



HUKUKUN ANAYASALLAŞMASI VE BİREYSEL BAŞVURU

Constitutionalisation of Law and Individual Application

Dr. Abdullah ÇELİK*

ÖZET

Anayasa'nın birçok hükmü -diğer devlet organları gibi- yargı organlarının da faaliyetlerini Anayasa'ya uygun yürütmelerini emretmektedir. Yargı organları egemenliğin bir parçası olan yargı yetkisini kullanmaktadır. Anayasa Mahkemesi içtihadında yargı yetkisi *bir hukuki uyumsuzluğun esastan çözümlenerek karara bağlanması* olarak tanımlanmıştır. Bir uyumsuzluğun esastan çözümü için yapılan asıl faaliyet ise hukuk kurallarının yorumlanması ve o uyumsuzluğa uygulanmasıdır. Dolayısıyla yargı yetkisini kullanan mahkemelerin uyumsuzlukları çözüme kavuşturdukları sırada hukuk kurallarını yorumlarken ve uygularken *Anayasa'nın koyduğu esaslara göre hareket etmeleri* anayasal bir zorunluluktur. Aslında bu husus Anayasa'nın 138. maddesinin "*Hâkimler, ... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.*" şeklindeki hükmü ile açıkça düzenlenmiştir. Bu kapsamda, Anayasa hukuku dışındaki hukuk alanlarında yargı yetkisi kullanan yargı organları da Anayasa'ya uygun karar vermek durumunda olduklarından bu hukuk alanlarının her birinin de Anayasa ile teması, diğer bir ifadeyle "anayasallaşması" bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Anayasa'ya uygun yorumu zorunlu kılan Anayasa hükümleri bireysel başvurudan önce de bulunmasına rağmen hukuk kurallarının Anayasa'ya uygun olarak yorumlanması ve uygulanması şeklinde yaygın bir uygulama bulunduğunu söylemek güçtür. Bireysel başvuruyla birlikte yargı organlarının hukuk kurallarını Anayasa'ya uygun yorumlama

* Anayasa Mahkemesi Başraportörü, abduallah.celik@anayasa.gov.tr, ORCID: 0000-0002-6759-1269.

ve uygulama zorunluluğunu denetleyen bir başvuru yolu açılmıştır. Bu mekanizma sayesinde yargı organları Anayasa'ya uygun yorum ve uygulama geliştirmeye hem fiilen hem hukuken mecbur kalmaktadır. Bu durum hukukun anayasallaşması sürecini hem hızlandırmakta hem de kaçınılmaz kılmaktadır. Hukukun anayasallaşmasının Anayasa'ya uyumu sağlama şeklinde olmazsa olmaz bir faydası bulunmakla birlikte bu alanda yanlış yorum ve uygulamalara neden olabilecek riskler de bulunmaktadır.

ABSTRACT

Many provisions of the Constitution prescribe the judicial organs, like other state organs, to carry out their activities in accordance with the Constitution. Judicial organs exercise judicial power, a part of sovereignty. In the case-law of the Constitutional Court, jurisdiction is defined as the resolution of a legal dispute on the merits. The main activity within the scope of the resolution of a dispute is the interpretation of the law and its application to the dispute. Therefore, it is a constitutional obligation for the courts exercising judicial power to act in accordance with the principles laid down in the Constitution while interpreting and applying the law in resolving disputes. Indeed, this issue is expressly regulated in the provision of Article 138 of the Constitution stipulating: *“Judges ... shall give judgment in accordance with the Constitution, laws, and their personal conviction conforming to the law.”*. In this framework, since the judicial organs exercising jurisdiction in branches of law other than the constitutional one shall give judgments in accordance with the Constitution, the interaction of each of these branches of law with the Constitution, in other words, *“constitutionalisation”* of them emerges as a necessity.

Although the provisions of the Constitution requiring interpretation of rules of law in accordance with the Constitution were in force before the individual application, it was difficult to say that there had been a common practice in interpretation and application of them in accordance with the Constitution. Through the individual application mechanism, a remedy has been introduced which reviews the obligation of judicial organs to interpret and apply the rules of law in accordance with the Constitution. By means of this mechanism, the judicial organs are obliged both *de facto* and *de jure* to develop interpretation and application of the law in accordance with the Constitution. This situation both accelerates the process of constitutionalisation of law and makes it inevitable. While the constitutionalisation of law has an indispensable benefit in terms of ensuring compliance with the Constitution, it also carries risks that may lead to misinterpretations and mispractices.

I. GİRİŞ

Bugüne kadar *anayasaya uygun yorum ilkesi* daha çok norm denetimi kapsamında ele alınmıştır. Bununla birlikte Anayasa'ya uygun olarak faaliyette bulunmak durumunda olan sadece yasama organı değildir. Kanunlar ve diğer hukuk kurallarını yorumlayıp uygulayan yargı organları da şüphesiz Anayasa ile bağlıdır. Bu nedenle yargı organlarının hukuk kurallarını yorumlayıp uygularken Anayasa'ya aykırı sonuçlar doğurmamaları gerekir. Ancak bu husus literatürde etraflıca ele alınmamış bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konunun önemi bireysel başvuru yolunun hukukumuzda girmesi ve bu yolda yargı organlarının somut uyuşmazlıklarda hukuk kurallarını yorumlayıp uygulamalarının Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmeye başlaması sonucu daha da artmıştır. Bu durum da *hukukun anayasallaşması* tartışmalarını beraberinde getirmiştir.

Bu sunum kapsamında şu sorulara cevap aranacaktır. Hukuk -örneğin medeni hukuk, ticaret hukuku, ceza hukuku, idare hukuku, vergi hukuku, usul hukukları, icra ve iflas hukuku- anayasallaşmak zorunda mıdır? Diğer bir ifadeyle farklı hukuk alanlarındaki hukuk kurallarının yorumu ve uygulamasının Anayasa'ya uygun olarak yapılması gerekir mi? Cevap evetse ikinci soru: Bireysel başvurunun buna etkisi nedir? Bireysel başvurunun hukukun anayasallaşmasına etkisi varsa üçüncü soru: Bu anayasallaşma sürecinin beraberinde getirdiği riskler ve çözüm önerileri nelerdir?

II. ANAYASA'YA UYGUN YORUM ZORUNLULUĞU

İlk soru "Hukuk anayasallaşmak zorunda mıdır?" idi. Bunun cevabını tabii olarak Anayasa'nın kendisinde aramak gerekir.

Birincisi Anayasa'nın "Egemenlik" başlıklı 6. maddesinin birinci fıkrasında egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında Türk milletinin egemenliğini "Anayasa'nın koyduğu esaslara göre" yetkili organları eliyle kullanacağı hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 9. maddesine göre ise egemenliğin bir parçası olan yargı yetkisi "...mahkemelerce kullanılır." Anayasa Mahkemesi kararlarında¹

1 Anayasa Mahkemesinin kararlarında yargı yetkisinin anlamına ilişkin şu değerlendirmeler yapılmıştır: "Yargı fonksiyonu, bir hukuki uyuşmazlığın tüm yönleriyle esastan çözümlenerek karara bağlanması ve bu kararın kesin hüküm niteliği taşımasıdır." (AYM, E.2012/102, K.2012/207, 27/12/2012; AYM, E.2021/4, K.2021/86, 11/11/2021, § 6); "Anayasa'da yargı yetkisinin

yargı yetkisi “bir hukuki uyuşmazlığın tüm yönleriyle esastan çözümlenerek karara bağlanması” olarak ifade edilmiştir. Bir uyuşmazlığın esastan çözümü için yapılan asıl faaliyet ise hukuk kurallarının yorumlanması ve o uyuşmazlığa uygulanmasıdır. Dolayısıyla egemenliğin bir parçası olan yargı yetkisini kullanan mahkemelerin uyuşmazlıkları çözüme kavuşturdukları sırada hukuk kurallarını yorumlarken ve uygularken Anayasa’nın 6. maddesinde ifade edildiği şekliyle “Anayasa’nın koyduğu esaslara göre” hareket etmeleri anayasal bir zorunluluktur.

İkincisi Anayasa’nın “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” başlıklı 11. maddesinin birinci fıkrasına göre “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” Danışma Meclisinin maddeye ilişkin gerekçesinde “Devlet faaliyetlerinin Anayasaya uygun olarak düzenlenmesi gerektiği”, hatta “yargı kuvveti gerektiğinde Anayasayı diğer kanunlar gibi uygulayabileceği” ifade edilmiştir². Buna göre “devlet faaliyetleri” arasında yer alan yargılama faaliyetinin, yani hukuk kurallarının yorumu ve uygulamasının “Anayasa’ya uygun olarak” yapılması Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin de bir gereğidir.

Üçüncüsü Anayasa’nın etkili başvuru hakkını güvence altına alan 40. maddesine göre “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen” kişiler, “yetkili makama başvurma imkânı”na sahip olmalıdır. Bu “yetkili makama başvurma imkânı” -bazı idari başvuru yolları bir tarafa bırakılacak olursa- uygulamada asıl olarak yargı mercilerine başvurabilmeyi ifade eder. Kanunlarla kişilere tanınmış olan mahkemeler önünde dava açma, itiraz etme, şikâyette bulunma şeklindeki haklar aslında -eğer uyuşmazlık “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetler” ile ilgiliyse- tam da Anayasa’nın 40. maddesinde güvence altına alınmış etkili başvuru hakkının somut görünümleridir. Anayasa Mahkemesi kararlarına göre bir yolun etkili

bağımsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmakla beraber yargı işlevinin ne olduğu tanımlanmamıştır. Doktrinde yargı işlevi, genel olarak hukuki anlaşmazlıkların yargısal yöntemlerle çözüme kavuşturulması fonksiyonu olarak nitelendirilmektedir.” (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 159; AYM, E.2021/17, K.2021/103, 30/12/2021, § 13).

2 Danışma Meclisinin maddeye ilişkin gerekçesinde şu ifadelerle yer verilmiştir: “Bu madde ile Anayasanın üstünlüğü bir ilke halinde açıklanmakta ve Devlet faaliyetlerinin Anayasaya uygun olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. / Anayasa, sadece Devlet iktidarını değil kişileri de bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri Anayasaya uymak zorundadırlar ve yargı kuvveti gerektiğinde Anayasayı diğer kanunlar gibi uygulayabilecekler.”

başvuru hakkının gerekliliklerini karşılayabilmesi için -diğer bazı unsurların yanında- Anayasa'da tanınmış *temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasının esasını inceleyebilme* kapasitesine sahip olması gerekir³. Buna göre etkili başvuru hakkının somut yansıması olarak yargı mercileri önünde görülen, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olan uyuşmazlıklar (ki uyuşmazlıkların çoğu bir temel hak ve özgürlükle bağlantılıdır) aslında aynı zamanda *anayasal uyuşmazlıktır*. Anayasa'da tanınmış temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasının esasını incelemek durumunda kalan yargı mercilerinin bu uyuşmazlıkları kaçınılmaz olarak ilgili temel hak ve özgürlüğü güvence altına alan Anayasa hükümlerine uygun olarak çözümlenmesi gerekir⁴.

Dördüncüsü (üçüncü dayanakla bağlantılı olarak) Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasına göre "... *Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.*" Bu hüküm bireysel başvurunun ikincil nitelikte olduğunu göstermektedir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruda verdiği bir kararında (K.V., § 53) belirttiği üzere "... *bireysel başvuru yolunun temel ilkelerinden ikincilik ilkesi ile bunun yansıması olarak Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilen bireysel başvuruda bulunmadan önce başvuru yollarının tüketilmesi koşulu dikkate alındığında temel hak ve özgürlüklerin korunmasında öncelikle kamu makamları ve derece mahkemelerinin, sonrasında ise Anayasa Mahkemesinin rolü bulunduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin ilk elden kamu makamları ve derece mahkemeleri tarafından korunması gerekir. Belli bir meselede bu merciler tarafından Anayasa'ya uygun korumanın sağlanmadığının*

3 Birçok Anayasa Mahkemesi kararı arasında örnek olarak bkz. Y.T. [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019, § 47. Ayrıca AİHM kararları için bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 13 Rehberi- Etkili Başvuru Hakkı (Güncelleme 31 Ağustos 2021), §§ 34, 57.

4 Bu arada şuna değinmek gerekir. Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 148. maddesi gereğince bireysel başvurularda temel hak ve özgürlüklerinin ihlali iddialarını inceleyebilmektedir. Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edildiği üzere 40. maddede güvence altına alınan etkili başvuru hakkı Anayasa Mahkemesi dışındaki mercilerin kural olarak da yargı mercileri önünde tanınan bir haktır. Anayasa Mahkemesine göre "*Bireysel başvuru, hak ve özgürlüklerin korunmasının en önemli araçlarından biridir. Bireysel başvuru sisteminin etkili işlemesi bakımından başvuru yollarının tüketilmesinin kısa süre içinde incelenmesi gerektiği de açıktır. Bu aşamada belirtmek gerekir ki Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkı, Anayasa'nın 148. maddesinde düzenlenen bireysel başvuru hakkının kullanılmasını ve bu yolun etkili bir şekilde işlemesini sağlayan, bireysel başvurudan önce başvurulabilecek idari ve yargısal başvuru yollarının oluşturulması gerektiğini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesine makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvuru sayıları dikkate alındığında bu iddiaların ilk elden Anayasa Mahkemesince incelenmesi, Anayasa'nın 148. maddesinde düzenlenen bireysel başvuru hakkının kullanılmasını ve bu yolun etkili bir şekilde işlemesini de önemli ölçüde güçleştirmektedir.*" (Neviyeç Kuruç [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022, § 90)

ileri sürülmesi hâlinde bireysel başvuru yapılabilir.” Başvuru yollarının tüketilmesi kriteri ve ikincillik ilkesi ile Anayasa’nın 40 maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkı arasında yakın bağlantı bulunmaktadır. Zira bir yolun tüketilmesinin gerekmesi için onun etkili bir başvuru yolu olması gerekir. Buna göre Anayasa’nın 40. maddesinin Anayasa’ya uygun yorumu zorunlu kılmasına ilişkin açıklamalar Anayasa’nın 148. maddesinde yer verilen başvuru yollarının tüketilmesi kriteri ve ikincillik ilkesi yönünden de geçerlidir.

Sonuncusu ve en önemlisi Anayasa’nın farklı hükümlerinin yorumuyla varılan “mahkemeler önündeki uyuşmazlıkların Anayasa’ya uygun olarak çözümlenmesi gerektiği” şeklindeki sonuca Anayasa’nın 138. maddesinin açık lafzından hareketle herhangi bir yoruma ihtiyaç olmadan da varabilmek mümkündür. Zira Anayasa’nın 138. maddesinin birinci fıkrasında “Hâkimler, ... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.” hükmüne yer verilmiştir.

Sonuç olarak egemenliğin bir parçası olan yargı yetkisini kullanan, Anayasa’da tanınmış temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarını inceleyen ve Anayasa hükümleri ile bağlı olan yargı organlarının bu yetkileri çerçevesinde hukuk kurallarını yorumlarken ve uygularken Anayasa’nın 6. maddesinde ifade edildiği şekliyle “Anayasa’nın koyduğu esaslara göre”, 138. maddesinde ifade edildiği şekliyle ise “Anayasa’ya ... uygun olarak” hareket etmeleri anayasal bir zorunluluktur.

“Anayasa’ya uygun yorum” olarak kavramsallaştırılabilecek olan bu zorunluluk Anayasa’da hiçbir istisnası olmamak üzere tüm yargı organları bakımından geçerli olacak şekilde düzenlenmiştir. Böyle olunca kadastro mahkemesinden icra mahkemesine, ticaret mahkemesinden aile mahkemesine, ceza mahkemesinden infaz hâkimliğine, idare mahkemesinden vergi mahkemesine ve bunların her derecedeki kanun yolu mercilerine kadar -özellikle adli ve idari yargı kollarında yer alan tüm yargı mercilerinin önlerindeki uyuşmazlıkları Anayasa’ya uygun olarak çözüme kavuşturmaları gerekmektedir. Bu da eşya hukukundan icra ve iflas hukukuna, ticaret hukukundan medeni hukuka, ceza hukukundan infaz hukukuna, idare hukukundan vergi hukukuna kadar her bir hukuk alanının Anayasa ile temasını, diğer bir ifadeyle “anayasallaşmasını” mecbur kılmaktadır.

III. BİREYSEL BAŞVURUNUN HUKUKUN ANAYASALLAŞMASI SÜRECİNE ETKİSİ

Anayasa'ya uygun yorum mecburiyetinin, diğer ifadeyle hukukun anayasallaşmasının yukarıda belirtilen anayasal dayanakları (başvuru yollarının tüketilmesi kriteri dışında) bireysel başvurudan önce de vardı. Ancak bireysel başvurudan önce bu açık anayasal zorunluluğa rağmen hukuk kurallarının Anayasa'ya uygun olarak yorumlanması şeklinde yaygın bir uygulama geliştirildiğini söylemek güçtür.

Tam burada “Giriş” başlığı altında cevabını aradığımız ikinci soruya gelinebilir. Bireysel başvuru hukukun anayasallaşmasında Türk hukukuna katkı sunmakta mıdır?

7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişiklikle bireylere Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma imkânı getirilmiştir. Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esasların ise kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Anayasa'nın anılan hükmü uyarınca 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (6216 sayılı Kanun) 45-51 maddeleriyle de bireysel başvurunun usul ve esasları düzenlenmiştir.

6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası, 46. maddesinin (1) numaralı fıkrası ve 47. maddesinin (2) numaralı fıkralarında kullanılan ifadelerden bireylerin kamu gücünün “işlem, eylem ya da ihmal”leri nedeniyle bireysel başvuru yapabilecekleri anlaşılmaktadır. Buna göre bireysel başvuruyla birlikte kamu gücünün bireyselleştirilmiş somut faaliyetleri Anayasa yargısının denetimine açılmıştır. Kamu gücü kavramına dahil olduğunda kuşku bulunmayan yargı organlarının hukuk kurallarını yorumlayıp uyguladıkları somut yargısal faaliyetleri de kuşkusuz bu denetim kapsamındadır. Buna göre Anayasa Mahkemesi daha önce kural olarak belirli bazı soyut hukuk kurallarının (normların) Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken bireysel başvuruyla birlikte bu kuralların somut olaylar ve uyuşmazlıklar bağlamında yorumlanmasının ve uygulanmasının da Anayasa'ya uygunluğunu denetlemeye başlamıştır.

Bunun yargı organları bakımından anlamı şudur: Bir önceki başlık altında açıklandığı üzere yargı mercileri bireysel başvuru öncesinde de

“Anayasaya ... uygun olarak” karar vermek zorundalardı. Ancak bunların Anayasa’ya uygun olarak karar verip vermediklerini denetleyecek Anayasa hukuku alanında uzmanlığı olan belli bir mercii bulunmamaktaydı. Bireysel başvuruyla birlikte Anayasa Mahkemesi, yargı mercilerinin en azından Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ortak koruma alanındaki temel hak ve özgürlükleri düzenleyen Anayasa hükümlerine uygun olarak karar verip vermediklerini incelemeye başlamıştır. Böyle bir denetim mekanizmasının olması ise mahkemeleri Anayasa’ya uygun yorum yapmaya zorlamaktadır.

Peki, bu denetim mekanizması yargı mercilerini Anayasa’ya uygun yorum yapmaya ne şekilde zorlamakta; hukukun anayasallaşmasına nasıl katkı sunmaktadır?

6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasında “Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir.”; (2) numaralı fıkrasında ise “Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir.” denilmiştir. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı verip giderim olarak yeniden yargılamaya hükmettiği ve kararın bir örneğini ilgili mahkemeye gönderdiği durumlarda derece mahkemesinin ne yapması gerektiği aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında “Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre bir önceki başlık altında yer verilen Anayasa hükümleri ve özellikle Anayasa’nın 138. maddesi uyarınca Anayasa’ya uygun karar vermek zorunda olup bunun gereğini yerine getirmeyen derece mahkemesi bireysel başvuru ve bunun içindeki yeniden yargılama mekanizmasının işlemesi sonucu Anayasa’nın 138. maddesindeki ifadeyle “Anayasa’ya ... uygun”, Kanun’daki ifadeyle “ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde” karar vermek zorunda kalmaktadır (subjektif etki). Böylelikle hukukun Anayasa’ya uygun yorumlanması, diğer bir ifadeyle anayasallaşması bireysel başvuruyla birlikte soyut bir anayasal zorunluluk olmanın ötesine geçmiş, yargı mercilerini hukuken ve fiilen zorlayan bireysel başvuru mekanizması sayesinde kaçınılması mümkün olmayan bir olgu olarak ortaya çıkmıştır.

Öte yandan bireysel başvurunun yukarıda yeniden yargılama bağlamında tarif edilen subjektif etkisi dışında objektif etkisi de bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında açıklandığı üzere⁵ bireysel başvurunun “Anayasa’yı yorumlama” şeklinde ortaya çıkan objektif yönünün gereği olarak kamu makamları ve derece mahkemelerinin benzer olaylardaki “...uygulamalarını bu yorum çerçevesinde gerçekleştirmeleri beklenir.”

Adli ve idari yargı mercileri tarafından da kabul edilen bireysel başvurunun objektif etkisi gereği mahkemeler, aynı uyumsuzluk dışında benzer olaylara ilişkin uyumsuzluklarda da Anayasa Mahkemesinin anayasal yorumunu benimseyip uygulama yapmak durumunda olacaklarından, bireysel başvuru yoluyla hukuk kurallarının Anayasa’ya uygun yorumlanması, diğer bir ifadeyle hukukun anayasallaşması süreci daha da hızlanmaktadır.

IV. BİREYSEL BAŞVURU YOLUYLA HUKUKUN ANAYASALLAŞMASI SÜRECİNİN RİSKLERİ

Hukukun anayasallaşmasının Anayasa’ya uyumu sağlama şeklinde olmazsa olmaz bir faydası bulunmakla birlikte bu alanda yanlış yorum ve uygulamalara neden olabilecek riskler de bulunmaktadır. Bu riskler özellikle Anayasa’nın asgari güvence sağlaması ilkesi, Anayasa’yı

5 Anayasa Mahkemesi K.V. ([GK], B. No: 2014/2293, 1/12/2016) kararında bireysel başvurunun subjektif ve objektif etkileri, diğer bir ifadeyle işlevleri şöyle açıklamıştır:

“52. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında objektif ve subjektif olmak üzere iki temel işlevi bulunmaktadır. Mahkemenin objektif işlevi Anayasa’nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümlerini yorumlamak ve bunların uygulanmasını gözetmektir. Subjektif yönü ise bireysel başvuru yoluyla önüne gelen somut olayda anılan hükümlerin ihlal edilip edilmediğini incelemek, gerektiğinde başvurucu lehine giderime hükmetmektir.

53. Mahkemenin Anayasa’yı yorumlama ve uygulama şeklinde ortaya çıkan objektif işlevinin subjektif işlevine göre ön planda olduğu kabul edilmelidir. Zira bireysel başvuru yolunun temel ilkelerinden ikincilik ilkesi ile bunun yansımaları olarak Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilen bireysel başvuruda bulunmadan önce başvuru yollarının tüketilmesi koşulu dikkate alındığında temel hak ve özgürlüklerin korunmasında öncelikle kamu makamları ve derece mahkemelerinin, sonrasında ise Anayasa Mahkemesinin rolü bulunduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin ilk elden kamu makamları ve derece mahkemeleri tarafından korunması gerekir. Belli bir meselede bu merciler tarafından Anayasa’ya uygun korumanın sağlanmadığının ileri sürülmesi hâlinde bireysel başvuru yapılabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, o meseleye ilişkin olarak Anayasa’yı yorumlar ve bir karar verir. Bundan sonra kamu makamları ve derece mahkemelerinin aynı meseleye ilişkin uygulamalarını bu yorum çerçevesinde gerçekleştirmeleri beklenir. Aksi durum, aynı meseleye ilişkin tüm uyumsuzlukların Anayasa Mahkemesi önüne taşınması sonucunu doğurur. Bu şekilde işleyen bir bireysel başvuru yolunun sürdürülebilmesi ise imkânsızdır. Söz konusu yolun işlerliğini devam ettirmesinde Mahkemenin Anayasa’yı yorumlaması kritik öneme sahiptir. Bu işlevini en iyi şekilde yerine getirebilmesi ise -her bir başvuruda adaleti sağlamaktan ziyade- Mahkemenin daha önce Anayasa’yı yorumlamadığı meselelere odaklanmasına bağlıdır.”

yorumlama ve uygulamada takdir payı, kanunların uygulanmasının ihmali ve kanun yolu denetimi konularıyla bağlantılıdır. Bu başlık altında anılan konular üzerinden ortaya çıkma potansiyeli bulunan riskler ile bunların gerçekleşmemesi için alınması gereken tedbirler açıklanmaya çalışılacaktır.

Anayasa temel hak ve özgürlükler bakımından *asgari güvence* sağlamakta olup kanun koyucu bunun üzerinde güvence sağlama imkanına sahiptir. Yasamanın genelliği ilkesi gereğince kanun koyucu Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla dilediği kanuni düzenlemeyi yapabilir⁶. Zira kanunla düzenleme yapmayla ilgili sınır Anayasa'nın 11. maddesinde "*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*" şeklindeki ifade edilmiştir. Anayasa'nın yasaklamadığı daha ileri güvenceler söz konusu olmadıkça burada sözü edilen Anayasa'ya aykırılık ancak Anayasa ile konulan asgari güvencelerin altında güvenceler sağlanması halinde söz konusu olabilir. Dolayısıyla bireysel başvuru sonrası uygulamada bazı örnekleri görüldüğü üzere Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler kapsamında öngördüğü asgari güvenceleri yorumlayan Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları dikkate alınarak kanunun sağladığı daha ileri güvencelerin kişilere sağlanmaması Anayasa'nın asgari güvence sağlaması ve yasamanın genelliği ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Dahası Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında hâkimlerin sadece "*Anayasa'ya*" değil onunla birlikte "*kanuna ve hukuka*" uygun olarak hüküm verecekleri hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla sadece Anayasa'nın asgari güvencelerini dikkate alan, dolayısıyla sadece Anayasa'ya uygun olarak hüküm veren, kanundaki daha ileri güvenceleri dikkate almayan hâkim Anayasa'nın 138. maddesine aykırı hareket etmiş olur. Bu da Anayasa'ya uygun değil aykırı yorum yapılması, diğer bir ifadeyle hukukun anayasallaşması değil Anayasa dışına çıkması sonucunu doğurur. Nitekim Anayasa'nın yorumu ve işin mahiyetinin gerektirdiği bu durum bazı uluslararası sözleşmelerde açıkça yasaklanmıştır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin başlıklı 53. maddesinde Sözleşme hükümlerinin taraf devletlerin kanunlarıyla tanınan haklara sınırlama getirecek veya onlara aykırı olacak şekilde yorumlanamayacağı ifade edilmiştir⁷.

6 Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2008/31, K.2011/94, 9/6/2011

7 Sözleşme'nin 53. maddesinin (Sözleşme'nin ek protokollerle değiştirilmeden önceki orijinal metninde 60. madde) resmî çevirisi şöyledir:

Kamu makamları ve mahkemeler Anayasa'daki asgari güvenceleri sağlama konusunda belli bir *takdir payı*na sahiptir⁸. Hukukta matematiksel kesinliğe sahip sınırlar bulunmamaktadır. Herhangi bir hukuk metninin farklı kişiler ve makamlar tarafından yapılan yorumları arasında doğal olarak farklılıklar olabilir. Bu yorumlardan birinin mutlak olarak doğru olduğunu söyleyebilmek kahir ekseriyetle mümkün değildir. Bu nedenle yüksek mahkemeler alt derece mahkemeler tarafından yapılan yorumları denetleme imkanına sahip olmakla birlikte -kendi yorumları da mutlak doğruyu ifade etmeyeceğinden- belli bir takdir payı içinde onların yorumlarına müdahale etmemeleri gerekir. Anayasa'yı nihai olarak yorumlama yetkisine sahip olan Anayasa Mahkemesi⁹ ile diğer mahkemeler arasında somut bir olay bağlamında Anayasa'nın asgari güvencelerine riayet edilip edilmediğinin yorumunda ortaya çıkabilecek farklılıklar konusunda da diğer mahkemelerin takdir payının olması işin tabiatı gereğidir. Bu bağlamda bireysel başvuru vasıtasıyla hukukun anayasallaşması sürecinde Anayasa Mahkemesi yönünden ortaya çıkabilecek risk Mahkemenin diğer mahkemelerin Anayasa'yı yorumlama konusunda sahip oldukları takdir payını aşırı sınırlandırmasıdır. Böyle bir sınırlandırma ise Anayasa Mahkemesinin Anayasa'yı nihai olarak yorumlamanın ötesinde yorum tekeli yetkisine sahip olması anlamına gelir. Bu da Anayasa'nın başka makamlar ve kişiler tarafından özgün olarak yorumlanmasını, yorumda çeşitlilik ve zenginliğin oluşmasını engeller. Ayrıca böyle bir yaklaşım bireysel başvuru sonrası temel hak ve özgürlüklerin daha etkili hayata geçirilmesi için güçlenmesi gereken yargısal diyaloga da zarar verilebilir. Dolayısıyla Mahkemenin bireysel başvuruları incelerken kamu makamlarının ve derece mahkemelerinin takdir payına mümkün olduğunca riayet etmeye özen göstermesi gerekir.

"İşbu Sözleşmenin hükümlerinden hiçbirisi her Âkid Tarafın kanunlarına veya bu Âkidin, taraf olduğu diğer bir Sözleşmeye teofikan tanınabilecek İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri tahdit veya ihlâl eder mahiyette tefsir olunamaz." <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf>.

- 8 Takdir payının farklı yönleri için birçok karar arasında bkz. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 73; *Halil Bayık* [GK], B. No: 2014/20002, 30/11/2017, § 38; *Durmuş Fikri Sağlar* (2) [GK], B. No: 2017/29735, 17/3/2021, § 47; *Göksal Çetin ve İsmail Temel* [GK], B. No: 2018/13305, 15/12/2021, § 59; *Seyid Narin* [GK], B. No: 2018/20156, 18/5/2022, § 93.
- 9 *"Norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa maddelerinin nihai yorum yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir."* (Kadri Enis Berberoğlu (2) [GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020, § 71)

Hukukun anayasallaşmasının beraberinde getirdiği bir başka risk *Anayasa'ya aykırı olduğu değerlendirilen kanunun uygulanmaması* şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Anayasa'da, Anayasa'ya aykırı olan kanun hükümlerinin uygulanmaması, diğer bir ifadeyle *kanunun ihmali yetkisi* mahkemelere verilmemiştir. Anayasa'nın 90. maddesinde sadece *"usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar"* ile kanunların çatışması hâlinde kanunun ihmaline izin verilmiştir. Anayasa koyucu, Anayasa ile kanun hükümlerinin çatışması hâli bakımından başka bir usul öngörmüştür. Gerçekten de Anayasa'nın *itiraz yolunu düzenleyen* 152. maddesine göre *"Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır."* Buna göre Anayasa'nın 138. maddesinde mahkemelere yüklenen Anayasa'ya uygun olarak karar verme yükümlülüğü Anayasa'ya uygun olarak yorumlanması mümkün olmayan, bu nedenle Anayasa'ya aykırı olan bir kanun hükmünün Anayasa'nın öngörmediği bir şekilde uygulanmamasını değil o kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine itiraz yoluna başvurulmasını gerektirir. Nitekim Anayasa'nın 138. maddesine ilişkin Danışma Meclisi gerekçesinde anılan maddede yer verilen Anayasa'ya uygun karar verme yükümlülüğü ile Anayasa'nın 152. maddesinde öngörülen itiraz yoluna başvuruma yetkisi arasında bağlantı kurularak *"Hâkim ... kanunun Anayasaya aykırı olduğu kanısına varırsa veya kendisi aykırılık görürse Anayasa Mahkemesine başvurabilecektir."* denilmiştir. Meselenin Anayasa Mahkemesine bakan boyutu ise şöyle açıklanabilir. Mahkemenin bireysel başvuruda tespit ettiği ihlalin kaynağı Anayasa'ya uygun yorumlanması mümkün olmayan bir kanun hükmü olduğunda, giderim yönünden kanun koyucuya düzenleme yapması için çağrı yapmak yerine yeniden yargılamaya hükmederek derece mahkemelerini -Anayasa'ya aykırı olsa bile- yürürlükte olan kanun hükmünü uygulamamaya (ihmale) zorlamaması gerekir.

Bireysel başvuru yoluyla anayasallaşma süreci içinde ortaya çıkan risklerden bir diğeri anayasallık denetiminin sınırlarının aşılması *kanun yolu denetimi* yapılmasıdır. Nitekim bu riski gören anayasa koyucu Anayasa'nın 148. maddesinde açıkça *"Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz."* hükmüne yer

vermiştir. Aslında bu hüküm bir yönüyle başvuruçulara bir yönüyle de Anayasa Mahkemesine hitap etmektedir. Başvuruçuların ancak Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuru yapmaları, bunun dışındaki hukuki ihtilafları Anayasa Mahkemesi önüne getirmemeleri, Mahkemenin de bireysel başvuru adı altında yapılan başvurular üzerinden Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmayan hukuki ihtilafları çözüme kavuşturmaması gerekir. Başvuruçuların bu yükümlülüklerini yerine getirmemeleri Anayasa Mahkemesi önünde gereksiz iş yükü oluşmasına neden olmaktadır. Mahkemenin kanun yolu denetimi yapması ise kendi uzmanlık alanı olmayan hukuk alanlarına müdahale etmesi ve o alandaki hukukun kendi içinde derinleşmesine ve dengesini bulmasına engel olma riski taşımaktadır. Ayrıca bu durum mahkemeler arasındaki iş bölümü ile diyalogun zedelenmesi tehlikesini barındırmaktadır. Bireysel başvurunun olduğu her ülkede olduğu gibi bu alanda kimi tartışmalar yaşansa da Mahkeme Anayasa ile kendisine çizilen alanda kalmaya özen göstermeye çalışmakta, başvuruların önemli bir bölümünü kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulmaktadır.

V. SONUÇ

Hukukun anayasallaşması Anayasa'nın birçok maddesinin zorunlu kıldığı sağlam teorik alt yapısı bulunan bir anayasal zorunluluktur. Bireysel başvuru da -ortak koruma alanındaki temel hak ve özgürlüklerle sınırlı olarak- bu zorunluluğu fiilen hayata geçiren bir mekanizma olarak işlemektedir. Dolayısıyla hukukun anayasallaşmasının tek yöne giden mecburi istikamet olduğunun kabul edilmesi dışında bir seçenek bulunmamaktadır. Ancak bu tek yönlü mecburi istikamette yürünecek olan yol dikensiz değildir. Hukukun anayasallaşması süreci riskleri de barındırmaktadır. Buna göre ideal olan yargı mercileri başta olmak üzere tüm kamu makamları ve akademisyenler arasında diyalogun geliştirilmesi, bu mecburi yolun mümkün olduğu kadar dikenlere basmadan birlikte yürünmesidir.