca ayrımcılık yasağı kavramı çerçevesinde bir incelemeye konu edildiği için AİHM bugüne kadar eşitlik ilkesine dair bir herhangi bir tanım ortaya koymamıştır.

AİHM'nin tersine Anayasa Mahkemesi bugüne kadar içtihatlarında hem ayrımcılık yasağına, hem de eşitlik ilkesine dair tanımlamalarda bulunmuştur. Mahkeme'nin bu tanıma bireysel başvuru kararlarında da yer verdiğini söylemek gerekir.[7] Mahkeme'nin eşitlik ilkesi ile ilgili yerleşik tanımına göre,

"Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler,

6 AİHM, *Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium"v. Belgium*, Appl. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968, para 10; *Marckx v. Belgium*, Appl. No. 6833/74, 13.06.1979, para 33; *Rasmussen v. Denmark*, Appl. No. 8777/79, 28.11.1984, para 38. Bu tanım 12 No'lu Protokol kapsamında da geçerli kabul edilmiştir. AİHM 12 No'lu Protokol ile verdiği ilk karar ile içtihatlarıyla ortaya koyduğu ayrımcılık tanımının yol gösterici olmaya devam ettiğini göstermiştir. Bakınız, AİHM, *Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina*(Grand Chamber), Appl. No. 27996/06, 34836/06, 22.12.2009, para 55.

7 Örneğin, AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 112.

kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez."[8]

Mahkeme'nin somut ve soyut norm denetimi sırasında bir yasal düzenlemenin eşitlik ilkesine uygunluk değerlendirirken sınırlı da olsa işlevli olabilecek bu tanımın ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair yapılan bireysel başvurularda işlevli olması mümkün değildi. Mahkeme'nin bireysel başvurularda yukarıda belirtilen, AİHM'nin günümüzde giderek daha fazla kabul gören ayrımcılık tanımını benimsemesi daha doğru bir yaklaşım olarak gözükmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 10. maddesi bu şekilde bir tanımın benimsenmesini engelleyecek bir içerik taşımamaktadır ve aşağıda da görülebileceği gibi bu tanımın beraberinde getirdiği inceleme ölçütleri hâlihazırda kısmen Anayasa Mahkemesi tarafından da kullanılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında ayrımcılık yasağını AİHM kararlarına gönderme yaparak benzer doğrultuda tanımlamıştır. Mahkeme'ye göre ayrımcılık kısaca nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesi olarak tanımlanabilir ve din, siyasi görüş, cinsel ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddini içerir.[9] Anayasa Mahkemesi'ne göre bir ayrımcılık iddiası "*başvurucunun kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ve bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın sırf ırk, renk, cinsiyet, din, dil, cinsel yönelim vb. ayırımcı bir nedene dayandığını makul delillerle*" ortaya koyduğu takdirde ciddiye alınabilecektir.[10]

Ayrımcılığın tanımına dair AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatları arasında görece bir uyumun mevcudiyetine rağmen, Anayasa Mahkemesi kararlarında hangi durumda hangi kavramın kullanılacağına dair bir

8 AYM, E. 2009/47, K. 2011/51, 17.03.2011.

9 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 112.

10 AYM, *Sadıka Şeker Kararı*, B. No. 2013/1948, 23.01.2014, para 59; *Kamil Çakır Kararı*, B. No. 2013/997, 15.10.2014, para 45.

kavram kargaşası göze çarpmaktadır. Mahkeme'nin incelemeye konu 65 bireysel başvuru kararlarından 3 tanesinde Mahkeme tarafından ayrımcılık yasağı bağlamından bir inceleme yapılmıştır.[11] Başvurucular tarafından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair iddialar kimi zaman eşitlik ilkesi başlığı altında,[12] eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine dair iddialar ise kimi zaman ayrımcılık yasağı başlığı altında incelenmiştir.[13] Bu tür bir durum Mahkeme tarafından eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının birbiri ile örtüşen veya örtüşmeyen ve başvurunun konusuna göre biri diğerine göre öncelikle gündeme gelecek şekilde uygulanacağına dair bir kafa karışıklığına yol açabilmektedir. Bu durumun engellenmesi için Mahkeme tarafından kavramların netleştirilmesi ve konuya dair açık bir tutum benimsenmesi yönünde bir ihtiyacı göze çarpmaktadır. AİHM'nin bireysel başvurularda eşitlik ilkesi üzerinden değil ayrımcılık yasağı kavramı üzerinden bir değerlendirme yaptığı dikkate alındığında Anayasa Mahkemesi açısından da kanun önünde eşitlik ilkesi gibi sınırlı bir çerçevede değil ayrımcılık yasağı gibi daha geniş kapsamda bir incelemenin gerçekleştirilmesi daha doğru bir yaklaşım olarak gözükmektedir.

II. Ayrımcılık Yasağının Güncel Biçimleri

Ayrımcılığın tanımının ardından gündeme ayrımcılığın hangi biçimlerinin Anayasa'nın 10. maddesi tarafından koruma altına alındığı sorusu gündeme gelmektedir. Ayrımcılık ile ilgili olarak yapılan en temel sınıflandırma doğrudan-dolaylı ayrımcılık şeklinde ortaya çıkmıştır.[14] Doğrudan ayrımcılık (direct discrimination) kısaca, ayrımcılığın yasaklandığı nedenlerden (dil, ırk, cinsiyet, cinsel yönelim vs.) birine dayalı olarak, bir kişi veya grubun haksız olarak farklı muameleye uğraması olarak tanımlanabilir.[15]

---

11 AYM, *Şahin Karaman Kararı*, B. No. 2012/1205, 08.05.2014; *Sadıka Şeker Kararı*, B. No. 2013/1948, 23.01.2014; *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014

12 Örneğin, AYM, *Laden Elbezyan Kararı*, B. No. 2013/4551, 10.12.2014.

13 Örneğin, AYM, *Şahin Karaman Kararı*, B. No. 2012/1205, 08.05.2014.

14 Ayrımcılık yasağının günümüzde, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, çoklu temelde ayrımcılık, makul uyumlaştırma yükümlülüğü, taciz, cinsel taciz, ayrımcılık talimatı ve mağdurlaştırma gibi çok farklı biçimleri söz konusudur. Bunlardan genellikle ilk ikisi anayasal düzenlemelerde kabul edilmiştir. Ayrımcılığın diğer türleri büyük oranda yasal düzenlemelerde gündeme gelmektedir. Aşağıda da görüleceği üzere AİHS da ayrımcılığın farklı biçimleri açısından bugüne kadar doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarına değinmiştir. Bu nedenle çalışmada yalnızca bu iki kavram üzerinde durulmuş ve bir değerlendirme yapılmıştır.

15 Doğrudan ayrımcılıkla ilgili en güncel tanımlardan birisi Avrupa Birliği tarafından 2000

Burada aynı veya benzer konumdaki diğer kişilerden biri veya bir kısmı bakımından daha olumsuz etki veya böyle bir sonucun ortaya çıkması ihtimalini doğuran farklı muameleler söz konusudur. Doğrudan ayrımcılık norm düzeyinde veya ayrımcı olmayan bir normun ayrımcılık içerecek şekilde uygulaması biçiminde ortaya çıkabilmektedir. Norm düzeyinde ortaya çıktığında düzenlemenin kapsamına bir grubun alınmaması ya da o grubun açıkça hukuki düzenlemenin kapsamının dışında tutulması söz konusu olabilmektedir. Norm düzeyinde ortaya çıkan bir doğrudan ayrımcılık hem bir bireysel başvuruya, hem de somut veya soyut norm denetimine konu olabilecektir. Uygulama ile ortaya çıkan ayrımcı muameleler ise yalnızca bireysel başvuruya konu olabilecektir. Bireysel başvuru usulü somut ve soyut norm denetiminin aksine normun hem kendisi, hem de uygulamasının Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi olanağı getirmiştir.

AİHS'nin 14. maddesi ayrımcılığın tanımı ile beraber doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın tanımına da yer vermemiştir. AİHS'nin görüşlerinde ve içtihatları ile ortaya koyduğu tanım büyük ölçüde doğrudan ayrımcılığın tanımıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından bir muameledeki farklılık, makul ve nesnel bir haklı nedene dayanmıyorsa, bu muamelenin meşru bir amacı bulunmuyorsa ve gerçekleştirilmek istenen amaç ile başvurulan yöntem arasında makul bir orantılılık ilişkisi yoksa ayrımcılık oluşmaktadır.[16]

Kişilere eşit muamele yapılması ile ayrımcılık ise dolaylı ayrımcılık (indirect discrimination) olarak adlandırılmaktadır. Dolaylı ayrımcılıkta,

---

yılında kabul edilen 2000/43/EC sayılı Direktif'in 2/a maddesinde, doğrudan ayrımcılık, ırk veya etnik köken temelleriyle sınırlı olarak, bir kişiye, ırk veya etnik kökene dayalı olarak, karşılaştırılabilir bir durumda, diğer bir kişiye göre daha az tercih edilir şekilde muamele edilmesi, edilmiş olması veya edilebilir olması olarak tanımlanmıştır. Bakınız, Irk ve Etnik Kökenine Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulanmasına Dair 29 Haziran 2000 tarihli ve 2000/43/EC sayılı Konsey Direktifi (Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin), madde 2/a, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:en:HTML (erişim:20.06.2015)

16 Opinion of the European Court of Human Rights on Draft Protocol 12 to the European Convention on Human Rights, Doc 8606, 5 January 2000, para 5, http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=8819&Language=EN (erişim:20.06.2015); AİHM, Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium, Appl. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23.07.1968, para 10; Marckx v. Belgium, Appl. No. 6833/74, 13.06.1979, para 33; Rasmussen v. Denmark, Appl. No. 8777/79, 28.11.1984, para 38.

kişilerin, eşit durumda olmayanlar arasında herhangi bir sınıflandırma yapılmaksızın aynı kurala tabi olmaları söz konudur. Doğrudan ayrımcılık kavramının ortaya çıkışı ve ayrımcı muamelelerin hukuka aykırı kabul edilmesi ile birlikte ayrımcı muamelelerin doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi açık biçimde norm düzeyinde değil, örtük olarak uygulama biçiminde ortaya çıkması üzerine dolaylı ayrımcılık kavramına ihtiyaç duyulmuştur.[17] Bu noktada bir hukuki düzenlemenin lafzına değil olası veya mevcut etki ve sonuçlarına odaklanılmaktadır.[18]

Dolaylı ayrımcılık, üç farklı biçimde ortaya çıkabilmektedir.[19] Bunlardan ilki görünüşte tarafsız olan bir kural, ölçüt veya uygulamanın, belirli bir gruba mensup kişileri özellikle dezavantajlı hale getirecek gibi görünmesi ve dezavantajı yaratan düzenlemenin makul ve nesnel bir gerekçesinin olmaması halidir. Burada tarafsız kabul edilen düzenlemenin uygulanmadan önceki aşamada belirli grupları dezavantajlı duruma sokabileceği ihtimali öngörülmektedir.[20] İkinci olarak ise genel nitelikte bir önlem uygulandığında, belli bir gruba mensup orantısız biçimde yüksek sayıda kişiyi, diğer gruplara mensup kişilere göre daha dezavantajlı duruma sokması ve orantısız bir etki doğuran bu önlemin nesnel ve makul bir gerekçesinin bulunmaması halidir. Üçüncü ve son olarak ise genel olarak başvurulan bir önlemin nesnel ve makul bir neden olmaksızın farklı durumda kabul edilebilecek bir kişiye veya bir kategoriye giren kişilere herhangi bir istisna getirilmeksizin uygulanması durumunda ortaya çıkmaktadır.[21]

---

17 Christa Tobler, Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under the EC Law, Intersentia, Antwerp, Oxford, 2005, s. 57.

18 AB'nin dolaylı ayrımcılık kavramının gelişiminde önemli bir rolü olmuştur. 2000/43/EC sayılı Direktif'e göre, görünüşte tarafsız olan bir düzenleme, ölçüt veya uygulama, bir ırk veya etnik kökene mensup kişilere, başka kişilerle karşılaştırıldığında belirli bir dezavantaj yaratıyorsa ve söz konusu düzenleme, ölçüt veya uygulamanın meşru bir nedeni bulunmuyorsa ve söz konusu amaca ulaşmak için başvurulan araçlar uygun ve gerekli değilse, dolaylı ayrımcılık oluşacaktır.

19 Bu sınıflandırma için bkz, Olivier de Schutter, The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives, European Commission, Luxembourg, 2005, s. 16.

20 Avrupa Birliği Adalet Divanı, *O'Flynn v. Adjucation Office*, Case C-237/94, **23.05.1996**, para 20-21.

21 Bu durumu dolaylı ayrımcılığın bir görünümü olarak kabul etmeyen yazarlar için bkz, Christa Tobler, *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Luxemburg, 2008, s. 13; Mark Bell, "Direct Discrimination", *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Dagmar Schiek, Lisa Waddington, Mark Bell (Eds),

AİHM ayrımcılık yasağının ihlalinin taraf devletin aldığı bir önlemin etkileri ile ilgili olabileceğini[22] ve dolaylı ayrımcılık söz konusu olduğu durumlarda ayrımcılık yapılması yönünde açık bir niyet (intent) olmaksızın ayrımcılığın söz konusu olabileceğini kabul etmiştir.[23] AİHM bu konuda temel yaklaşımını 2007 yılında verdiği *D. H. ve Diğerleri v. Çek Cumhuriyeti* kararı ile ortaya koymuştur.[24] Söz konusu başvuruda Çek Cumhuriyeti'nde yürürlükte olan eğitim sistemi içerisinde Çingene/Roman[25] çocukların dolaylı ayrımcılığa uğradığı belirtilerek 1. No'lu Protokol'de eğitim hakkına yer veren 2. maddesi ile AİHS'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının ihlal edildiği ihlal edilmişti.[26] Mahkeme nihai kararında her başvurucunun durumunu ayrı ayrı incelememiş ve davaya konu olayların geçtiği dönemde yürürlükte olan ilgili mevzuatın Çingene/Roman topluluğu açısından orantısız bir şekilde olumsuz etki doğurduğunu ifade etmiştir.[27] Bu karar ile yukarıda belirtilen dolaylı ayrımcılığın ikinci türü 14. Maddenin sağladığı korumanın kapsamına alınmıştır.[28] Bu karar ile birlikte ilk defa bir Taraf Devlette kapsamlı şekilde hayata geçirilen bir ayrımcı uygulama Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı bulunmuştur. AİHS'nin dolaylı ayrımcılık kavramına yaklaşımı giderek gelişme göstermesine rağmen bu konuda içtihatları henüz sistematik hale gelmediğini eklemek gerekir.[29]

Hart Publishing, Cornwall, 2007, s. 189.

22 Mark W. Janis; Richard S. Kay; Anthony W. Bradley, European Human Rights Law, Text and Materials, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008 s 487. AİHM, *Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium, Appl. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968,* para 10.

23 AİHM, *D. H. and Others v. the Czech Republic (*Grand Chamber*)*, Appl. No. 57325/00, 13.11.2007, para 184.

24 agk.

25 "Çingene" veya "Roman" kelimelerinin her ikisinin birden kullanılmasının nedeni, Türkiye'de yaşayan ve bu etnik gruba mensup olan kişilerin bu kavramların birini veya diğerini tercih etmeleri ve kullanmaları ve ayrıca kimi zaman kullandıkları kavram dışında kalan diğer kavrama olumsuzluk atfetmeleridir.

26 Davada Ostrava şehrinde yaşayan 18 Çingene/Roman asıllı Çek Cumhuriyeti vatandaşının öğrenme güçlükleri olduğu gerekçesiyle psikolojik bir teste tabi tutularak *"özel okul"* (special school) olarak anılan okullarda eğitim görmeye zorlanmaları söz konusudur. Bu okullarda diğer okullara göre oldukça geri bir müfredat okutulmaktadır. Taraf devlet bu davada Çingene/Roman çocuklara uygulanan ve "*özel okullara*" kaydedilmelerine yol açan testin nesnel ve makul bir gerekçeye dayandığını gösterememiştir. Bakınız, para 204.

27 AİHM, *D. H. and Others v. the Czech Republic (*Grand Chamber*)*, Appl. No. 57325/00, 13.11.2007, para 209.

28 agk, para 175; AİHM, *Zarb Adami v. Malta*, Appl. No. 17209/02, 20.06.2006, para 76.

29 de Schutter, s. 16.

Anayasa'da doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımları yer almasa dahi bu durum AİHS açısından olduğu gibi Anayasa'nın 10. maddesinin hem doğrudan hem dolaylı ayrımcılık açısından gündeme gelmesine engel değildir. 10. madde ayrımcılık yasağının, bu yasağın belirli görünümlerine özgülemiş değildir ve bu açıdan da daha geniş bir yoruma tabi tutulmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu durum Anayasa Mahkemesi'nin ayrımcılığın farklı biçimlerine bu madde kapsamında koruma sağlamasını olanaklı kılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi yakın dönemde dolaylı ayrımcılık doğurabilecek bir yasal düzenlemeyi Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi çerçevesinde incelemiş ve iptal etmiştir. Kararda milli savunmaya, devlet sırlarına karşı suçlar ile casusluk suçlarından hapis cezasına mahkûm olanların, Türk Ceza Kanunu'nun[30] 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, muhasebecilik, mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik mesleğini icra edemeyeceklerine dair bir yasal düzenleme gündeme gelmiştir. Söz konusu düzenleme ile örneğin din veya inanç temelinde vicdani retçi olduğunu açıklayan bir kişinin Türk Ceza Kanunu'nun milli savunmaya karşı suçlar bölümünde 318. maddede yer alan halkı askerlikten soğutma suçundan[31] mahkûmiyetine karar verilmesi durumunda belirtilen meslekleri icra etmesi olanaksız hale gelmektedir. Bu durum din veya inanç temelinde dolaylı ayrımcılık tehlikesi doğurmaktadır.[32] Mahkeme her ne kadar Anayasa'nın 10. maddesi kapsamında bir inceleme yapmamış olsa da, sonuç olarak ayrımcı muamele tehlikesi doğurabilecek hüküm iptal edilmiştir.[33] Söz konusu hükmün 10. madde kapsamında incelenmesi durumunda Mahkeme'nin dolaylı ayrımcılık kavramına başvurması ve içtihatlarına kazandırılması mümkündü. Bu fırsat kaçırılmış olmakla birlikte bireysel başvuru usulünde içtihatlarla bu kavramın hukuken tanınması mümkün gözükmektedir.

Bireysel başvuru usulünün kabulü ile Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası alanda ortaya çıkan ve giderek kabul gören doğrudan ve dolaylı

30 Bakınız, 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı RG.

31 Türk Ceza Kanunu, Madde 318: (1) Halkı, askerlik hizmetinden soğutacak etkinlikte teşvik veya telkinde bulunanlara veya propaganda yapanlara altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiil, basın ve yayın yolu ile işlenirse ceza yarısı oranında artırılır.

32 Ayrıca bkz, AİHM, *Thlimmenos v. Greece* (Grand Chamber), Appl. No. 34369/97, 06.04.2000.

33 Anayasa Mahkemesi tarafından çok sayıda meslekle ilgili olarak benzer bir karar verilmiştir. Bakınız, E. 2008/17, K. 2010/44, 25.02.2010.

ayrımcılık kavramlarını benimseyerek ve hatta geliştirerek içtihatlarına yansıtma iradesi göstermesi önemli bir sıçrama yaratacaktır. Aksi durum ayrımcı muameleler giderek daha "görünmez" hale geldiği için ayrımcılık yasağının getirdiği korumanın yalnızca ispatı zaman zaman oldukça zor olan doğrudan ayrımcılık ile sınırlı olmasına yol açabilecektir. Mahkeme bu yönde önemli bir adım atarak ilk defa bir kararında kavrama doğrudan yer vermemekle birlikte dolaylı ayrımcılık kavramına değinmiştir.[34] Mahkeme'ye göre *"…farklı durumda olan kişilere aynı şekilde muamele ediliyorsa fakat bu muamele belirli bir kişiyi veya gurubun üyelerini orantısız ve olumsuz yönde etkiliyorsa ayrımcılıktan söz edilebilir."*[35] Mahkeme başka bir kararında ise bir yasal düzenleme veya politikanın olumsuz etkisine gönderme yapmış ve *"belirlenen ceza politikasının bireyleri ayrımcı bir şekilde etkilemesi halinde Anayasa'nın 10. maddesi kapsamında kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı bir durum"* oluşturabileceğini ifade etmiştir.[36] Mahkeme'nin bireysel başvuru usulü bağlamında ortaya çıkan bu kararları ile dolaylı ayrımcılık kavramının Mahkeme içtihatlarında gelişme göstermeye başladığı görülmektedir. Bu yaklaşımın devamı ile birlikte dolaylı ayrımcılık konusunda AİHM içtihatları ile uyumun sağlanması, hatta ötesine geçilmesi mümkün gözükmektedir.

III. Ayrımcılık Yasağının Kişi Bakımından Kapsamı

A. Ayrımcılığın Yasaklandığı Temeller

Ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda gündeme gelen başlıca konulardan biri bu yasağın kimleri koruma altına aldığıdır. Bu noktada ayrımcılık yasağı ile ilgili hukuki düzenlemeler açık uçlu bir şekilde veya sınırlı olarak bir koruma sağlayabilmektedir.[37] Sınırlı yaklaşımda ayrımcılığın yasaklandığı nedenler hukuki düzenlemelerde sınırlı olarak sayılmaktadır ve içtihat yoluyla genişletilmesi mümkün olamamaktadır. Ayrımcılık temellerinin yalnızca örnek niteliğinde sayıldığı ve içtihat yoluyla genişletilmesinin mümkün olduğu açık uçlu yaklaşımda ise ayrımcılık yasağı ile ilgili hukuki düzenlemelerin potansiyel kapsamı sınırlanmamaktadır. Açık uçlu yaklaşımla

34 Bakınız, AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014.

35 agk, para 115.

36 AYM, *İbrahim Uysal Kararı*, B. No. 2014/1711, 23.07.2014, para 48.

37 Anne F. Bayefsky, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, Human Rights Law Journal, Vol. 11, No. 1-2, 1990, s. 5.

birlikte mevcut bir farklı muamelenin ayrımcılık oluşturup oluşturmadığına dair yapılacak denetimde söz konusu temelin ilgili maddenin kapsamına girip girmediği büyük ölçüde değerlendirme konusu olmaktan da çıkmaktadır.[38] Ancak hukuki düzenlemelerde bu konuda bir netlik bulunmuyorsa veya yargı organları ya da idari organlar tarafından kurallar dar biçimde yorumlanıyorsa, hukuk kurallarında güncel gelişmeler doğrultusunda açık olarak daha fazla ayrımcılık temeline yer verilmesi gerekebilmektedir.

AİHS'nin 14. maddesi *"…cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüş, ulusal veya toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi herhangi bir temelde…"* şeklinde bir ifade içermektedir ve maddede oldukça geniş bir liste ile birlikte açık uçlu yaklaşım benimsendiği görülmektedir.[39] Maddede yer alan yasaklar ve Taraf Devletlerin yükümlülükleri bu sayılanlarla sınırlı tutulmamıştır.[40] Madde metninde "*veya diğer statüler gibi herhangi bir temelde*" ifadesine yer verilmesi ile birlikte ayrımcılığın yasaklandığı temeller madde metninde geçen ifadelerle sınırlı olarak kabul edilmemiştir.[41]

AİHM kararlarına bakıldığında 14. maddede açıkça sayılmamış olmasına karşın yaş,[42] engellilik,[43] medeni hal,[44] sendika üyeliği[45] ve cinsel

38 Bayefsky, age,, s. 5.

39 Bayefsky, age, s. 5. Örneğin bkz, *Engel and Others v. the Netherlands*, Appl. No. 5100/71, 08.06.1976, para 72.

40 AİHM, *James and Others v. the United Kingdom*, Appl. No. 8793/79, 21.02.1986, para 74.

41 Aynı temeller 12. No'lu Protokol'ün 1. maddesinde de benimsenmiştir ve madde metnine engellilik, cinsel yönelim ve yaş gibi ayrımcılık temelleri bilinçli olarak eklenmemiştir. Bu durumun nedeni "*Ayrımcılığın yasaklandığı diğer bazı nedenlerin de açıkça sayılması (örneğin fiziksel veya zihinsel engellilik, cinsel yönelim veya yaş) gibi diğer çözümler yerine bu çözümün benimsenmesi, Sözleşme'nin 14. maddesinin kaleme alındığı döneme kıyasla bugünün toplumlarında özellikle önem kazanmış olan bu nedenlere ilişkin bir bilinç yokluğundan değil, ayrımcılığın yasaklandığı nedenlerin tahdidi olarak sayılmamış olması nedeniyle bunların açıkça sayılmasının hukuken gereksiz olduğunun kabul edilmiş olmasından ve bazı ek nedenlerin sayılmasının, sayılmayan diğer nedenlere dayalı ayrımcılığın yasaklanmamış olduğu yönünde yorumlar yapılabilmesine imkan verebilecek olmasından kaynaklanmaktadır.*" diye belirtilmiştir. Bakınız, Explanatory Report on Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, para 20, http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm (erişim: 20.06.2015). Çeviri için bkz, İdil Işıl Gül, *Ayrımcılığa Karşı Uluslararası İnsan Hakları Mevzuatı*, Hakan Ataman, Hasan Saim Vural, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 2007, s. 41-42.

42 AİHM, *Schwizgebel v. Switzerland*, Appl. No. 25762/07, 10.06.2010.

43 AİHM, *Pretty v. the United Kingdom*, Appl. No. 2346/02, 29.04.2002.

44 AİHM, *Petrov v. Bulgaria*, Appl. No. 15197/02, 22.05.2008.

45 AİHM, *Danilenkov and Others v. Russia*, Appl. No. 67336/01, 30.07.2009.

yönelim[46] gibi ayrımcılık temelleri 14. madde kapsamında değerlendirilerek koruma altına alınmıştır. Herhangi bir temelde farklı muamelenin, uluslararası insan hakları hukuku kapsamında geleneksel olarak yasaklanan temeller arasında yer alsın ya da almasın, 14. madde kapsamında potansiyel olarak incelenmesi mümkündür.[47] AİHM bazı kararlarında ise farklı muameleyi ayrımcılığın ihlali olarak değerlendirmiş ancak 14. maddede sayılan ayrımcılık temellerinden başka bir temeli madde kapsamında değerlendirip değerlendirmediği konusunda herhangi bir yorum yapmamıştır.[48] Bu tür bir yaklaşım Mahkeme'nin açık uçlu olma durumunu mümkün olduğunca geniş yorumlamayı tercih ettiğini göstermektedir. Mahkeme'nin bu yaklaşımı sonucunda herhangi bir fark gözetmenin 14. madde bağlamında incelemeye konu olabileceği kabul edilmektedir.[49]

Anayasa'nın 10. maddesi ile düzenlenen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının kişi bakımından kapsamı noktasında, madde metninde yer alan "*herkes*" ve "*benzeri sebepler*" ifadeleri, ayrımcılığa karşı korunan kişi bakımından açık uçlu bir yaklaşımın benimsendiğini ortaya koymaktadır. 1961 Anayasası'nın 12. maddesinde "*Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir*." ifadesine yer verilmiş ve ayrımcılığın kişi bakımından kapsamı sınırlanmıştı.[50] 1982

46 AİHM, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Appl. No. 33290/96, 21.12.1999; *Frette v. France*, Appl. No. 36515/97, 26.02.2002; *S. L. v. Austria*, Appl. No. 45330/99, 09.01.2003; *Karner v. Austria*, Appl. No. 40016/98, 24.07.2003; *E.B. v. France* (Grand Chamber), Appl. No. 43546/02, 22.01.2008.

47 de Schutter, s. 13.

48 AİHM, *Pine Valley Developments LTD and Others v. Ireland*, Appl. No. 12742/87, 29.11.1991, para 64.

49 Rory O'Connell, *Cinderella Comes to the Ball: Art 14 and the Right to Non-Discrimination in the ECHR*, Legal Studies, Wiley-Blackwell, Vol. 29, No. 2, Oxford, June 2009, s. 222. Örnek kararlar için bkz, AİHM, *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, Appl. No. 22083/93, 22095/93, 22.10.1996; *Chassagnou and Others, v. France* (Grand Chamber), Appl. No. 25088/94, 28331/95, 28443/95, 29.04.1999; *Rainys and Gasparavicius v. Lithuania*, Appl. No. 70665/01, 74345/01, 07.04.2005; *Paulik v. Slovakia*, Appl. No. 10699/05, 10.10.2006; *Wagner and J. M. W. L. v. Luxembourg*, Appl. No. 76240/01, 28.06.2007; *Beian v. Romania (No. 1)*, Appl. No. 30658/05, 06.12.2007.

50 Buna rağmen Anayasa Mahkemesi bir davada evlilik dışı doğan çocuğun babasının evli olduğu durumda babası tarafından tanınamayacağına dair düzenlemeyi iptal etmiştir. Mahkeme kararında, "...Zina ürünü çocukların, ötekilerle aynı durumda olmadıklarından söz edilerek bunlara ayrı kuralların uygulanmasının eşitlik ilkesine aykırı düşmediği görüşü, bu çocukların da 'herkes' kapsamı içinde olmaları, ötekiler gibi salt doğumla kişilik kazanmaları karşısında yerinde görülemez..." diyerek evlilik içinde veya dışında doğan çocuk açısından bir ayrıma gidilmesini "herkes" kapsamında 12. maddeye aykırı bulmuştur. AYM, E. 1980/29, K. 1981/22, 21.05.1981.

Anayasası'nın 10. maddesinde ise, bu sayılan temellere "*renk*" eklenmiş ve cümlenin sonuna "*ve benzeri nedenler*" ifadesi konulmuş, böylece açık uçlu yaklaşım benimsenmiştir. Madde metninde yer alan "*herkes*" ifadesinin aynı zamanda hem gerçek hem de tüzel kişileri kapsadığı belirtilmektedir.[51]

1982 Anayasası'nın 10. maddesinde yer alan "*benzeri nedenler*" ifadesinin kapsamı üzerinde durulduğunda, öğretide bu ifadenin maddede yer alan diğer ayrımcılık temelleri ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği, maddede sayılan nedenler ile "*benzeri nedenler*"in bir bütün oluşturduğu ve maddede sayılan nedenlere bağlandığı savunulmuştur.[52] Bu tür bir yorum ile "*benzeri nedenler*" yalnızca maddede açıkça sayılan ayrımcılık temellerine benzer temellerin korumadan yararlanabilecektir ve "*benzeri nedenler*" ifadesinin kapsamı oldukça daraltılmış olacaktır. Örneğin "*yaş*" madde metninde yer alan temellerden hiç biri ile benzerlik göstermemektedir. İfadenin benzerlik temelinde yorumlanması maddenin ayrımcılığın günümüzde yasaklandığı birçok temelde serbest bırakılmasına yol açabilecektir. Dolayısıyla ayrımcılık temellerinin güncel yorumlanması noktasında "*benzeri nedenler*" ifadesinin de geniş yorumlanması ve sayılan diğer temellerle bağlı tutulmaması büyük önem arz etmektedir.

Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan "*benzeri nedenler*" ifadesinin yorumuna dair görüşünü geçmişte açıkça ortaya koymuştur. Mahkeme bir kararında, *"...Özgürlüklerle ilgili olarak Anayasada yer alan en önemli kavramlardan birini de yasa önünde eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. Bu kural 1982 Anayasasında 1961 Anayasasına nazaran daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Şöyle ki; eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. 'Benzeri sebeplerle' de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır..."* diyerek ayrımcılık temellerinin maddede sayılanlarla sınırlı olmadığını ifade etmiştir.[53] Dolayısıyla madde metninde yer alan temeller yalnızca örnek niteliğindedir.

---

51 Merih Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yay., Ankara, 2003, s. 153. Nitekim Mahkeme önüne gelmiş olan ve tüzel kişiler tarafından yapılmış başvurular bulunmaktadır. Örneğin, *HSH Nordbank AG Kararı*, B. No. 2013/6924, 18.06.2014; *Set Makina Ticaret Ltd. Şti. Kararı*, B. No. 2013/816, 06.02.2014.

52 Öden, s. 321.

53 AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, 04.11.1986.

Ancak Anayasa Mahkemesi madde metninde geçen "*benzeri sebeplerle*" ifadesini AİHM gibi bugüne kadar net biçimde somutlaştırmadığını da eklemek gerekir. Mahkeme, önüne gelen bir iptal talebinde "*benzeri sebepler*" ifadesini somutlaştırmamış, doğrudan ve sadece anayasal denetime tabi tutulan kanunların veya kanun hükmünde kararnamelerin kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal edip etmediği konusunu karara bağlamıştır. Mahkeme kararlarına bakıldığında soyut ve somut norm denetimi kapsamında ayrımcılık temelleri açısından büyük oranda cinsiyet,[54] daha az sayıda ise dil,[55] medeni hal,[56] vatandaşlık[57], yaş[58], doğum[59] ve engellilik[60] vs. temelleri ile ilgili karar verildiği görülmektedir. Kararların büyük çoğunluğu belli meslekler veya belli kamu görevleri ile ilgilidir.[61]

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru ile ilgili kararlarına bakıldığında ise 10. maddenin kişi bakımından kapsamının somutlaştırılmaya çalışıldığı ve soyut ve somut norm denetiminde gündeme gelmemiş ayrımcılık temellerine, özellikle cinsel yönelim ve etnik köken ifadelerine açıkça yer verildiği göze çarpmaktadır.[62] Bununla birlikte Mahkeme bu kararlarda Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan "*ve benzeri sebepler*" ifadesinin kapsamına dair ya da cinsel yönelimin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine dair herhangi bir açıklamada bulunmamıştır. Kararlarda "*başvurucunun ölen kardeşinin cinsel yönelimi nedeniyle ayrımcılığa uğradığı söylenemez.*" ifadesi ile cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın, "*Başvuru konusu olayda, başvuruculaların yargılamanın hiçbir aşamasında etnik kökenleri nedeniyle ayrımcılığa uğradıkları yönünde herhangi bir iddiayı ileri sürmedikleri görülmektedir*" ifadesi ile etnik köken temelinde ayrımcılığın Anayasa'nın 10. maddesinin koruma alanında olduğu kabul edilmiştir.[63]

---

54 Örneğin, AYM, E. 1988/4, K. 1989/3, 12.01.1989; E. 1990/30, K. 1990/31, 29.11.1990; E. 2001/478, K. 2004/38, 25.03.2004; E. 2004/30, K. 2008/55, 07.02.2008; E. 2006/156, K. 2008/125, 19.06.2008; E. 2006/166, K. 2009/113, 23.07.2009.

55 Örneğin, AYM, E. 2009/47, K. 2011/51, 17.03.2011.

56 Örneğin, AYM, E. 2009/86, K. 2011/70, 28.04.2011.

57 Örneğin, AYM, E. 2010/30, K. 2012/7, 19.01.2012.

58 Örneğin, AYM, E. 2000/39, K. 2002/35, 20.03.2002; E. 2005/103, K. 2005/89, 23.11.2005; E. 2009/93, K. 2011/73, 28.04.2011.

59 Örneğin, AYM, E. 2005/114, K. 2009/105, 02.07.2009.

60 Örneğin, AYM, E. 2002/70, K. 2004/56, 06.05.2004.

61 Örneğin, AYM, E. 2008/57, K. 2010/56, 04.02.2010; E. 2009/57, K. 2011/33, 03.02.2011.

62 AYM, *Sadıka Şeker Kararı*, B. No. 2013/1948, 23.01.2014; *Kamil Çakır Kararı*, B. No. 2013/997, 15.10.2014, para 45; *Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya Kararı*, B. No. 2013/1280, 28.05.2014.

63 AYM, *Sadıka Şeker Kararı*, B. No. 2013/1948, 23.01.2014, para 60; *Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya Kararı*, B. No. 2013/1280, 28.05.2014, para 46.

Mahkeme bireysel başvurular açısından da "*Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında 'dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep' sebeplerine dayanılarak ayrım yapılamayacağı belirtildikten sonra fıkranın devamında 'benzeri sebeplerle' de ayırım gözetilmeyeceği belirtilmiştir. Böylece Anayasa koyucu bazı türde farklı muamelelere özel önem vermiş ve ismen saymış, ayrıca aynı fıkrada, 'benzeri sebepler' ile ayrım yapılamayacağı esası getirilmiş olmakla, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmamıştır*"[64] diyerek açık uçlu yaklaşımı benimsediğini açıkça ortaya koymuştur.

Toplumsal yaşamda ortaya çıkan kimlik ve özelliklerin bir maddede sayılarak tüketilmesi mümkün gözükmemektedir. 10. madde düzenlemesi ile zamanla toplumsal gelişmeler sonucunda ortaya çıkabilecek yeni kimliklere uyum sağlanması kolaylaştırılmıştır. İfade etmek gerekir ki, ayrımcılık yasağı temelleri açısından AİHS ve Anayasa arasında bir uyum mevcuttur. Bu noktada Mahkeme'nin somut ve soyut norm denetimi kapsamındaki içtihatlarında sergilediği yaklaşımın bireysel başvurularda da sergilemeye devam etmesi olumlu gözükmektedir. Bununla birlikte kararlarda 10. madde metninde yer almayan ayrımcılık temellerinin neden koruma kapsamına alındığına dair açıklamada bulunulması ve Mahkeme'nin bu noktadaki tutumunun netleştirilmesi yönünde bir ihtiyaç bulunduğunu söylenebilir.

B. Ayrımcılık Yasağının Yatay Etkisi

Ayrımcılık özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri arasındaki ilişkilerde de ortaya çıkabildiği için ayrımcılık yasağına karşı koruma getiren düzenlemelerin yatay etkisinin mevcut olup olmadığı sorusu büyük önem kazanmaktadır. Devletler, bir hak veya özgürlüğe müdahale etmemekle beraber söz konusu hak veya özgürlüğe üçüncü kişilerce müdahale edilmemesini, başka bir deyişle kişilerin hak veya özgürlüklerine saygı gösterilmesini de sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük kişiler arasında ilişkilerin de devletler açısından yükümlülük doğuran bir alan olduğu anlamına gelmektedir. Bu tür bir yatay etkinin kabulü ile gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin, diğer gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri tarafından bir hak ve özgürlükleri ihlal edildiği takdirde bunu yargı organları önüne getirebilmesi mümkün olmaktadır. Kişilerin hak veya özgürlüklerinin üçüncü kişilerce ihlal edildiği

64 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 146.

durumda devletin bu ihlali görmezlikten gelmesi veya zımni olarak muvafakat etmesi durumunda sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

AİHM'ye göre de devletlerin yükümlülüklerini özel hukuk tüzel kişilerine veya diğer kişilere devrederek sorumluluktan kaçmaları mümkün değildir.[65] AİHM'nin içtihatlarına bakıldığında çok sayıda olayda özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin ayrımcı muamelelerine karşı devletin koruma yükümlülüğünü yerine getirmediği kabul edilmiştir. Mahkeme'ye göre kötü muamelenin özellikle ırkçı bir saik ile gerçekleştiğine dair bir şüphenin olduğu durumlarda ulusal makamların söz konusu olayı mümkün olduğunca kapsamlı bir şekilde soruşturma yükümlülüğü söz konusudur. Bu yükümlülüğün yanında söz konusu fiil kamu görevlileri olmayan diğer kişiler tarafından gerçekleştirildiği zaman da Taraf Devletler için aynı yükümlülük söz konusudur.[66] Başka bir nihai kararda ise bir dini grubun o ülkede çoğunluğu oluşturan başka bir dini grup tarafından ciddi saldırılara uğraması ve Taraf Devletin bu konuyu görmezlikten gelmesi ya da soruşturmalarla ilgili gerekli özeni göstermemesi din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 9. madde ile birlikte 14. maddenin de ihlali olarak kabul edilmiştir.[67] Başka bir nihai kararda bu kez ölen bir kişinin düzenlediği vasiyetnamede evlilik dışında doğan çocuğu mirastan yararlandırmamasını ve bu vasiyetnamenin yargı organlarınca geçerli kabul edilmesi ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilmiştir.[68]

AİHS'de yer alan diğer haklar gibi ayrımcılık yasağı açısından da yatay etki konusu gündeme gelmektedir. AİHS kapsamında Taraf Devletlerin kişiler arasında gerçekleşen ilişkiler çerçevesinde önlem almalarına dair yükümlülük kabul edilmektedir.[69] Bu önlemler sadece giderime değil, söz konusu hak veya özgürlüğün güvence altına alınmasını da sağlamalıdır. Bu noktada olumlu önlemlere başvurularak herkesin sahip olduğu hak ve özgürlükleri kullanabilmesi sağlanmalıdır. AİHS bir nihai kararında, işveren tarafından sendikal örgütlenme hakkının ihlal edilmesi ve bu durumla ilgili olarak Taraf Devletin yeterli güvenceyi sağlamaması olgusunu değerlendirmiştir. Mahkeme,

---

65 AİHM, *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, Appl. No. 13134/87 25.03.1993, para 27.

66 AİHM, *Secic v. Croatia*, Appl. No. 40116/02, 31.05.2007, para 67.

67 AİHM, *97 members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others v. Georgia*, Appl. No. 71156/01, 03.05.2007, para 143.

68 AİHM, *Pla and Puncernau v. Andorra*, Appl. No. 69498/01, 13.07.2004

69 AİHM, *X and Y v. The Netherlands,* Appl. No. 8978/80, 26.03.1985, para 23.

sendikal örgütlenme hakkının kişilerarası ilişkiler açısından Taraf Devlet tarafından güvence altına alınması ve sendika üyeliği söz konusu olduğunda bu bağlamda da ayrımcılığa karşı korumayı da gerektirdiğini ortaya koymuştur. Mahkeme, ayrımcı muameleye uğrayan kişilerin bu muameleye karşı adli yollara başvurma hakkının tanınması ve sağlanması gerektiğini ve Taraf Devletlerce ayrımcılığa karşı gerçek ve etkili bir koruma sağlanması için bir yargı sistemi oluşturmak ile yükümlü olduklarını ifade etmiştir.[70] Mahkeme'ye göre de "*Devlet, özel kişilerin başvuranın özgürlüğüne yaptığı müdahalelere karşı onu koruma pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği için sorumlu tutulabilir.*"[71] Bu yaklaşım özellikle ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda Taraf Devletlerin sadece devlet-kişi arasındaki ilişkilerde değil, kişilerin kendi arasındaki ilişkilerde de bir dizi pozitif yükümlülüğü olduğu anlamına gelmektedir[72] ve bu yaklaşım Mahkeme kararlarında giderek daha çok yer tutmaktadır.

Anayasal normların yalnızca devlet-birey arasındaki ilişkilerde değil, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri arasında gerçekleşen özel hukuk ilişkilerine etkisi, "*anayasanın üçüncü kişilere etkisi*" veya "*anayasanın özel hukuka etkisi*" (Almanca "Drittwirkung")[73] olarak adlandırılmaktadır.[74] Üçüncü kişiler devlet dışında temel hakkın yükümlüsü olabilecek özel hukuk kişileridir.[75] Böylelikle anayasaların, devletin kuruluş ve işleyiş ile ilgili kurallar ve insan hakları ile ilgili güvenceleri içeren kurallar manzumesi olmanın ötesinde kişiler arasındaki ilişkileri de düzenlediği kabul edilmiş olmaktadır. Yatay etki doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki biçimde ortaya çıkmaktadır. Yatay etkinin öncelikle dolaylı biçimde ortaya çıkabileceği savunulmuştur. Anayasada yer alan hakların veya ilkelerin uygulamaya elverişli yaptırımlar öngörmediği için özel hukuk alanında doğrudan etki doğurmayacağı ve bunların özel hukuka etkisinin özel hukuk kurallarının insan haklarına uygun yorumlanmasını sağlamakla sınırlı olduğu vurgulanmıştır.[76] Diğer bir görüş

70 AİHM, *Danilenkov and Others v. Russia*, Appl. No. 67336/01, 30.07.2009, para 124.

71 AİHM, *Storck v. Germany*, Appl. No. 61603/00, 16.06.2005, para 88.

72 AİHM, *Aksu v. Turkey*, Appl. No. 4149/04, 41029/04, 27.07.2010, para 50.

73 Kavramın kökenleri hakkında bilgi için bkz, Evert Albert Alkema, *The Third Party Applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights*, Protecting Human Rights: The European Dimension, Studies in honour of Gerard J. Wiarda, Carl Heymans Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988.

74 Alkema, s. 249.

75 Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011, s. 539.

76 O. Korkut Kanadoğlu, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta Yay., İstanbul, 2000, s. 31-32.

ise anayasada yer alan kurallar açısından doğrudan yatay etkinin de söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, örneğin, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi açısından, Anayasa'nın 11. maddesi ve 138. maddesinin eşitlik ilkesinin kişilerarası ilişkilerde doğrudan doğruya uygulanabilecektir.[77]

Dolaylı yatay etki, anayasal normların özel hukuk kurallarının yorumunda ve özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde bir yorum ölçüsü ve kaynağı olarak kullanılması anlamına gelmektedir. Bu yaklaşım aynı zamanda "*anayasaya uygun yorum ilkesi*" olarak da adlandırılmaktadır ve pozitif dayanağını Anayasa'nın 11. maddesinde yer alan anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü kuralından almaktadır.[78] Anayasaya uygun yorum yükümlülüğü yalnızca Anayasa Mahkemesi'ni değil tüm yargı organlarını bağlayan bir yükümlülüktür.[79] Dolaylı yatay etkinin kabulü ile örneğin borçlar hukuku alanında hukuka aykırı bir sözleşmenin Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi gereği sözleşmenin kesin hükümsüz sayılacağı veya haksız bir fiil nedeniyle kusurun ortaya konulması ile birlikte 47. madde gereği tazmin borcunun ortaya çıkabilecektir.[80] Ayrımcılık yasağı ile ilgili Anayasa'nın 10. maddesinin dolaylı yatay etkisinin kabulü ile birlikte bu yasağın ihlali de belirtilen hukuki yaptırımları gerektirebilecektir.

Doğrudan yatay etki için bir normun Anayasa'da açık bir biçimde tanınmış olması şarttır.[81] Anayasa hukukunda temel hakların özel hukukta dolaylı etki doğurabileceği ve bu etkinin modern sanayi toplumlarında özgürlük ve eşitliği koruma noktasında anlam taşıdığı vurgulanmıştır.[82] Ayrımcılık yasağı 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde açıkça tanınmış durumdadır. Bu ilkeler "*Genel Esaslar*" bölümünde düzenlenmekle birlikte içeriği bakımından yukarıda da ifade edildiği gibi aynı zamanda bir hak

77 A. Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul, 1982, s. 106 vd.

78 Bülent Tanör, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yay., İstanbul, 1978, s. 255-256. Anayasa hukukunda yorum yöntemleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz, Bertil Emrah Oder, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Beta Yay., İstanbul, 2010.

79 Selim Kaneti, *Anayasa Mahkemesi'nin Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanına Etkileri*, Anayasa Yargısı, Cilt 6, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 1989, s. 23.

80 Tanör, s. 257.

81 Tanör, s. 253.

82 Kanadoğlu, s. 22.

olması ve aksinin kabulü halinde dahi yatay etkinin yalnızca haklar değil ilkeler bakımından da geçerli olduğu ifade edilerek, bu ilkelerin kişiler arasındaki ilişkiler açısından da etki doğuracağı belirtilmiştir.[83]

Anayasa'nın 10. maddesi ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi açısından, kamu makamları veya özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri açısından bir farklılık öngörmemiştir. Bu durumun anlamı Anayasa'da getirilen korumanın kapsamının ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi bakımından geniş olmasıdır. Anayasa'nın 11. maddesinde yer verilen Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi kapsamında, *"Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır."*[84] Dolayısıyla Anayasa'da "*Genel Esaslar*" bölümünde düzenlenen eşitlik ilkesinin sayılan organlar, kuruluşlar ve kişiler açısından da geçerli olduğu açıktır. Yargıçlar tüm özel hukuk ilişkilerinde Anayasa hükümlerini uygun olduğu ölçüde uygulamakla yükümlüdür. Ayrıca Anayasa'nın 138. maddesinde yargıçların görevlerinde bağımsız olduğuna ve Anayasa'ya kanuna ve hukuka uygun olarak karar verecekleri düzenlenmiştir. Dolayısıyla yargıcın uygulayacağı hukuk kuralları arasında Anayasal normlar da yer almaktadır.[85] Anayasa'da yer alan 11. ve 138. maddeler ile 10. madde birlikte değerlendirildiğinde yatay etkinin ayrımcılık yasağı açısından da geçerli olduğu kabul edilebilir.

Anayasa'nın 10. maddesinin son fıkrasında "*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar*." şeklinde bir cümleye yer verilmiştir. Bu ifade sonucunda öncelikle yasama, yürütme ve yargı organları ve idari makamlar açısından bir yükümlülük ortaya çıkmıştır.[86] Ancak bu ifadeden eşitlik ilkesinin yatay ilişkilerde uygulanamayacağı anlamının çıkarılması mümkün değildir.[87] Sonuç olarak Anayasa'nın 10. ve 11. maddeleri birlikte okunduğunda

83 Tanör, s. 255.

84 Böyle bir düzenlemenin mevcut olmaması halinde dahi bu yükümlülüğün geçerli olacağı belirtilmektedir. Bakınız, Sibel İnceoğlu, *Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2006/4, Sayı 11, İstanbul, 2006, s. 48; Mesut Gülmez, *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2010/2, Sayı: 25, İstanbul, 2010, s. 237.

85 Şükran Ertürk, *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Seçkin Yay., Ankara, 2002, s. 41.

86 Gözler, s. 108.

87 Öden, s. 156.

AİHS'nin 14. maddesinde olduğu gibi Anayasa'nın 10. maddesi de yatay etki doğurabilmektedir. Bu açıdan Sözleşme ile Anayasa arasında yatay etki noktasında ikincisi aleyhine bir uyuşmazlık gözükmemektedir.

Bireysel başvuru usulüne dair Anayasa'nın 148. maddesi ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un[88] (Bundan sonra "6216 sayılı Kanun" olarak anılacaktır) 45. maddesine göre herkes hakları "*kamu gücü tarafından*" ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilecektir. Kamu gücü tarafından ihlal yasama, yürütme veya yargı organları eliyle gerçekleşen ihlalleri akla getirmektedir. Bu durum ilk bakışta bireysel başvuru usulünde ayrımcılık yasağının yatay etkisinin dışlandığı şeklinde bir izlenim yaratmaktadır. Ancak özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri arasındaki bir özel hukuk uyuşmazlığı yargı organlarınca Anayasa'ya uygun bir şekilde çözümlenmediği zaman kamu gücünden kaynaklı bir ihlal ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla doğrudan olmamakla birlikte dolaylı yatay etki gündeme gelebilecektir.[89] Hatta bireysel başvuru yoluyla, bugüne kadar etkisiz kalan Anayasa'nın 11. maddesinin ve dolayısıyla yatay etkinin etkili hale geldiği söylenebilir.[90] Bu durumda bireysel başvuru usulü AİHM kararlarında olduğu gibi dolaylı bir yatay etkiyi gündeme getirmektedir ve bu açıdan bir sorunun ortaya çıkması olası gözükmemektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesine göre de "*Anayasa'nın 10. maddesi eşitlik ilkesinden faydalanacak kişi ve ilkenin kapsamı konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Anayasa'nın 11. maddesi... hükmü uyarınca Anayasa'nın "genel esaslar" bölümünde düzenlenen eşitlik ilkesinin sayılan organlar, kuruluşlar ve kişiler açısından da geçerli olduğu açıktır. Bundan başka, Anayasa'nın 10. maddesinin son fıkrasında yer alan "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmü gereğince yasama, yürütme ve yargı organları ve idari makamları eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına uygun davranmakla yükümlüdürler. Anayasa'nın 138. maddesinde hâkimlerin Anayasa'ya,*

88 Kanun metni için bkz, 03.04.2011 tarihli ve 27894 sayılı RG.

89 Fazıl Sağlam, *Anayasa Şikayeti: Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar*, Demokratik Anayasa, Ece Göztepe; Aykut Çelebi (Hazırlayanlar), Metis Yay., İstanbul, 2012, s. 449-450.

90 Fazıl Sağlam, *Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları*, Anayasa Yargısı İncelemeleri-1, Mehmet Turhan; Hikmet Tülen (Editörler), Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 2006, s. 80

kanuna ve hukuka uygun olarak karar vereceği öngörülmüştür. Dolayısıyla yargıcın uygulayacağı hukuk arasında Anayasa hükümleri de yer almaktadır. Anayasa'nın 11. ve 138. maddesi birlikte değerlendirildiğinde hâkimlerin Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesini uygulamakla görevli oldukları ortaya çıkmaktadır."[91] Bu yaklaşımla birlikte ayrımcılık yasağının kişiler arasında ortaya çıkan ilişkiler bağlamında yatay etkiye sahip olduğunun Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsendiği ortaya çıkmaktadır. Bu durum Mahkeme'nin içtihatlarının bu konuda AİHM ile uyumlu olduğunu göstermektedir.

C. "*Şüpheli*" Temeller

Ayrımcılık günümüzde çok sayıda temelde yasaklanmış ve bu temellerin ucu büyük ölçüde açık bırakılmıştır. Ancak her ayrımcılık temeli pozitif hukuk tarafından aynı ölçüde korunmayabilmektedir. Örneğin ırk veya etnik köken veya cinsiyet temelinde ayrımcılığa dair sağlanan koruma henüz yaş veya cinsel yönelim gibi temellerde ayrımcılık için geçerli değildir. Hukuki düzenlemeler yanında ayrımcılık yasağına dair yargı organlarının veya yargısal benzeri organların yaklaşımı da farklı ayrımcılık temelleri söz konusu olduğunda değişebilmektedir. Bu noktada bazı ayrımcılık temelleri diğerlerine göre daha fazla koruma görebilmekte ya da bazı ayrımcılık temelleri diğerine göre daha dikkatli incelenebilmektedir. Daha çok gündeme gelen ve koruma gören ayrımcılık temelleri genellikle ırk veya etnik köken, din veya inanç, cinsiyet vs. temellerini kapsamaktadır.[92] Yargı organları veya yargısal benzeri organların bu şekilde bir yaklaşım sergilemesi ayrımcılık temelleri arasında bir hiyerarşinin mevcut olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir. Hiyerarşinin mevcudiyetini teorik düzeyde kabul etmek mümkün olmasa da fiilen bu tür bir durumun mevcut olduğunu söylemek mümkündür.

Bir fark gözetmenin geleneksel olarak ayrımcılık mağduru olmuş bir gruba yönelik olarak ortaya çıktığı durumda söz konusu gruba karşılık gelen ayrımcılık temeli "*şüpheli*" (suspect) olarak sınıflandırılmaktadır.[93] "*Şüpheli*"

91 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 110, 111.

92 Anne F. Bayefsky, *Defining Equality Rights*, s. 42.

93 Kavram Türkçe'de "hassas temel" olarak da kullanılabilmektedir. Bakınız, Serdar Gülener, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. Maddesi Kapsamında Ayrımcılık Yasağı*, Bireysel Başvuru İncelemeleri 1, Musa Sağlam; Serdar Gülener; Recep Kaplan (Editörler), Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2013, s. 217.

ifadesi belirli temellerde ortaya çıkan farklı muamelenin ayrımcılık oluşturma ihtimalinin yüksek olduğuna dair bir şüphenin varlığına işaret etmektedir. Bu durumda böyle bir gruba mensup kişiler tarafından bir işlem ya da eylem veya bir yasal düzenleme için yargı organlarına başvurulduğu takdirde, uyuşmazlığı çözmekle yükümlü olan makamın başvuruya gerekli özeni göstermesi ve bir farklı muamelenin mevcut olup olmadığını araştırması gerekmektedir. Kişinin kendi kontrolünde olmayan, değişmez nitelikteki bir özelliği olup olmadığı, tarihsel ve yaygın bir ayrımcılığa uğrayan bir grubun söz konusu olup olmadığı gibi bazı nedenler söz konusu olduğunda bu nedenlerin diğerlerine göre daha fazla dikkatli bir incelemeye tabi tutulabileceği belirtilmektedir.[94] Şüphesiz bu durum yargı organlarının önüne gelen tüm uyuşmazlıklar için geçerlidir. Ancak burada söz konusu olan farklı muamelenin meşru bir nedene dayanıp dayanmadığı konusunda verilecek kararda meşruiyetin mevcut olup olmadığının olağan bir davada geçerli olabilecek gerekçelerden daha önemli gerekçelerle ortaya konulması gerekmektedir.

Şüpheli temeller söz konusu olduğunda ayrımcılık yasağına dair aşağıda üzerinde durulacak değerlendirme yönteminde bir farklılık ortaya çıkmamaktadır ancak farklı muamelenin gerekçesini ortaya koymak, diğer bir deyişle farklı muameleyi haklı göstermek daha zor olabilmektedir. Burada devletlerin takdir alanı diğer ayrımcılık temellerine göre daha dar kabul edilmektedir. Hatta şüpheli temeller söz konusu olduğunda herhangi bir fark gözetmenin *prima facie* olarak ayrımcılık olarak kabul edilebileceği dahi ifade edilmektedir.[95]

Uluslararası hukukta ayrımcılık temellerine dair mevcut açık uçlu yaklaşımın şüpheli temeller konusunda da benimsendiği görülmektedir. Önceden sadece ırk veya etnik köken, din veya inanç ve cinsiyet temelleri şüpheli temel olarak kabul edilirken günümüzde bu temellerin sayısı giderek artmaktadır. Bunun sebepleri arasında ayrımcılık yasağına dair gelişen genel bilinç düzeyi yanında, bazı ayrımcılık temellerinin de şüpheli temeller arasında yer alması gerektiğine dair ortaya çıkan uluslararası konsensüstür. AİHM, AİHS'ye Taraf Devletler arasında bir ayrımcılık temelinin daha fazla koruma görmesine dair bir konsensüs oluştuğuna kanaat getirdiği noktada şüpheli temellerin sayısını artırabilmektedir.

94 Bayefsky, *Defining Equality Rights*, s. 50.
95 Bayefsky, *Defining Equality Rights*, s. 167.

AİHS'nin ayrımcılıkla ilgili temelleri açık uçlu olarak yorumlaması AİHM tarafından tüm ayrımcılık temellerine eşit önem verildiği anlamına gelmemektedir. Mahkeme bazı konularda bazı ayrımcılık temelleri açısından daha ayrıntılı bir inceleme yapmakta ve Taraf Devletlerin takdir alanını da daha dar kabul etmektedir.[96] Mahkeme her ne kadar sözel olarak "*şüpheli olan-şüpheli olmayan*" temeller biçiminde bir sınıflandırmaya gitmese de içtihatlarından bu şekilde bir farklılaşma olduğu göze çarpmaktadır. Örneğin cinsiyet veya cinsel yönelim temelli bir farklı muamele sonucunda ayrımcılık yasağının ihlali iddiası söz konusu ise Taraf Devletlerce oldukça önemli gerekçelerin (very weighty reasons) ortaya konulması beklenmektedir.[97]

AİHM son yıllarda ırk veya etnik köken söz konusu olduğunda ise önemli gerekçelerin mevcut olması ölçütünün de ötesine geçmekte ve neredeyse Taraf Devletlerin takdir alanını ortadan kaldıran bir yaklaşım benimsemektedir. Irk veya etnik köken temelinde ayrımcılıkla ilgili davalarda nesnel ve makul nedenin varlığının mümkün olduğunca kapsamlı olarak incelenmesi gerektiğini[98] ve hatta bir farklı muamelenin o kişinin etnik kökenine dayalı olarak gerçekleştiği durumda, o farklı muamelenin çoğulculuk ve farklı kültürlere saygı ilkelerine dayanan çağdaş demokratik toplum anlayışı içerisinde nesnel ve makul kabul edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.[99] Mahkeme ırk ayrımcılığı ile mücadele noktasında devletlerin daha fazla özen göstermeleri gerektiğini ifade etmiştir.[100] Mahkeme, çeşitliliğin bir tehdit olarak değil bir zenginlik olarak algılandığı bir demokrasi anlayışının güçlendirilmesi dâhil Taraf Devletlerin ırkçılıkla

96 D. J. Harris; M. O'Boyle; E. P. Bates; C. M. Buckley, Harris, O'Boyle Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 794; Oddny Mjöll Arnardottir, *Multidimensional Equality from Within: themes from the European Convention on Human Rights*, European Union Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, Dagmar Schiek;, Victoria Chege (Eds), Routledge-Cavendish, London, New York, 2009, s. 56.

97 Stephen Livingstone, *Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights*, European Human Rights Law Review, Sweet and Maxwell, No. 1, 1997s. 29.

98 AİHM; *D. H. and Others v. the Czech Republic* (Grand Chamber), Appl. No. 57325/00, 13.11.2007, para 196.

99 AİHM, *Timishev v. Russia*, Appl. No. 55762/00, 13.12.2005, para 58, *Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina*(Grand Chamber), Appl. No. 27996/06, 34836/06, 22.12.2009, para 44.

100 AİHM, *Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina* (Grand Chamber), Appl. No. 27996/06 and 34836/06, 22.12.2009, para 43.

mevcut tüm yolları kullanarak mücadele etmesi gerektiğini ifade etmiştir.[101] Benzer durum din veya inanç[102] ya da cinsel yönelim[103] temelinde ayrımcılık açısından da geçerli olabilmektedir.

Türk hukukunda da benzer bir yaklaşım gündeme gelebilmektedir. Öğretide Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan ayrımcılık temelleri açısından ayrımcılığın mutlak olarak yasaklandığı görüşü dile getirilmiştir.[104] Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan ayrımcılık temelleri de "*şüpheli temeller*" olarak görülmüştür.[105] Ancak 1961 Anayasası'nın 12. maddesinde ayrımcılık temellerinin sınırlı, 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde ise açık uçlu olarak sayıldığı göz önünde tutulduğunda ayrımcılık temelleri açısından mutlak olan-olmayan şeklinde bir ayrıma gidilmesi mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte bazı temellerin madde metninde özel olarak sayılmış olması, bu temellerin şüpheli temeller olarak yorumlanmasına olanak tanıyabilir. Ancak şüpheli temeller yalnızca madde metninde sayılanlarla sınırlı düşünülmemelidir. Örneğin AİHS'nin 14. maddesinde sayılanlar arasında yer almamasına rağmen cinsel yönelim şüpheli bir temel olarak sınıflandırılmıştır.

Şüpheli temeller konusunda Anayasa Mahkemesi'nin kararları çelişkili gözükmektedir.[106] Mahkeme, evli kadının evlendikten sonra önceki soyadını yalnız başına kullanamaması ve ancak eşinin soyadı ile birlikte kullanılmasına dair Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'ya uygunluğunu incelerken kadının evlendikten sonra kocasının soyadını almasını cinsiyet farklılığına dayalı bir farklı muamele olarak değerlendirmemiştir. Mahkeme'ye göre "*durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir…*"[107] ve kadın ve erkek bu durumda farklı durum ya da konumda kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin sonraki tarihli başka bir kararı ise, yukarıda AİHS bağlamında AİHS'nin benimsediği yaklaşım benimsenmiş şeklinde bir izlenim uyandırmaktadır. Mahkeme, evliliğin

101 AİHM, *Nachova and Others v. Bulgaria*(Grand Chamber), Appl. No. 43577/98, 06.07.2005, para 145, *Timishev v. Russia*, Appl. No. 55762/00, 13.12.2005, para 56.

102 AİHM, *Hoffmann v. Austria*, Appl. No. 12875/87, 23.06.1993, para 36.

103 AİHM, *L and V. Austria*, Appl. No. 39392/98, 09.01.2003, para 45, *E.B. v. France* (Grand Chamber), Appl. No. 43546/02, 22.01.2008, para 96.

104 Öden, s. 196.

105 age, s. 324.

106 Örneğin bkz, AYM, E. 1963/148, K. 1963/256, 25.10.1963; E. 1969/8, K. 1969/37, 19.06.1969.

107 AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011.

feshi veya boşanma hallerinde çocuğun velayetinin annesinde bulunduğu durumda dahi soyadını babasının tayin edeceğine dair düzenleme ile ilgili yapılan itirazda "*AİHS kararlarında da çok geçerli nedenlerin varlığı dışında, yalnızca cinsiyete dayalı bir farklı muamelenin AİHS'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal ettiği kabul edilmektedir.*" ifadelerine yer vermiştir.[108] Mahkeme'nin bu yaklaşımı cinsiyet temelinde ayrımcılık iddialarında "*önemli nedenler*" ölçütüne başvurabileceği izlenimi uyandırmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımını olumlu ve olumsuz yönleri beraberinde getirdiği için bütünüyle olumsuzlamak ya da olumlamak mümkün gözükmemektedir. "*Önemli gerekçeler*" ölçütünün kullanılması bazı ayrımcılık temelleri ile diğer temeller arasında bir hiyerarşi yaratılması ve ayrımcılık yasağının getireceği korumanın bazı temeller için görece daha etkisiz kılınmasını beraberinde getirebilecektir. Öte yandan en azından cinsiyet temelinde ayrımcı muameleler ile ilgili "*önemli gerekçeler*" ölçütünün kullanılmaya başlanması, konunun diğer ayrımcılık temelleri bakımından da gündeme gelmesinin ve ayrımcılık yasağına sağlanan korumanın genişlemesi olasılığını da ortaya çıkarabilecektir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin özellikle ırk veya etnik köken temelinde AİHM'nin yaklaşımını benimsemediği söylenebilir.[109] Bununla birlikte ırk veya etnik köken, din veya inanç, cinsiyet, cinsel yönelim gibi bazı temellerde Mahkeme'nin bireysel başvuru yolunda AİHS'nin yaklaşımını benimsemesi Türkiye'ye karşı ortaya çıkabilecek ihlal olasılığını azaltacaktır.

Bireysel başvurular açısından da Anayasa Mahkemesi'nin bazı ayrımcılık temelini şüpheli temel kabul ettiği söylenebilir. Bu yaklaşım yukarıda belirtilen ve öğretide ifade edilen Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan temeller açısından ayrımcılığı mutlak olarak yasakladığı[110] veya belirtilen temellerin eşitlik ilkesinin çekirdek alanını oluşturduğu[111] şeklindeki düşüncelerle paralellik arz etmektedir. Din ve inanç temelinde ayrımcılıkla ilgili bir başvuruda Mahkeme'ye göre,

"Farklı muamele ne kadar ciddi kabul edilirse, devletin bu farklı muameleyi haklı kılmak için daha önemli gerekçeler sunması gerekir. Başka bir deyişle potansiyel

108 AYM, E. 2010/119, K. 2011/165, 08.12.2011.
109 Örneğin bkz, AYM, E. 2009/47, K. 2011/51, 17.03.2011.
110 Öden, s. 196.
111 İnceoğlu, s. 49.

olarak ciddi bir ayrımcılık söz konusu olduğunda, genellikle devlete tanınan takdir alanı daha dar olacaktır. Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında 'dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep' sebeplerine dayanılarak ayrım yapılamayacağı belirtildikten sonra fıkranın devamında 'benzeri sebeplerle' de ayırım gözetilmeyeceği belirtilmiştir. Böylece Anayasa koyucu bazı türde farklı muamelelere özel önem vermiş ve ismen saymış, ayrıca aynı fıkrada, 'benzeri sebepler'le ayrım yapılamayacağı esası getirilmiş olmakla, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmamıştır. Anayasa'nın ismen saydığı farklı muamele türlerini daha önemli gördüğü ve bu türlerde yapılan muamelelerin ancak 'çok önemli gerekçeler' ileri sürüldüğü takdirde haklı kılınabileceği belirtilmelidir."[112]

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ile Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan "*dil*", "*ırk*", "*renk*", "*cinsiyet*", "*siyasi düşünce*", "*felsefi inanç*", "*din*", "*mezhep*" ayrımcılık temellerinin şüpheli temel olarak kabul edildiği ortaya çıkmaktadır. "*Irk*", "*renk*" *ve* "*dil*" temellerini ırk veya etnik köken, "*felsefi inanç*", "*din*" *ve* "*mezhep*" temellerini ise din veya inanç kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bunlar haricinde "*cinsiyet*" ve "*siyasi düşünce*" temelleri ile birlikte şüpheli temellerin sayısı dörde çıkmaktadır. Bununla birlikte AİHM'nin şüpheli temel olarak kabul ettiği temeller, "*ırk veya etnik köken*", "*ulusal köken*", "*cinsiyet*", "*doğum*", "*din veya inanç*", "*cinsel yönelim*" temellerinden oluşmaktadır.[113] Anayasa Mahkemesi'nin belirtilen kararı sonucunda "*ulusal köken*", "*cinsel yönelim*" ve "*doğum*" temellerinin birer şüpheli temel olmadığı ortaya çıkmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi cinsel yönelim temelinde ayrımcılıkla ilgili kararında yukarıda belirtilen ifadelere yer vermeyerek cinsel yönelim temelini şüpheli temeller dışında tutarak bir anlamda ikincilleştirmiştir.[114] Bu durum AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları arasında bir içtihat farklılığına işaret etmektedir. Mahkeme'nin ilerleyen dönemlerinde içtihatlarında bu konuyu netleştirmesi ve AİHM'nin yaklaşımı ile uyum sağlaması olumlu olacaktır.

IV. Ayrımcılık Yasağının Konu Bakımından Kapsamı

AİHS sisteminde ayrımcılık yasağı üç farklı düzenlemeye konu olmuştur. Bu düzenlemelerden ilki Sözleşme'nin 14. maddesinde yer

112 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 145-146.
113 Ayrıntılı bilgi için bkz, Harris; O'Boyle; Bates; Buckley, s. 796, 806.
114 AYM, *Sadıka Şeker Kararı*, B. No. 2013/1948, 23.01.2014.

almaktadır.[115] Bu düzenleme ile ayrımcılık yasağı yalnızca AİHS'de yer alan haklardan biri ile birlikte gündeme gelebilmektedir. 14. madde genel nitelikli bir eşitlik hakkına ya da Sözleşme'de yer almayan diğer haklar bağlamında ayrımcılık yasağına yer vermemektedir.[116] Bu yaklaşım AİHM tarafından ilk kararlarından bugüne kadar istikrarlı biçimde sürdürülmüştür. Mahkeme bu durumu, "*Sözleşme'nin 14. maddesi, Sözleşme'nin ve Protokollerin diğer maddi hükümlerini tamamlamaktadır. Sözleşme'nin 14. maddesinin bağımsız bir varlığı yoktur, çünkü sadece bu maddi hükümlerle korunan 'hakların ve özgürlüklerin' kullanılmasıyla bağlantılı olarak bir sonuç doğurur. Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanması, bu maddi hükümlerin ihlal edilmiş olmasını zorunlu kılmasa bile ve bu çerçevede özerk bir anlama sahip olsa bile, tartışma konusu olaylar bir veya birden fazla maddi hükmün kapsamına girmedikçe, 14. maddeyi uygulama imkânı yoktur*" şeklinde ifade etmiştir.[117] AİHM bu yaklaşımı ilk kararlarından bugüne kadar sürdürmüştür. AİHS'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının daha dar bir yaklaşım çerçevesinde AİHS haricinde yer alan haklar dışında hangi hak ve özgürlükler için ayrımcılık yasağının geçerli olacağını Taraf Devletlere bıraktığı söylenebilir.[118]

AİHS sisteminde ayrımcılık yasağı bağlamında belirtilmesi gereken diğer önemli bir düzenleme ise ayrımcılık yasağını başlı başına bir hak olarak düzenleyen ve Türkiye'nin 15.04.2015 tarihi itibariyle henüz taraf olmadığı 12 No'lu Protokol'dür.[119] Protokol AİHS'de yer almayan, ancak yasalarca tanınmış tüm hakları da içerecek şekilde ayrımcılık yasağına yer vermiş durumdadır.[120]

---

115 Çalışmada yer verilen Sözleşme ve Protokollerde yer alan hükümler açısından tarafımızdan Türkçe çevrilmiş metinler esas alınmıştır. 14. madde metni, "Bu Sözleşmede ortaya konulan haklardan ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüş, ulusal veya toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınacaktır." şeklinde kaleme alınmıştır.

116 Arnardottir, Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights, s. 35-37.

117 Bakınız, AİHM, *Rasmussen v. Denmark*, Appl. No. 8777/79, 28.11.1984, para 29. Türkçe çeviri için bkz, Osman Doğru, http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=93 (Erişim: 20.06.2015)

118 Karl Josef Partsch, *Discrimination*, The European System for the Protection of Human Rights, R. St. J. Macdonald; F. Matscher; H. Petzold (Eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Dorderecht, Boston, London, 1993, s. 575.

119 Protokol'ün İngilizce orijinal metni için bkz, http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/177.htm, 15.04.2015. Türkiye henüz Protokol'e taraf olmadığı için Protokol'ün resmi Türkçe çevirisi bulunmamaktadır.

120 Protokol'ün 1. maddesi metni "1. Yasayla öngörülen herhangi bir haktan yararlanma, cinsiyet,

AİHM önüne gelen başvurularda Sözleşme kapsamında yer alan bir hak veya özgürlük söz konusu olduğunda AİHS'nin 14. maddesi, yer almayan hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda ise Protokol'ün 1. maddesi gündeme gelmektedir. Mahkeme'nin Protokol kapsamında verdiği iki nihai kararda bu şekilde bir yaklaşım benimsenmiştir.[121] AİHS sisteminde ayrımcılık yasağı kapsamında gündeme gelebilecek bir diğer düzenleme ise Türkiye'nin 15.04.2015 tarihi itibariyle henüz taraf olmadığı 7 No'lu Protokol'ün[122] 5. maddesidir.[123] Türkiye 7 ve 12 No'lu Ek Protokollere henüz taraf olmadığı için AİHS sisteminde yalnızca 14. madde bağlamında ayrımcılığın yasaklanması ile yükümlüdür.

Ayrımcılık yasağı ile korunan haklar aşağıda görüleceği üzere aynı zamanda AİHS'nin 14. madde ile ilgili başvurularda gerçekleştirdiği inceleme yönteminin bir aşamasını oluşturmaktadır ve bu açıdan önem arz etmektedir. Ayrımcılık yasağına dair uluslararası hukukta mevcut olan düzenlemeler *"bağlı"* (subordinate)[124] veya *"özerk"* (autonomous)[125] nitelikte hükümlerdir.[126] Bağlı nitelikte olan hükümler ilgili sözleşmede yer alan haklar bağlamında ayrımcılığı yasaklarken, bağımsız nitelikte olanlar yasayla tanınmış tüm haklar açısından ayrımcılığa yasaklamaktadır. Ayrımcılık yasağının ilgili Sözleşme'de yer alan haklarla sınırlı olarak koruma sağladığı durumda ilgili

---

ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüş, ulusal veya toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınacaktır. 2. Hiç kimseye herhangi bir kamu makamı tarafından 1. paragrafta belirtilenler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmayacaktır." şeklindedir.

121 Bakınız, AİHM, *Sejdic ve Finci v. Bosnia Herzegovina*(Grand Chamber), Appl. No. 27996/06, 34836/06, 22.12.2009;*Savez Crkava "Rijec Zivota" and Others v. Croatia*, Appl. No. 7798/08, 09.12.2010.

122 Protokol 22.11.1984'de kabul edilmiş ve 01.11.1988'de yürürlüğe girmiştir. Protokol, Türkiye tarafından 14.03.1985 tarihinde imzalanmış, ancak 31.02.2013 itibariyle henüz onaylanmamıştır. Protokol'ün orijinal İngilizce metni için bkz, http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/117.htm (erişim: 20.06.2015)

123 5. madde metni "Eşler kendi aralarında ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, evlenmede, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda özel hukuk nitelikli haklardan yararlanmakta ve sorumlulukları üstlenmekte eşit olacaklardır. Bu madde, devletlerin çocukların menfaatleri bakımından gerekli türdeki önlemleri almalarına engel teşkil etmeyecektir." şeklinde kaleme alınmıştır.

124 Örneğin, AİHS, madde 14 ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, madde E.

125 Örneğin, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi, madde 26.

126 Bayefsky, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, s. 3.

hüküm "*fer'i*" (accessory)[127], "*bağlı*" (subordinate)[128], "*tali*" (ancillary)[129] veya "*asalak*" (parasitic)[130] olarak nitelendirilebilmektedir.

AİHM'nin böyle bir yaklaşımı benimsemesine karşın kararlarında 14. maddeye bir ölçüde özerk bir karakterde yorumladığı söylenebilir.[131] Ancak ilk kuşak hakları düzenleyen bir Sözleşme olarak sosyal haklar söz konusu olduğunda bu hakları belli ölçülerde konu bakımından 14. maddenin kapsamı dışında yer almaktadır.[132] Ancak AİHS zaman içerisinde verdiği bir dizi kararla, elbette söz konusu kararların kendine özgü koşullarını da göz önünde tutarak, örneğin sosyal güvenlik hakkını, mülkiyet hakkı bağlamında,[133] çalışma hakkını ise, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında[134] değerlendirerek bu konuda daha esnek bir yaklaşımı benimsemiştir. Dolayısıyla AİHS'nin 14. maddesinin konu bakımından sağladığı koruma sözel olarak sınırlı olsa da zaman içerisinde içtihatlarla konu bakımından kapsamın genişletildiği söylenebilir.

Mahkeme'nin *Thlimmenos v. Yunanistan*[135] nihai kararında sergilediği güncel yaklaşımı değerlendirildiğinde Sözleşme kapsamında yer alan bir hak veya özgürlükle bağlantılı olarak 14. maddeye dair iddiaların Mahkeme tarafından incelenmesi noktasında Sözleşme'de yer alan bir hak ve özgürlükle ile doğrudan veya dolaylı bir bağın olması (within the ambit of a right)

127 Örneğin, Nowak, s. 34; Luzius Wildhaber, *Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights: A Second-Class Guarantee?*, Baltic Yearbook of International Law, Vol. 2, Kluwer Law International, The Hague, 2002, s. 72.

128 Örneğin bkz, Matthew Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a Perspective on its Development, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 177.

129 Frédéric Edel, The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010, s. 18.

130 P. Van Dijk, P; G.J.H. Van Hoof; Arjen Van Rijn; Leo Zwaak (Eds.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006, s. 1028; Janneke Gerards, *The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights*, The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe, Jan Niessen; Isabelle Chopin (Eds), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2004, s. 5.

131 Edel, s. 21.

132 Craven, s. 179.

133 AİHM, *Gaygusuz v. Austria*, Appl. No. 17371/90, 16.09.1996; *Stec and Others v. the United Kingdom* (Grand Chamber), Appl. No. 65731/01, 65900/01, 12.04.2006, *Luczak v. Poland*, Appl. No. 77782/01, 27.11.2007.

134 AİHM, *Sidabras and Dziautas v. Lithuania*, Appl. No. 55480/00, 59330/00, 27.07.2004; *Rainys and Gasparavicius v. Lithuania*, Appl. No. 70665/01; 74345/01, 07.04.2005; *Bigaeva v. Grece*, Appl. No. 26713/05, 28.05.2009; *Emel Boyraz v. Turkey*, Appl. No. 61960/08, 02.12.2014.

135 *Thlimmenos v. Greece* (Grand Chamber), Appl. No. 34369/97, 06.04.2000.

yeterli gözükmektedir. Bu noktada örneğin cinsel yönelim ayrımcılığının 8. madde, din veya inanca dayalı ayrımcılığın 9. madde ve siyasi görüşe dayalı ayrımcılığın 10 ve 11. maddeler kapsamında değerlendirilmesi ve bu sayede 14. maddenin Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlükler dışında örneğin istihdam alanında da uygulanabilirliğinin yolunun açılması mümkün gözükmektedir.[136]

Anayasa'nın 10. maddenin ilk fıkrasına göre "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*" Bu fıkra ayrımcılık yasağı şeklinde düzenlenmemiş olsa da ayrımcılık yasağını içermektedir.[137] Öğretide düzenlemenin aynı zamanda ayrımcılık yasağına yer vererek ayrımcılık yasağı ile genişletilmiş kanun önünde eşitlik ilkesine yer verdiği[138] ya da düzenlemenin ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlülüğü olarak ifade edilmesi gerektiği[139] dile getirilmiştir. Dolayısıyla AİHS'nin 14. maddesi ile Anayasa'nın 10. maddesi arasında ayrımcılık yasağına yer verilmesi noktasında bir farklılık olmadığı söylenebilir. Anayasa'nın 70. maddesinde de kamu hizmetlerine girme hakkı açısından ayrımcılık yasaklanmıştır. Anılan madde "*Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka, hiçbir ayırım gözetilemez*." biçiminde kaleme alınmıştır. Ancak AİHS'de çalışma hakkı kapsamında değerlendirilebilecek kamu hizmetlerine girme hakkı tanınmış haklar arasında yer almamaktadır. Bu noktada Anayasa AİHS'den daha geniş kapsamda ayrımcılığı yasaklamaktadır.

1982 Anayasası'nın eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına yer veren 10. maddesi, yalnızca bir genel ilke olarak değil, aynı zamanda bir hakka yer verdiği kabul edildiğinde, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı Anayasa'da yer alan tüm hak ve özgürlükler bağlamında da gündeme gelebilecektir. Böylece Anayasa'da ayrımcılık yasağının koruduğu haklar açısından bir sınır bulunmadığı ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Anayasa'da hak öznesi "*herkes*"

136 Robert Wintemute, "*Within the Ambit": How Big is the "Gap" in Article 14 European Convention on Human Rights?, Part 1*, European Human Rights Law Review, Sweet and Maxwell, No. 4, 2004, s. 370-371.

137 Bertil Emrah Oder, *Anayasa'da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası*, Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar, Bertil Emrah Oder; Deniz Yükseker; Fatoş Gökşen; Hülya Durudoğan (Derleyenler), Koç Üniversitesi Yay., İstanbul, 2010, s. 208.

138 Bülent Tanör; Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yay., İstanbul, 2006, s. 107; Öden, s. 129.

139 Gülmez, s. 221.

olan tüm haklar için eşitlik ilkesinin içkin bir unsur olduğu da söylenebilir.[140] Sonuç olarak Anayasa'da konu bakımından bir sınır bulunmadığı ortaya çıkmaktadır.

Anayasa'da tanınan hak ve özgürlüklerin listesi AİHS'den daha geniş olduğu için Anayasa'nın 10. maddesinin kapsamı bu açıdan AİHS'nin 14. maddesine göre daha geniştir. Bu farklılık nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin bu alanda gerçekleştireceği yargısal denetimde Anayasa'nın 10. maddesini mi, yoksa AİHS'nin 14. maddesini mi göz önünde tutacağı oldukça önem kazanmaktadır. Bu noktada iki farklı sonuca yol açabilecek iki ayrı yaklaşım benimsenebilecektir. Bireysel başvurunun AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokollerde yer alan haklar için geçerli olduğu ve taraf olunmayan Ek 12. Protokol'de yer alan genel ayrımcılık yasağının bireysel başvuruya konu olmasının mümkün olmadığı şeklinde bir yaklaşım ile Anayasa tarafından ayrımcılık yasağı ile ilgili sağlanan korumanın kapsamı daraltılmış olacaktır. Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'un sözel yorumunu esas alacak böyle bir yaklaşım ile bir Anayasa değişikliği yapılmadığı veya Türkiye tarafından Ek 12. Protokol'e taraf olunmadığı sürece Anayasa'nın 10. maddesi yalnızca AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu Ek 1. Protokol'de yer alan haklar açısından koruma sağlayacaktır.

Gerçekten de Anayasa'nın 148. maddesi ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesi dikkate alındığında yalnızca AİHS ve Ek Protokol kapsamında yer alan haklar bağlamında bireysel başvuru yapılabileceği izlenimi uyanmaktadır.[141] Anayasa değişikliğinin gerekçesinde yer alan AİHM'ye Türkiye aleyhine yapılan başvuru sayısının azaltılmasına dair vurgular da bu yönde bir yaklaşımı destekler niteliktedir.[142] Bu durumda Türkiye AİHS'ye taraf olduğu için AİHS'nin 14. maddesi kapsamında yalnızca AİHS ve Anayasa'da yer alan haklar açısından bireysel başvuru yapılabilecek, 12 No'lu Protokol'e taraf olmadığı için Anayasa'da yer almasına rağmen

140 Oder, *Anayasa'da Kadın Sorunsalı*, s. 208.

141 Bu durumu olumlu karşılayan görüşlere örnek olarak bkz, Bahadır Kılınç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yay., Cilt 25, Ankara, 2008, s. 51.

142 Gerekçede "...böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir." ifadesine yer verilmiştir. Bakınız, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekçeli, TBMM, Ankara, 2011, s. 295, https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf(erişim: 20.06.2015)

AİHS'de yer almadığı için bazı haklar bakımından bireysel başvuru yapılamayacaktır. Ancak Anayasa'nın 10. maddesi konu bakımından bir sınırlama öngörmemiştir. Başka bir deyişle Anayasa açısından, 12 No'lu Protokol ile aynı yönde ancak AİHS ile ters yönde, açık uçlu bir yaklaşımın benimsenmiştir. Bu durumda Türkiye 12. No'lu Protokol'e taraf olmadığı için ortaya bir kapsam farklılığı çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu noktada AİHS gibi ayrımcılık yasağı ile korunan hakların kapsamını geniş yorumlaması mümkündür.

İkinci bir yaklaşım ise Anayasa'nın 10. maddesinin kapsamının geniş yorumlamasıdır. Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen somut bir başvuruda bireysel başvuru yolunun öngörülme amacı doğrultusunda daha koruyucu nitelikte olan Anayasa'nın 10. maddesini dayanak norm olarak kullanması daha olumlu olacaktır. Bu yaklaşımın temeli Anayasa koyucunun iradesinde ortaya çıkmaktadır.[143] Anayasa koyucunun iradesi temel hak ve özgürlüklerle ilgili standartların yükseltilmesi yönündedir. Mahkeme, AİHS çerçevesinde değil Anayasa çerçevesinde bir yargısal denetim gerçekleştirecektir. Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan düzenleme de Anayasa'daki hak ve özgürlükleri esas almaktadır. Madde metninde yer alan "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin*" ifadesi Anayasa'daki bir hak veya özgürlüğün norm alanını ve bunun sınırları konusuna değinmemekte ve yalnızca hangi hak ve özgürlükler için Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabileceğini düzenlemektedir. Anayasa'da yer alan düzenlemede AİHS'de yer alan hakların ihlali değil Anayasa'da bu haklara tekabül eden hak ve özgürlüklerin ihlali gündeme gelecektir. Bireysel başvuru usulünde uygulanacak olan hüküm 12 No'lu Protokol'ün 1. maddesi olmayacağı için Türkiye'nin taraf olup olmadığına bakılmaksızın ilgili hükmün Anayasa'daki karşılığı olacaktır.[144] Bu durum aynı zamanda 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin Anayasa'nın 148. maddesine aykırı olduğu anlamına gelmektedir. Sonuç olarak Anayasa'da 10. maddenin AİHS'nin 14. maddesinin kapsamı

143 Gerekçede şu ifadelere yer verilmiştir: "Türkiye'de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır". Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekçeli, TBMM, Ankara, 2011, s. 295, https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf, (erişim:20.06.2015)

144 Fazıl Sağlam, *Anayasa Şikâyeti: Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar*, s. 430-431.

çerçevesinde yorumlanmasını gerektirecek açık bir düzenleme söz konusu değildir. Bu durumda Anayasa'nın 10. maddesinin bağlantılı bir madde olmadığı için tek başına veya Anayasa'da yer alan tüm hak ve özgürlüklerle birlikte ileri sürülmesi Anayasal olarak mümkün gözükmektedir.[145]

İkinci yaklaşımın bir başka dayanağı ise AİHS'nin 53. maddesidir. Sözleşme iç hukuk açısından asgari bir sınır koymaktadır. AİHS'nin 53. maddesinde yer alan "*Bu Sözleşme'nin hiçbir hükmü herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasaları… çerçevesinde güvence altına alınmış olan insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlandırıyor veya derogasyona gidilmesine olanak tanıyor biçiminde yorumlanmayacaktır"* şeklindeki düzenleme Anayasa'nın 10. maddesinin kapsamının AİHS'nin 14. maddesi gerekçe gösterilerek daha dar bir şekilde yorumlanmasına olanak tanımamaktadır.[146] Başka bir deyişle Anayasa'nın 10. maddesinin koruduğu hakların kapsamının 14. maddeden geniş yorumlanması mümkün ve hatta AİHS'nin 53. maddesi gereği bir zorunluluktur. Sonuç olarak, Anayasa'da yer alan haklar ve özgürlüklerin sağladığı korumanın AİHS'ye göre daha geniş olduğu durumda Anayasa hükmünün esas alınması bireysel başvuru usulünün amacına ve Anayasa'nın 2. maddesindeki insan haklarına saygılı devlet ilkesinin bir gereği olarak görülmelidir.[147]

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarında ilk yaklaşımı benimsediği görülmektedir. Mahkeme'ye göre

"Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra

145 Aksi bir görüş için bkz, Ece Göztepe, *Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 95, Ankara, 2011, s. 35-37. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinde yer alan "Türkiye'nin taraf olduğu" ifadesinin somut norm denetimi yoluyla iptal edilmemesi durumunda ikinci yaklaşımın benimsenemeyeceği görüşü için bkz, Sağlam, s. 432.

146 Ayrıca bkz, Sağlam, *Anayasa Şikâyeti: Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar*, s. 434.

147 Benzer yaklaşımın İspanya Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsendiği dile getirilmiştir. Bu noktada İspanya Anayasa Mahkemesi'nin temel hakların bir bütün olduğuna dair yorumunun benimsenmesi Anayasa Mahkemesi açısından da mümkün ve hatta zorunlu gözükmektedir. Bakınız, Selin ESEN, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, 2011, s. 46.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir."[148]

Mahkeme ayrımcılık yasağına dair yayınlanmış ilk bireysel başvuru kararında şu görüşü ortaya koymuştur:

"Başvurucunun, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı[nın]... ihlal edildiğine yönelik iddialarının, bahsi geçen maddelerdeki ifadeler dikkate alındığında, soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir. Bir başka ifadeyle ayrımcılık yasağı ve etkili başvuru hakkının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için, ihlal iddiasının, kişinin hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda ayrımcılığa maruz kaldığı ve hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda etkili başvuru hakkının kısıtlandığı sorularına cevap verebilmesi gerekmektedir… [A] yırımcılık yasağı… bağımsız nitelikte koruma işlevine sahip olmayıp, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını, korunmasını ve başvuru yollarını güvence altına alan tamamlayıcı nitelikte haklardandır… Sonuç itibariyle, başvurucunun Anayasa'nın 10. [maddesine] dayanan ihlal iddialarının konusu da, Anayasa'da güvence altına alınmış ve Sözleşme kapsamında olan temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı dışında kalmaktadır."[149] *Mahkeme'ye göre ayrımcılık yasağının herhangi bir başka hakla ilişkilendirilmeksizin ileri sürülebilmesi mümkün değildir.*[150]

Anayasa Mahkemesi başvurularda ısrarlı bir biçimde Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.[151] Bu konuda ilk sorun Anayasa'da ve AİHS sisteminde yer alan ancak Türkiye'nin taraf olmadığı bir Protokol'de yer alan haklar bakımından ortaya çıkmaktadır. Örneğin seyahat özgürlüğü Anayasa'nın 23. maddesinde düzenlenmiş olmasına karşın Türkiye Ek 4. Protokole taraf olmadığı için, bireysel başvuruya konu olamayacak haklar arasında yer alması nedeniyle başvurular konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur.[152] Bu tutum AİHS'nin 2. ve 18. maddeleri arasında düzenlenmiş

148 AYM, *Kamil Çakır Kararı*, B. No. 2013/997, 15.10.2014, para 40.

149 AYM, *Onurhan Solmaz Kararı*, B. No. 2012/1049, 26.03.2013, para 33-35.

150 AYM, *Hüseyin Sezen Kararı*, B. No. 2013/1793, 18.09.2014, para 58.

151 AYM, *Onurhan Solmaz Kararı*, B. No. 2012/1049, 26.03.2013, para 18.

152 "*Anayasa'nın 23. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiaları çerçevesinde değerlendirilen*

haklar ile, Ek Protokol'ün ilk üç maddesi dışında AİHS sisteminde yer alan hakların Anayasa'da tanınmış olmasına rağmen bireysel başvuruya konu edilemeyeceği anlamına gelmektedir. Bu yaklaşım AİHS sistemi bakımından bir sorun yaratmayacak olsa da Anayasa Mahkemesi'nin insan haklarının korunması ile yükümlülüğü çerçevesinde Anayasa'da yer alıp Türkiye'nin taraf olmadığı protokollerde yer alan hakların bireysel başvuruya konu olabileceğinin kabulü gerekmektedir.

Bu konuda ikinci bir sorun Anayasa'da yer alıp, AİHS sisteminde düzenlenmemiş olan haklarla ilgili olarak yaşanmaktadır. AİHS sistemi sosyal hakların çok azına yer verdiği için bu tür hakların çoğu ile ilgili olarak bireysel başvuru yapılamayacaktır. Yukarıda AİHM'nin bazı durumlarda sosyal hakları ilk kuşak haklar bağlamında koruma altına aldığı belirtilmişti. Anayasa Mahkemesi örneğin Anayasa'nın 49. maddesinde düzenlenmiş olan çalışma hakkına AİHS sisteminde yer verilmemiş olması sebebiyle bu hakla bağlantılı olarak yapılan bireysel başvuruları yine konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.[153] Bu noktada ise Anayasa'da düzenlenen hakların kapsamının içtihat yoluyla genişletilmesi bireysel başvuruya konu olamayan bir dizi hakkın bireysel başvuru yoluyla korunmasını sağlayabilecektir. Bu tür bir yaklaşım AİHM'nin içtihatları ile uyum sağlanması noktasında da büyük önem taşımaktadır.

Ayrımcılığın konu bakımından kapsamı açısından üzerinde durulması gereken son husus Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurularda dile getirilen ihlal iddialarını farklı nitelemesi sorunudur. Mahkeme başvurucuların dile getirdiği ihlal iddialarını başvurucu tarafından ileri sürülen maddeler bağlamında değil kendisi tarafından uygun görülen bir başka madde bağlamında ya da ileri sürülen ihlal iddiaları içerisinden bir veya birkaçı bağlamında incelemeye karar verebilmektedir. Anayasa Mahkemesi

---

Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının, eşitlik ilkesinin bağımsız nitelikte koruma işlevine sahip olmayan ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve seyahat özgürlüğünün korunmasını ve başvuru yollarını güvence altına alan tamamlayıcı nitelikte bir hak olması nedeniyle "konu bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemezliğine karar verilmesi gerekir." AYM, *Sebahat Tuncel Kararı(No. 1)*, B. No. 2012/1051, 20.02.2014, para 55.

153 "*Bireyin dilediği alanda çalışma özgürlüğü ve çalışma hakkı Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınmış olmakla birlikte AİHS'de düzenlenen haklardan değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de kamu hizmetine girme ya da dilediği kamu görevinde çalışma hakkının Sözleşme'de ya da protokollerinde korunan bir hak olmadığını açıkça ifade etmektedir*." AYM, *Hasan Kara Kararı*, B. No. 2013/3170, 18.09.2014, para 31.

bu yaklaşımını Mahkeme'nin "*olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder*." ifadesi ile gerekçelendirmektedir.[154] Mahkeme örneğin bir başvuruda "*Başvurucu, her ne kadar eşitlik ilkesi ve angarya yasağına aykırılığa ilişkin iddialar ileri sürmüş ise de başvurucunun temel olarak benzer konumda olduğunu iddia ettiği kişilere harcırah ödemesi yapılırken kendisine ikinci altı aylık dönem için harcırah ödemesi yapılmamasından ve bu işleminin iptali talebiyle AYİM'e açtığı davada verilen kararın sonucundan şikâyetçi olduğu görülmektedir. Bu nedenle, başvurucunun eşitlik ilkesi ve angarya yasağı ile bağlantı kurarak ileri sürdüğü iddialar adil yargılanma hakkının ihlali iddiası kapsamında değerlendirilmiştir*."[155] Mahkeme önüne gelen başvurularda kendisine oldukça geniş bir takdir alanı bırakarak başvurucular tarafından dile getirilen ihlal iddialarını farklı niteleyebilmektedir. Örneğin kadının evlenmeden önce kullandığı soyadını evlendikten sonra kullanamamasının ayrımcılık yasağının ihlaline yol açtığına dair bir başvuruda konunun ayrımcılık yasağı ile ilgisi Mahkeme tarafından kabul edilmiş olsa da iddia yalnızca Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "*manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı*" kapsamında incelenmiştir.[156] Bu tür bir yaklaşım AİHM'nin istikrar kazanmış içtihatları ile açık uyumsuzlukların ortaya çıkması ile sonuçlanabilecektir.

V. Ayrımcılık Yasağının İhlali İddialarının İncelenmesi Usulü

AİHM, AİHS'nin 14. maddesi ile ilgili ihlal iddialarını belirli ölçütler çerçevesinde incelemektedir. Mahkeme 14. maddenin kapsamını yalnızca Sözleşme'de tanınmış olan haklarla sınırlı yorumladığı için öncelikle ihlal iddiasının AİHS'de kapsamında yer alan bir hakla ilgili olup olmadığını incelemektedir. Burada farklı muamelenin konu bakımından Sözleşme kapsamında yer alıp almadığı değerlendirilmektedir. 14. maddenin uygulanması Sözleşme'de yer alan bir hak ve özgürlükten yararlanma veya bir hak ve özgürlüğün kullanılması ile ilgili ayrımcılık iddialarında devreye girebilmektedir.[157] Bu noktada Mahkeme Sözleşme'nin lafzına bağlı kalmayarak geniş bir yorum yapabilmektedir.[158] Ancak yukarıda bu konu

154 AYM, *Feryat Aytimur Kararı*, B. No. 2014/658, 30.12.2014, para 21.
155 AYM, *Ş. Ç. Kararı*, B. No. 2012/1061, 21.11.2013, para 15.
156 AYM, *Sevim Akat Eşki Kararı*, B. No. 2013/2187, 19.12.2013, para 21.
157 De Schutter, s. 21.
158 Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, s. 1029.

ayrımcılığın konu bakımından kapsamı başlığı altında incelendiği için burada tekrar üzerinde durulmayacaktır. Aşağıda ayrımcılık yasağının ihlaline dair iddialarda ortaya çıkan üç temel ölçüt üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

A. Bir Hakkın İhlal Edilip Edilmediğine Dair Verilen Kararın İncelemeye Etkisi

AİHM, ayrımcılık yasağının ihlaline dair başvurularda kimi zaman Sözleşme kapsamında bir hakkın ihlal edilip edilmediğini incelemede dikkate alabilmektedir. Bu tür bir ölçüt açıkça dile getirilmemiş olsa da ayrımcılık yasağı ile birlikte gündeme gelen hakkın ihlal edilip edilmediği Mahkeme içtihatlarında etkili olagelmiştir. Mahkeme 1968 yılında verdiği bir nihai karar ile ilk kez 14. maddenin sadece Sözleşme'de yer alan diğer maddeler ihlal edildiği durumda değil bu maddeler ihlal edilmese dahi gündeme gelebileceğini kabul etmiştir.[159] Bir hakkın hem tek başına, hem de ayrımcılık yasağı ile birlikte ihlal edildiğine dair yapılan başvurularda bazen yalnızca ilgili hak veya özgürlük kapsamında inceleme yapılmakta, kimi zaman ise konu ayrımcılık yasağı bağlamında değerlendirilmektedir. Bu noktada Mahkeme açısından tek bir standardın uygulandığını söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte AİHM'nin yaklaşımını sınıflandırmak mümkündür. Günümüzde AİHM önüne gelen 14. madde ile ilgili bir başvuruda dört farklı sonuç ortaya çıkabilmektedir.[160]

AİHM içtihatlarında ilk olarak Sözleşme'de yer alan bir veya birkaç maddenin tek başına veya 14. madde ile birlikte ihlal edildiğine dair yapılan başvurularda Mahkeme söz konusu maddenin ihlal edildiğine hükmettiyse büyük ölçüde 14. madde bakımından bir inceleme yapılmamaktadır.[161] Burada 14. maddeye özerk ve tamamlayıcı bir madde olarak değil ikincil bir madde olarak başvurulmaktadır.[162] Bu durum bazen ayrımcılıkla ile ilgili iddianın söz konusu davanın önemli bir yönü olarak değerlendirildiği durumlarda

159 AİHM, *Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium,* Appl. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23.07.1968. Clare Ovey; Robin White,Jacobs and White, the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, New York, 2006, s. 415. Harris; O'Boyle; Bates; Buckley, s. 784.

160 Bu kısımda büyük ölçüde Ovey; White, s. 421-422'den yararlanılmıştır.

161 Gerards, s. 3. Bu durum usul ekonomisi sebebiyle de açıklanabilmektedir. Bakınız, Partsch, *Discrimination*, s. 583-584; Gerards, s. 25.

162 Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, s. 1031.

değişebilmektedir.[163] Mahkeme bir nihai kararında Sözleşme'nin bir maddi hükmü ile birlikte 14. maddenin de ihlal edildiği iddiası ileri sürüldüğü ve maddi hükümle ilgili olarak bir ihlal tespit edilmiş olduğu durumlarda, eğer açık bir eşitsizlik davanın temel yönlerinden biri değilse, ayrıca 14. madde bakımından da bir inceleme yapılmasının gerekli olmadığını belirtmiştir.[164] Ancak Mahkeme tarafından ortaya konulan bu ölçütün somut bir ölçüt olmadığı ve önüne gelen başvurularda bu yönde istikrarlı bir yaklaşımın ortaya çıkmadığı ifade edilmektedir.[165] Mahkeme bu noktada "*faydalı hukuki amaç*"[166] (useful legal purpose) şeklinde bir ölçüte başvurmuş olsa da bu ölçüt de somut görünmekten uzaktır. Mahkeme'nin eşcinsel ilişkinin suç olarak düzenlenmesi ile ilgili nihai kararına karşı yazılmış karşı oyda da belirtildiği gibi Mahkeme'nin önüne gelen başvurularda bir maddenin ihlalinin öne sürüldüğü ve Taraf Devlet tarafından da bu konuda bir cevap verildiği ve Mahkeme'nin de başvuruyu kabul edilebilir bulduğu durumlarda Mahkeme'nin iddiaların esasına girmesi ve bir yanıt vermesi gerekmektedir. Bu noktada 14. maddenin uygulamadaki değerini ortadan kaldıracak bir şekilde yoruma tabi tutularak Mahkeme'nin sorumluluğundan kaçmaması beklenmektedir.[167]

İkinci bir sonuç ise Sözleşme'de yer alan herhangi bir hakkın veya özgürlüğün ihlal edilmemiş olmasına karşılık söz konusu hakkın veya özgürlüğün 14. madde ile birlikte değerlendirildiğinde ihlal edildiğine karar verilmesidir. Mahkeme'nin bu durumda her ne kadar Sözleşme'nin bir maddesinin ihlaline karar vermemiş olsa da söz konusu maddenin 14. madde bağlamına uygulanabilir olduğuna karar vermesi gerekmektedir. AİHM bir davada cinsiyet, ırk ve doğum esasına dayanan ve iç hukuka göre vatandaş olmayan evli erkeklerin eşlerini yanlarına getirtme hakları bulunduğu halde evli kadınların eşlerini yanlarına getirtme imkânı bulunmamasını 8. maddeye aykırı bulmamasına karşın Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilir olduğu

163 Harris; O'Boyle; Bates; Buckley, s. 784; Bakınız, AİHM, *Chassagnou and Others v. France* (Grand Chamber) Appl. No. 25088/94, 28331/94, 28443/95, 29.04.1999, para 89.

164 AİHM, *Dudgeon v. the United Kingdom*, Appl. No. 7526/76, 22.10.1981, para 67, aynı şekilde bkz, *Airey v. Ireland*, Appl. No. 6289/73, Karar tarihi, 09.10.1979, para 30, *Orsus and Others v. Croatia* (Grand Chamber), Appl. No. 15766/03, 16.03.2010, para 144.

165 Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, s. 1032.

166 age, s. 1032.

167 Yargıç Matscher'in karşı oyu, AİHM, *Dudgeon v. the United Kingdom*, Appl. No. 7526/76, 22.10.1981, s. 31.

sonucuna varmıştır ve 14. madde ile birlikte 8. maddeyi de incelemiştir.[168] Mahkeme'nin bu şekilde karar verdiği davaların sayısının diğerlerine göre görece az olduğu ve çoğunluğunun aile yaşamı kapsamında eşler arasında eşitlik ve evlilik dışı-evlilik içi doğmuş çocuk ayrımı ile ilgili olduğu ifade edilmektedir.[169]

Üçüncü sonuç ise, bir hak veya özgürlüğün ihlal edildiğine dair başvurunun özünün ayrımcı bir muamele olduğu durumlarda, 14. maddenin doğrudan Sözleşme'de yer alan bir hak ile birlikte değerlendirilmesidir. Böyle bir durumda söz konusu hak veya özgürlüğün ayrıca ihlal edilip edilmediği değerlendirilmemektedir.[170] Mahkeme bir nihai kararında, Alman hukukuna uygun olarak gerçekleşen bir evlilikte erkek eş kendi soyadının ardına eşinin soyadını eklemiş, ancak İsviçre makamları bu çiftin ortak soyadını isteklerinin aksine erkek eşin evlilik öncesi soyadı olarak kaydetmiş ve başvuruculaların taleplerini farklı gerekçeler yanında sadece kadın eşin aile soyadının önünde kendi soyadını kullanabileceği gerekçesiyle reddetmiştir.[171] Başvurucular aile yaşamına saygı hakkına yer veren 8. madde ile beraber 14. maddenin de ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme nihai kararında, başvurunun niteliğinin soyadının kullanılması ile bağlantılı olarak cinsiyet temelli farklı muameleye dayanması nedeniyle her iki maddeyi birlikte incelediğini belirtmiştir.[172]

Mahkeme dördüncü olarak, hem tek başına bir hak veya özgürlüğün ihlal edildiğine, hem de bu hak ve özgürlüğün 14. madde bağlamında ihlal edildiğine hükmedebilmektedir. Mahkeme daha öncede belirtildiği gibi bir hak ve özgürlüğün ihlal edildiği durumda genellikle 14. madde bağlamında inceleme yapmaktan kaçınmaktadır. Ancak Mahkeme bazı kararlarında bu yaklaşımı terk ederek bir hak ve özgürlüğün ihlal edildiği durumda 14. madde bakımından da inceleme yapmaya devam etmiştir. Mahkeme bir nihai kararda[173] 8. maddenin ihlaline hükmederken aynı zamanda anne ve aile ile ilişki kurulması ve miras haklarından yararlanma konusunda nesebi belirli çocuklar ile nesebi belirli olmayan çocuklara farklı muamele edilmesi

168 AİHM, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, Appl. No. 9214/80, 25.05.1985, para 71.

169 Wildhaber, s. 78; bu davalarla ilgili çok sayıda örnek için bkz, aynı makale, s. 78, dipnot 16.

170 Ovey; White, s. 422.

171 AİHM, *Burghartz v. Switzerland*, Appl. No. 16213/90, 22.02.1994.

172 agk, para 21. Bu davalarla ilgili çok sayıda örnek için bkz, Wildhaber, s. 79, dipnot 17.

173 AİHM, *Marckx v. Belgium*, Appl. No. 6833/74, 13.06.1979.

nedeniyle 8. maddenin 14. madde ile birlikte ihlal edildiğine hükmetmiştir.[174] Bu noktada Mahkeme'nin farklı yaklaşımlarının belli bir nedeninin ortaya koymak mümkün olamamaktadır.[175] Mahkeme başka bir nihai kararında bu yaklaşımın her davanın kendi olgularına ve iddiaların mahiyetine göre benimsenebileceğini ortaya koymuştur. Ancak bu kararda da somut bir ölçüt ortaya konulmamıştır.[176] Bu noktada en makul yaklaşım, bir hak veya özgürlükle ilgili olarak açık bir farklı muamele söz konusu olduğu ve bu durumun davanın temel bir unsurunu oluşturduğu (fundamental aspect) hallerde başvurunun her iki madde açısından birlikte incelenmesi olacaktır.[177]

AİHM'nin ayrımcılık yasağının ihlaline dair başvurularda ortaya çıkan kafa karışıklığının Anayasa Mahkemesi açısından da ortaya çıktığını söylemek, henüz az sayıda başvuru sonuçlandığı için şimdilik mümkün gözükmemektedir. Mahkeme'nin ayrımcılık yasağına dair iddialarda ayrımcılık yasağı ile birlikte ileri sürülen hakkın ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verdiği durumlarda incelemeye devam etmesi daha doğru gözükmektedir. Bu yaklaşımın önünde Anayasa'dan veya 6216 sayılı Kanun'dan kaynaklanan herhangi bir engel de bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi de bu tür bir yaklaşımı benimsediğini kararları ile ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre,

"Bireysel başvuru incelemesinde eşitlik ilkesinin bağımsız bir koruma işlevinin olmaması, bu yasağın genişletici bir yoruma tabi tutulmasına engel teşkil etmemektedir. Anayasal bir hakkın ihlal edildiği iddiası tek başına incelendiğinde o hakkın ihlal edilmediği kanaatine varılabilirse de bu durum, o hakka ilişkin ayrımcı bir uygulamanın incelenmesine engel değildir. Bu çerçevede, ilgili temel hak ve özgürlük ihlal edilmemiş olsa da o hakla ilgili bir konuda sergilenen ayrımcı tutumun, eşitlik ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilir."[178]

---

174 Benzer başka bir karar için bkz, AİHM, *Aziz v. Cyprus*, Appl. No. 69949/01, 22.06.2004, *Nachova and Others v. Bulgaria (Grand Chamber)*, Appl. No. 43577/98, 06.07.2005.

175 Ovey; White, s. 422.

176 AİHM, *Nachova and Others v. Bulgaria*, Appl. No. 43577/98, 06.07.2005, para 161.

177 Ovey; White, s. 422.

178 AYM, *İhsan Asutay Kararı*, B. No. 2012/606, 20.02.2014, para 47, 48; *Aziz Turhan Kararı*, B. No. 2012/1269, 08.05.2014, para 37; *Mesude Yaşar Kararı*, B. No. 2013/2738, 16.07.2014, para 47; *Cahit Tekin Kararı*, B. No. 2013/2744, 16.07.2014, para 43; *M. Ş. B. Kararı*, B. No. 2013/2202, 20.11.2014, para 29; *Kamil Çakır Kararı*, B. No. 2013/997, 15.10.2014, para 44. Tersi yönde bir yaklaşım benimsendiğine dair örnek bir karar için bkz, *Şengül Kayan Kararı*, B. No. 2013/1614, 03.04.2014, para 23, 69. Bu kararda cinsiyet ayrımcılığına dair güçlü bir iddia Anayasa'nın 20. maddesinin ihlaline karar verilmesi sonucunda ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair iddianın ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

Yine Mahkeme bir kararında "*Başvurucunun Anayasa'nın 24. maddesinde güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Öte yandan başvurucunun ayrımcılık yasağı ihlal iddiası somut başvurunun önemli bir yönünü oluşturmaktadır. Bu sebeple olayın eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı açısından da incelenmesi gerekir.*" diyerek bir hakkın ihlal edildiğine hükmedildiği takdirde, AİHM'ye benzer şekilde, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasının başvurunun önemli bir yönünü oluşturması nedeniyle başvurunun ayrımcılık yasağı açısından da ayrıca incelenmesi gerektiğine karar vermiştir.[179]

Anayasa Mahkemesi'nin AİHM'nin bir hakkın tek başına ihlal edildiğine veya edilmediğine hükmettiği durumlarda ayrımcılık yasağından dolayı zaman zaman inceleme yapmaması şeklinde bir yaklaşımı benimsemesi ayrımcılık yasağına dair iddiaların ikincil hale gelmesine ve uzun vadede belki de ileri sürülmemesine yol açabilecektir. Ayrımcılık iddiaları bireysel başvuru yoluyla ulusal hukukta ilk kez gündeme geldiği için ihlal iddialarının incelenmesi ve somut ölçütlerin geliştirilmesi başta yargı organları olmak üzere tüm kurum ve kişiler için büyük önemdedir. Bu nedenle bireysel başvuru usulünde bir ihlal iddiasında ayrımcılık yasağının da ihlal edildiğinin dile getirilmesi durumunda Mahkeme'nin incelemeye devam etmesi yerinde olacaktır.

B. Karşılaştırılabilirlik Ölçütü

AİHM tarafından yapılan değerlendirmelerde göz önünde tutulan bir diğer ölçüt karşılaştırılabilirlik ölçütüdür. Bu ölçüt kapsamında farklı muameleye uğrayan kişi ile ilgili bir karşılaştırma yapılmaktadır. Ayrımcılık kavramı öncelikle iki veya daha fazla grup ya da kategori kişi arasında karşılaştırma yapılmasını ve bir grubun ya da kategorinin diğerine göre olumsuz yönde daha farklı muameleye tabi tutulup tutulmadığının tespitini gerektirir. İkinci olarak ise bu farklı muamelenin kabul edilemez nedenlerle gerçekleştirilmesi gerekir.[180] AİHM'nin içtihatları göz önünde tutulduğunda iki durumun karşılaştırılabilir olup olmadığına dair verilen kararlarda bu konuda çok fazla gerekçelendirme yapılmadığı görülmektedir.[181] Bu durum karşısında Mahkeme'nin konuya yaklaşımını ikna edici biçimde ortaya koyması gerekliliği karşısında kafa karışıklığına

179 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 104.
180 AİHK, *Grandrath v. Germany* (Commission), Appl. No. 2299/64, 12.12.1966.
181 Gerards, s. 22.

yol açtığı ve Mahkeme'nin kimi zaman vermiş olduğu kararlarda inandırıcı olamadığı ifade edilmiştir.[182]

Bir karşılaştırmanın yapılabilmesi için aynı veya benzer bir karşılaştırma öznesinin mevcut olması gerekmektedir. Şüphesiz karşılaştırılacak her durumun benzer ve farklı yönleri olacaktır. Bu noktada yapılacak bir tercih karşılaştırılan durumların veya kişilerin ayrımcılık yasağının korumasından yararlanıp yararlanamayacağını belirleyecektir. Bu nedenle karşılaştırma öznesinin seçimi oldukça önem taşımaktadır. Ayrımcılıkla ilgili başvuruların 14. maddenin açık uçlu yapısından dolayı maddede belirtilen bir nedene dayanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Teorik olarak akla gelebilecek her türlü farklı muamelenin Sözleşme'de yer alan bir hak veya özgürlükle bağlantısı kurulabildiği sürece Mahkeme'nin önüne getirilebilmesi mümkündür.[183] Ayrımcılık yasağı ile ilgili koruma getiren bir düzenlemenin amacı göz önünde tutularak karşılaştırma yapılırken karşılaştırılabilirlik ölçütünün tek başına belirleyici olmaması gerekmektedir. Ayrıca karşılaştırılabilirlik ölçütüne büyük önem verilmesi yargı organlarının kişilerin karşılaştırılabilir durumda olup olmadıklarına verecekleri kararlarda keyfiliğin önünü açabilecektir.[184] Örneğin Almanya'da özel bir şirkete çalışmak üzere başvuran Almanya vatandaşı Türkiye kökenli bir kadın işçinin iş başvurusunun kabul edilmemesi ile ilgili olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair bir başvuru bir yargı organının önüne geldiğinde kişinin, Türk bir erkek işçi ile veya Alman bir kadın işçi ile karşılaştırılması durumlarında farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. İşveren etnik köken kapsamında bir karşılaştırma yaptığında işyerinde Türk erkek işçilerin çalıştığını, cinsiyet kapsamında bir karşılaştırma yapıldığında ise işyerinde Alman kadın işçilerin çalıştığını belirterek ayrımcılık yapmadığını ileri sürebilecektir. Dolayısıyla karşılaştırma ölçütüne büyük ağırlık verilmesi adaletsiz durumlara yol açma tehlikesini içinde barındırmaktadır. AİHM bugüne kadar tek bir kavram kullanmamakla birlikte kararlarında "*benzer durumlar*" (similar situations), "*konuyla ilgili benzer durumda*" (relevantly in similar situations) ve "*karşılaştırılabilir durumlar*" (comparable situations) gibi ifadelere yer vermiştir.[185] Bu durum AİHM'nin

182 age, s. 20-21.

183 Gerards, s. 10.

184 Van Dijk;Van Hoof; Van Rijn; Zwaak, s. 1039.

185 Ovey; White, s. 413. AİHM, *Marckx v. Belgium*, Appl. No. 6833/74, 13.06.1979, para 32, *Fredin v. Sweden (No. 1)*, Appl. No. 12033/86, 18.02.1991, para 60, *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, Appl. No. 22083/93 and 22095/93, 22.10.1996, para 71.

da karşılaştırılabilirlik ölçütünde tek bir standart ortaya koyamadığına işaret etmektedir.

AİHM 14. maddenin her türlü farklı muameleyi değil,[186] tüzel kişiler de dâhil olmak üzere "*benzer*" ya da "*karşılaştırılabilir durumda bulunan*" kişileri, ayrımcı nitelikteki farklı muamelelere karşı koruduğu görüşündedir.[187] Mahkeme ayrımcılık yasağının ihlali ile ilgili iddiaları incelerken farklı muamele iddiaları açısından söz konusu iki durum arasında benzerlik bulunup bulunmadığını araştırmakta ve olumsuz bir sonuca ulaşıldığında da sonraki aşamaya geçmeyerek incelemeyi sonlandırmaktadır.[188] Mahkeme'ye göre, diğerlerinin yanı sıra, mağdur olduğunu iddia eden kişinin daha iyi bir muamele görmüş diğer kişilerle benzer durumda bulunduğunun ortaya konulması gerekmektedir.[189] Ancak Mahkeme'nin bu ölçütün uygulanma zorluğunu göz önünde tutarak genellikle bu aşamayı geçiştirdiği ve meşru bir amacın olup olmadığı ölçütünün değerlendirilmesine geçebilmektedir.[190] Mahkeme'nin başvuruyu incelemek istemediği durumlarda karşılaştırma ölçütüne başvurduğu, ancak başvurucunun iddiası ile ilgili bazı esasları ortaya koyduğu başvurularda ise konuyu nesnel ve haklı neden ölçütü ile beraber karşılaştırma ölçütüne de başvurduğu ifade edilmektedir.[191]

Mahkeme'nin önüne gelen başvurularda belli ayrımcılık temelleri söz konusu ise karşılaştırılabilirlik ölçütü bakımından farklı bir yaklaşım sergilenebilmektedir. Örneğin cinsiyet temelli ayrımcılıkla ilgili başvurularda karşılaştırılabilirlik ölçütüne fazla dikkat edilmeksizin nesnel ve haklı neden ölçütünün incelenmesine geçilebilmektedir. Bu durumda karşılaştırılabilirlik ölçütünden yine bahsedilmekte ancak ölçüt söz konusu başvuruda neredeyse hiç dikkate alınmaksızın bir sonraki aşamaya geçilmektedir.[192] Bu durum özellikle "*şüpheli temeller*" olarak adlandırılan cinsiyet, ırk, uyrukluk, cinsel

186 AİHM, *Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium, Appl. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63; 2126/64, 23.07.1968*, para 10.

187 AİHM, *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, Appl. No. 9006/80, 08.07.1986, para 177.

188 AİHM, *Efe v. Austria*, Appl. No. 9134/06, 08.01.2013, para 53; *Graziani-Weiss v. Austria*, Appl. No. 31950/06, para 65.

189 AİHM, *Fredin v. Sweden (No. 1)*, Appl. No. 12033/86, 18.02.1991.

190 Van Dijk; Van Hoof; Van Rijn; Zwaak, s. 1041.

191 age, s. 1037; Gerards, s. 25.

192 Bakınız, AİHM, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, Appl. No. 9214/80, 25.05.1985, para 72. Gerards, s. 22-23.

yönelim ırk veya etnik köken veya din temelli ayrımcılık iddialarında ve evlilik dışı doğmuş olan çocuklar bakımından geçerli olabilmektedir.

Mahkeme şüpheli temellerde bazı durumlarda karşılaştırılabilirlik ölçütü yerine dezavantajlı olma ölçütüne de başvurabilmektedir. Karşılaştırılabilirlik ölçütünün Mahkeme tarafından açık bir şekilde ortaya konulmadığından hareketle öğretide Mahkeme'nin şüpheli temellerde başvurduğu dezavantajlı olma ölçütüne tüm ayrımcılık temellerinde başvurmasının daha doğru olacağı ve bu durumda daha kolay bir ölçütün uygulanabileceği ve daha nesnel sonuçlara ulaşılabileceği savunulmuştur.[193]

Karşılaştırılabilirlik ölçütü Anayasa Mahkemesi'nin 10. maddeye uygunluk bakımından yaptığı incelemelerde hemen her zaman gündeme gelmektedir. Bireysel başvuru yolunun tanınmasına kadar geçen süre içerisinde yalnızca somut ve soyut norm denetimi kapsamında gündeme gelen karşılaştırılabilirlik ölçütü artık bireysel ihlal iddialarında farklı muameleye maruz kaldığını iddia eden kişinin karşılaştırılabilir durumda olup olmadığının incelenmesinde de gündeme gelebilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin soyut ve somut norm denetimi kapsamında verdiği kararlarında karşılaştırılabilirlik ölçütü bugüne kadar önemli yer tutmuş ve bu test çok sıkı bir şekilde uygulanmıştır. Hatta Mahkeme'nin geçmişte zaman zaman bu konuda çelişkili davrandığını da söylemek mümkündür. Örneğin boşanma sonucunda çocuğun babasının soyadını kullanması zorunluluğu getiren bir yasal düzenleme değerlendirilirken "*Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar*." denilirken[194] evli bir kadının evlenmeden önce kullandığı soyadını evlendikten sonra eşinin soyadı olmaksızın tek başına kullanmasını yasaklayan yasal düzenlemeyi değerlendirirken yalnızca "*Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir*." diyerek kadın ve erkeği evliliğin devamı boyunca farklı konumda değerlendirmiştir.[195] Bu durumun sürdürülmesi herhangi bir nedenle farklı durumda olduğuna karar verilen ayrımcılık mağdurlarının testi geçemedikleri için başvurularının doğrudan

193 Gerards, s. 58.

194 AYM, E. 2010/119, K. 2011/165, 08.12.2011. Ayrıca bkz, E. 1998/3, K. 1998/28, 23.06.1998; E. 1996/15, K. 1996/34, 23.09.1996.

195 AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011. Ayrıca bkz, E. 1997/61, K. 1998/59, 29.09.1998.

reddedilmesi ile sonuçlanabilecektir. Karşılaştırılabilirlik testi aşıldıktan sonra ispat yükü yer değiştirebileceği için mağdurların iddiaları gerçek anlamda incelenmeye başlanacaktır. Mahkeme'nin AİHM gibi bu ölçüte çok fazla ağırlık vermemesi ve hatta dezavantajlı olma haline ağırlık vermesi ayrımcılık iddialarının ayrıntılı bir değerlendirmeye tabi tutulabilmesi için çok önemlidir. Mahkeme bugüne kadar yalnızca bir bireysel başvuruda başörtülü kadın avukatlar ile başörtüsüz kadın avukatların karşılaştırılabilir durumda olduğuna dair vurguya yer verilmiştir.[196] Mahkeme'nin bireysel başvuru kapsamındaki kararlarına bakıldığında karşılaştırılabilirlik ölçütünü nasıl uyguladığına dair henüz çok fazla veri bulunmamaktadır.[197]

C. Makul ve Nesnel Gerekçe Ölçütü

AİHM karşılaştırılabilirlik ölçütüne dair yaptığı değerlendirmenin veya buna gerek görmeyip dezavantajlı durum ölçütüne dair gerçekleştirdiği değerlendirmenin ardından ayrımcı muamelenin makul ve nesnel bir gerekçesinin mevcut olup olmadığına dair değerlendirme yapmaktadır. Bazen bu ölçüt karşılaştırılabilirlik ölçütü yerine her ikisini de içerecek şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Makul ve nesnel gerekçe ölçütü iki ayrı başlıktan oluşmaktadır. Öncelikle farklı muamelenin meşru bir amacının olup olmadığı, ardından izlenen amaç ile başvurulan aracın orantılı olup olmadığı değerlendirilmektedir. AİHM'ye göre Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından bir muameledeki farklılık, "*objektif ve makul bir haklılığa sahip değilse*", başka bir deyişle "*meşru bir amaç*" izlemiyorsa veya "*başvurulan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi*" bulunmuyorsa, ayrımcılık oluşturur.[198]

---

196 Kararda "*Dini inancını sıkı bir şekilde uygulama arzusunda olduğunu ifade eden başvurucu, başörtüsü takması sebebiyle duruşmalara kabul edilmediği halde başörtüsüz kadın avukatlar duruşmalara katılmaktadır. Başvurucu ile duruşmalara kabul edilen diğer kadın avukatların farklı durumda oldukları yönünde bir iddiada bulunulmamıştır.*" denilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi önünde çelişmeli yargılama söz konusu olmadığı için ve başvurucunun da karşılaştırılabilir durumda olmadığını iddia etmesi anlamlı olmayacağı için Mahkeme'nin başvurucunun karşılaştırılabilir durumda olmadığına dair iddianın kim tarafından dile getirilmesini beklediği sorusu yanıtsız kalmaktadır. AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 118.

197 AYM, *Münis Düşenkalkar Kararı*, B. No. 2013/1244, 17.07.2014, para 24; *İbrahim Uysal Kararı*, B. No. 2014/1711, 23.07.2014, para 48; *Aziz Turhan Kararı*, B. No. 2012/1269, 08.05.2014, para 40-41.

198 AİHM, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, Appl. No. 9214/80, 25.05.1985, para 72, *Marckx v. Belgium*, Appl. No. 6833/74, 13.06.1979, para 33, *Rasmussen v.*

AİHS'nin 14. maddesinde, 8, 9, 10 ve 11. maddelerde olduğu gibi herhangi bir sınırlama nedenine veya istisnaya yer verilmemiştir. Sayılan maddelerin ikinci fıkralarında hangi nedenlerin meşru amaç teşkil edebileceği açıkça ve sınırlı olarak belirtilmiştir. 14. maddede bu anlamda farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağı bir meşru amaçlar listesi yer almamaktadır. Bu sebeple Mahkeme'nin önüne gelecek başvurularda göz önünde tutabileceği önceden belirlenmiş meşru amaçlar bulunmamaktadır. Bu durumda Mahkeme'nin meşru amacın mevcut olup olmadığına dair kendi ölçütlerini oluşturması gerekmiştir. Ancak Mahkeme bu noktada bir ölçüt ortaya koymaktan çok önüne gelen başvurunun niteliğine göre karar vermektedir. Bu sebeple büyük ölçüde Taraf Devletler tarafından öne sürülen oldukça geniş yorumlanmaya açık nedenleri meşru neden olarak kabul edebilmektedir.[199] Bu yaklaşımın dışına çıkılan başvurular ise ırk, cinsiyet, cinsel yönelim, uyrukluk gibi temellerde ayrımcılık vakalarına ilişkindir.

Mahkeme'nin bu bağlamda yaptığı değerlendirme makul ve nesnel bir gerekçenin varlığını tespit etmeye yöneliktir. Bu kapsamda değerlendirilebilecek bir meşru amacın mevcut olduğu kabul edildiğinde ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine,[200] mevcut olmadığı durumda ise ihlal edildiğine hükmedilebilmektedir.[201] Taraf Devlet tarafından makul ve nesnel herhangi bir neden ortaya konulamadığı durumda doğrudan ihlale hükmedilebilmektedir.[202] Ancak bu noktada Taraf Devletler için meşru bir amacı ortaya koymak genellikle kolay olabilmektedir.[203] AİHM'nin önüne gelen başvurularda meşru amacı nasıl tayin edeceği önemi bir sorundur.[204] Taraf Devletlerin uygulamada gerçekleşen farklı muameleye yönelik bir meşru amaç sunmaları oldukça kolaydır.[205] Böyle bir durumda AİHM'nin benimseyeceği yaklaşım oldukça önemli ve sonuçları itibariyle de bir o kadar

---

Denmark, Appl. No. 8777/79, 28.11.1984, para 38.

199 Harris; O'Boyle; Bates; Buckley, s. 793; Gerards, s. 30-31; Livingstone, s. 32.

200 AİHM, *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, Appl. No. 9006/80, 08.07.1986, para 177.

201 AİHM, *Genovese v. Malta*, Appl. No. 53124/09, 11.10.2011, para 48.

202 *AİHM, Savez Crkava "Rijec Zivota" and Others v. Croatia*, Appl. No. 7798/08, 09.12.2010, para 92.

203 Örnek bir dava olarak bkz, AİHM, *Gillow v. the United Kingdom*, Appl. No. 9063/80, 24.11.1986.

204 Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz, Brita Sundberg Weitman, *Legal Tests for Applying the ECHR in Adjucating on Alleged Discrimination*, Nordisk Tidsskrift for International Ret, Vol. 49, No. 1-2, 1980

205 Arnardottir, Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights, s. 43.

tartışma yaratıcı olabilmektedir. Bu durumda AİHM, Sözleşme'nin günün koşulları ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.

Mahkeme, cinsiyet eşitliği ile ilgili olarak bir davada "*cinsiyetlerin eşitliğini ilerletmenin bugün Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin başlıca hedeflerinden biri olduğu söylenebilir. Bu demektir ki, cinsiyet esasına dayanan bir farklı muamelenin Sözleşme'ye uygun görülebilmesi için, çok güçlü sebepler bulunmalıdır*."[206] şeklinde bir yaklaşımı benimsemiş ve bunu daha sonraki kararlarında da yansıtmıştır. Mahkeme kararlarına bakıldığında, özellikle cinsiyet,[207] uyrukluk[208], ırk veya etnik köken[209], doğum[210] ve cinsel yönelim[211] temelleri söz konusu olduğunda, farklı muamelenin nesnel ve makul olabilmesi için oldukça önemli gerekçelerin (weighty reasons) ileri sürülmesi gerekmektedir.[212] İlerleyen zamanlarda yaş ve engellilik temelli ayrımcılık ihlali iddialarında da benzer bir yaklaşımın benimsenebileceği öngörülmektedir.[213]

AİHM, önüne gelen başvurularda makul ve nesnel gerekçe kapsamında başvurduğu ölçütlerden bir diğeri ise orantılılık ölçütüdür.[214] Mahkeme önüne gelen 14. madde ile ilgili başvurularda gerçekleştirilen farklı muamelenin meşru bir amacının olmasının yanında, izlenen

206 AİHM, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, Appl. No. 9214/80, 25.05.1985, para 78. Türkçe çeviri için bkz, Osman Doğru, http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=101 (erişim: 20.06.2015)

207 AİHM; *Burghartz v. Switzerland*, Appl. No. 16213/90, 22.02.1994, para 27; *Karlheinz Schmidt v. Germany*, Appl. No. 13580/88, 18.7.1994, para 24; *Petrovic v. Austria*, Appl. No. 20458/92, 27.03.1998, para 37.

208 AİHM, *Gaygusuz v. Austria*, Appl. No. 17371/90, 16.09.1996, para 42; *Koua Poirrez v. France*, Appl. No. 40892/98, 30.09.2003, para 46; *Rangelov v. Germany*, Appl. No. 5123/07, 22.03.2012, para 87.

209 AİHM, *Jersild v. Denmark*, Appl. No. 15890/89, 23.09.1994, para 30, *Orsus and Others v. Croatia* (Grand Chamber), Appl. No. 15766/03, 16.03.2010, para 149.

210 AİHM, *Inze v. Austria*, Appl. No. 8695/79, 28.10.1987, para 4; *Mazurek v. France*, Appl. No. 34406/97, 01.02.2000, para 49; *Sommerfeld v. Germany*, Appl. No. 31871/96, 08.07.2003, para 93.

211 AİHM, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, Appl. No. 33985/96, 27.09.1999, *Lustig-Praen and Beckett v. the United Kingdom*, Appl. No. 31217/96, 32377/96, 27.09.1999; *A.D.Tv. the United Kingdom*, Appl. No. 35765/97, 31.07.2000, para 37; *L and V. Austria*, Appl. No. 39392/98, 09.01.2003, para 45; *S. L. v. Austria*, Appl. No. 45330/99; 09.01.2003, para 36; *Karner v. Austria*, Appl. No. 40016/98, 24.07.2003, para 37, *Kozak v. Poland*, Appl. No. 13102/02, 02.03.2010, para 92.

212 Ovey; White, s. 426; Harris; O'Boyle; Bates; Buckley, s. 796.

213 de Schutter, s. 16.

214 Ayrıntılı bilgi için bkz, Marc-André Eissen, *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, The European System for the Protection of Human Rights,R. St. J. Macdonald; F. Matscher; H. Petzold (Eds), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, 1993; Yutaka Arai-Takahashi, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002, s. 14 vd.

amaç ile başvurulan araç arasında bir orantılılığın bulunmasını da aramaktadır. Mahkeme bu yaklaşımı oldukça eski bir tarihten bu yana sürdürmektedir.[215] Bu ölçüt toplumun genel olarak menfaati ile bireyin sahip olduğu bir hakkın karşılıklı olarak değerlendirmesi noktasında başvurulan bir ölçüttür ve adil veya makul bir dengenin bulunmasını gerektirmektedir.

Mahkeme'ye göre farklı muamelenin, sadece meşru bir amaca sahip olması yeterli değildir ve gerçekleştirilmek istenen amaç ile kullanılan araçlar arasında makul bir orantının bulunmadığının açıkça ortaya konması halinde, 14. madde yine ihlal edilmiş olur.[216] Mahkeme orantılılık ölçütüne dair daha yoğun bir denetim gerçekleştirdiğinde Taraf Devletlerin takdir alanı daha dar hale gelebilmektedir. Bu ölçüt kapsamında makul veya adil bir denge bulunduğunda ise ulusal makamların takdir alanı içerisinde kaldıkları kabul edilmektedir.[217]

AİHM'nin orantılılık noktasında da ortaya somut bir ölçüt koyduğunu söylemek mümkün değildir. Mahkeme'nin orantılılık ile dar anlamda ölçülülük ilkesini mi kastettiği, yoksa geniş anlamda bir ölçülülük ölçütüne (proportionality) yer vererek elverişlilik (appropriateness) ve gereklilik (necessity-subsidiarity) gibi alt ölçütleri de göz önünde tutup tutmadığı da belirsizdir. Mahkeme'nin kimi kararlarında geniş anlamda bir ölçülülük ilkesinin benimsendiği ifade edilmektedir.[218] Mahkeme izlenen amaca ulaşılması daha az ayrımcı veya dezavantajlı bir önlemle mümkün oluyorsa farklı muamelenin orantılı kabul edilemeyeceği düşüncesindedir.[219] Mahkeme'ye göre karşılaştırılabilir iki durum arasında bir farklılık mevcut ise meşru amaç ile orantılılık ölçütlerinin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.[220] Ancak AİHM'nin ilk ölçütü uyguladıktan ve olumsuz bir sonuca ulaştıktan ya da meşru amaç ölçütünü uyguladıktan ve aynı şekilde olumsuz bir sonucu

215 AİHM, *Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium,* Appl. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23.07.1968'den aktaran Partsch, s. 590.

216 AİHM, *National Union of Belgian Police v. Belgium,* Appl. No. 4464/70, 27.10.75, para 46.

217 Arai-Takahashi, s. 14.

218 Gerards, s. 33.

219 age, s. 34-36.

220 AİHM, *Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium, Appl. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23.07.1968,* para 32.

ulaştıktan sonra orantılılık ölçütüne dair inceleme yapmadığı kararları da mevcuttur.[221]

Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında ise AİHM'nin uyguladığı meşru amaç ölçütünün Anayasa Mahkemesi tarafından "*haklı neden*" ölçütü olarak uygulandığı görülmektedir.[222] Mahkeme kişilerin diğer kişilere göre farklı hukuk kurallarına bağlı tutulması haklı bir nedene dayanıyorsa eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğine karar verilmektedir.[223] Haklı neden ölçütü ile yasal düzenlemelerle yapılan bir sınıflandırma ile yasal düzenlemenin amacı arasındaki bağın mevcudiyetini, sınıflandırmanın yasa ile öngörülen amaca hizmet edip etmediğini ve orantılı olup olmadığı belirlenmektedir.[224] Mahkeme'ye göre,

"Yasal düzenlemeler yapılırken, yasanın kapsamına girebilecek kişiler, varlıklar ve olgular yönünden bir takım sınıflandırmalar yapılması ve buna bağlı olarak sözü edilen kişi, varlık veya olgulardan hangilerinin bu düzenlemelerin kapsamına dâhil edileceği noktasında karar verilmesi kaçınılmazdır. Sorun, sözü edilen bu sınıflandırmaların hangi durumlarda haklı görülebileceğidir. Kanunların, eşitlik ilkesine aykırı olmadığını söyleyebilmek için, sınıflandırmanın anlaşılabilir bir farklılığa dayanması, sınıflandırmanın kanunun amacıyla ilişkili, akla uygun ve adil olması, nedensiz, haksız, keyfi olmaması gerekir."[225]

Mahkeme'ye göre hukuksal durumları aynı olanlar arasında haklı bir nedene dayanmayan ayrım yapılamaz, ancak haklı neden varsa bazı kişiler başka kurallara bağlı tutulabilir. Mahkeme'ye göre hukuk devletinin önemli öğelerinden biri, benzer nitelik ve durumda olanlar arasında farklı uygulamayı engelleyen, ayrı nitelik ve durumda olanların aynı kurallara bağlı tutulmasını zorunlu kılmayan eşitlik ilkesidir.[226] Mahkeme'ye göre, "...

221 Örneğin, AİHM, *Marckx v. Belgium*, Appl. No. 6833/74, 13.06.1979, para 38-41, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, Appl. No. 9214/80, 25.05.1985, para 79-83, *Inze v. Austria*, Appl. No. 8695/79, 28.10.1987, para 41-45; *Darby v. Sweden*, Appl. No. 11581/75, 23.10.1990, para 33-34.Aktaran, Partsch, s. 590.

222 Anayasa Mahkemesi de bazen AİHM gibi "nesnel ve makul neden" ifadesini de kullanabilmektedir. Bakınız, AYM, E. 2008/42, K. 2008/167, 20.11.2008.

223 AYM, E. 1981/13, K. 1983/8, 28.04.1983.

224 İnceoğlu, s. 54. Bu ölçüt bu haliyle AİHM'nin "nesnel ve haklı neden" ile "orantılılık" ölçütlerinin kapsayan ve "meşru amaç" ölçütü olarak adlandırılan ölçüte karşılık gelmektedir. Ancak inceleme yöntemi içerisinde bu alt-ölçütler ayrı ayrı ve ayrı birer ölçüt olarak değerlendirildiği için bu bölümde orantılılık dışındaki kısım göz önünde tutulmaktadır.

225 AYM, E. 2006/159, K. 2010/47, 24.03.2010.

226 AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, 19.04.1988.

eşitlik ilkesi, ortada haklı bir neden bulunmadıkça hiçbir kişiye, aileye, zümreye ya da sınıfa ayrıcalık tanınmasına mutlak engeldir..."[227]

Anayasa Mahkemesi'nin uyguladığı bu ölçüt hâlihazırda somut bir ölçü olmaktan uzaktır.[228] Örneğin Mahkeme, "*fuhuşu meslek edinen*" bir kadına tecavüz edilmesi ile "*iffetli bir kadına*" tecavüz edilmesi suçlarında sanıkların farklı cezaya çarptırılmasını, iki kadının farklı düzeyde zarara uğrayacağı gerekçesi ile haklı bulabilmiştir.[229] Mahkeme'nin haklı neden ölçütüne değinen kararlarında "*gereklilik*", "*zorunluluk*", "*işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk*", "*kamu yararı amacıyla veya başka bir haklı nedenle*", "*dengeli ve makul görülebilecek ölçüler*", "*adaletli ve eşit ölçüler*", "*zorunlu bir nedene, anayasal bir gereğe dayanma*" gibi kavramlarla haklı neden ölçütünü somutlaştırmaya ve yasalarda yapılan sınıflandırma veya ayrımları haklı kılabilen her türlü nedeni içerecek şekilde geniş yorumlamaktadır.[230] Bu durumun Anayasa Mahkemesi'nin geniş bir takdir yetkisi çerçevesinde, önüne gelen somut duruma göre bir tavır aldığı şeklinde yorumlanması mümkündür.[231] Öğretide de belirtildiği gibi Anayasa Mahkemesi kararlarında ortaya çıkan en önemli sorunlardan birisi farklı muamelenin dayanağı olarak gösterilen haklı nedenin tespiti noktasında ortaya çıkmaktadır.[232]

Eşitlik ilkesi çerçevesinde Anayasa Mahkemesi içtihatları açısından yapılacak bir değerlendirmede "*haklı neden*" ölçütünün ayrımcılık yasağına karşı sağlanan korumanın kapsamının belirlenmesinde karşılaştırma ölçütü ile birlikte en önemli ölçüt olduğunu göstermektedir. Cinsiyet eşitliği ile ilgili bir çalışmada Mahkeme kararlarının önemli bir bölümünde mevcut eşitsizliklerin takdir yetkisi veya toplumsal ya da kültürel kalıplarla gerekçelendirilerek "*cinsiyetçi*" bir yaklaşımın ortaya koyulduğu dile getirilmiştir. Bu tür içtihatlarda Mahkeme'nin yasal düzenlemenin koruduğu hukuksal yararı araştırmadığı veya etkili bir denetime tabi tutmadığı

227 AYM, E. 1987/3, K. 1987/13, 22.05.1987.

228 Aksi görüş için Bülent Serim, *Yasa Önünde Eşitlik İlkesi*, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 27, Sayı 3, TODAİE, Ankara, 1994, s. 22.

229 AYM, E. 1988/4, K. 1989/3, 12.01.1989.

230 Öden, s. 195.

231 Yusuf Şevki Hakyemez, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yay., Ankara, 2009, 206.

232 Yılmaz Aliefendioğlu, *Eşitlik İlkesi*, Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul, 1999, s. 93.

belirtilmiştir.[233] Bu durum neredeyse tamamen inceleme aşamasında gündeme gelen "*haklı neden*" ölçütüne dair yaklaşımla ortaya çıkmaktadır. Yukarıda belirtilenler ışığında Anayasa Mahkemesi'nin "*haklı neden*" ölçütünde AİHM'nin içtihatlarını ve hatta bireysel başvuruya konu olayla ilgili uluslararası insan hakları hukukunda ortaya çıkan güncel yaklaşımı benimsemesi hayati önemdedir. Aksi takdirde yakın bir tarihte verilen kadının evlenmeden önceki soyadının kullanabilmesi ile ilgili kararda olduğu gibi AİHM ile birbirine tamamen zıt yönde kararların çıkması mümkündür ve bu durumun bireysel başvuru yolunu belirli konularda etkisiz kılma potansiyeli taşımaktadır.

AİHM'nin uyguladığı orantılılık ölçütü, ölçülülük ilkesi adıyla Anayasa Mahkemesi tarafından da kararlarında sıklıkla kullanılmaktadır. Ölçülülük ilkesinin Anayasa'nın 13. maddesinde pozitif bir dayanağı da mevcuttur. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yasayla getirilecek sınırlamaların ölçülü olması gerekmektedir. Ölçülülük Mahkeme tarafından "*adaletli ve kabul edilebilir denge*",[234] "*makul ve kabul edilebilir ölçü*",[235] "*amaç ve sınırlama arasında büyük ölçüsüzlük*",[236] "*sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil denge*",[237]gibi ifadelerle tanımlanmaya çalışılmıştır. Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesinin "*elverişlilik*", "*gereklilik*" ve "*orantılılık*" olmak üzere üç alt ilke çerçevesinde incelemektedir.[238] Elverişlilik ölçütü kapsamında bir hakka yönelik sınırlamanın öngörülen amacı gerçekleştirmek için elverişli olması değerlendirilmektedir. Başvurulan bir aracın izlenen amaca ulaşılmasını zorlaştırdığı veya izlenen amaca ulaşılması noktasında herhangi bir etkisi olmadığında elverişli kabul edilmemektedir. İkinci alt-ölçüt ise izlenen amacın gerçekleştirilmesinde başvurulan aracın başka araçlara göre herhangi bir hakka en az müdahalede bulunacak veya sınırlayacak araç olup olmadığı değerlendirilmektedir. Bu noktada kişiler için daha az yükümlülük getiren başka bir aracın mevcut olması başvurulan aracı gerekli olmaktan

233 Oder, *Anayasa'da Kadın Sorunsalı*, s. 214.
234 AYM, E. 1986/12, K. 1987/4, 11.02.1987.
235 AYM, E. 1988/14, K. 1988/18, 14.06.1988.
236 AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, 19.04.1988.
237 AYM, E. 2009/11, K. 2011/93, 09.06.2011.
238 Christian Rumpf, *Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği*, Anayasa Yargısı, Cilt 10, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1993, s. 36.

çıkarabilmektedir. Üçüncü ve son alt-ölçüt olan orantılılıkta ise izlenen amaç ile başvurulan araç arasında bir orantının mevcut olup olmadığı değerlendirilmektedir.[239]

Anayasa Mahkemesi'ne göre ölçülülük ilkesi *"...'elverişlilik', 'gereklilik' ve 'orantılılık' olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. 'Elverişlilik', başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklilik' başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, 'orantılılık' ise başvurulan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir." Mahkeme de adil bir dengenin kurulmasına gönderme yapmıştır. Mahkeme'ye göre "ölçülülük ilkesiyle devlet... kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür*." Bu yükümlülüğün ihlali ölçülülük ve hukuk devleti ilkelerinin ihlali kabul edilmektedir.[240]

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, AİHM tarafından uygulanan orantılılık ölçütüne benzer bir ölçütü somut veya soyut norm denetimi kapsamında verdiği kararlarda uygulayagelmiştir.[241] Mahkeme bu tür bir ölçütü hem eşitlik ilkesi çerçevesinde, hem de Anayasa'nın 2. maddesi çerçevesinde hukuk devleti ilkesine uygunluk denetimi kapsamında uygulamaktadır.[242] Mahkeme'ye göre "*haklı bir nedene dayanmayan oransızlık, eşitlik ilkesine aykırılık*" oluşturabilmektedir.[243] Benzer yaklaşımın Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde bireysel başvurularda da sergilenmesinin önünde Anayasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak orantılılık ölçütünün mümkün olduğunca kapsamlı bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Mahkeme'nin evli kadının soyadı ile ilgili kararında olduğu gibi "*itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması da sağlanmıştır*." şeklinde herhangi bir değerlendirme yapmaksızın bir sınırlamada "*adil bir denge*" bulunduğuna karar vermesi ayrımcılık yasağına yönelik denetimi tamamen etkisiz kılabilecektir.[244]

---

239 Ayrıntılı bilgi için bkz, Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., Ankara, 1982, s. 113-117.

240 AYM, E. 2012/80, K. 2013/16, 23.01.2013.

241 Sultan Uzeltürk, *İHAM Kararları Işığında Türkiye'de Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, 2006, s. 233.

242 AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011.

243 AYM, E. 1991/18, K. 1992/20, 31.03.1992.

244 AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011.

AİHM'nin orantılılık ölçütüne dair sergilediği yaklaşımın Anayasa Mahkemesi tarafından da aynen benimsenmesi ve hatta daha da somutlaştırılarak ve geliştirilerek uygulanması mümkün gözükmektedir.[245]

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru usulünde AİHM tarafından meşru ve nesnel gerekçe ölçütüne gönderme yapmaya başlamıştır. Mahkeme'ye göre,

"kamu gücünü kullanan organların ayrıcalıklı muameleyi haklı ve objektif gerekçeye dayandırması… gerekir… farklı muamele davranışları incelenirken, devletin, iddia edilen ayrımcılığı herhangi bir şekilde haklı kılamaması durumunda, başvurucunun bu iddiası, istisnai durumlar dışında sonuca ulaşacaktır. Farklı muamele davranışının amacına ilişkin olarak açıklamalarda bulunuluyorsa, ortaya konulan gerekçelendirmelerin makul bir temelinin olması ve gerekçelendirmelerin kanıtlara dayandırılması gerekir."[246]

Yine Mahkeme'ye göre meşru bir amacın mevcudiyeti halinde *"devletin kullandığı araç ile gerçekleştirmeye teşebbüs ettiği amaç arasında, gerçekten makul bir orantılılık ilişkisinin ortaya konulup konulmadığı*" incelenmelidir.[247] Mahkeme anılan kararında AİHM'nin meşru ve nesnel gerekçe ölçütünü benzer bir biçimde uygulamaya çalıştığı görülmektedir. Bu yaklaşımın sürdürülmesi AİHM-Anayasa Mahkemesi uyumu bakımından yerinde olacaktır.

Sonuç ve Değerlendirme

Anayasa'nın 10. maddesi ve AİHS'nin 14. maddesi arasında ayrışan veya ortaklaşan hususlar söz konusudur. Ancak mevcut farklılıklara rağmen Anayasa'nın 10. maddesinin birçok açıdan AİHS'nin 14. madde düzenlemesinden daha geniş kapsamlı bir koruma sağladığı rahatlıkla ileri sürülebilir. Geçmişte yalnızca somut ve soyut norm denetimi kapsamında gündeme gelen eşitlik ilkesi, bireysel başvurularda ayrımcılık yasağı bağlamında Anayasa Mahkemesi tarafından daha ayrıntılı bir denetime tabi tutulacaktır. Mahkeme geçmişte "*özde uyum yaklaşımı*" olarak adlandırılan bir yaklaşım sergilemiştir. Bu yaklaşımda Anayasa ile kararlarda gönderme yapılan uluslararası insan hakları hukuku normu arasında öz bakımından

245 Anayasa Mahkemesi'nin somut ve soyut norm denetimi kapsamında ölçülülük ilkesine dair uygulamasının AİHM standartlarından ileri olduğuna dair bir görüş için bkz, Rumpf, s. 37.

246 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 119-122.

247 agk, para 123.

bir bağdaşmanın mevcut olduğu, hukuksal değerlerin özdeş olduğu kabul edilmiştir.[248] Mahkeme'ye göre,

"Anayasa'nın 10. maddesindeki 'iki cinsin eşitliği' kuralı ile yukarıda ayrıntılı biçimde incelenmiş olan, gerek cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin kadın ve erkeğin kanun önünde eşit haklara sahip olduklarını, gerekse aile hukukunda karı ve kocanın eşit haklan olduğu kuralını vurgulayan... İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerinin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 'Başlangıç' Kısmı; bu Sözleşme'nin eki olan Türkiye Cumhuriyeti'nce imzalanmış, ancak henüz onaylanmamış olan 7 nolu Protokolünün 5. maddesi; Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 'Önsözü'; ile 14. maddesi[nin] uyum içinde olduklarında bir duraksama yoktur."[249]

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında ise "*Anayasa'ya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte değerlendirmede gözetilen uluslararası belgelerin, cinsiyete dayalı ayırımı ya da eşitsizliği reddeden bu hükümleri ile Anayasa'nın 'Kanun önünde eşitlik' başlıklı 10. maddesi arasında özde bir farklılık bulunmamaktadır*." ifadelerini kullanmıştır.[250] Mahkeme'nin daha sonraki kararlarında buna benzer bir yaklaşımı sürdürdüğünü söylemek güçtür. Ancak benzer yaklaşımın yeniden benimsenmesi bireysel başvuru usulünün AİHM standartlarına ve kabul ediliş amaçlarına uygun işlemesi açısından büyük önemdedir.

Anayasa Mahkemesi önüne gelecek bireysel başvurularda Anayasa'nın 10. maddesi ve AİHS'nin 14. maddesi bağlamında gündeme gelen sorunlardan ilki her iki düzenlemenin ayrımcılık yasağının koruduğu haklar bakımından kapsamlarının farklı olmasıdır. Bu farklılık nedeniyle Mahkeme'nin bu alanda gerçekleştireceği yargısal denetimde Anayasa'nın 10. maddesini mi yoksa AİHS'nin 14. maddesini mi, göz önünde tutacağı oldukça önem kazanmaktadır. Anayasa açısından, Ek 12. Protokol ile aynı yönde ancak AİHS ile ters yönde, açık uçlu bir yaklaşımın benimsendiği tespiti yapılabilir. Anayasa'da ayrımcılık yasağının sağladığı korumanın AİHS'nin normatif sınırların ötesine geçmesinin önünde Anayasal bir engel bulunmamaktadır ve bireysel başvuru yolunun öngörülmesine dair Anayasa koyucunun dile

248 Oder, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, s. 219-220.
249 AYM, E. 1990/30, K. 1990/31, 29.11.1990.
250 AYM, E. 1996/15, K. 1996/34, 23.09.1996. Ayrıca bkz, E. 1998/3, K. 1998/28, 23.06.1998.

getirdiği argümanlara da uygun gözükmektedir. Bu durum ayrıca AİHS'nin 53. maddesinin Taraf Devletler açısından doğurduğu yükümlülüklere de uygundur.

AİHM uzunca bir süredir ayrımcılık yasağının ihlaline dair iddiaları tutarlı olmamakla birlikte belirli ölçütler çerçevesinde incelemektedir. Bu ölçütlerden ilki başvurunun Sözleşme kapsamında tanınmış olan hak ve özgürlüklerle ilgili olmasıdır. Mahkeme ikinci olarak karşılaştırılabilir kişiler arasında belirtilen haklar ve özgürlüklerden yararlanma açısından fark gözetilip gözetilmediği noktasında bir değerlendirme yapmaktadır. Bu ölçütün ardından üçüncü olarak tespit edilen farklı muamelenin nesnel ve makul bir nedeninin olup olmadığı değerlendirilmektedir. Mahkeme dördüncü olarak ise kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında bir orantı bulunması noktasında değerlendirmede bulunmaktadır. Tüm bu ölçütler yanında şüphesiz bir başka ölçüt ise Taraf Devletin takdir alanı içerisinde kalıp kalmadığına dair yapılan değerlendirmedir. AİHM takdir alanı doktrini çerçevesinde Taraf Devletlere bir takdir alanı bırakmaktadır. Ancak bu durum AİHM'nin bir uluslararası mahkeme olmasından kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi ise bir ulusal yargı organı olarak insan hakları ihlallerinden sorumlu olan yasama, yürütme ve yargı organlarına bu şekilde bir takdir alanı bırakmak durumunda değildir. Mahkeme kararlarına bakıldığında birçok durumda takdir yetkisine vurgu yapılarak farklı muamelenin haklı nedeninin bulunduğuna karar verildiği görülmektedir. Aynı yaklaşımın bireysel başvuru usulünde de sürdürülmesi ayrımcılık iddialarının yeterince incelenmemesine yol açabilecektir. Bu durum AİHM standartlarına aykırılıkları beraberinde getirebilecektir. Bu nedenle takdir yetkisi kavramına kararlarda yer verilmemesi ve kapsamlı bir inceleme gerçekleştirilmesi oldukça önem arz etmektedir.

AİHM önüne gelen başvurularda belirtilen ölçütlere başvurarak ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir.[251] Bu ölçütlerden birinin karşılanmadığı durumda Mahkeme için diğer ölçütlerin incelenmesi gereksiz hale gelebilmektedir.[252] Ancak belirtmek gerekir ki

251 AİHM, *Rasmussen v. Denmark*, Appl. No. 8777/79, 28.11.1984, para 35-38, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, Appl. No. 9214/80, 25.05.1985, paragraf 71; *Koua Poirrez v. France*, Appl. No. 42892/98, 30.09.2003, para 46. Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, s. 1034; OVEY, WHITE, s. 417-419.

252 age, s. 1042.

bu şekilde bir formülasyonun varlığına karşın uygulamada içtihatlara bakıldığında farklı uygulamalar da göze çarpmaktadır.[253] Yukarıda belirtilen Mahkeme'nin 14. madde kapsamında ileri sürülen iddiaları inceleme yöntemi her başvuruda aynı şekilde uygulanmamaktadır. Meşru amaç ölçütünün devletlerce büyük oranda karşılanması nedeniyle gereksiz, ölçülülük ölçütünün karmaşık ve karşılaştırılabilir durumlar ölçütünün ise belirsiz olduğu ve Mahkeme'nin somut ölçütler ortaya koyamadığı ifade edilmektedir.[254]

AİHM'nin ayrımcılık yasağına dair iddialara dair mevcut inceleme yöntemi tamamen içtihatlarla ortaya çıkmıştır ve normatif bir dayanağı bulunmamaktadır. Yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği gibi AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin yöntemleri arasında bazı farklılıklar ve benzerlikler söz konusudur. İnceleme yönteminde gündeme gelebilecek bir diğer durum ayrımcılık yasağının ihlalini de içeren çok sayıda ihlal iddiasının dile getirildiği bir başvuruda ayrımcılık yasağının ikincil hale getirilip getirilmemesi ile ilgilidir. Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin başvuruyu ayrımcılık yasağı açısından da incelemeye devam etmesi büyük önemdedir. Aksi bir tutum AİHM standartlarına doğrudan aykırı olmamakla birlikte ayrımcılık yasağına karşı mevcut bilgi eksikliğinin giderilmesi için belirtilen biçimde bir tutumun benimsenmesi olumlu olacaktır.

İnceleme yönteminde gündeme gelebilecek başka bir durum karşılaştırılabilirlik ölçütü ile ilgilidir. Mevcut içtihatlar AİHM ile Anayasa Mahkemesi'nin kısmen benzer davrandığını göstermektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu ölçütü çok daha sıkı uygulamaktadır. Bu durum bireysel başvuru usulünde ayrımcılık mağdurlarının iddialarının yeterince incelenmemesine yol açabileceği için Mahkeme tarafından bu ölçütün daha gevşek uygulanmasının daha uygun olduğu görülmektedir. Aksi durum ayrımcı muameleden sorumlu olduğu iddia edilen kamu gücünü herhangi bir haklı neden ileri sürme yükünden kurtaracaktır. Bu nedenle AİHM standartlarına uyum açısından yaklaşım değişikliğinin gerekli olduğu göze çarpmaktadır.

---

253 age, s. 17. Bu konuda farklı yaklaşımları ortaya koyan Mahkeme kararları için bkz, aynı makale. s. 17-18.

254 Arnardottir, Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights, s. 55.

İnceleme yöntemindeki diğer bir durum makul ve nesnel gerekçe ölçütü ile ilgili olarak gündeme gelmektedir. Bu ölçüt kapsamında AİHM ilk olarak meşru amaç ölçütünü uygulamakta ve Taraf Devletlere geniş bir takdir alanı bırakmaktadır. Ancak her türlü meşru amaç farklı muameleyi de meşru hale getirmemektedir. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına bakıldığında ise "*haklı neden*" adı altında her türlü gerekçenin Anayasa'ya uygun bulunabildiği görülmektedir. AİHM standartlarına uyum açısından Anayasa Mahkemesi'nin AİHM standartlarını yakından izlemesi ve kararlarında "*haklı neden*" veya "*kamu yararı*" ifadelerine yer verirken kapsamlı bir gerekçelendirme sunması gerekmektedir. Makul ve nesnel gerekçe kapsamında gündeme gelen orantılılık ilkesi açısından ise AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımları arasında paralellik kurulması ve hatta Anayasa Mahkemesi'nin ulusal bir yargı organı olarak daha kapsamlı bir değerlendirme yapması mümkün gözükmektedir.

Son olarak çalışma kapsamında incelenen kararlara bakıldığında AİHM standartlarına uyum konusunda üç farklı yaklaşımın bulunduğunu söylemek mümkündür. İlk konu nefret suçları ile ilgilidir. AİHM'ye göre, kötü muamelenin özellikle ırkçı bir saik ile gerçekleştiğine dair bir şüphenin mevcut olduğu durumlarda, ulusal makamlar söz konusu fiil ister özel kişiler, isterse kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilsin mümkün olduğunca kapsamlı bir şekilde soruşturma yükümlülüğü altındadır.[255] Ancak Anayasa Mahkemesi bu tür bir yükümlülüğün gündeme geldiği bir başvuruda,[256] işkence ve kötü muamele yasağının ihlaline hükmetmiş ancak soruşturmada ırkçı bir saikin mevcut olup olmadığına dair bir incelemenin yapılmamış olmasını göz ardı etmiştir.[257] Mahkeme kararında işkence ve kötü muamele iddiası ile birlikte ayrımcılık yasağının etnik köken temelinde ihlal edildiğine dair iddiayı incelemekten kaçınmıştır. Bu yaklaşım açıkça AİHM standartlarına aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi tarafından kadının evlenmeden önceki soyadı ile ilgili kararları[258] da AİHM standartlarının gerisinde kalmıştır.[259] Mahkeme,

255 AİHM, *Secic v. Croatia*, Appl. No. 40116/02, 31.05.2007, para 67.

256 AYM, *Deniz Yazıcı Kararı*, B. No. 2013/6359, 10.12.2014.

257 Başvuruya konu olayda işkenc eve kötü muamele yasağını ihlalden sorumlu olan kamu görevlilerinin kullandıkları "…demek Diyarbakırlısın, adında Deniz. Sen üniversitede az dayak yedin herhalde, doktor oldun da bir şey mi oldun" şeklindeki ifadeler kararda dikkate alınmamıştır.

258 AYM, *Sevim Akat Eşki Kararı*, B. No. 2013/2187, 19.12.2013; *Gülsim Genç Kararı*, B. No. 2013/4439, 06.03.2014.

259 Belirtmek gerekir ki, Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'ya uygun

AİHM benzer durumu cinsiyet ayrımcılığı olarak kabul etmesine karşın, *Sevim Akat Ekşi Kararı*'nda, Anayasa'nın 17. maddenin ihlaline ve ihlal iddiasının mahiyeti gereği yalnızca 17. maddeden inceleme yapılmasına karar vermiş, *Gülsim Genç Kararı*'nda ise Anayasa'nın 17. maddesinin ihlaline karar verilmiş ve Anayasa'nın 10. maddesi bağlamında ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Bu tutum AİHM standartları ile bariz bir farklılığa işaret etmektedir. Mahkeme'nin aynı bölümü tarafından farklı heyetlerle de olsa yaklaşık üç ay ara ile verilmiş iki karar arasında bu derece farklı bir yaklaşımın benimsenmiş olması özellikle dikkat çekicidir.

Anayasa Mahkemesi tarafından hâlihazırda ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair verilen ilk ve tek karar olan *Tuğba Arslan Kararı* açısından da bir standart farklılığının ortaya çıktığını belirtmek gerekir.[260] AİHM, kamu hizmetine girme veya işe alınma şeklinde bir hakkın AİHS'de yer almadığını ancak işten çıkarılmanın bir ihlale yol açabileceğini kabul etmektedir. Bir kişi yalnızca örneğin cinsiyeti nedeniyle görevden alınırsa veya işten çıkarılırsa bu durum kişinin kimliği, kendine saygısı ve sonuç olarak özel hayatı ile ilgili bir konu olarak kabul edilmektedir ve Sözleşme'nin 8. maddesi ile birlikte 14. madde açsından bir incelemeye konu olabilmektedir.[261] Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi başörtülü olduğu için duruşmalara girmesine izin verilmeyen bir kadın avukatın başvurusunda çalışma hakkının Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olmakla beraber, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına girmediği gerekçesiyle inceleme konusu yapmamıştır.[262] Kararda din ve vicdan özgürlüğünün ve ayrıca bu özgürlükle birlikte ayrımcılık yasağının da ihlaline hükmedildiği için dikkat çekmemekle birlikte, çalışma yaşamına dair konuların bu şekilde bireysel başvuruya konu olması mümkün olmayan bir hak olarak kabulü AİHM standartlarının oldukça gerisine düşülmesi tehlikesini beraberinde getirmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin özel yaşama, aile yaşamına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkının kapsamını AİHM gibi

olduğuna dair 2009 yılında verilen (2009/85 E, 2011/49 K.,10.03.2011) kararda maddenin Anayasa'ya uygun olduğu yönünde oy kullanan 9 yargıçtan 5'i bir önceki dipnotta belirtilen kararlarda bu kez Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği yönünde oy kullanmışlardır. Bu durum söz konusu yasal düzenlemenin bir kez daha Anayasa Mahkemesi önüne geldiği takdirde bu kez iptal edilmesinin daha yüksek bir olasılık olduğuna işaret etmektedir.

260 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014

261 AİHM, *Emel Boyraz v. Turkey*, Appl. No. 61960/08, 02.12.2014.

262 AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para 34.

geniş yorumlaması ile doğrudan bireysel başvuruya konu olamayan birçok konu ayrımcılık yasağı bağlamında bireysel başvuruya konu olabilecek ve AİHM ile bir uyum yakalanması mümkün olabilecektir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

Anne F. Bayefsky, *Defining Equality Rights*, Equality Rights and The Canadian Charter of Rights and Freedoms, Anne F. Bayefsky, Mary Eberts (Eds.), Carswell, Toronto, Calgary, Vancouver, 1985

Anne F. Bayefsky, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, Human Rights Law Journal, Vol. 11, No. 1-2, 1990

B. G. Ramcharan, *Equality and Nondiscrimination*, the International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights, Henkin, Louis (Ed.), Columbia University Press, New York, 1981

Bahadır Kılınç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yay., Cilt 25, Ankara, 2008

Bertil Emrah Oder, *Anayasa'da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası*, Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar, Bertil Emrah Oder; Deniz Yükseker; Fatoş Gökşen; Hülya Durudoğan (Derleyenler), Koç Üniversitesi Yay., İstanbul, 2010

Bertil Emrah Oder, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Beta Yay., İstanbul, 2010

Brita Sundberg Weitman, *Legal Tests for Applying the ECHR in Adjucating on Alleged Discrimination*, Nordisk Tidsskrift for International Ret, Vol. 49, No. 1-2, 1980

Bülent Serim, *Yasa Önünde Eşitlik İlkesi*, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 27, Sayı 3, TODAİE, Ankara, 1994

Bülent Tanör, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yay., İstanbul, 1978

Bülent Tanör; Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yay., İstanbul, 2006

Christa Tobler, Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under the EC Law, Intersentia, Antwerp, Oxford, 2005

Christa Tobler, *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Luxemburg, 2008

Christian Rumpf, *Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği*, Anayasa Yargısı, Cilt 10, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1993

D. J. Harris; M. O'Boyle; E. P. Bates; C. M. Buckley, Harris, O'Boyle Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2014

Ece Göztepe, *Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 95, Ankara, 2011

Evert Albert Alkema, *The Third Party Applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights*, Protecting Human Rights: The European Dimension, Studies in honour of Gerard J. Wiarda, Carl Heymans Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988

Fazıl Sağlam, *Anayasa Şikayeti: Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar*, Demokratik Anayasa, Ece Göztepe; Aykut Çelebi (Hazırlayanlar), Metis Yay., İstanbul, 2012

Fazıl Sağlam, *Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları*, Anayasa Yargısı İncelemeleri-1, Mehmet Turhan; Hikmet Tülen (Editörler), Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 2006

Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., Ankara, 1982

Frédéric Edel, The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010

Janneke Gerards, *The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights*, The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe, Jan Niessen; Isabelle Chopin (Eds), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2004

Karl Josef Partsch, *Discrimination*, The European System for the Protection of Human Rights, R. St. J. Macdonald; F. Matscher; H. Petzold (Eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Dorderecht, Boston, London, 1993

Karl Josef Partsch, *Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination*, The International Dimensions of Human Rights, Karel Vasak (Ed.), Vol. 1, UNESCO, Greenwood Press, Connecticut, 1982

Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011

Luzius Wildhaber, *Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights: A Second-Class Guarantee?*, Baltic Yearbook of International Law, Vol. 2, Kluwer Law International, The Hague, 2002

Manfred Nowak, UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, N.P. Engel, Kehl am Rhein, 2005

Marc-André Eissen, *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, The European System for the Protection of Human Rights,R. St. J. Macdonald; F. Matscher; H. Petzold (Eds), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, 1993

Mark Bell, "Direct Discrimination", *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Dagmar Schiek, Lisa Waddington, Mark Bell (Eds), Hart Publishing, Cornwall, 2007

Mark W. Janis; Richard S. Kay; Anthony W. Bradley, European Human Rights Law, Text and Materials, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008

Matthew Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a Perspective on its Development, Clarendon Press, Oxford, 1998

Merih Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yay., Ankara, 2003

Mesut Gülmez, *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik-Metal İş Sendikası Yay., 2010/2, Sayı: 25, İstanbul, 2010

O. Korkut Kanadoğlu, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, Beta Yay., İstanbul, 2000

Oddny Mjöll Arnadottir, Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2003

Oddny Mjöll Arnardottir, *Multidimensional Equality from Within: themes from the European Convention on Human Rights*, European Union Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, Dagmar Schiek;, Victoria Chege (Eds), Routledge-Cavendish, London, New York, 2009

Olivier de Schutter, The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives, European Commission, Luxembourg, 2005

P. Van Dijk, P; G.J.H. Van Hoof; Arjen Van Rijn; Leo Zwaak (Eds.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006

Robert Wintemute, "*Within the Ambit": How Big is the "Gap" in Article 14 European Convention on Human Rights?, Part 1*, European Human Rights Law Review, Sweet and Maxwell, No. 4, 2004

Rory O'Connell, *Cinderella Comes to the Ball: Art 14 and the Right to Non-Discrimination in the ECHR*, Legal Studies, Wiley-Blackwell, Vol. 29, No. 2, Oxford, June 2009

Selin ESEN, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, 2011

Serdar Gülener, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. Maddesi Kapsamında Ayrımcılık Yasağı*, Bireysel Başvuru İncelemeleri 1, Musa Sağlam; Serdar Gülener; Recep Kaplan (Editörler), Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2013

Selim Kaneti, *Anayasa Mahkemesi'nin Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanına Etkileri*, Anayasa Yargısı, Cilt 6, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 1989

Sibel İnceoğlu, *Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2006/4, Sayı 11, İstanbul, 2006

Stephen Livingstone, *Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights*, European Human Rights Law Review, Sweet and Maxwell, No. 1, 1997

Sultan Uzeltürk, *İHAM Kararları Işığında Türkiye'de Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, 2006

Warwick McKean, Equality and Discrimination under International Law, Clarendon Press, Oxford, 1985

Yılmaz Aliefendioğlu, *Eşitlik İlkesi*, Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul, 1999

Yoram Dinstein, *Discrimination and International Law*, Israel Yearbook of Human Rights, Vol. 15, 1985

Yusuf Şevki Hakyemez, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yay., Ankara, 2009

Yutaka Arai-Takahashi, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002

Anayasa Mahkemesi Kararları

İptal Davaları/İtiraz Başvuruları

E. 1963/148, K. 1963/256, 25.10.1963

E. 1969/8, K. 1969/37, 19.06.1969

E. 1980/29, K. 1981/22, 21.05.1981

E. 1981/13, K. 1983/8, 28.04.1983

E. 1986/11, K. 1986/26, 04.11.1986

E. 1986/12, K. 1987/4, 11.02.1987

E. 1987/3, K. 1987/13, 22.05.1987

E. 1987/16, K. 1988/8, 19.04.1988

E. 1988/4, K. 1989/3, 12.01.1989

E. 1988/14, K. 1988/18, 14.06.1988

E. 1990/30, K. 1990/31, 29.11.1990

E. 1991/18, K. 1992/20, 31.03.1992

E. 1996/15, K. 1996/34, 23.09.1996

E. 1997/61, K. 1998/59, 29.09.1998

E. 1998/3, K. 1998/28, 23.06.1998

E. 2000/39, K. 2002/35, 20.03.2002

E. 2001/478, K. 2004/38, 25.03.2004

E. 2002/70, K. 2004/56, 06.05.2004

E. 2004/30, K. 2008/55, 07.02.2008

E. 2005/103, K. 2005/89, 23.11.2005

E. 2005/114, K. 2009/105, 02.07.2009

E. 2006/156, K. 2008/125, 19.06.2008

E. 2006/159, K. 2010/47, 24.03.2010

E. 2006/166, K. 2009/113, 23.07.2009

E. 2008/17, K. 2010/44, 25.02.2010

E. 2008/42, K. 2008/167, 20.11.2008

E. 2008/57, K. 2010/56, 04.02.2010

E. 2009/11, K. 2011/93, 09.06.2011

E. 2009/47, K. 2011/51, 17.03.2011

E. 2009/57, K. 2011/33, 03.02.2011

E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011

E. 2009/86, K. 2011/70, 28.04.2011

E. 2009/93, K. 2011/73, 28.04.2011

E. 2010/30, K. 2012/7, 19.01.2012

E. 2010/119, K. 2011/165, 08.12.2011

E. 2012/80, K. 2013/16, 23.01.2013

Bireysel Başvurular

Adnan Oktar Kararı (No.2), B. No. 2013/514, 02.10.2013

Adnan Oktar Kararı (No.3), B. No. 2013/1123, 02.10.2013

Ahmet Şanci Kararı, B. No. 2012/29, 05.11.2014

Ahmet Teyit Keşli Kararı, B. No. 2013/2237, 18.09.2014

Ali Osman Bayrak Kararı, B. No. 2013/2929, 18.09.2014

Arif Güneş Kararı, B. No. 2012/837, 05.03.2013

Ayşe Hülya Potur Kararı, B. No. 2013/8479, 06.02.2014

Aziz Turhan Kararı, B. No. 2012/1269, 08.05.2014

Bayram Şahin Kararı, B. No. 2013/463, 16.05.2013

Cahit Tekin Kararı, B. No. 2013/2744, 16.07.2014

Cemalettin Metin Kararı, B. No. 2013/776, 20.03.2014

Cevriye Keçeciler Kararı, B. No. 2014/2803, 08.09.2014

Deniz Yazıcı Kararı, B. No. 2013/6359, 10.12.2014

Devrim Evin Kararı, B. No. 2013/2069, 20.02.2014

Faysal Sarıyıldız, B. No. 2014/9, 03.01.2014

Feryat Aytimur Kararı, B. No. 2014/658, 30.12.2014

Fikri Erdoğan ve Diğerleri Kararı, B. No. 2013/9032, 05.11.2014

Gaziler Enerji ve Tic. A.Ş. Kararı, B. No. 2013/1660, 15.10.2014

Göksel Korkmaz Kararı, B. No. 2012/869, 16.04.2013

Gülser Yıldırım Kararı, B. No. 2013/9894, 02.01.2014

Gülsim Genç Kararı, B. No. 2013/4439, 06.03.2014

Hasan Kara Kararı, B. No. 2013/3170, 18.09.2014

HSH Nordbank AG Kararı, B. No. 2013/6924, 18.06.2014

Hilal Özkök Kararı, B. No. 2013/2420, 14.01.2014

Hüseyin Sezen Başvurusu, B. No. 2013/1793, 18.09.2014

İbrahim Ayhan Kararı, B. No. 2013/9895, 02.01.2014

İbrahim Uysal Kararı, B. No. 2014/1711, 23.07.2014

İhsan Asutay Kararı, B. No. 2012/606, 20.02.2014

İlhan Cihaner Kararı, B. No. 2013/1254, 19.11.2014

Kadir Can Kararı, B. No. 2013/7527, 17.11.2014

Kamil Çakır Kararı, B. No. 2013/997, 15.10.2014

Kazım Albayrak Kararı, B. No. 2014/3836, 17.09.2014

Kemal Aktaş ve Selma Irmak Kararı, B. No. 2014/85, 03.01.2014

Laden Elbezyan Kararı, B. No. 2013/4551, 10.12.2014

M. Ş. B. Kararı, B. No. 2013/2202, 20.11.2014

Mahmut Tanal Kararı, B. No. 2014/11438, 23.07.2014

Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya Kararı, B. No. 2013/1280, 28.05.2014

Mehmet Reşit Aslan ve Diğerleri Kararı, B. No. 2013/583, 10.12.2014

Mesude Yaşar Kararı, B. No. 2013/2738, 16.07.2014

Mesut Değer Kararı, B. No. 2013/7541, 18.06.2014

Mithat Bakikuşağı Kararı, B. No. 2013/4682, 17.09.2014

Murat Tuncil Kararı, B. No. 2013/7759, 23.07.2014

Münis Düşenkalkar Kararı, B. No. 2013/1244, 17.07.2014

Necmettin Doğru Kararı, B. No. 2013/1337, 16.05.2013

Nejdet Atalay Kararı, B. No. 2014/184, 16.07.2014

Onur Gür Kararı, B. No. 2012/828, 21.11.2013

Onurhan Solmaz Kararı, B. No. 2012/1049, 26.03.2013

Osman Geçer Kararı, B. No. 2013/1326, 17.07.2014

Sadıka Şeker Kararı, B. No. 2013/1948, 23.01.2014

Savaş Çetinkaya Kararı, B. No. 2012/1303, 21.11.2013

Sebahat Tuncel Kararı (No. 1), B. No. 2012/1051, 20.02.2014

Set Makina Ticaret Ltd. Şti. Kararı, B. No. 2013/816, 06.02.2014

Sevgi Bingöm Zengin Kararı, B. No. 2013/6363, 16.10.2014

Sevim Akat Eşki Kararı, B. No. 2013/2187, 19.12.2013

Süleyman Çetin Kararı, B. No. 2012/883, 05.03.2013

Ş. Ç. Kararı, B. No. 2012/1061, 21.11.2013

Şahin Karaman Kararı, B. No. 2012/1205, 08.05.2014

Şengül Kayan Kararı, B. No. 2013/1614, 03.04.2014

Tahsin Erdoğan Kararı, B. No. 2012/1246, 06.02.2014

Teoman Yeğenoğlu Kararı, B. No. 2013/5338, 17.07.2014

Tuğba Arslan Kararı, B. No. 2014/256, 25.06.2014

Ülkü Özgür Kararı, B. No. 2013/2263, 26.06.2014

Vedat Benli Kararı, B. No. 2013/307, 16.05.2013

Vesim Parlak Kararı, B. No. 2012/1034, 20.03.2014

Yasemin Ekşi Kararı, B. No. 2013/5486, 04.12.2013

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi Kararları

97 members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others v. Georgia, Appl. No. 71156/01, 03.05.2007

A.D.Tv. the United Kingdom, Appl. No. 35765/97, 31.07.2000

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, Appl. No. 9214/80, 25.05.1985

Airey v. Ireland, Appl. No. 6289/73, Karar tarihi, 09.10.1979

Aksu v. Turkey, Appl. No. 4149/04, 41029/04, 27.07.2010

Aziz v. Cyprus, Appl. No. 69949/01, 22.06.2004

Beian v. Romania (No. 1), Appl. No. 30658/05, 06.12.2007

Bigaeva v. Grece, Appl. No. 26713/05, 28.05.2009

Burghartz v. Switzerland, Appl. No. 16213/90, 22.02.1994

Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in

Education in Belgium"v. Belgium, Appl. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968

Chassagnou and Others, v. France (Grand Chamber), Appl. No. 25088/94, 28331/95, 28443/95, 29.04.1999

Costello-Roberts v. the United Kingdom, Appl. No. 13134/87 25.03.1993

*D. H. and Others v. the Czech Republic (*Grand Chamber*)*, Appl. No. 57325/00, 13.11.2007

Danilenkov and Others v. Russia, Appl. No. 67336/01, 30.07.2009

Darby v. Sweden, Appl. No. 11581/75, 23.10.1990

Dudgeon v. the United Kingdom, Appl. No. 7526/76, 22.10.1981

E.B. v. France (Grand Chamber), Appl. No. 43546/02, 22.01.2008

Efe v. Austria, Appl. No. 9134/06, 08.01.2013

Emel Boyraz v. Turkey, Appl. No. 61960/08, 02.12.2014

Engel and Others v. the Netherlands, Appl. No. 5100/71, 08.06.1976

Fredin v. Sweden (No. 1), Appl. No. 12033/86, 18.02.1991

Frette v. France, Appl. No. 36515/97, 26.02.2002

Gaygusuz v. Austria, Appl. No. 17371/90, 16.09.1996

Genovese v. Malta, Appl. No. 53124/09, 11.10.2011

Gillow v. the United Kingdom, Appl. No. 9063/80, 24.11.1986

Graziani-Weiss v. Austria, Appl. No. 31950/06

Grandrath v. Germany (Commission), Appl. No. 2299/64, 12.12.1966

Hoffmann v. Austria, Appl. No. 12875/87, 23.06.1993

James and Others v. the United Kingdom, Appl. No. 8793/79, 21.02.1986

Jersild v. Denmark, Appl. No. 15890/89, 23.09.1994

Inze v. Austria, Appl. No. 8695/79, 28.10.1987

Karlheinz Schmidt v. Germany, Appl. No. 13580/88, 18.7.1994

Karner v. Austria, Appl. No. 40016/98, 24.07.2003

Koua Poirrez v. France, Appl. No. 40892/98, 30.09.2003

Kozak v. Poland, Appl. No. 13102/02, 02.03.2010

L and V. Austria, Appl. No. 39392/98, 09.01.2003

Lithgow and Others v. the United Kingdom, Appl. No. 9006/80, 08.07.1986

Luczak v. Poland, Appl. No. 77782/01, 27.11.2007

Lustig-Praen and Beckett v. the United Kingdom, Appl. No. 31217/96, 32377/96, 27.09.1999

Marckx v. Belgium, Appl. No. 6833/74, 13.06.1979

Mazurek v. France, Appl. No. 34406/97, 01.02.2000

Nachova and Others v. Bulgaria(Grand Chamber), Appl. No. 43577/98, 06.07.2005

National Union of Belgian Police v. Belgium, Appl. No. 4464/70, 27.10.1975

Orsus and Others v. Croatia (Grand Chamber), Appl. No. 15766/03, 16.03.2010

Paulik v. Slovakia, Appl. No. 10699/05, 10.10.2006

Petrov v. Bulgaria, Appl. No. 15197/02, 22.05.2008

Petrovic v. Austria, Appl. No. 20458/92, 27.03.1998

Pine Valley Developments LTD and Others v. Ireland, Appl. No. 12742/87, 29.11.1991

Pla and Puncernau v. Andorra, Appl. No. 69498/01, 13.07.2004

Pretty v. the United Kingdom, Appl. No. 2346/02, 29.04.2002

Rainys and Gasparavicius v. Lithuania, Appl. No. 70665/01, 74345/01, 07.04.2005

Rangelov v. Germany, Appl. No. 5123/07, 22.03.2012

Rasmussen v. Denmark, Appl. No. 8777/79, 28.11.1984

S. L. v. Austria, Appl. No. 45330/99, 09.01.2003

Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, Appl. No. 33290/96, 21.12.1999

Savez Crkava "Rijec Zivota" and Others v. Croatia, Appl. No. 7798/08, 09.12.2010

Schwizgebel v. Switzerland, Appl. No. 25762/07, 10.06.2010

Secic v. Croatia, Appl. No. 40116/02, 31.05.2007

Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina(Grand Chamber), Appl. No. 27996/06, 34836/06, 22.12.2009

Sidabras and Dziautas v. Lithuania, Appl. No. 55480/00, 59330/00, 27.07.2004

Smith and Grady v. the United Kingdom, Appl. No. 33985/96, 27.09.1999

Sommerfeld v. Germany, Appl. No. 31871/96, 08.07.2003

Stec and Others v. the United Kingdom (Grand Chamber), Appl. No. 65731/01, 65900/01, 12.04.2006

Storck v. Germany, Appl. No. 61603/00, 16.06.2005

Stubbings and Others v. the United Kingdom, Appl. No. 22083/93, 22095/93, 22.10.1996

Thlimmenos v. Greece (Grand Chamber), Appl. No. 34369/97, 06.04.2000

Timishev v. Russia, Appl. No. 55762/00, 13.12.2005

Wagner and J. M. W. L. v. Luxembourg, Appl. No. 76240/01, 28.06.2007

X and Y v. The Netherlands, Appl. No. 8978/80, 26.03.1985

Zarb Adami v. Malta, Appl. No. 17209/02, 20.06.2006

İKİNCİ OTURUM: Soru - Cevap

Prof. Dr. Mehmet Turhan (Oturum Başkanı - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Hemen şunu belirteyim, sayın meslektaşlarımın sözünü kesmek istemem, ama 20 dakika diye bir süre konduğu için ister istemez müdahalede bulunuyorum. Rahatsız ediyoruz, ama ne yapayım böyle, sabah on buçuktan beri herkes burada oturuyor, dinlemek de zor, o nedenle mecburen bunu yapıyorum.

Şimdi bir nokta söyleyeceğim. Gerçekten bu kuruluş yıl dönümü nedeniyle yapılan sempozyumlar daha sonra kitap olarak da çıkıyor ve anayasa hukukumuzun önemli bir kaynağı oluyor bence, hepimiz de yararlanıyoruz. Bu tebliğler büyük ölçüde hepsi hemen hemen yayınlanacak, zaten orada da okunacaktır. Yalnız Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıl dönümü nedeniyle yapılan toplantılarda hep dışardan gelen öğretim üyeleri tebliğ sunuyor. Yıllardır ben hep şunu merak etmişimdir. Neden Anayasa Mahkemesi üyeleri veya Anayasa Mahkemesi raportörleri bu konuda tebliğ sunmaz. Daha karışık bir kompozisyon olsa daha iyi olmaz mı? Burada öğretim üyeleri konuşuyor, üyeler çok fazla sessiz bir şekilde dinliyor, hatta soru da pek sormuyorlar, belki içlerinden gülüyorlardır. Karşılıklı bir iletişim olsa daha iyi olmaz mı diye düşünüyorum, bu benim tabi ki şahsi fikrim.

Şimdi 20 dakikalık soru cevap bölümüne geçiyoruz. Yine ricam, isteğim 20 dakika ile sınırlı kalalım, çok fazla uzatmayalım çünkü çok geç oldu. Söz almak isteyenler, soru sormak isteyenler, kendilerini de tanıtırsa sevinirim. Kime soruyu yönelttiğinizi de söylerseniz memnun olurum.

Soru (Bülent Altınsoy - Anayasa Mahkemesi Raportör Yardımcısı): Kerem Hocama ve Mehmet Maden Hocama sorularım olacaktı. Kerem Hocama şunu sormak isterim: Yaşama hakkı ile işkence yasağında başvurucunun iddialarını kanıtlama yükümlülüğü ile Anayasa Mahkemesinin bilgi ve belge toplama yetkisi arasındaki denge, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu haklara bakış açısı da dikkate alındığında nasıl kurulmalıdır? Mehmet Maden Hocama da şunu sormak isterim: Bireysel başvurunun ikinciliği ilkesi gereği başvurucunun ihlal iddialarını öncelikle kanun yollarında ileri sürmesi

gerekmektedir. Ancak hukuka aykırı delil konusunda Yargıtayca resen bir inceleme yapılmaktadır. Başvurucunun hukuka aykırı delil iddiasını temyiz dilekçesinde ileri sürmeyip bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine taşımasının başvuru yollarının tüketilmesine etkisi nasıl olmalıdır. Çok teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Mehmet Turhan (Oturum Başkanı - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Ben de çok teşekkür ediyorum. Yine aynı sırayla devam edelim, buyurun.

Cevap (Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak - Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi): Tabi bütün yaşama hakkı ihlali iddialarında aynı standardı uygulamak mümkün değil biliyorsunuz. Makul şüpheye yer bırakmama ölçütünü uygulamakla birlikte, bunu esnetiyor. En fazla esnettiği vakıa da *Akkum/Türkiye* davasıdır. Orada tıpkı gözaltına alınan bir kişinin sağlam girdikten sonra herhangi bir sağlık problemi ile çıkarsa ispat yükünün devlete yüklenmesi gibi, yapılan bir operasyonda o operasyonun dışında hareket etme imkânı kimsenin olmadığı için, ispat yükünün başvurucuda değil devlette olduğunu söylemişti. Ama Ulaş'ın değindiği bir husus tabi orada çekişmeli bir yargı var, taraflar bir şeyi iddia ediyorlar, karşı tarafta bunun aksini savunuyor. Ancak yaşam hakkı davalarında eğer kişi bir şekilde kendisi bunu delillendirme imkanına sahip değilse göz altında ölüm gibi veya *Akkum/Türkiye* kararındaki bir operasyon içerisinde ölüm gibi burada bu konudaki belgeyi toplamıyorsa o karineyi aynen işletme yükümlülüğünün Anayasa Mahkemesi açısından geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Ama delillerin başvurucu tarafından temin edilmesinin mümkün olduğu vakıalarda bunun aynı şekilde uygulanması söz konusu olmayacaktır. Onun için bu ispat meselesini ve Anayasa Mahkemesinin yükümlülüğünü ölümün gerçekleşme durumu ve onunla ilgili delili elde edebilme imkânını başvurucu açısından ayrı ayrı değerlendirmek lazım. İlk kategori de başvurucunun ispat yükünü aramak etkili bir başvuru yolunu ortadan kaldırır, ama ikinci durumda kendisi o delili sağlamak durumundadır diye düşünüyorum.

Cevap (Yrd. Doç. Dr. Mehmet Maden - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Teşekkür ederim, sorunuz için. Şimdi orada yine söylediğim prensiplerden ayrılmamak yolunu tercih etmek lazım. Bir kere şunu söylememek lazım, kişi kanun yolunda bunu dile getirmediği için artık fırsatı kaybetti demek mümkün değil. Dolayısıyla orada Yargıtay'ın da bu

incelemeye girmiş olup olmadığına bakmaksızın mahkeme yargılamayı bir bütün olarak etkileyen bir husus varsa, bu delil hukuka aykırı ise incelemeye girmesi gerekir, kişiden şunu bekleyemeyiz. Yargıtay da senin bunu dile getirmen lazımdı, fırsatı kaçırdın demek çok hakkaniyetli olmaz diye düşünüyorum. Yargıtay resen bakma yükümlülüğünü atlamış olsa dahi bu dediğim genel prensip çerçevesinde yani sonucu etkileyen esaslı bir delil ise bakılması gerekir. Teşekkürler.

Prof. Dr. Mehmet Turhan (Oturum Başkanı - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Buyurun. Evet.

Ali Rıza Çoban (Anayasa Mahkemesi Raportörü): Benimki sorudan ziyade Bülent Hocanın sunumu ile ilgili bir iki noktada fikrimi söylemek istiyorum. Birinci mesele temyiz aşamasında geçen tutukluluk süresinin 19. madde açısından dikkate alınıp alınmayacağı meselesi. Burada tabiki bizim Ceza Muhakemesi Kanunumuz açısından bakıldığında sanıklık statüsünün karar kesinleşinceye kadar devam ettiğinde şüphe yok. Dolayısıyla temyiz aşamasında geçen sürelerin de tututkluluk süresi olarak hem 19/7 hem 19/3 anlamında dikkate alınması gerektiği düşünülebilir. Ama burada Anayasa Mahkemesinin kararına dayanak oluşturan şey bir mahkeme kararına dayalı tutma ibaresinin 19. maddede de yer alıyor olması. Bunun aslında temel arka planında yargılama pratikleri dolayısıyla bu şekilde verilecek bir kararın sosyal sonuçlarının ne olacağı meselesi olduğunu düşünüyorum. Türkiye'de bir ceza muhakemesi, temyiz ile birlikte düşünüldüğünde özellikle ağır cezalık suçlarda 5-6 yıldan önce kesinleşmiyor, hiçbir şekilde kesinleşmiyor. Hele bir bozma var ise bu süre çok daha fazla uzuyor. Çok ağır suçların işlendiği ceza muhakemesi açısından düşündüğünüzde o süreleri de dikkate aldığınızda burada her halükarda 19. maddenin 7. fıkrasının ya da 3. fıkrasının duruma göre ihlal edildiğinde karar vermek gerekiyor. Yargılama pratiklerini çok kısa sürede değiştiremediğimiz ve ceza muhakemesinde kararları bir kaç yıl içerisinde kesinleştiremediğimiz sürece bu yönde verilecek bir kararın sosyal sonuçlarının ne olacağını dikkate almak kaçınılmaz gibi gözüküyor. Elbette kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını da burada dikkate almak gerekiyor. Ama madalyonun öbür tarafını da göz önünde tutmak kaçınılmaz gibi gözüküyor.

Diğer husus ise, formül gerekçelerle tutuklama kararının acaba keyfilik bağlamında incelenip incelenemeyeceği, bunu ikiye ayırarak incelemek gerekir sanki. Birincisi, ilk tutuklama kararında formül gerekçe var mı yok mu buna

bakmak gerekir. Eğer ilk tutuklama kararı tamamen formül gerekçe üzerinde ise bunun keyfilik üzerinden incelenmesi bir yönde kaçınılmaz, aslında oradan incelemek gerekir. Burada Sözleşme ile Anayasanın 19. maddesi arasında da bir farklılık var. Sözleşme bağlamında tutukluluk için makul şüphe yeterli iken 19. madde bağlamında tutuklama nedenlerinin bulunması gerekiyor. Dolayısıyla mahkemelerin karar verirken 19. madde bağlamında mutlaka tutuklama nedenlerini de açıklamak gerekir. Eğer ilk tutukluluk kararında bu nedenleri açıklamamışlarsa bence keyfilik üzerinden bir inceleme yapılmasında bir engel yok hatta oradan yapılmalı ama daha sonraki yani ilk tutukluluk kararında bunlar var ama uzatma kararlarında formül gerekçeler var ise o zaman bunun tutuklamanın süresinin makullüğünden yani 19/7'den incelemek daha uygun olduğu söylenebilir gözüküyor. Teşekkürler.

Prof. Dr. Mehmet Turhan (Oturum Başkanı - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Evet Ali Rıza Hoca teşekkürler, herhalde bir şey var mı söylemek istediğiniz, o zaman yeni bir soru, evet Osman Hoca buyurun. Mümkünse yorumları biraz kısa tutarsak.

Soru (Prof. Dr. Osman Doğru - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Deniz YAZICI kararı ile ilgili olarak, şimdi burada iki tane problem ön plana çıkıyor. Bir tanesi acaba Anayasa Mahkemesi soruşturma yükümlülüğü ile ilgili olarak bütün o soruşturma ilkeleri ile ilgili bir tarama yapıp kendisinin gözlemlediği bir durumu da aykırılık olarak veya ihlal olarak nitelendirebilir mi? Örneğin, soruşturma hemen başlamış mı, hemen başlamamış ise bu bir ihlal olabilir. Anayasa Mahkemesi diyor ki o kararda başvurucu şikâyette bulunmuş, on gün sonra savcı soruşturmayı başlatmış, şimdi resen veya hemen soruşturmanın başlamasının ilkesine aykırı gibi görmüyor. Özellikle Mahkeme bütün ilkelerden şöyle bir tarama yapıp acaba bakmalı mı sorusuna bir yanıt verebilirseniz sevinirim. İkincisi, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kararının verilmiş olmasını, Deniz YAZICI kararında mahkeme bir ihlal olarak gördü. Cezanın orantısızlığı nedeniyle ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yol açan şey derece mahkemelerinin suça ilişkin yaptıkları nitelendirme idi, yetkinin kullanılmasına ilişkin sınırın aşılmasına dayanmışlardı. Bu suça verilebilecek olan cezanın miktarı da az olduğu için hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebildi. Bu olay eğer işkence suçu kapsamında değerlendirilmiş olsa idi bu mümkün değildi. Burada ikinci soru geliyor, acaba Anayasa Mahkemesi suçun nitelendirilmesine ne kadar müdahale edebilir.

Prof. Dr. Mehmet Turhan (Oturum Başkanı - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Buyurun.

Cevap (Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak - Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi): Aslında zaten ben buna değinmeye çalıştım hocam. İşkenceyi Anayasa ve uluslararası hukuk düzeyinde tespit ederseniz ve bu tespitiniz ceza mahkemesinde derece mahkemesinin işkence saptaması yapmaması ile çelişiyorsa bunun doğal sonucu aslında işkencenin yanlış nitelendirildiğidir. Yani Anayasa Mahkemesi diyor ki Ceza Kanunu'ndaki işkence türevi suçlarla Anayasa'da sayılan aynı şey değil, ben başka bir şey yapacağım. Ama işkence suçu söz konusu olduğunda standardımız şu: işkence sözleşmesi diyor ki işkence varsa onu işkence olarak tanımlayacaksın onu işkence olarak cezalandıracaksın, şimdi bunun tanımında da uluslararası alandaki tanımla ceza hukukundaki tanım arasında çok büyük bir fark yok. Bu nedenle ben aynı saptamayı yapmıştım zaten, o davada işkence olarak tanımlanması için çok uygun bir durum var. Direnç gösterilmemiş direnç gösterilse idi orantısız güç kullanmış olabilirdi. Direncin olmadığı yerde yetki olmayacağı için keyfi olarak kullanılan kuvvet Ceza Kanunundaki tanımda onu gerektiriyor, o şekilde uygulanması gerekirdi.

Diğer noktaya gelince hepsini söyleyemedim ama benim de aklıma şu geldi. Mesela Ağrı'daki bu işkence bulunan vakıada jandarma üstüne üstlük de işkence yaptığı iddia edilen jandarma hapishaneden alıp doktor kontrolüne götürüyor. Şimdi çok açık ve net İstanbul Protokolünün ihlal edildiği bir durumdur. Çünkü İstanbul Protokolü kimin bu muayene için götürebileceğini yazmış, bunun açıkça tespit edilmesi ve ihlal bulunması gerekirdi. Bu gibi durumlar teknik bir problem gibi gözüküyor ama şu konuyu açıkta bırakmış oluyorsunuz, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yaptırımı hangi 17. madde ihlalleri için kabul edilemez. İşkence için mi, her üç kademe için mi, işkence ve eziyet için mi, gibi bir soru aklımıza geliyor, bunun açıklığa kavuşturulması bu aradaki farkların da doğru tespit edilmesi ile ilişkilendirilebilir. Tabi etkili soruşturma meselesinde hani bir de ona bakması gerekir miydi?

Başka örneklerde biliyoruz. Anayasa Mahkemesi bazen bir ihlali tespit ettiği zaman öbürüne girmeyi gerek görmediğini söylüyor. Ben kendi başvurumdan söyleyeceğim ama biz seçme ve seçilme hakkının da ihlal edildiğini twitter davasında söylemiştik. İfade özgürlüğü ihlali bulunduktan

sonra şu da denmedi: Ona gerek yok da denmedi. Bence gerek vardı. Ama sanıyorum bir olayda bu tür birden fazla ihlal varsa, özellikle işkence ile ilgili ister maddi bölümüne ilişkin olsun ister usul bölümüne ilişkin olsun, bunlar yol gösterici nitelikte olduğu için sadece bir kısmının ihlalinin değil, sizin söylediğiniz gibi, diğer ilkelere aykırılık varsa onların da ayrı ayrı tespit edilmesinde fayda var.

Prof. Dr. Mehmet Turhan (Oturum Başkanı - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Evet, Tolga Şirin galiba söz almak istedi.

Soru (Dr. Tolga Şirin - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Teşekkür ediyorum, ben iki soru soracağım, biri Kerem Hocama. Bu Doğubeyazıt tel hırsızları vakıasında bir tespit var biliyorsunuz, bir işkence yapıldığı konusunda tespit var, kişi de belli. Burada böyle bir tespit olmasına rağmen vakıada zamanaşımından dolayı dosyanın düştüğünü biliyoruz. Bu bir cezasızlık sorunu biliyorsunuz. Acaba Anayasa Mahkemesi Yasasında ihlal tespitinden sonra geriye hükmedilir gibi bir nokta var. Acaba mahkeme bu cezasızlık sorununu çözmek için bir içtihadi girişim yapabilir mi? Özellikle Sözleşme anlamında 2 ve 3. maddelerle ilgili olarak, birinci sorum bu.

İkinci sorum da Ulaş Karan'a olacaktır. Aslında böyle bir not düşerek de üzerine beraber düşünelim diye söylüyorum. Yakın zaman önce İnsan Hakları Mahkemesinin bir kararındaki karşı oy yazısında bir yargıç şöyle bir şey söyledi: Etnik temelli ayrımcılık iddiası vardı, ırk temelli veya etnik temelli ayrımcılık iddiası incelenmiş ve şöyle bir şey söyledi. Yaklaşık yarım asırlık Strazburg pratiğine baktığımız zaman bu konuda etkili bir ihlal yığılması söz konusu değil. Karşı oyda bundan dolayı üç soru sorabiliriz diyor. Diyor ki bir Avrupa ırksal ayrımcılıktan tamamen arındırılmış bir bölge olabilir, yani madem böyle bir ırksal ayrımcılık kararı yok. İkincisi ırksal ayrımcılığa uğrayanlar başvuruda bulunmamış olabilirler. Üçüncü ihtimal ise ayrımcılık yasağı inceleme tekniği, özellikle etnik temelde ayrımcılık konusunda bir sorun içermektedir. Burada üye üçüncü noktaya dikkat çekiyor. Karşı oyda biz bu konuda etkili, yeterli bir teknik kullanamıyoruz demek ki ya da bunun üzerine düşünmeliyiz gibi bir sonuç vardı. Acaba Türkiye'de de bunun gibi bir olasılık var mı? Ya da bu zaten ayrımcılık yasağının dava edilebilirliği sorunu vardı, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru bu sorunu aşabilecek potansiyeli barındırıyor mu? Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Mehmet Turhan (Oturum Başkanı - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Yine aynı konuşma sırasına göre buyurun.

Cevap (Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak - Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi): Şimdi bu bahsettiğiniz vakıa da işkence yapan değil ama rapor vermeyen veya kusurlu rapor verenler açısından bir zaman aşımı meselesi var ve Mahkeme bunu saptıyor. Sadece o kararda değil diğer kararlarında da bu zamanaşımı meselesine doğru bir saptamada yapıyor. Abdülsamet YAMAN kararına yollama yaparak zaman aşımı ve af ve diğer nedenlerle cezasızlığa müsade edilmemesi gerektiğini söylüyor. Ama bunun sonucunun ne olacağını söylemiyor. Şimdi verili kararda verdiğimiz bu zaman aşımı dolduğuna göre o kişinin şahsi sorumluluğunun olamayacağı yönündedir. Çünkü tazminata karar verilmiş ama. Acaba bu Mahkemenin diğer vakıalarda zaman aşımı meselesini daha esnek yorumlayarak, hatta belki AİHM'in içtihadından da faydalanarak, önünü açmayı mümkün kılar mı? Benim bildiğim kadarıyla zaman aşımına uğrayan özellikle 1990'lardan bir kaç tane başvuru var. O zaman aşımına uğramış gelmiş ve onlar tabi işkence değil yaşam hakkı ihlali, kayıp davaları, burada bir kaç opsiyon Mahkemenin önünde var gibi gözüküyor. Kaybın devam eden ihlal olması kayıp meselesinde ölümün kayba başlangıç tarihinde değil ama bittiği tarihte daha doğrusu yani ölüm varsayıldığı tarihte olması ihtimali vardır. Tabi ki kayıp ve benzeri ağır ihlallerin sistematik ve yaygın olması nedeniyle insanlığa karşı suç olması nedeniyle zaman aşımına tabi olmaması gerekir. Elimizdeki vakıa bunu aşmak için iyi bir potansiyel sunmuyordu, dediğim gibi işkencecinin değil ama raporu vermeyenin yargılandığı hüküm düşürüldüğünde. Ama bu potansiyelin ben Mahkemenin önünde olduğunu düşünüyorum. Tabi devam eden davalar ama umarım ki o potansiyel verimli bir şekilde de değerlendirilir.

Prof. Dr. Mehmet Turhan (Oturum Başkanı - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Buyurun.

Cevap (Yrd. Doç. Dr. Ulaş Karan - İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ırk ayrımcılığının ihlaline dair ilk kararını 2004 yılında verdi ve o dönemde de Mahkeme çok eleştirildi. 50 yıl mı beklemeniz gerekiyordu? Avrupa da ırk ayrımcılığı daha önce yok muydu diye? Mahkeme bu konuda hakikaten çekimser yaklaştı. Ama o tarihten sonra da çok hızlı bir süreç yaşandı. Biraz da o dönemde Avrupa

İnsan Hakları Mahkemesini Avrupa Birliği itekledi. Ayrımcılıkla ilgili bayağı ileri düzenlemeler yaptılar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi standartları çok düşük kaldı. Avrupa Birliği standartlarını göre hızlıca yakalama yönünde bir çabaya girdiler. 10 yıl içerisinde de büyük ölçüde yakaladılar. 2015 yılına geldiğimizde, Mahkemenin son kararlarına bakıldığında bu şüpheli temeller dediğimiz konularda güçlü bir koruma sağlarken diğerlerinden biraz vazgeçiyor gibi gözüküyor. Dolayısıyla ayrımcılıkla ilgili kararlarında bir ikili, çifte standart ortaya çıkıyor.

Deniz YAZICI kararı da bu anlamda Anayasa Mahkemesinin *Nachova ve diğerleri/Bulgaristan* kararı olabilirdi. Bir ırkçı şiddetle bağlantılı olarak tabi *Nachova ve diğerleri* davası yaşam hakkı ile ilgiliydi ve özellikle bu şüpheli temeller yapısal ve tarihi ayrımcılık söz konusu olduğunda çok önemlidir. Bunun bir yargı organı tarafından kabul edilmesi de oldukça önemli tabi ki. Bireysel düzlemde o kararın belki bir karşılığı olacak, ama en azından bir gruba yönelik bir ayrımcılığın olageldiği ve bunun hukuken meşru olmadığının kabulü anlamında çok önem taşıyor. Yoksa örneğin bu *Nachova ve diğerleri* davası veya az sonra çıkan dava sonrasında romanların Güneydoğu Avrupa'daki konumu çok fazla ilerlemedi. Hala ırkçı şiddetle karşılaşıyorlar, hala Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ihlal kararı veriyor ama en azından ortaya çıkan şiddetin o gruba yönelik olarak ortaya çıkmasının ayrı bir anlam taşıdığı, yani bir anlamda nefret suçunun İnsan Hakları Hukukunun içerisine girdiği söylenebilir. Ayrımcılıktan herkes etkileniyor, zaten Birleşmiş Milletler raporlarında da denir, dünyada ayrımcılıktan muaf hiçbir ülke yoktur diye.

Hatta Türkiye'nin uluslararası alanda sunduğu raporlarda genellikle istatistikler çok düşük olduğu için ayrımcılık yokmuş gibi bir intiba yaratılıyor ve Birleşmiş Milletler de diyor ki, bu mümkün değil, burada bir problem var. Ya hukuken tanımamışsınız, ya hukuken tanımışsınız ama kişilerin başvuru yollarını engelleyen bir takım nedenler var, ya da ortada başvuru yolu yok. Yani problemin söz konusu üç boyutu da olabilir, çünkü bizde resmi istatistikler çok düşük. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığının geçmişte, şimdi de Türkiye İnsan Hakları Kurumunun topladığı istatistiklerde 100 civarında 150 civarında her sene konu intikal ediyor. Bunların çok az bir kısmı yargıya intikal ediyor. Caydırıcı yaptırımlar uygulanmıyor, çünkü ayrımcılık hep başka bir hakla bağlantılı gündeme geliyor. Örneğin işkence ile bağlantılı olarak gündeme geldiğinde 2 yıl, 3 yıl, 4 yıl çok düşük hapis cezaları hatta

onların da ertelenmesi söz konusu olduğunda caydırıcı yaptırım da yoktur. Dolayısıyla mağdurlar bu yolları çok kullanmak istemiyor. Kullandıklarında ne oluyor gerçekten benim üzerine atladığım ama 6-7 kademeli bir inceleme tekniği var ve Mahkeme herhangi bir aşamada en ufak bir eksiklik bulduğunda ayrımcılık yasağından ihlal vermek istemiyor. Benzer pratik umarım Anayasa Mahkemesinde de çıkmaz, çünkü bazı şeylerin yüksek yargı tarafından kabul edilmesi çok önemlidir. Nefret suçu olarak sınıflandırabileceğimiz birçok olay bu güne kadar Yargıtay'ın önüne geldi. Yargıtay bu kavramı kullanmamayı tercih etti, göz ardı etti. Umarım Anayasa Mahkemesi de etmez, çünkü bireysel başvurudan beklediğimiz şey tek başına somut durum adaleti değil, yani o başvuruya özgü bir adalet değil, daha objektif sonuçlar olmasını bekliyoruz. O yüzden önüne gelen böyle tekil az sayıda olsa da davalarda bir takım konulara girilmesi önemli, burada da çok sıkı bir inceleme tekniği benimsenirse birçok konu ayrımcılık ihlaline yol açmayacaktır.

Aslında Tuğba ARSLAN kararı bir işaret fişeğidir, çünkü burada hem Sözleşme'nin 9. maddesinden ihlal bulundu, ondan sonra incelemeye devam edildi ve Sözleşme anlamında 9 + 14. maddeden yani din ve vicdan özgürlüğünün ayrımcılık temelinde ihlal edildiğine karar verildi. Mahkemenin belki bu yöntemi benimsemesi özellikle bazı konular önüne geldiğinde bence çok önemlidir. Sadece bir maddeden ihlal tespiti değil de incelemeye devam edilmesi ve ayrımcılık yasağından ihlal bulunması, hatta konu doğrudan bir hakkın kapsamında değilse, o hak kapsamında değil, o hakla beraber 14. madde kapsamında tekil bir değerlendirme yapılması, belki burada 9'dan değil, 9 +14'den bir değerlendirme yapılsa idi o bile tek başına çok değerli olurdu. Böyle bir çizginin Türkiye'de tutturulması bence önemli görünüyor, çünkü bölünmüş bir toplum var, gruplar arasında ciddi bir toplumsal gerilim var ve hukuk yoluyla da, hukukun da bu toplumsal gerilimi ortadan kaldırmasına katkı sunması gerektiğini düşünüyorum ben.

Prof. Dr. Mehmet Turhan (Oturum Başkanı - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Şimdi süremizin sonuna geldik, son bir soruya izin vereyim. Tabi Sayın Başkan başta olmak üzere, o her zaman konuşabilir, önce bir arkadaşa söz veriyim, mümkünse Bülent Algan'a soru varsa alalım, hiç soru gelmedi. Peki siz söyleyin, sonra Sayın Başkan bitirsin. Buyurun.

Soru (Gülen Soyaslan - Doktora öğrencisi): Doktora öğrencisiyim ve nispi delil yasağı üzerinde çalışacağım. Amerika'da doktora öğrencisiyim,

orada çalışıyorum ama ben Türkiye'ye de faydası olsun istiyorum yapacağım işin. Bildiğimiz gibi Anayasa'da bariz bir hüküm var, kanuna aykırı elde edilen deliller kesinlikle kullanılamaz şeklinde ve Anayasa'nın aynı zamanda 13. maddesinde orantılılık ilkesi de var, yani ölçülülük ilkesi ama buna rağmen emredici olduğu için uygulanamaz diyor. Benim sorum aslında Hocama ve bir yönden de Anayasa Mahkemesi üyelerine. Bugün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kararları ile ilgili, yani adil yargılanma hakkı kapsamında konuştuk. Şunu soruyorum; Anayasa'nın 90. maddesi eğer Anayasa ile Sözleşme hükümleri çelişirse, Sözleşme hükümleri uygulanır diyor. Bu durumda Sözleşme de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da adil yargılanma hakkı deniyor. Bu durumda adil yargılanma hakkı geniş anlamda algılanıp sadece sanık açısından değil de mağdur ve kamu vicdanı açısından da düşünülerek yargılamanın adil olması açısından ve onun alt ilkesi orantılılık ilkesi çerçevesinde düşünülerek nispi delil yasağı getirilebilir mi? Ben bunu sormak istiyorum.

Prof. Dr. Mehmet Turhan (Oturum Başkanı - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi): O zaman Sayın Başkan'a isterseniz ben söz vereyim. Sayın Başkan isterseniz siz açıklamada bulunabilirsiniz, arkadaşımın sorusuna da en iyi cevabı tahminen siz verirsiniz buyurun.

Soru (Prof. Dr. Zühtü Arslan - Anayasa Mahkemesi Başkanı): Evet teşekkür ederim, öncelikle ben tüm konuşmacılara ve katılımcılara katkılarından dolayı teşekkür ediyorum. Aslında benim sorum da bu konuda olacaktı. Mehmet Beye sormayı düşünüyordum. Belki şöyle formüle etmek lazım bu soruyu: Yanlış anlamadıysam Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargılamaya bir bütün olarak bakmalı yaklaşımını kendileri benimsiyorlar. Yargılamaya bir bütün olarak baktığımızda bir sorun yoksa burada ihlal de yoktur sonucuna ulaşılmalıdır. Yalnız AİHM'in yaklaşımı ile Türkiye'deki anayasal ve yasal çerçevenin zorladığı yaklaşım arasında bir farklılık var gibi geliyor bana. Çünkü kendileri de ifade ettiler, hem Anayasa hem de bu konudaki usul yasaları, hem CMK hem HMK, açıkça mutlak bir dil kullanıyor. Dolayısıyla bu mutlak dil karşısında nasıl bir yorum yaparak biz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin benimsediği yaklaşımı benimseyebiliriz diyebiliyoruz? Bunu nasıl aşıyoruz, benim sorum budur. Bu çerçevede bizim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine atıf yapmamız veya o yaklaşımı benimsemiz şart mıdır? Yoksa Anayasa koyucunun ve yasa koyucunun muradı her şart altında hukuka aykırı elde edilen delilin hükme esas alınmasını yasaklamak, bu

kapının aralanmasını yasaklamak diyerek belki buradan hareketle bir mutlak delil yasağı kapısı aralanabilir mi, açılabilir mi diye merak ediyorum.

Prof. Dr. Mehmet Turhan (Oturum Başkanı - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Evet, siz söyleyeceksiniz, buyurun.

Cevap (Yrd. Doç. Dr. Mehmet Maden - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Sayın Başkanım, ben buradaki kanun yolu incelemesinde yapılması gereken incelemenin Anayasa Mahkemesinde yapılamayacağı kuralını ve diğer delil yasaklarının hukuk devleti ilkesi ile birlikte, mağdur hakları ve hukuk devleti ile birlikte düşünülmesi gerektiğini düşünüyorum. Hukuk devleti, hukuk güvenliği sağlayan bir devlet evet bir taraftan adaletin sağlanması için hukukun dışına çıkmayacak ama diğer taraftan da Sözleşme ile Anayasa ile korunan hakları etkili bir şekilde koruyacak. Eğer bütün o işte hukuka aykırılığı da şu şekilde anlarsak, bütün yönetmelikler, kanun hükmünde kararnameler, tüzükler vs. basit bütün usul hataları hukuka aykırılıktır ve bu hiç bir şekilde kullanılamaz diye kabul edersek kanaatimce hukuk devletini işletemeyiz. Bunu incelerken ben bir de şöyle düşündüm. Delil yasaklarının ilk derece mahkemesini ilgilendiren bir tartışma boyutu var ki o ceza mahkemesinde dahi oldukça tartışmalı bir konudur. Evet Ceza Muhakemesi Kanununda böyle açık bir hüküm bulunmasına rağmen bazı yazarlarımız tarafından deniyor ki işlemin geçerliliğini etkilemeyen, yani yapılan arama işlemi ise, o işlemin geçerliliğini etkilemeyen basit usul hatalarının şey (sorun) yapılmaması lazım diye bir görüş var. Ben de tamamen ufak bir şey, böyle bir aykırılık, yönetmeliğe vs. esasa ilişkin olmayan basit aykırılıkların hepsine hukuka aykırıdır, hiçbir şekilde kullanılamaz, hatta bunlardan yola çıkarak elde edilen yasak delilin meyvesi de yenmez, hiçbir şekilde burada elimiz kolumuz bağlıdır demenin çok adil bir sonuç olmadığı kanaatindeyim. Bu konu, mevcut düzenlemelere rağmen ceza muhakemesi hukukçuları tarafından dahi tartışılıyor.

Anayasa Mahkemesine geldiğimizde kanaatimce bizim biraz daha bütün Anayasal ilkeleri birlikte değerlendirerek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de böyle diyor, bir yol tutmamız gerekiyor gibi geliyor. Ama dediğiniz gibi Ceza Muhakemesi Kanununda açık bir kural var, fakat bu kuralı diğer kurallarla birlikte; mağdurun hakları, hukuk devleti ile cezai uyuşmazlıkların ve diğer uyuşmazlıkların etkin ve süratli bir şekilde çözmenin devletin yükümlülüğü altında olduğunu da hesaba katarak

değerlendirmemiz gerekir. Bizim haliyle takdir edersiniz ki ilk derece mahkemelerinde filan tam oturmuş bir içtihadımız yok, ben ceza hukukçusu olduğum için cezadan örnek veriyorum. Dolayısıyla bu hukuka aykırılık telafi edilmiş mi telafi edilmemiş mi ona bakmalıyız. Kişiye bu delilin hukuka aykırı olup olmadığı konusunda savunma imkânı tanınmış mı? Mahkemeler gerekçesinde bu iddiaları layıkıyla değerlendirmiş mi? Bence bunlara bakmak ve sonuca ulaşmak lazım diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Mehmet Turhan (Oturum Başkanı - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Evet, çok teşekkürler. İsterseniz burada ben kapatayım, bizi dinlediğiniz için çok teşekkür ediyorum. Bu nazik davet nedeniyle Anayasa Mahkemesinin Sayın Başkanına teşekkürlerimi arz ediyorum. Teşekkürler.

Üçüncü Oturum

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Erdal Onar
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Konuşmacılar

Doç. Dr. Ece Göztepe Çelebi
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Dr. Hasan Sayim Vural
Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Görevlisi

Yrd. Doç. Dr. Murat Tümay
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. H. Burak Gemalmaz
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

OTURUM BAŞKANI: Prof.Dr. Erdal Onar

Sayın Başkan, Değerli Üyeler ve Seçkin Konuklar;

Sempozyumun bu sabahki ilk oturumuna başlıyoruz ve bu oturumda dört değerli akademisyen ile birlikteyiz. Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun artık genel bir hakla ele alınmasını değil ama özgün bazı haklara yönelik yaklaşımını irdeleyecekler. Bu doğrultuda ben ilk sözü Türkiye'de bireysel başvuruyla, bilebildiğim kadarıyla, akademik düzeyde ilk ciddi şekilde uğraşmış olan, bu konuda yıllar önce yazılmış olan bir yüksek lisans tezinin de sahibi olan Ece Göztepe Çelebi'ye vermek istiyorum. Anayasa Mahkemesinin mobbing iddialarına ilişkin kararlarının Anayasa'nın 17. ve 36. maddeleri kapsamında değerlendirilmesi konusunu işleyecek, süre biraz kısa ama sorularla belki bazı eksik kalan kısımları tamamlayabiliriz diye düşünüyorum ve zamandan tasarruf edebilmek için de hemen sıcağı sıcağına Sayın Ece Göztepe Çelebi'ye sözü bırakıyorum.

Anayasa Mahkemesi'nin "Mobbing" Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi

Doç. Dr. Ece Göztepe Çelebi
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Giriş

Türk Anayasa Mahkemesi'nin 15 Nisan, 17 Temmuz, 15 Ekim 2014 ve 26 Şubat 20145 tarihlerinde verdiği toplam sekiz kararda *"mobbing"* kavramı (iş yerinde psikolojik taciz) yer almaktadır. Başvuruculaların cinsiyetine göre yapılan tasnifte, mobbingin cinsiyetler arası eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden bir muamelenin izdüşümü olabileceği yönünde kesin bir tespit yapmak mümkün görünmemektedir. Sekiz başvurucudan bir tanesinin ismi Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 59. maddesinin i) bendi uyarınca gizli tutulmuşken, dört başvurucu kadın, üçü ise erkektir[1].

Bu kısa değerlendirmede ele alınan sekiz kararın somut olguları itibariyle, verilen kabul edilemezlik kararlarının doğruluğu tartışmasız olmakla birlikte, kabul edilemezlik kararları verilirken Anayasa Mahkemesi'nin dayandığı gerekçeler, benzer davalarda derece mahkemeleri açısından yön gösterici bir niteliğe de sahip olmak zorunda olduğundan, gerekçede belirtilmiş ya da dikkate alınması gerektiği halde tartışılmamış olan hususlar, bu değerlendirmenin ana temasını oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunanların bazıları özel sektörde, bazıları ise kamu sektöründe çalışmaktadır. İhlal edildiğini ileri sürdükleri temel hak ve özgürlükler, ihlal iddialarını dayandırdıkları eylemler ile Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kabul edilemezlik kararlarının gerekçelerine bakıldığında öncelikle şu saptamalarda bulunulabilir:

---

1 2012/1213 (I.Y.); 2013/8175 (Mesut Özbezen); 2013/997 (Kamil Çakır); 2013/6229 (Şehnaz Ayhan); 2013/5680 (Aslı Kırmızı Demirseren); 2013/2284 (Işıl Yaykır); 2013/3512 (Emel Leloğlu); 2014/12984 (Ümit Yalçın).

1. Başvurucular ağırlıklı olarak Anayasa'nın 17. ve 36. maddesinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedirler[2]. Sayılan hakların yanı sıra Anayasa'nın 10., 11, 41. ve 129. maddesi[3] ile 20. maddeyi de[4] ihlal iddiasının dayanağı olarak gösteren başvurular mevcuttur.

2. Hak ihlaline temel teşkil ettiği ileri sürülen eylemler ise şu başlıklar altına toplanabilir:

a) Başvurucu işe başlarken kendisine verilen tüm yetkilerin daha sonra elinden alınmış olması ve bu suretle istifa etmeye zorlanması[5]; niteliklerinin ve statüsünün altında işleri yapmaya zorlanma[6],

b) Alt kademedeki personel önünde küçük düşürücü eylem ve faaliyetlerde bulunulması[7]; sistematik olarak aşağılayıcı muamele[8]; özel hayatına ait bilgilerin toplanması[9],

c) Hakkında dayanaksız disiplin soruşturması açılması[10]; hak taleplerinin disiplin cezalarına dayanak teşkil etmesi[11],

d) Şahsiyetini zedeleyici söz ve eylemler nedeniyle büyük üzüntü ve psikolojik çöküntüye neden olunması[12]; çalışma şevkinin kırılması ve ruh sağlığının bozulması[13]; manevi olarak ağır acı ve ızdırap çekilmesi[14]; kendisine cinsel tacizde bulunulduğu iddiasıyla yaptığı tüm başvurulara kayıtsız kalındığı ve herhangi bir işlem yapılmadığından ruh sağlığının bozulduğu[15],

e) Hakkında verilen dört göreve iade kararının uygulanmaması, hakkında sürekli disiplin soruşturması açılarak, yıldırma ve cezalandırma

2 2013/8175; 2013/6229; 2013/5680; 2012/1213; 2013/3512; 2014/12984.

3 2013/997.

4 2014/12984; 2013/2284. Ancak bu kararda belirtilmesine rağmen AY 20. maddesiyle ilgili ayrı bir inceleme yapılmamıştır (§ 38).

5 2013/8175, § 5; 2013/3512, § 5.

6 2013/3512, § 5 (Müdür yardımcısı olan başvurucunun hademe ve nöbetçi öğretmenin yapacağı işleri yapmaya zorlanması).

7 2013/8175, § 5.

8 2013/5680 § 13.

9 2013/2284, § 6.

10 2013/6229, § 5; 2013/5680, § 13.

11 2012/1213, § 14.

12 2013/8175, § 5.

13 2013/6229, § 5.

14 2013/5680, § 6.

15 2014-12984, § 16.

amacıyla görev yerinin değiştirilmesi ve on beşe yakın farklı birimde görevlendirilmesi[16],

f) Diğer çalışanlarla iletişiminin kesilmesine neden olacak şekilde davranılması[17]; hakkında dedikodu yapılması[18],

g) Fiziki koşulları uygun olmayan yerlerde görev yapmak zorunda bırakılma[19].

3. Anayasa Mahkemesi,

a) Başvuruculaın, şikayetleri sonucunda kovuşturmaya yer olmadığına ve yapılan itirazın reddine ilişkin kararlar ile bunların gerekçesiz olmalarına yönelik itirazlarına, Anayasa'nın 148/III maddesi uyarınca ancak AY 36 ile AİHS 6. maddenin "*ortak koruma alanına*" giren hakların ihlal iddiasının konusu olabileceği yönündeki yerleşik içtihadıyla cevap vermektedir. Buna göre, "*hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için, başvurucunun ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyuşmazlığın tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır (B. No. 2012/917, 16/4/2013, § 21)*".[20] "*Bir ceza davasında üçüncü kişilerin suçlanması veya cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişiler, adil yargılanma hakkının koruma alanı dışında kalmaktadır*"[21]. Bu nedenle konu bakımından yetkisizlik nedeniyle ret kararı verilmektedir.

b) Bunun yanı sıra Mahkeme'ye göre, kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar, ceza davasıyla sınırlı bir sonuca sahip olup hukuk yargılaması bakımından bağlayıcı bir etkiye sahip değildir[22].

c) AİHS'nin 3. maddesi kapsamında düzenlenen aşağılayıcı muamele yasağının, "*mağdurlarda korku ve aşağılık duygusu oluşturan, küçük düşürücü ve alçaltıcı nitelikte olan muameleleri ifade ettiği*" belirtilmekte[23], **Anayasa'nın 17/III** fıkrasında

16 2013/6229, § 11; 2013/3512, § 5.
17 2013/8175, § 5.
18 2013/3512, § 5.
19 2013/6229, § 11.
20 2013/8175, § 20; 2014/12984, § 25.
21 2013/8175, § 21; 2013/5680, § 24.
22 2013/8175, § 22.
23 2013/5680, § 32.

yer alan işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele ya da cezanın varlığı araştırılırken ise, "*muamelenin süresi, fiziksel ve manevi etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörlerin önem taşıdığı belirtilmektedir. Somut olaydaki veriler ışığında, belirtilen ağırlık eşiğinin altında kalan muamele ve eylemlerin ise, diğer haklar kapsamında değerlendirilmesi mümkündür*"[24] denilmektedir. İhlal iddiası değerlendirilirken, "*mağdurun sübjektif niteliklerinin yanı sıra muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından önemli bir ağırlığa ulaşmış olması*" gerektiği vurgulanmaktadır[25].

Sıralanan bu genel ilkelerin somut olaya uygulanmasında ise neredeyse birörnek şekilde "*eylemlerin başvurucu üzerinde fiziki ve ruhsal etkilerinin olması mümkün olmakla birlikte (...) muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından, başvurucunun yaşı ve mesleki statüsü de nazara alındığında, Anayasa'nın 17/III maddesinin kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşiğin aşılmadığına*" karar verilmektedir[26].

Ancak başvurucunun üst ya da orta düzeyde görev yapmasının mı, yaşlı ya da genç olmasının mı asgari eşiğin altına kalınmasına neden olduğu, gerekçelerden anlaşılamamaktadır. Müdür yardımcısı bir kadın öğretmenin maruz kaldığı sistematik tacizlerin "*yetişkin bir birey olması ve mesleki statüsü*" nedeniyle asgari eşiği aşmadığına hükmedilmiştir[27]. Bir üniversitede genel sekreter olarak çalışmakta iken, yaklaşık on beş kez görev yeri değiştirilen, hakkında dayanaksız disiplin soruşturmaları açılan, hakkında verilen göreve iadeye ilişkin mahkeme kararları defaten uygulanmayan, fiziki koşulları uygun olmayan yerlerde çalışmaya zorlanan bir başvurucunun, bu eylemler dolayısıyla kişilik haklarının ihlal edilmesi muhtemel olmakla birlikte, "*kamu görevlisi olması, yaşı ve mesleki statüsü*" de nazara alındığında, AY 17/III'ün ihlali için gerekli olan "*asgari eşiğin*" aşılmamış olduğuna karar verilmiş[28], ancak başvurucunun bu idari eylemlere neden ve ne ölçüde katlanması gerektiği konusunda herhangi bir açıklama yapılmamıştır.

---

24 2013/8175, § 30.
25 2013/8175, § 32; 2013/6229, § 23; 2013/5680, § 33.
26 2013/8175, § 33; 2013/6229, § 26; 2012/1213, § 36; 2014/12984, § 55.
27 2013/3512, § 31; 2012/1213, § 34.
28 2013/6229, § 26.

Aynı şekilde okul idaresinin başvurucu hakkında yaptığı bir dizi olumsuz eylem ya da işlem, "*münferit hadiseler*" olarak nitelendirilmekte[29], ancak bir kamu görevlisinin hangi türden hukuka aykırı eylemlere ve neden katlanması gerektiği, yaşı ve statüsünün bu katlanma zorunluluğunu ne şekilde gerektirdiği yönünde bir somutlaştırma yapılmamaktadır. Bu nedenle asgari eşiğe ilişkin ölçütlerin başvurucular bakımından kişiselleştirilmesinden bahsetmek mümkün değildir.

İş psikoloğundan alınmış olan raporla, mobbing sürecinin her aşamasında tamamlandığı yönündeki kanıtlar, maruz kalınan psikolojik şiddet nedeniyle bir süre görülen tedaviye ilişkin belgeler[30] ya da İ.Ü. Tıp Fakültesi İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalının raporuyla ispatlanan, başvurucuda belirlenen travma sonrası stres bozukluğu ve anksiyeteli major depresyon klinik tanılarının başvurucunun aktarmış olduğu işyerinde yaşadığı psikolojik taciz ve yıldırma davranışları öyküsü ile uyumlu olduğu yönündeki tespitler, ilkelerin kişiselleştirilmesinde dikkate alınmamış ve asgari ölçütün aşılması yeterli görülmemiştir[31].

d) Anayasa'nın 17/I maddesine göre yapılan incelemede ise, devletin kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü koruma konusunda etkili bir hukuki koruma, yani usuli açıdan idari ve yargısal makamların etkili ve adil kararlar verebilmesini sağlama yükümlülüğü olduğu belirtilmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, devletin pozitif yükümlülüğünün sadece cezai korumaya hasredilemeyeceğini, tazminat gibi hukuki bir korumanın da mümkün olduğunu ve hukuk sistemimizde "*hukuki tazmin yolunun daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olduğunu*"[32] belirtmektedir.

e) Mahkeme, AY 17/I'in koruma alanının AİHS madde 8. maddede güvence altına alınan özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile, bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık" geldiğini belirtmekle

29 2013/5680, § 34; 2012/1213, § 34. Başvurucunun da katıldığı bir resim sergisinde resimlerinin fotoğrafının çekilmesi ve sağlık durumu hakkında sorular sorulması da "sistematik bir muamele tarzına işaret etmediğinden" münferit hadise olarak kategorize edilmiştir. Bkz. 2012/1213, § 36.

30 2013/3512, § 11.

31 2013/5680, § 13; 2013/8175, § 12.

32 2013/8175, § 40; 2013/6229, § 33.

birlikte[33], bu argüman zincirinden sonra, eğer başvurucu ceza muhakemesi yolu dışında hukuk davası açma yoluna gitmemişse, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle ret kararı vermektedir[34].

I. Mobbing Kavramı ve Türk Hukukunda İlgili Mevzuat Hükümleri

Anayasa Mahkemesi "*mobbing*" kavramının açık bir tanımını yapmamakla birlikte, "*mobbing teşkil eden ve psikolojik taciz, şiddet ve yıldırma türünden davranış grubu olarak kabul edilen*" eylemlerden söz etmektedir[35]. Bilimsel literatürde de değişik disiplinlerin perspektifinden farklı tanımlar yapılmıştır. Mobbing konusunda disiplinler üstü bir etkiye sahip olan İsveçli araştırmacı Leymann'a göre ise mobbing, "*Bir veya birkaç kişi tarafından diğer bir kişiye yönelik olarak, bu kişinin çaresiz ve savunmasız bir konuma itilmesini ve devam eden mobbing hareketleri sayesinde bu konumda kalmasını sağlayan sistemli, düşmanca ve gayrı ahlâki bir iletişim kullanarak uygulanan bir tür psikolojik terör*" dür[36]. Bilimsel literatürde mobbing araştırmalarının özellikle iş yerlerinde çalışanlar ve okullarda öğrenciler arasındaki psikolojik teröre yoğunlaştığı görülmektedir. İş yerlerindeki mobbing ise genel psikolojik terör ile cinsel tacize eşlik eden psikolojik terör olmak üzere iki alt başlık halinde ele alınmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin bugüne dek önüne gelen davalarda cinsel taciz iddiası sadece bir kez ileri sürülmüştür[37]. Ancak kararın olaylar kısmındaki açıklamalardan, varlığı ileri sürülen hareketin cinsel taciz olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ne Anayasa Mahkemesi tarafından, ne de başvurulan diğer merciler tarafından tartışılmamıştır. Bu nedenle incelenen kararların gerekçelerindeki ölçütlerin değerlendirilmesinde sadece iş yerinde psikolojik terörle ilgili mevzuat ve içtihat dikkate alınmıştır. Üzerinde yoğunlaşılan uluslararası ve ulusal mevzuat, iş hukuku, borçlar hukuku ile ceza hukuku alanına ilişkindir. Mevzuatı ele almadaki asli amaç, anayasaya uygun yorumlanması gereken bu normların AY 17 ve 20 / AİHS 3 ve 8 ile ilişkisini ortaya koymak ve muhtemel ihlal iddialarının hangi çerçevede ele alınması gerektiğini saptamaya çalışmaktır.

---

33 2013/6229, § 21.

34 2013/5680, 43-44; 2014-12984, § 63-64.

35 2013/8175, § 39.

36 Heinz Leymann, "The Content and Development of Mobbing at Work", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 1996, s. 166'dan çeviren ve aktaran Zeynep Duygu Ulusoy, "Mobbing Suç Tipi İçin Bir Analiz Denemesi", *TBB Dergisi*, 2013 (105), s. 134.

37 2014-12984.

Türk hukuk sisteminde mobbingle ilgili mevzuatın ne olduğu ve ne oranda Anayasa'nın 17. ve 20. maddesinde güvence altına alınan haklarla ilişkili olduğu değerlendirilirken, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden başlamak yerinde olacaktır.

II. Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Sözleşmeler

Türkiye açısından bağlayıcı olan Birleşmiş Milletler düzeyindeki ilk normatif düzenleme, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) kapsamında kabul edilen "*İş Güvenliği ve Sağlığı Kuralları*"dır (*International Occupational Safety and Health Code*). Bu kurallar, ILO Sözleşmesi No. 155 ve buna ilişkin Öneri No. 164 ile (Recommendation) Sözleşme No. 187'den oluşmaktadır.

"*İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 numaralı Sözleşme*" 16.3.2004'te onaylanmış[38] olup 3. maddesinin e) bendinde "*sağlık*" terimi, işle bağlantısı açısından, sadece hastalık veya sakatlığın bulunmaması halini değil, aynı zamanda, çalışma sırasındaki hijyen ve güvenlik ile doğrudan ilişkili olarak "*sağlığı etkileyen*" fiziksel ve "*zihinsel unsurları*" da *kapsar*" denilerek, kişinin Anayasa'nın 17/I maddesi kapsamında korunan "*manevi bütünlüğünü*" iş alanına aktarmıştır.

164 no'lu Öneri'nin 3. maddesinin e) bendi ise, 155 nolu Sözleşme'nin 4. maddesine atıfla taraf devletleri "*çalışanları iş koşullarından kaynaklanan fiziksel ya da zihinsel tehlikelere karşı korumakla*" yükümlü kılmakta; 10. maddede ise bu amaca ulaşmak için gerekli olan eylem planının çerçevesini çizmektedir.

187 no'lu "*İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirme Çerçeve Sözleşmesi*" ise 8.10.2013'te onaylanmış olup[39] 1 d), 4 ve 5. maddelerinde iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili olarak taraf devletlerin yükümlülüklerini ve kurumsal güvenceleri saymaktadır .

Bunun yanında ikiz sözleşmeler olarak da anılan BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (madde 17) ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi de (madde 7 b) ve 12/I mobbingle ilgili ihlal iddialarında dayanılan diğer normatif düzenlemeler arasında yer almaktadır.

38 Bakanlar Kurulu kararı No. 2004/6958, Resmi Gazete (16.3.2004).

39 Bakanlar Kurulu kararı No. 2013/5356, Resmi Gazete (8.10.2013).

Avrupa Konseyi Ekonomik ve Sosyal Haklar Komitesi'nin uygulanmasını gözettiği *Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı*'nın Türkiye tarafından çekince konmaksızın imzalanan 26. maddesi ise "*onurlu çalışma hakkı*"nı düzenlemektedir. Maddeye göre taraf devletler, "*tüm çalışanların onurlu çalışma haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak,*

1- Çalışanların işyerinde ya da işle bağlantılı cinsel taciz konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunun engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı;

2- Çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan, yinelenen eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunların engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı taahhüt ederler".

Literatürde maddenin 2. bendinin, psikolojik taciz olarak da adlandırılan mobbinge ilişkin olduğu yönünde görüş birliği vardır[40]. Bu doğrultuda Avrupa Konseyi Ekonomik ve Sosyal Haklar Komitesi'nin 1 Eylül 2008 tarihli Derlemesi'nde (Digest)[41] 26. maddenin 2. fıkrasına ilişkin taraf devletlerin yükümlülüğü şöyle açıklanmıştır:

"Taraf devletler işçi ve işveren örgütlerine de danışarak, çalışanların işyerinde onurlu çalışma hakkını güvence altına almak amacıyla, çalışanlara yönelik her türlü sistematik olumsuz eylemi ya da açıkça negatif ve saldırgan davranışları önlemeye yönelik, bilgilendirme, koruma ve önleme tedbirlerini alırlar".

Komite'ye göre madde 26/II, bir kişinin spesifik özellikleriyle ilişkili olarak düşmanca bir işyeri ortamı yaratılmasıyla psikolojik tacize maruz kalınmasına karşı insan onurunun korunmasını bir hak olarak düzenlemektedir. Taraf devletler, çalışanların işyerinde ya da işleriyle ilgili olarak aşağılayıcı bir davranışa maruz kalmamaları için gerekli her türlü önleyici ve telafi edici tedbiri almakla yükümlü kılınmışlardır[42]. Bu tedbirlerin, psikolojik tacize maruz kalma durumunda bağımsız bir organa başvurma, yeterli bir

40 Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 6. Bası, Ankara: Turhan, 2014, s. 711.

41 D*igest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*.

42 *CoE ECSR Conclusions 2005, Statement of Interpretation on Article 26§2*.

tazminat elde etme ve bu haklarını kullandığı için ayrımcılığa uğramama hakkını güvence altına alması gerekir[43]. Derleme'de, AİHS madde 53'tekine benzer bir düzenleme yapılarak, Avrupa Sosyal Haklar Şartı hükümlerinin, daha fazla koruma sağlayan üye devletlerin iç hukukunu ikame etmeyeceği, daha fazla güvence sağlayan normun uygulanması ilkesinin geçerli olduğu belirtilmektedir[44].

III. Ulusal Mevzuatta Mobbing Düzenlemeleri

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde[45] psikolojik taciz normatif olarak düzenlenmekle birlikte, tacizin kurucu unsurları sayılmamış ve bir tanım yapılmamıştır. Özel nitelikli bir kanun olarak 4857 sayılı İş Kanunu ise 5. maddedeki eşit davranma ilkesi dışında 24. ve 25. maddelerde işçi ve işveren bakımından "*cinsel tacizi*" haklı fesih sebebi olarak düzenlemiştir. Ancak İş Kanununda psikolojik taciz olarak mobbing ayrıca düzenlenmemiştir. Buna karşın Türk iş hukuku literatüründe psikolojik taciz, "*işçinin manevi kişiliğine karşı işveren, işveren vekili veya diğer işçiler tarafından gerçekleştirilen, insan onuru ve saygınlığı ile bağdaşmayan, kötü muamele, aşağılama, dışlama vb. biçiminde ortaya çıkan, küçültücü, yıldırıcı (bezdirici) tekrarlanan davranışlar*" olarak tanımlanmaktadır[46]. Bir başka tanımda ise, "*işyerinde bir kişiye yönelik olarak onun onurunu zedeleyici, aşağılayıcı, düşmanca, küçük düşürücü veya rencide edici bir ortam yaratan, tekrarlanan ve hukuka aykırı fiillerden oluşan bir süreç olarak*" kavramın unsurları sayılmaktadır[47].

---

43 *CoE ECSR Conclusions 2003, Slovenia*, p. 539.

44 *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*, s. 157-158.

45 (I): "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür".
(III): "İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir".
Kanuna ilişkin Esas Komisyon raporunda, maddenin gerekçesi İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328. maddesine dayandırılmıştır. Buna göre madde hükmüyle, "işçilerin rahat ve huzur içinde çalışabilecekleri bir ortamın sağlanması amaçlanmıştır. Bunun bir ölçüsü olarak işverenin işyerinde "ahlâka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle" yükümlü olduğu kabul edilmiştir. (...) Maddenin ikinci fıkrasında, işverenin, işçinin yaşam, sağlık ve bedensel bütünlüğünü korumak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü öngörülmektedir" denmektedir.

46 Sarper Süzek, *İş Hukuku*, yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul: Beta, 2014, s. 403.

47 Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, yenilenmiş 27. Baskı, İstanbul: Beta, 2014, s. 209.

Doktrinde psikolojik tacizin örnekleri sayılmakta, ama bunların tüketici olamayacağı belirtilerek, bu amaca yönelik bütün davranışların kümülatif bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği vurgulanmaktadır. Çünkü her biri teker teker hukuka aykırı bir fiil oluşturmasa da, mobbingin "*sistematik olarak tekrarlanan eylemlerden oluşan bir süreç olduğu*"[48] ve bu davranışlardan oluşan taciz sürecinin kendisinin hukuka aykırılık oluşturacağı belirtilmektedir.

Türk iş hukukunda psikolojik tacizin de işçi-işveren ilişkisinde gözetilmesi gereken bir ilke olduğu, işverenin "*işçiyi gözetme borcu*"na dayandırılmaktadır (İş Kanunu madde 77) ve bu borcun geniş kapsamlı, sınırları önceden sınırlı şekilde belirlenemeyecek bir borç olduğu kabul edilmektedir. Gözetme borcunun en önemli unsurlarından birisi, işçinin kişiliğinin korunmasıdır[49]. "*İşçinin kişiliğinin korunması, onun yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve onurunun, kişisel ve mesleki saygınlığının, ahlâki değerlerinin, özel yaşam alanının, genel olarak özgürlüğünün korunmasını içerir*"[50]. Bu yükümlülük Anayasa'nın 12., 17., 19., 20., 24. ve 25. maddelerine dayandırılmaktadır.

İşverenin işçinin sağlığını koruma borcu sadece fiziksel tehlikeleri değil, psikososyal tehlike ve riskleri de kapsamaktadır[51]. Koruma yükümlülüğünün kapsamına, Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeler kadar "*İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği*"nde[52] belirtilen psikososyal tehlike kaynaklarının tespiti, kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırma çalışmasının yapılması da girmektedir. Belli bir süreklilik arz eden sistematik davranışlar, mobbinge uğrayan işçiyi işyerinden uzaklaştırma amacını taşıyabileceği gibi, sadece kişisel tatmin ve zevk amaçlı da olabilir. Bu nedenle amaç ve sonuç ilişkisi mutlak olarak ele alınmamaktadır. Yargıtay ise bu ucu açık yorumu destekler biçimde, ispat konusunda "*emarelere*"[53] dayanılarak karar verilebileceğine, "*şüpheden uzak kesin delil*"[54] aranmasının zorunlu olmadığına karar vermiştir.

---

48 Süzek, a.g.e., s. 404.

49 Sarper Süzek, *İş Hukuku*, yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul: Beta, 2014, s. 400; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, yenilenmiş 27. Baskı, İstanbul: Beta, 2014, s. 206.

50 Sarper Süzek, a.g.e., s. 401; S. Alp Limoncuoğlu, "İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar", *TBB Dergisi*, 2013 (105), s. 60.

51 Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, yenilenmiş 27. Baskı, İstanbul: Beta, 2014, s. 208.

52 RG 29.12.2012, Sayı: 28512, madde 8/II ve IV.

53 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 14.03.2008, E. 2008/3122, K. 2008/4922.

54 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 27.12.2013, E. 2013/693, K. 2013/30811.

Psikolojik tacize uğrayan çalışanın öncelikle Borçlar Kanunu, İş Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında sözleşmeye aykırılıktan (işverenin gözetim borcunu yerine getirmemesi) maddi ve manevi zararlarının tazminini isteme hakkı vardır. İş Kanunu 5. maddeye göre eşit davranma borcunun ihlali de tazminat talep hakkını doğurur[55].

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu madde 2/I'e göre kanun kamu ve özel sektöre ait bütün işyerlerinde uygulanacaktır. Kamuda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu madde 10/2-3'te hiyerarşik amirin memurlara eşit davranma yükümlülüğü düzenlenmektedir. Bu nedenle kamu hizmeti yerine getirilirken, hizmetin gerekleri ve kamu yararı gözetilmeli, dolaylı cezalandırma niteliğinde naklen atama, geçici görevlendirme, disiplin cezası verme ya da yer değiştirme kararı verilmemelidir. İdari yargıda cezalandırma amaçlı bu türden işlemlerin psikolojik taciz (mobbing) olduğuna karar verilerek, manevi tazminat ödenmesine hükmedilmektedir[56]. Kişiler bu işlemlerin iptali için dava açmanın yanı sıra idareye karşı hizmet kusurundan dolayı tazminat davası da açabilirler.

Ceza Kanunu'nda ise psikolojik taciz ayrı bir suç türü olarak düzenlenmemiştir. Hangi suçların mobbingin unsurlarını taşıdığı konusunda da bir görüş birliği yoktur. Kamu görevlileri açısından "*görevi kötüye kullanma suçu*"nun unsurlarının belli bir noktada mobbing eylemini oluşturduğu kabul edilebilir[57]. TCK'de mobbing ayrı bir suç türü olarak düzenlenmediğinden, sürecin içinde gerçekleştirilen bazı eylemlerin bağımsız şekilde kişilik haklarının ihlalini doğurması mümkün görünmektedir. TCK'de düzenlenen hakaret (125), tehdit (106), görevi kötüye kullanma (257), ayrımcılık yasağı (122), iş ve çalışma özgürlüğünün ihlali (117) suçları buna örnek teşkil etmektedir[58]. Suçun ağırlığından başlayarak bazı yazarlarsa intihara yönlendirme suçu (TCK 84), kasten yaralama (86-87), eziyet (96), kişilerin huzur ve sükununu bozma (123) suçlarını da toplamda mobbingi oluşturan suç tipleri olarak değerlendirilmektedir[59].

---

55 A. Limoncuoğlu, a.g.m., s. 67-71.

56 Danıştay 8. Dairesi, E. 2008/10606, K. 2012/1736, 16.04.2012. Karar örnekleri ve değerlendirme için bkz. Mine Kasapoğlu Turhan, "Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları", *TBB Dergisi*, 2013 (105), s. 98-99.

57 Krş. Kasapoğlu Turhan a.g.m., s. 125.

58 Ulusoy, a.g.m., s. 148.

59 Mustafa Ruhan Erdem/Benay Parlak, "Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing", TBB Dergisi,

Ceza hukukçularının üzerinde birleştiği nokta ise, mobbingi oluşturan bütün davranışların "*bir bütün olarak*" ele alınması gerektiğidir. Çünkü küçük birer çatışma olarak başlayan eylemler, süreç uzadıkça bağımsız bir nitelik kazanabilmekte, böylelikle suç tiplerinin gerçekleşme olasılığı artmaktadır. Eylemlerin bir suçun unsurlarını içermesi, kasıtlı olması ve hukuka aykırı olması hallerinde bu suç tiplerinden bir ya da birkaçının mobbinge esas teşkil etmesi söz konusu olabilir[60].

IV. Federal Alman İş Mahkemesi'nin Kararları ve Alman Doktrini

Her ne kadar Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından değil, derece mahkemeleri tarafından verilmiş olsa da, karşılaştırmalı hukukta insanın manevi kişiliğinin iş ilişkilerinde korunmasına ve anayasal ilkenin somutlaştırılmasına ilişkin en iyi örneklerden birisi Almanya'dır. Bu nedenle Türk Anayasa Mahkemesi'nin AY 17/I ve 17/III bağlamında norm somutlaştırmasında yararlanabileceği önemli bir içtihada sahip olduğundan, temel ilkelere ilişkin Alman Federal İş Mahkemesi (*Bundesarbeitsgericht/BAG*) ve eyalet iş mahkemelerinin kararlarını ele almak yararlı olacaktır.

Alman Federal İş Mahkemesi, Alman Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerini iş hukukunda son derece yetkin bir şekilde somutlaştırmıştır. Bu nedenle Alman hukuk literatüründe "*iş hukuku, yaşayan anayasa hukukudur*" denmektedir[61]. Federal İş Mahkemesi'nin bu içtihadının temelleri, Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından çok erken bir tarihte atılmıştır. Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin devlete sadece negatif bir müdahale etmeme yükümlülüğü getiren, kamu gücünün müdahalesine karşı korunan bir alan olarak anlaşılamayacağı, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından 1958 tarihli Lüth kararında açıkça dile getirilmiş ve bu hakların hukuk düzenine ilişkin "*objektif bir değer kararı*" olduğu vurgulanmıştır[62]. Buna göre yasakoyucu sadece devlet-birey ilişkilerinde değil, bireyler arasındaki eşit ilkesine dayanan hukuki ilişkilerde de temel haklara dair temel karar ve ilkeleri somutlaştıracak yasama faaliyetinde bulunmak zorundadır.

2010 (88), s. 272.

60 Mustafa Ruhan Erdem/Benay Parlak, a.g.m., s. 270.

61 Ulrich Preis, *Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht. Lehrbuch für Studium und Praxis*, 4. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2012, s. 175 (§ 15).

62 BVerfGE 7, 198 (205) (Lüth kararı) (15.1.1958).

Mahkemeler, Alman Anayasası'nın 1/III maddesi[63] uyarınca Anayasa ile, dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerle, bağlı olduklarından (T.C. AY madde 11/I) temel hakların objektif değer düzeni oluşturma işlevini dikkate alarak kanunları yorumlamak zorundadırlar. Yasakoyucu da kanunları koyarken bu işlevin somutlaştırılması amacını gerçekleştirdiğinden, temel hakları koruma ve hayata geçirme yükümlülüğünü yerine getirmektedir[64].

Federal İş Mahkemesi, Alman Anayasası'nın 2/I maddesi[65] (T.C. AY madde 17/I) ile 1/I[66] (T.C. AY madde 17/III) maddelerini iş hukukunda yerleşik içtihadıyla somutlaştırmıştır. Mahkeme, Anayasa'nın belirtilen hükümlerinden ilk olarak, sürmekte olan bir iş ilişkisinde işverenin "*genel bir çalıştırma yükümlülüğü*" olduğu ilkesini geliştirmiştir[67]. Türk Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen davalardan ikisinde[68] ileri sürülen ihlal eylemlerinin nitelendirilmesi bakımından önem taşıyan bu içtihadın temel ilkeleri şu hususları içermektedir:

Sürmekte olan bir iş ilişkisinde işverenin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden birisi[69] de çalışanın, sahip olduğu işinin gereklerini yerine getirmesini sağlamaktır. Mahkeme bu ilkenin insan onuru ve kişiliğini geliştirme hakkıyla olan bağlantısını, işin toplumsal ve kişisel önemi üzerinden kurmuştur. İş ilişkisi bir kişinin birey olarak bütün varlığını kapsadığından, hayatını ve toplumsal konumunu belirlediğinden, bireyin sahip olduğu işin gereklerini yerine getirmeksizin, sadece maaş alan bir kişi konumuna düşürülmesi, o kişinin insan onurunu zedeleyecek ve kişiliğini geliştirme hakkını ihlal edecektir. Çünkü kişinin bir çalışan olarak işle ilgili itibar ve konumu, sadece yaptığı işin maddi getirisi, yani maaşıyla değil,

63 Alman Anayasası Madde 1/III: "Anayasa'daki temel hak ve özgürlükler doğrudan uygulanabilir hukuk normları olarak yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar".

64 Ulrich Preis, a.g.e., s. 184 (§ 15).

65 Madde 2/I: "Herkes, başkalarının haklarını ihlâl etmemek, anayasal düzene ya da ahlâka aykırı davranmamak koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir".

66 Madde 1/I: "İnsan onuru dokunulmazdır. İnsan onuruna saygı göstermek ve onu korumak bütün kamu organlarının görevidir".

67 BAG 29.6.2004, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2004, 1278 vd.; BAG 10.11.1955 (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts) AP Nr. 2 zu § 611 BGB (yerleşik içtihat).

68 2013/8175 ve 2013/3512.

69 Bu yükümlülüğün, iş ilişkisinde işverenin asli mi, yoksa tali bir yükümlülüğü mü olduğu tartışmalıdır. Ancak hâkim görüş, çalışanın işin gereklerini yerine getirme yükümlülüğüne karşılık geldiğinden, bunun asli bir yükümlülük olarak kavranması gerektiği yönündedir. Bkz. Ulrich Preis, a.g.e., s. 428 (§ 31).

bunun yanında kendisine verilen görevleri nasıl yerine getirdiğiyle de ölçülür. Dolayısıyla sadece kısa bir süre için değil, kalıcı olarak çalışanın işinin/mesleğinin icrasını engellemek, yetkilerini elinden almak, onu iş ve toplum hayatından kopartarak onurunu zedelemek anlamına gelecektir[70].

Almanya'da 18.08.2006 tarihinde yürürlüğe giren "*Genel Eşit Muamele Kanunu* (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*/*AGG*)[71] ırk, etnik köken, cinsiyet, din, vicdan ve kanaat, engelli olma, yaş ve cinsel yönelimden kaynaklanan ayrımcı muameleyi (madde 1) yasaklamaktadır. Bunun dışında kanun işverene, farklı muamele yoluyla dezavantajlı duruma getirmeme yükümlülüğü de getirmektedir. Dezavantajlı bir durumun yaratılması, dolaylı ya da doğrudan ayrımcılık yoluyla olabileceği gibi, "*normal*" ya da "*cinsel*" taciz (mobbing, yıldırma) yoluyla da gerçekleştirilebilir. Kanunun 3. maddesinin 3. fıkrasına göre "*taciz, Kanunun 1. maddesinde belirtilen nedenlerle ilişkili olan istenmeyen davranışlar aracılığıyla, bir kişinin onurunun zedelenmesi amaç ya da sonucuyla, sindirme, düşmanlık, aşağılama, onurunu çiğneme ya da hakaretle ifade edilebilecek bir ortam yaratılmasıdır*". Bu maddenin ayrımcılık yasağı düzenlemelerinden farkı, bir başka kişi ya da durumdan bağımsız olarak, yani karşılaştırma yapılabilecek ikinci bir hukuki statü olmaksızın gerçekleştirilen bir durumu da düzenlemesidir[72]. Federal İş Mahkemesi bu maddede genel olarak "*mobbing*" kavramıyla ifade edilen hukuki durumun unsurlarının varlığını kabul etmektedir. Mahkeme her ne kadar 3. maddenin 1. maddedeki ayrımcılık sebepleriyle kurulan yakın bağını kabul etse de, çalışan açısından yaratılan sindirme, düşmanlık, aşağılama, onurunu çiğneme ya da hakaret ortamının "*istenmeyen bir davranış*" olarak tacizin asli unsurunu oluşturduğunu belirtmektedir.

Bunun yanında Mahkeme, mobbingin sürekli ve sistematik bir taciz biçimi olmasından hareketle, bu ortamın yaratılmasına hizmet eden bütün unsurların kümülatif olarak dikkate alınmasını, tek tek incelendiğinde önemli görülmeyen, geçmişte kalmış her bir tekil olayın birlikte değerlendirilmesi gerektiğini önemle vurgulamaktadır[73]. Görüldüğü üzere Mahkeme, 3.

70 Ulrich Preis, a.g.e., s. 187 (§ 15), s. 427 (§ 31).

71 Bu kanun, Avrupa Birliği'nin 2006/54/EG sayılı yönergesinin (İş ve Çalışma İlişkilerinde Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Gerçekleştirilmesine İlişkin Yönerge) iç hukuka aktarılması işlemidir.

72 Ulrich Preis, a.g.e., s. 492 (§ 34).

73 BAG 25.10.2007 AP Nr. 6 zu § 611 BGB Mobbing.

maddenin salt karşılaştırmalı bir şekilde ayrımcılık yasağı olmadığını, çalışanların kötü muameleye maruz kalmasını önleyici bir işlevi olduğunu da kabul etmektedir.

Mobbing kavramı literatürde, "s*üreklilik arz eden, birbirine eklenen ve iç içe geçen, düşmanlık, yıldırma ya da ayrımcılık amacına hizmet eden, hukuk tarafından korunmayan bir amacın gerçekleştirilmesine yönelik her türden davranış*" olarak tanımlanmaktadır. Bu davranışların toplamı bir bireyin kişilik haklarına, haysiyetine ya da sağlığına zarar verici nitelikte olmalıdır[74]. Federal Alman Yargıtayı'nın bir kararına göre, amiri tarafından görevin ifası sırasında sürekli ve sistematik olarak hakarete uğrayan ve taciz edilen polis memurunun uğradığı zarardan genel sorumluluk ilkelerine göre zarar veren kişinin (amirin) kurumu sorumludur[75].

Almanya'daki diğer eyalet mahkemelerinin kararlarındaki unsurlar ise şöyle sıralanabilir:

- İşveren, çalışanlarının vücut ve ruh sağlığını korumak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu bağlamda sadece kendisinin değil, kendi emri altında çalışanların eylemlerinden de sorumludur[76],
- Mobbing hukuki bir kavram olmadığından dava konusunun temelini oluşturmaz, ancak mobbing olarak nitelendirilen durumun hukuken özellik arz eden durumu, birden çok tekil eylemin tek tek incelenmesinden değil, *bir bütün olarak değerlendirilmesi neticesinde*, davacının kişilik haklarının ya da sağlığının zarara uğrayıp uğramadığına karar verilebilmesinde yatmaktadır. Bu nedenle toplamda mobbing olarak değerlendirilen eylemlerin tekil incelenmesi sonucunda bu eylemlerin "*nötr*" olarak değerlendirilmesi imkan dahilindedir. Eylemlerin toplamının mobbing olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, derece mahkemelerinin incelemesi gereken önemli bir husustur[77].

---

74 Martin Henssler/Heinz Josef Willemsen/Heinz-Jürgen Kalb, *Arbeitsrecht Kommentar*, 6. Auflage, Köln: Dr. Otto Schmidt Verlag, 2014, s. 1534 kn. 256 (BGB § 611); BAG 16.5.2007 – 8 AZR 709/06, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Mobbing.

75 BGH (III ZR 277/01).

76 LAG Niedersachsen, 16a Sa 139/99 (3.5.2000).

77 BAG, 8 AZR 709/06 (16.05.2007); karar başlıkları 3-5. Aynı doğrultuda bkz. Philipp S. Fischinger, "Mobbing": The German Law of Bullying, *Comparative Labour Law&Policy Journal*, Vol. 32 (2010), s. 156. Bu nedenle kavramın normatifleştirilmesi değil, genel niteliklerinin

- Eğer çalışanlar mobbing eylemlerinden dolayı sistematik olarak aşağılayıcı ya da küçük düşürücü muameleye tabi tutulduklarını ve bu eylemlerden dolayı "*psikolojik olarak*" zarar gördüklerini ispat edebilirlerse, manevi tazminata hak kazanabilirler[78].

Görüldüğü üzere Alman mahkemeleri, hem mobbing kavramına konu eylemlerin kümülatif değerlendirilmesi zorunluluğunu kabul etmişler, hem de iş hayatıyla kişinin özel hayatı ve insan onuru arasındaki asli ilişkiyi kurarak, temel hak ihlali iddiasının anayasal dayanağını kesinleştirmişlerdir. Bu anlamda iş hayatının kişinin manevi varlığının geliştirilmesi üzerindeki etkisinin tesbiti ve kabulü, Türk Anayasa Mahkemesi'nin "*asgari eşiğin aşılması*" ölçütünü uygulamasında da yol gösterici bir nitelik taşımaktadır.

V. Mobbing'in AY 17/I ve AİHS 8 Kapsamında Değerlendirilmesi

Anayasa madde 17/I'de güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, AİHS madde 8'de düzenlenen özel hayatın korunması hakkının karşılığı olarak kabul edilmektedir. AİHS'de vücut bütünlüğünü açıkça koruyan bir hüküm bulunmaması nedeniyle, kişinin kendi bedeni üzerindeki karar hakkının özel hayatın ayrılmaz bir parçası olduğu kabul edilmektedir. Bu değerlendirme kapsamında korunan hukuki değer, kişinin maddi ve manevi bütünlüğüdür[79]. AİHS madde 8, 3. maddenin uygulanabilmesi için aranan aşağılayıcı muamelenin yoğunluk derecesine ulaşılmamış olan durumlarda vücut bütünlüğünün korunmasının sağlanmasında kullanılabilecek bir norm olarak devreye girebilecektir.

İnsan hakları koruma mekanizmasında AİHS'nin tamamlayıcı/ikincil bir fonksiyonu olduğu gözden kaçırılmadan, AİHS madde 8'in sadece koruma alanı değil, aynı zamanda normun düzenlenme biçimi de bu hakkın kapsamının dinamik bir şekilde yorumlanmasına katkıda bulunmuştur. Maddede sadece "*özel ve aile hayatına sahip olma hakkı"*ndan değil, aynı zamanda "*özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına "saygı gösterilmesi hakkından"* bahsedilmektedir. AİHM hakkın bu şekilde düzenlenmesinin devletlere müdahale etmeme anlamında hem negatif, hem de saygı gösterme

saptanması önem taşımaktadır.

78 LAG Thüringen, 5 SA 102/2000.

79 K. Reid, *A Practitioner's Guide to the ECHR*, 1998, s. 323; Pätzold, in: Karpenstein/Mayer, Art. 8 Rn. 7; Th. Marauhn/J. Thorn, EMRK-GG Konkordanzkommentar, Kapitel 16, s. 886 Rn 17.

ve koruma anlamında pozitif bir yükümlülük getirdiğini birçok kararında belirtmektedir[80]. Ayrıca devletin pozitif yükümlülüğünün kapsamının, kişinin hem fiziksel, hem de manevi bütünlüğünü koruyacak pozitif tedbirleri almayı da kapsadığı vurgulanmaktadır[81].

Maddi ve manevi bütünlük özel hayat kavramının içinde yer alır ve devletin pozitif koruma yükümlülüğünden yararlanır. *Jankovic* davasında hukuk davası açmanın fiili imkansızlığı yanında, fiziksel ve sözlü saldırıdan sorumlu olduğu iddia edilenler hakkında takipsizlik kararı verilmesi, fillerin ağırlığından dolayı 8. maddeden doğan pozitif yükümlülüklerin ihlali olarak değerlendirilmiştir[82].

Özel ve aile hayatının korunması, bireyin kendini gerçekleştirmesini ve geliştirmesini, yani aktif bir temel hak anlayışını kapsar. Devletin müdahale alanının dışında kalma hakkı ise, hakkın pasif boyutunu oluşturur. Özellikle hakkın bu pasif boyutu AİHM tarafından insan onuruyla ilişkilendirilerek, bireyin diğer insanlarla her türden ilişki kurma yoluyla kişiliğini geliştirme hakkını kapsadığı pek çok kararda vurgulanmıştır. Bu çerçevede özel hayat sadece **internum**'u değil, **externum**'u, yani iş hayatıyla ilişkili mesleki faaliyetleri de kapsar. AİHM'ye göre iş hayatı, bireylerin dış dünyayla sosyal ilişkilerini sağlayan bir alandır[83]. Mahkeme, özel hayat kavramının, mesleki ve iş ilişkilerini de kapsadığını, pek çok kişinin ancak bu iş yaşamları sırasında önemli ölçüde diğer kişilerle ilişki kurma ve geliştirme fırsatı bulduğunu belirtmektedir[84]. Bu anlamda bireylerin dış dünyayla olan bu sosyal bağlarının özel ya da kamu sektöründe hukuka aykırı eylemlerle koparılması ve buna karşı devletin etkili bir koruma sağlamaması, 8. maddenin ihlali sonucunu doğurabilecektir.

Bunun yanısıra AİHM, AİHS 8. madde kapsamında belli usul güvencelerini de geliştirmiştir. Bu kapsamda işverenin belli davranış ya

80 AİHM Rees v. The UK, No. 9532/81, §37. Negatif ve pozitif yükümlülüğün birlikte vurgulandığı yerleşik içtihat için bkz. AİHM Marckx v. Belgium, No. 6833/74, §31.

81 Devletin bu pozitif yükümlülüğünün açıkça belirtildiği kararlar için bkz. A. v. Croatia, No. 55164/08, §58 ve 60; Hajduova v. Slovakia, No. 2660/03, §46 ve 49.

82 Sandra Jankovic v. Croatia No. 38478/05 §32-38.

83 Th. Marauhn/J. Thorn, *EMRK-GG Konkordanzkommentar*, Kapitel 16, s. 896 Rn. 26. Krş. AİHM Sidabras and Dziautos v. Lithuania, No. 55480/00 ve 59330/00, §47 vd.; Albanese v. Italy, No. 77924/01, §54; Karov v. Bulgaria, No. 45964/99, §85 vd.; Bigaeva v. Greece, No. 26713/05, §22 vd.; Kyriakides v. Cyprus, No. 39058/05, §50; Özpınar v. Turkey, No. 20999/04, §43 vd.

84 İlk kararlardan bir tanesi Niemietz v. Germany No. 13710/88 (16.12.1992) kararıdır.

da tedbirlerinin denetlenmesine olanak tanıyan uygun usuli güvenceler, çalışanların özel hayat alanlarının korunması açısından önem taşımaktadır[85]. Dolayısıyla devletin etkili soruşturma ya da etkili hukuk yolları sağlama yükümlülüğü, iş hayatındaki uyuşmazlıklarda 8. maddenin kapsamındaki koruma alanı için de geçerlidir. AİHM'nin 8. maddeyi özellikle 3. maddeyle birlikte ele aldığı başvurularda, etkili usuli korumanın hem norm koymayı, hem de normu etkili şekilde uygulamayı kapsadığı dikkate alındığında, salt tazminat yoluna atıf yapılmasının yeterli olmadığı daha iyi anlaşılmaktadır[86].

Ancak 2. ya da 3. madde kapsamındaki etkili *cezai soruşturma* yükümlülüğü, 8. madde için zorunlu görülmemekte, hukuki ya da idari başvuru yolları yeterli görülmektedir[87]. Ama durumun ağırlığına göre 8. madde kapsamında değerlendirilen ve iç hukukta uygulanabilir bir ceza normunun olduğu bir durumda, ihlalin de cezai soruşturmayı gerektirebileceği tamamen göz ardı edilemez denmektedir[88]. Dolayısıyla 8. madde kapsamında ele alınan ihlal iddialarında etkili cezai soruşturma yükümlülüğünün hiçbir şekilde var olmadığının ileri sürülebilmesi olanaklı değildir. Bununla ilişkili olarak, "*insan onuru*" kavramı AİHS'de açıkça belirtilmemiş ve güvence altına alınmamış olsa da AİHM, insan onuru kavramını AİHS mekanizmasının esasına içkin bir kavram olarak tanımaktadır[89]. AİHS 8. madde kapsamında da insan onuru kavramı "*yaşam kalitesi*" kavramıyla birlikte ele alınarak, devletin pozitif yükümlülüğünün yönelmesi gereken hedefin çerçevesi çizilmektedir[90]. Bu nedenle AY 17/I – AİHS 8 kapsamında değerlendirilebilecek bir mobbing iddiasının, münhasıran özel hukuk yollarına teşmil edilmesi mümkün değildir. Bu türden mutlak bir reddedici yaklaşım, 8. maddenin koruma alanını daralttığı gibi, AİHM içtihadının kapsamlı koruma amacını da göz ardı edecektir.

85 Obst v. Germany, No. 425/03, §39 vd.; Schüth v. Germany, No. 1620/03, §57.

86 B.C. v. Bulgaria (tecavüz davası).

87 Trocellier v. France, No. 75725/01, §4.

88 X&Y v. Holland (26 Mart 1985). AIHM, bireyler arasındaki ilişkiler konusunda da devletin çeşitli önlemler almasını gerektiren pozitif yükümlülükleri olduğuna,"yapıldığı iddia edilen haksızlığın ağır ve şiddetli doğası" göz önünde bulundurulduğunda medeni hukuk çözümlerinin yeterli koruma sağlamadığına hükmetmiştir.

89 "The very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom": Goodwin v. The UK, No. 28957/95, §90; Pretty v. The UK, No. 2346/02, §65; V.C. v. Slovakia, No. 18968/07, §105.

90 Bkz. Stoicescu v. Romania, No. 9718/03, §49.

Değerlendirme

Türk Anaya Mahkemesi'nin şimdiye kadar vermiş olduğu mobbing kararları, şu sorunun sorulmasını gerektirmektedir: AY madde 17/III'ün ihlali iddiasının incelenebilmesi için gerekli görülen asgari eşiğin aşıldığına hükmedildiği takdirde Mahkeme nasıl bir karar verecektir? Bu durumda da yine başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı mı verilecektir; yoksa asgari eşiğin aşılmış olduğu tespit edildiğinden, devletin usuli koruma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğuna mı hükmedilecektir?

Her iki halde de AY 36 ile AİHS 6 arasında Mahkeme tarafından kurulan ilişkinin tutarlı bir şekilde sürdürülmesi olanaklı görünmemektedir. Çünkü aksinin kabulü, Türk Ceza Kanunu'nun öngördüğü bir cezanın hukuk sistemi içinde etkili şekilde uygulanıp uygulanmadığının denetimini yargı organlarının yetki alanından çıkartmak anlamına gelecektir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de suç mağdurlarının Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamına girmediğine ilişkin içtihadını genişleterek, başka bir hakkın korunması konusunda devletin kendisine düşen koruma yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle 3. madde nedeniyle ihlal kararı verme yoluna gidebilmektedir[91]. Her ne kadar somut davada yasal düzenlemelerin eksikliği öne çıkmaktaysa da, mevcut yasaların uygulanmıyor olması da koruma yükümlülüğünün ihlaline denk bir durum teşkil etmektedir.

AY 17/I - AİHS 8 ilişkisinde insan onuru kavramıyla manevi kişiliğin korunması ve geliştirilmesi hakkına Anayasa Mahkemesi tarafından bir içerik kazandırılması zorunluluğu kaçınılmaz görünmektedir. Kişilerin hayatlarını iş hayatına katılarak, onurlu şekilde sürdürebilmelerinin koşulu, çalışma koşullarının bir hak ihlali yaratmayacak şekilde örgütlenmesinden ve korunmasından geçmektedir. Mobbinge maruz kalan birisinin işini kaybetmeyi göze alarak, salt tazminat davasıyla tatmin olmasını beklemek ya da idarenin kamu hizmetinin yürütülmesindeki özen yükümlülüğünü kamu görevlileri bakımından etkisiz kılacak şekilde kamu görevlilerini amirlerinin

91 Z. v. The UK No. 29392/95 (10/05/2001). Somut davada AİHM başvurucu çocuğun 3. maddede korunan haklarının İngiltere yasaları tarafından korunmasında yetersiz kalındığı gerekçesiyle ihlal kararı verirken, 6. madde açısından ise ret kararı vermiştir. Mobbing davalarında da başvurucuya yönelik eylemlerin toplamının hangi madde çerçevesinde değerlendirileceğine bağlı olarak, hukuk sisteminin etkili koruma yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesine dayanılabilir.

keyfiliğine terk etmek, birçok kişiyi AY 17/I'in koruma kapsamından çıkartmak anlamına gelecektir.

AİHM'nin madde 8 ile birlikte başka hakların da ihlal edilip edilmediğini birlikte değerlendirdiği kararlarında, usuli yükümlülüğün kapsamının ne kadar geniş tutulduğu düşünüldüğünde, cezai takipsizlik kararlarına karşı yapılan başvuruları sadece AY 36/AİHS 6 kapsamında değerlendirmenin olanaksızlığı daha iyi anlaşılacaktır. Anayasa Mahkemesi'nden beklenen, iş yaşamını ve koşullarını, Türk hukuk mevzuatındaki düzenlemeler ile maddi ve manevi bütünlük hakkının anlamı ışığında yorumlaması, anayasal güvencenin üçüncü kişiler, idare ya da yargı tarafından ihlal edilmesi halinde, mevcut normların etkili şekilde uygulanıp uygulanmadığını, yani fiilin ağırlığına göre etkili hukuki koruma sağlanıp sağlanmadığını, çok katmanlı bir incelemeyle değerlendirmesidir. Aksi takdirde günümüz iş dünyasının büyük yarası olan mobbingin faillerinin cezai kovuşturmadan tamamen muaf tutulması, AY madde 17'nin çok önemli bir yaşam alanında etkisiz kılınması sonucunu doğuracaktır.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Din Özgürlüğü

Dr. Hasan Sayim Vural
Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Değerli katılımcılar, hepinizi saygıyla selamlarım.

Bu başlık altında değinmek istediğim birkaç nokta var, bana ayrılan süre içerisinde onları olabildiğince derli toplu bir biçimde dikkatinize sunmaya çalışacağım.

Konuşmamda din özgürlüğü hakkının ikili karakterine ve bireysel başvurunun bu karaktere etkisine değineceğim. Bu doğrultuda, Anayasa Mahkemesinin din özgürlüğü hakkına ilişkin olarak şu ana dek verdiği iki bireysel başvuru kararını kısaca değerlendireceğim.

Temel hakların ikili karakteri konusu Anayasa hukukumuzda uzun zaman önce gündeme getirilmiş, fakat üzerinde pek durulmamıştı. Bildiğim kadarıyla doktrinde bu konu ilk olarak Yavuz SABUNCU hocamızın "*Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine*" başlıklı makalesinde ele alınmıştır. TODAİE'nin İnsan Hakları Yıllığı'nın 1985-86 yıllarına ait 7-8. cildinde yer alan bu makalede Yavuz Sabuncu, Alman anayasa doktrininde geliştirilen ikili karakter teorisinin anayasa hukukumuz bakımından karşılığını kısaca açıklar ve konuyu özellikle sosyal haklar alanındaki görünümleri üzerinden değerlendirir. Daha sonra bu konuya Zafer GÖREN'in ilk baskısı 1993'te yayımlanan Temel Hak Genel Teorisi adlı kitabında yer verildiğini görüyoruz. Bu çalışmalardan yararlanarak ben de Türkiye'de Din Özgürlüğüne ilişkin Anayasal Güvence başlıklı doktora tezimde, din özgürlüğü hakkının ikili karakterine değinme fırsatı buldum.

İkili karakter teorisine göre, temel haklar, öznel hak normları getirmekle aynı zamanda daima nesnel düzen normları getirmiş olurlar. Temel haklar, birincisi kamu otoritesine yönelik negatif yetki normları olarak, ikincisi hukuk düzeninin ögelerinin hukuksal yüklemlerini tanımlayarak ve üçüncüsü bir

bütün olarak hukuk düzeninin korumaya yöneldiği temel değerler ve onların kurumsal görünümleri konusunda bir belirleme getirerek, nesnel düzen normları olarak işlev görürler. İkili karakteri, Sabuncu'nun ifade ettiği gibi, temel hakların daima eşanlı olarak birlikte mevcut iki yönü olarak anlıyoruz. Anayasada yer alan temel hak normlarının ikili karakterini hatırda tutmak, temel hakların toplumsal işlevini ve somut hak öznesinin kamu otoritesiyle ilişkisini aşan yönlerini anlamayı kolaylaştıracaktır.

Bu sempozyuma sunulan değerli katkıların bir çoğunda da, ikili karakter terimi kullanılmış olmasa da, bireysel başvuru yolunun farklı temel hakların korunmasındaki işlevi vurgulanırken, hukuk düzeninin bu suretle tabi olduğu nesnel belirlenime işaret edildi. Ben de benzer bir değerlendirmeyi, ikili karakter kavramının sunduğu olanaktan da yararlanarak, kendi başlığımda yani Anayasanın özellikle 24. maddesinde ve AİHS'nin özellikle 9. maddesinde korunan din özgürlüğü konusunda yapmayı amaçlıyorum.

Din özgürlüğü terimini kullanış biçimimi kısaca açıklamalıyım. Anayasamızda 24. maddede "*din ve vicdan hürriyeti*" deniliyor. Bir önceki Anayasamızda 19. maddede "*vicdan ve din hürriyeti*" denilmişti. Dünyanın çeşitli ülkelerinde bu özgürlük buna yakın çeşitli adlarla adlandırılıyor ve tarafı olduğumuz uluslararası antlaşmaları da içeren uluslararası insan hakları hukukunda da çok uzun bir ismi var: Düşünce, vicdan, din veya inanç özgürlüğü. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 18. maddesinde olduğu gibi. Ya da bu Bildirgenin hükümlerini somutlaştıran Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesinde olduğu gibi. Bu uzun adla kastedilen şeyi ifade edebilmek için kısaca din özgürlüğü demeyi uygun görüyorum. Bu izah çerçevesinde, din özgürlüğünün ikili karakterini bu kapsamda ele alıyorum.

Temel hak olması gereği din özgürlüğünün de elbette bir ikili karakteri var: Bir yandan kişilere belirli haklar getirirken diğer yandan da belirli nesnel sonuçlar doğuruyor. Kişilerin dinsellik konusunda özgür olma haklarının tanınması, sadece onların yaşamında değil, herkesin yaşamında ve içinde yer aldığımız ilişkilerde ve de bu ilişkilerin olgusal ve normatif düzenlerinde geçerli olacak sonuçlar doğurur. Bu sonuçlar arasında özellikle üzerinde durulabilecek olanlar, siyasal toplumun yapılanması, kamu otoritesinin yapılanması, devletin yapılanması gibi konulardaki sonuçlardır. Din

özgürlüğü hakkının bu sahadaki nesnel yönünü araştırdığımızda başlıca iki kavramla karşılaşıyoruz: Laiklik ve tarafsızlık.

Laiklikle din özgürlüğü arasında, en azından belirli kavramsal yönden mevcut olan karşılıklı doğrulama ilişkisi nazarı dikkate alarak, din özgürlüğü hakkının nesnel yönünün laiklik olup olmadığına bakmak gerekir. Anayasa Mahkememizin 1971 tarihli Din Hizmetleri Sınıfı kararında (K. 1971/76) ortaya koyduğu ve daha sonraki içtihadında daima yer verdiği dört unsurlu laiklik tanımına göre, din özgürlüğü laikliğin bir unsurudur. Bu tanıma göre, herhangi bir dinsel yüklem taşımayan (tarafsız = nötr) devlet, dinsel normlara dayanmayan bir kamu düzenini kurar ve sürdürürken, kişilerin din özgürlüğünü tanır; korur ve kamu düzeninin koruyucusu sıfatıyla din özgürlüğüne sınırlamalar getirir. Burada din özgürlüğü siyasal ve anayasal bir kurum olan laikliğin bir unsuru mahiyetindedir. Anayasa Mahkemesinin gerek buradaki tanımına gerekse bu tanıma atıfta bulunduğu sonraki içtihadında ortaya koyduğu din özgürlüğü kavrayışında, kişilere ait bir hak olarak din özgürlüğünü değil, siyasal bir kurum olarak din özgürlüğünü dikkate aldığı sonucuna ulaşabiliriz. Bu kavrayışta din özgürlüğü, laiklik kurumunun bir alt kurumu ve bir türevidir. Dolayısıyla, din özgürlüğü ve laiklik arasında karşılıklı doğrulama ilişkisi gösterilmekle birlikte bu bir türeme ilişki dolayımında gerçekleşmektedir. Bu nedenle bunu, ikili karakter teorisinde vurgulanan ilişkinin aynı istikamette fakat ters yönde gösterilmesidir diyebiliriz.

Tarafsızlık (nötralite) ise, siyaset ve hukuk bilimlerinde geniş bir kullanım alanı bulunan bir terimdir. Kendisini resmen laik olarak nitelesin ya da nitelemesin, çağdaş demokratik hukuk düzenlerinin birçoğunda müesses bir norm olan tarafsızlık, kamu otoritesinin farklı inançlar ve dünya görüşleri karşısında nötr bir durum ve tarafsız bir konumda bulunmasını ifade etmektedir. Tarafsızlık ilkesini Amerikan ve Türk anayasa hukuklarında karşılaştırmalı olarak ele aldıkları 2007 tarihli çalışmalarında Selin Esen Arnwine ve Levent Gönenç, şekli ve maddi tarafsızlık ikili ayrımını benimseyerek; Türk anayasa hukukunda şekli tarafsızlık anlayışının hakim olduğunu, Amerikan anayasa hukukunda ise maddi tarafsızlık anlayışının öne çıktığını gösterirler.

Tarafsızlık ve laiklik terimlerinin işaret ettikleri kavramsal sahanın oldukça geniş olduğu ve çok sayıda farklı kavrayışlara ev sahipliği yaptığını

hatırda tutarak, sonuç olarak şu belirlemeyi bir hareket noktası olarak benimseyebiliriz: Laiklik kavramında vurgu, devlet kurumu ile dini kurumlar arasındaki ilişkinin belirli bir modelindedir: Bu kurumlar birbirinden ayrıdır, devlet siyasi egemendir, dini kurumlar ise din özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü gibi güvenceler çerçevesinde mevcudiyet ve faaliyet gösterir. Tarafsızlık kavramında ise vurgu, devlet kurumunun farklı dini inançlara ve kurumlara yaklaşımının belirli bir niteliğindedir: Kurumsal olarak devlet, örneğin kiliselerden ayrı olabileceği onlardan birini bünyesinde örgütlemiş ya da birkaçını kamu hukuku statüsüyle tanımış da olabilir. Ancak her durumda, ilişkilerin modeli ne olursa olsun ve bu modelin farklı kiliseler bakımından simetrik ya da asimetrik olması fark etmeksizin, kamu otoritesinin farklı inançlar karşısında tarafsız ya da nötr bir nitelik gösterebilmesi gerekir. Böylelikle tarafsızlık kavramı, kilise devlet ilişkilerinde belirli bir modeli zorunlu kılmaksızın, devlet otoritesinin belirli bir nitelikte olması gerektiğini ifade etmek bakımından işlevselidir. Kurumların tarihsel gerçeklikler olduğu ve kurumsal mimarinin çağdaş demokratik düzenler içinde bir hayli çeşitlilik gösterebildiği de dikkate alındığında, tarafsızlık kavramı, bu kurumsal çeşitlilik içinde belirli bir maddi niteliği öne çıkarma ve gerekliliğini vurgulama amacına hizmet etmektedir.

Laiklik kavramında vurgunun kurumsal boyutta ve kurumlar arası ilişkinin belirli bir modelinde olmasını dikkate alarak şunu ileri sürebiliriz: Laiklik tarafsızlığı kolaylaştırıcıdır ancak onu garanti etmeye yeterli değildir. Buna karşılık tarafsızlığın laik olmayan bir ilişki modelinde nasıl sağlanabileceği ilk aşamada kolay yanıtlanamayacak bir sorudur. Bununla birlikte, örneğin Avrupa Konseyi üyesi çağdaş demokrasilerin birçoğunda resmi kilise, milli kilise, kamu hukuku statüsü veya kamu tüzel kişiliği tanınmış kilise gibi kurumsal modeller yürürlükteyken, tarafsızlık ilkesinin bu mimaride nasıl gerçekleştirilebildiğine bakılabilir. İşte bu noktayı dikkate alarak diyebiliriz ki, din özgürlüğüne ilişkin temel hakkın nesnel sonucu, devlet ile kiliseler arasındaki ilişkilerin kurumsal modeli ne olursa olsun kamu otoritesinin farklı inançlar karşısında nötr olmasını gerektiren tarafsızlık ilkesidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 2011 tarihli İtalya'ya karşı Lautsi davasında sergilediği kavrayış da bu yöndedir.

Lautsi/İtalya, İtalya'da kamu okullarındaki her sınıfın duvarında haç bulunması uygulamasının konu edildiği bir davaydı. Kendisini seküler (=laik) olarak tanımlayan başvurucu, velisi bulunduğu öğrencinin kendi

benimsemediği bir dinin kutsal sembolüne kamu okulunda daimi surette maruz kalmasının, Sözleşme'nin 9. maddesinde korunan inanç özgürlüğü hakkı yanı sıra Birinci ek Protokol Madde 2'de korunan velinin inançlarına saygı gösterilmesini talep hakkını ihlal ettiğini ileri sürmekteydi. Ulusal yargı makamları karşısında ise, Sözleşme'de korunan bu haklar yanında, İtalya'da anayasal düzeyde yer verilen laiklik ilkesine aykırılık savına dayanmış, ancak lehe sonuç alamamıştı. Davalı taraf devletin savunması ise, okullardaki haçın dini bir sembol değil, tarihsel kökleri olan kültürel ve ulusal bir sembol olduğu iddiasına dayanıyordu. Davaya bakan AİHM dairesi başvurucu lehine hüküm verdi. Dairenin gerekçesi, taraf devletlerin Sözleşmeden doğan yükümlülüğünün tarafsızlık olduğu ve okuldaki haçın bu yükümlülüğü ihlal ettiği yönündeydi. Taraf devlet davayı Büyük Daire'ye taşıdı. Bu aşamada, tartışmaya Avrupa genelinde devasa bir katılım oldu. Lautsi davası, AİHM nezdinde görülen davalar arasında açık ara en çok sayıda dostane görüşün sunulduğu dava oldu. Taraf devletlerin hükümetlerinden, kiliseler ve diğer inanç kurumlarından, hükümet dışı kuruluşlardan olmak üzere yüzü aşkın sayıda dostane görüş Mahkemeye ulaştırıldı. Böylelikle taraflardan her ikisi lehine de çok sayıda görüş ortaya kondu. Avrupa kamuoyunda da geniş yankı bulan davada, her iki görüşün de yaygın ve güçlü biçimde desteklendiği gözlendi. Büyük Daire karar gerekçesinde Dairenin gerekçesinde ortaya konan tarafsızlık doktrini aynen benimsedi; ancak tam da bu kapsamlı tartışmada ortaya çıkan uzlaşmazlık manzarasına dayanarak, haçın niteliği konusunda bir Avrupa mutabakatı bulunmadığını tespit etti ve davalı taraf devlet lehine hüküm verdi.

AİHM'nin en tartışmalı kararlarından birini verdiği Lautsi davasının ayrıntıları kuşkusuz çok zengin ve çok öğretici. Ancak buradaki başlığımız bakımından, birbirine zıt yönde iki kararın gerekçesindeki ortak noktayı oluşturan tarafsızlık doktrinine odaklanmak istiyorum. Zira bu nokta, din özgürlüğünün nesnel sonucunun her durumda ne olduğu sorusuna AİHM içtihadında bir yanıt gösteriyor. Mahkeme, taraf devletin laik olup olmamasını ulusal hukuk bakımından geçerli bir mesele olarak tespit ederek, kendi yargı yetkisinin sınırını hatırlattı ve Sözleşme'nin 9. ve Birinci Ek Protokol 2. maddelerinde korunan din özgürlüğünün sonuçlarını tartışmakla kendisini sınırladı. Mahkemeye göre, taraf devletin bu hükümler dolayısıyla taahhüt altına girdiği yükümlülük, tarafsızlıktır. Kurumsal ilişki modeli laiklik olsun ya da olmasın, Sözleşme'ye taraf her devlet tarafsızlığı taahhüt etmiş

bulunmaktadır. Bu taahhüt, taraf devlete herhangi bir ilişki modeli dayatmaz; ancak her durumda tarafsızlığın sağlanmasını şart koşar.

Hiçbir büyük kamusal tartışma mahkeme kararlarıyla bitmez ama her bir karar tartışmanın gelişiminde belirli bir karar noktasını işaretler. Lautsi davası, AİHS'nin taraf devletlere laiklik yükümlülüğü getirmediği ama tarafsızlık yükümlülüğü getirdiği doktrinini yerleştirmesi bakımından konumuza ışık yutuyor. Bir devletin kendi egemenlik yetkisi altında bulunan kişilere din özgürlüğüne ilişkin belirli öznel haklar tanıma ve onları koruma taahhüdü altına girmesi, başka bir hüküm dolayımı gerekmeksizin, o devleti inançlar karşısında tarafsızlık taahhüdü altına da koymaktadır. Dolayısıyla din özgürlüğünün ikili karakterindeki nesnel düzen yönünün, devletin tarafsızlık yükümlülüğü olduğu sonucuna ulaşabiliriz. Bu normatif nesnel sonuç yanında, olgusal olarak bekleyebileceğimiz nesnel sonuç ise çeşitlilik ve çoğulculuktur. Öyle ya, herkesin dinsellik konusunda baskıdan özgür olması anlamında din özgürlüğü sağlanmışsa, her halde herkesin istediği dine inanmasını bekleriz; öyle bir yerde her türlü inançtan insanları görmeyi bekleriz. Ek olarak, inançlar konusunda farklı değerlendirmelerin ve tutumların bir çeşitliliğini güvenceye alan bir çoğulculuk görmeyi bekleriz. Ya da bunu göremediğimizde, örneğimizdeki toplumda din özgürlüğü hakkının olağan olgusal nesnel sonuçlarını üretecek ölçüde gerçekleşmediği sonucuna varırız.

Anayasa Mahkemesinin din özgürlüğü konusundaki bireysel başvurudan önceki içtihadının biraz önce andığım 1971 Din Hizmetleri Sınıfı kararındaki dört unsurlu tanımda olduğu gibi uluslararası insan hakları standardı ile temelde benzeşen bir yönü bulunuyordu. Ancak bu tanımda, hak temelli bir perspektif değil kurum temelli bir perspektif bulunduğuna dikkat çekmek isterim. Nitekim Mahkemenin din özgürlüğü hakkına ilişkin davalarda esasa ilişkin incelemesinde daima "*laik bir devlet bunu yapabilir mi?*" biçiminde kısaca formülleştirebileceğimiz bir soruyla hareket ettiği görülüyor. Kişilere din özgürlüğü güvencesi getiren bir devletin neyi yapıp yapamayacağı, örneğin eldeki davaya konu normu getirip getiremeyeceği yönünde bir soruyla ise hiç karşılaşmıyoruz. Keza dört unsurlu tanımı daima zikretmekle birlikte, oradan bir ölçüt çıkarılıp eldeki davaya uygulandığını da görmüyoruz. 1979 ve 1995 tarihli nüfus kaydında din verisi konulu davalarda verilen kararların gerekçeleri bu bakımdan tipiktir. Mahkeme kısaca, laik bir devlette bu kayıt yapılabilir demiştir. Anayasa Madde 24'teki ve 15'teki açık karşı hükümlere rağmen. Yine örneğin 1995 tarihli davada o tarihte

Mahkeme üyesi olan 10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in karşı oyu çok öğreticidir. Sezer, kısa karşı oy yazısında, tartışılması gereken şeyin laik devletin neye izin verip vermeyeceği değil, bir hukuk devletinde Anayasada açıkça belirtilmiş bir güvenceye uyulup uyulmayacağı olması gerektiğini hatırlatır. Bu davada Sezer'in temsil ettiği bu görece en ileri noktada bile, hala, öznel hakları göremiyoruz. İnsan haklarına saygılı hukuk devletinde anayasal hak güvenceleri göz ardı edilebilir mi? Bu soruyla hiç karşılaşmıyoruz.

Din özgürlüğünün kapsamı ve sınırları ile kamu otoritesinin bu alandaki öznel haklara mukabil yükümlülükleri konusunda bireysel başvuru öncesi AYM içtihadında pek bir ipucu bulamıyoruz. Bu konularda noktasal yanıtlar var; mesela 1989 ve 1990 tarihli başörtüsü kararlarında, laiklik özgürlüklere kıydırılamaz ve dilediğiniz gibi giyinme özgürlüğü inanç özgürlüğü ileri sürülerek iddia edilemez denmiştir. Laikliğin kurumsal yönünden hareketle gerekçe kuran ve hükme giden bu yaklaşım, Mahkemenin norm denetimi işlevinin müsaade ettiği pratik bir olanaklılığa dayanmaktaydı. Çünkü Mahkemenin yapması gereken şey, bir normun Anayasa'ya uygunluğu konusunda hüküm vermekti ve laik devlet niteliğini merkeze alan kurumsal bir analiz pekala iş görürken; hak temelli bir analize, yani din özgürlüğü güvencesinin neyi gerektirdiğine ilişkin bir analize gerek görülmeden de sonuca gidilebiliyordu. Ancak bireysel başvuru yolu bu yaklaşımın sürdürülebilir olmadığı yeni bir görev alanı tanımlamaktadır: Temel hak yargılaması. Ve norm denetiminden farklı olarak, temel hak yargılamasında, hak temelli analiz merkezde olmak zorundadır. Öznel hakları ve onlara mukabil kamunun yükümlülüklerini konuşmadan, laik devlet niteliğinin kurumsal analiziyle temel hak yargılaması elbette yapılamaz. Bu nedenle, din özgürlüğünün mahiyeti, kapsamı, sınırları ve ilgili öznel haklar ile kamu otoritesinin bunlara mukabil yükümlülükleri konusunda artık AYM içtihadının yol gösterici olacağını bekleyebiliriz.

Sonuç olarak bireysel başvurunun temel hakları ve bu arada din özgürlüğüne ilişkin temel hakları merkeze taşıma etkisinin olacağını bekleyebiliriz. Her davada sadece başvurucunun öznel hakkının korunması değil herkesin aynı tür haklarının korunma rejiminin netleşmesi ve dolayısıyla devletin tarafsızlık yükümlülüğünün içeriğinin netleşmesi mümkün olabilecektir. Bütün bireysel başvuru davalarında olduğu gibi din özgürlüğüne ilişkin bireysel başvuru davalarında da bu nesnel beklentilere sahibiz.

Anayasa Mahkemesinin resmi internet sitesinde yayımladığı istatistiklere göre Anayasanın 24. maddesinde korunan haklara ilişkin şu ana dek 455 başvuru yapılmış. Bu başvurulardan ikisi hakkında yayınlanmış karar var. Diğerlerinin akıbeti hakkında yayımlanmış bir veri yok; bu nedenle bir yorumda bulunamıyorum.

Din özgürlüğüne ilişkin şu ana dek yayımlanmış iki bireysel başvuru kararı var; ikisi de çok mühim kararlar ve bu toplantıda daha önce başka vesilelerle değinildi. Bunlardan ilki 2013 tarihli Mardin Süryani Katolik Kilisesi Vakfı kararı. Burada mülkiyet hakkıyla bağlantılı bir mesele var ve mülkiyet hakkı konulu sunumda kararın bu yönüne değinildi. İkincisi 2014 tarihli Tuğba Arslan kararı, burada da ayrımcılıkla ilgili bir mesele var ve Ulaş Karan ayrımcılık konulu sunumunda bu karar üzerinde durmuştu. Peki din özgürlüğü yönünden bu kararlar ne sonuç verdi, izninizle kalan süremizde kısaca bu soruya bakalım.

2014 Tuğba Arslan kararı bu konuda her halde görebileceğimiz en cömert mahkeme kararı; çünkü bu kararda inanç özgürlüğünün kapsamının belirlenmesi konusunda oldukça zengin bir içerik olduğunu görüyoruz. Anayasa Mahkemesinin din özgürlüğünün kapsamı, ilgili öznel haklar ve bunların sınırları gibi kilit önemdeki konularda ilk kez söz aldığı karar da bu. Ve zannediyorum bundan dolayı olsa gerek, Mahkemenin din özgürlüğü hakları ile din temelli ayrımcılığa uğramama haklarıyla ilgili kavrayışının temelleri genişçe ortaya konulmuş. Bireysel başvuru öncesi AYM içtihadında bu konuda pek bir ipucu olmadığına az evvel değinmiştim; bu kararda Mahkemenin de esas olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin inanç özgürlüğü içtihadı ve ayrımcılık içtihadında ortaya konulan temel çerçeveyi benimsediğini görebiliyoruz.

Tuğba Arslan kararında din özgürlüğünün anayasa düzeyinde korunması konusunda önemli bir kaç soruyla ilgili Mahkemenin yaklaşımı da ortaya konulmuş oldu. Bunlardan ilki, Sözleşme'yle Anayasa arasındaki açık lafzi fark, hakkın kapsamı konusunda bir farka yol açar mı sorusu. Özellikle, AİHS 9. maddede "*ibadet, öğretim, uygulama ve gereklerini yerine getirme*" terimleriyle dört tipik izhar biçimine yer verilirken; AY 24. maddede "*ibadet, ayin ve törenler*" terimleriyle ilk bakışta daha dar kapsamda bir inancını izhar alanı tanınmış olmasından doğabilecek fark. Kararda Mahkemenin bu soru üzerinde hiç durmadığı görülüyor ve iki hukuk kaynağında yer alan hükümler

arasında olabildiğince paralellik görmek eğiliminde olduğu anlaşılıyor. Nitekim Mahkeme 24. maddenin kapsamını da uygulama ve gereğini yerine getirme gibi Anayasamızda bulunmayan ama sözleşmelerde (hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hem de Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin din ya da inancını izhar özgürlüğü hakkına ilişkin hükümlerinde) bulunan kavramlarla açıklıyor. Demek ki Mahkeme bu kavramlara lafzi olarak yabancı olsalar bile anlayış olarak 24. madde yorumlamasında yer veriyor.

İkinci bir soru, din özgürlüğünün yasayla sınırlanmasıyla ilgili. Anayasa'nın 24. maddesinin yasayla sınırlama sebebine yer verip vermediğiyle ilgili. Benim incelememde ulaştığım kanaat yer vermediği yönündeydi. 24. maddede din özgürlüğünün sınırlarıyla ilgili üç hüküm görüyoruz; bunlardan ilki Maddenin ikinci fıkrasında yer alan ibadetlerin "*14. madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla serbest*" olması hükmü. Bu sadece görünüşte (sureta = prima facie) bir sınır, çünkü bütün temel haklar 14. madde hükümlerine aykırı olmamak koşuluna zaten tabidir. Burada yer verilen lafzı, tekrar yoluyla vurgulama niteliğinde yorumlamaktan yanayım. Öte yandan, bunun her durumda bir yasa kaydı hükmü değil anayasal sınır hükmü olduğu görülüyor. 14. madde hükümlerine aykırı bir durumda haklara yasa koyucunun belirli bir takdir yetkisi temelinde yasa kaydı getirmesi söz konusu olamaz; 14. madde anlamındaki kötüye kullanma, zaten yasaklanmış ve anayasal güvence alanının dışında tutulmuştur. Dikkatinize sunacağım diğer iki sınır hükmü de, benzer şekilde, yasayla sınırlamaya değil anayasal sınırlara ilişkin hükümler: Din eğitiminin özel rejimini gösteren Madde 24/4 ve kötüye kullanmanın din özgürlüğüne özgü bazı biçimlerini özel olarak düzenleyerek yasaklayan böylelikle de hakkın kapsamından çıkaran Madde 24/5 hükümleri. Her ikisi de din özgürlüğü hakkının anayasal sınırlarını gösteriyor. Tuğba Arslan kararında Anayasa Mahkemesinin, bu hükümleri yasayla sınırlama sebebi olarak ele aldığını görüyoruz. Doktrinde bu İbrahim Kaboğlu hocanın Özgürlükler Hukuku adlı çalışmasında kısa bir değiniyle yer verdiği bir görüştür. Az önce ortaya koymaya çalıştığım noktalardaki soru işaretleri baki olmakla birlikte, yürürlükteki hukukumuzda Anayasa Mahkemesi içtihadı düzeyinde sorunun yine buradaki şekilde cevaplandığı anlaşılıyor. Benzer şekilde Mahkeme de bu sorunu tartışmış değil; fakat sonuçlandırmış durumda.

Süremin sonuna gelmekte olduğumu görüyorum, izninizle 2013 Mardin Süryani Katolik Kilisesi Vakfı kararındaki iki noktaya kısaca

değinmek isterim. İlk olarak, başvurucu bir tüzel kişi ve Anayasa Mahkemesi başvurucunun din özgürlüğü hakkını özneliğini tartışmaksızın kabul ediyor. Buradan hareketle, tüzel kişilerin din özgürlüğü haklarına, özneliğini Mahkemenin kabul ettiği sonucunu işaretleyebiliriz. Bu davada mülkiyet hakkı ihlali iddiasıyla bağlantılı olarak ileri sürülen bir de din özgürlüğü ihlali iddiası var. Mahkeme öncelikle mülkiyet hakkına ilişkin meseleyi ele alarak ihlal bulunmadığı sonucuna ulaşmış bulunuyor. Ardından, başvurucunun din özgürlüğüne ilişkin ihlal iddiasının mülkiyet hakkına ilişkin iddianın doğrudan bir sonucu olduğunu tespit ediyor: Başvurucu, din özgürlüğü hakkının ihlal edilmesine ilişkin ek bir olgu ve iddia sunmuş değil. Bundan hareketle Mahkeme, mülkiyet hakkıyla ilgili vardığı sonucu dikkate alarak, din özgürlüğü yönünden de bir ihlal bulunmadığına hükmediyor.

Bu kararda Anayasa Mahkemesinin dava konusu kamu gücü işlemlerinin nitelenmesiyle ilgili yaptığı bir şey dikkat çekici: Başvurucunun başlangıçta iki tane binası var; biri patrikhane diğeri kilise olarak kullanılıyor. 1979 yılında bir kamulaştırma kararı alınarak patrikhane olarak kullanılan binanın mülkiyeti Kültür Bakanlığına alınıyor. Vakıf kamulaştırma işlemini idari yargıda dava etse de lehe karar alamıyor ve bu binanın mülkiyetini kaybediyor. Kamulaştırmadan sekiz yıl sonra yapılan kadastro işlemi sırasında ise, diğer binanın yani kilise olarak kullanılan binanın bir kısmı da Hazine adına tescil ediliyor. Burada hatalı bir tescil olduğu açık, fakat Vakıf bu tescilden haberdar olduğunda başvuru yolu hak düşürücü süreler nedeniyle kapalı durumda. Yakın tarihte çıkarılan ve Avrupa Birliği üyeliği sürecinde demokratikleşme ve uyum amacı güden bir yasa kapsamında cemaat vakıflarının kamulaştırma harici yollardan kaybettikleri gayrımenkul mülkiyetlerinin iadesi yolu açılıyor ve Vakıf bu kısım için başvuruda bulunuyor. İdari ve yargısal yollardan sonuç alamayınca bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine geliyor. Anayasa Mahkemesi de daha önceki kanun yollarında yapılan tespiti tekrarlıyor ve kamulaştırma yoluyla kaybedilmiş mülkiyetin ilgili yasada tanınan hak kapsamında olmadığını dikkate alarak ihlal bulunmadığı sonucuna ulaşıyor. Oysa başvurucunun dava konusu, kamulaştırılan patrikhane binası değil, kamulaştırılmayan kilise binasının sekiz yıl sonraki kadastro işlemi sonucunda Hazine adına tescil edilmiş olan kısmı. Tescilde bir hata olduğu açıkça görülüyor, kilise binasının bir kısmının kamulaştırılmış olması mümkün değil. Görünüşe göre Anayasa Mahkemesi kararında buraya dikkat edilmiş değil. Din özgürlüğü

konusunda ilk bireysel başvuru kararı olarak bu kararın hiç de umut verici bir başlangıç sunmadığını düşünüyorum. Davanın esas meselesi gereği, bu konuyu özellikle işin mülkiyet hakkı kısmıyla ilgili çalışmaları olan hocalarımın dikkatine sunmak istiyorum, belki tartışma kısmında bu konuya girebiliriz, çünkü burada bir problem görüyorum ama sizlerin baktığınız yerden nasıl göründüğünü de doğrusu öğrenmek isterim.

Sabrınız için çok teşekkür ederim.

Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti Çatışmasında İfade Hürriyeti Dengesi

Yrd. Doç. Dr. Murat Tümay
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Özet

İnsan hakları kavramı günümüz demokratik hukuk devletlerinin vazgeçilmez unsurları arasında yar almaktadır. İnsan haklarını tanıyan, koruyan ve bu standartların üstüne çıkmayı hedefleyen devletler her bir insan hakkı açısından ayrıntılı güvencelere yer vermekte bu yolla meşruiyet temelini sağlamak ve çoğulcu toplum yapısında birlikte yaşamı mümkün kılmayı amaçlamaktadırlar. İfade hürriyeti bu bağlamda önem arz eden bir insan hakkı olarak öne çıkmaktadır. İfade özgürlüğü başlı başına kendisinin önemi, insan için varoluşunun bir yansıması olması, insanın kişiliğini, yeteneklerini kısaca kendisini geliştirmesi için önemli olmaları açısından vazgeçilmez haklardan biridir. İfade özgürlüğü aynı zamanda ilgili ve ilişkili din ve vicdan hürriyeti, toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkı, örgütlenme özgürlüğü gibi hakların kullanımında da önem arzeden bir hak olması hasebi ile demokratik bir toplumun ve siyasal sistemin olmazsa olmaz yapıtaşlarından da birini oluşturmaktadır. Özellikle de ifadenin teknolojik gelişmeler sayesinde basın ve benzer organizasyonlar aracılığı ile birden fazla kişiye hızlı bir şekilde ulaşmasının mümkün olması hakkın hem içeriğinin korunmasını hem de -olası hak çatışmaları ortaya çıkabileceğinden- sınırlarının belirginleştirilmesi zaruretini artırmıştır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi bu bağlamda ifade hürriyetinin içeriği kapsamı ve sınırları açısından bir çerçeve oluşturmuştur. Bu çerçevenin belirtilen sebeplerle somut olaylarda yeniden değerlendirilmesi zarureti ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ortaya koyduğu içtihatlar ile karşılanmaya çalışılmıştır. Bu çalışmada öncelikle ifade hürriyetine dair genel açıklamalarda bulunulacak sonrasında ise basın hürriyeti kapsamında ifade özgürlüğünün kullanılmasına yönelik incelemeler Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru üzerine verdiği güncel bir karardan hareketle ve içtihatlar doğrultusunda irdelenecektir.

A. İfade Hürriyeti Kavramı, Kapsamı ve Sınırları

İfade hürriyeti, insan hakları başlığı altında ele aldığımız haklardan biridir. Ve diğer insan haklarında da olduğu gibi iki kavramla ayrılmaz bir bütünlük gösterir. Bunlar demokrasi ve hukuk devleti kavramlarıdır. Günümüzde demokrasi ve insan hakları kavramları birbirine içkin niteliktedir. Biri olmadan, diğerinin anlamlı bir varlığı olamayacağı kabulü yaygındır. Yani insan haklarının tanındığı ve korunduğu bir sistem demokratik olarak nitelendirilebilecektir. Demokratik bir yönetim ise tam anlamıyla meşruiyetini sağlamak ve hedeflerine ulaşabilmek için insan haklarını tanımak ve korumak yükümlülüğü altına girmelidir.[1] Bu bağlamda hukuk ve insan hakları arasında da bir ilişki kurulmaktadır. Demokratik yönetimler hukuk kuralları aracılığı ile insan haklarını koruma ve geliştirme fonksiyonunu yerine getirmeye çalışmaktadırlar. Hukuk kuralları aracılığıyla düzenlemeler yapılırken hakkın öncelikle düzenlenmesi ve teminat altına alınması yönünde bir tutum sergilenir. Netice olarak ifade hürriyeti bir insan hakkı olması sebebiyle demokratik hukuk devletlerinde tanınmakta ve korunmaktadır. Demokrasi ve hukuk devleti kavramlarının temellendirilmesi, insanın kendini gerçekleştirmesi, gerçeğin ortaya çıkması ve hoşgörü ortamının yaratılması ve benzeri konularda üstlendiği rol ifade özgürlüğünün önemini ortaya koymaktadır.[2] Ancak belirtmek gerekir ki toplum halinde yaşamanın getirdiği bir takım sorumluluklar, insan hakları açısından da sınırların belirlenmesi zaruretini doğurmaktadır. Çünkü insan toplum içinde yaşayan bir varlık olarak haklarını kullanırken diğer insanların sahip olduğu haklarla bir takım menfaat çatışmaları içine girebilmektedir. Bu gibi durumlarda hakkın sınırlarının bilinmesi ve uygulanması önem arz edecektir. İfade hürriyeti de hiç şüphesiz bir takım sınırlara uygun olarak düzenlenecek bir hak alanıdır. Sınırlamalar konusunda ise ulusal yargı makamlarının uygulamaları ve Avrupa İnsan hakları mahkemesi kararları çoğunlukla farklılık arz etmektedir. Özellikle ulusal mahkemelerin ifade hürriyetini ortadan kaldırıcı yaklaşımı çoğunlukla tercih ettikleri görülmüştür. Belirtmek gerekir ki insanlık tarihi incelendiğinde, fikirlerin yasaklanması onların ortadan kaldırılmasından

1 ÇEÇEN, Anıl,' İnsan Hakları', Gündoğan Yayınları, Üçüncü Baskı, Ankara, s. 56

2 ERDOĞAN, Mustafa, 'İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku', Orion Kitapevi, Genişletilmiş İkinci Baskı, s.216,217,218; İfade özgürlüğünün neden gerekli olduğu yönündeki benzer argümanlar için bkz. SCHAUER, Frederick, 'İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme', http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/ifade-ozgurlugu-felsefi-bir-inceleme.pdf

ziyade daha fazla taraftar toplamalarına da hizmet edebilmiştir. Ve çoğu zaman yasaklanan fikirler sebebiyle şiddet eğiliminin arttığı ve toplumsal barışın ortadan kalktığı da gözlemlenmiştir. [3]

İfade hürriyeti kişinin kendi varlığını geliştirmesi için kullandığı önemli araçlardan biridir. Özelikle insanı diğer canlılardan ayıran en temel özelliği düşünebilme ve düşündüklerini ifade edebilme yeteneğidir. Bu bağlamda insanın varlığı, bu yetenekle diğer canlılardan ayrılmış ve üstün konumda sayılmasına olanak vermiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki ifade sadece onu açıklayan birey üzerinde etkileri olan tek yönlü bir kavram değildir. İfade düşüncenin somutlaşmış ve dış dünyaya yansımış şeklidir ve bir yönüyle artık diğer insanları da etkiler durumdadır. Bu etkileyiş düşünsel birikimin sağlanması, tartışma ve hoşgörü ortamının yaratılması ve hakikate ulaşmanın sağlanabilmesi işlevi görebilir. Ancak aynı etkileyiş sürecinde insanları aldatmak, kandırmak, manipüle etmek ve yanlış yönlendirmek gibi sonuçların da ortaya çıkabildiği görülmektedir[4]. Bu bağlamda ifadelerin konuşan dışındaki bireylere, topluluklara ya da devlet ve benzeri yapılar üzerinde zarar doğurabilecek kısa ya da uzun vadeli sonuçlara sebebiyet verebildiği söylenebilir.[5] Özellikle de ifadeler belli bir kimse ya da topluluğa yöneldiğinde bu tür çatışmalar sıklıkla ortaya çıkmakta ve çatışan haklar arasındaki dengeyi tesis etme ihtiyacı, ifade özgürlüğünün ayrıntılı bir tahlilini amacını ve sınırlarını ortaya koyma zaruretini doğurmaktadır.

İfade hürriyetine dair Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

'Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin

3 ERDOĞAN, s. 218

4 BENEDEK, Wolfgang (Yayına Hazırlayan), 'İnsan Haklarını Anlamak: İnsan Hakları El Kitabı', Avrupa İnsan Hakları ve Demokrasi İçin Eğitim ve Araştırma Merkezi(ETC),s.408.

5 SCHAUER, Frederick, 'İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme', http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/ifade-ozgurlugu-felsefi-bir-inceleme.pdf, s. 15

önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.'

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi incelendiğinde ilk fıkranın hakkın kapsamı ve içeriğine yönelik açıklamalar içerdiğini ve ikinci fıkranın da bu temel hak ve özgürlüğün hangi sebeplerin varlığı halinde sınırlanabileceğini, *sınırlayıcı bir biçimde* düzenlediği görülmektedir. İlk fıkra uyarınca ifade hürriyetinin içeriği konusunda yol göstermektedir. Bu bağlamda ifade hürriyeti kanaat özgürlüğünü, haber alma özgürlüğünü, bilgi ve fikir aktarma özgürlüğünü ve iletişim araçlarının da özgürlüğünü kapsamaktadır. İkinci fıkra incelenecek olursa bu fıkrada sınırlamalar açısından getirilen üç sınır dikkat çekmektedir. İfade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar kanunla öngörülmüş olmalı, demokratik toplum açısından gerekli olmalı ve sınırlı sayıda belirtilen amaçlardan birine yönelik olmalıdır. Sınırlı sayıda ifade edilen kavramları kendi içinde gruplayacak olursak; İlk olarak, genel kamu yararını korumaya yönelik olan sınırlamalardan bahsedebiliriz. Bunlar ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu güvenliği, düzeni koruma, suçu önleme, sağlığı ya da ahlakı koruma olarak ifade edilebilir. İkinci olarak diğer kişisel hakları korumaya yönelik sınırlamalar gelir. Bunlara örnek olarak başkalarının şöhret ya da haklarının korunması, gizli haberlerin açığa çıkmasının engellenmesi verilebilir. Son olarak da yargı organının güç ve üstünlüğünü korumak ve sağlamaya yönelik zorunlu olarak sınırlanması gereken durumlar yer alır.[6] Burada ifade edilen sınırlamaların sayıca çok olması ifade hürriyetinin kapsamı ve içeriğinin müdahaleye oldukça elverişli olduğu kanısını uyandırabilir Ancak belirtilen sınırlamalar için iki genel şartın varlığı da ek olarak aranmaktadır. Bunlar sınırlamaların kanunla öngörülmesi ve demokratik toplumda zorunlu olmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile madde metninde geçen kavramların nasıl anlaşılması gerektiğine yönelik içtihatlar oluşturulmuş ve daha güvenceli bir sınırlama rejimi oluşturulmaya çalışılmıştır. Divan ilk kez basın yoluyla düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ilişkin ihlal kararının *Sunday Times (İngiltere)* kararında vermiştir. Bu davada Sunday Times gazetesinin bir ilaca

6 TEZCAN, Durmuş, 'Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat', Etki Yayıncılık, 2002, s. 8

ve bu ilaçla ilgili olarak açılan davalara yönelik makalenin yayınlanması konusunda ihtar alması söz konusudur. Mahkeme aracılığıyla ihtar gönderildiği için gazetenin mahkeme emrine uyma zorunluluğu sebebiyle makaleyi yayınlaması engellenmiştir. İngiliz hukukuna uygun olarak alınan bu geçici önlem AİHM tarafından demokratik toplum açısından zorunlu bulunmayarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir.[7] *Autronic AG(İsviçre)* kararında Üye devletlerin ifade hürriyetine getirilecek sınırlamayı belirlemek konusunda takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmekle birlikte bu hakların sınırlandırılması konusunda izlenen usulün sıkı bir şekilde denetleneceğini ve sınırlamanın zorunluluğuna dair inandırıcı deliller ortaya konulması şartını arayacağını belirtmiştir.[8]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ifade hürriyetini düzenleyen 10. maddesinin 2. fıkrasına ilişkin dikkatle incelenmesi gereken diğer husus ise madde lafzında yer alan *'…Bu….özgürlüklerin…kullanımı….bağlanabilir.'* ifadesidir. Madde metninin lafzının yorumlanması suretiyle getirilecek sınırlamaların ifade hürriyetinin sadece belirli bir kullanımı üzerinde olabileceğine dairdir. Yani öngörülecek sınırlamalar ifade hürriyetinin içeriğine dair olamayacaktır. İfade hürriyetinin içeriğine asla müdahale edilemeyecektir.[9] Bu yorumu yaparken hakları kötüye kullanma yasağını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17. maddesinde yer alan *'Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.'* Maddesi referans gösterilmekte ve ifade hürriyeti hakkının içeriğine dair sınırlamanın hakkı ortadan kaldırmak ile eş anlamlı olduğuna vurgu yapılmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki bu görüşe karşı olanlar bazı meşru amaçlar sebebiyle ölçülü içerik sınırlamasını kabul etmektedirler. Örneğin nefret söylemi ve benzer ifadelerin kategorik olarak ifade hürriyetinin içeriğini oluşturamayacağını; hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17. maddesine dayanarak ileri sürmektedirler.[10]

---

7 TEZCAN, s. 9
8 TEZCAN s. 9
9 MACOVEI, s. 35
10 İNCEOĞLU;KARAN, s. 370

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ifade hürriyetini düzenleyen 10. maddesinin 2. fıkrasına ilişkin dikkatle incelenmesi gereken bir diğer husus ise devletlere sınırlı sayıda ifade edilen amaçlar doğrultusunda kanunla ve demokratik toplumun zorunlu kılması sebeplerinin varlığı halinde sınırlama getirme imkânının tanınmış olmasıdır. Yani ilgili devlet bu konuda belirtilen koşullar var olsa bile sınırlama yapmakla yükümlü değildir.[11] Takdir hakkını kullanarak sınırlama yapmaktan kaçınabilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, devletler daha geniş ifade hürriyeti alanı sağlayabiliyorsa bunu engelleyici bir sınırlama getirmemiştir. Ör., kişinin şöhretine ya da şerefine halel gelmesi *her durumda* bir suç ya da tazminat nedeni olarak görülmemelidir. Devlet ifade hürriyetinin bu konuda kullanılması ile ilgili olarak kısıtlama getirmeyebilir ya da cezai sorumluluk öngörmeyebilir. Eğer otomatik olarak bu sebeplerle sınırlama getirildiği kabul edilseydi haklar arasında bir hiyerarşi öngörülmüş olurdu ve ifade hürriyetinin bu hiyerarşide en sonda yer aldığı kabulü de ortaya çıkabilirdi.[12]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ifade hürriyetini düzenleyen 10. maddesinin 2. fıkrasına ilişkin dikkatle incelenmesi gereken son husus ise madde metninde yer alan *' Bu hak ve özgürlüklerin kullanımı beraberinde ödev ve sorumlulukları getirdiği için'* ifadesidir. Bu ifade Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin başka hiçbir maddesinde yer almamaktadır. Bu bakımdan maddenin bu yöndeki ifadesinin özellikle ifade özgürlüğünü kullanan tarafın siyasetçi, medya ya da belli kamusal makamdaki kişiler açısından hak ve yükümlülüklere işaret ettiği kabul edilir. *Sürek ve Özdemir (Türkiye)* kararında da ifade edildiği gibi; özellikle basın ve yayın araçlarının nefret söylemi ve şiddete yönlendirmenin yayılmasına aracılık etme ihtimali dolayısıyla siyasi tartışma ve gerilimler açısından özel ödev ve sorumluluklarının varlığı kabul edilmektedir.[13] Halkın nefret, şiddet ya da ayaklanmaya teşvik edildiği ve bu şekilde suç işlenmesine sebebiyet verilebilecek durumlardan sakınmak da bu ödev ve yükümlülükler kapsamındadır.[14]

---

11 MACOVEI, s. 36

12 MACOVEI,s. 36

13 İNCEOĞLU, Sibel(Editör), 'İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme' ; KARAN, Ulaş, 'İfade Özgürlüğü Hakkı', Üçüncü Baskı, Beta Yayınları, Ekim 2013,İstanbul, s. 365

14 İNCEOĞLU;KARAN, s. 365

B. Basın Yoluyla İfade Hürriyetinin Kullanılması

İfade hürriyetinin önemli unsurlarından biri de ifadeyi açıklamak ve yaymak serbestisi oluşturmaktadır. Bu bağlamda ifadeyi açıklayıp yaymak konusunda seçilen araçla bağlantılı olarak ifade hürriyetinin farklı boyutları ve farklı sorunları ile karşılaşmaktayız. İfade hürriyetinin basın yoluyla kullanılması da bu duruma bir örnek olarak gösterilebilir.[15] Bu durumda ifade hürriyetini kullanan birey kullandığı araç vasıtasıyla çok sayıda insana ulaşma imkânına sahiptir. Basın yoluyla ifade özgürlüğünün kullanılması söz konusu olduğunda kısaca basının demokratik bir toplum açısından işlevine işaret etmek yerinde olacaktır. Demokratik bir toplumda basının asli fonksiyonu kamuoyunun ilgilendiren konularda haber vermek, kamuoyu adına denetim yapmak ve değerlendirmelerde bulunmak ve kamuoyu oluşturmaktır.[16] Basın bu fonksiyonları aracılığı ile iktidarın işlemlerinin halk tarafından denetlenmesine, eleştirilip yönlendirilmesine hizmet etmektedir.[17] Basının bu fonksiyonunu vurgulamak amacı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi pek çok kararında basının demokratik toplumda bir *'bekçi köpeği'* işlevini ifa ettiğini belirtmiştir.[18] Ayrıca belirtmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ifade hürriyetini düzenleyen 10. maddesinde basına yönelik olarak özel bir düzenleme getirmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu yönde bir düzenleme yer almasa da Mahkeme içtihat yoluyla basın söz konusu olduğunda ifade hürriyeti açısından değerlendirmede kullanılacak bir takım kavram ve ilkeler oluşturmuştur.[19]

İfade hürriyetine dair Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10. maddesine dair kısaca açıklamalarda bulunduk. Türkiye'de basın yoluyla ifade hürriyetinin kullanılmasının engellendiği iddiasıyla bir gazetecinin başvurusunu ve bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından konuya ilişkin örnekler de sunarak analiz etmeye çalışacağız. Öncelikle Anayasa Mahkemesinin gündemine bireysel başvuru yoluyla

15 SUNAY, Reyhan, 'Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları' ,Liberal Düşünce Topluluğu, 2001, Ankara, s. 129

16 YILDIZ, Sevil, 'Medya ve Hukuk',Nobel Yayınları, İkinci Basım, Eylül 2011, s. 50, 51

17 DOST, Süleyman, 'Avrupa insan Hakları Yargısında İfade Özgürlüğü ve Türkiye' ,Fakülte Kitabevi, Birinci Basım, Kasım 2011, Isparta, s. 32

18 İNCEOĞLU; KARAN, s.358

19 MACOVEI,Monica, 'İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz' ,İnsan Hakları El kitapları, No:2, s. 17

taşınan olayı özetleyecek olursak: Bir gazeteci yerel bir gazetede yayınladığı köşe yazıları sebebiyle, ceza mahkemesi tarafından hakaret ve iftira suçlarından mahkûmiyetine hükmedilmesi üzerine, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.[20] Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru üzerine, ifade hürriyetine dair incelemelerde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesinin verdiği karardan hareketle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları açısından ifade hürriyetinin içeriği, kapsamı ve sınırlarını ele alacağız. Bu davada başvurucu Çine Madran gazetesinde köşe yazıları yazmakta olan bir gazetecidir. Başvuran gazetecinin ceza mahkemesince mahkûm edilen yazısı kamu görevlilerinin kamusal yetkilerini kötüye kullandığı iddiasını içermekte ve bu durum eleştirilirken yazının başlangıcında '*Ucuz olmak'* başlıklı kısa bir fıkraya yer verilmekte ve devamında kamu görevlilerini ucuz olmakla itham etmektedir. Aynı gazetecinin bir başka köşe yazısında ise ismi verilmeden iki kamu görevlisi arasında geçen ve yetkilerin kötüye kullanılması yönündeki bir konuşmaya yer verilmekte ve bu durum eleştirilmektedir. Bu iki yazı yerel ceza mahkemesince davalar birleştirilmek suretiyle ele alınmış ve köşe yazısını kaleme alan gazetecinin hem iftira suçu dolayısıyla hürriyetinden yoksun bırakılmasına hem de kamu görevlisine hakaret sebebiyle adli para cezasına çarptırılmasına hükmedilmiştir. Türk ceza infaz kanununun ilgili hükümlerine dayanarak da son aşamada hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Mahkeme kararının gerekçesinde ifade hürriyetinin sınırsız olarak algılanamayacağını ve özel kişilerin şöhretine saldırının basın hürriyeti kapsamında korunmayacağını ifade etmiştir. Ceza mahkemesi kararına karşı itiraz edilen merci ise esası incelemeden usule ilişkin sebeplerle itirazın reddine karar vermiştir. Ve nihayetinde ilgili olay Anayasa Mahkemesinin gündemine bireysel başvuru yoluyla taşınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi basının ifade hürriyetine ilişkin olarak açılan davalarda ifade hürriyetine ilişkin incelemelerde bulunurken – ki davalar genellikle hakaret iddiasıyla açılmaktadır- demokratik toplumda basının işlevine dair ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştur. Nitekim *Bergens Tidende ve Diğerleri (Norveç)* davası kararında; basının demokratik toplumda asli işlevi üstlendiğini vurgulamış, basın özgürlüğünün olayları abartarak

20 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kararı, Başvuru No: 2013/2602, Karar Tarihi: 23/01/2014

aktarma ya da kişileri kışkırtıcı ifadeler kullanılmasını mümkün kılacak şekilde anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır. İfade hürriyetine getirilecek sınırlamalar açısından ulusal makamların sahip olduğu takdir hakkının, demokratik bir toplumda basının kamunun gözü kulağı olma işlevine hizmet eder yönünü ortadan kaldırmayacak biçimde kullanması gerektiğini belirtmiştir.[21]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kamuoyunun yakından ilgilendiren olaylar söz konusu olsa bile basının ifade özgürlüğünün tümüyle sınırsız olmadığına da vurgu yapmaktadır. *Bladet Tromso ve Stenhaas* davası kararında, basının da tıpkı diğer hak sahipleri gibi bir takım görev ve sorumluklar üstlendiği ifade edilmiştir. Özel kişilerin haklarına saldırı ya da başkalarının haklarına zarar verilmesi bu açıdan dikkat edilmesi gereken sınırları oluşturmaktadır. Basının ifade hürriyetinin basın kurallarına uygun doğru ve güvenilir haber vermek için iyi niyetli davranarak ifadelerin açıklanması ile sınırlı olacaktır.[22]

Çine Madran gazetesi davasında davaya konu olan iki yazı söz konusudur ve ilk derece ceza mahkemesi her iki köşe yazısı açısından cezai sorumluluğun doğduğuna hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi ise bireysel başvuru yoluyla gündemine gelen bu davada her bir köşe yazısı açısından ayrı değerlendirmelerde bulunmuş ve karar vermiştir.

Davaya konu olan ilk köşe yazısı *'Ucuz Olmak'* başlığı altında kaleme alınmıştır. Bu köşe yazısı ucuz olmak konulu bir fıkra ile başlamakta devamında ise kamu görevlileri isim zikredilmeden -ancak kim olduklarına dair tahminde bulunabilecek tasniflerle- yalancı şahitlik, iltimas ve benzer yaklaşımlarda bulunmakla suçlamakta, sert ve kışkırtıcı üslup kullanılarak ifadelere yer verilmekte ve nihayetinde bu görevliler ucuz olarak nitelendirilmektedir.

Anayasa Mahkemesi bu ilk köşe yazısını değerlendirirken ifade hürriyetine getirilen sınırlamalar açısından kabul edilen üç ölçütten hareketle değerlendirme yapmıştır: Kanunla düzenlenmiş olma, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik. Hakaret ve iftira suçları Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kanunla

21 DUTERTRE, Gilles, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler',Avrupa Konseyi Yayınları, Kasım 2003, Almanya, s.268

22 DUTERTRE, s.268

düzenlenmiş olmada aradığı iki kriter olan erişilebilir ve öngörülebilir nitelikte olmaya uygun bir kanun düzenlemesidir.[23] İkinci ölçüt açısından ele alınacak olursa meşru amaç doğrultusunda sınırlamanın gerçekleştirilmesidir. Meşru amaçların neler olduğu sınırlayıcı bir biçimde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi 2. fıkrasında sayılmıştır. Buradaki olay başkalarının şan ve şöhretinin korunması sebebine dayandırılmıştır. Üçüncü ve son ölçüt ise demokratik toplumda gereklilik açısından sınırlamanın değerlendirilmesidir. Üçüncü ölçütün tespiti ve değerlendirilmesi diğerlerine göre oldukça zordur. İfade hürriyetine getirilen sınırlamanın demokratik toplum açısından zorunlu olması ve başka suretle giderilmeyecek düzeyde olması gerekir. Bir diğer boyutta basın yoluyla ifade hürriyetinin kullanılmasında demokratik sistemlerde daha geniş bir yorumun benimsenmesine vurgu yapılmasıdır. Yine eleştirilerin yöneldiği kişilerin kamu görevlileri olması sebebiyle bu alanda yapılacak kısıtlamaların asgari olması gerekliliğidir.

Özellikle gazeteciler ifade hürriyeti bağlamında kamu gücü tarafından hakları en çok ihlal edilen kesim olarak öne çıkmaktadır. Mahkemenin basının rolüne ilişkin '*siyasi hayatın bekçisi*' vurgusu Lingens kararında ortaya konmuştur.[24] Lingens davası başkasının şan ve şöhretine yönelik, koruma amaçlı sınırların, bu özgürlük ile çatıştığı durumlarda, nasıl bir yol izleneceğine dair açıklamalar içermektedir. İfade özgürlüğünü sınırlamak hususunda izlenecek temel ilkeler bu dava ile açıkça ortaya konmaya başlanmıştır. Bu davada özellikle başkalarının saygınlığını koruma amacı ile basına bir takım sınırlamalar getirilmesi konusu ele alınmaktaydı.[25] Başkalarının şan ve şöhretinin korunması ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar içinde ulusal otoritenin diğer gerekçelere nazaran daha sıklıkla öne sürdüğü bir kavram olarak gündeme gelmekteydi.[26] Basının, özellikle toplumda siyasi sıfatı bulunan bir kimseye yönelik eleştirilerini içerir yazılarının, kamuoyuna yöneticilerin düşünce ve tavırları konusunda bilgi sahibi olup değerlendirme yapma imkânı tanıdığından, sınırların daha dar yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Burada siyasi sıfata sahip bir kimsenin üstlendiği sorumluluk sebebiyle sıradan bir vatandaştan daha farklı bir şekilde eleştiriye maruz

23 İNCEOĞLU; KARAN, s. 370
24 MACOVEI, s. 17
25 TEZCAN, s. 10
26 MACOVEI, s. 96

kalmasının normal bir durum olduğu ifade edilmiştir. Ve mahkeme bu davada değer yargıları ve olgular arasındaki ayrıma işaret etmiştir. Olguların varlığı ispatlanabilir. Ancak bir kimsenin bu olgulardan hareketle ortaya koyduğu düşünceler yani değer yargıları ispatlanabilir değildir. Avusturya ceza mahkemesinin *'doğruluk kanıtı'* araması bu bağlamda uygun olmayacaktır. Mahkeme bu sebeple basın yoluyla hakaretten dolayı başvurucuya Avusturya ceza kanununca verilen para cezasını ifade hürriyetine haksız müdahale olarak görmüş ve ihlal kararı vermiştir.[27] Bu davada gazetecinin yükümlülüğü doğruluk kanıtı sunmak yönünde değil kabul edilebilir seviyede ön araştırmayı yapma ve haberin doğru olduğuna dair iyiniyetli yaklaşım şeklinde ele alınmalıdır. Gazeteci eğer kendisine ulaşan haberin doğru olduğu varsayımından hareket ederek eleştirilerini ortaya koyuyorsa artık bir kimsenin şan ve şöhretine karşı ihlal kastı taşımadığı kabul edilmelidir.[28] Çine Madran gazetesi bağlamında gazetecinin ilk köşe yazısında ortaya koyduğu ucuz olmak kavramı bir değer yargısını yansıtmakta ve kamu görevlilerine yönelik olarak -halk tarafından yaygın bir şekilde konuşulan- rüşvet, iltimas ve benzer konulara yönelik eleştirel bir tutum dile getirilmektedir.

Oberschlick (Avusturya) davasında da benzer şekilde bir siyaset adamı gazeteciye karşı hakaret davası açmış ve gazeteci mahkûm edilmiştir. Mahkeme bu davada da gazetecinin beyanlarının değer yargısı oluşturması sebebiyle demokratik toplumda müdahalenin gerekliliği şartının gerçekleşmediğine hükmetmiştir.[29] Mahkeme kullanılan kelimeler ve çağrışımlar açısından sert ve keskin eleştirilerin yanı sıra tartışmalı konularda dikkat çekici ve diğer basın organlarından farklı kılan renkli ifadeleri de ifade hürriyeti kapsamında kabul edilebilir olduğuna hükmetmektedir.[30] Çine Madran gazetesinde yayınlanan ilk köşe yazısı başlangıçta yer verilen fıkranın dikkat çekilmek istenen durumu vurgulamak açısından bir araç olarak kullanılmaya çalışılmıştır. Fıkranın sert, cinsiyetçiliğe varan üslubu basın hürriyeti söz konusu olduğunda tolere edilemeyecek düzeyde düşünülmemelidir. Keza ifade hürriyetinin sadece herkesin hoşuna gidecek yorumlar açısından değil aynı zamanda şoke edici, rahatsızlık veren yorumlar açısından da geçerli

27 TEZCAN, s. 10
28 MAROVEI, s. 102
29 TECAN, s. 11
30 MACOVEI, s. 96

olacağı kabul edilmiştir. Nitekim *Oberschlick(Avusturya)* kararında, başvuran gazeteci, bir siyasetçinin yaptığı konuşmayı yorumlarken siyasetçiyi '*ahmak*' anlamına gelen bir ifade ile nitelendirmişti. Ve bu ifade sebebi ile hakaret suçundan mahkûm olmuştu. Divan siyasetçinin yorumlanan konuşmasının provokatif nitelikte olduğunu ve bu nedenden ötürü genel kural olarak bu yorumun gerçeğin bir teşhiri olarak algılanmaması gerektiğini belirtmiştir.[31] Benzer şekilde *De Haes ve Gjisels(Belçika)* kararında *'ciddi bir amaç gütmek şartı ile yaralayıcı veya şoke edici terimler içerse bile, kamuoyundaki bir tartışmanın genel yararı, başkalarının ününü koruma yasal amacından daha büyük bir ağırlığa sahiptir'*[32] şeklinde ifade etmiştir.

Benzer şekilde *Castells (İspanya)* kararında, Bask militanı ve İspanya Parlamento üyesi olan başvurucunun bir makalesinde hükümetin Basklara karşı silahlı saldırıları teşvik edip desteklediği ve hoşgörü ile karşıladığı ifadelerine yer vermişti. Makale yayınlandıktan sonra hükümete hakaret suçundan mahkûm edilmişti. Mahkeme bu davada öncelikle basının işlevi ve önemini vurgulamıştır.[33] Özellikle demokratik bir toplumda vatandaşların kendini yönetenlerin tavır ve tutumlarına dair ayrıntılı bilgi sahibi olmasının önemi anlaşılmalıdır. Bu sayede vatandaşlar düşüncelerini anlatmak ve yorumlamak imkânına ulaşırlar. Demokratik toplum kavramının temelinde, serbest tartışma ortamı ve herkesin bu haktan faydalanabildiği ortamın tesis edilebilmesi yer alır. Bu bağlamda mahkeme ifade hürriyetinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Thorgeir Thorgeirson (İzlanda) davasında polisin sert davranışlarını eleştiren iki makale yayınlayan gazeteci para cezasına mahkûm edilmişti. Mahkeme bu davada müdahalenin başkalarının şan ve şöhret ya da haklarının korunmasına ilişkin amaçla orantılı olmadığına karar vermiştir. Basının da ifade hürriyeti kapsamında bir takım sınırlamalara tabi kılınabileceği ancak toplumu ilgilendiren konularda haber ve fikir verme yetkisinin ortadan kaldırılamayacağını ekleyerek belirtmişti. Bu davada tartışılan bir diğer konu ise polise yönelik iddiaların farklı kaynaklardan derlenmesi ve ifadelerin çoğunluğunun halk arasındaki söylentilerden hareketle oluşturulmuş olmasıydı. Davacı devlet yazıların doğruluğunun ispatlanmaması sebebiyle

31 TEZCAN, s. 14
32 TEZCAN, s. 14
33 TEZCAN, s. 11

olgusal ve nesnel bir temeli olmadığını ileri sürmekteydi. Mahkeme bu konuda doğruluğun ispatlanmasını şart olarak aramanın makul olmayan ve hatta imkânsız bir talep olduğunu belirtmişti. Çünkü eğer basın bu şartla sınırlanacak olursa neredeyse hiçbir haber yayınlayamaz duruma getirilecekti. Halkı ilgilendiren konularda ispat zorunluluğu olmaksızın basının bilgi verme ve değerlendirme yapma hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.[34] Mahkeme bu davada ifade hürriyetinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.[35] Çine Madran gazetesi davasında önem arz eden bir diğer durum da bahsi geçen olayın halk arasında geçen söylentilerden hareket etmesi ve haberin kaynağının açıklanmaması ya da isnadın doğruluğunun ispatlanmamış olmasıydı. Yukarıdaki karar incelendiğinde basının haber yapmasını ve değerlendirmede bulunmasını imkânsız hale getirecek şekilde ispat zorunluğu aranması hakkın özünü zedeler nitelikte olacaktır.

Erdoğdu ve İnce (Türkiye) kararında[36] belirtildiği şekliyle ifade özgürlüğü açısından getirilen sınırlamanın hakka en az zararlı etkiye yol açacak nitelikte olması ve caydırıcı ya da baskıcı nitelikte de olmaması gerekmektedir. Bir cezai yaptırıma hükmedilmemiş olması kişinin ceza mahkemelerinde ceza tehdidi ile yargılandığı gerçeğini ortadan kaldırmayacaktır. Cezanın ertelenmiş olması (ki Çine gazetesi davasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması benzer bir usul sayılabilir) ya da durdurulmuş olması, ceza tehdidi altında olma durumunu değiştirmeyecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aynı şekilde *Tolstoy Miloslavsky (Ukrayna)* davasındaki kararında vurgulamıştır ki yüksek miktarda tazminat öngörülen davalar da orantısız sınırlama olarak ele alınmalı ve bu müdahaleler haksız sayılmalıdır.[37] Çine Madran gazetesi açısından ele alacak olursak ilk köşe yazısı sebebiyle adli para cezasına hükmedilmiş ve hükmün açıklanması geri bırakılmıştır. Ceza davasında yargılanmış olmak neticede para cezasına hükmedilmiş olsa bile ceza tehdidini içerir ve ifade hürriyetini ihlal eder nitelikte kabul edilmelidir. Kaldı ki kişilik hakkının ihlal edildiğini ileri süren kamu görevlisi hukuk mahkemesinde tazminat davası açmış ve lehine 10.000 TL tazminata hükmedilmiştir. Bu açıdan özel hukuk aracılığı ile haklar arasında bir denge

34 MACOVEI, s. 20
35 TEZCAN, s. 12
36 İNCEOĞLU; KARAN, s. 370
37 İNCEOĞLU; KARAN, s. 370

arayışı içine girilebileceği açıktır. Özel hukuk alanında bu tür uyuşmazlıkların ele alınması olumlu bir yönü yansıtmakla birlikte Türkiye de genel ekonomik düzey dikkate alındığında bu miktarın bile sorgulanması ve demokratik toplum açısından zorunlu, ölçülü ve orantılı olup olmadığı da yukarıda bahsi geçen ikinci karara benzer şekilde tartışmaya açılmalıdır.

Netice olarak Anayasa Mahkemesinin Çine Madran gazetesinde yayınlanan ilk köşe yazısını inceleyerek verdiği kararda, ilk derece mahkemesince hükmedilen cezanın ifade hürriyetini ihlal etmediğine yönelik görüşüne katılmadığımı yukarıda ifade edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkeme içtihatlarından hareketle belirtmek isterim. Basın yukarıda da defalarca vurgulandığı gibi demokratik bir toplumda çok önemli bir işleve sahiptir. Hatta bazı yazarlar bu durumu basını yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerine ek dördüncü bir kuvvet olarak nitelendirerek vurgulamışlardır.[38] Özellikle şan ve şöhrete yönelik bu tür isnatlarda ceza kanunun hapis cezası ve adli para cezasını seçimlik olarak sunması, kamu görevlilerine yönelik eleştirilerin nitelikli hal sebebi sayılması ve Türk hukukunda özel hukuk alanında da maddi manevi tazminat, düzeltme, cevap, tespit davası, önleme davası, durdurma davası ve benzer yolların varlığı sebebiyle kanımca orantısız bir müdahale olduğunun kabulü gerekecektir.

Davaya konu olan ikinci köşe yazısı '*Motosikletli Zibidiler'* başlığı taşımaktadır. Bu köşe yazısında iki kamu görevlisi arasında geçen konuşmaya yer verilmektedir. Konuşmanın içeriğinde kamu görevlilerinin görevi kötüye kullanma, rüşvet ve benzer suçları karşılayacak eylemlerden bahsedilmiştir. Bu konuşma metninin yayınlanması sonrasında ise siyasi literatüre hâkim olduğunu ifade ettiği bu tür davranışların yaygınlığını ve bu eylemler sebebiyle doğan mağduriyetlerin faturasının yine sade vatandaşa yüklenmesini eleştirmiştir. İlk köşe yazısını ele alırken belirttiğimiz gibi sınırlama açısından kanunla düzenlenmiş olma, meşru amaç ve demokratik toplum açısından zorunlu olma kavramları açısından değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bu köşe yazısına ilişkin olarak değerlendirmelerde bulunurken daha önce ifade ettiğimiz unsurlardan kaçınarak fark arz eden noktalara değinmeye çalışacağız. İkinci köşe yazısı sebebiyle kişiye hem hapis cezası hem de adli

38 KILIÇOĞLU, Ahmet, 'Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:496, İkinci Baskı, Ankara 1994, s. 36

para cezası verilmiş infaz hükümlerine uygun olarak hükmün açıklanması geri bırakılmıştır. Hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesinin demokratik toplum düzeni açısından zorunlu sayılamayacağını kabul etmek gerekir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kişinin üzerinde hissettiği cezai yükü ortadan kaldırmamaktadır.

İkinci köşe yazısı açısından incelenmeye değer bir diğer nokta ise köşe yazısında belirtilen olaylara benzer nitelikte açıklamaların bizzat emniyet müdürünce başka bir gazeteye verdiği röportajda dile getirilmiş olmasıdır. Bu röportajda hem siyasi makamlarca yapılan baskıdan hem de vatandaşın serzenişlerinden bahsedilmiştir. Kaldı ki gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanamayacağı kabul edilen bir ilkedir. Nitekim *Goodwin (İngiltere)* kararında gazetecinin yaptığı haberin içeriğini oluşturan bilgilere nasıl ulaştığını açıklaması yönünde bir baskı mevcuttu ve ilk aşamada mahkemeden ihtar kararı gönderilmişti. Ve kararı yerine getirmeyen gazeteciye ikinci aşamada para cezası verilmişti.[39] AİHM gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamak zorunda bırakılamayacağını ve kaynakların korunmasının basın özgürlüğünün temel ilkelerinden biri olduğunu ifade etmiştir. Ve haber kaynaklarının açıklanmasına yönelik, kamu yararına üstün zorunluluk olmadıkça, baskı yapılamayacağına hükmetmiştir. Ve ifade hürriyetinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. İkinci köşe yazısı da bu gerçeklikten yola çıkılarak durum değer yargılarını ortaya koyar biçimde eleştirilmiştir. Gazetecinin bu durum üzerine yazdığı yazı ifade hürriyeti kapsamında ele alınmalıdır. Nitekim *Thoma* davasında gazeteci resmi yetkili olan kimselerin para ile oylarının satın alınabileceği yönünde bir yorumda bulunmuş ve bu yorum sebebiyle tazminata mahkûm edilmişti. Mahkeme bu davada politikacılara benzer şekilde resmi yetkileri bulunan kamu görevlilerinin de kamuyu ilgilendiren konularda eleştirilebilirliğinin sıradan vatandaşa göre daha kapsamlı ve geniş olarak ele alınması gerektiğini belirtmiştir.[40] Yine *Shwabe(Avusturya)* kararında daha önce adli suçtan ceza almış ve cezasının infazı tamamlanmış bir siyasetçiyi yazılarında sürekli eleştirmesi, müdahalenin başkalarının ününü korumak için demokratik toplumda zorunlu görülmediğinden ifade hürriyeti ile ilgili 10. maddenin ihlal

39 TEZCAN, s. 13
40 MACOVEI, s. 105

edildiğine hükmetmiştir.[41] Bu davada üslup konusunda değerlendirmelere gidilmiş ve politikacılar ile onların ahlakı söz konusu olduğunda ifade edilen her bir kelimenin birden fazla anlama gelip gelmeyeceğinin düşünülmesinin ve her türlü yanlış anlaşılmayı ortadan kaldıracak üslubun beklenmesinin mümkün olmayacağına hükmedilmiştir.[42]

Netice olarak Anayasa Mahkemesinin Çine Madran gazetesinde yayınlanan ikinci köşe yazısını inceleyerek verdiği kararda ilk derece mahkemesince verilen hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezası açısından ifade hürriyetinin ihlal edildiğine hükmettiği kararın, yukarıda ifade edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkeme içtihatlarına uygun olduğu kanaatindeyim. Nitekim basın söz konusu olduğunda ifade hürriyetinin sınırlandırılması daha dar anlaşılmalı, kamuoyunu ilgilendirebilecek türde konularda serbest tartışma imkânını sunmaya yönelik yaklaşımlarda bulunulmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi göstermektedir ki özellikle basın açısından ifade hürriyeti genişletici bir yaklaşımla ele alınmalıdır. İfade hürriyetine şüphesiz bir takım sınırlamalar getirilebilir. Ancak bu sınırların belirtilen üç ölçüte uygunluğu mutlak surette aranmalı ve basın açısından inceleme yapılırken daha titiz davranılmalıdır. Basının ifade hürriyeti söz konusu olduğunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin sınırlamayı haklı gördüğü çok az durum söz konusudur. Örneğin; *Prager ve Oberschick(Avuturya)* kararında yargı sistemi ve yargıçları eleştiren bir yorumun yayınlanması sebebiyle hâkime hakaretten bir gazeteci ve yayıncı mahkûm edilmişti. Mahkeme öncelikle basının bir hukuk devletinde üstlendiği temel role işaret etmiş, bunun yanında bir takım sınırlamaların yine hukuk devleti olmanın gerektirdiklerinin bir sonucu olduğunu belirtmiştir. Başvurucunun hâkimin mesleği ve kişiliğine dair oldukça sert ve vurucu ifadelerden oluşan yorumunun iyi niyetten yoksun olduğu ve basın ahlak kuralları ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir.[43] Mahkemeye göre devletlerin kanun ile ifade hürriyetinin sınırlarını belirlemek konusunda takdir hakkı vardır. Ayrıca kanun ile getirilen sınır başkalarının şöhretinin korunması ve yargı erkinin gücünün sağlanması açısından demokratik toplum açısından orantısız bir yaklaşım olarak ifade edilemez. Bu durumda böylesi bir müdahalenin orantılı ve zorunlu olduğunun kabulü gereklidir demiş ve ifade

41 TEZCAN. s. 12
42 MACOVEI, s.100
43 TEZCAN, s. 12

hürriyetine dair 10. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir şeklinde karar verilmişti. Burada özellikle yargı organının tarafsızlık ve bağımsızlık görevini üstlendiği sistemde itham altında bırakılmasının demokratik toplumun işleyişi açısından daha zararlı sonuçlar doğurabileceği kabul edilmiş ve yargı söz konusu olduğunda- diğer iki ölçüt de pek tabii aranmıştır- sınırlama kabul edilebilir görülmüştür. Benzer şekilde *Worm* davasında, mahkeme önüne gelen olayda eski bir bakanın karıştığı ceza davası hakkında dava işleyişini etkileyebilecek fikir açıklamalarında bulunmuş ve bu sebeple para cezasına çarptırılmıştı. Mahkeme bu davanın somut şartları dikkate alındığında ifade hürriyeti ihlal edilmemiştir şeklinde bir değerlendirme yapmış ancak şu kıstası da ortaya koymuştu: '*Adaletin iyi işleyiş amaçlarına uygun olarak belirlenen sınırları aşmamak kaydıyla, gözlemler dâhil adli yargılamaların eleştirileri (analizleri), bunları duyurmaya yardım eder ve sözleşmenin 6. Maddesinin 1. Fıkrasında öngörülen duruşmaların aleni surette yapılması zorunluluğu ile gayet iyi bağdaşır.*'[44] Bu olayda, sözkonusu mahkeme adaletin işleyiş amacına uygun olarak belirlenen sınırların aşılması sebebiyle ifade hürriyetinin ihlal edilmediğine hükmetmediğini belirtmiştir.

Dalban (Romanya) davasında gazeteci -bir sahtekârlık davasıyla bağlantılı olduğunu düşündüğü- devletin ileri gelen pek çok ismini suçlayan nitelikte yazıları sebebiyle hakaretten cezaya çarptırılmıştı. Mahkeme basının başkalarının şan ve şöhretinin korunması hakkına saygılı biçimde genel kamu yararı olan konularda haber verme yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir. Bir gazetecinin eleştirel bir şekilde değer yargılarını ortaya koyarken sadece gerçeği kanıtlamak şartı aramasının kabul edilemez olduğunu belirtmiştir. Gazetecinin değer yargılarının beyan edildiği durum devletin ileri gelenlerinin özel hayatları değil görevlerinin ifasına dair bir davranış ve tutumlarıydı. Gazetecinin belirttiği olayların tamamen kurgu olması ve bir suçlama kampanyası niteliği taşımaması vurgulanan diğer yönlerdi. Bu bağlamda gazeteciye verilen ceza mahkûmiyetinin düşünceyi açıklama özgürlüğüne getirilen sınırlamalar dâhilinde ele alınamayacağı ve ifade hürriyetine getirilen sınırın orantılı olmadığına karar verilmiştir.[45]

Lopes Gomes Da Silva davasında yerel seçimlerde aday olan siyasetçiye karşı, gazetecinin yayınladığı makalede kullandığı deyimler nedeniyle mahkûmiyet kararı verilmişti. Başvuran gazeteci tarafından ortaya konan

44 TEZCAN, s. 14
45 TEZCAN, s. 18

görüşlerin kamu yararına ilişkin sorunlar hakkında siyasi tartışmaya yönelik olduğunun açık olduğu belirtilmişti. Makalede yer alan ifadeler polemik sayılabilirdi ancak doğrudan mantıkdışı kişisel bir saldırı içermemekteydi. Mahkeme bu konuda muhakeme yaparken özellikle vurgulamıştır ki siyasi alanda yapılan tartışmalar genellikle siyasetin yapısı gereği kişisel plana taşabilmektedir. Böyle olmakla birlikte bu alanda gerçekleştirilen bu tür tartışmaların demokratik bir toplumda teminat altına alınmış siyasi propoganda yapma serbestisi ve düşünceleri özgür biçimde tartışmanın beklenmedik birer sonucu olarak nitelendirilebilir. Ayrıca belirtilmesi gereken bir diğer durum da gazetecinin siyasetçinin kışkırtıcı ve saldırgan üslubunun da tesiri altında kalmış olabileceğidir. Bu davada özellik arz eden bir diğer durum ise gazetecinin kendi değer yargılarını belirtirken makalesinde siyasetçinin konuşma metinlerinden de alıntılar yapmıştır. Yani gazeteci kendi değer yargılarını ifade ederken okuyucularına siyasetçilerin söylemine de yer vererek muhakeme yapma imkânı sunmuştur. Bu nedenleri bir bütün olarak ele aldığında mahkeme verilen cezanın amaçla orantılı olmadığını ve ifade hürriyetini düzenleyen 10. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.[46]

Tammer davasında ise bir politikacının yardımcılarından birinin özel hayatına ilişkin gözlemlerini ifade ettiği yazıda kullandığı ifadelerin hakaret içerdiğine karar verilmiş ve cezaya hükmedilmişti. Bu davada ayırıcı nokta söz konusu yazının kamusal yarar ve toplumun bilgi sahibi olması gereken bir konu olup olmadığının belirlenmesiydi. Yine somut olayda gazeteciye verilen cezanın düşük miktarda para cezası olması da bir diğer önemli noktaydı. Bu somut olayda başkalarının şan ve şöhretinin korunması ve toplumsal yarar olan konuda gazetecinin bilgi verme hakkı arasındaki denge incelendiğinde ifade hürriyetine ilişkin bir ihlal olmadığına hükmedilmiştir.[47]

İnsan Hakları Ortak Platformu'nun yayınladığı raporda [48] Türkiye 'de ifade özgürlüğü gerek mevzuat gerekse uygulama bakımından incelenmiş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına uygunluk açısından karşılaştırmalar yapılmıştır ve sonuçta bir takım tespitler ve öneriler ortaya konmuştur. Soruşturma

46 TEZCAN, s. 21

47 TEZCAN, s. 22

48 ÖNDÜL, Hüsnü, 'Türkiye'de İfade Özgürlüğü: Mevzuat ve Yargı Gözlem Raporu', 15 Mayıs 2012, İnsan Hakları Ortak Platformu, s. 3, 4

ve kovuşturma evrakları, uygulanması talep edilen kanun hükmü ve bu süreçler neticesinde uygulanan kanun hükmü açısından ayrıca hem pozitif hukuk düzenlemesi hem de uygulama açısından incelemeler yapılmıştır. Yapılan incelemeler neticesinde görülmüştür ki iç hukuk mevzuatının gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile uyumsuzluk söz konusudur. Somutlaştırılacak olursak açıklanan düşünceler açısından hem Türk Medeni Kanunu hem Türk Ceza Kanunu'nca getirilen sınırlamaların genel olarak şiddet içermese bile propogandayı yasakladığı görülmektedir. Yine cezaların basın yoluyla işlenen suçlar bakımından artırılması ve hakaret suçlarında da bu uyumsuzluğun izlerini görmek mümkündür. Politikacıların ve üst düzey yönetim kadrosunun hakarete ya da şöhretine yönelik bir saldırı söz konusu olduğunda bu durum özel ya da aynı suç tipi içinde nitelikli hal olarak düzenlenmişse bu yöndeki her türlü düzenleme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi ile çatışır.[49] Raporda sunulan çözüm önerilerinden biri de bu konuya ilişkindir. Bu çözüm önerisi iç hukukumuz açısından hakaret ve iftira suçlarının ceza kanunundan çıkarılması gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Düşünce açıklamalarının genel olarak özel hukuk alanını ilgilendirdiği ve bu bağlamda özel hukuk yaptırımları ile teminat altına alınmasının daha doğru bir yaklaşım olacağı yönündedir. Düşünce açıklamalarının ceza kanunu ile yaptırıma bağlanmasının özellikle de kamu görevlisi ve devlet kurumlarına yönelik ifade açıklamalarının bu tür yaptırımla teminat altına alınmasının kamusal konularla ilgili özgür tartışma ortamının sağlanmasını engellediği vurgulanmıştır.[50] Eleştiri için getirilecek sınırlamalarda kamu görevlileri için öngörülen sınırların çok daha esnek ve geniş olması gereklidir. Önemle vurgulanan nokta kişilerin şan ve şöhretine yönelik olduğu tespit edilen ifadeler açısından uygulanan yaptırımların türüne dairdir. Özellikle ulusal mahkemelerin verdiği hürriyeti bağlayıcı cezaların bu tür ihlallerin yaptırımı olması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince medya üzerinde sansür olarak kabul edilmektedir. Mahkemeye göre bu tür yaptırım, basının kamunun bilgilenmesini sağlayacak araç olma işlevini ortadan kaldırır niteliktedir.[51]

49 MAROVEI, s. 101
50 ÖNDÜL, s. 10
51 MACOVEI, s. 102

Hukukumuzda şeref ve haysiyete yönelik basın yoluyla gerçekleşen saldırılar sebebiyle hukuksal sorumluluk da düzenlenmiştir.[52] Bu bağlamda bu tür ifadelerin ceza mahkemelerinin düzenleme alanından çıkarılarak özel hukukta belirtilen alana taşınması ve burada düzenlenmesi çok daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. İfade hürriyeti ve kişilik hakları arasındaki denge arayışında, ifade hürriyetinin sınırları ve yaptırımlarının özel hukuk alanında düzenlenmesi çok daha yerinde bir yaklaşım olarak önümüzde durmaktadır.

AİHM Adil Denge Kriterleri

AİHM, ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhretinin çatışması hâlinde çatışan menfaatlerin dengelenip dengelenmediğini, dolayısıyla müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve orantılı olup olmadığını belirlemeye yönelik bazı kriterler geliştirmiştir.

Bu kriterler;

a) basında yer alan yazı veya ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı,

b) hedef alınan kişinin tanınmışlık düzeyi ve yazının amacı,

c) ilgili kişinin yayından önceki davranışı,

d) bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu,

e) yayının içeriği, biçimi ve sonuçları ve

f) yaptırımın ağırlığı, olarak ifade edilmiştir.[53]

AİHM içtihatlarında bu kriterlerin değerlendirilerek kişilik hakları ile ifade özgürlüğü çatışmasında dengenin oluşturulması gerektiğini belirtmektedir.

Sonuç

İfade hürriyeti demokratik hukuk devletlerinin korumak ve geliştirmekle yükümlü görüldüğü insan hakları arasında sayılmaktadır. Ve

52 Ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, 'Şeref, Haysiyet ve Özel yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 496, İkinci Baskı, Ankara 1994

53 (*Axel Springer AG / Almaya,* [BD], B.No: 39954/08, 7/2/2012)

özellikle teknolojik gelişmelerin ifadeyi açıklamak, yaymak ve karşılıklı fikir alışverişinde bulunmak açısından sunduğu imkânlar bu hürriyetin kullanımı ile ilgili tartışmaları güncel tutmaktadır. Basın yoluyla ifade hürriyetinin kullanılması da ifade hürriyeti içerisinde yer alır ve ifade hürriyetinin öne çıkan kullanım alanlarından biridir. Özellikle demokratik toplumlarda kamuoyu oluşturmak, tartışma ortamı sağlamak basının temel fonksiyonları olarak ifade edilmektedir. Demokratik toplumlarda üstlendiği işlev sebebi ile basın yoluyla kullanılan ifade hürriyeti açısından sınırlama sebepleri titizlikle incelenmekte ve sınırlamalar dar yoruma tabi tutulmaktadır. Basın yoluyla ifade hürriyetinin kullanılmasında çoğu kez karşılaşılan sorunlu durum, başkalarının şan ve şöhretine zarar verilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan iki hak karşı karşıya gelmekte ve bu haklar arasında dengeyi sağlayacak bir takım kavramların ortaya konması gerekliliği doğmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde sınırlamalara ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Ve bu düzenlemeye ek olarak zaman içinde ortaya çıkan değişim ve gelişmelerin ışığında ifade hürriyetine yönelik içtihatlarla hakkın özü korunarak yeni ilkeler oluşturulmuştur. Basın yoluyla ifade hürriyeti Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde doğrudan düzenlenmiş değildir. Daha ziyade Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile içeriği ve sınırları konusunda açıklamalar getirilmiştir. Basın yolu ile ifade hürriyetine dair içtihatlar oluşturulurken hareket edilen temel nokta demokratik toplumda basının önemi ve işlevi olmuştur. Bu bağlamda basın söz konusu olduğunda ifade hürriyeti daha geniş yorumlanabilecektir. Kişinin şan ve şöhreti ile basın yoluyla ifade hürriyeti çatıştığında ise temel hareket noktası ifadenin hedef aldığı kimsenin toplumda üstlendiği roldür. Siyasetçilerin ya da kamu görevini yerine getiren kimselerin bu görevleri dolayısıyla eleştirilebilirliklerinin sıradan bir vatandaşa göre çok daha geniş olduğu kabul edilmektedir. Çünkü bu alanlarda kamunun ortak menfaati söz konusudur ve olayları bilmenin yanı sıra bu olayların yorumlanıp kendilerine fikir sunulmasına yönelik bir ihtiyaç da gündeme gelmektedir. Bu sayede sıradan vatandaş gerek siyasetçilerin gerekse kamu görevlilerinin eylemleri hakkında bilgi sahibi olabilecektir. Basın, ifade hürriyetini kullanırken doğruluğu yüzde yüz kanıtlanmış somut olgulardan hareket etmek zorunda değildir. Basının görevi haberin doğruluğu konusunda özenli araştırma ve iyiniyetli olmak ile sınırlıdır. Aksinin kabulü basının işlevini ortadan kaldırıcı nitelikte olacaktır. Ve basın bir konuda eleştirel yorumlarda bulunurken şoke edici, sarsıcı ya da

sert bir üslup kullanabilecektir. Basına tanınan ifade hürriyetinin genişliğinin, bir toplumda çoğulculuğun gerçek anlamda sağlanması ve demokrasinin hedefine yaklaşması açısından birbirleri ile doğru orantılı bir ilişki içinde olduğu kabul edilir. Basın özgürlüğü bu bağlamda korunması gereken bir hak olup aynı zamanda geliştirilebilir bir hak niteliği de taşımaktadır. Kimi yazarlarca önemine binaen dördüncü kuvvet olarak nitelendirilen basının işlevini tam anlamıyla yerine getirebilmesi için mümkün olduğunca sınırlamalardan arındırılması yerinde bir tutum olacaktır.

KAYNAKÇA

BENEDEK, Wolfgang(Yayına Hazırlayan), 'İnsan Haklarını Anlamak: İnsan Hakları El Kitabı', Avrupa İnsan Hakları ve Demokrasi İçin Eğitim ve Araştırma Merkezi(ETC)

ÇEÇEN, Anıl,' İnsan Hakları', Gündoğan Yayınları, Üçüncü Baskı, Ankara

DOST, Süleyman, 'Avrupa insan Hakları Yargısında İfade Özgürlüğü ve Türkiye', Fakülte Kitabevi, Birinci Basım, Kasım 2011,Isparta

DUTERTRE, Gilles, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler', Avrupa Konseyi Yayınları, Kasım 2003, Almanya

ERDOĞAN, Mustafa, 'İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku', Orion Kitapevi, Genişletilmiş İkinci Baskı

İNCEOĞLU, Sibel(Editör),'İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme'; KARAN, Ulaş, 'İfade Özgürlüğü Hakkı', Üçüncü Baskı, Beta Yayınları, Ekim 2013,İstanbul

KILIÇOĞLU, Ahmet, 'Şeref, Haysiyet ve Özel yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:496, İkinci Baskı, Ankara 1994

MACOVEI, Monica, 'İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz',İnsan Hakları El kitapları, No:2

ÖNDÜL, Hüsnü, 'Türkiye'de İfade Özgürlüğü: Mevzuat ve Yargı Gözlem Raporu',15 Mayıs 2012,İnsan Hakları Ortak Platformu

SCHAUER, Frederick, 'İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme', http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/ifade-ozgurlugu-felsefi-bir-inceleme.pdf

SUNAY, Reyhan, 'Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları', Liberal Düşünce Topluluğu,2001,Ankara

TEZCAN, Durmuş, ' Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat', Etki Yayıncılık, 2002

YILDIZ, Sevil, 'Medya ve Hukuk', Nobel Yayınları, İkinci Basım, Eylül 2011

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kararı, Başvuru No: 2013/2602, KararTarihi:23/01/2014,http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/a412701c-4ef6-4bc3-9f61-c3afae727165?wordsOnly=False

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Usulünde Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliği Meselesi I: AYM Kararlarının Mülkiyet Hakkının Mevcudiyetinin Dayanağı Olarak Uluslararası Hukuka Açıklık Açısından Eleştirel Değerlendirilmesi

Doç. Dr. H. Burak Gemalmaz[1]
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Mülkiyet hakkı, anayasalarda ve ulusalüstü insan hakları hukukunda (UİHH) çok sayıda belgede kendine bir insan hakkı olarak yer bulmuştur. Anayasaları bir kenara bırakırsak, örneğin **Evrensel İnsan Hakları Bildirisi** (**EİHB**) Madde 17, **Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi** (**Ame. İHS**) Madde 21 ile **Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı** (**AİHHŞ**) Madde 14 mülkiyet hakkına yer veren insan hakları belgeleri arasındadır.[2] Bunların yanı sıra, Türkiye'nin tarafı olduğu **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin**[3] (bundan böyle **AİHS** veya Sözleşme) 1 No'lu Protokolünde (bundan böyle **P1-1**)

---

1 * Bu makalede geliştirilmeye çalışılan model ve bunun üzerinden AYM kararlarına yönelik eleştiriler, H. Burak Gemalmaz'ın **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yay., İstanbul, 2009 kitabındaki görüşlere dayanmaktadır.

2 Anılan belgeler hakkında bilgi için bkz. H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yay., İstanbul, 2009, sf: 3-6.

3 Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04/11/1950 tarihinde Roma'da kabul edilip imzaya açılan "**İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi**" (No.005, "*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*"), 03/09/1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye AİHS'i 04/11/1950 tarihinde imzalamıştır ve Protokol No.1 ile birlikte, 10/03/1954 tarih ve 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun"u çıkartarak onaylamıştır, (RG, 19/03/1954, s.8662). Aynı Resmi Gazetede, Sözleşmenin Türkçe resmi çevirisi ve orijinal metni yayımlanmıştır. Sözleşmenin onay belgesi 18/05/1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiş ve Sözleşme bu tarihten itibaren Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir. AİHS'in serbest Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, . Cilt I – Bölgesel Sistemler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, sf: 5-27.

mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. 1982 Türk Anayasasının 35. maddesi[4] de mülkiyet hakkına yer vermektedir.

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesinin (AYM) bireysel başvuru usulü çerçevesinde yapılan başvurularda mülkiyet hakkına ilişkin olarak verdiği kararların hakkın uygulanabilirliği meselesi kapsamında uluslararası hukuka açıklık/kapalılık açısından eleştirel değerlendirilmesi yapılacaktır. Bununla kastedilen, mülkiyet hakkının mevcudiyeti veya mülkiyet hakkına yönelik meşru beklentinin kaynağı olarak ulusal hukukun dışında veya ona ek olarak uluslararası hukuka dayanılmasıdır.

I. Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliğinde ve Malvarlığı Değerinin İspatında Uluslararası Hukuka Açıklık

Mülkiyet hakkı ihlali iddiasıyla AİHM önüne gelen davalarda çözümü gereken ilk sorun, ortada başvurucu tarafından talep edilebilir bir malvarlığı değeri olup olmadığıdır. Bilindiği üzere, **P1-1 ve Anayasa md. 35**'de yer alan mülkiyet hakkından yararlanabilmek için, talep edilen değerin/nesnenin/alacağın uyuşmazlık tarihinde başvurucunun/malikin malvarlığında bulunması veya bulunacağı yönünde meşru bir beklenti olmasıdır. Bu meşru beklenti ulusal hukukta kanun veya yerleşik içtihat gibi yeterli bir hukuki temele dayanmalıdır. Aksi halde "*zaman duvarı*" engeli nedeniyle mülkiyet hakkı koruması hiç devreye girmeyecek, başvuru konu bakımından (*ratione materiae*) kabuledilemez[5] bulunacaktır.[6]

---

4 1982 Anayasasında mülkiyet hakkını doğrudan ilgilendiren ve özellikle bireysel başvurularda rol oynayan başta kamulaştırmaya ilişkin md. 46 olmak üzere çok sayıda başka düzenleme de bulunmaktadır.

5 Bu çalışmada, daha önceki çalışmalarımızda olduğu gibi, "admissibility" karşılığı olarak kullanılan "kabuledilebilirlik" kelimesi ve türevleri (mesela "inadmissible"-"kabuledilemez" gibi) teknik hukuki terim niteliğinde olduğundan birleşik şekilde yazılmaktadır. "Kabuledilebilirlik" kelimesinin "kabul edilebilirlik" şeklinde ayrı yazılması, Türkçede çok sık kullanılan "kabul edilir" fiiliyle karışma tehlikesi içermektedir. Kaldı ki böyle bir karışma tehlikesi olmasaydı bile, yabancı teknik terimler Türkçeleştirilirken aynı derecede teknik ve ayırt edici şekilde Türkçeye aktarılmalıdır.
"Admissibility" teriminin Türkçeye "kabuledilebilirlik" şeklinde aktarılmasındaki olası hata ve sorunlar ise artık tartışmaya değmeyecek kadük bir meseledir (Bu konuda bkz. Tolga Şirin, **Türkiye'de Anayasa Şikayeti**, XII Levha, İstanbul, Haziran 2013, sf:485 ve orada gösterilen eser). Terim ister birleşik ister ayrı yazılsın, Türk hukuk doktrinin çoğunluğunca benimsenmiş ve literatüre de yerleşmiştir. Bunun yanı sıra Türk hukuk mevzuatında da "kabul edilebilirlik" şeklinde yer verilmiştir (30/03/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun; 12/07/2012 tarihli Resmi Gazetede (S.28351) yayımlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü).

6 Zaman duvarı kavramı ve içtihatları içeren ayrıntılı bilgi için bkz. H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 137-170.

Buna kısaca mülkiyet hakkının uygulanabilirliği sorunu denilmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkının sunduğu koruma kapsamından yararlanabilmek için öncelikle ulusal hukuka göre bir malvarlığı değerine sahip olmak gereklidir. AİHM'in bu belirlemesi **P1-1** metni düzleminde otantik dillerde iyelik bildiren "*his*" (İngilizce) ve "*ses*" (Fransızca) kelimelerine dayanmaktadır. AYM de önüne gelen bireysel başvurularda bu hususu AİHM kararlarına atıfla net olarak teyit etmiştir.[7]

Durum böyle olmakla birlikte hakkın mevcudiyetinin ya da meşru beklentinin kaynağı açısından ulusal hukuk paradigmasından kurtulmak mümkündür. Kısaca ifade edilirse, hakkın kaynağı olarak uluslararası veya ulusalüstü hukuk referans alınabilir. Buna göre, malvarlığına ilişkin bir talep ulusal hukuka dayanarak temellendirilememesine rağmen veya ulusal hukuk uyarınca uyuşmazlık konusu değer başvurucunun malvarlığında olmamasına rağmen, eğer uluslararası/ulusalüstü hukuk bu konuda yeterli temeli sağlıyorsa, **P1-1**'de (ve dolayısıyla **AY md. 35**'de) düzenlenen mülkiyet hakkı somut uyuşmazlıkta uygulanabilir. Bu tip hallerde başvurucunun malvarlığına ilişkin talebinin ulusal hukuktaki pozisyonu önem arz etmeyecektir.

A. Bireysel ve Talep Edilebilir Hak İhdası Koşulu ve Ulusal Hukukta Kendiliğinden Uygulanabilirlik

Mülkiyet hakkının mevcudiyetinin ya da meşru beklentinin kaynağı olmak açısından uluslararası hukuk bağlamında çok taraflı andlaşmalar ilk akla gelen kaynaklar arasındadır. Bir uluslararası andlaşmanın mülkiyet hakkının kaynağı olarak görülebilmesi hak sahipleri/mağdurlar için bireysel ve talep edilebilir bir hak ihdas edip etmediğine bağlıdır. Eğer andlaşma hükümleri, o andlaşmaya taraf devletler için birbirlerine karşı

7 *Yeler ve Çelebi Başvurusu*, No. 2012/363, 15/04/2014, para.36; *Tokay ve Diğerleri Başvurusu*, No. 2013/1122, 26/6/2014, para.36. Ayrıca bkz. Selami Er, "Bireysel Başvuru İncelemesinde Mülkiyet Hakkı", **Haşim Kılıç'a Armağan, Cilt II**, ed. Ali Rıza Çoban vd, Ankara, 2015, sf:1427-1882, özellikle 1444.
Aslında bu noktada **Anayasa md. 35**'de yer alan mülkiyet hakkı düzenlemesinin **P1-1**'den farklı okunabileceği, yani mülkiyet hakkında yararlanmak için müdahale tarihinde başvurucuda bir malvarlığı değeri olmasının zorunlu olmadığı ve hatta mülkiyet edinme hakkının dahi söz konusu madde çerçevesinde korunabileceği ileri sürülebilir ve AYM'nin AİHM içtihadını sorgusuz şekilde benimsemesi eleştirilebilir. Ancak bu mesele ayrı bir çalışma konusudur.

yükümlülük doğuruyorsa, kişilere bireysel hak verdiğinden söz edilemez.[8] Yine andlaşmanın ulusal hukukta kendiliğinden/doğrudan uygulanabilirlik niteliğine sahip olup olmaması da önem taşımaktadır. Eğer andlaşma ulusal hukukta kendiliğinden uygulanabilir nitelikte değilse, bu halde de başvuruculara bir alacak hakkı tanıdığından bahsedilemez.[9] Bu ölçütlerin somut uyuşmazlıkta gündemde olan uluslararası andlaşma bakımından karşılanıp karşılanmadığının tespiti ise ilgili belgenin hükümlerinin tek tek AİHM (veya AYM) tarafından incelenmesiyle belirlenmektedir. Bu noktada, ilgili andlaşma hükümlerinin cümle kurgusu, kullanılan yüklemin niteliği de yapılacak değerlendirmede önemli rol oynayacaktır.[10]

Bu bağlamda Strasbourg organları önünde gündeme gelen ilk somut uluslararası andlaşma 1899-1907 tarihli Lahey Karada Savaş Hukuku ve Adetleri Sözleşmesi ve Ekleri (Hague Convention on the Laws and Customs of War)'dir. Anılan uluslararası sözleşme uyarınca düşman devletin yaptığı el koymaların hukuka aykırı olduğu iddiasına dayanan başvurularda AİHK ve AİHM konuyu açıkça sonuçlamaktan kaçınmış ve yukarıdaki ilkeler çerçevesinde başvuruları kabuledilemez bulmuştur.[11]

---

8 *Mayer, Weidlich, Fullbrecht, Hasenlamp, Golf and Klausser v. Germany*, App. Nos.188890/91, 19049/91, 19342/92 and 19549/92, Admissibility Decision of 4 March 1995, **DR Vol. 85-A**, sf:5-20, özelllikle 17 (uluslararası insancıl hukuk sözleşmesinin gündeme gelmesi-zaman duvarı sebebiyle kabuledilmezlik). Aynı yönde olarak bkz. *Krafft Paridam Heinz Robert von Rigal – von Kriegsheim v. Germany*, App. No. 37696/97, Admissibility Decision of 21 May 1998.

9 *X., Y., Z. v. Germany*, App. No.7694/76, Admissibility Decision of 14 October 1977, **DR Vol. 12**, sf:131-135, özellikle 133-134; *Mayer, Weidlich, Fullbrecht, Hasenlamp, Golf and Klausser v. Germany*, Admissibility Decision of 4 March 1995, **DR Vol. 85-A**, sf:18-19; *Krafft Paridam Heinz Robert von Rigal – von Kriegsheim v. Germany*, App. No. 37696/97, Admissibility Decision of 21 May 1998 (Alman birleşmesi Andlaşmasının etkisi-bir önceki dipnotuna da bkz.).

10 H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 159 vd.

11 *X., Y., Z. v. Germany*, App. No.7694/76, Admissibility Decision of 14 October 1977, **DR Vol. 12**, sf:131-135, özellikle 133-134; *Mayer, Weidlich, Fullbrecht, Hasenlamp, Golf and Klausser v. Germany*, Admissibility Decision of 4 March 1995, **DR Vol. 85-A**, sf:18-19; *Krafft Paridam Heinz Robert von Rigal – von Kriegsheim v. Germany*, App. No. 37696/97, Admissibility Decision of 21 May 1998; *Jüngling and others v. Germany*, App. No. 22353/93, Admissibility Decision of 18 October 1995.

Jüngling and others v. Germany, App. No. 22353/93, Admissibility Decision of 18 October 1995'den yapılacak aşağıdaki uzun alıntı Strasbourg organlarının Lahey Savaş Hukuku ve Teamülü Sözleşmesi'ne bakışını ortaya koymaktadır: "Having also regard to the Hague Convention on the laws and customs of war, the Commission found in its decision of 4 October 1977:

The property right claimed by the applicants has not been susceptible of effective exercise for more than thirty years, following the confiscation announced by the Polish authorities. Moreover the extent to which the Hague Convention was binding on the Polish Government before 1970 either directly or by virtue of general international law is doubtful. Equally

1899-1907 tarihli Lahey Karada Savaş Hukuku ve Adetleri Sözleşmesi ve Ekleri (Hague Convention on the Laws and Customs of War), İkinci Dünya Savaşı sırasında Alman ordusu tarafından zorla alıkonulan ve çalıştırılan İtalyan mahpus ve savaş esirlerinin tazminat taleplerini temellendirmek amacıyla da gündeme gelmiştir. Başvurucu eski savaş esirleri ve murisleri, ulusal hukukun yanı sıra, 25 Eylül 1926 tarihli Köleliğin Kaldırılması Sözleşmesinin ilgili 5. maddesine ve 27 Temmuz 1927 tarihli Savaş Esirleri Sözleşmesinin ilgili maddelerine (md. 2, 10, 11, 29 ve 32) de dayanmışlardır. AİHM ayrıntılı analiz yapmadan anılan uluslararası sözleşmelerin mağdurlara bireysel ve talep edilebilir tazminat hakkı vermediği yönünde değerlendirme yapmış ve başvuruları konu bakımından kabuledilemez ilan etmiştir. AİHM bu noktada başvurucuların anılan uluslararası sözleşme hükümleri kapsamındaki taleplerini herhangi bir içtihatla destekleyemediklerini de özellikle belirtmiştir.[12]

Savaş hukuku, insancıl hukuk ve köleliğe ilişkin çok taraflı uluslararası sözleşmeler dışında 3 taraflı sözleşmeler de mülkiyet hakkının uygulanabilirliğinin sağlanması amacıyla başvurucular tarafından gündeme getirilmiştir. Örneğin *Kapas* davasında İngiliz vatandaşı başvurucu Kıbrıs'taki topraklarının Türkiye tarafından müdahale sonrası tazminatsız kamulaştırıldığı gerekçesiyle Birleşik Krallık'tan tazminat talep etmiştir. Başvurucu Birleşik Krallığın Türkiye'nin müdahalesinden ötürü tazminat sorumluluğu olduğu yönündeki talebine dayanak olarak 16 Ağustos 1960

---

doubtful is the question whether the rules set forth in that Convention, which govern the behaviour of belligerent states, can be invoked by individuals with reference to acts performed subsequent to the end of hostilities. Finally, doubt also surrounds the question whether an act allegedly performed in violation of the Hague Convention must be deemed null and void, or whether it merely obliges the state performing it to pay compensation where appropriate (Article 3 of the Hague Convention 1907).
Following the confiscation decision taken by the Polish authorities, the applicants may have placed some hope of recognition of the survival of the property rights in certain legal arguments including the one discussed above. The ratification of the Treaties of Moscow and Warsaw by the Federal Republic has admittedly made it harder to use this latter argument. In this regard, however, in as far as the effects of the ratification go, both before and after it, the existence of the applicants' property right was almost equally uncertain and the exercise of such right equally impossible."

12 *Associazione Nazionale Reduci Dalla Prigionia Dall'Internamento e Dalla Guerra Di Liberazione and 275 others v. Germany*, App. No. 45563/04, Admissibility Decision of 4 September 2007, para. 2/b (The Law). Bu başvurunun ulusal yargı aşamasında Alman Anayasa Mahkemesinin de anılan uluslararası sözleşmeleri metinde gösterdiğimiz şekilde incelediği ve mağdurlara bireysel ve talep edilebilir hak vermeyip taraf devletlerin birbirlerine karşı yükümlülük doğuran nitelikte olduğu değerlendirmesini yaptığı burada not edilmelidir.

tarihli ve Yunanistan, Türkiye ve Birleşik Krallık arasında akdedilen Garanti Andlaşmasını ve bunu müteakip İngiltere'nin yaptığı beyanı göstermiştir. İddiaları incelemeye Sözleşme'nin diplomatik koruma hakkını içermediği tespitiyle başlayan AİHK, Garanti Andlaşması ile İngiltere'nin beyanının Birleşik Krallığa karşı bireysel bir hak doğuracak şekilde yargı yetkisini genişletmediği ve **AİHS**'deki hiçbir hakkın herhangi bir taraf devlete başvurucular lehine bir başka Devletin makamlarına karışma yetkisi vermediği sonucuna ulaşmış ve başvuruyu konu bakımından yetkisizlik temelinde kabuledilemez bulmuştur.[13]

Bir başka önemli uluslararası kaynak olarak ekonomik, sosyal ve kültürel hakları düzenleyen sözleşmeler akla gelebilir. Bilindiği üzere, özellikle ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin UİHH belgelerinde çok sayıda ekonomik içerikli ve bireylere hak tanıyan düzenlemeler yer almaktadır. Belki bu durumda, ilgili sosyal hak belgesinin düzenlediği ve fakat ulusal hukukta tanınmayan ekonomik içerikli hak zaman duvarının aşılmasını sağlayarak **P1-1**'in (ve dolayısıyla **AY md. 35**'in) aktive olmasında rol oynayabilir.[14]

Nitekim başvurucunun vatandaşlık temelinde özürlü ödencesinden yararlanamamasının **P1-1** ile Madde 14'ü ihlal edip etmediğini[15] değerlendirdiği *Koua Poirrez* davasında AİHM, AK Bakanlar Komitesinin (92) 6 no'lu Tavsiye Kararı ve **Avrupa Sosyal Şartı** (**ASŞ**) Madde 12 çerçevesinde muhatap Devlet olan Fransa hakkında Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin değerlendirmelerine dayanarak, başvurucunun **P1-1** anlamında bir malvarlığı değerine sahip olduğuna karar vermiştir.[16] Bir kez mülkiyet hakkının uygulanabilir olduğuna

13 *Kapas v. the United Kingdom*, App. No.12822/87, Admissibility Decision of 9 December 1987, **DR. Vol. 54**, sf:201-203, özellikle 203.

14 Elbette, sosyal hakları düzenleyen UİHH belgelerinin kaleme alınış formatı, klasik (birinci kuşak) hakların kaleme alınış biçiminden farklıdır. Sosyal hakların Devlete yüklediği yükümlülük genel olarak pozitif içeriklidir. Bu sebeple dava edilebilirliğe pek elverişli sayılmadıkları eskiden genel kabul gören bir düşünceydi. Yine de bu mülahazalar, zorunlulukla, sosyal ve ekonomik nitelikli hakların mağdurlar bakımından bireysel ve talep edilebilir bir hak olmadığı anlamına gelmez. Her bir tekil hak özelinde bu ölçüt tek tek incelenerek bir sonuca varılmalıdır (bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 172).

15 Sosyal güvenlik pozisyonları ile mülkiyet hakkı ilişkisi için bkz. H. Burak Gemalmaz, "Kişilerin Sosyal Güvenlik Hukukundaki Statülerinin Mülkiyet Hakkı Kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Korunması", **İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan,** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi No.:720, İstanbul, 2011, sf: 704-736, mülkiyet hakkının uygulanabilirliği özelinde özellikle sf: 708-713.

16 *Koua Poirrez v. France*, App. No. 40892/98, Judgment of 30 September 2003, paras.38-42, özellikle 39.

anılan belge ve denetim organı kararları çerçevesinde karar veren AİHM, nihayetinde mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.[17]

Bu dava bakımından önemli bir diğer husus da şu ki, başvurucu Fransız mevzuatının AB hukukuna aykırı olduğundan hareketle AB Adalet Divanına bir dava açmıştı. AB Adalet Divanı ise, olayda AB hukukuna aykırılık görmemişti.[18] AİHM'in 1961 tarihli **AŞŞ** Madde 12 hükmünü kullanarak somut vakada **P1-1**'in uygulanabilir olduğunu sonucuna varması aslında "*bütüncül/bütünleştirilmiş insan hakları yaklaşımının*" bir örneğidir. Bu karar ayrıca, iç hukukta mülkiyet hakkı kapsamında görülmeyen bir talep için uluslararası hukuka ve denetim organı kararlarına dayanılmasının bir başvurunun akıbetini bambaşka yerlere götürebileceğini göstermektedir.

Ulusalüstü hukuk bağlamında Avrupa Birliği (AB) örnek verilebilir. *Dangeville* davasında başvurucu şirket AB hukukuna aykırı ve fakat ulusal hukuka uygun olarak ödediği katma değer vergisinin iadesini istemiştir. İsteği ulusal makamlarca reddedilen şirket, şikayeti Strasbourg'a taşır. AİHM, AB hukukunun doğrudan uygulanabilir olmasına vurgu yaparak başvurucunun alacak hakkının doğduğunu kabul etmiştir. AB hukukunun doğrudan uygulanabilirliği noktasında Mahkeme, ilgili Yönergelere ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına bakmıştır.[19] AB hukukunda hareket eden *Dangeville* başvurusu mülkiyet hakkı ihlaliyle sonuçlanmıştır.

EEG-Slachthuis Verbist davasında ise başvurucu şirket AB hukukuna aykırı ve fakat ulusal hukuka uygun olarak işletmesinin bulunduğu sektördeki hayvan sağlığı fonuna ödemek zorunda kaldığı katkı paylarının iadesini istemiştir. Bu talebi geriye yürürlü mevzuat ihdas edilmek suretiyle reddedilen şirketin şikayeti önüne geldiğinde AİHM, *Dangeville* kararına atıf yaparak AB hukukuna aykırı olduğu AB yargısının kararı ile tescillenen mevzuata binaen haksız olarak tahsil edilen paranın iadesini isteme hakkının **P1-1** anlamında en azından meşru beklenti kavramı içerisinde mütalaa edilebileceği değerlendirmesini yapmıştır.[20]

---

17 *Koua Poirrez v. France*, App. No. 40892/98, Judgment of 30 September 2003, paras. 47-50.

18 Bkz.ECJ, Case C-206/91, *Ettien Koua Poirrez v. Caisse d'allocations familiales,* 16 December 1992, [2000] ECR I-6685.

19 *S. A. Dangeville v. France*, App. No.36677/97, Judgment of 16 April 2002, paras.46, 48.

20 *EEG-Slachthuis Verbist v. Belgium*, App. No.60559/00, Admissibility Decision of 10 November 2005. Ancak sonuçta *EEG-Slachthuis Verbist* kararında ihlal bulunmamıştır.

Bütün bu kararlardan hareketle genel bir belirleme olarak burada söylenebilecek olan, hem UİHH belgeleri (ikinci kuşak hakları düzenleyenler dahil) ile diğer uluslararası hukuk kaynaklarının hem de bu kaynaklara ilişkin içtihadi birikimin, mülkiyet hakkının mevcudiyetinin ya da meşru beklentinin kaynağı olmak açısından ulusal hukuk paradigmasını aşma işlevi gördükleridir. Bu noktada belirleyici olan ölçüt, ilgili uluslararası kaynağın bireylere talep edilebilir bir hak ihdas edip etmediğidir ve bu konuda ilgili uluslararası kaynağın denetim organının bir içtihadı olduğunda bu belirleme kolaylaşmaktadır.

B. AYM'nin Mülkiyet Hakkının Mevcudiyeti Sorununu İlgilendiren Bireysel Başvuru Kararlarında Uluslararası Hukuka Açıklık

Bilindiği üzere, AİHS'deki hakların metinsel düzlemde çok az açıklayıcılık içermesi nedeniyle somut bir kamu gücü işleminin bir temel hakkın kapsamına girip girmediği meselesi her durumda sadece madde metinlerine bakılarak çözülemeyebilir. Bir hakkın kapsamı ile tabi tutulacağı sınırlandırma rejiminin belirlenmesi ancak ve ancak AİHM içtihatlarının dikkate alınmasıyla mümkündür. O halde, AYM önündeki bireysel başvurunun asıl konusu sadece AİHS ve Protokollerindeki haklar değil, AİHS ve Protokollerindeki hakların AİHM tarafından uygulanması ve yorumlanmasıyla oluşan içerikleridir.[21]

Bu açıdan AYM önüne gelen bireysel başvurularda hakkın o somut uyuşmazlıkta uygulanabilirliğini tartışacak ve eğer hak uygulanabilir nitelikte ise ondan sonra bu hakka bir müdahale olup olmadığını ve bu müdahalenin AİHS ve Anayasa kuralları ile AİHM (ve hatta kendi özgün standartlarına) standartlarına uygun olup olmadığını inceleyecektir.

Bu durumda AYM'ye yapılacak bireysel başvuruların kabuledilebilirlikten esasa kadar bütün aşamalarında AİHM içtihatları hem yol gösterici hem de belirleyici olacaktır. Zaten bireysel başvuru usulü ile AİHM içtihatları arasında ayrılmaz bir ilişki olduğu içindir ki AYM bir "*Araştırma ve İçtihat Birimi (Ar-İç)*" kurmuştur. Gerçi bu birim ilke olarak AYM içi içtihatların takip ve tutarlılığından sorumlu olmakla birlikte, ister istemez AYM kararlarının AİHM içtihatlarıyla uyumlu olup olmadığını da

21 Bu konuda ayrıntılı inceleme için bkz. Şirin, **a.g.e**., sf:429-439.

araştıracaktır. O kadar ki AYM İçtüzüğü Madde 26 (2) d, bu birimin sadece AİHM kararlarını değil diğer uluslararası yargı organlarının içtihatları ile diğer yüksek mahkemelerin içtihatlarını da takip edeceğini hükme bağlamıştır.[22]

Nitekim AYM önüne gelen bireysel başvurularda istikrarlı olarak AİHM içtihatlarını takip etmektedir. Buna göre AYM'nin mülkiyet hakkına ilişkin başvurularda hakkın mevcudiyeti sorunu açısından AİHK ve AİHM'in geliştirdiği yaklaşımı takip etmesi meşru bir beklentidir. Dolayısıyla AYM, tıpkı AİHM'in yaptığı gibi, mülkiyet hakkının kaynağı olarak uluslararası hukuk belge ve içtihatlarını dikkate almalıdır.

Buna ek olarak, AİHS md. 53 metni ile AY md. 90 metni de AYM'nin mülkiyet hakkının kaynağı olarak uluslararası hukuku baz almasını destekleyecek hükümlerdir. AY md. 90 üzerinde önceden de çalışılmış iyi bilenen bir düzenlemedir[23]; o nedenle burada AİHS md. 53'ün etkisi üzerinde durulacaktır.

AİHS'in 53. maddesine göre, AİHS bir taraf devletin yasaları ya da o taraf devletin tarafı olduğu herhangi bir başka anlaşma çerçevesinde güvence altına alınmış insan haklarını ve temel özgürlüklerini kısıtlar şekilde yorumlanamaz. Buna göre, AİHS'e taraf bir devlet, AİHS'den daha fazla koruma sağlayan bir uluslararası sözleşmeye taraf ise ve iç hukuku AİHS'den daha çok koruma sağlıyorsa, o sözleşmenin veya ulusal düzenlemenin hükümlerine uymak zorundadır. Her ne kadar bu hüküm, taraf olunan ikinci sözleşmenin hükümlerine uygunluğun AİHM tarafından denetleneceği anlamına gelmemekteyse de[24], maddenin amacının insan haklarını en üst düzeyde korumak olmasından hareketle ikinci sözleşmenin veya ulusal düzenlemenin AİHS'e göre elverişli olan hükümlerine yollama yapmaya cevaz vermektedir.[25] Çünkü bu madde, AİHS ile diğer sözleşmenin (veya ulusal

22 AYM İçtüzüğü Madde 3 (1) a; Madde 26 (2) d.

23 Güncel örneklerden biri olarak bkz. Musa Sağlam, "Türk Anayasa Yargısında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Uluslararası Hukuka Açıklık", **Haşim Kılıç'a Armağan, Cilt I**, ed. Ali Rıza Çoban vd, Ankara, 2015, sf:1725-1752 ve orada gösterilen eserler ile kararlar.

24 Evert A. Alkema, "The Enigmatic No-pretext Clause: Article 60 of the European Convention on Human Rights", **Essays on the Law of Treaties-A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag**, Eds. Jan Klabbers-René Lefeber, Martinus Nijhoff Publishers, The Hauge, 1998, sf: 41-56, 44.

25 Aynı yönde J. De Meyer, "Bréves réflexions a propos de l'Article 60 de CEDH", in F. Matscher H. Petzold (eds.), **Protecting Human Rights: The European Dimension, Studies in Honour of Gerard J. Wiarda**, 125-129 (1988)'den aktaran Alkema, **a.g.m.**, sf: 44.

düzenlemenin) iki çelişen ya da en azından alanları (scope) bakımından farklı olan hükümlerinin dikkate alınmasını gerektirmektedir.[26] Hal böyle olunca AYM, eğer ulusal hukuk veya AİHS dışındaki uluslararası hukuk bir dayanak sağlıyorsa, AİHM içtihatlarını gerekçe/mazeret göstererek mülkiyet hakkının uygulanabilir olmadığını kabul edemez.

Anayasa ve AİHS'de yer alan kavramlar otonom niteliktedir. Bu, söz konusu kavramların ulusal hukuktaki ve ulusal hukuk disiplinlerindeki anlamlarından kısmen bağımsız oldukları anlamına gelmektedir. Mülkiyet kavramı da otonom nitelikte bir kavramdır.[27] Otonom kavramlar doktrini, mülkiyet hakkının mevcudiyetinin ya da meşru beklentinin kaynağı açısından ulusal hukukla bağımlı olmak zorunluluğunu bir ölçüde gidermektedir. Bu açıdan bakıldığında, mülkiyet hakkının kaynağı olarak uluslararası hukukun ve içtihatların referans alınması mümkün olmaktadır. Otonom kavramlar doktrininin AY'deki kavramlar için de geçerli olduğunun kabulünde bir engel bulunmadığı gibi AYM'nin AİHM'i takip ettiği göz önünde bulundurulduğunda bir zorunluluk olarak belirmektedir.

Son olarak, AİHS **P1-1** metninin doğrudan uluslararası hukuka yaptığı yollamanın işlevine değinmek gerekir. Zira **P1–1**/1 cümle 2 uyarınca mülkiyetten yoksun bırakma, diğer koşulların yanı sıra ancak "*uluslararası hukukun genel ilkelerine*" uygun olursa meşru ve hukuken geçerli addedilir. Ancak lafızdan görüldüğü gibi bu kloz, hakkın sınırlanması (mülkiyetten yoksun bırakma) aşamasında işlevseldir ve dolayısıyla mülkiyet hakkının uygulanabilirliği aşamasında bir rol oynamayabilecektir. Zaten söz konusu kloz AİHM içtihatlarına göre sadece yabancılar bakımından uygulanmaktadır.[28]

II. AYM Kararlarının Uluslararası Hukuka Açıklık Açısından Eleştirisi

AYM ise bu çerçeveye ilişkin bir tartışma veya değerlendirme yapmaksızın mülkiyet hakkının uygulanabilirliği noktasında kendisini sadece iç/ulusal hukukla sınırlamış gözükmektedir. Oysa Ekim 2015 itibariyle hükme

26 Bu konuda ayrıntılı bilgi, içtihatlar ve referanslar için bkz. H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, Legal Yay., İstanbul, 2005, sf: 72.

27 AİHS açısından otonom kavramlar doktrinin eleştirel değerlendirilmesi için bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 124-135.

28 AİHM'in bu yaklaşımının tarihi boyutu ve eleştirisi için bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 34-36, 532-535 ve orada gösterilen eserler.

bağlanan en az iki bireysel başvuru, mülkiyet hakkının uygulanabilirliği açısından uluslararası hukuku devreye sokmaya müsait gözükmektedir. Aşağıda bu iki kararın bu noktadan eleştirel analizi yapılmaktadır.

A. Türk-Yunan Mübadele Sözleşmesi ve AYM'nin *Vurucuoğlu* (No. 2013/539, 16/05/2013) Kararının Eleştirisi[29]

Mülkiyet hakkının uygulanabilirliği açısından uluslararası hukuku devreye sokmaya uygun içerikli ilk başvuru *Vurucuoğlu* kararında başvurucu Lozan Antlaşmasına ek olarak Türkiye ile Yunanistan arasında imzalanan Mübadele Sözleşmesi uyarınca miras bırakanına Devlet tarafından verilmesi gerektiğini iddia ettiği taşınmaz ve paranın verilmemesinin mülkiyet hakkına aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Ancak AYM bu iddiayı kabul etmemiş ve "*Lozan Antlaşması ve Mübadele Sözleşmesi'nde, mübadele sonucu Türkiye'ye gelenlere ev ve iskan verileceği belirtilmiş olup, iskan hakkı verilmesiyle mülkiyetin kazanılacağı belirtilmemiştir*" şeklinde bir değerlendirme yaparak konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir.[30]

---

29 Makalenin bu kısmındaki görüşler İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin 04/01/2013 tarihli görevlendirilmesi üzerine hazırlanan 10/01/2013 tarihli hukuki mütalaaya dayanmaktadır.

30 AYM kararında aynen şu ifadeleri kullanmıştır (*Vurucuoğlu Başvurusu*, No.2013/539):
"*33. (..) Anılan iddialar Ankara 8. İdare Mahkemesince değerlendirilmiş; başvurucunun murisine pek çok kez alacaklarını alma imkanı tanındığı halde bu haklarını kullanmadığı, son olarak mülga 4796 sayılı Kanunla mübadillere verilen malların kesin tasfiyeye tabi tutulmasının sağlandığı, bu süreçte başvurucunun murisinin alacaklarını alma haklarını kullanmadığı ve 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinde belirtilen 10 yılık sürenin geçtiği, bu nedenle Yunanistan'da bırakılan malvarlığı değerinin ödenmesinin mümkün olmadığı, diğer taraftan, başvurucunun murisinin, iskan haklarından feragat ederek Safranbolu'dan ayrıldığı ve Adapazarı'na taşındığı, mülga 675 sayılı Kanun'da belirtilen 5 yıl oturma şartını da gerçekleştirmediği gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiştir.*
34. 17/2/1926 tarih ve 743 sayılı mülga Türk Medeni Kanunu incelendiğinde, tapu kaydı bulunmayan taşınmazlar üzerinde iskân hakkı verilmesi taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için yeterli değildir. Bunun dışında belli sürelerde taşınmaz üzerinde zilyetlik şartı da aranacaktır (mülga 743 sayılı Kanun m.638 ve 639). Başvurucu veya murisi tarafından mülkiyetin kazanılması için aranan bu şart gerçekleştirilmediği gibi, başvurucunun murisi iskân hakkından feragat ederek iskân verilen yerden ayrılmıştır. Ankara 8. İdare Mahkemesince verilen kararın gerekçesi, mülga 675 sayılı Kanun'un birinci maddesi, başvurucunun murisinin Safranbolu ilçesindeki iskân haklarından feragat ettiğine dair dilekçesi ile değişik tarihlerde çıkarılan kanunlara rağmen taşınmazı alma hakkının kullanılmadığı dikkate alındığında, başvurucunun iddia ettiği hakkın mevcut olmadığı ortaya çıkmaktadır. Lozan Antlaşması ve Mübadele Sözleşmesi'nde, mübadele sonucu Türkiye'ye gelenlere ev ve iskân verileceği belirtilmiş olup, iskân hakkı verilmesiyle mülkiyetin kazanılacağı belirtilmemiştir.
35. Başvurucu tarafından tazminat talebiyle Ankara 8. İdare Mahkemesine açılan davada verilen, başvurucunun iddia ettiği hakkın mevcut olmadığından davanın reddine ilişkin hüküm de bir tespit hükmü olup, başvurucunun iddia ettiği hakkın mevcut olduğunu göstermemektedir.
36. Belirtilen hususlar çerçevesinde başvurucunun dedesine Safranbolu ilçesinde verilen iskân hakkı, başvurucunun taşınmazın mülkiyetini kazanmasını sağlamadığı ve başvurucu lehine Anayasa'nın

AYM'nin bu kararı muhakeme metodolojisi açısından sorunlu gözükmektedir. Zira yukarıda AİHM içtihatlarıyla gösterildiği üzere, bir uluslararası andlaşmanın mülkiyet hakkını kaynağı olup olmadığını anlamak için mağdurlara bireysel ve talep edilebilir bir hak ihdas edip etmediğine bakılmalıdır. Oysa AYM bu incelemeyi yapmamış, Mübadele Sözleşmesinin hiçbir hükmünü açıkça incelemeden genel bir kabulle başvurucunun iddiasını reddetmiştir. Üstelik bunu yaparken Mübadele Sözleşmesinde "*mülkiyet hakkının kazanılacağı belirtilmemiştir*" şeklinde bir kurgu kullanmıştır. Bilindiği üzere, ister ulusal nitelikte olsun ister uluslararası/ulusalüstü olsun, **P1-1** ve dolayısıyla **AY md. 35**'de yer alan mülkiyet hakkının koruma kapsamından yararlanmak için söz konusu değerin teknik olarak mülkiyet niteliğinde olmasına gerek yoktur. Önemli olan, **P1-1** ve **AY md. 35**'i aktivite edecek bir malvarlığı değeridir. AYM kararında bu hususu da atlamış gözükmektedir.

Nitekim Mübadele Sözleşmesine[31] yakından baktığımızda mübadiller için öngörülen hakların ve bu hakları yerine getirmek üzere Devletlerin yükümlülüklerinin açık şekilde kaleme alındığı anlaşılmaktadır. Zaten Mübadele Sözleşmesi çok sayıda kanunla ulusal hukuka aktarılmıştır. Örneğin Mübadele Sözleşmenin 5. maddesi açıkça, "*…işbu Sözleşme uyarınca yapılacak mübadele yüzünden, Türkiye'deki Rumların ya da Yunanistan'daki Müslümanların mülkiyet haklarına ve alacaklarına hiçbir zarar verdirilmeyecektir*" hükmünü içermektedir.

Mübadele Sözleşmesinin 7. maddesi uyarınca, göçmenler varış ülkesinin vatandaşlığını anında kazanacaklardır. Hal böyle olunca, vatandaşlığa bağlı haklardan otomatik olarak yararlanmaları mümkün olacaktır. Bilindiği üzere, o dönemde yürürlükte olan 1924 Türk Anayasasında temel haklardan yararlanmak genellikle vatandaşlık koşuluna bağlıydı. Her halükarda göçmenler/mübadiller vatandaşlığı kazandıkları andan itibaren 1924 Türk Anayasasında yer alan mülkiyet hakkından da yararlanma ehliyetine sahip

---

35. maddesi kapsamına giren korunmaya değer bir menfaat doğurmadığı anlaşılmaktadır."

31 Mübadele Sözleşmesi Uluslararası Daimi Adalet Divanının bir danışma görüşünde konu olmuştur. Divan, zorunlu göçe tabi tutulan ailelerin haklarının tanınmış olmasına özel önem vermiştir (Permanent Court of International Justice, Exchange of Greek and Turkish Populations, Advisory Opinion, Serie B No. 10, 21 February 1925). Bu karar hakkında bilgi için bkz. Nihat Erim, "Milletlerarası Adalet Divanı ve Türkiye", **AÜHFD**, Cilt 1, S.1, 1944, sf:62-72; Ali Saçar, **İnsan Hakları Hukuku'nda Danışma Görüşlerinin Yeri, İşlevi ve Etkililiği**, XII Levha, İstanbul, 2015, sf: 49-50.

hale gelmişlerdir.[32] Bu durumda Mübadele Sözleşmesinden doğan haklar ulusal hukukta anayasal düzleme aktarılmış olmaktadır.

Mübadele Sözleşmesinin 8. maddesi, göçmenlerin taşınır mallarını serbestçe yanlarında taşıyabileceği hükmünü amirdir. Bu maddenin dikkat çekici düzenlemelerinden bir diğeri, cemaatlerin de cemaate ait taşınır malları yanlarında götürebileceğidir.

Mübadele Sözleşmesi Madde 9 "*zorunlu mübadele uygulanacak bölgelerde bulunan ve mübadele uygulanmayacak bir bölgede yerleşmiş toplulukların din ya da hayır kurumlarına ait olan mallar da, aynı şartlar içinde, tasfiye edilecektir*" hükmünü içermektedir.

Mübadele Sözleşmesi, göçmenlerin mülkiyet ve alacak haklarının nasıl tespit edileceği hususunda da ayrıntılı hükümler içermektedir. Sözleşme'nin 10 ve 12. maddeleri Muhtelit Mübadele Komisyonu kurularak tasfiye sürecinin yapılacağını hükme bağlamıştır.[33] Muhtelit Mübadele Komisyonun kararlarının kesin hüküm niteliğinde olduğu da ayrıca vurgulanmalıdır.[34] Mübadele Sözleşmesinin 13. maddesinde bu Komisyonun hak sahibinin hakkını gösteren bir belge vereceği düzenlenmiştir. Nitekim doktrinde Fikri Gürzumar

"Mübadele Sözleşmesi hükümleri gereği ülkemize gelen Mübadillere ve iskan kanunları hükümlerine göre muhacir vesaireye tefviz edilmiş olan gayrimenkul mallara taalluk eden tefviz ve muvakkat tasarruf belgeleri üzerine bunlar adına her zaman tescilin yapılması mümkündür. Bu gibi belgelerin, esasen dosyaları ve bunlar hakkında verilmiş olan tefviz kararları, İskan Dairelerinde mevcut olan dosya ve defterlerinde asılları mahfuzdur. Bu suretle elde kalmış olup da tescil edilmemiş olanlar varsa bunlara istinaden talep üzerine müstehikleri adına tescilleri

32 1924 Anayasasının 70. Maddesinde diğer hakların yanı sıra "temellük ve tasarruf" haklarına yer verildiği gibi 74. Maddesinde ise hiç kimsenin eşyasının istimval ve istimlak edilemeyeceği düzenlenmiştir.

33 Muhtelit Mübadele Komisyonları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ercan Çelebi, "Mübadillerin Yunanistan'daki Mal Kayıtları ve Muhtelit Mübadele Komisyonu Tasfiye Talepnameler", **ÇTTAD**, V/12, (2006/Bahar), sf: 35–46.

34 İlginç bir not olarak ekleyelim ki Muhtelit Mübadele Komisyonun hukuki niteliği Uluslararası Daimi Adalet Divanının danışma görüşlerinden birine konu olmuştur (Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of December 1st, 1926, Advisory Opinion of 28 August 1928, Series B.-No.16). Bu karar hakkında bilgi için bkz. Nihat Erim, "Milletlerarası Adalet Divanı ve Türkiye – Muhtelit Mübadele Komisyonunun Yetkisi Hakkında", **AÜHFD**, Cilt 8, S.3, 1951, sf: 44-59; Saçar, **a.g.e**., sf: 50.

yapılacaktır. Bu sebeple bunlar ispat vesikası değil, tescile mesnet olan bir müsbit evrak mahiyetindedir."

ifadesini kullanmaktadır.[35]

Birebir örnek olmasa da AİHM'in Yunanistan'a karşı *Yağcılar* (*Yagtzılar ve diğerleri*) başvurusundaki yaklaşımı AYM'nin *Vurucuoğlu* kararıyla benzer öğeler içermektedir. Bu başvuruda başvuruculaların dedelerine ait arazilerine Lozan Antlaşmasının eki olarak akdedilen Mübadele Sözleşmesince kurulan Yunan Muhtelit Mübadele Komisyonu tarafından bir tazminat ödenmeksizin el konulmuştur. Sonrasında Yunan Hükümeti resmi kamulaştırma işlemini yine tazminat ödemeksizin gerçekleştirmiştir.

Akabinde başvuruculaların dedelerinin haklarını aramaları çıkartılan kanuni düzenlemelerle ya çok zorlaştırılmış ya da tamamen engellenmiştir. Başvurucular kamulaştırma işleminin yapıldığı 1933'ten 1997 yılına kadar onlarca yargısal süreçten geçmişler ve nihayetinde tatminkar bir tazminat elde edememişlerdir. Muhatap Yunanistan el koyma ve kamulaştırma işleminin AİHS'nin yürürlüğe girişinden önce yapıldığından hareketle zaman bakımından yetki itirazında bulunmuşsa da AİHM kamulaştırmanın anlık bir müdahale olmasına rağmen tazminat ödenmemesinin süregiden bir durum teşkil ettiğini dikkate alarak bu itirazı reddetmiştir.

AİHM tazminat verilmeden kamulaştırma yapılmasının başvurucular üzerinde katlanılması ağır bir külfet yarattığını ve dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlali teşkil ettiğini hükme bağlamıştır. Çok uzun yıllar süren ve nihayetinde başvurucular bir tazminat almaksızın sona eren idari ve yargısal süreçler mülkiyet hakkını ihlal etmekte ve orantısız bir müdahale teşkil etmektedir. AİHM özellikle, kanuni zamanaşımı/hak düşümü sürelerinin, 70 yıllık süreç sonunda başvuruculaların haklarını almalarını engellemesinin kabul edilemeyeceğini açıkça hükme bağlamıştır.[36] Hatırlanacağı üzere AYM'nin *Vurucuoğlu* kararındaki kabuledilemezlik gerekçelerinden birisi, o zaman yürürlükte olan 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinde belirtilen 10 yılık sürenin geçmiş olmasıdır.

35 Fikri Gürzümar, **Tapu ve Kadastro Külliyatı, Muamele ve İzahatı, Birinci Kitap, Cilt I**, Ankara, 1953, sf: 150.

36 *Yagtzılar and others v. Greece*, App. No. 41727/98, Admissibility Decision of 29 June 2000; Judgment of 6 December 2001.

AYM kararında AİHM'in *Yagtzılar ve diğerleri* kararına herhangi bir atıf bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere, Mübadele Sözleşmesi'nin mülkiyet hakkının kaynağı olabileceği savı, göz ardı edilmemesi gereken ve ayrıntılı tartışılarak reddedilebilecek bir iddiadır. AYM elbette Mübadele Sözleşmesi'ni mülkiyet hakkı kaynağı olarak görmeyebilir veya öyle görmesine rağmen somut olayda yine de başka gerekçelerle ihlal bulmayabilirdi. Ancak bunu, yukarıda çizilen metodolojik çerçevede yapması gerekirdi.

Üstelik bu noktada AYM kendi içtihatlarıyla da çelişkiye düşmüştür. Hatırlanacağı üzere AYM konu bakımından kabul edilemezlik gerekçesinde *"iskan hakkının"* mülkiyet hakkı niteliğinde olmadığı saptamasını yapmıştır. Oysa AYM bir iptal davasında, İskan Kanunu'na dayanarak alınan iskan kararıyla belirlenen "*iskan hakkı sahipliğinin*" "*alacak hakkı*" niteliğinde olup mülkiyet hakkı kapsamına girdiğini kabul etmiştir. Dahası AYM, mülkiyet hakkı kapsamında bulunan bir hak (iskan hakkı) üzerinde mirasçılara başvuru hakkının engellenmesinin miras hakkının özünü zedelediğini ve dolayısıyla Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğuna hükmetmiştir.[37]

Sonuç olarak bir yandan iskan hakkının da mülkiyet hakkı kapsamında olduğunu söyleyip diğer yandan en azından iskan hakkı tanıdığı kesin olan (bizzat AYM *Vurucuoğlu* kararında bu hususu teslim ediyor) uluslararası andlaşmanın mülkiyet hakkı doğurmadığını söylemek kendi içinde önemli bir tutarsızlık olarak göze çarpmaktadır. Zaten AYM *Vurucuoğlu* kararında iskân hakkının mülkiyet hakkı kapsamında olduğuna dair kendi içtihadını zikretmiş de değildir.

Aslında AYM istediğinde pekala iptal davalarındaki mülkiyet hakkına ilişkin içtihadına bireysel başvuru kararlarında atıf yapmaktadır. *Vurucuoğlu* kararında iskan hakkının malvarlığı niteliğinde olduğu yönündeki içtihadına atıf yapmaması ilginç bir husus olarak dikkati çekmektedir.[38]

---

37 E. 2006/142, K. 2008/148, T. 24.09.2008.

38 Ayrıca AYM'nin bu atfı yapmaması, yeni soruları/sorunları da beraberinde getirmektedir: iskân hakkı mülkiyet hakkı kapsamından artık zımnen de olsa çıkmış mıdır? Öyleyse, AYM'nin iptal kararının alt derece yargılama makamlarında doğurduğu hukuki neticeler ne olacaktır? AYM'nin iptalinden ötürü alt derece makamları önündeki yargısal süreçlerde hakları zarar gören veya aleyhlerine karar verilen üçüncü kişiler, *Vurucuoğlu* kararındaki iskân hakkının malvarlığı değeri niteliğinde olmadığına dair belirlemeyi kullanarak, örneğin yargılanmanın yenilenmesi vb. gibi hukuki müesseseleri kullanabilecekler midir?

Diğer yandan, *Vurucuoğlu* kararının yukarıda geliştirilmeye çalışılan modele destek olduğu şeklinde okunması da mümkündür. Zira AYM kararda yüzeysel ve hatalı da olsa Mübadele Sözleşmesini zikretmiş ve en azından bu sözleşmenin mülkiyet hakkı kaynağı olmadığı değerlendirmesini yapmıştır. Buradan hareketle, AYM'nin mülkiyet hakkının kaynağı olarak gördüğü bir uluslararası hukuk belgesinin veya içtihadın hakkın uygulanabilirliğinin sağlanması aşamasında işlevsel olabileceği söylenebilir.

B. Fikri Mülkiyet Haklarının Ticari Boyutları Hakkında Anlaşma (TRIPs) ve AYM'nin *Arnoldus Theodorus Bernardus MariaNales* (No. 2013/1211, 10/03/2015) Kararının Eleştirisi

Mülkiyet hakkının uygulanabilirliği açısından uluslararası hukuku devreye sokmaya uygun içerikli ikinci başvuru olarak *Arnoldus Theodorus Bernardus Maria Nales* gösterilebilir. Bu davada başvurucu ana hatlarıyla patent ve marka hakkına yapılan tecavüzün mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Bu kapsamda başvurucu AY md. 90/V uyarınca uluslararası sözleşmelerin somut uyuşmazlıkta dikkate alınmadığını ve bu nedenle patentinin hükümsüzlüğüne karar verildiğinden şikayet ederek patentlerin koruma süresinin 20 yıl olarak tespit edilmesini AYM'den talep etmiştir. Başvurucu bu iddialarını kısaca TRIPs olarak bilinen Fikri Mülkiyet Haklarının Ticari Boyutları Hakkında Anlaşmaya (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*)[39] ve 551 sayılı KHK'nın Milletlerarası Anlaşmaların Öncelikle Uygulanması kenar başlıklı 4. maddesine dayandırmaktadır.

Görüldüğü üzere, AYM'nin *Vurucuoğlu* kararında kullandığı "Lozan Antlaşması ve Mübadele Sözleşmesi'nde, mübadele sonucu Türkiye'ye gelenlere ev ve iskân verileceği belirtilmiş olup, iskân hakkı verilmesiyle mülkiyetin kazanılacağı belirtilmemiştir" cümlesi anayasal mülkiyet hakkı rejiminde vahim dalgalanmalar yaratmaktadır. Bu nedenle AYM'nin karar verirken hem kendi içtihatlarını hem de AİHM içtihatlarını somut uyuşmazlığa yetkin şekilde sindirmesi ve eklemlemesi gerekmektedir. Ancak bu yolla anayasal mülkiyet hakkı rejimi bağlamında tutarlı bir tablo oluşturmak mümkün hale gelebilir.

39 Türkçe resmi çeviride (RG, 25/02/1995, s.22213-mük.) bu Anlaşma, "**Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması**" başlıklı olarak çevrilmiştir ki, bu çeviri iki açıdan yerinde değildir. İlk olarak, ticaretle bağlantılı olan fikri mülkiyet hakları değil, bu hakların bazı boyutlarıdır. Türkçe resmi çeviri yanlış anlam içermektedir. İkinci olarak, "ticaretle bağlantılı" ibaresinin Türkçesi var; "ticaretle bağlantılı" "ticari" demektedir (bkz. Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, sf: 323 ve dn.1037).

AYM ise anılan TRIPs ve 551 sayılı KHK'yı kararının ilgili mevzuat kısmında zikretmesine rağmen, meseleyi mülkiyet hakkı içinde incelememiş ve sadece adil yargılanma hakkı açısından ele almıştır. AYM'ye göre, "*anılan ihlal iddiaları yargılama sürecinin ve yargılama sonucunda verilen kararın adil olup olmadığına ilişkin olduğundan, adil yargılanma hakkının ihlali kapsamında değerlendirilmiştir*." AYM bir kez esas meseleyi adil yargılanma kapsamına atınca, iddiaların kanun yolu şikayeti niteliğinde olması gerekçesine sığınarak başvurunun bu kısmı hakkında kabuledilemezlik kararı vermesi zor olmamıştır.

AYM'nin bu nitelemesi ve yaklaşımı, hemen her benzer örnekte olduğu gibi gerekçesizdir[40] ve kanımızca her halükarda yanlıştır. İlk yanlışlık, AYM'nin tıpkı *Vurucuoğlu* kararında olduğu gibi öncelikle kendi içtihatlarıyla çelişmesidir. Zira fikri mülkiyet ve fikri haklar, anayasal mülkiyet hakkı kapsamında zaten korunmaktadır. Gerçi AYM'nin fikri mülkiyeti anayasal mülkiyet hakkı kapsamında görmesi sorunsuz olmamıştır.

Mahkeme eski tarihli bir kararında patentlerin anayasal mülkiyet hakkından yararlanamayacağına karar vermişti. 1961 Anayasası döneminde verilen bu kararda oldukça ayrıntılı tartışmalar yapan AYM, maddenin hazırlık çalışmaları ve metnine dayanarak patentin ve giderek bütün bir fikri ürünler ile bütün mamelekin 1961 Anayasasının mülkiyet hakkını düzenleyen 36. maddesi kapsamına girmediğine karar vermiştir.[41] AYM teorik açıdan Alman-Türk medeni hukuk anlayışını benimsemiş ve gayri maddi mallar üzerinde mülkiyet hakkı kurulamayacağı sonucuna varmıştır. AYM'ye göre, Alman Anayasa Hukukunda mülkiyet hakkı garantisinin bütün mameleki kapsamasının Türk Anayasası için bir önemi yoktur; zira bu iki Anayasa mülkiyet hakkını farklı şekilde düzenlemiş ve Türk Anayasa yapıcısı fikri hakları dışarıda bırakma yönünde irade beyan etmiştir. AYM'nin ifadesiyle "*bir yabancı devlet anayasası üzerindeki tartışmalar ve o anayasanın uygulanış biçimi, bu ereğe aykırı bir yorumu haklı ve makbul kılmaz*."[42]

---

40 AYM'in bu yaklaşımının eleştirisi için bkz. Osman Doğru, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvurularda Nitelendirme Yetkisi", **Haşim Kılıç'a Armağan, Cilt I**, ed. Ali Rıza Çoban vd, Ankara, 2015, sf: 479.

41 Somut norm denetimi yoluyla AYM önüne giden davada Alman Anayasa Hukukuna ve **P1-1**'e dayanan davacıların oldukça kuvvetli argümanlar ileri sürdüğü görülmektedir.

42 AYM'nin bu yaklaşımı da kanımızca artık kadüktür. Artık modern anayasa yargısında bir AY düzenlemesinin yorumunda başka ülke anayasaları ve bunlara ilişkin içtihatlar da dikkate alınmaktadır.

İncelediğimiz kararında AYM uluslararası andlaşmaların etkisini de ele almış ve **P1-1** ile Evrensel İnsan Hakları Bildirisini (**EİHB**) özellikle değerlendirmiştir. AYM'ye göre, **P1-1**'in Fransızca metin üzerinden yapılan eski çevirisinde geçen "mal" terimi ile mülkiyet teriminin ayrı hukuki kavramlar olduğu ve Anayasanın 36. Maddesinde mülkiyet hakkına yer verildiği için **P1-1** ile AY Madde 36 arasında bir bağlantı bulunmamaktadır. AYM'nin **P1-1** hakkındaki değerlendirmesine devam ederek, bunun AY Madde 36'daki "i*lkelerden çok değişik, ve kanun koyucunun nispi takdirine bağlanmış bir esasın kabul edildiği görülmektedir*" yorumunu yapmıştır. AYM burada da durmamış ve akabinde **EİHB**'nin mülkiyet ve fikri haklarla ilgili düzenlemelerini ele almıştır. **EİHB**'de mülkiyet ile fikri hakların iki ayrı maddede düzenlenmiş olduğunu vurgulayan AYM "*İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, mülkiyet hakkının, (….) maddî şeylere özgü niteliğini belirtmiş, fikrî hakları ise, 'türlü ilim, edebiyat veya sanat eserlerinden mütevellit manevî ve maddî menfaatlerin korunması hakkı' olarak ifade etmiştir"* değerlendirmesini yapmıştır. **EİHB**'yi kendisine temel alan AYM fikri hakların AY'nin mülkiyet hakkı kapsamına girmediğini ve dolayısıyla temel hak niteliğinde olmadığını, buna karşılık AY'nin bilim ve sanat özgürlüğü kapsamına girerek belli bir ölçüde anayasal korumadan yararlanacakları hükmüne varmıştır.[43]

Ancak 2008 yılı başında AYM bu içtihadından dönmüştür ve marka hakkının ve hatta bütün fikri hakların 1982 AY Madde 35 anlamında mülkiyet hakkı kapsamına girdiğini kabul etmiştir. 2008 yılı başındaki karar insan hakları hukukuna uygundur.[44] Bununla birlikte AYM'nin hemen hemen hiç tartışma yapmadığını belirtmek gerekir.[45]

---

43 Bkz. Esas No: 1967/10, Karar No: 1967/49, Karar tarihi: 28.12.1967, Resmi Gazete tarih/sayı: 30.1.1969/13114). Bu kararın, esasına katılmamakla birlikte, bir AYM kararı nasıl olmalıdır sorusuna çok iyi bir örnek teşkil ettiğini düşünüyorum. Ayrıca karara oldukça yerinde bir muhalefet şerhi eklenmiştir. Muhaliflere göre Anayasa normunun eşya hukukuyla özdeşleştirilmesi doğru değildir ve 1961 AY Madde 36 fikri hakları korumaktadır. Anayasa maddeleri **EİHB**'nin 17 . maddesi gibi konuya ilişkin insan hakları belgeleri ışığında daha geniş yorumlanmalıdır. Bununla beraber muhalifler şikayet konusu kanun hükmünün adı geçen Maddeye aykırı olmadığı kanaatindedir. Bu noktada muhalifler **P1-1**'e de atıf yaparak **P1-1**'de mülkiyet hakkının sınırlanabilir bir hak olarak düzenlendiğine dikkat çekmişlerdir (bkz. İhsan Keçecioğlu-Feyzullah Uslu-Fazlı Öztan- İ. Hakkı Ketenoğlu, İhsan Ecemiş ve Recai Seçkin'in Muhalefet Şerhi, para. 5 (paragraf numaralarında bir karışıklık bulunmaktadır). Bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 316-317 ve dn.1022.

44 İnsan hakları hukukunda fikri mülkiyet ve mülkiyet hakkı ilişkisi üzerine ayrıntılı değerlendirme içi bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 286-347.

45 Bkz. Esas Sayısı: 2004/3, Karar Sayısı: 2008/47, Karar Günü: 31.1.2008. Ayrıca bkz. AYM, Esas Sayısı: 2004/81, Karar Sayısı: 2008/48, Karar Günü: 31.1.2008. AYM iptal davalarında benzer yaklaşımı halen sürdürmektedir.

Üstelik AYM önünde davayı açan anamuhalefet partisi mülkiyet hakkını gündeme getirmemişti. AYM'nin 2949 sayılı Kuruluş Kanunu Madde 29'a istinaden *re'sen* mülkiyet hakkı açısından meseleyi incelemesi, burada eleştirdiğimiz *Nales* bireysel başvurusunda tam tersini yaptığı göz önünde bulundurulduğunda ironiktir.

O halde, daha 1967 yılında bir fikri mülkiyet uyuşmazlığında uluslararası belgelerin etkisini mülkiyet hakkı bağlamında tartışabilen AYM'nin, neredeyse 50 yıl sonra bu tartışmadan kaçması, kendi içtihatlarını yok sayması eleştiriye açıktır, büyük bir geriye gidiştir.

Ayrıca AİHK ve AİHM'in çok sayıda kararında marka, patent vb. fikri ürünlerin mülkiyet hakkı kapsamına girdiği benimsendiği gibi bu noktada fikri mülkiyete ilişkin uluslararası andlaşmaların da belirleyici rol oynayacağı kabul edilmiştir. Hatta ünlü "*Budweiser"* biralarının üreticisi ABD'li bir şirketin yaptığı başvuruda AİHM, fikri mülkiyet ve markayla ilgili birçok uluslararası belgeyi (20 Mart 1883 tarihli "**Paris Sözleşmesi**", 1891 tarihli **Madrid Anlaşması** ve bunun 1989 tarihli Protokolü, 31 Ekim 1958 tarihli "**Lizbon Anlaşması**" ve 1994 tarihli **TRIPs**) zikretmiştir. AİHM'e göre, marka tescil başvurusunun bir dizi mali hak ve çıkar oluşturduğu şüpheden uzaktır.[46]

Anheuser Busch INC kararı, fikri mülkiyete ilişkin uluslararası andlaşmaların mülkiyet hakkının kaynağı olarak işlevsel olabileceğini açıkça göstermektedir. Nitekim **TRIPs**, somut uyuşmazlığa uygulanacak açık bir hüküm içermekte ve patentlerin koruma süresinin 20 yıl olduğunu benimsemektedir. **TRIPs**'in gerçek ve tüzel kişiler için doğrudan ve kendiliğinden uygulanabilir haklar doğurduğu ve buna karşılık olarak bu hakları yerine getirmek üzere Devletlerinin yükümlülüklerinin açıkça belirlendiği sözleşme metni okunduğunda rahatlıkla görülmektedir.[47] En azından burada incelenen *Nales* başvurusunda uyuşmazlık konusu patent koruma süresine ilişkin hüküm, AYM'nin kararına da geçirdiği gibi, net şeklide kaleme alınmıştır. AY md. 90/V uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşmaların kanun hükmünde olduğu (ki yine AYM kararına bu hükmü de geçirmiştir) ve 551 sayılı KHK'nın fikri mülkiyet alanında uluslararası

46 *Anheuser-Busch INC v. Portugal*, GC Judgment of 11 January 2007, paras.74-78. Ayrıca bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 330-333.

47 **TRIPs**'in özellikleri için bkz. Ali Paslı, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, sf: 73-79.

andlaşma hükümlerinin hak sahibi açısından daha elverişli olduğu hallerde öncelikle uygulanacağına ilişkin hükmü de (AYM kararında bu hükme de yer vermiştir) dikkate alındığında **TRIPs**'in mülkiyet hakkının kaynağı olduğu veya en azından hak sahibine meşru beklenti sağladığı anlaşılmaktadır. **TRIPs**, AYM'nin bir talebin meşru beklenti kategorisine girmesi için aradığı yeterli hukuki temel koşulunu fazlasıyla karşılamaktadır.

Nitekim Türk hukuk doktrininde **TRIPs**'in ve benzeri uluslararası fikri mülkiyet andlaşmalarının bu etkisi spesifik bir çalışmada vurgulanmıştır. Bu görüş uyarınca Türkiye'nin taraf olduğu **TRIPs**, iç hukukta gerekli uyumlaştırma yapılmamış olsa dahi, hem AY md. 90 uyarınca kanun hükmü haline geldiğinden hem de bir temel hakka (mülkiyet hakkı) ilişkin olmasından ötürü AY md.90/V ve 551 sayılı KHK md. 4 mucibince Türk hukukunda doğrudan uygulanma yeteneğine sahiptir.[48]

Bütün bu açıklamalar, AYM'nin hem kendi içtihadından hiçbir açıklama olmadan saptığını hem de yukarıdaki içtihat ve değerlendirmeleri yok saydığını göstermektedir. *Nales* başvurusunda AYM ne konuya ilişkin kendi kararlarına ne AİHM kararlarına ne de ulusal yargı kararlarına yer vermiştir. Bu açıdan bakıldığında ilgili ulusal ve uluslararası mevzuatı kararında zikretmesi de anlamsız olmaktadır. Belli ki AYM patent koruma süresi meselesinin esası hakkında bir karar vermeye çekinmiş ve meseleyi tamamen hatalı şekilde adil yargılanma hakkına indirgemiştir. Bunda başvurunun iki özel hukuk kişisi arasındaki bir uyuşmazlıktan kaynaklanması da rol oynamış olabilir.[49]

Oysa AİHM'in özel hukuk kişileri arasındaki fikri mülkiyet uyuşmazlıklarında **P1-1**'de düzenlenen mülkiyet hakkının sağladığı korumanın uygulanabilir olduğuna karar verdiği bilinmektedir. AİHM'e göre önemli olan, uyuşmazlık iki özel hukuk kişisi arasında bile olsa, AİHS'deki bir hakkın etkilenmesi ve devletin bundan ötürü sorumluluğudur.[50] Özellikle

48 Bu görüş için bkz. Paslı, **a.g.e.,** sf:174, ayrıca bkz. sf: 464-682.

49 AYM özellikle iki özel hukuk kişisi arasındaki ticari uyuşmazlıklarda bu yönde bir eğilim göstermekte ve başvurucunun mülkiyet hakkı ihlali iddialarını adil yargılanma hakkına indirgemektedir. Örneğin bkz. *HSH Nordbank AG Başvurusu*, No. 2013/6924, 18/06/2014, para.34.

50 *Irina Aleksandrovna Vorsina and Natalya Aleksandrovna Vogralik v. Russia*, App. No.66801/01, Admissibility Decision of 5 February 2004, para.2 (The Law). Ayrıca bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 334 vd.

pozitif yükümlülükler doktrini mucibince, fikri mülkiyet ve/veya ticaret hukukundan kaynaklanan iki özel hukuk kişisi arasındaki uyuşmazlıklarda sık sık muhatap Devletin sorumluluğu doğabilmekte ve **P1-1** yatay ilişkilerde uygulanma alanı bulabilmektedir.[51]

Doğrudan Patent Enstitüsünün ve yargı kararlarının hukuki tercihiyle patent koruma süresinin başvurucunun iddiası hilafına 15 yıl olarak belirlenmesinin mülkiyet hakkına aykırı olduğunun ileri sürüldüğü bir başvuruda, uyuşmazlığın sırf iki özel hukuk kişisi arasında kaldığı değerlendirmesi yapılamaz. Kaldı ki AYM zaten böyle bir değerlendirme yapmamış, tamamen gerekçesiz olarak başvuruyu adil yargılanma hakkına indirgemiş ve sonra da derece yargılamasında bariz bir takdir hatası olmadığı gerekçesine sığınarak başvuruyu kabuledilemez ilan etmiştir. AYM'nin kararının bu aşamasında dahi gerçek bir gerekçe yazmayıp standart genel ifadelerle yetindiği, gerekçe kısmının sadece bir paragraftan ibaret olduğu, geriye kalan kısımların başvurucunun iddialarının tekrarı ve olayların özeti niteliğinde olduğunu da not etmek gerekir.

Tıpkı *Vurucuoğlu* kararı için söylendiği üzere, *Nales* kararı özelinde de AYM'ye yönelttiğimiz eleştiri metodolojiktir. AYM yukarıdaki modele göre bir değerlendirme yaptıktan sonra **TRIPs**'in veya bir başka fikri mülkiyet sözleşmesinin başvurucunun olayına uygulanabilir bir malvarlığı değeri sağlamadığı veya sağlasa bile çeşitli sebeplerle hakkın ihlal edilmediği sonucuna varabilirdi. Ancak bunu ayrıntılı ve ikna edici şekilde hukuki argümanlar getirerek mülkiyet hakkı üzerinden yapmalıydı.

III. Sonuç

Yukarıda yapılan değerlendirmeler, AYM'nin *Vurucuoğlu* ve *Nales* kararlarında mülkiyet hakkının kaynağı bakımından ulusal hukuk paradigmasının aşılmasına yönelik olarak önemli iki fırsatı kaçırdığını göstermektedir. Mülkiyet hakkının uygulanabilirliğini sağlamak üzere içtihatlar dahil uluslararası/ulusalüstü hukuka dayanmak mümkün iken anılan iki başvuruda bu tartışmayı yapmadan bu hususun göz ardı edilmesinin metodolojik açıdan yerinde olduğu söylenemez.

---

51 Mülkiyet hakkı özelinde pozitif yükümlülükler ve yatay uygulama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 417-443, özellikle 430-432.

Aslında AYM'nin bu konuda tamamen kapalı bir tutum izlemediğini de eklemek gerekir. *Vurucuoğlu* kararında Mübadele Sözleşmesi yüzeysel de olsa değerlendirilmiştir. Dolayısıyla AYM'nin mülkiyet hakkının kaynağı olarak göreceği bir uluslararası/ulusalüstü hukuk kaynağı, mülkiyet hakkının uygulanabilirliğini sağlayabilecektir.

Bu konudaki uluslararası/ulusalüstü hukuk ifadesini de çok geniş anlamak gerekir. Öncelikle mülkiyet hakkına yer veren insan hakları belgeleri akla gelmektedir. Bilindiği üzere, özellikle ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin UİHH belgelerinde çok sayıda ekonomik içerikli ve bireylere hak tanıyan düzenlemeler yer almaktadır. Bu durumda, ilgili sosyal hak belgesinin düzenlediği ve fakat ulusal hukukta tanınmayan ekonomik içerikli hak zaman duvarının aşılmasını sağlayarak **P1-1**'in aktive olmasında rol oynayabilir.

Yine bazı UİHH belgelerinin mülkiyet edinme hakkına yer verdiği de gözden kaçırılmamalıdır. **EİHB**'nin yoruma açık düzenlemesini bir yana bırakacak olsak bile, bazı belgeler açıkça mülkiyetten yoksun kişinin mülkiyet edinme hakkı olduğunu hükme bağlamıştır. Örneğin 1951 tarihli **Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme**nin çeşitli hükümleri, **Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme**nin çeşitli hükümleri, **Her Biçimiyle Irksal Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi** Madde 5 ile **Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi** (**KKAOKS**) Madde 16/1-h hükmü bu bağlamda hatırlatılabilir.[52]

Doğrudan insan haklarını düzenleyen belgeler dışında, vergi andlaşmaları, fikri mülkiyet alanındaki sözleşme ve andlaşmalar, uluslararası yatırım hukukundaki iki ve çok taraflı anlaşmalar, AİHM kabul etmemekle birlikte savaş hukuku ve insancıl hukuk sözleşmeleri gibi her türlü alandan kaynaklar burada rol oynayacaktır.

Bu noktada uluslararası yatırım hukukunun olası rolü biraz daha vurgulanabilir. Uluslararası yatırım hukukunda "*yatırım*" teriminin içeriği, yatırımı misafir eden Devletin ulusal hukukundan ziyade taraflar arasındaki anlaşmalar çerçevesinde otonom olarak ele alınır. Yine "*yatırım*" kavramının kapsamı ile **P1-1** anlamında "*mülkiyet/malvarlığı*" kavramının kapsamı

52 Bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf: 173-174.

büyük ölçüde özdeştir.[53] Bu durumda, ulusal hukukta mülkiyet olarak kabul görmeyen bazı değerlerin uluslararası yatırım hukukuna göre yatırım kavramı kapsamında görülmesi halinde zaman duvarı aşılarak **P1-1**'in aktive olması sağlanabilir. Uluslararası yatırım hukukunda yatırımı belirleyen iki taraflı anlaşmalar, bir uluslararası andlaşmanın mülkiyet hakkının kaynağı sayılabilmesi koşulu olarak aranan bireysel ve talep edilebilir bir hak ihdas etme ölçütünü karşılayabilir.

Bir uluslararası belgenin mülkiyet hakkının kaynağı addedilmesinin ölçütü Türkiye'nin taraf olduğu ve dolayısıyla yükümlülük altına girdiği bir kaynak niteliğinde olması ve bireylere doğrudan hak tanıyan hükümler içermesidir.[54] Her bir tekil hak veya düzenleme özelinde bu ölçüt tek tek incelenerek bir sonuca varılmalıdır. Bu aşamada, eğer varsa, ilgili uluslararası belgeyi uygulamak ve yorumlamakla görevli denetim organlarının kararları/içtihatları göz önünde bulundurulmalıdır.

53 Ayrıntılı bilgi içi bkz. H. Burak Gemalmaz, "Uluslararası Yatırım Tahkimi Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları", **Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı**, Ed.: Emre Esen, Ahmet Akcan, Aralık 2013, sf: 66-70.

54 Hatta Türkiye'nin tarafı olmadığı uluslararası hukuk kaynakları bile göz ardı edilmemelidir. Mülkiyet hakkına ilişkin olmamakla birlikte bkz. ve krş. *Demir and Baykara v. Turkey*, App. No. 34503/97, GC Judgment of 12 November 2008.

ÜÇÜNCÜ OTURUM: Soru - Cevap

Prof. Dr. Erdal Onar (Oturum Başkanı - Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Şimdi bu oturumumuzun son kısmına gelmiş bulunmaktayız. Dolayısıyla sorular ve cevaplar için bir sonraki oturumu da zamanında başlayabilmemiz adına 10 dakikamız var. Bu 10 dakika içinde sorularınızı oldukça kısa verebilirseniz ve soru soracak olanlar kimliklerini ve hangi ünvana sahip olduklarını bildirirlerse veya kurumlarını söylerlerse, daha sonra bu Sempozyum bildirilerinin basılacak çalışmasında yer alabilecektir. Soru sahibi olan arkadaşımız buyurun görevli arkadaşlarımız mikrofonu uzatırlarsa

Soru (Bayram Zengin - Bağımsız Kamu Görevlileri Sendikaları Konfederasyonu Genel Başkanı): Sorum Ece Hocama olacaktır. Hocam, zaman kısalığı nedeniyle mobbing konusunu biraz kısalttı. Anayasa Mahkemesi kararlarında bir asgari eşik meselesi var, şikayetlerde yer alan hususlar eğer asgari eşiği sağlayamamışsa kabul edilemez bulunacaktır. Asgari eğişi nasıl sağlayacak başvurular, dipsiz bir kuyu gibi gözüküyor, yani başvuruculaların başına gelmedik kalmıyor ama asgari eşik bir türlü sağlanamyor, birinci husus budur. İkincisi de işte ceza davası açıldı, hukuk davası açılmadığı için iç hukuk yolları tüketilmedi konusu vardır. Bu sefer mahkemelerde davalar çok uzun süreceği için başvurucunun buna katlanma, bunu takip etme meselesi de var. Bu bir anlamda adamı siz bir şekilde kırk katır mı, kırk satır mı tercihi ile baş başa bırakmaktır. Teşekkür ediyorum.

Cevap (Doç. Dr. Ece Göztepe Çelebi -Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Şimdi bunun aslında döngüsel bir mesele olduğundan bahsettim, en sonunda da elinizdeki metinlerde de değerlendirme de Anayasa Mahkemesinin tam da eşik aşılmıştır dediği taktirde nasıl bir karar vermesi gerektiğinin de konuşulması gerektiğini söyledim. Benim açımdan temel mesele özellikle ceza hukukçularıyla yaptığım tartışmalarda şuydu; asgari eşik aşılmış mı sorusu inceleme Sözleşme'nin 3. maddesi ile Anayasa'nın 17/3 fıkrasında yapıldığında özellikle sorgulanıyor. İşkence, eziyet, insanlık dışı muamele, dün Kerem Hocanın da söylediği gibi, kademelendirmesinde büyük

bir sorun görülüyor. Özellikle de ceza hukukçuları eziyet suçuyla mobbingi birleştirmede çok zorluk çektiklerini söylüyorlar ve diyorlar ki eziyet başka bir şey yasama sistematiğine baktığımızda eziyete sokmak mobbingi zor imkansız değil olanaksız değil ama zor. O nedenle de benim de ana tezim zaten bu nokta da toplanıyor; Anayasa 17/1 ile Sözleşme'nin 8. maddesi üzerinden bir değerlendirme yapmak gerekir. Çünkü buradaki kriterler 17/3'deki asgari eşiğin test edilmesine göre çok daha uygun kriterlerdir.

Davaların uzaması kesinlikle çok önemli bir sorun ve onu da belirttim. Yani tazminat yoluna başvur, ceza olmasa da olur dediğimizde ne söylüyoruz? Diyoruz ki işini bırak başka bir iş ararsın, üzerine soğuk su içersin, kamu görevlisiysen Ankara'da değil Diyarbakır'da çalışmaya devam edersin. Üstüne de paranı alırsın gider güzel bir tatil yaparsın mı, diyeceğiz. Hukuk sisteminin bütünlüğünü ve ceza normlarının aynı zamanda çalışma hayatında korunması gereken buradaki değerleri de güvence altına aldığını düşündüğümüzde bence şöyle ilkesel bir ayrımdan yola çıkarak çözüm üretebileceğiz. Anayasa 17/1 maddi manevi kişiliğin korunması ve geliştirilmesi hakkını koruyor, Sözleşme'nin 8. maddesi diyor ki bu sadece internum, özel hayat değildir, iş hayatını da mutlak bir şekilde kapsar diyor. Dolayısıyla bizim burada yapmamız gereken şey maddi haklarla Sözleşme'nin 6. maddesindeki usulî haklar arasındaki ilişkiyi doğru kurmaktır. Yani usulî hakları, 6. maddeyi, bir duvar gibi örmek yerine bütün hukuk sisteminde 6. maddenin maddi hakları korumanın bir aracı olduğunu kabul etmek, onun etki alanını açacak bir çözüm üretmek gerekir. Maddi haklarla usulî haklar arasındaki ilişkiyi doğru kurmak gerekir. Ben burada ceza kanununda korunan hukuki değerlerin, mobbing davalarındaki hukuki değerlerin korunmasında mutlaka gözetilmesi gerektiğini düşünüyorum. Çünkü özellikle de bu sağlık raporlarında manevi kişiliğin ne kadar büyük zarar görebildiğini görüyoruz. Ceza hukuku normları ile korunan Anayasa ile güvence altına alınan bir hakkın ihlali halinde 6. maddeyi sadece intihar ve sonrasındaki usulî soruşturmaya vakfetmeyeceksek o zaman ceza hukuku ile 6. madde arasındaki ilişkiyi daha doğru kurmamız doğru olur diye düşünüyorum.

Soru (Dr. Tolga Şirin -Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Ben Saim Vural'a bir soru soracağım, daha doğrusu anlamaya çalışıyorum, onun için netleştirmek için bir soru soracağım. Anayasamızın 13. maddesi gereğince bütün hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanır şeklinde

bir ifade var, dolayısıyla tüm hak ve özgürlüklere şamil bir hükümdür. Genel bir hüküm olduğu için 13. madde, tek tek her bir madde de kanunla sınırlanmasının gerekli olup olmadığının yazılmasına bildiğim kadarıyla gerek yoktur. Anayasa Mahkememiz de bu şekilde yaklaşıyor. Dolayısıyla 24. madde de bundan bağımsız değil, orada bir özel şartın yani kanun şartının olması gerektiğini mi acaba demek istediğini sormak istiyorum, birinci sorum budur. İkinci sorum şimdi *Leyla Şahin/Türkiye* kararında bir sorun olduğu söylenebiliyor. Pardon Tuğba Arslan kararında bir sorun olduğu söyleniyor, yanlış anlamadıysam. İnsan Hakları Mahkemesi *Leyla ŞAHİN/Türkiye* kararında maddi anlamda bir kanun olması gerektiğini arıyor. Orada Anayasa Mahkemesi kararı, Danıştay kararı vardı bunları da bir "*law*" olarak görmüştü. Bizim Anayasa Mahkememiz ise az önce söylediğim üzere Anayasa'nın 13. maddesindeki kanunun şekli bir anlam taşıdığını, dolayısıyla spesifik bir kanun bulunması gerektiğini söylüyor. Dolayısıyla bu bağlamda ben bir sorun görmüyorum, ama siz bir sorun olduğunu söylediniz. Bir ekleme yapayım. 24. maddenin son fıkrasındaki ifade aslında Anayasa'nın 14. maddesindeki ifadenin biraz daha özel halidir. Kendisi dışa vurum biçiminin mutlak olduğunu mu düşünüyor acaba?

Cevap (Dr. Hasan Saim Vural - Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi): Evet çok teşekkür ederim. Hızlıca şunu söylemek isterim, benim normu yorumlayışım size lafzi gelebilir ama orada yasa koyucunun bir takdirine yer vermeyen, bazı şeyleri olduğu gibi yasaklayarak hakkın korunmasından daha başından mahrum bırakan bir anlayış vardır. Anayasa'nın 24. maddesinin koyduğu şey bir yasaktır. Zaten Anayasa 14. maddedeki kötüye kullanmanın din özgürlüğü ilişkili hususlarında, daha özgün belli biçimlerini koruma dışında bırakıyor. Anayasa bunu yasaklarken elbette bunun temel hak güvencesinin dışında kalmasını sağlıyor. Dikkat ederseniz burada güvence dışı kalan şeyler esas olarak din özgürlüğü ile ilgili bile değil, bunlar esas olarak siyaset özgürlüğü ile ticaret özgürlüğü ile ilgilidir. Dini kullanarak siyasi çıkarlarınızı ve ticari çıkarlarınızı geliştirmenizi yasaklıyor bir de din devleti kurmak için çalışmanızı yasaklıyor. Burada yasaklanananlar içerisinde dini motivasyon olmakla birlikte fiilin özü itibarıyla siyasi ve ticari şeylerdir. Burada gördüğüm bu hususlarda gerek görülürse sınırlama yapılabilir hükmü değil, bunlar kesinlikle korumanın dışındadır hükmüdür. Zaten yasa ile sınırlanabilecek bir şey yok, Anayasa'nın kendisi sınırlamıştır. Yasa Anayasa'nın zaten çizdiği bir sınırın somutlaştırması niteliğindeki bir

düzenleme yapabilir. Özetle şunu söylemek isterim ki bu konuyu hemen yasa ile sınırlama sebebiyle ön görülmemiş olan Anayasal hakların sınırlarını nasıl inceleyeceğiz meselesine bağlamak gerekir. Burada da biliyorsunuz ki iki tür kritere her zaman başvurmak zorundayız; kapsamının nesnel sınırlarını elbette dikkate alacağız ama belki daha önemlisi Anayasa 12. maddeki başkalarının haklarına saygı ilkesini de, temel alarak, hakların birbiriyle ve Anayasal değerlerinin birbiriyle zaten tartılmak durumunda olduğu gerçeğini de dikkate alacağız. Yani hakkın yasayla sınırlanamadığı kabul edilirse o zaman Anayasal sınırlılığının, diğer haklarla tartılarak davaya özgü olarak ortaya konması gerekecektir.

Prof. Dr. Erdal Onar (Oturum Başkanı - Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Ben burada bu oturumu kapatıyorum. 11:35'de diğer oturum başlayacak ve aradaki 20 dakika da Anayasa Mahkememizin çay ve kahve ikramı var, hepinizin katılımından, değerli sunucuların sunuşlarından ötürü çok teşekkür ediyorum ve hepinizi saygı ile selamlıyorum efendim.

Dördüncü Oturum

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Arzu Oğuz
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Konuşmacılar

Doç. Dr. Sergei Chigrinov
Belarus Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Hâkimi

Dr. Atilla Nalbant
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Birim Yöneticisi, Hukukçu

Dr. Abdullah Çelik
Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başraportörü

OTURUM BAŞKANI: Prof. Dr. Arzu Oğuz

Anayasa Mahkemesinin Sayın Başkanı, Sayın Üyeler, değerli konuklar, Anayasa Mahkememizin 53. Kuruluş Yıldönümü nedeniyle düzenlenen Sempozyuma hoş geldiniz diyorum ve sizi son oturumumuzda saygı ile selamlıyorum. Kuruluş yıldönümü vesilesiyle çok değerli bir konu seçilmiş; *Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi, Sorunlar ve Çözüm Yolları,* iki gündür değerlendiriliyor. Çok değerli konuşmacılar büyük katkılar sundular. Siz katılımcılar da yine katılımlarıyla destek oldunuz. Ben şimdi sözü Belarus Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Hâkimi Doç. Dr. Sergei Chigrinov'a vermek istiyorum.

Bireylerin Belarus Cumhuriyeti'nde Anayasa Yargısına Erişimi

Doç. Dr. Sergei Chigrinov
Belarus Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Hâkimi

Sayın Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı, Sayın Oturum Başkanı, Ekselansları, Muhterem Üyeler, Baylar Bayanlar,

İzin verin Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin 53. Yıldönümü vesilesiyle böyle üst düzey bir foruma katılma fırsatını tanımanız dolayısıyla içten teşekkürlerimi ifade ederek sözlerime başlayayım.

Tüm katılımcıların paylaşacağına inandığım şu düşüncemi vurgulamak isterim ki daha şimdiden pek çok ilginç ve yararlı mevzulardan haberdar olmuş bulunmaktayız.

Konuşmamda, bu etkinliğin konusuna ilişkin bazı değerlendirmeler sunmaktan memnuniyet duyarım.

Muhterem Meslektaşlarım, başlangıçta Belarus Anayasa Mahkemesine ilişkin size kısa bir açıklama yapmak isterim.

Anayasa Mahkemesi, 1994 Anayasasına göre, aynı yılın Nisan ayında kurulmuştur. Belarus'ta anayasal denetim, bu amaçla ihdas edilmiş anayasa mahkemelerince uygulanmakta olan Avrupa modeline dayanır. Geçen sene, Anayasa Mahkemesinin 20. Yıldönümünü kutladık. Bu yıldönümü, Avrupa modelinin uygulanması kadar kazanım ve sorunları müzakere etmek ve değerlendirmek için çok iyi bir vesile olmuştur.

Mahkeme teşkilatı ve işleyişi için yasal dayanak, Anayasa'nın yanı sıra, Yargı Sistemi ve Hâkimlerin Statüsüne ilişkin Kanun ve Anayasa Mahkemesinin Yargılama Usulleri ve Anayasa Yargısı Davalarına ilişkin Kanunu kapsamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 12 hâkimden oluşur. Bu hâkimlerden altısı Belarus Cumhurbaşkanı'nca atanır ve altısı da Milli Meclis Cumhuriyet

Konseyi kanadınca – Parlamento Yüksek Meclisi- seçilir. Anayasa Mahkemesi hâkimleri on bir yıllık dönem için seçilirler ve yeniden seçilebilirler. Anayasa Mahkemesi Başkanı, Milli Meclis Cumhuriyet Konseyi kanadının rızası ile Cumhurbaşkanı'nca atanır.

Yargı Sistemi ve Hâkimlerin Statüsüne ilişkin Kanuna göre, Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile güvence altına alınan insan hak ve özgürlüklerini ve anayasal düzeni korur, Anayasa'nın üstünlüğünü ve doğrudan etkisini, kanun yapma ve uygulamada meşruluk sağlayarak kanun hükümlerinin anayasallığını temin eder.

Anayasa Mahkemesi, önleyici denetim kadar düzeltici denetim de yapmaya yetkilidir.

Düzeltici denetim kapsamında, Anayasa Mahkemesi Belarus Cumhuriyeti'nin imzaladığı uluslararası anlaşmaların ve kanunların anayasallığına ilişkin kararlar verir. Mahkeme, şimdiden düzeltici denetim ilişkin toplamda yaklaşık 100 karar vermiştir.

Zorunlu önleyici denetim hususunda, Mahkeme, Milli Meclis tarafından kabul edilen kanunların Cumhurbaşkanı'nca imzalanmasından önce anayasaya uygunluklarına ilişkin kararlar alır. Günümüz itibarıyla, bu alanda 700'den fazla karar verilmiş bulunmaktadır. Bu tür anayasal denetim, eskiden Mahkemenin temel faaliyetiydi.

Anayasa Mahkemesi, yasal boşlukların, ihtilafların ve belirsizliğin ortadan kaldırılmasına ilişkin de kararlar verme yetkisine sahiptir ve bugünlerde bu faaliyet artarak devam etmektedir. Şu anda, bu yetki kapsamında yaklaşık 200 karar verilmiş bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, anayasal meşruluğa ilişkin olarak Cumhurbaşkanı'na ve Parlamentonun Temsilciler Meclisi ve Cumhuriyet Konseyi kanadlarına yıllık mesajlar iletir. Bu mesajlar, Belarus hukuk sisteminde önemli normatif ve doktrinsel belgelerdir.

Şimdi, Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkili kurumlar hakkında birkaç söz söylemek isterim. Cumhurbaşkanı, Temsilciler Meclisi ve Cumhuriyet Konseyi/Senatosu, Yargıtay ile Hükümet bir hukuk kuralının anayasallığı meselesine ilişkin olarak doğrudan Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Anayasa ve kanun, Anayasa Mahkemesine kanunların çeşit ya da düzeylerine bağlı olarak anayasallık denetimine ilişkin sınırlamalar

getirmez. Ayrıca, bu denetim soyuttur: yetkili kurumların itiraz edilen kanun hükmünün belirli bir davada uygulanıp uygulanmadığına dair de anayasa yargısına ilişkin dava açması olasıdır.

Anayasa yargısının Belarus modelindeki anayasa şikâyetine gelince, Belarus mevzuatında bir bireyin doğrudan Anayasa Mahkemesine başvurabildiği klasik anayasa şikâyetinin bulunmadığından bahsetmem gerekir.

Ancak hukuk sistemi anayasa yargısına dolaylı erişimi öngörmektedir.

Dolaylı erişim; bir birey ya da örgütün Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı bulunan kurumlara, yani Cumhurbaşkanı'na, Temsilciler Meclisi'ne ve Cumhuriyet Konseyi/ Senatosu'na, Yargıtay'a, Hükümete başvurabilmesi anlamına gelir. Yargı Sistemi ve Hâkimlerin Statüsüne ilişkin Kanun'a göre, bireylerce başvurulan bu kurumlar Anayasa Mahkemesine başvurabilirler. Bireyin Anayasa Mahkemesine hitaben yapmak istediği başvuru, "*doğrudan (şahsi) başvuru*" olarak adlandırılır.

Ülkemizde dolaylı erişime ilişkin hüküm, mevzuatta çok önceden getirilmişti. Ancak, ilgili fiili mekanizma mevcut olmadığından bireylerin anayasa yargısına dolaylı erişimi engellenmişti. Durumu düzeltmek için, Anayasa Mahkemesi 26 Mart 2009 tarihli kararlarında, uygulanabilir yasal düzenlemede bir boşluğa işaret etmiştir. Bu kararlarda, yukarıda anılan kurumların, özellikle de Temsilciler Meclisi, Cumhuriyet Konseyi/Senatosu ve hükümetin yargılama usullerinin bireylerin (şahsi) başvurularını ele alacak mekanizmaları oluşturması gereğine dikkat çekmiştir. Gerekli usullere, yargılama usullerinde sonradan yer verilmiştir. Günümüzde, Yargılama Usullerinin hususi bir bölümü, bireylerin dolaylı erişimine ilişkin meseleleri ele alır.

Şu anda, bireylerin anayasa yargısına dolaylı erişimi işleyen bir mekanizmadır. Burada bir örneğe değinmek gerekir.

12 Haziran 2014 tarihinde, Anayasa Mahkemesi Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bazı maddelerinin Anayasa'ya uygunluğuna ilişkin karar vermiştir.

Bir bireyin başvurduğu Parlamentonun Temsilciler Meclisi'nin sevki üzerine dava açılmıştır. Başvuran, ölmüş akrabasına karşı ilk ceza soruşturmasının sona erdirilmesine itiraz etmiştir. Bu ölen kişi, kendisinin ve

yolcusunun ölümüne yol açan ölümcül bir yol kazası nedeniyle suçlanmıştı. Başvurana göre, ölen kişinin iyileşmeme/düzelmeme gerekçesiyle yakın akrabalarının rızası olmaksızın ceza davasının sona ermesi, masumiyet karinesini ve herkesin yargısal korunma hakkını muhafaza etmekte olan Anayasa hükümlerini ihlal etmekteydi. Parlamentonun Temsilciler Meclisi, başvuranın iddialarını yersiz bulmamıştı. Meclis, Anayasa Mahkemesinden Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itiraz edilen hükümlerinin Anayasa'ya uygunluğuna ilişkin hüküm vermesini talep ederek, (Anayasa Mahkemesi'ne) bir öneri sunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bu hükümlerinin Anayasa'ya uygun olmadığını tespit etmiştir. İtiraz edilen hükümlere göre, şüphelinin ya da suçlunun ölümü halinde, ceza davasını yürüten kurumun ölen şahsın yakın akrabalarının rızası olmaksızın açılmış davayı sona erdirmesine veya ceza davasının açılmasını reddetmesine izin verilmişti. İyileşmeme/düzelmeme gerekçesiyle ceza davasının sona erdirilmesi ve aynı zamanda bunun hukuki sonuçları, ölen kimsenin onurunu ve namusunu ve de yakın akrabalarının menfaatlerini önemli ölçüde etkilemektedir.

Belarus hukuk sistemi, ayrıca Avrupa Birliği Hukukundaki ön karara benzer bir mekanizma öngörmektedir.

Anayasa'nın 112. maddesi şunu getirmektedir ki belirli bir davanın görülmesi esnasında, eğer bir mahkeme kanun hükmünün Anayasa'ya uygun olmadığı sonucuna varırsa, mahkeme Anayasa uyarınca karar alır ve yerleşik usul kapsamında, kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olup olmadığı sorununu çıkarır. Yargı Sistemi ve Hâkimlerin Statüsüne ilişkin Kanun, genel bir mahkemenin bu kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olarak kabul edilmesi hususunda Anayasa Mahkemesine bir talepte bulunmasını Yargıtay aşamasında ileri sürmesini kabul etmektedir.

Şu anda, bu anayasal mekanizma, bütün potansiyelini, aşağıdaki nedenlerden ötürü tam anlamıyla gerçekleştirememiştir: Anayasa Mahkemesine başvuru mekanizması karmaşıktır; genel mahkemenin anayasallık meselesini Anayasa Mahkemesine getirmek yerine, ilk olarak Yargıtay'a başvurması gerekir; ayrıca genel mahkemenin, Anayasa Mahkemesi bir davada uygulanan ve itiraz edilen hükmün anayasallığını denetlemeden önce, davaya ilişkin hüküm vermesi de gerekir.

2014 yılında, Anayasa Yargılaması Usullerine İlişkin Kanun kabul edilmiştir. Bu kanun, Anayasa Mahkemesinin kanunlardaki yasal belirsizliğin, ihtilafların ve boşlukların ortadan kaldırılmasına ilişkin davalara bakmasını sağlamıştır. Devlet kurumları, diğer örgütler ve bireyler, hukuki boşluklara, ihtilaflara ve yasal belirsizliğe işaret ederek Anayasa Mahkemesine başvuru yapabilirler. Anayasa Mahkemesi, bu başvurulara dayanarak davaya ait işlemleri başlatır. Bu tür davalar, Anayasa Mahkemesinin kendi inisiyatifiyle (*proprio motu*) de açılabilir.

Davaya bakan Anayasa Mahkemesi, örneğin herhangi bir hukuki boşluk olup olmadığı yönünde bir sonuca varırsa, uygulamaya dönük kararını verir ve eğer öyleyse, yetkili devlet kurumuna (kurumun) yetkisi uyarınca bu boşlukları doldurmak üzere öneriler getirir.

Bir örnek olarak, Anayasa Mahkemesinin 18 Eylül 2014 tarihli "*iş ilişkilerinde "yalnız anne" kavramının tanımı*" konusundaki kararını aktarmak isterim. Bu karar, bireyin başvurusuna dayanarak verilmişti. İş akdinin sona ermesi ya da feshedilmesi halinde yalnız anneler için İş Kanunu ile sağlanan güvencelerin başvurana verilmesinin mesnetsiz bir biçimde reddedilmesi ile ilgili bir karardır.

Anayasa Mahkemesi, iş akdinin sona ermesi ya da feshedilmesi halinde güvence hakkı bulunan "*yalnız annenin*" net ve doğru tanımının olmayışının sebep olduğu, İş Kanununda ortaya çıkan hukuki boşluğun ortadan kaldırılması gerektiğine kanaat getirmiştir.

Bu şekilde, Anayasa Yargılaması Usullerine ilişkin Kanunun ilgili hükümleri, hukuki boşlukların ortadan kaldırılmasına ilişkin davalarda, bireylerce ve diğer başvuranlarca makul olarak anayasa yargısına doğrudan erişimlerinin bir vesilesi olarak görülmektedir. Böylece, yargısal korunmaya yönelik anayasal hak, Anayasa Mahkemesinin bu yetkisi dâhilinde uygulanmıştır. Anayasa Mahkemesinin bu tür kararları, sosyal ilişkileri düzenlerken ve anayasal meşruluğu sağlarken hukukun egemenliğine ilişkin anayasal ilkenin artan rolünü göstermektedir.

Sonuç olarak, izin verin özetleyeyim. Belarus mevzuatında klasik bireysel anayasa şikâyetinin yokluğunda, bireylerin anayasa yargısına dolaylı erişimi, insan hak ve özgürlüklerinin korunmasını temin etmektedir. Anayasa Mahkemesinin hukuki boşlukların, ihtilafların ve belirsizliğin ortadan kaldırılmasına ilişkin içtihadı, bireylere yönelik yasal korumayı artırmaktadır.

Sunumuma son verirken, sıcak ve içten karşılama için Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine ve saygıdeğer Başkanı'na teşekkür etmekten memnuniyet duyarım. Belarus Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi arasındaki ilişkilerin güçlendirici, verimli işbirliği ruhuyla, etkili bir tecrübe, fikir ve uygulama alışverişi içinde gelişeceğini samimiyetle umarım. Özellikle de bu Sempozyumun ortak meselelerimiz ve ortak çözümlerimiz olduğunu göstermesi sebebiyle bunu umarım.

Beni dinlediğiniz için Size çok teşekkür ederim.

Access of Individuals to the Constitutional Justice In The Republic Of Belarus

Assoc. Prof. Dr Sergei Chigrinov
Judge of the Constitutional Court of the Republic of Belarus

Mr President of the Constitutional Court of the Republic of Turkey, Distinguished Chairperson, Your Excellencies, Honourable Judges, Ladies and Gentlemen,

Let me begin by expressing my deep thanks for the opportunity to participate in such a high forum on the occasion of the 53rd anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Turkey.

I would like to emphasise and I think all the participants will share my opinion that we have already heard many interesting and useful things.

In my turn, I am delighted to present some considerations on the topic of this event.

Honourable Colleagues, in the beginning I would like to give you a brief overview of what is the Constitutional Court of Belarus.

The Constitutional Court was established according to the Constitution of 1994 in April of the same year. In Belarus the constitutional review is based on the European model exercised by specialised constitutional courts. Last year we celebrated the 20th anniversary of the Constitutional Court. It was a very good occasion to discuss and evaluate achievements and challenges as well as the implementation of the European model.

Besides the Constitution the legal basis for the Court organisation and functioning includes the Code on Judicial System and Status of Judges, the Law on the Constitutional Proceedings and the Rules of Procedure of the Constitutional Court.

The Constitutional Court is formed of 12 judges. Six of them are appointed by the President of the Republic of Belarus and six are elected by

the Council of the Republic of the National Assembly – the upper house of the Parliament. The Constitutional Court judges are appointed (elected) for a term of eleven years and may be re-appointed (re-elected). The Chairman of the Constitutional Court is appointed by the President of the Republic with the consent of the Council of the Republic of the National Assembly.

According to the Code on Judicial System and Status of Judges the Constitutional Court shall safeguard the constitutional order, human rights and freedoms guaranteed by the Constitution, ensure supremacy of the Constitution and its direct effect, constitutionality of legal acts, providing legality in rule-making and law-enforcement.

The Constitutional Court is empowered to exercise subsequent review as well as preliminary review.

In the exercise of subsequent review the Constitutional Court shall deliver judgments on constitutionality of legal acts and international treaties of the Republic of Belarus. In whole the Court has already made about 100 subsequent review judgments.

In the exercise of obligatory preliminary review the Court shallmake decisions on constitutionality of laws adopted by the National Assembly before their signing by the President. As of today, more than 700 decisions have been made. This type of constitutional review used to be the main activity of the Court.

The Constitutional Court has also the power to make decisions on elimination of legal gaps, collisions and uncertainty and nowadays this activity is being in progress. Currently, about 200 decisions have been made within that competence.

The Constitutional Court adopts annual messages to the President and the Houses of the National Assembly on constitutional legality. These messages are important normative and doctrinal documents in the Belarusian legal system.

Now, a few words about the bodies entitled to address to the Constitutional Court. The President, the Houses of the Parliament (the House of Representatives, the Council of the Republic), the Supreme Court, the Government are empowered to address directly to the Constitutional Court on the issue of constitutionality of a legal rule. The Constitution and

legislative acts do not set limits for the Constitutional Court on the review of constitutionality of legal acts depending on their type or level. Furthermore, this review is abstract: the authorised bodies are enabled to initiate constitutional proceedings whether or not the contested legal act is applied in a specific case.

As for the constitutional complaint in Belarusian model of the constitutional justice I should mention that the traditional constitutional complaint, which an individual can directly address to the Constitutional Court, is not provided in the Belarusian legislation.

At the same time the legal system envisages indirect access to constitutional justice.

Indirect access means that an individual or an organisation may apply to the bodies entitled to address to the Constitutional Court – namely the President, the two Houses of the Parliament, the Supreme Court, the Government. According to the Code on Judicial System and Status of Judges these bodies may address to the Constitutional Court being applied to by individuals. The individual's application where he/she requests to address to the Constitutional Court is called "initiative application".

The provision on indirect access has been introduced in the legislation long before. However, as the relevant practical mechanism was not available the individuals were prevented from indirect access to constitutional justice. In order to redress the situation the Constitutional Court in its Decisions of 26 March 2009 pointed out a gap in the applicable legal regulation. Those decisions drew attention to the fact that rules of procedure of the above-mentioned bodies, in particular the House of Representatives, the Council of the Republic and the Government, should define the mechanisms for considering initiative applications of individuals. The required procedure was subsequently enshrined in the Rules of Procedure of the Government. Today a special chapter of the Rules of Procedure deals with the issues of indirect access of individuals.

At the present time indirect access of individuals to constitutional justice is a working mechanism. Here is an example.

On 12 June 2014 the Constitutional Court made the judgment on the conformity of some articles of the Criminal Procedure Code to the Constitution.

The proceedings were initiated on the proposal of the House of Representatives of the National Assembly being applied to by an individual. The applicant contested the termination of the preliminary criminal investigation against his deceased relative. The deceased was accused of the road fatal accident which led to the death of him and his passenger. According to the applicant the termination of the criminal case on non-rehabilitating grounds without the consent of the close relatives of the deceased violates the provisions of the Constitution enshrining the presumption of innocence and the right of everyone to judicial protection. The House of Representatives of the National Assembly found the applicant's arguments well-grounded. The House submitted a proposal to the Constitutional Court requesting to adjudicate on the conformity of the contested provisions of the Criminal Procedure Code to the Constitution.

The Constitutional Court recognised these provisions of the Criminal Procedure Code not to be conforming to the Constitution. According to the contested provisions the body, conducting the criminal proceedings, in case of death of the suspect or the accused was allowed to refuse initiation of criminal proceedings or to terminate the initiated proceedings without the consent of his close relatives. The fact of the termination of the criminal case on non-rehabilitating grounds as well as its legal implications significantly affected the honour and good name of the deceased and interests of his close relatives.

The legal system of Belarus also provides for a mechanism similar to the European preliminary ruling.

Article 112 of the Constitution stipulates that if, during the hearing of a specific case, a court concludes that a legal act does not conform to the Constitution, it shall take decision in accordance with the Constitution and raise, under the established procedure, the issue of whether the legal act should be deemed unconstitutional. The Code on Judicial System and Status of Judges provides that a general court shall raise before the Supreme Court the issue of submitting a proposal to the Constitutional Court on recognising this legal act as unconstitutional.

At the present time the potential of this constitutional mechanism is not implemented in full due to the following reasons: the mechanism of addressing to the Constitutional Court is complicated; a general court should apply to the Supreme Court instead of addressing its preliminary question to the Constitutional

Court; a general court should rule on a case before the Constitutional Court reviews the constitutionality of the contested act applied in the case.

In 2014 the Law on the Constitutional Proceedings was adopted. It enabled the Constitutional Court to consider the cases on elimination of gaps, collisions and legal uncertainty in legal acts. State bodies, other organisations, individuals may submit applications to the Constitutional Court pointing to legal gaps, collisions and legal uncertainty. The Constitutional Court shall institute proceedings on the basis of these applications. This type of proceedings may also be instituted by the Constitutional Court on its own initiative (*proprio motu*).

After considering the case the Constitutional Court makes the decision in the operative part of which the Court concludes whether, for example, there happen to be any legal gaps, and if so, it addresses proposals to the authorised state body to fill in these gaps in accordance with the body's competence.

As an example I would like to cite the Decision of the Constitutional Court of 18 September 2014 «On the definition of the term "lone mother" in labour relations». This decision was made on the basis of the individual's application. It concerned ungrounded refusal to grant to the applicant guarantees provided by the Labour Code for lone mothers in case of the conclusion or termination of the labour contract.

The Constitutional Court recognised it necessary to eliminate the revealed legal gap in the Labour Code caused by the absence of the clear and precise definition of "lone mother" having the right to the guarantees in case of the conclusion or termination of the labour contract.

In that way, the relevant provisions of the Law on the Constitutional Proceedings are reasonably considered by individuals and other applicants as the possibility of their direct access to constitutional justice in cases on elimination of legal gaps. Therefore, the constitutional right to judicial protection has been implemented within this competence of the Constitutional Court. This type of decisions of the Constitutional Court shows the increasing role of the constitutional principle of the rule of law while regulating social relations and ensuring constitutional legality.

In conclusion let me sum up. In the absence of the traditional individual constitutional complaint in the legislation of Belarus, indirect access of

individuals to constitutional justice safeguards the protection of the human rights and freedoms. The Constitutional Court case-law on elimination of legal gaps, collisions and uncertainty amplifies legal protection of individuals.

Ending my presentation I am delighted to thank the Constitutional Court of the Republic of Turkey and its esteemed President for warm and cordial welcome. I sincerely hope that relations between the Constitutional Court of the Republic of Belarus and the Constitutional Court of the Republic of Turkey will develop in a spirit of strengthening, fruitful cooperation, effective exchange of experience, ideas and practice. Especially as because this symposium shows that we have common issues and common solutions.

Thank you very much for your kind attention.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasal Bireysel Başvuru

Dr. Atilla Nalbant
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Birim Yönetici, Hukukçu

Genel Olarak

Anayasal bireysel başvurunun iki yılı tamamlandı. Üçüncü yılındayız. Bu süreç boyunca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ("*Mahkeme*" veya "*İHAM*"), anayasal bireysel başvuru konusunda birçok karar kabul etti. Bu tebliğde, önce kısaca bu kararlar incelenecektir (I). Daha sonra, önce, '*Anayasa Mahkemesi'nin öngördüğü bireysel başvuru koruma sistemi, bireylere insan haklarının korunması bakımından yeterli güvence sağlamakta mıdır?*' sorusuna cevap aranacaktır (II). Nihayet, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sisteminin karşı karşıya olduğu risklerin ne olduğu konusunda birkaç belirleme yapılacaktır (III).

I. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Anayasal Bireysel Başvuru ile İlgili Olarak Kabul Ettiği Kararlar

23 Eylül 2012 tarihinden itibaren kişiler Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapma imkanına sahip oldular. Nihai karardan itibaren Anayasa Mahkemesi'ne başvuru süresi ile Mahkeme'ye başvuru süresi farklı olduğundan, Mahkeme'ye yeni döneme ilişkin ilk başvurular Ocak 2013 tarihinden itibaren gelmeye başladı. İlk başvurulardan birisi olan *Hasan Uzun-Türkiye* başvurusu (10755/13), 30 Nisan 2013 tarihinde Mahkeme, II. Dairesi'nin kabuledilemezlik kararına konu oldu. Bu kararda kısaca Mahkeme, anayasal bireysel başvuru yolunun, Mahkeme içtihatlarına göre, "*erişilebilir*" ve Sözleşmede korunan hakları korumak bakımından "*uygun*" bir yol olduğu değerlendirmesini yaptı. Her ne kadar bu yolun uyugulamada *'etkinliği'* konusunun daha sonra somut davalarda inceleneceğini ve bu yolun etkililiğini kanıtlama yükümlülüğünün devlete olduğunu belirtse de, Mahkeme *Hasan Uzun* başvurusunu iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle reddetmiştir.

A. Anayasal Bireysel Başvuru Yolu Erişilebilir ve Uygun Bir Yoldur

Hasan Uzun kararında Mahkeme anayasal bireysel başvuru konusunda Mahkeme içtihadına atıf yaparak bu yolun etkililiği konusunda genel bir değerlendirme yapmıştır. Bu kararda Mahkeme, ağırlıklı olarak Çek Cumhuriyeti, Almanya ve İspanya davalarında Mahkeme'nin anayasal bireysel başvuru yolunun etkililiği konusunda geliştirmiş olduğu içtihatları Türkiye bakımından değerlendirerek, anayasal bireysel başvuru yolunu, kural olarak etkili bir yol olarak kabul etmiştir.

Diğer yandan Mahkeme, bu yolu etkili kabul etmediği örnekleri de açıklamıştır. *Apostol – Gürcistan* (no 40765/02, § 42, ve burada yer alan atıflar) kararında Mahkeme, Gürcistan'da kurulan anayasal bireysel başvuru yolunu, esasta "*soyut denetim*" öngördüğü ve "*somut sorunlara doğrudan çözüm getiremediği*" için tüketilmesi gereken etkili bir yol olarak kabul etmemiştir. Bu kararla Mahkeme, aynı zamanda etkili bir anayasal bireysel başvuru yolunun özelliklerini de açıklamıştır:

"42. Gürcü anayasal usul, Almanya, İspanya veya Çek Cumhuriyeti örneklerinden ... farklıdır. Bu ülkelerde, anayasa yargısına idare veya bir kamu gücü tarafından meydana getirilen ihlallere çare sunma imkânı veren "özel" bir anayasal başvuru vardır veya eğer anayasa tarafından güvence altına alınan bir hakkın ihlali karar dışında başka bir durumdan kaynaklanıyorsa, ilgili kamu makamına bu hak ihlalini sürdürmeyi yasaklama ve mümkünse, statu quo ante'yi yeniden tesis etmeyi emredebilmektedir (...). Bu yol, aynı zamanda ihlale yol açan ilgili usulden bağımsız olarak, bir yargı organının kararı ya da ihmalinden kaynaklanan ihlalleri hemen ve doğrudan çözme imkânı vermektedir."

Ancak Mahkeme'ye göre, bir yolun etkili olduğu sonucuna varmak için kuramsal olarak o yolun erişilebilir ve etkili olduğunu belirlemek yeterli değildir; aynı zamanda yargı organlarının içtihatlarını da gözünde bulundurmak gerekir. Örneğin Mahkeme, *Allaoui ve diğerleri - Almanya* ((k.k.), no 44911/98, 19 Ocak 1999) davasında, anayasa şikayeti yolunun etkililiği konusunda Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin içtihadını göz önünde bulundurmuştur. Mahkeme, bu davada başvurucunun iddialarını destekleyen emsal kararları sunamadığı için bu hukuk yolunun etkin olmadığına ilişkin ileri sürdüğü iddiayı yerinde bulmamıştır.

Elbette, bir başvuru yolunun genel olarak ve kural olarak "*erişilebilir ve etkili*" olarak nitelendirilmesi, bazı somut konularda konularda Mahkeme'nin

istisna yapmasını engellemez. Özellikle somut bir sorun karşısında mevcut bir iç hukuk yolunun bazı özellikleri o yolun etkililiği için olmazsa olmaz nitelikte ise, bu sonuca varılabilir. Almanya'da anayasa şikayeti kural olarak erişilebilir ve etkili bir yol olmakla birlikte, bu durum Mahkeme'nin hukuk davalarının aşırı uzun sürmesi ile ilgili Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası ile 13. maddeleri bağlamında yapılan başvurulara bağlı şikayetler bakımından bu yolun etkili olmadığı sonucuna varmasına engel olmamıştır (*Sürmeli - Almanya* (B.D.), no 75529/01). Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi dava süresine ilişkin bir anayasa şikayetini inceleyip, ihlal kararı verebilir; ancak Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu tarz başvurularda, sadece ihlal saptaması söz konusudur; görülmekte olan davaları hızlandırıcı herhangi bir yetkisi yoktur. Bu nedenle Mahkeme, dava süresi ile ilgili şikayetlerde anayasa şikayeti yolunu etkili bir yol olarak kabul etmemiştir[1].

Bazı durumlarda anayasal bireysel başvuru Sözleşme'nin güvence altına aldığı her hakkı kapsamayabilir. Örneğin İspanya'da mülkiyet hakkı şikayetleri *amparo* (anayasa şikayeti) konusu yapılamaz. Bu nedenle mülkiyet hakkı ihlali söz konusu olduğunda kişiler doğrudan Mahkeme'ye başvurabilirler (*Arcadio Fernandez-Molina Gonzalez - İspanya* (k.k.), no 64359/01, 8 Ekim 2002).

Çek Cumhuriyeti ile ilgili kararlarında Sözleşme organları anayasal bireysel başvuru yolunu etkili kabul etmektedir; dolayısıyla bir kişi, Mahkeme'ye başvurmadan önce bu yolu tüketmekle yükümlüdür (*J.A.-Çek Cumhuriyeti*, no. 22926/93, 7 Nisan 1994 tarihli Komisyon kararı; *Karel Hava-Çek Cumhuriyeti*, no. 23256/94, 29 Haziran 1994 tarihli Komisyon kararı). Ancak *Eremiasova ve Pechova - Çek Cumhuriyeti* kararında (no. 23944/04, §§ 98-101, 16 Şubat 2012), Mahkeme, yaşama hakkına ilişkin bir şikayet söz konusu olduğunda anayasal bireysel başvuru yolunu etkili olduğunu kabul etmemiştir. Mahkeme'ye göre, soruşturma organının tarafsızlığı ile ilgili önemli bir şikayetin olduğu bu davada, ihlal saptaması halinde Çek Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi sınırlıdır; sadece, söz konusu soruşturmanın başka bir soruşturmacı tarafından yapılmasını emredebilir. Oysa daha önce bu

1 Bu karardan sonra Almanya'da bir yargı reform yapılmış ve dava süresi şikayetlerini incelemek amacıyla bir hukuk yolu kurmuştur. Buna dayanarak Mahkeme, 29 Mayıs 2012 tarihli *Taron – Almanya* ((k.k.) 53126/07) kararı ile bu hukuk yolunun etkili olduğunu kabul etmiş ve bu başvuruyu reddetmiştir.

yapısal sorun hakkında kendisine bir başvuru yapılmış, ancak bu konuyu incelememiştir. Bu nedenle Mahkeme, söz konusu davada 2. maddenin soruşturma yükümlülüğü bakımından anayasa şikayeti yoluna başvurmayı gerekli görmemiştir (bkz. kararın 98-101. paragrafları).

B. Hasan Uzun Kararından Sonra Mahkeme'nin Kabul Ettiği Kararlar

Hasan Uzun kararından sonra Mahkeme, özellikle tutukluluk süresi (Sözleşme'nin 5. maddesi) ve dava süresi (Sözleşme'nin 6. maddesi) ile ilgili başvurularda önemli kararlar kabul etmiştir.

1. Tutukluluk Süresi ile İlgili Şikayetler

Ali Koçintar-Türkiye ((k.k.), no 77429/12, 1 Temmuz 2014) kabuledilemezlik kararı tutukluluk süresi ile ilgilidir. Başvurucu 13 Şubat 2009 tarihinde yakalanmış ve 6 Mart 2014 tarihinde serbest bırakılmuştır. Bu süre boyunca başvurucunun yaptığı tahliye talepleri reddedilmiştir. Başvurucu, tutukluluk süresinin uzun olduğu gerekçesiyle Mahkeme'ye 21 Eylül 2012 tarihinde, başka bir anlatımla Anayasa Mahkemesine henüz anayasal bireysel başvuru sunma imkanı olmadığı dönemde başvurmuştur. Ancak tutukluluğu bu dönemden sonra da devam etmiştir.

Ali Koçintar-Türkiye kararında Mahkeme, anayasal bireysel başvuru kurulduktan sonra Anayasa Mahkemesi'nin tutukluluk şikayetleri konusunda verdiği kararları incelemiştir (bkz. kararın 15-26. paragrafları). Özellikle Anayasa Mahkemesi'nin 2 Temmuz 2013 tarihinde kabul etmiş olduğu beş adet kararı dikkate almıştır. Bu kararlarda Anayasa Mahkemesi tutukluluk süresinin hesaplanması için dikkate alınması gereken sürenin ilgililerin yakalandıkları gün başladığı ve kendilerine yöneltilen suçlamaların esasına ilişkin ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar gününde sona erdiği değerlendirmesini yapmıştır. Bu davalarda başvuruculların tutukluluğu anayasal bireysel başvuru hakkının tanınmasından önce başlamıştı. Buna karşın, Anayasa Mahkemesi, zaman bakımından yetkisinin yürürlüğe girişi öncesinde ilgililerin tutuklulukta geçirdikleri süreleri kişi özgürlüğü hakkı bakımından yaptığı incelenme sırasında dikkate almıştır. Diğer yandan, Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin bu dönemde kabul ettiği ihlal kararlarında yeterli telafi imkanı sunduğunu da belirtmiştir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin kişileri tahliye etme yetkisi olmamasına karşın, kararlarının anayasa gereğince bağlayıcı olduğuna dikkat çekmiştir.

Mahkeme ayrıca uygulamada, eğer Anayasa Mahkemesi Sözleşme'nin 5. ya da Anayasa'nın 19. maddesine aykırılık saptadığında eğer başvurucular halen tutulu (gözlem altında veya tutuklu) iseler, kararın tebliğinin ardından hızla tahliye edildiklerini gözlemlendiğini belirtir. Mahkeme, bu hususları dikkate alarak anayasal bireysel başvurunun tutukluluk süresi şikayetleri için etkili bir yol olduğunu kabul etmiştir.

Hebat Aslan ve Firas Aslan-Türkiye (15048/09, 28 Ekim 2014) başvurusu da tutukluluk süresi hakkındadır. Başvurucular 31 Aralık 2008 tarihinde yakalanmışlar ve daha sonra tutuklanmışlardır. Tutuklama işlemine yaptıkları en son itirazdan sonra süresi içinde 11 Aralık 2012'de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapmışlardır. Bu başvurularında Anayasa'nın 19. ve Sözleşme'nin 5 § 4. maddelerini ileri sürerek tutuklama kararlarının gerekçesiz olduğunu ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi ise, 21 Kasım 2013 tarihli kararı ile bu şikayeti Sözleşme'nin 5 §§ 3 ve 4. maddelerine denk gelen, Anayasanın 19 §§ 7 ve 8. maddeleri başlığı altında incelemeyi uygun görmüş ve bu maddelerin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Ayrıca başvuruculara 4000 TL civarında manevi tazminat verilmesine hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin karar verdiği tarihte başvurucular zaten tahliye olmuşlardı.

Mahkeme, *Hebat Aslan ve Firas Aslan-Türkiye* davasında başvurucuların mağdur sıfatını kaybettikleri sonucuna varmış ve Sözleşme'nin 5 §§ 3 ve 4 şikayetlerini reddetmiştir. Bu sonuca varırken Mahkeme, ilk olarak ihlalin Anayasa Mahkemesi tarafından tanındığını ve başvuruculara, Mahkeme standartlarının epeyce altında olsa da, yeterli kabul edilebilecek bir tazminata hükmedilmiş olmasını dikkate almıştır. Mahkeme, tazminat konusunda bu sonuca varırken özellikle bu tarz ihlallerden sonra kişilerin uygulamada tahliye edilmelerini dikkate almıştır. Somut davada başvuruculların bu imkandan yararlanamamalarının Mahkeme'ye göre belirleyici bir önemi yoktur (karar, 48 ve 49. paragraflar).

2. Dava Süresi ile İlgili Şikayetler

Mahkeme, ilk olarak *Gürdeniz-Türkiye* ((k.k.), no 59715/10, 18 Mart 2014) başvurusunda dava süresi ile ilgili şikayetlerde bireysel başvuru yolunun tüketilmesi gereken etkili bir yol olduğunu belirtir. Nitekim bu kararını *Ali Erol – Türkiye* (no 73290/13, 6 Mayıs 2014) izler.

Koç – Türkiye ((k.k.), no 8362/14, 24 Haziran 2014) başvurusu dava süresi hakkındadır. Başvurucu, davası uzun sürdüğü iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, 2 Temmuz 2013 tarihli kararla (No. 2012/13), bir kadastro davası çerçevesinde on bir yıldan beri derdest olan yargılamanın aşırı uzun sürmesi nedeniyle, Anayasa'nın 36. maddesi ile birlikte 141. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edildiğine ve manevi zararı karşılığında başvurucuya 8 300 Türk lirası ödenmesine karar vermiştir (kararın 69. paragrafı). Ayrıca Anayasa Mahkemesi, davanın daha fazla uzamasını önlemek amacıyla, kararın bir nüshasını, söz konusu yargılamanın en kısa süre içerisinde sonlandırılması amacıyla dosyayı incelemekle görevli Fethiye Kadastro Mahkemesine göndermiştir (kararın 71. paragrafı).

Mahkeme bu davada başvurucun şikâyetini başvurucunun artık mağdur sıfatı taşımadığı ve bu nedenle kişi yönünden yetkisizlik gerekçesiyle reddetmiştir. Bu sonuca varırken Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin dava süresi şikâyetleri ile ilgili kararlarını değerlendirmiştir. Mahkeme, ulusal mercilerin Sözleşme'nin ihlal edildiğini açıkça ya da zımnen kabul etmeden sadece zararı tazmin etmelerinin başvurucunun "*mağdur*" sıfatını ortadan kaldırmak için yeterli olmadığını hatırlatır (karar 21. paragraf). Bu davada da Mahkeme, bir yandan, Sözleşme ile korunan bir hakkın ihlal edildiği hususunun merciler tarafından en azından zımnen kabul edilip edilmediğini ve diğer yandan, tazminin uygun ve yeterli görülüp görülemeyeceğini inceler. Bu davada Anayasa Mahkemesi, 2 Temmuz 2013 tarihli kararında, başvurucunun taraf olduğu kadastro davası çerçevesinde yürütülen yargılamanın aşırı uzun sürmesi nedeniyle Anayasa'nın 141. maddesinin 4. fıkrasıyla birlikte 36. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, ulusal yargı organlarının böylelikle Sözleşme ile güvence altına alınan bir hakkın ihlal edildiğini açıkça belirlediğini kaydeder. Uygun ve yeterli tazmin konusundaki ikinci koşula ilişkin olarak, Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin, anılan kararında, ihlal tespitinin tek başına başvurucun maruz kaldığı zararın giderilmesi için yeterli olmadığı kanaatine vardığını ve ilgiliye manevi zarar için 8 300 TRY ödenmesine karar verdiğini hatırlatır. Bu çerçevede Mahkeme, ilgiliye ödenmesine karar verilen miktarın uygun ve yeterli bir tazmin teşkil ettiğini saptamıştır. Ayrıca kararın bir örneğini ilgili yerel mahkemeye gönderilerek davanın hızla sona erdirilmesi de amaçlanmıştır. Kişinin mağdur sıfatını ortadan kaldıran, ihlali tanıma ve uygun tazmin etme koşullarının oluştuğunu dikkate alan Mahkeme başvuruyu reddeder. Ancak

Mahkeme, eğer dava kısa sürede sonuçlanmazsa, kişinin yeni bir başvuru yapma hakkı olduğunu da belirtir (aynı yönde bkz. *Ergun–Türkiye* (k.k.), 9333/14, 24 Haziran 2014).

3. Diğer Maddelerle İlgili Başvurular

Özkan – Türkiye ((k.k.), no 28745/11, 1 Ekim 2013) ve *Karahan – Türkiye* ((k.k.), no 64999/09, 1 Ekim 2013), *Zana – Türkiye* ((k.k.), no 58756/09, 1 Ekim 2013) davalarında başvurucular ifade özgürlüğü ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddiası ile Mahkeme'ye başvurmuşlardı. Ancak hem başvuruların yapıldığı tarihinde, hem de Mahkeme'nin karar aldığı tarihte aleyhlerine iç hukukta açılan davalar henüz sonuçlanmamıştı. Mahkeme, bu durumu dikkate alarak, başvurucuların Yargıtay önünde görülmekte olan davaları ile ilgili sonuç aldıktan sonra, eğer halen şikâyetleri devam ediyorsa Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapabileceklerini belirtir. Bu nedenle bu başvuruları iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesi ile reddeder.

Gürdeniz-Türkiye ((k.k.), no 59715/10, 18 Mart 2014) davasında Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesi ile ilgili birçok şikâyeti (dava süresi, bağımsız ve tarafsız mahkeme, adil yargılanma, masumiyet karinesine aykırılık) iç hukukta bireysel başvuru yapılmadığı gerekçesiyle reddeder.

Sarısülük-Türkiye ((k.k.), no 64126/13, 25 Mart 2014) başvurusunda Sözleşme'nin yaşama ve barışçıl toplu gösteri yapma haklarının ihlal edildiği ileri sürülmüştü. Mahkeme bu davaya konu olan olayların Haziran 2013'te olduğunu ve konu hakkında iç hukukta işleyen bir yargılama olduğunu belirterek, bu başvuruyu iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle reddeder. Bu kararında Mahkeme, başvurucuların Anayasa Mahkemesi'ne bir bireysel bir bireysel sunmaktan muaf tutacak koşulların da oluşmadığını belirtir (karar, 25. paragraf).

4. Bireysel başvuruya istisna getirilen başvuru: Şükrü Yıldız-Türkiye

Şükrü Yıldız-Türkiye (4100/10, 17 Mart 2015) başvurusu Sözleşme'nin 3. maddesi ile ilgilidir. Başvurucu Aralık 2000'de bir silahlı çatışma sonrasında polisin kötü muamelesine uğradığını ileri sürmüştür. Polisler hakkında açılan dava ise, ancak 13 Kasım 2013 tarihinde sonuçlanmıştır. Başvurucu, iç hukukta dava görülmekte iken 8 Ocak 2010 tarihinde başvuru yapmıştı. Bu davada Hükümet, anayasal bireysel başvuru yolunun tüketilmediğini ileri sürerek, ilk itirazda bulunmuştur.

Mahkeme, bu davada iç hukuk yollarının tüketilmediği ilk itirazını kabul etmemiştir. Mahkeme bu sonuca varırken ilk olarak, iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünün ilke olarak başvuru sırasında mevcut ve elverişli yolları tüketmekle sınırlı olduğunu hatırlatmıştır. Mahkeme özellikle süre ve mülkiyet davalarına bu genel kurala çeşitli nedenlerle istisnalar getirildiğini kaydetmiştir. Somut dava bakımından ise Mahkeme, bu istisnaları uygulamanın yerinde olmadığını; zira, ilk olarak başvurunun anayasal bireysel başvuru yolu kurulmadan önce yapılmış olduğunu; ikinci olarak ise, başvurucunun iç hukukta süren yargılamayı sekiz yıl bekledikten sonra bir başvuru yaptığını belirtmiştir. Bu gerekçelerle Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmediği ilk itirazını reddetmiş ve davayı esastan incelemiştir (bkz. karar 42-45. Paragraflar).

II. Anayasa Mahkemesi'nin Öngördüğü Bireysel Başvuru Koruma Sisteminin Etkililiği

Bu konuyu 2014 yılında bireysel başvurunun ikinci yılı başlıklı konferansta sunduğum tebliğde incelemiştim. Kasım ayından bu yana Anayasa Mahkemesi'nin resmi sitesinde yayınlanan istatistikler yenilendi. Bu yenilenen veriler ışığında, Eylül 2012-Nisan 2014 dönemlerine ilişkin sayıları temel alarak aşağıdaki saptamalar yapılabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin sitesinde yayınlanan istatistiklere göre, 23 Eylül 2012 ile 10 Nisan 2015 tarihleri arasında Mahkeme'ye 38 067 başvuru yapılmıştır. Bu sayı olağanüstü yüksektir. Özellikle 2014 yılında 20 578 başvurunun yapılmış olması, başvuru sayısının ciddi bir artış eğiliminde olduğunu göstermektedir. Bu başvurulardan 559'u hakkında ihlal kararı verilmiştir. Aynı dönemde Mahkeme ise, Sözleşme'nin en az bir maddesinin ihlal edildiği sonucuna vardığı 297 karar kabul etmiştir. İHAM istatistikleri yıl temelli olduğundan bu döneme ilişkin tam bir sayı vermemek mümkün değildir. Ancak bu dönemde 3 000'e yakın yeni başvurunun yapıldığı belirtilebilir.

Haklara göre, Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin ihlal kararlarının dağılımı şöyledir[2]:

2 Aynı başvuru kapsamında birden fazla hakkın ihlal edildiğine karar verilebildiğinden yukarıdaki tablodaki ihlal sayısı, ihlal kararı verilen başvuru sayısından fazladır.

İlgili Haklar	**Anayasa Mahkemesi**	**İHAM**
Yaşama hakkı	7	38
İşkence ve eziyet yasağı	3	60
Maddi ve manevi varlığın bütünlüğü hakkı	2	-
Kişi hürriyeti ve güvenliği	40	51
Adil yargılanma hakkı	393	123
Suç ve cezalara ilişkin ilkeler	4	1
Özel hayata ve aile hayatına saygı	2	14
Din ve vicdan özgürlüğü	1	3
İfade özgürlüğü	8	46
Sendika hakkı	23	10
Mülkiyet hakkı	10	26
Eğitim hakkı	-	2
Seçme ve seçilme hakkı	6	2

İki buçuk yıllık bu sayısal verilere elbette ihtiyatla yaklaşmak gereklidir. Aynı dönemde Anayasa Mahkemesi, 10 249 adet yargısal kabul edilemezlik kararı ve ve 5313 adet idari ret kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kabuledilemezlikkriterlerinia çıkladığıbukararlarınciddibirmesaigerektirdiği tartışmasızdır. Ancak Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruların niteliği dikkate alındığında, bu başvuruların 34 482'sinin Sözleşme'nin 6. maddesi ile ilgili olduğu, buna karşılık, 2 184 başvuruda yaşama hakkı, 507 başvuruda kötü muamele yasağı, 1 928 başvuruda özel hayatın gizliliği, 462 başvuruda din ve vicdan özgürlüğü, 1 083 başvuruda ifade özgürlüğü, 1 565 başvuruda ise toplantı ve gösteri özgürlüğü konularında ihlal iddiasının olduğu dikkate alınmalıdır. Bu kadar yüksek sayıda temel haklar ihlali şikâyetini içeren başvurunun yapılmış olması, Anayasa Mahkemesi'nin önündeki görevin ne kadar güç olduğunu ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 23 Eylül 2012-10 Nisan 2015 döneminde bireysel başvuru hakkında performansını değerlendirdiğimizde şu sonuçlara varabiliriz.

- İlk olarak, Anayasa Mahkemesi yeni başvurular bakımından çok ciddi bir cazibe merkezi olmustur. Bireyler; İHAM'e başvuru yapmadan önce Anayasa Mahkemesi'ne başvurma alışkanlığını kazanmışlardır. Bu durum, bu

yolun bireylerin gözünde tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edildiğini gösteren önemli bir veridir. Ancak yıllık 20 binlere varan başvuru sayısının Türk Anayasa Mahkemesi'nin çok ciddi bir iş yükü ile karşı karşıya olduğunu belirtmek gerekir.

- İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi, ilk iki yılını kabuledilebilirlik kriterlerinin temel unsurlarını oluşturmaya ve bir ölçüde de yaşama hakkı, kötü muamele yasağı, ifade özgürlüğü gibi önemli temel haklara ilişkin içtihat geliştirmeye ayırmıştır. Bu süreçte, bu temel konularda az sayıda karar üretmiş olmasına karşın, bu temel hakları korumak bakımından önemli bir rol oynamaya aday olduğunu bütün açıklığı ile ortaya koymuştur. Ancak henüz Anayasa Mahkemesi, yaşama hakkı ve kötü muamele yasağı gibi esaslı haklar bakımından toplam 12 civarında ihlal kararı olmak üzere az sayıda karar kabul etmiştir. Oysa aynı dönemde Mahkeme, aynı konularda 98 adet karar kabul etmiştir. Ayrıca ifade özgürlüğü gibi, Türkiye'de birçok sorunun olduğu önemli bir alanda sadece 8 kararın kabul edilmiş olması, oysa İHAM tarafından aynı dönemde 46 ihlal kararının kabul edilmiş olması da kayda değer bir farklılıktır.

- Üçüncü olarak, Anayasa Mahkemesi, ciddi bir dava süresi veya tutukluluk süresi gibi "*benzer nitelikte başvuru iş yükü*" ile karşı karşıyadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin en çok karar kabul ettiği alan adil yargılanma hakkıdır; toplamda bu alanda 393 adet karar kabul edilmiştir. Bu kararların ağırlıklı bir kısmı makul sürede yargılanma hakkı ile ilgilidir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararlarının hemen hemen üçte ikisinin bu konu ile ilgili olduğunu belirtebiliriz.

- Dördüncü olarak, anayasal bireysel başvurunun Mahkeme'ye yapılan yeni başvuruların sayısını ciddi ölçüde azalttığı gözlemlenmektedir. 2013 yılında Mahkeme'ye ortalama 2500 civarında yeni başvuru yapılmıştır. Bu sayının 2014 yılında 2000 başvurunun altına düşmüştür. Ancak 2015 yılında bu sayıda bir artış eğiliminin olduğunu kaydetmek gereklidir. Her halükarda Mahkeme önündeki yeni başvuru sayısının düşme eğiliminin gelecek yıllarda da sürüp sürmeyeceği ya da bir artış eğiliminin söz konusu olup olmayacağı, önemli ölçüde Anayasa Mahkemesi'nin performansına bağlıdır. Nitekim 2013 yılının aralık

ayında Türkiye, aleyhine en çok başvuru yapılan ülkeler sıralamasında Rusya, İtalya, Ukrayna, Sırbistan'dan sonra 5. sıraya gerilemişti. Ancak Nisan 2015 tarihi bakımından Türkiye, 9 300 görülmekte olan başvuru sayısı ile Ukrayna (13050) ve Rusya'nın (9400) ardından 3. sıraya yükselmiştir. Rusya ile Türkiye arasında başvuru sayısı sadece 100'dür. Bu çerçevede, başvuruların niteliği, ihlal edildiği ileri sürülen hakların çeşitliliği ve önemi bakımından Türkiye'nin gerçekte aleyhine halen en çok başvuru olan ülke olduğunu hatırlatmak yerinde olur. Bu nedenle, anayasal bireysel başvurunun kuruluşundaki bu amacın gerçekleştiğini ama eğilimin her an tersine dönme ihtimali olduğunu da belirtmek gereklidir.

- Son olarak, niteliksel olarak Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararları incelendiğinde, bu kararlarda genel olarak Mahkeme içtihatlarının dikkate alındığı ve bu içtihatlarda ortaya konan ilkelerin takip edildiği söylenebilir. Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi'nin Mahkeme içtihatlarının ulusal hukuka taşınmasında ve temel hakların korunmasında önemli bir rol üstlendiği ortaya çıkmaktadır.

III. Anayasa Mahkemesi'nin Karşı Karşıya Olduğu Riskler

Anayasa Mahkemesi önündeki işyükünün yönetimi kuşkusuz Yüksek Mahkemenin karşı karşıya olduğu en önemli risktir. Görülmekte olan davaların makul bir süre içinde bitirilmemesi halinde bu durum Yüksek Mahkeme'nin etkililiğini sarsacak mahiyettedir.

Etkililik bakımından süre sorunun ortaya çıkabileceği birkaç alandan söz edebiliriz. İlki, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleriyle bağlantılı olarak etkin soruşturma yükümlülüğü alanıdır. İkincisi ise, Sözleşme'de açıkça "*süre*" koşulu olan maddelerdir. Bunlardan kuşkusuz en önemlisi, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasında öngörülen tutulmanın hukukiliğinin "*süratle*" incelenmesi gerekliliğidir.

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi'nin "*uygun yol*" olmasını engelleyebilecek diğer bir riskten söz edebiliriz. Bu Anayasa Mahkemesi'nin hukuki nitelendirme yetkisinde daraltıcı bir yaklaşımı benimsemesidir. Ayrıca acil tedbir veya karar bekleyen alanlarda da Anayasa Mahkemesi'nin etkililiği konusu önemlidir. Nihayet Anayasa Mahkemesi'nin bireysel yargılamayı inceleme usulü dikkate alınmasi gereken bir konudur.

1. Etkin Soruşturmada Süre Unsuru

Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, bir kişinin şüpheli ölümüne ilişkin veya kötü muamele ya da işkence iddiasına ilişkin soruşturma hemen başlamalı ve makul bir hızla ve özenle yapılmalıdır. Bazı durumlarda bir soruşturmanın ilerlemesini önleyen güçlükler veya engeller bulunabilir. Bu tarz iddiaların makul bir özen ve hızla soruşturulmaması, sadece bireylerin adalete olan güvenini kırmakla kalmaz; ölüme sebebiyet verenlerin ve kötü muamelede bulunanların dava ve ceza zamanaşımı kuralları aracılığıyla dokunulmaz olmalarını da sağlar. O halde ölüm, işkence ve kötü muamele şikâyeti söz konusu olduğunda hızlı, özenli ve etkili bir soruşturma ve kovuşturma yapmak, kamuoyunun güvenini kazanmak, bu tarz muamelelere karşı hoşgörü gösterilmediğini ortaya koymak açısından önemlidir.

Soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılmaması, delillerin toplanmasını tehlikeye sokup soruşturmanın etkililiğini zayıflatabileceği gibi, ceza yargılaması bakımından zamanaşımı riski nedeniyle soruşturmanın sonuçlarını da etkileyebilir.

Etkin soruşturma yükümlülüğü, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayan cezai, idari ve medeni yargılamaların bütününü ve bu yargılama usullerinin bütün aşamalarını kapsar. Bu nedenle etkin soruşturmanın temel unsurlarından "*makul süre ve özen*" kriterinin Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama bakımından da uygulanacağı sonucuna varabiliriz. Nitekim Mahkeme'ye göre, usul yükümlülüğünün gerekleri, soruşturma aşamasının ötesine geçer. Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi'ne toplamda 2 691 yasama hakkı ve kötü muamele yasağına ilişkin başvurunun yapılmış olması, buna karşılık bu alanda toplamda 12 civarında kararın verilmiş olması bu alanda ciddi bir etkililik sorunun olduğunu göstermektedir.

2. Tutulmanın Hukukilik Denetiminin Süratle Yapılması Ilkesi

Sözleşme'nin 5 § 4. fıkrası, tutulmanın hukukiliği hakkında '*süratle*' bir yargısal karar verilmesini ve hukuka aykırı ise tutulmanın sona erdirilmesini gerektirmektedir (*Musiał-Polonya* [BD], no 24557/94, § 43, CEDH 1999-II).

Hukukilik denetiminin ulusal makamlar tarafından '*süratle*' yapılıp yapılmadığını tespit için, önce salıverilme talebinin incelenme süresinin belirlenmesi gerekir. Bu süre, kural olarak salıverilme talebinin yapıldığı tarihte başlar. Ancak bireyin başvuru yapabilmek için, örneğin gözaltı

süresinin sona ermesini beklemek zorunda olması, Sözleşme'nin 5 § 4. fıkrasını ihlal edebilir. Hukukilik denetimi için ulusal mahkemeden önce, bir idari makama başvurmak gerekiyorsa, incelenme süresi başvurunun idari makama yapıldığı anda başlar. Bu süre, başvurucunun salıverilme talebiyle ilgili kararın başvurucuya veya avukatına tebliğine kadar devam eder. Hukukilik incelemesinin süratle incelenip incelenmediği sorunu, daha çok suç şüphesiyle tutulan kişiler ile akıl hastalığı nedeniyle tutulan kişilerin salıverilme taleplerinin incelenmesi söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır.

Mahkeme, tutuklu bir başvurucunun salıverilme talebinin beş buçuk ay sonra karara bağlanmasını (*Bezicher-Italya*, 25 Ekim 1989, §§ 22-26), bir başka olayda başvurucunun salıverilme talebinin 23 gün sonra karara bağlanmasını (*Rehbock-Slovenya,* nº 29462/95, §§ 85-86), bir başka olayda tutuklamaya itirazın 41 gün sonra karara bağlanmasını (*Şevk-Türkiye*, nº 4528/02, § 40, 11 Nisan 2006) Sözleşme'nin 5 § 4. fıkrasının aradığı '*süratli*'lik şartına aykırı görmüştür.

Mahkeme, tutulmanın hukukiliğinin süratle incelenmesi konusunda Anayasa Mahkemelerine yapılan bireysel başvuruları da bu kapsamda görür. *Smatana-Çek Cumhuriyeti*(no 18642/04, 27 Eylül 2007) davasında Mahkeme, Sözleşme'nin 5 § 4. fıkrası gereğince sunulan bir başvuruyu inceler. Tutuklu olan başvurucu, 20 Ağustos 2001 tarihinde tutuklama işleminin hukukiliğinin denetlenmesi için bir başvuruda bulunur. Bu talebinin reddedilmesi üzerine Çek Anayasa Mahkemesi'ne bir bireysel başvuru yapar. Bu davada Mahkeme, önce Çek Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı incelemenin bir "*hukukilik denetimi*" olduğunu belirtir ve bu nedenle Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasında öngörülen "*kısa süre*" veya "*süratle*" koşulunun Anayasa Mahkemesi için de geçerli olduğunu belirtir (karar 123. paragraf). Ancak Anayasa Mahkemesi 28 Kasım 2003'te karar alabilmiş ve bu karar 19 Aralık 2003 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Mahkeme, bu davada Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna varır. Mahkemeye göre, bu süre boyunca başvurucu birçok tahliye talebinde bulunma imkânına sahip olmuştur. Ancak bu imkâna sahip olması kamu makamlarının "*süratle*" karar vermesi yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz; aksi halde Sözleşme'nin 5 § 4. fıkrasında öngörülen güvencenin bir anlamı kalmaz. Bu davada Mahkeme, başvurucunun Anayasa Mahkemesine yaptığı başvurudan sonra bir yıl daha tutuklu kalmasını ve kişinin tahliyesinin on ay sonra karar vermesini Sözleşmeye aykırı bulmuştur (karar 131. paragraf).

Bulatovic-Karadağ (67320/10, 22 Temmuz 2014) davasında başvurucu, Mahkeme'ye tutuklama koşulları, tutulma sırasında yeterli tıbbi yardımdan yararlanmama (madde 3) ve tutuklama tedbirinin süresi (madde 5 § 3) ile ilgili şikâyetler sunmuştu. Mahkeme önündeki yargılama sırasında anayasal şikâyet yoluna başvurulmadığı için iç hukuk yollarının tüketilmediği hükümet tarafından ileri sürülmüştür. Başvurucu ise, anayasa şikâyeti yoluna başvurduğunu ve bu başvuruların derdest olduğunu; ancak bu yoldan etkili bir sonucu henüz alamadığını belirtmiştir. Mahkeme bu davada ilk olarak başvurucunun tutulma koşulları ve yeterli tıbbi yardımdan yararlanmama şikâyetleri ile ilgili olarak kamu makamlarının bireysel bir işlem yapmadığını ve bu nedenle başvurucun önünde tüketmesi gereken bir yol olmadığını belirtir (karar, 109. paragraf). Tutukluluk süresi şikâyeti hakkında ise Mahkeme, bu başvurunun üç yıldan fazla bir süredir Anayasa Mahkemesi önünde derdest olduğunu; ancak henüz bir karar verilmediğini belirtir. Bu nedenle bu davada bu yol artık etkili bir yol olarak kabul edilemez (karar, 110. paragraf).

3. "Hukuki Nitelendirme" Yetkisinde Daraltıcı Yaklaşım

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, ilk kararlarından itibaren olayları hukuki nitelendirme yetkisine sahip olduğunu söylemiştir. Olayların hukuki nitelendirilmesinin hâkimi olan Mahkeme, gerekli görürse ve ihtiyaç varsa, olayları resen, bir bütün olarak Sözleşme'nin ışığında inceleme yetkisine sahiptir. Mahkeme bu yetkisini kullanırken, önündeki materyalin ortaya koyduğu olayları, başvurucunun hukuki nitelendirmesinden farklı bir şekilde serbestçe nitelendirebilir.[3]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi nitelendirme yetkisini *jura novit curia* (hâkim hukuku bilir) ilkesine dayandırmıştır. Bu ilke gereğince Mahkeme şikâyetleri, örneğin taraflarca dayanılmayan Sözleşme maddelerine veya fıkralarına göre resen incelemiş ve hatta Komisyon tarafından bir maddeden kabuledilemez bulunmuş bir şikâyeti bir diğer maddeye göre kabuledilebilir bulmuştur. Çünkü Mahkeme'ye göre bir şikâyet, sadece dayanılan hukuki sebeplere veya gerekçelere göre değil, ama şikâyetin içindeki olaylara göre nitelendirilir.[4]

3 *Guzzardi – İtalya*, no. 7367/76, 06.11.1980, §63

4 *Scoppola - İtalya* [BD], no. 10249/03, 17.09.2009, §54

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruyla ilgili ilk kararlarından itibaren, bir anayasal hakkın ihlali iddiası içermeyen başvuruların açıkça dayanaktan yoksun bulunulacağını[5] söylemiştir. Bir başvurunun bir anayasal hakkın ihlali iddiası içerip içermediğine, kuşkusuz olayların nitelendirilmesinden sonra varılabilir. Anayasa Mahkemesi ayrıca, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirme (tavsif) ile bağlı olmadığını[6], olay ve olguların hukuki nitelendirmesini kendisinin takdir edeceğini[7] belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin nitelendirme yetkisinden açıkça söz etmeksizin, başvurucunun "*iddialarının özü*"nün[8] veya "*şikâyetlerinin özü*"nün[9] veya "*başvurunun özü*"nün[10] ne olduğunu kendisinin söylediği ve böylece zımnen nitelendirme yetkisini kullanmak suretiyle ihlal iddialarını belirlediği kararları da vardır.

Anayasa Mahkemesi'nin "*hukuki nitelendirme*" yetkisinde daraltıcı yaklaşım benimseme riskinin kaynağı, özellikle Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen "*bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz*" hükmünün yorumu ile ilgilidir. Şimdiye kadar bu maddenin Anayasa Mahkemesi bu incelemesini yaparken, bir "*süper yetkili temyiz mercii*" gibi hareket etmemeli[11] yönünde değerlendirilmiştir. Bu çerçevede ilke olarak bir kanunun uygulanmasının hatalı olması ya da dava konusu olayların hatalı değerlendirilmesi, ilke olarak, anayasal bireysel başvuru konusu olmamalıdır[12]. Anayasa Mahkemesi bir yargılama usulünü bütün olarak incelemeli ve bu incelemede Sözleşme'de güvence altına alınan bir hakkın ihlal edilip edilmediğini saptamakla yetinmelidir[13]. Ancak uygulamada birçok Anayasa Mahkemesi'nin bu yetkisini süper temyiz gibi kullanmaktan açıkça kaçındığı; buna karşılık, bu yetkisini daraltıcı tarzda

---

5 bk. örneğin, *Necati Gündüz ve Recep Gündüz* kararı, no. 2012/1027, 12.02.2013, § 25; *Ahmet Soysal* kararı, no. 2012/237, 26.03.2013, §22;

6 bk. örneğin, *Erdinç Engin* kararı, no. 2012/695, 12.02.2013, §15; *Abdullah Öcalan* kararı [GK], no. 2013/409, 25.06.2014, §63, 71

7 bk. örneğin *Tahir Canan* kararı, no. 2012/969, 18.09.2013, §16; *Mehmet Ali İncesu* kararı, 2013/2253, 15.04.2014, §16

8 bk. örneğin, *Ümit Tekin* kararı, no. 2013/781, §26; *Aysun Toka* kararı, no. 2013/2364, §35

9 bk. örneğin *Hayrettin Aktaş* kararı, no. 2013/1205, 17.09.2013, §37; *Tülay Şahin* kararı, no. 2013/1568, 08.05.2014, §24

10 bk. örneğin *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri* kararı, no. 2012/752, 17.09.2013, §79; *Celalettin Aşçıoğlu* kararı, no. 2013/1436, 06.03.2014, §32

11 Aynı yönde bkz. M. Yavuz Sabuncu/Selin Esen Arnwine, Türkiye için anayasa şikayeti modeli, Türkiye'de bireysel başvuru yolu, Anayasa Yargısı no 21, s. 229 vd., 2004.

12 *Schenk-İsviçre*, no 10862/84, 12 Temmuz 1998, p. 45–46.

13 Bkz. *Khan-Birleşik Krallık*, no 35394/97, p. 34, İHAM 2000-V.

kullandığı görülmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre, "*bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması*", "*hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması*", "*yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi*", "*kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması*", "*keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar*" ile ilgili şikâyetler, bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamaz[14]. Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımına göre başvurucunun şikâyetleri sözü edilen kategorilerden birine giren bir şikâyet olması halinde, bir anayasal hakka müdahalenin bulunduğu söylenemez ve başvuru açıkça dayanaktan yoksun bulunur.

4. Anayasa Mahkemesi Önündeki Usulden Doğan Sorunlar

Anayasa Mahkemesi önündeki usulle ilgili olarak iki önemli noktanın altı çizilebilir. İlk olarak Sözleşme'nin 6. maddesinin Anayasa Mahkemesi önündeki usule uygulanmasından doğan sorunlar; ikinci olarak ise, Anayasa Mahkemesi'nin tedbir kararı konusunda yaklaşımından doğan sorunlar.

a. Sözleşme'nin 6. Maddesinin Anayasa Mahkemesi Önündeki Usule Uygulanması

Sözleşme'nin 6. maddesine göre, "*medeni haklarla ilişkili uyuşmazlıklar*" ve "*ceza hukuku alanında yapılan suç isnadı*" söz konusu olduğunda bu madde uygulanır. O halde, anayasal bireysel başvuru yoluna konu olan haklarla ilgili yargılamanın büyük bir ölçüde bu maddenin kapsamına gireceği açıktır. Bu nedenle, bireysel başvuru yolunun bu maddenin öngördüğü bütün güvencelere uygun olması gereklidir.

Bu çerçevede, 6. maddenin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme, makul sürede yargılama, çekişmeli yargılama usulü gibi temel unsurlar içerdiği hatırlatılabilir. Sözleşme'nin 6. maddesinin Anayasa Mahkemesi önünde uygulanabilirliğine ilişkin önemli ilk karar *Ruiz-Mateos- İspanya* (n° 12952/87, 26 Nisan 1993) kararıdır. Bu dava, bir taşınmazın geri alımı ile ilgili bir yargılama ile ilgilidir. Başvurucu, İspanyol Anayasa Mahkemesi önündeki

14 bk. örneğin, *Göksel Korkmaz* kararı, no. 2012/869, 16.04.2013, §20; Şehnaz Ayhan kararı, no. 2013/6229, 15.04.2014, §14

usulün 6. maddeye aykırı yürütüldüğünü ve silahların eşitliği ilkesine uyulmadığını belirtir. Mahkeme, bu davada 6. maddenin anayasa mahkemeleri önündeki usule uygulanabilirliği konusunu tartışır. Mahkeme, bir ilke kararı almaktan kaçınmakla birlikte, bu davada ana şikâyet ile Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama konusu arasındaki irtibatı dikkate alarak, 6. maddenin uygulanabilir olduğuna ve daha sonra da ihlal edildiğine karar verir. Nitekim daha sonra birçok kararında Mahkeme, "*Anayasa Mahkemesi önünde görülse dahi, bir usule Sözleşme'nin 6. maddesi uygulanabilir"* sonucuna varır (*Kraska-Isviçre*, 19 Nisan 1993, § 26). Bu çerçevede bir davanın Anayasa Mahkemesi önüne nasıl götürüldüğünün bir önemi yoktur; bir anayasal defi yoluyla konu Anayasa Mahkemesinin önüne gelebileceği gibi, bir yargı kararına ya da bir yasaya karşı başvuru seklinde de gelebilir (*Voggenreiter-Almanya*, n° 47169/00, §§ 31-33). Ancak, başvuru konusu hak bakımından Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilir olması gereklidir.

Mahkeme, *Milotova ve diğerleri-Çek Cumhuriyeti*[15] kararında, Anayasa Mahkemesi önündeki usulde karşı tarafın görüşlerinin tebliğ edilmemesi ve yanıt verme imkânının tanınmamasını çekişmeli yargı ilkesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre, söz konusu görüşlerin yazı işleri müdürlüğünde tutulması ve başvurucuların burada bu görüşleri inceleyip, bir örneğini almalarını yeterli görmemiştir. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi önünde duruşma yapılmamış olmasını, diğer yargı organları önünde duruşma yapıldığını dikkate alarak, çekişmeli yargılama ilkesine aykırı değerlendirmemiştir.

Nitekim Mahkeme, *Teuscher-Almanya* kararında[16] Alman anayasa şikâyeti usulünde ön inceleme sonucu reddedilen bir başvuruda gerekçe sunulmaması konusunu incelemiştir. Mahkeme'ye göre, gerekçeli karara ulaşma hakkı, öne sürülen her iddiaya mahkeme kararı gerekçesinde yanıt verilmesi anlamına gelmemektedir. Bir Yüksek Mahkeme, eğer önündeki başvuruda dile getirilen şikâyetler özel bir öneme sahip değilse, kararında sadece ilgili düzenlemelere atıf yapmakla yetinebilir.

Beles ve diğerleri-Çek Cumhuriyeti (n° 47273/99, §§ 60-70) davasında başvurucular Çek Anayasa Mahkemesinin başvurularını iç hukuk yolları

15 *Milotova ve diğerleri-Çek Cumhuriyeti*, no 61811/00, p. 61, İHAM 2005-V.

16 *Teuscher-Almanya*, no 47636/99, 4 Ekim 2001.

tüketilmediği gerekçesiyle reddetmesinin mahkemeye erişme hakkını ihlal ettiğini ileri sürerek İHAM'a başvurmuşlardı. Çek hukukunda, Yargıtay'a başvurabilmek için ya istinaf mahkemesinin temyiz başvurusuna olumlu cevap vermesi ya da Yargıtay'ın konunun önemini dikkate alarak temyiz incelemesi yapması gerekir. Bu davada istinaf mahkemesi, başvuruculaların temyiz talebini yerinde görmemişti; başvurucular da Yargıtay'a ayrıca bir başvuru yapmamışlar ve doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne giderek "*mahkemeye erişme haklarının*" ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdi. Anayasa Mahkemesi ise bu başvuruyu iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle reddetmişti. Mahkeme, bu davada Çek Anayasa Mahkemesi'nin mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği sonucuna vardı. Çünkü istisnai bir yol olan temyiz yolunun bu niteliğinin Anayasa Mahkemesi tarafından dikkate alınmadığını belirtti.

b. Anayasa Mahkemesinin Tedbir Yetkisi[17]

Anayasa Mahkemesi'nin tedbir kararı almak yetkisi olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir başvurunun otomatik olarak tedbir istenen işlemi durdurma sonucu yoktur. Nitekim 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre, "*Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvurucunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar*".

17 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (5) numaralı fıkrası şöyledir:
"Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvurucunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar".
Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün "Tedbir kararı" başlıklı 73. maddesi şu şekildedir:
"(1) Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verilebilir.
(2) İncelenen başvurulara ilişkin olarak; resen ya da başvurucunun talebi üzerine dosyanın esası hakkında karar verilmeden önce, tedbir kararına başvurulmaması hâlinde başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması üzerine, Komisyonlarca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesi derhâl yapılarak, tedbir hususunu da karara bağlamak üzere başvuru, ilgili Bölüme gönderilir.
(3) Bölüm, tedbire karar vermesi hâlinde gereğinin ifası için bunu ilgili kişi ve kurumlara bildirir.
(4) Tedbir kararı verilen başvurunun esası hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Tedbirin devamı konusunda yeni bir karar alınmadığında, başvurucunun hakkının ihlal edilmediğine ya da başvurunun düşmesine karar verildiği durumlarda tedbir kararı kendiliğinden kalkar".

Anayasa Mahkemesi bireysel başvurulardaki ilk tedbir kararını Arap Baharının ardından Cezayir'den kaçarak önce Suriye'ye, daha sonra da pasaportsuz olarak Türkiye'ye geçen bir mültecinin başvurusunda sınır dışı işlemini durdurmak amacıyla kabul etmiştir. Başvuru, 27 Aralık 2013 tarihinde yapılmış ve ancak tedbir kararı üç gün sonra 30 Aralık 2013 tarihinde verilmiştir[18].

Oysa *M.S.S.- Belçika ve Yunanistan* (n° 30696/09, 21 Ocak 2011) kararında Mahkeme etkili bir yolun aynı zamanda aleyhine başvuru yapılan işlemin yürütülmesini askıya alma sonucu doğurması gerektiğini şu ifadelerle belirtir:

"Sözleşme'nin 3. Maddesine Mahkeme'nin verdiği önem ve işkence ya da kötü muamele riskinin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkabilecek zararın telafisinin mümkün olmadığı hususu dikkate alındığında, 13. madde kapsamında bir başvuru mutlaka ulusal merci tarafından çok dikkatli bir denetime konu olmalı (Chamaïev ve diğerleri – Gürcistan ve Rusya, no 36378/02, § 448), 3. madde riskinin gerçekliğini ortaya koyar mahiyette gerekçelerin varlığının incelemesi bağımsız ve özenli (…) ve özellikle süratli (Batı ve diğerleri- Türkiye, nos 33097/96 et 57834/00, § 136) bir incelemeye konu olmalı; [böyle bir yol] özellikle ilgililere tüm sonuçlarıyla işlemi askıya aldırma imkânı tanımalıdır (Čonka-Belçika, no 51564/99, §§ 81-83 (…))".

Nitekim *Al Hanchi-Bosna-Hersek* (n° 48205/09, 15 Kasım 2011) kararında Mahkeme, Tunus'a iade kararı alınan başvurucunun Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuru derdest iken yaptığı başvuruyu esastan inlemiştir. Mahkeme'ye göre, böyle bir yola başvuru otomatik olarak ilgili kararın yürütülmesini durdurmadığından etkili bir yol değildir ve bu nedenle tüketilmesine gerek yoktur kararını vermiştir (kararın 33. paragrafı).

Sonuç

1987 yılında Türkiye İHAM önünde bireysel başvuru hakkını tanıyarak, "*insan hakları*" ile kişiler arasında doğrudan ilişki kurulmasının yolunu açtı. Bugün bu kararın sonuçları ortadadır. İnsan hakları kavramı çok ciddi bir yaygınlık kazanmıştır.

2010 yılında anayasal bireysel başvuru hakkının tanınmasını da bu çapta bir öneme sahiptir. Bu yol, kişi-anayasa ilişkisini temelden değiştirmeye adaydır. Kişiler bakımından Anayasa Mahkemesi, temel hakların koruyucusu

18 Karar için bkz. http://anayasagundemi.com/2014/02/10/anayasa-mahkemesinden-bir-ilk-bir-sinirdisi-islemi-tedbir-karariyla-durduruldu/

temel yargı organına dönüşme şansını elde etmiştir. Bu sürecin muhtemel iş yükünün altında boğulmadan, etkili bir insan hakları sistemine dönüşmesi kuskusuz çok ciddi bir emek istemektedir.

İHAM bakımından bu sürecin önemi, bu Mahkeme sisteminin etkililiğinin korunması ve güçlenmesi ile ilgilidir. Anayasal bireysel başvuru yolunun iyi işlemesi, İHAM önündeki başvuruların azalmasına yol açmıştır. Aynı şekilde, bir başvurunun İHAM'a gelmeden, Mahkeme içtihatlarına uygun bir incelemeden geçmesi, bu mahkeme önündeki yargılamanın kalitesini kuşkusuz arttıracaktır.

Bireysel Başvurunun Kazandırdıkları

Dr. Abdullah Çelik
Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başraportörü

Herkesi saygı ile selamlıyorum. Konuşmamı yazılı bir metne bağlı kalmaksızın irticalen yapmak istiyorum. Öğlen vakti geldi, program epey uzadı, ama Başkanımızın gelmesi ile yeni bir heyecan uyandı ve benim de imdadıma yetişmiş oldu, belki dinlenilirlik oranımız artabilir bu vesileyle. Şimdi değerli akademisyenlerimiz dünden beri bizim Mahkememizin kararlarının gerekçelerini ve Mahkememizin varmış olduğu kimi sonuçları eleştirdiler, çok değerli katkıda bulundular. Ben burada tabi ki kararlarımızı eleştirmeyeceğim, burada yapacağım şey bireysel başvurunun olgusal olarak etkilerini değerlendirmek; ülkemize, hukuk sistemine ve Mahkememize kazandırdıklarına temas etmektir. Bunları da üç örnek üzerinden açıklamak istiyorum. Üç meseleyi üç somut örnek üzerinden açıklamak istiyorum.

Birincisi, bireysel başvuru bireyler ile Anayasa'nın doğrudan ve somut temasını sağlamış oldu diyebiliriz. Evvela şunu söylemek gerekir, Anayasa ile birey arasındaki en önemli ilişki belki Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olmasıdır. Teorik olan bu güvencelerin uygulamada devletin kurumları tarafından sağlanması beklenir. Ama maalesef her zaman bu gerçekleşmeyebiliyor, güvenceler teoride kalıyor ve bazı güvencelerin ihlal edilmesi durumu ortaya çıkabiliyor veya en azından bu güvencelerin sağlanıp sağlanamadığı konusunda bireyler ile kamu gücü arasında uyuşmazlık ortaya çıkabiliyor. Peki, bu tartışmayı ve uyuşmazlığı kim çözecek? Tam da burada karşımıza Anayasa Mahkemesi çıkıyor. Bu daha önce, bireysel başvurudan önce iptal ve itiraz davaları yoluyla bir şekilde sağlanabiliyordu ama bu durumlarda bireyin kendisi doğrudan Anayasa Mahkemesine gelemiyordu, birey, birilerini vasıta kılmak zorunda kalıyordu. İptal davalarında birey parlamentodaki temsilcilerini vasıta kılarak Anayasa Mahkemesinde bir temel hak ve hürriyetinin ihlal edildiği iddiasını dile getirebiliyordu. İtiraz yolunda ise açtığı bir davada uygulanacak normun Anayasa'ya aykırı

sonuçlar doğuracağını bir mahkemeye iletiyordu, o mahkeme de iddiayı ciddi görürse Anayasa Mahkemesine gelebiliyordu. Bu son durumda da birey, bir mahkemeyi vasıta kılmış oluyordu. Bireysel başvuru ile birlikte temel hak ve hürriyetlere ilişkin müdahalelerin doğrudan muhatabı olan ve bu müdahalelerin etkisini en fazla hisseden kişi olan bireyin kendisi doğrudan Anayasa Mahkemesine gelme imkânına kavuştu. Bu imkânın sağlanması birey açısından olduğu gibi Anayasa Mahkemesi açısından da çok olumlu bir adım. Çünkü bu zamana kadar Anayasa Mahkemesi ancak vasıtalardan o müdahalenin etkilerini öğrenebiliyordu, meseleyi onların getirdikleri üzerinden veya kendisinin resen öngörebildikleri üzerinden tartışabiliyordu. Bireysel başvuru ile birlikte artık hakkın sahibinin kendi hissettiklerini yani müdahale ile hissettiklerini Anayasa Mahkemesine getirmesi ve Anayasa Mahkemesinin de somut olay üzerinden bir meseleyi daha iyi anlayabilmesi sağlanmış oldu diye düşünüyorum.

Bu duruma ilişkin somut bir örnek gösterilebilir. Mahkememiz Genel Kurulu 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyi bireylerin vasıta kıldığı parlamentodaki temsilcileri vasıtasıyla önüne getirdiği iptal davası kapsamında incelemişti. Bireyin parlamentodaki temsilcileri vekâlet ücretine ilişkin bir hükmü Mahkeme önüne getirmişti. Hüküm, idare lehine sonuçlanan bir davada idare lehine vekâlet ücretine hükmedilmesini düzenliyordu. Ama bireyin temsilcileri olan parlamentodaki milletvekilleri buradaki hükmün tamamını getirmemişti, sadece *"muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri ve hukuk birimi amirleri"* ibarelerini iptal davasına konu etmişlerdi. Hâlbuki bir bütün halinde o düzenlemenin kendisi, idarenin davayı kazanması halinde vekâlet ücretine hükmedilmesi kuralı başlı başına mahkemeye erişim hakkıyla ilgili bir mesele olduğu halde sadece bu kısmı getirmişlerdi. Anayasa Mahkemesi de sadece bu ibareler üzerinden bir değerlendirme yapmıştı ve bu hükme ilişkin iptal davasını reddetmişti. Ama birey - bu vekâlet ücretine ilişkin müdahaleden doğrudan etkilenen kişi- bireysel başvuruya geldiğinde derdini Anayasa Mahkemesine daha iyi anlatabildi ve Anayasa Mahkemesi kısmen kabul edilen, kısmen de reddedilen bir tazminat davasında reddedilen kısım üzerinden başvurucunun kazandığına kıyasla ¾ oranında hükmedilen vekâlet ücretini mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak tespit etti. Bu durum daha önceden öngörülebilmiş olsaydı, ilgili hüküm Mahkemenin önüne bu gerekçelerle getirilmiş olsa idi ve Mahkememiz de hükmü adil yargılanma hakkı kapsamında görebilseydi, hüküm, sadece adil yargılanma hakkı

kapsamında olması nedeniyle başka bir incelemeye gerek kalmaksızın iptal edilecekti. Çünkü Anayasa'nın 91. maddesine göre temel hak ve hürriyetlerin kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi mümkün değildir.

Bireysel başvurunun kazandırdığı ikinci hususun şu olduğu söylenebilir: Bireysel başvuru, iptal ve itiraz davalarından farklı olarak, bir hükmün yorumunun da anayasal denetimine imkân verdi.

Bunun en bariz örneği azami tutukluluk süresi. Derece mahkemeleri 5271 sayılı Kanun'un 102. maddesinde düzenlenen ağır cezalık işlerdeki azami 5 yıllık tutukluluk süresinin sanığa isnat edilen her bir suç için ayrı ayrı geçerli olduğu şeklinde yorum yapmışlardı. Aslında kuralın kendisi Anayasa'ya bizatihi aykırı görünmeyebilirdi ama yorumun kendisi Anayasa'da düzenlenen temel hak ve hürriyetlere bariz bir şekilde aykırıydı. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruda bu yorumu Anayasa'ya aykırı bularak ihlal kararı vermiştir. Bireysel başvuru sonucu verilen bu kararın etkileri de süratle görülmüş ve derece mahkemeleri Anayasa Mahkemesinin benimsemiş olduğu yorumu benimsemiş ve uygulamasını bu çerçevede derhal düzeltmiştir. Bu ciddi bir etki olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bireysel başvurunun kazandırdığı üçüncü hususun şu olduğu söylenebilir: Vatandaşlarımızın, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu açılmadan önce de bireysel başvuru yapma hakları vardı. Nereye bireysel başvuru yapma hakları vardı? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine vardı. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma hakkının tanınması ile birlikte uluslararası bir mahkemeden önce ulusal bir mahkemeye bireysel başvuru yapılması imkânı tanınmış oldu. Bu iki bireysel başvurunun etkileri bakımından farkı nedir ve bizim ülkemize kazandırdıkları nelerdir?

Bu husus da bir örnek üzerinden açıklanabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ünal Tekeli davasında- meşhur soyadı davası, kaç gündür tartışılıyor zaten- kadının kocasının soyadını taşıma zorunluluğu yönünden Türkiye aleyhine ihlal kararı vermişti. Ne zaman vermişti? 2004 yılında vermişti. Ancak 2004 yılından Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruda aynı hususta ihlal kararı verinceye kadar ne yasama organı harekete geçmişti, ne derece mahkemeleri yorumlarını değiştirmişti. Hatta sorunun kaynağı olan hükmün iptaline ilişkin bir itiraz başvurusu Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu tarafından -Ünal TEKELİ kararına rağmen- reddedilmişti. Peki, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurular sonucu ne oldu? Yani

AİHM'in ihlal kararına rağmen yıllar bu şekilde geçildikten sonra bireysel başvurunun ulusal bir mahkemeye tanınmasından sonra yapılan Anayasa Mahkemesine bireysel başvurular üzerine ne oldu? Anayasa Mahkemesinin verdiği iki karar var peş peşe: Sevim Akat Eşki ve Gülsüm Genç kararları. Bu kararları Anayasa Mahkemesi verdikten kısa bir süre sonra, yani yıllarca AİHM kararları uygulanmadıktan sonra -burası çok vurgulanması gereken bir yer- derece mahkemeleri kısa bir süre içerisinde ortada açık bir kanun hükmü olmasına rağmen yorumlarını ve uygulamalarını tamamen değiştirdiler, Anayasa Mahkemesinin kararına uydular. Şu anda Türkiye'de açık bir yasaklayıcı hüküm olmasına rağmen herhangi bir kanun değişikliğine gerek kalmaksızın Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru sayesinde kadının soyadı meselesi büyük oranda halledilmiş oldu diyebiliriz.

Bu üç örnek üzerinden de ulusal bir mahkeme olan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma hakkının tanınmış olmasının ülkemizdeki tüm bireyler bakımından, hukuk sistemimiz bakımından, hatta siyasiler bakımından ve Anayasa Mahkemesinin kendisi bakımından ciddi bir değer olduğunun görülmesi ve buna uygun bir takım adımların atılması gerekebilir.

Bu adımlardan Anayasa Mahkemesine düşen ne olabilir? Anayasa Mahkemesi bu etkiyi görerek farklı alanlarda içtihatlarını geliştirebilir, farklı alanlardaki insan hakları problemlerine de çözüm bulabilir. Bu, işin Anayasa Mahkemesine bakan tarafıdır.

Peki, siyasiler bakımından? Siyasiler uygulamadan kaynaklanan sorunları kanunları sürekli değiştirerek çözmeye çalışmak yerine, bireysel başvuruyu destekleyerek daha iyi çözümler elde edebilirler.

Akademisyenlere bakan yönü nedir? Akademisyenlere bakan yönü, bizim kararlarımızı sürekli takip etmeleri ve eleştirmeleri. Mahkeme olarak biz -Başkan Bey sürekli ifade ediyor zaten, ben de ondan aldığım cesaretle burada söylemek istiyorum- akademisyenlerden bizi eleştirmelerini bekliyoruz ve bunlardan ciddi anlamda yararlanıyoruz. Ben birkaç gündür başka bir toplantı vesilesiyle burada sunum yapan akademisyenler ile birlikte idim ve onlardan ciddi anlamda istifade ettim. Biz bu durumu şöyle görüyoruz: İnsan ilgili duyduğuna, sevdiğine ve değer verdiğine eleştiri getirir veya onun gördüğü bazı aksak yönlerini düzeltmeye çalışır. Hani hepimiz biliriz; bir insan gidip hiç tanımadığı birisinin saçını filan düzeltmek istemez veya

yakasındaki kepekleri falan dökmek istemez. Tanıdığımız, ilgi duyduğumuz insanların saçını düzeltmeye çalışırız, değil mi? Biz de akademisyenlerin bizi eleştirmelerini bu şekilde görüyoruz.

Teşekkür ederim, sabırla dinlediniz sağ olun.

DÖRDÜNCÜ OTURUM: Soru - Cevap

Prof. Dr. Arzu Oğuz (Oturum Başkanı - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Sayın Dr. Abdullah Çelik'e bireysel başvurunun kazandırdıkları değerlendirmesinden ötürü çok teşekkür ediyoruz. Şimdi soru cevap kısmına geçebiliriz. Hemen oradan bir el gördüm. Oraya bir mikrofon daha sonra size söz vereceğim.

Soru (Okan Taşdelen - Anayasa Mahkemesi Raportörü): Benim sorum Sayın NALBANT'a olacaktır. Bireysel başvuru yolunun etkililiği bağlamında AHİM, bir bütün olarak değerlendirdiğinde bu sistemin etkisiz olduğunu gösterecek bir husus bulunmadığını belirtiyor. Yani süreç içerisinde ister istemez Mahkememizin AİHM'den farklı bir yaklaşım sergilediği bir karar ortaya koyacağını değerlendiriyorum, bu bağlamda Sayın GEMALMAZ hocamızın belirttiği üzere, kamulaştırmada faize ilişkin bir hususla ilgili ve, benim bildiğim kadarıyla, bir mahkûmun posta yoluyla yaptığı başvurunun idari ret kararıyla reddedilmesi hususunda devletin savunması sorulmuştu. Bu bağlamda her ne kadar AİHM açısından bağlayıcılığı olmadığını bilmekle birlikte Sayın NALBANT'ın şu hususstaki görüşlerini merak ediyorum. Diyelim ki Mahkememiz yeni bir hak alanında ve daha önce incelemediği bir alanda AİHM'den farklı yaklaşım sergiledi, bunun bireysel başvuru yolunun etkililiğine ilişkin etkisi, ne olacaktır? AİHM direkt bu kararı esas alıp bu yol etkisizdir, kişiler Anayasa Mahkemesini kullanmadan benim önüme gelebilir mi diyecektir. Yoksa her ne kadar bu karar bağlamında ihlal bulmakla birlikte bu yolun etkisiz olduğunu gösteren bir olgu bulunmadığına yönelik bir soru işareti de koyduktan sonra içtihadın oturmasını mı bekleyecektir? Ben ikinci şıkkın daha uygun olacağını değerlendirmekle birlikte Sayın NALBANT'ın tecrübesine dayanarak görüşlerini merak ediyorum. Teşekkürler.

Cevap (Dr. Atilla Nalbant - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Birim Yöneticisi): Teşekkürler Sayın Okan, soru için. Soruya hemen ben dünkü tartışmadan hareketle başka bir noktadan gireyim. Mesela 6. maddedeki şu yasak konusunda ben, bizim Anayasa Mahkemesinin AİHM'den farklı karar vermesini beklerim. Çünkü AİHM'in kararı son derece dar bir

karar, oysa üstüne üstlük Sözleşme standartları minimumu öngörüyor, bizim Yargıtayın geliştirdiği içtihatlar, AİHM içtihatlarından daha ileride, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin AİHM'den farklı karar vermesi, daha iyi karar vermesi bence çok iyi olur. Çünkü farklı bir karar bir yanıyla daha iyi karar da olabilir. Tabi sizin sorduğunuz bu değil, bunun farkındayım ama topa böyle gireyim dedim.

Şimdi AİHM'in etkisiz diyebilmesi için tek tek davaların bana kalırsa bir önemi yoktur, kuşkusuz tek tek davalar bakımından farklı yaklaşımlar olacaktır. Nasıl etkisiz diyebilir bana kalırsa bunun birkaç ihtimali üzerine durulabilir. Birincisi bu kanun yolu itirazı konusunda eğer çok genişletici bir yaklaşıma girerse Anayasa Mahkemesi yani hakların maddi yönünü incelemek bakımından daraltıcı bir yaklaşıma girerse bu durumda bir ihtimal Çek Cumhuriyeti örneğini o yüzden verdim, bazı alanlarda etkisizlik tespitine gidebilir. Ama şu anda böyle bir risk olduğunu düşünmüyorum. Yani bunun gibi Anayasa Mahkemesinin inceleme yöntemine ilişkin prensiplerle ilgili konularda bir sorun çıkarsa genel olarak etkisizliğe gidebilir. Ama genel olarak Anayasa Mahkemesinin eğer bir kötü anlamda gözden geçirmesi olmadığı sürece bu yönden AİHM'nin etkisiz diyebilmesi ihtimali olduğunu zannetmiyorum. Ya da bu tamamen spekülatif olabilir, ancak belli maddeler bazında olabilir. Teşekkürler.

Prof. Dr. Arzu Oğuz (Oturum Başkanı - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Orada bir soru talebi var, oraya mikrofon verebilir miyiz?

Soru (Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak - Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi): Atilla Beye ve Abdullah Beye birer sorum olacak. Şimdi cezasızlık vakıalarında ilginç bir şeyle karşı karşıyayız. İki olasılık geliyor aklıma AİHM'in tutumumun ne olacağını öngörürsünüz? Birincisi şu, Anayasa Mahkemesi hükmün açıklanmasının geri bırakılması nedeniyle ve benzeri nedenlerle ihlal olduğunu söylüyor, ancak zamanaşımı nedeniyle tekrar yargılanmaya hükmedemedi, ama tazminata hükmediyor. Bu noktada AİHM içtihadı açısından bakarsanız bir ceza davasının konusu olması gereken bir şey tazminatla kapanmış olacaktır. Burada kişi Anayasa Mahkemesinin bu tespitine rağmen AİHM'e gidebilir mi? İkinci olasılık takipsizlik kararı verilmiş, Anayasa Mahkemesi ihlal bulup dosyayı mahkemesine yollamış ki şimdi Bayram Oteli vakıasında bununla ilgili bir sorun yaşanıyor, yine etkili bir soruşturma yürütülmüyor. Anayasa Mahkemesine bir kez daha gelmesini

mi bekleyeceğiz bu kişinin, yoksa bu kişi Anayasa Mahkemesini tükettim gereği de yapılmıyor, ben AİHM'e geliyorum diyebilecek mi?

Şimdi Abdullah Beye de sorum şudur; itiraz ve iptal davaları ile bireysel başvuru arasındaki ilişkiye değindiniz, bunun bir de şöyle bir yönü olabilir mi? İptal edilmeyen bir yasa ile ilgili başvurular sayesinde sistemik, yapısal bir sorun olduğu ortaya çıkabilir. Benim çok doğru olmadığını düşündüğüm bir iptal ve itiraz başvurusu neticesinde verilen karar sulh ceza hakimlikleri kararıdır mesela. Sulh ceza hakimlikleri bence adil yargılanma yapma potansiyeline sahip değiller ve bu bireysel başvurularla da muhtemelen sizlerin önüne gelecektir. Tabi bu somut olay üstünden cevaplamayabilirsiniz. Ama şunu soracağım; bu gibi durumlarda pilot davanın kullanılması Mahkemenin gündeminde var mı? Konuşuluyor mu? Yine somut örnek vermeyebilirsiniz? İptal ve itiraz davaları ile pilot dava prosedürü arasındaki ilişki nasıl olacaktır? Hala iptal edilebilir bir yasa ile pilot dava ilişkisi ve mesela iptal talebi reddedildikten sonra görülen sistemik sorunlarda ne gibi bir çözüm düşünülebilir?

Prof. Dr. Arzu Oğuz (Oturum Başkanı - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Sayın NALBANT önce siz başlayın isterseniz.

Cevap (Dr. Atilla Nalbant - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Birim Yöneticisi): Teşekkürler sorular için, şimdi cezasızlık konusu çok üzerine durduğumuz bir konudur. Şu anda sanıyorum en önemli insan hakkı sorunlarından bir tanesidir. Şimdi soruyu şöyle sordum kendime: Acaba Anayasa Mahkemesi bu konuda bir ihlal kararı vermiş ise, yani bir cezasızlık sorunu var demiş ise ve tazminat da vermişse, kişi AİHM'e gelip bunun dışına ne elde edebilir, yani ne söyleyebilir? AİHM'de aynı şeyi söylemeyecek mi? Yani cezasızlık bir insan hakkı sorunudur, tanıma ve tazminat vardır. Soruyu böyle sorduğumuz zaman bana kalırsa eğer daha fazla bir şey elde edemeyecekse bence burada AİHM'in yapabileceği bir şey yok? Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararı burada yeterli kabul edilebilir diyeceğim.

Tabi ki bu hiç kimseyi vicdanen rahatlatmayacak, şunu söylemek istiyorum, en son biz bunu Adalet Bakanlığıyla konuştuğumuzda, Adalet Bakanlığına dedik ki Devlet Denetleme Kurulu bu konuda devreye girsin. Cezasızlık sorunu tek yanlı bir sorun değil, çok geniş yönleri olan bir sorun ve bu konu yüksek yargı organları nezdinde defalarca ihlale konu oldu. Artık yargısal alan dışında konuya el atıp bu dokunulmazlık zırhları veya

dava süresinden kaynaklanan zamanaşımı veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun aşırı ve yanlış kullanımı gibi pek çok sebeple bütün sistemi etkileyen bir sorunu çözmek gerekir. Bu sorunu açıkça Anayasa Mahkemesi de tespit ediyor, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi defalarca tespit etti. Yani top şimdi ortada topu oynayacak bir saha lazım o sahada bana kalırsa artık parlamentonun ve siyasetin biraz daha devrede olması gerekir.

Bayram Oteli konusunda ise herkes Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine, Anayasa Mahkemesine gitmeden önce gelebilir, geliyorlar da zaten. Biz orada bir ön inceleme yapıyoruz, bu incelemede iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekir mi gerekmez mi bakıyoruz. Bayram Oteli davasında belki başvurucu gelirse şunu söyleyecek diyecek ki artık Anayasa Mahkemesine gitmeme gerek yok, çünkü ihlal kararı aldım ve onu icra ettiremedim diyecektir. Mahkeme bunu esaslı bir incelemeye tabi tutar, yani dolayısıyla filtraj biriminde muhtemelen kalmaz, daire önüne gider. Daire ne der onu bilemiyorum, ama tabi Bayram Oteli davasında şikayetin ya da bu iddianın meşru bir iddia olduğunu, savunabilir bir iddia olduğunu söylemek mümkündür. Teşekkürler.

Cevap (Dr. Abdullah Çelik - Anayasa Mahkemesi Bölümler Başraportörü): İptal ve itiraz davalarında iptal istemi reddedilen kurallardan kaynaklanan bir takım sistematik hak ihlalleri olması halinde Anayasa Mahkemesinin pilot dava usulünü uygulaması tabi ki kendisi açısından ciddi bir sorun teşkil edebilecektir. Bu konuda bu aracı kullanıp kullanmama yetkisi tabi ki Anayasa Mahkemesinin en yüksek organı olan Sayın Heyetin karar vereceği bir durumdur. Kendileri böyle bir şey isterlerse biz raportörlük olarak bunun ancak araçlarını temin edebiliriz. Onun için kullanılıp kullanılmayacağına dair bir şey söylemem mümkün değil, diğer sistematik sorunların çözümü yani bunun dışında kalan alanlardaki sistematik sorunların çözümü bakımından pilot dava usulü araçlardan bir araç; tabiki bu da yine yargılama politikası ile ilgili bir husustur ve bunu da Sayın Heyetin takdir etmesi gerekir. Yine biz raportörlük olarak takdir edilen bu durumla ilgili gerekli araçları temin etmekle görevliyiz. Buna da bu şekilde ancak cevap verebiliyorum.

Prof. Dr. Arzu Oğuz (Oturum Başkanı -Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Evet başka sorusu olan.

Soru (Prof. Dr. Osman Doğru - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Ben Atilla Bey'e bir soru sormak istiyorum. Anayasa Mahkemesi uzun tutuklulukla ilgili bir ihlal kararı vermişse ve birey salıverilmişse tazminat düşük olsa da, AİHM'e oranla %38 tazminata hükmetme, bir giderim sağlıyor dediniz değil mi? Salıverilme olayı kanımca adil tazminin tam olarak bir unsuru değil, yani ihlalin devam etmesini durduruyor. Ama geçmişe yönelik olarak ihlalin karşılanması yine tam tazminat ile olabilir. Bu tazminat %38 olabilir, %60 olur veya %10 olur benim tartışma konum o değil, ama bana ikisi birbirinden ayrı süreç gibi geliyor. Yani salıverilmiş olması ihlalin parasal karşılığını karşılamıyor diye düşünüyorum, siz ne dersiniz?

Cevap (Dr. Atilla Nalbant - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Birim Yöneticisi): Tabi burada uzun tutukluluk şikâyetinden söz ettik, uzun tutukluluk şikâyeti nihayetinde sona eriyor, o şikâyet sona erdiği için orada öyle ya da böyle ihlal kararının bir hakkın ihlalini önleme gibi bir sonucu var. Bu da bir anlamda bizim adil tazmin dediğimiz hakkı değerlendirirken dikkate aldığımız bir unsurdur. Kuşkusuz tazminat sorunu bazen pek çok kez ihlal kararı için yeterlidir, tazminata gerek yoktur dediğimiz kararlar da var. Kişi hürriyetinden mahrum kalmışsa hiçbir tazminat bunu karşılamaya yetmez, Sırbistan davalarında daha da standart düştü onu da belirteyim, ancak önleyici bir tedbir ve hakkın ihlalini durdurucu bir tedbir ile tazminat ikisi yan yana geldiği zaman , yani Mahkeme tazminat konusunda illa parasal konuya eksenli bir değerlendirme yapmıyor. Teşekkürler.

Prof. Dr. Arzu Oğuz (Oturum Başkanı - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Evet başka soru, buyurun.

Soru (Dr. Alparslan Altan - Anayasa Mahkemesi Başkanvekili): Ben Atilla Bey'e bir soru yöneltmek istiyorum. Bizim mevzuatımız gereğince ihlalin daha doğrusu ihlal iddiası dışında bir yasa hükmünün Anayasa'ya aykırılığı bireysel başvuru yoluyla ileri sürülemiyor, bununla ilgili bir yasak söz konusudur. Ancak somut başvuruda ihlal iddiası yasadan kaynaklanıyor ise bu durumda Anayasa Mahkemesinin ne yapması gerektiği ile ilgili bir tereddüt var. Bu konu ile ilgili henüz Anayasa Mahkemesi bir uygulama yapmadı. Ancak bu konudaki ilk yaklaşım bu ihlal yasadan kaynaklandığı için 6216 sayılı Kanundaki o hükmü de dikkate alarak, Anayasa Mahkemesinin bu iddiayı Anayasa'ya aykırılık iddiası olarak değerlendirip genel kurula götürebilme yetkisi bulunmadığından, bu konuda Anayasa Mahkemesinin

verebileceği bir karar söz konusu değildir demektedir. İkinci yaklaşım her ne kadar 6216 sayılı Yasa ile ilgili çalışmalar sırasında bu konuda bir madde öngörülmüş ancak daha sonra parlamento çalışmaları sırasında çıkartılmış ise de genel hükümler uyarınca Anayasa Mahkemesi Bölümünün davaya bakan mahkeme sıfatıyla bu kuralı Anayasa Mahkemesi Genel Kuruluna göndermesi ve burada bu kuralın iptalini sağlaması şeklindedir. Böyle bir yetkinin halen genel hükümler çerçevesinde mevcut olduğu yönünde bir görüş vardır. Usul ekonomisi ve bireysel başvurunun espirisiyle de bağlantı kurarak bu şekilde bir yolun genel hükümler çerçevesinde açık olduğu yönünde değerlendirmeler vardır. Sizce etkililik açısından ve bireysel başvurunun mantığı açısından Anayasa Mahkemesinin tavrı nasıl olmalıdır? Şu ana kadar bununla ilgili açık bir uygulamamız söz konusu değildir onu da belirterek sorumu tamamlayayım. Teşekkür ederim.

Cevap (Dr. Atilla Nalbant - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Birim Yöneticisi): Teşekkürler, Sayın Alparslan Bey. Aslında sorunuzun son cümlesi çok ilginç; bireysel başvurunun etkililiği bakımından meseleye yaklaşılması hususunu dile getirdiniz. Ben buna iki şapka ile cevap vereceğim birincisi Mahkeme hukukçusu şapkası diğeri de Anayasa hukukçusu şapkasıyla. Çünkü ben de eski bir Anayasa Hukukçusuyum. Anayasa Hukukçusu şapkası ile cevap vereyim. Dün Ece Hanım sanıyorum tebliğinde konuya değindi, ben kendisine bu konuda tamamen katılıyorum. Kanunda açıkça bir yasaklama olmadığı için hukuk güvenliği ve usul ekonomisi ve hukuk devleti prensiplerine dayanılarak bence Anayasa Mahkemesi Bölümleri de ilk derece mahkemesi gibi sorunu genel kurula götürebilmelidir. Bu Anayasa Hukukçusu şapkam ile söylediğim şey, bu bireysel başvuruyu etkilemiyor.

Bireysel başvuruyu etkileyebilir mi konusunu tabi ayrıca düşünmek gerekir. Bana kalırsa etkililiğini etkilemez, ilk vereceğim cevap etkilemez. Çünkü bu Türk Anayasa Mahkemesinin kendi iç sorunudur. Şu olur işte bireysel başvuruda bir ihlal kararı verilir ve kararın temel dayanağının ilgili yasa olduğu saptanır, fakat yasa yürürlükte kalmaya devam eder. Yasa dolayısıyla ihlal üretmeye devam eder. Bu durumda ihlalden şikayetçi olanlar gelenler şunu söyleyebilir mi? Anayasa Mahkemesi karar verdi ama biz buradan bir sonuç alamıyoruz, yani Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararın herhangi bir etkisi yok diye gelebilirler mi? O somut olay bakımından böyle bir ihtimal

olabilir tabi o zaman ona bakmak gerekir. Ama genel olarak diğer türlü açıkçası bireysel başvurunun etkililiğini genel anlamda etkileyeceğini zannetmiyorum. Teşekkürler.

Soru (Prof. Dr. Zühtü Arslan - Anayasa Mahkemesi Başkanı): Ben öncellikle değerli konuşmacılara ve katılımcılara teşekkür ediyorum. Ben de Atilla Bey'e teknik bir soru sormak istiyorum, bu Kerem Bey'in sorduğu soruyu tamamlayacak şekilde bir soru. Şimdi Bayram Oteli olayında başvurucular Anayasa Mahkemesine gelmeden Strazburg'a gidebilirler. Strazburg'da bunu değerlendirmeye alabilir dediniz. Burada şöyle bir sınırlama veya kayıtlama yapmak gerekmez mi diye düşünüyorum. Yaşama hakkı bakımından başvurduklarında yani etkili soruşturma yapılmadığı için bir ihlal söz konusu olduğu gerekçesiyle başvurduklarında belki söylediğiniz geçerli olabilir, yani biz zaten Anayasa Mahkemesine başvurduk, Anayasa Mahkemesi de bir ihlal tespit etti. Dolayısıyla aynı konuyla ilgili tekrar mahkemeye gitmemize gerek yok diyebilirler. Bunun bir mantığı da var, ama muhtemelen başvurucular böyle bir durumda bundan dolayı değil de bir mahkeme kararının uygulanmamasından şikâyet edeceklerdir. Dolayısıyla adil yargılanma hakkı kapsamında bir şikayet söz konusu olacaktır. Bu durumda AHİM'in pozisyonu doğrusu merak konusu olacaktır. Ama mantıken şöyle olması gerekir diye düşünüyorum. Bu bir yeni hak ihlali iddiası, bu iddianın Strazburg önünde dile getirilebilmesi için ulusal sınırlar içerisinde başvuru yollarının tüketilmesi lazımdır. Dolayısıyla bu başvurucular yeni bir hak ihlali iddiası ile Anayasa Mahkemesine tekrar başvurabilirler. Bu yol açık bundan sonra belki Strazburg'a gidebilirler diye düşünüyorum. Siz ne düşünüyorsunuz, merak ediyorum.

Cevap (Dr. Atilla Nalbant - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Birim Yöneticisi): Sayın Başkan, ben size tamamen katılıyorum, aslında ben Kerem Bey'in sorusunda daha çok yaşama hakkı olarak düşündüm. Şimdi burada iki durum söz konusu birincisi Bayram Oteli bir ikinci madde davası, benim söylediklerim başvurucular 2. maddedeki etkili koruma sağlanmıyor deyip depremden bu yana bu kadar süre içerisinde ben iç hukuk yollarından her yolu tükettim ama halledemedim derse bununla ilgiliydi. Yoksa 6. madde bakımından eğer mahkeme kararının uygulanmaması şikâyeti varsa, yani sadece 6. madde kapsamına bir başvuru varsa, kesinlikle bence Anayasa Mahkemesine gelmesi gerekir. Benim onda hiç tereddüdüm yok, ama tabi başta açıklamadığım için bir yanlış anlaşılma oldu sanıyorum.

Prof. Dr. Arzu Oğuz (Oturum Başkanı - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Evet aslında süremiz doldu, fakat son bir soru belki alabiliriz eğer varsa yoksa oturumu kapatıyor ve bütün katılımcılara çok teşekkür ediyorum. Böyle bir organizasyonu yaptıkları için Anayasa Mahkemesine de Sayın Başkan şahsında özellikle teşekkürlerimi sunmak istiyorum, hepinize iyi bir öğleden sonra diliyorum.

Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Burhan Üstün'ün Kapanış Konuşması

Sayın Başkan, Sayın Üyeler yurtdışından gelen Anayasa Mahkemesi Başkan ve Üyeleri çok değerli akademisyenler, katılımcılar, hepinizi saygı ile selamlıyorum. Anayasa Mahkemesinin 53. Kuruluş Yıldönümü vesilesi ile düzenlenen "*Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi Sorunlar ve Çözüm Yolları*" konulu bilimsel toplantımızı bitirmiş bulunuyoruz. Yaptıkları değerlendirme ve katkılardan dolayı oturum başkanlarına sayın konuşmacılara, toplantıyı heyecanla takip eden değerli misafirlerimize teşekkürlerimizi sunuyorum. Günümüzde Anayasalar ve Anayasa Mahkemeleri bireylerin temel hak ve hürriyetlerini güvence altına alan temel metin ve kurumlar olarak algılanmakta ve halkın gözündeki meşruiyetini de bunu gerçekleştirme gayretlerinden almaktadır. Özellikle son dönem uluslararası gelişmeler Anayasa Mahkemelerinin temel hak ve özgürlüklerin bekçisi olma işlevini daha öne çıkarmaktadır. Bu nedenledir ki arkamızda gördüğümüz Haklar ve Özgürlükler İnsanlığın Onuru ve Erdemidir ifadesi Mahkememizin bu salonunda her zaman hatırlamamız için dikkatimize sunulmuştur. Türk Anayasa Mahkemesinin bu temel işlevi ise hepimizin bildiği gibi 23 Eylül 2010 tarihli halkoylamasında kabul edilen Anayasa değişikliği ile getirilen bireysel başvuru usulü ile daha güçlü bir şekilde vurgulanmıştır.

Değerli misafirler

Öncelikle bireysel başvuruyu sorunları ve çözüm önerileri bağlamında ele aldığımız bu Sempozyumun temel hak ve hürriyetlerin daha etkin korunmasında önemli bir katkı sağlayacağına inancımız sonsuzdur. Hukuk sistemimizde yeni bir kurum olan bireysel başvurunun 2,5 yıllık uygulama sürecinde sorunların bütünüyle çözümlendiğini söylemek mümkün değildir. Ayrıca yapılan başvurulardan çıkardığımız sonuç, kurumun işlev ve niteliğinin muhataplarınca algılanmasının uzun bir süreci ve çabayı gerektirdiğini

anlamış bulunmaktayız. Bununla beraber Anayasa Mahkemesinin bu kısa süre içerisinde kabul edilemezlik meselelerini büyük ölçüde çözüme kavuşturduğunu açıkça söyleyebiliriz. Zaten bu Sempozyumda da sorunlar ve çözüm önerileri başlığı altında bireysel başvuruların daha çok maddi içeriğine ilişkin konular üzerinde durulduğu görülmüştür. Mahkememizin hakların içeriğine ilişkin olarak verdiği kararların sınırlı alanlarda olduğunu belirtmem gerekir. Elbette en fazla başvurunun yapıldığı adil yargılanma hakkı konusunda içtihadımız hakkın birçok unsuru yönünden açıklığa kavuşmuştur. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında çok geniş bir alanı kapsayan özel hayata ilişkin kararlarımız ise henüz oldukça azdır. Aynı şekilde toplantı gösteri yürüyüşleri gibi haklar alanında da kararlarımız da daha yeni yeni verilmeye başlanmıştır. Zaman içerisinde bu tür kararlarımızın da artacağından ve kapsamlı değerlendirmeler yapılacağından kuşkumuz yoktur. Zaten bu konuda yeni sayılan Mahkememizin değişik konularda zaman içerisinde kararlarının artacağı açıktır.

Değerli misafirler,

Anayasa Mahkemesinin, kararlarını verirken insan hakları evrensel standartlarını özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarını dikkate aldığını görmekteyiz. Bu zamana kadar verilen kararlarımızda bahsedilen evrensel ilkelerle uyum konusunda başarılı olduğumuz konusunda işaretler görülmektedir. Geçtiğimiz yıl yapılan iki konferans mahkememizin bu çerçevede emin adımlarla ilerlediği yolundaki inancımızı kuvvetlendirmektedir. 7 Temmuz 2014 tarihinde Strazburg'da yapılan *"Avrupada Anayasa Mahkemeleri En İyi Örnek Uygulamalar Konferansı"* ile 27-28 Kasım 2014 tarihinde Antalya'da yapılan *"İnsan Hakları Ulusal Koruma Mekanizması Olarak Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Konferansı"* bizlere doğru yolda olduğumuzu göstermiştir.

Değerli misafirler,

53 yıldır hukukun üstünlüğü ve temel hak ve hürriyetleri koruma konusunda titiz ve hassasiyeti bulunan bir çalışma yürüten Mahkememiz bundan böyle de bu görevini aynı inanç ve kararlılıkla yerine getirme gayretinde olacaktır, bundan hiç şüphemiz yoktur. Bu düşünce ve temennilerle Sempozyumu onurlandırdığınız için hepinize teşekkür eder, en derin saygılarımı sunarım.

Anayasa Yargısı Dergisi Dizini
1984-2015 (Cilt 1-32)

1. Cilt (1984)

1	SOYSAL, MÜMTAZ	Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırmalı)	11-20
2	KİLİ, SUNA	Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden 1961 ve 1982 Anayasaları	23-28
3	TAN, TURGUT	1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)	31-47
4	DURAN, LÛTFİ	Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu	57-87
5	ALİEFENDİOĞLU, YILMAZ	Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu	101-137
6	AZRAK, ALİ ÜLKÜ	Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği	151-168
7	ÇAĞAN, NAMİ	Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi	171-183
8	GÜRAN, SAİT	Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu	193-200
9	OKTAY, CEMİL	Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği	215-242
10	SAĞLAM, FAZIL	Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar	261-271
11	AKILLIOĞLU, TEKİN	Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman İçinde Uygulanması	279-291

2. Cilt (1985)

1	SOYSAL, MÜMTAZ	Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler	7-18
2	TEZİÇ, ERDOĞAN	Kanunların Anayasaya Uygunluğunun "Esas" Açısından Denetimi	21-38
3	ÖZDEN, YEKTA GÜNGÖR	"Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez" Kuralına Nasıl Gelindi? Bu Kural Nedir, Ne Değildir?	41-90
4	DAVER, BÜLENT	Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasal Partiler: Birkaç Örnek Olay	93-140
5	GÜRAN, SAİT	Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması	143-159

6	ÇAĞLAR, BAKIR	Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları	163-195
7	ÇAĞAN, NAMİ	Anayasa Çevresinde Kamu Maliyesinin Parlamenter Kontrolü	199-224
8	ÖZBUDUN, ERGUN	1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler	227-238

3. Cilt (1986)

1	DÂVER, BÜLENT	Anayasa Mahkemesi Yargıcı (Üyesi)	9-27
2	SOYSAL, MÜMTAZ	İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği	39-49
3	İLAL, ERSAN	Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü, Yığınsal İletişim Araçları ve Anayasa Mahkemesi Kararları	61-72
4	TEZİÇ, ERDOĞAN	Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi	83-94
5	ÇAĞAN, NAMİ	Anayasa Yönünden Fonlar	107-124
6	ÇAĞLAR, BAKIR	Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi	137-187
7	TAN, TURGUT	Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi	203-216

4. Cilt (1987)

1	CUHRUK, MAHMUT C.	Anayasa Mahkemesi Başkanvekili	5-15
2	MACHACEK, RUDOLF	Avusturya Anayasa Mahkemesi Hakimi	17-25
3	ZEİDLER, WOLFGANG	Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Başkanı	37-43
4	JOZEAU - MARİGNE, LEON	Fransız Anayasa Konseyi Üyesi	53-58
5	PATRY, ROBERT	İsviçre Federal Mahkemesi 2. Kamu Hukuku Dairesi Başkanı	65-70
6	İLKAY, ŞAKİR SIDKI	Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi Başkanı	77-81
7	GUESDES, ARMANDO M. MARQUES	Portekiz Anayasa Mahkemesi Başkanı	83–98

5. Cilt (1988)

1	DAVER, BÜLENT	Anayasal Yargı ve Seçim Sistemleri	10-27
2	TEZİÇ, ERDOĞAN	Kanun ve T.B.M.M. Kararı	48-56
3	SAVAŞ,VURAL FUAT	İktisat Politikası Anayasası	77-101
4	TEZİÇ, ERDOĞAN	Parlamento Kararı ve Kanun	121-130
5	DAVER, BÜLENT	Seçim Sistemi ve Anayasa Yargısı	131-147

6. Cilt (1989)

1	KANETİ, SELİM	Anayasa Mahkemesi'nin Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanına Etkileri	19-35
2	GÜRAN, SAİT	Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı	39-66
3	TÜRK, HİKMET SAMİ	Yerel Seçimlerle İlgili Yasa Değişikliğine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı	73-103
4	ÇAĞLAR, BAKIR	Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi, İlk Devreler	117-158
5	SAVAŞ, VURAL FUAT	Anayasalarda Ekonomik Hak ve Özgürlükler: T.C. Anayasaları Örneği	175-203
6	ÖZAY, İL HAN	Yargının Sorunlarına Yaklaşımda Bir Örnek Olarak Geçmişi ve Geleceğiyle 'İtalyan Anayasa Mahkemesi'	215-232

7. Cilt (1990)

1	GÜRİZ, ADNAN	Adalet Kavramı	13-20
2	TEZİÇ, ERDOĞAN	Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü	31-46
3	ÇAĞLAR, BAKIR	Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi	53-127
4	KANETİ, SELİM	Avrupa Topluluğu Hukukun Üstünlüğü Karşısında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası	131-140
5	TAN, TURGUT	Anayasal Ekonomik Düzen	161-178

8. Cilt (1991)

1	ÇAĞLAR, BAKIR	Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler	13-62
2	KANETİ, SELİM	T.C. Anayasasındaki Boşlukların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doldurulması	77-93
3	ÖZAY, İL HAN	Yargı Güvencesi-Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi	103-116
4	KUÇURADİ, İOANNA	İnsan Haklarına Dayalı Anayasa veya Devlet Kavramı	131-140
5	GÜRİZ, ADNAN	Türkiye'de Hukuki Pozitivizm	145-172
6	GÜRAN, SAİT	Düşünceleri Açıklama ve Yayma Aracı Olarak Kamu Malları	189-199
7	ÇELİKEL, AYSEL	Devletler Özel Hukukunun Konusuna Giren Uyuşmazlıklarda Anayasal Denetim	209-224
8	TAN, TURGUT	Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı	233-252

9	ÖKTEM, NİYAZİ	Anayasa Hukuk Felsefesi ve Yargısı	265-275
10	KABOĞLU, İBRAHİM Ö.	Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)	291-322
11	SAVAŞ, VURAL FUAT	Mali Anayasanın Temel Konuları	333-370
12	TEZCAN, DURMUŞ	Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması	385-392
13	TURHAN, MEHMET	Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri	401-420
14	MEHTER, HAMDİ	Siyasi Partilerin Mali Denetimi	441-468

9. Cilt (1992)

1	GÜRAN, SAİT	Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu	23-41
2	MACHACEK, RUDOLF	Temel Hak Temini İle Politika Arasındaki Gerilimli Alanda Anayasa Yargısı	47-61
3	ÖZAY, İL HAN	Anayasa Mahkemeleri (ya da Yargısının) Meşruiyeti	67-74
4	DE SOUSA E BRITO, JOSE	Anayasa Yargılaması ve Demokratik Prensip	83-84
5	CANSEL, EROL	Anayasa Mahkemesinin Verdiği İptal Kararından Doğan Kimi Sorunlar	87-104
6	FROWEİN, JOCHEN A.	İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu	111-115
7	KABOĞLU, İBRAHİM Ö.	İnsan Haklarının Gelişimci Özelliği ve Anayasa Yargısı	121-136
8	LAMER, ANTONİO	Kanada'nın Anayasa Hukuku Sisteminde Başvuru Yargısı	141-154
9	GÖREN, ZAFER	Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması	165-184
10	MAHRENHOLZ, ERNST	Günümüzde Anayasa Yorumu İle İlgili Sorunlar	193-199
11	ZULLAH, M. AFZAL	Pakistan Yüksek Mahkemesi ve İnsan Hakları Alanında Anayasa Yargısı	207-213
12	FAURE, MAURİCE	Fransa ve Anayasa Konseyi'ne Kişisel Başvuru Sorunu	221-227
13	ÇAĞLAR, BAKIR	Avrupa Yeni Mekanında Kurumsallaşma: Hukuk ve Demokrasi	233-282
14	SOLYOM, LASZLO	Macaristan Anayasa Mahkemesinin Toplumsal Sistem Değişikliği İçerisindeki Rolü	287-301
15	SMİTH, CARSTEN	Yüksek Mahkeme Uygulamalarında Anayasaya Uygunluk Denetimi Norveç Deneyimi Üzerine Düşünceler	307-314
16	WEBER, FRANS	İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	317-320
17	AZRAK, ALİ ÜLKÜ	İdari Yargı Kararlarında Anayasaya Uygunluk Sorunu	323-340

18	KİM, YANG-KYUN	Kore'de Anayasal Başvuru Sistemi	347-355
19	EGLİ, JEAN-FRANÇOİS	Anayasa Yargılamasına Şahsi Müracaat (İsviçre Hukuk Sistemi ve Tecrübeler)	357-365
20	DAYIOĞLU, SALİH S.	K.K.T.C. Anayasasında Yargının Yeri ve Anayasa Yargısı	375-383
21	ROYER, SJOERD	Hollanda'da Anayasaya Uygunluk Denetimi	389-391
22	LACZKOWSKİ, WOJCIECH	Devlet Yapısının Tansformansyonu Döneminde Anayasa Mahkemeleri	399-408
23	ALİEFENDİOĞLU, YILMAZ	Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri	411-434

10. Cilt (1993)

1	RUMPF, CHRİSTIAN	Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği	25-48
2	SOYASLAN, DOĞAN	Anayasanın Ceza Normları Tarafından Korunması (T.C.K.'nun 146. maddesi)	57-90
3	ALTINTAŞ, MUSTAFA	Anayasal Demokrasi İçin Ekonomik Demokrasi	111-185
4	GÜRİZ, ADNAN	Kapitalizm ve Hukuk	191-222
5	ÇAĞLAR, BAKIR	"Hukuk"la Kavranan "Demokrasi" ya da "Anayasal Demokrasi"	233-276
6	GÖREN, ZAFER	Anayasa Hukuku Açısından Sığınma Hakkı	283-322
7	ÜSKÜL, ZAFER	Yeni Bir Demokrasi Arayışı: Yerel Demokrasi	333-344
8	ALİEFENDİOĞLU, YILMAZ	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Açıdan Adil Yargılanma Hakkı	359-372
9	KABOĞLU, İBRAHİM Ö.	Kelsen Modeli "Sınırları"nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları	381-404
10	SAN, COŞKUN	Toplumda Demokratikleştirme Alanları	411-428

11. Cilt (1994)

1	BERKARDA, BÜLENT	İstanbul Üniversitesi Rektörü	17
2	BİLGEN, PERTEV	İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dekanı	18
3	ÇELİKEL, AYSEL	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı	19-20
4	SAN, COŞKUN	Sosyo-Politik Bir Süreç Olarak Anayasa Değişiklikleri	23-35
5	ÜNAL, ŞEREF	Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması	39-60
6	AKALIN, GÜNERİ	Anayasamızın Piyasa Ekonomisi ile Uyumlaştırılması: Mali ve Ekonomik Hükümler ile Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevlerin Yeniden Düzenlenmesi	71-87

7	GÖREN, ZAFER	Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti)	97-134
8	SOYASLAN, DOĞAN	Kanun Hükmünde Kararnameler	145-175
9	GÜRAN, SAİT	Anayasa'nın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik	191-200
10	SAVAŞ, VURAL FUAT	Yeni Anayasa İçin Ekonomik Anayasa Önerileri	215-226
11	KABOĞLU, İBRAHİM Ö.	Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa'ya Yansıtılması Sorunu	237-252

12. Cilt (1995)

1	CRNIC, JADRANKO	Hırvatistan Anayasa Mahkemesi Başkanı	3-4
2	SALYOM, LASZLO	Macaristan Anayasa Mahkemesi Başkanı	5-7
3	ELMORR, AWAD MOHAMED	Mısır Anayasa Mahkemesi Başkanı	9-10
4	GİONEA, VASİLE	Romanya Anayasa Mahkemesi Başkanı	11-13
5	TUMANOV, VLADİMİR	Rusya Anayasa Mahkemesi Başkanı	15
6	GJATA, RUSTEM	Arnavutluk Anayasa Mahkemesi Başkanı	17-18
7	ÖZAY, İL HAN	Yeni Bir Düzende Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri ile Yargılama Usulleri	45-49
8	ÖZTÜRK, BAHRİ	Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi 'Yüce Divan'	59-108
9	YENİSEY, FERİDUN	Sanık Haklarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Korunması	121-135
10	ODYAKMAZ, ZEHRA	Yürürlüğü Durdurma	143-170
11	BİLGEN, PERTEV	Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması	171-191
12	GÜRAN, SAİT	Anayasa Mahkemesi'nin İşlevi ve Bu Bağlamda Yürürlüğün Durdurulması	193-197
13	GÖREN, ZAFER	Türk ve Alman Anayasa Hukuku'nda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları	199-243
14	PEKCANITEZ, HAKAN	Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti	257-287
15	TUNÇ, HASAN	Anayasa Yargısında Yeni Oluşumlar: İşlevsel ve Kurumsal Açıdan Türk Anayasa Mahkemesi ile Macaristan ve Kore Anayasa Mahkemelerinin Karşılaştırılması	288-309
16	ÇAĞLAR, BAKIR	Farklı Bir Mekanda Farklı Bir Zamanda Anayasa Yargısı	311-317

13. Cilt (1996)

1	İNAL, NABİ	Hatay Barosu Başkanı	13-15
2	KARABACAK, BEKİR	Antakya Belediye Başkanı	17
3	ACUN, UTKU	Hatay Valisi	19-22
4	ÖZAY, İL HAN	Yasama - Yürütme ve Yargı İlişkileri Açısından Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve İşleyişi	31-39
5	SAĞLAM, FAZIL	Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin Yasama, Yürütme ve Yargı ile İlişkisi	43-76
6	GÖREN, ZAFER	Anayasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi	81- 145
7	ÖZÜERMAN, TÜLAY	Türkiye'de Anayasa Yargısının Rolü ve Önemi	149-167
8	İNAL, TURGUT	1982 Anayasası'nın Getirdiği Sıkıntılar ile Anayasa Yargısına Genel Bakış	171-201
9	ERKENCİ, HÜSEYİN	Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu, Yapısı ve İşlevi Daha Çağdaş Bir Türkiye'ye Doğru	205-221
10	ODYAKMAZ, ZEHRA	Siyasi Partilerin Kapatılması ile İlgili Hükümlerde Uyumsuzluklar ve Uygulamadaki Güçlükler	231-245
11	KARAKOÇ, YUSUF	Türk Hukukunda Vergi Kanunlarının Anayasa'ya Uygunluğunun Yargısal Denetimi	249-373
12	CIRIL, HURİGÜL	Avrupa Topluluğuna Girerken Uluslararası Sözleşmeler ve Türk Anayasa Sistemi	377-389

14. Cilt (1997)

1	SEIDL, OTTO	Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Başkanvekili	31-32
2	NAZARENO, JULİO SALVADOR	Arjantin Yüksek Mahkemesi Başkanı	33
3	PISKA, KARL	Avusturya Anayasa Mahkemesi Başkanvekili	35
4	DAUDBAVİCH, İSMET	Bosna-Hersek Anayasa Mahkemesi Başkanı	37
5	MANOV, KİRİL A.	Bulgaristan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Genel Sekreteri	39
6	CRNIC, JADRANKO	Hırvatistan Anayasa Mahkemesi Başkanı	41
7	GUIZZI, FRANCESCO	İtalya Anayasa Mahkemesi Üyesi	43
8	TURSUNOVA, BAEKOVA ÇOLPON	Kırgızistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	45-46
9	DAYIOĞLU, SALİH	Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yüksek Mahkeme Başkanı	47

10	TERSZTYANSZKY, ÖDÖN	Macaristan Anayasa Mahkemesi Üyesi	49-51
11	BRAVO-SERRA, JOSE'MANUEL	Portekiz Anayasa Mahkemesi Üyesi	53
12	MURARU, JOAN	Romanya Anayasa Mahkemesi Başkanı	55-56
13	BAGLAY, MARAT	Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Başkanı	57
14	SUNGURTEKİN, ALPAY	Samsun Barosu Başkanı	63-66
15	ÖNDER, MUZAFFER	Samsun Belediye Başkanı	67-68
16	ÇAVUŞOĞLU, YÜKSEL	Samsun Valisi	69-70
17	ALDIKAÇTI, ORHAN	Sosyal Devlet	79-85
18	GÖREN, ZAFER	Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi	93-153
19	SOYSAL, MÜMTAZ	Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı	171-187
20	SAVAŞ, VURAL FUAT	Uluslararası Ekonomik Anayasal Düzen	191-208
21	ALİEFENDİOĞLU, YILMAZ	Yeni Bir Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi	225-246
22	YILDIZ, MUSTAFA	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İşlevsel Konumu	255-332
23	ÖZAY, İL HAN	Günahıyla Sevabıyla Anayasa Mahkemesi	337-344
24	GÜNDAY, METİN	İdarî Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları	347-358
25	SAĞLAM, FAZIL	Anayasa Hukukumuz Açısından Siyasal Parti Kurumunun Güncel Sorunları	367-383
26	ONAR, ERDAL	1982 Anayasası'nda Milletvekilliğinin Düşmesi	387-465

15. Cilt (1998)

1	AKILLIOĞLU, TEKİN	Avrupa Sosyal Andlaşması ve Türkiye	14-37
2	ÇAĞLAR, BAKIR	Anayasa Yargısı'nın Güncelliği: "Yargıçlar Zamanı"	51-69
3	SAVAŞ, VURAL FUAT	Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)	79-98
4	GÖREN, ZAFER	Çocuğun Temel Hakları	113-176
5	KABOĞLU, İBRAHİM Ö.	Nasıl Bir Çağdaş Anayasa ve Anayasa Yargısı	185-196
6	GÖZLER, KEMAL	Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı	207-242
7	ULER, YILDIRIM	Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti	252-256

16. Cilt (1999)

1	DİKMEN CANİKOĞLU, MELTEM	Seçim Sistemlerinin Siyasi İstikrarın Sağlanmasındaki Rolü	17-44
2	GÜRSEL, SEYFETTİN	Toplumsal Tercih Kuramı Çerçevesinde Anayasa'nın 67. Maddesinde Yer Alan Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkelerinin Değerlendirilmesi	46-68
3	KABOĞLU, İBRAHİM Ö.	İfade Özgürlüğünün Siyasi Partilerce Kullanımının Sınırları	71-92
4	ALİEFENDİOĞLU, YILMAZ	Siyasi Partiler ve Sivil Toplum Örgütleri	95-115
5	TEZCAN, DURMUŞ	Örgütlenme Hakkının Sınırları Açısından Siyasi Partileri Kapatma Kararlarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ortaya Koyduğu Eğilim	130-141
6	ÇAĞLAR, BAKIR ÇAVUŞOĞLU, NAZ	Parti Kapatma Davalarında Mermer - Mozaik İkilemi	143-187
7	SAĞLAM, FAZIL	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'de Kapatılan Partilere İlişkin Kararlarının Partiler Hukukuna Etkisi	189-216
8	ARMAĞAN, SERVET	Memleketimizde Siyasi İstikrar (Siyasi Partiler ve Seçim Sistemlerinin Değerlendirilmesi)	219-252
9	KUZU, BURHAN	Bugünkü Seçim Sistemimiz ve Bazı Öneriler	254-293
10	DEMİR, FEVZİ	Türkiye'ye Özgü Yeni Bir Seçim Sistemi Önerisi	295-308
11	SAV, ATİLA	Seçim Propagandası	330-341
12	ÜÇIŞIK, FEHİM	Parti İçi Demokrasi Açısından Yasa Değişikliği Gereği	355-376
13	GÖREN, ZAFER	Kota Düzenlemelerinin Anayasaya Uygunluğu	381-413

17. Cilt (2000)

1	WILDHABER, LUZİUS	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı	17-31
2	TÜRMEN, RIZA	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukumuza Etkileri	32-40
3	GÜRAN, SAİT	Egemenlik Ulusundur Üstünlük Anayasa'dadır	43-61
4	ÜNAL, ŞEREF	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri	63-85
5	BIÇAK, VAHİT	Uluslararası İnsan Hakları Normlarını Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı	87-114

6	MEMİŞ, EMİN	İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri	130-172
7	TUNÇ, HASAN	Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi	174-192
8	DOĞRU, OSMAN	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkisi	194-225
9	SAĞLAM, FAZIL	Siyasi Partiler Kanunu'nda Uluslararası Standartlara Uygunluk Sağlamak İçin Yapılması Gereken Değişiklikler	233-254
10	UYGUN, OKTAY	Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi	256-272
11	ARSLAN, ZÜHTÜ	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler	274-293
12	YILDIRIM, KADİR	Sözleşmenin ve Divan Kararlarının Uygulanma Niteliği	295-325
13	ARMAĞAN, SERVET	1982 Anayasası'nda Uluslararası Andlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi	340-361
14	FENDOĞLU, TAHSİN	Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "BAĞIMSIZ ÖLÇÜ NORM" veya "DESTEK ÖLÇÜ NORM" Sorunu	363-384
15	GÖÇER, MAHMUT	Avrupa Birliği ve Temel Hakların Korunması	386-393
16	İÇEL, KAYIHAN	Kopenhag Kriterleri Bağlamında Türk Ceza Hukuku	402-408
17	ÜNVER, YENER	Uluslararası Normlar Bağlamında Suçluların Geri Verilmesi ve Türkiye	410-436

18. Cilt (2001)

1	ERDEM, M. RUHAN	Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış	17-39
2	İNCEOĞLU, SİBEL	Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi	41-70
3	DEMİRBAŞ, TİMUR	Af Tartışmaları ve 4616 Sayılı <23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun>	78-97
4	ÖZGENÇ, İZZET	Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme	99-147

5	SANCAR, TÜRKAN YALÇIN	23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları	149-195
6	İÇEL, KAYIHAN	Anayasa Hükümleri ve Yüksek Mahkemelerin Kararları Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme ve Ertelemeye İlişkin Yasal Düzenlemelerin Yasaklanmış Haklar Üzerindeki Etkileri	209-217
7	SÖZÜER, ADEM	Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği İle Bu Hükümlerin Anayasa'ya Uygunluğu Sorunu	219-252
8	KUZU, BURHAN	Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü	254-296
9	GÖZLER, KEMAL	Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi	298-329
10	ARMAĞAN, SERVET	Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirmesi	347-362
11	ODYAKMAZ, ZEHRA	1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı	364-377
12	ALACAKAPTAN, UĞUR	23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanuna Genel Bir Bakış	379-400
13	SOYASLAN, DOĞAN	Af	412-436
14	YILDIRIM, TURAN	Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı	438-449
15	SABAN, NİHAL	Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak	451-475

19. Cilt (2002)

1	HOLZINGER, GERHARD	Avusturya Anayasa Mahkemesi Yargıcı	30-31
2	HACIYEV, KXANLAR	Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	32-35
3	HENNEUSE, ROGER	Belçika Anayasa Mahkemesi Yargıcı	36-39
4	VASILIEVICH, GRIGORIJ A.	Beyaz Rusya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	40-45
5	DANOV, HRISTO	Bulgaristan Anayasa Mahkemesi Başkanı	46-49
6	KHETSURIANI, JOHN	Gürcistan Anayasa Mahkemesi Başkanı	50-53

7	BHARUCHA, SAM PIROJ	Hindistan Anayasa Mahkemesi Başkanı	54-57
8	KHITRIN, YURIY	Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Kurulu Başkanı	58-59
9	ESENKANOV, KACHYKE E.	Kırgızistan Anayasa Mahkemesi Yargıcı	60-61
10	ERGİNEL, TANER	Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yeksek Mahkeme Başkanı	62-64
11	ERDEI, ARPAT	Macaristan Anayasa Mahkemesi Üyesi	65-66
12	NAGUIB, MOHAMMED FATHY	Mısır Anayasa Mahkemesi Başkanı	67-69
13	POPA, NICOLAE	Romanya Anayasa Mahkemesi Başkanı	70-71
14	BAGLAY, MARAT	Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Başkanı	72-75
15	SKOMOROKHA, VICTOR	Ukrayna Anayasa Mahkemesi Başkanı	76-79
16	TÜRMEN, RIZA	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı	80-83
17	GİRİTLİ, İSMET	2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması	88-103
18	KABOĞLU, İBRAHİM Ö.	2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye	105-118
19	ATASOY, ÖMER ADİL	Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyma Zorunluluğu	123-139
20	ALİEFENDİOĞLU, YILMAZ	2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut	141-176
21	FENDOĞLU, H. TAHSİN	2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. Md 13)	178-214
22	ARSLAN, ZÜHTÜ	Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler	216-231
23	SAĞLAM, MEHMET	Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu	233-266
24	ÖZAY, İL HAN	Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri	275-286
25	SAĞLAM, FAZIL	2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları	288-310
26	YETKİN, ÇETİN	Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Olumsuz Etkileri	312-324

27	GÖZLER, KEMAL	3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği	326-354
28	BOZKURT, ALİ RIZA	2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Yansımaları "Siyasal, Sosyal ve Ekonomik Yönden"	376-501
29	CAN, OSMAN	Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü	503-532
30	GÖKÇE, BİRSEN	2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Sosyal Ekonomik ve Siyasal Yönden Değerlendirilmesi	534-548
31	HAKYEMEZ, YUSUF ŞEVKİ	2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasal Parti Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri	550-571

20. Cilt (2003)

1	BELGE, MURAT	AB ve Globalleşme Sürecinde Egemenliğin Dönüşümü ve Ulusal Egemenliğin Geleceği	37-44
2	DAVUTOĞLU, AHMET	Küreselleşme ve AB-Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Ulusal Egemenliğin Geleceği	46-58
3	ORAN, BASKIN	Ulusal Egemenlik Kavramının Dönüşümü, Azınlıklar ve Türkiye	61-93
4	AKYOL, TAHA	AB ve Globalleşme Sürecinde Egemenlik, Egemenliğin Çağdaş Kayıt ve Şartları	95-103
5	ÖKÇESİZ, HAYRETTİN	Hukuk Kültürünün Yapısını "Nomos - Physis" (Toplum-Kültür-Doğa) Çevresinde Yedi Üçüzlü Bir Kurguyla Açıklama Şemasında Egemenliğin İrdelenmesi	119-131
6	TARHANLI, TURGUT	Kuvvet Kullanma, Meşruiyet ve Hukuk	133-156
7	SANCAR, MİTHAT	Değişen Egemenlik Sürecinde Meşruiyet Sorunu ve Anayasal Düzen	158-169
8	SOYSAL, MÜMTAZ	Değişen Egemenlik ve Meşruluk	171-181
9	ÖZER, ATİLLA	Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu	187-194
10	EROĞUL, CEM	Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri	196-213
11	TURHAN, MEHMET	Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi	215-248
12	UYGUN, OKTAY	Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi	250-284

21. Cilt (2004)

1	HASSEMER, WINFRIED	Anayasa Mahkemelerinde Yapılanma Almanya Raporu	27-49
2	HALLER, HERBERT	Avusturya Anayasa Mahkemesinin Organizasyonu ve Karar Biçimleri	50-68
3	PACZOLAY, PETER	Anayasa Mahkemesiyle İlgili Anayasa Değişiklikleri Önerisine İlişkin Taslak Görüş (Venedik Komisyonu Raporu)	70-79
4	KILIÇ, HAŞİM	Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Öneri (Türkiye Raporu)	80-94
5	YÜZBAŞIOĞLU, NECMİ *et al.*	Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması Paneli (Panelistler: Onar Erdal, Aliefendioğlu Yılmaz, Arslan Zühtü, Kuzu Burhan, Türk, Hikmet Sami)	105-162
6	HASSEMER, WINFRIED	Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya'da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)	164-178
7	HALLER, HERBERT	Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Avusturya'da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)	179–193
8	PACZOLAY, PETER	Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Venedik'te Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)	194-203
9	SABUNCU, YAVUZ ARNWINE, SELİN ESEN	Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu	229-246
10	TURHAN, MEHMET *et al.*	Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli (Panelistler: KUZU BURHAN, SAĞLAM FAZIL, GÖREN ZAFER, TÜRK HİKMET SAMİ)	248-295

22. Cilt (2005)

1	KABOĞLU, İBRAHİM Ö.	Anayasal Uyum ve Ötesi	25-38
2	ALBI, ANNELI	Avrupa Anayasası: Ulusal Anayasalar Üzerindeki Etkileri Nelerdir?	40-62
3	AKÇAM, ZEKERİYA	Avrupa Anayasal Antlaşması'nda Milli Meclislerin Rolü ve İkincillik ve Oransallık İlkeleri	63-73
4	ARIKAN, AYŞE SAADET	"Avrupa İçin Anayasa Andlaşması" ve Türkiye: Avrupa Birliği Hukuku ve Ulusal Hukuk İlişkisi	74-123

5	GRUBER, ANNIE	Avrupa Birliği'nin İşleyiş Sürecinde Avrupa Yurttaşlığı	140-167
6	ODER, BERTİL EMRAH	Avrupa Birliği'nde Çokmerkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları: Yetki Çatışmaları ve İkincillik İlkesi Işığında Türkiye İçin Karşılaştırmalı Gözlemler	168-215
7	ŞEN, MURAT	Egemenliğin Kollektif Kullanımı: AB'nin Anayasal Yapısına Uyum Açısından Anayasamız	216-230
8	İNCEOĞLU, SİBEL	Türkiye: AB'nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı	231-251
9	ROUSSEAU, DOMINIQUE	Avrupa Birliği'nde İnsan Hakları Sorunsalı	260-276
10	BRAHY, SYLVİE	Avrupa Anayasası ve Türk Anayasa Hukuku Bağlamında İnsan Hakları	277-291
11	KARAKAŞ, A. IŞIL	Ulusalüstü Anayasa'da Temel Haklar Problematiği: Teorik ve Pratik Sorunlar	292-305
12	ÇAVUŞOĞLU, NAZ	Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meselesi	306-327
13	YÜZBAŞIOĞLU, NECMİ	Türk Anayasası'nın Avrupa Anayasası'na Uyum Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme	342-349
14	BOCKEL, ALAIN	Türk Anayasası'nın Avrupa Anayasası'na Uyum Sorunu Değerlendirme	350-362
15	ARSLAN, ZÜHTÜ	İki Anayasa İki Tarz-ı Demokrasi: Avrupa Anayasa'sı ve Türk Anayasa'sı Üzerine Notlar	363-372
16	TARHANLI, TURGUT	Anayasa ve Gelecek	373-376
17	UYGUN, OKTAY	Avrupa ve Türk Anayasa'sı: Temel İlkeler Yönünden Genel Bir Değerlendirme	377-387

23. Cilt (2006)

1	ABDULLAYEV, FERHAD	Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	13-14
2	JETPISOVICH, BALTABAYEV KUANİSH	Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Konseyi Üyesi	15-18
3	MALAKHOVICH, ALİEV ZARİF	Tacikistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	19-23
4	ÖZKÖK, MUSTAFA	Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yüksek Mahkeme Üyesi	25-28
5	BAEKOVA, CHOLPON	Kırgızistan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	29-33
6	BERONOV, NEDELCHO	Bulgaristan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	35-37
7	BUQUICCHIO, GIANNI	Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar	41-44

8	AKYALÇIN, AHMET	Anayasa Mahkemesinde Yürürlüğün Durdurulması	45-49
9	AYBAY, RONA	Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar	51-56
10	ÖZBUDUN, ERGUN	Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar	57-60
11	SAĞLAM, FAZIL	Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar	61-64
12	TÜRK, HİKMET SAMİ	Seçim, Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih	75-113
13	KOÇAK, MUSTAFA	Seçim Sistemleri ve Demokrasi Karşılaştırmalı Analiz: İHAM ve AB Ölçütleri	115-132
14	ALKAN, MEHMET Ö.	Türkiye'de Seçim Sistemi Tercihinin Misyon Boyutu ve Demokratik Gelişime Etkileri	133-165
15	TUNCER, EROL	Türkiye'de Seçim Uygulamaları / Sorunları Işığında Temsilde Adalet - Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği	167-182
16	SABUNCU, YAVUZ	Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları	191-197
17	KÖKER, LEVENT	Seçim Sistemleri ve Siyasî Çoğulculuk	200-210
18	ATAR, YAVUZ	Seçim Hukukunun Güncel Sorunları	211-235
19	TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, SULTAN	Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri	237-278
20	KUZU, BURHAN	Nasıl Bir Seçim Sistemi Konusunda Adalet ve Kalkınma Partisi'nin Görüşü	283--317
21	SARIBAŞ, SÜLEYMAN	Nasıl Bir Seçim Sistemi Konusunda Anavatan Partisi'nin Görüşü	319-325
22	ERCAN, NEVZAT	Nasıl Bir Seçim Sistemi Konusunda Doğruyol Partisi'nin Görüşü	327-332
23	MİROĞLU, ORHAN	Nasıl Bir Seçim Sistemi Konusunda Demokratik Toplum Partisi'nin Görüşü	333-343
24	AKGÜL, MEHMET ALİ	Nasıl Bir Seçim Sistemi Konusunda Genç Parti'nin Görüşü	345-348

24. Cilt (2007)

1	COSTA, JEAN PAUL	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargı Yetkisi: Bir Barış ve Hoşgörü Faktörü mü?	17-36
2	BABAYEV, FİKRET	Azerbaycan Anayasa Mahkemesi Başkanı	39-49
3	HADZİOSMANOVİC, HATİDZA	Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi Başkanı	51-57
4	BESSAİH, BOUALEM	Cezayir Anayasa Konseyi Başkanı	59-74
5	ZELİN, SU	Anayasa'nın Işığı İnsanları Isıtır	77-87
6	ASSHİDDİQİE, JİMLY	Endonezya Anayasa Mahkemesi Başkanı	93-100
7	LANGA, PİUS	Meydan Okuyan Medeniyetler	101-132

8	NURMAGAMBETOV, AMANZHOL MAGZUMOVİCH	Kazakistan Anayasa Konseyi'nin Ulusal ve Uluslararası Hukukla İlişkilerinin Kurulması	133-143
9	BAEKOVA, ÇOLPON TURSUNOVNA	Kırgızistan Anayasa Mahkemesi Başkanı	149-167
10	LWAMBA, BENOİT	Kongo Demokratik Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	169-183
11	KANG-KOOK, LEE	Kore Anayasa Mahkemesi Başkanı	185-191
12	KÜRİS, EGİDİJUS	Anayasal Değerlerin Evrenselleştirilmesi Üzerine (Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerinin Anayasal İçtihatları ve AHİM Kararları Bağlamında)	197-232
13	KOVACS, PETER	Anayasa Mahkemesi, Medeniyetler Arası Anlaşma ve İç Barış (Macar Anayasa Mahkemesi'nin Nefret Konferansı Konusundaki İçtihatı)	235-255
14	YUSUFİ, MAHMUT	Evrensel Barışta Anayasa Mahkemelerinin Rolü ve Uygarlıklararası Karşılaşma	257-261
15	SHERİF, ADEL OMAR	Mısır Anayasa Mahkemesi Başkanvekili	263-266
16	IANUCENCO, ALİNA	Moldova'nın Seçmiş Olduğu Hukuk Devleti Kurma Yolunun Gerçekleşmesinde Anayasa Mahkemesi'nin Rolü	273-292
17	ZORKİN, VALERİ	Çağdaş Küresel Dünyada Medeniyet Gelişiminin Anayasal Temeli	295-331
18	KHOJAEV, İZBİLLO	Tacikistan Anayasa Mahkemesi Başkanı	333-343
19	BUQUICCHIO, GIANNI	Dünyanın Farklı Bölgelerinde Anayasa Mahkemeleri Arasındaki Etkileşimi Geliştirmede Venedik Komisyonu'nun Rolü	345-354
20	ÖZBUDUN, ERGUN	Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü	359-364
21	ORTAYLI, İLBER	Evrensel Barış Projeleri	367-371
22	BAĞCI, HÜSEYİN	Medeniyetler Çatışması ve Buluşması İkileminde Güvenlik Sorunları	373-379
23	LAÇİNER, SEDAT	Uluslararası İlişkilerdeki Gelişmelerin Anayasa Mahkemelerine Etkisi	381-403
24	DAVUTOĞLU, AHMET	Küreselleşme ve Medeniyetler Arası Etkileşim Bağlamında Ortak Değerler	405-414
25	YANKOV, RUMEN	Bulgaristan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	417-420
26	ÖRÜCÜ, ESİN	Ulusal Anayasa Mahkemelerinde Yargısal Karşılaştırmacılık ve Mahkemeler Arası Diyalog	433-487
27	KOÇAK, MUSTAFA	Medeniyetler Buluşması Bağlamında Anayasaların Ortak Dili Sorunu	489-500
28	BOZKURT, ENVER	Kant'ın Ebedi Barış Üzerine Denemesinin Günümüze Yansıması	501-523

29	HAKYEMEZ, YUSUF ŞEVKİ	Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması	525-568
30	VERGİN, NUR	Anayasacılık ve Dinsel Özgürlükler	571-575
31	ÖZEL, SOLİ	Küreselleşme Döneminde Vatandaşlık	577-583
32	ÖKTEM, NİYAZİ	Düşmanlık ya da Zenginlik Kaynağı Olarak Farklılıklarımız; Farklılıklara Tahammül Kültürünün Yasalarda ve İçtihatlarda Gelişmesi ve Korunması	585-607
33	ULUŞAHİN, NUR	Liberal Demokrasinin Çıkmazı: Çatışma Karşısında Barış İçin Azınlık-Çoğunluk İlişkisini Yeniden Düzenleme Gereği	609-640

25. Cilt (2008)

1	KILINÇ, BAHADIR	Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği	19-59
2	KANADOĞLU, OSMAN KORKUT	Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi	61-89
3	ATAR, YAVUZ	Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması	93-115
4	YENİSEY, FERİDUN	Mukayeseli Hukukta Adli Yargı Yüksek Mahkemelerinin Konumu ve Üyelerinin Seçimi	135-154
5	ODYAKMAZ, ZEHRA	Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler	155-204
6	AZRAK, ALİ ÜLKÜ	Türkiye'de İdari Yargının Bağımsızlığı	213-225
7	ŞAHBAZ, İBRAHİM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı	229-289

26. Cilt (2009)

1	MELLİNGHOFF, RUDOLF	Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikayeti	31-58
2	HOLZİNGER, GERHART	Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru	61-99
3	BAAMONDE, MARİA CASAS	İspanya Örneğinde Anayasa Şikayeti	101-120
4	KİM, JONG-DAE	Anayasa Şikayeti Sistemi: Kore'nin Tecrübeleri	145-162

5	PİMENTEL, GENARO DAVİD GONGORA	Amparo Ne İçindir?	163-282
6	ZORKİN, VALERİ	Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'nin Uygulamasında Bireysel Başvuru	283-312
7	PACZOLAY, PETER	Anayasa Şikayeti: Karışık Bir İyilik	313-327

27. Cilt (2010)

1	SALMANOVA, SONA	Azerbaycan Cumhuriyetinde Anayasa'nın Üstünlüğü İlkesi	19-22
2	PALAVRİĆ, SEADA	Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Sorumluluğu	23-30
3	NENKOV, ROUMEN	Anayasa Mahkemesi'nin Bağımsızlığı-Hukuk Devletinin Garantisi (Bulgar Deneyimi)	31-49
4	MAHFUD, MOH.	Endonezya Anayasa Mahkemesi'nde Tarafsızlık, Bağımsızlık ve Sorumluluğun Oluşturulması	51-73
5	HASANİ, ENVER	Kosova Anayasa Mahkemesi'nin Karşılaştığı Güçlükler ve Uygulamalar	75-85
6	IANUCENCO, ALİNA	Yargı Sisteminin Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Sorumluluğu	87-106
7	WAZANİ, RATEB AL	Ürdün Yargı Sisteminde Bağımsızlık, Tarafsızlık ve Sorumluluk	107-114
8	GİEGERİCH, THOMAS	Yüksek Mahkeme Üyelerinin Seçilmesi ve Görevden Alınması	123-160
9	YANIK, MURAT	Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar Işığında HSYK'nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi	161-216
10	METİN, YÜKSEL	Türkiye'de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri	217-272

28. Cilt (2011)

1	TURHAN, MEHMET	Ronald Dworkin	17-26
2	DWORKİN, RONALD MİLES	Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri	27-52
3	TÜRKBAĞ, AHMET ULVİ	Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları	71-82
4	ÖKTEM, NİYAZİ	Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi	83-96

29. Cilt (2012)

1	BRATZA, NICOLAS	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı	9-19
2	DOSSOU, ROBERT	Afrika Anayasa Yargısı Konferansı Başkanı-Benin Anayasa Mahkemesi Başkanı	43-50

3	ABDULLAYEV, FERHAD	Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanı	51-52
4	HOSSAİN, MUZAMMEL	21. Yüzyılda Hak ve Özgürlük Hareketleri ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü: Bangladeş Perspektifi	53-72
5	MIKLASHEVICH, PETR. P	Vatandaşların Anayasal Hak ve Özgürlüklerinin Korunmasında Belarus Anayasa Mahkemesi'nin Rolü	73-94
6	BOSSUYT, MARC	Anayasa ve Uluslararası Antlaşmalar Arasındaki İlişki: Belçika'dan Bir Değerlendirme	95-106
7	PALAVRIĆ, SEADA	21. Yüzyılda Hak ve Özgürlük Hareketleri ve Bosna-Hersek Anayasa Mahkemesi'nin Rolü	111-126
8	KİFLİ, DATO KİFRAWİ	ASEAN Sözleşmesi ve İnsan Hakları Kanunları İleri Adımlar: Brunei Perspektifi	127-133
9	TANCHEV, EVGENI	Ulus-Devlet Anayasalarında Siyasal Özgürlük ve Siyasal Hakların Organik Modeli	135-169
10	Xİ, XİAOMİNG	Anayasa'nın Rehberliğinde Yurttaşların Hak ve Özgürlüklerinin Korunması	171-177
11	ACHARGUİ, MOHAMED	21. Yüzyılda Hak ve Özgürlük Hareketleri ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü	179-194
12	JALLAD, FARİD	21. Yüzyılda Hak ve Özgürlükler ve Anayasa Mahkemesi'nin Rolü	199-206
13	YACOOB, ZAKERİA MOHAMMED	Türk Anayasa Mahkemesi'nin 50. Kuruluş Yıldönümü İçin Düzenlenen Uluslararası Sempozyum'da Güney Afrika Heyeti'nin Sunumu	207-214
14	TAVADZE, ZAZA	Gürcistan Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Anayasal Hak ve Özgürlükleri Yeniden Düşünmek	215-226
15	SANCHEZ, PASCUAL SALA	Temel Hakların Yargısal Korunmasında İspanyol Sistemi: İspanya Anayasa Mahkemesi'nin Kararları	227-245
16	KOLLY, GILBERT	Türk Anayasa Mahkemesi, İsviçre Federal Mahkemesi ve Ortak Medeni Kanun	247-254
17	SODİKİ, ACHMAD	Vatandaşların Anayasal Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesi'nin Rolü (Endonezya Anayasası'na Dayalı Bir Değerlendirme)	259-298
18	ROGOV, IGOR IVANOVICH	Hukuk Devletinin Oluşumunda Kazakistan Anayasa Konseyi'nin Öncelikleri	299-310
19	HASANİ, ENVER	Kosova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Önemli Kararlarından Bazıları Hakkında Düşünceler	311-361
20	DEHAN, KAMAL BESHİR	Libya'da Anayasa Yargısı	363-366
21	PACZOLAY, PÉTER	Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin Yetkilerinde Değişiklik	367-380
22	BUQUICCHIO, GIANNİ	Venedik Komisyonu Başkanı	381-388

23	LEE, KANG-KOOK	21. Yüzyılda Kore'de Siyasal ve Toplumsal Değişimler ve Kore Anayasa Mahkemesi'nin Önündeki Sorunlar	393-411
24	NAUMOSKI, BRANKO	İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Korunmasında Makedonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Rolü	413-429
25	ZAKARİA, TAN SRİ ARİFİN	21. Yüzyılda İnsan Hak ve Özgürlükleri ve Yargının Rolü Konusunda Malezya Perspektifi	431-451
26	AMARSANAA, JUGNEE	Moğolistan Anayasa Mahkemesi'nin İnsan Haklarının Korunması Alanındaki Rolü	453-474
27	SAFALERU, ELENA	Anayasa Yargısı ve İnsan Haklarının Korunması: Moldova Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Deneyimi	475-490
28	RZEPLIŃSKI, ANDRZEJ	Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sivil Toplum	495-510
29	RAMOS, RUI MANUEL MOURA	21. Yüzyılda Hak ve Özgürlük Hareketleri ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü	511-525
30	ZEGREAN, AUGUSTIN	Romanya Anayasa Mahkemesi Başkanı	527-542
31	PETRIČ, ERNEST	Anayasa Mahkemelerinin İşlev ve Rolünün Yeniden Tanımlanması Üzerine Bazı Gözlemler: Slovenya Anayasa Mahkemesi Örneği	543-554
32	ILKAHANAF, AİDİD ABDALLAH	Somali Cumhuriyeti Geçici Federal Hükümeti Yüksek Mahkemesi Başkanı	559-566
33	PINO, GONZALO GARCIA	Şili Anayasa Mahkemesi Üyesi	567-577
34	MAHMUDOV, MAHKAM AZAMOVICH	Tacikistan'da Anayasa Yargısına İlişkin Gelişmeler	579-589
35	AKE-URU, CHALERMPON	İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Korunmasında Anayasa Mahkemesi'nin Rolü: Tayland Örneği	591-675
36	HOLOVIN, ANATOLII	Ukrayna Anayasa Mahkemesi'nin Kararlarında İnsan ve Vatandaş Haklarının Korunması Ukrayna Anayasa Mahkemesi: Çağdaş Eğilimler	677-688
37	PROTO, DANIEL GUTİERREZ	Anayasal Denetim Sistemi	693-711
38	LÓPEZ, FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO MERCHÁN, CARMEN ZULETA DE	XXI. Yüzyılda İnsan Hakları ve Anayasa Mahkemelerinin Misyonu	713-757
39	MCGRATH, JOHN	Yeni Zelanda'da Temel Hakların Korunması	759-773
40	M'BARECK, SCHAIR OULD	Moritanya İslam Cumhuriyeti Anayasa Konseyi Başkanı	775-782
41	QUARANTA, ALFONSO	İtalyan Anayasası'nda Temel Hakların Korunması	785-805

42	LOPIČIĆ, DESANKA	XXI. Yüzyılda Karadağ'da İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Gelişimi -Karadağ'da Anayasa Mahkemesi'nin Rolü-	807-833
43	URBAITIS, ROMUALDAS KĘSTUTIS	Litvanya'da Aile Kavramının Bazı Anayasal Boyutları	835-879

30. Cilt (2013)

1	PAULUS, ANDREAS L.	Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Bakış Açısından Anayasanın Yorumlanması	21-47
2	ODER, BERTİL EMRAH	Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık	49-59
3	HAJİYEV, M. KHANLAR	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşmeyi Yorum Teknikleri	61-71
4	İNCEOĞLU, SİBEL	Norm Temelli Denetimden Olay Temelli Denetime: İHAS'a Uyum Işığında Bir Değerlendirme	83-106
5	BORREGO, JAVIER BORREGO	Norm Denetiminde Anayasal Yorum	107-117
6	ANTELO, LUIS FERNÁNDEZ	Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Anayasal Önem Kriteri Ağırlıklı Bir İnceleme)	127-137
7	PAULUS, ANDREAS L.	Federal Alman Anayasa Mahkemesi Yasası 93A Maddesinde Düzenlenen Kabul Usulü ve "Temel Anayasal Önem" Kavramı	139-149
8	EKİNCİ, HÜSEYİN	Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi	161-197

31. Cilt (2014)

1	QAZI, GULRAMAN	Sosyal Hakların Anayasa Mahkemeleri Tarafından Korunması Afganistan Örneği	75-87
2	ZOELVA, HAMDAN	Adat Law (Örf ve Adet Hukukunun Uygulandığı) Topluluklarının Sosyal Haklarının Korunmasında Endonezya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Rolü	89-108
3	LEE, JINSUNG	Sosyal Hakların Kore Anayasa Mahkemesince Korunması Sosyal Refah Haklarına Odaklanma	109-123
4	SHRESTHA, KALYAN	Sosyal Hakların Anayasa Mahkemelerince Korunması	125-139
5	INTACHAN, CHAROON	Tayland Anayasa Mahkemesince İnsan Haklarının Korunması	141-151
6	YILDIRIM, ENGİN	Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği/Edilemezliği (Yargılanabilirliği/ Yargılanamazlığı) ve Anayasa Mahkemeleri: Türk Bakış Açısı	153-159

7	ARSLAN, ZÜHTÜ	Türkiye'de Anayasa Şikâyeti: Fırsatlar ve Sorunlar	167-184
8	MILHEM, FERAS	Bireysel Başvuru Yoluyla İnsan Haklarının Korunması: Filistin'den Dersler	185-200
9	GALIĆ, VALERIJA	Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi ve Bosna Hersek Parlamenterler Meclisi Arasındaki İlişki	217-224
10	ROGOV, IGOR	Kazakistan Cumhuriyeti Anayasa Konseyinin Anayasal Meşruiyeti Temin Etme Hususunda Devlet Erkleri ile Olan İşbirliği	225-233
11	AMARSANAA, JUGNEE	Anayasa Mahkemesi ve Parlamento Arasındaki İlişkiler: Mevcut Durum ve Çözüm Yaklaşımları	235-247
12	GADZHIEV, GADIS	Bir Halkın Kendisi Olma Hakkının Felsefi ve Hukuki Anlamları Konusunda	249-267
13	KIFLI, DATO SERI PADUKA HJ KIFRAWI BIN DATO PADUKA HJ	Anayasa'nın Yorumlanmasında Yüksek Mahkeme'nin Rolü	279-289
14	ÇOBAN, ALİ RIZA	Anayasa Mahkemesi: Anayasanın Yorumlayıcısı mı Yoksa Bireysel Hakların Koruyucusu mu?	291-309
15	GÜLENER, SERDAR	Bireysel Başvuru ve Anayasal Denetimde Anayasal Yorum: Anayasa Yargısı Sistemini İki Farklı Boyut Aracılığıyla Anlama	311-326
16	BIN ZAKARIA, TUN ARIFIN	Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri	327-381
17	PAPUASHVILI, GEORGE	Gürcistan'ın Anayasal Düzeninin Temel Taşı olarak Adalete Erişim	393-399
18	MOGOENG, MOGOENG	Anayasal Düzenin Korunmasında Anayasa Mahkemelerinin ve Yüksek Mahkemelerin Rolü	401-415
19	JALLAD, FARID	Anayasal Sistemi Korumada Anayasa Mahkemesinin Rolü / Filistin Modeli	417-427
20	PEIRIS, MOHAN	Yargının Temel Hakların Korunmasındaki Rolü	429-451

32. Cilt (2015)

1	GÖZTEPE ÇELEBİ, ECE	Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi	17-33
2	DOĞRU, OSMAN	Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Biçim Yönünden Değerlendirilmesi	35-65
3	ERGÜL, OZAN	Sporda Zorunlu Tahkim - Bireysel Başvuru İlişkisi: 'Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemleri' Dar Yorumlamak Mümkün Değil mi?	67-78
4	ŞİRİN, TOLGA	Anayasa Mahkemesi'nin Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü Kararlarına Yönelik Eleştirel Bir Değerlendirme	79-135

5	ALTIPARMAK, KEREM	Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?	145-184
6	ALGAN, BÜLENT	Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Yaklaşımı: Hebat Aslan ve Firas Aslan Kararı Örneği	185-206
7	MADEN, MEHMET	Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Bakımından Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Delil Yasakları	207-234
8	KARAN, ULAŞ	Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi	235-306
9	GÖZTEPE ÇELEBİ, ECE	Anayasa Mahkemesi'nin "Mobbing" Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi	323-342
10	VURAL, HASAN SAYİM	Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Din Özgürlüğü	343-353
11	TÜMAY, MURAT	Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti Çatışmasında İfade Hürriyeti Dengesi	355-378
12	GEMALMAZ, BURAK	Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Usulünde Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliği Meselesi I: AYM Kararlarının Mülkiyet Hakkının Mevcudiyetinin Dayanağı Olarak Uluslararası Hukuka Açıklık Açısından Eleştirel Değerlendirilmesi	379-406
13	CHIGRINOV, SERGEI	Bireylerin Belarus Cumhuriyeti'nde Anayasa Yargısına Erişimi	411-422
14	NALBANT, ATİLLA	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasal Bireysel Başvuru	423-442
15	ÇELİK, ABDULLAH	Bireysel Başvurunun Kazandırdıkları	443-447