

Norm Temelli Denetimden Olay Temelli Denetime İHAS'a Uyum Işığında Bir Değerlendirme

Prof. Dr. Sibel İnceoğlu
İstanbul Bilgi Üniversitesi Öğretim Üyesi

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı 2010 Anayasa değişikliği ile Anayasamızın bir parçası haline geldi. Bireysel başvuru hakkını düzenleyen madde (148/3) metninin lafzından ve düzenlemenin gerekçesinden,¹ Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının kabul edilmesinin amacının Türkiye'nin insan hakları standardını genel olarak yükseltmenin yanı sıra, Türkiye aleyhine İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) önüne taşınan davaların yoğunluğunu azaltmak olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle İHAM önünde Türkiye aleyhine sonuçlanan davaların sayısını azaltarak, sorunları iç hukukta çözmek en önemli hedeflerden biridir. Bununla beraber söz konusu hüküm Sözleşme'deki hakları esas almasına rağmen, Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuruları İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki (İHAS) haklara uygunluk bakımından değil, Anayasa'daki haklara uygunluk bakımından denetleyeceğini belirterek Sözleşme ile Anayasa arasında sıkı bir ilişki kurmaktadır. Dolayısıyla, bu tebliğde bireysel başvuru yolunda norm temelli denetimden olay temelli denetime geçilirken İHAM kararları bir referans noktası olarak ele alınmaktadır.

1 Anayasanın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa komisyonu Raporu (2/656), TBMM 23. Dönem, 4. Yasama Yılı, s. 16, 18, 35, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> (Erişim: 08.03.2013). TBMM'de Anayasa değişikliği teklifinin görüşülmesi sırasında da, düzenleme biçimine çeşitli eleştiriler yapılmış olmasına rağmen, söz konusu değişikliğin İHAM önündeki ihlal kararlarını azaltmak amacıyla yapıldığına ilişkin kanaat muhalefet kanadında da hakim olmuştur. Bkz. özellikle Hüseyin Pazarıcı ve Akın Birdal'ın konuşmaları, TBMM 23. Dönem, 4. Yasama Yılı, 95. Bileşim, 26.04.2010, s. 60-62, 72-73, 95-96, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=20647&P5=B&PAGE1=100&PAGE2=120 (Erişim: 09.03.2013).

Anayasanın ilgili hükmü, kamu gücü tarafından bir hakkı ihlal edilen kişilerin AYM'ye başvurusundan söz eder. Kamu gücü, yargı organı veya yürütme organı olabileceği gibi yasakoyucu da olabilir.

Bununla birlikte Anayasa, doğrudan yasaya karşı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruyu mümkün kılmamıştır. Oysa yasanın yorum ve uygulama biçiminden dolayı bir hak ihlali ortaya çıkabileceği gibi, doğrudan yasanın kendisinin Anayasaya aykırı olmasından kaynaklı bir hak ihlali de doğabilir. İhlal yasa dışı uygulamalardan veya yasanın belirli bir yorum ve uygulanma biçiminden kaynaklandığında kamu gücü olarak yürütme veya yargı organının, yasanın doğrudan kendisinden kaynaklandığında ise bir kamu gücü olarak yasa koyucunun hak ihlalinden söz edilebilecektir. Bu tebliğde kamu gücünün yasa dışı uygulamaları sonucu ortaya çıkan ihlallerden çok normatif sınırlar içinde kalınmasına rağmen ortaya çıkan ihlaller üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Normun Anayasaya Aykırı Olmasından Kaynaklı İhlaller

Anayasa, doğrudan yasaya karşı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruyu yasaklamaktadır. Yasalara karşı doğrudan AYM'ye başvuru İspanya'da da mevcut değil. Çoğunlukla bu tercih edilen bir durum da değil, çünkü *actio popularis*'e dönüşme tehlikesi zaman zaman ortaya çıkabilir. Buna karşın söz konusu olanağın olmamasının bazı durumlarda ciddi sorunlara sebep olduğu da görmezden gelinemez. Bazen bir yasa doğrudan uygulanmaksızın varlığıyla dahi ihlal yaratabilmektedir. Bu yönde İHAM önünde sonuçlanmış davalara bakıldığında, örneğin nispeten daha yakın tarihli (2008) *Burden v. Birleşik Krallık* davasında, İHAM, kendilerine ebeveynlerinden miras kalmış bir evde otuz yıldan uzun bir süredir yaşamakta olan ve miraslarını birbirlerine bırakmak isteyen yaşlı iki kardeşin, miras bırakılan malvarlığının % 40'ını vergi olarak ödemelerini gerektirecek yasa hükümlerinin mülkiyet haklarını ihlal ettiği yönündeki iddialarını dikkate almıştır. Söz konusu yasa henüz başvuruçulara uygulanmamış olmasına rağmen, İHAM Sözleşme'ye uygunluk bakımından incelemiştir.² Aslında İHAM bu davada yeni bir yaklaşım içine girmemişti, yaptığı, henüz 1970'lerde evlilik dışı doğmuş çocuklara hukuki konumları

2 *Burden v. U.K.*, Appl. No. 13378/05, 29.04.2008, para. 33-35.

ve miras hakları bakımından evlilik içi doğan çocuklardan farklı muamele eden Belçika yasasına karşı gösterdiği yaklaşımı burada da tekrar etmekte.³

Bazen, gelecekte uygulanacak olup olmamasına bakılmaksızın, bir yasa hükmünün varlığı dahi ihlal yaratabilir, çünkü bir norm varlığıyla dahi kişi üzerinde baskı oluşturarak davranışlarını kısıtlayabilir, suçluluk duygusu yaratabilir. Yetişkinler arası eşcinsel ilişkiye ceza öngören yasa hükmü İHAM tarafından bu şekilde değerlendirilmiş, başvuru hakkında henüz herhangi bir soruşturma başlatılmamış olmasına ve hatta mevcut uygulamalar çerçevesinde böyle bir soruşturmayla karşılaşma olasılığı küçük olmasına rağmen, söz konusu hükmün varlığı dahi özel yaşama müdahale olarak kabul edilmiştir.⁴

Türkiye’de ise başta belirttiğim gibi, yasaya karşı hakkı ihlal edilen kişinin başvuru yolu açıkça kapatıldığından, yasa uygulanmadan AYM’ye başvurulması olanaksızdır. Bu durumda ancak mevcut hukuk yolları tüketildikten sonra bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesine başvurulabilir. Elbette önceki safhalarda da sorunun çözülmesi mümkündür. Örneğin doğrudan yasa normunun yarattığı Anayasaya aykırılık sorununun çözümü için alt mahkeme itiraz yoluyla normun iptali için Anayasa Mahkemesine başvurma olanağına sahiptir veya yine alt mahkeme İHAS’a aykırılık durumunda Anayasa’nın 90/son hükmünü doğrudan uygulayıp yasayı elbette ihmal edebilir. Fakat bunlar yapılmamış ve dava sonuçlanmışsa konu bireysel başvuru yolu ile AYM önüne gelecektir. Bölümün burada yapacağı denetimin sonuçları aynı olmasa da yorumu ve olayı ele alış biçimi itiraz veya iptal davası yoluyla AYM’nin önüne gelen davalardaki yorum ve davayı ele alış biçiminden kısmi olarak farklılaşacaktır. Nihayetinde ihlalin temelinde bir yasanın belirli bir şekilde yorumu veya belirli bir şekilde uygulanması değil yasanın kendisi olacağından, elbette normun Anayasa’ya aykırı olup olmadığı gündeme gelecektir. Bölüm normu iptal yetkisi olmamasına rağmen, yasanın Anayasa’ya uygunluğunu dolaylı da olsa tartışmak zorunda kalacaktır.

Benzer vakalar İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önünde de cereyan etmiştir. Kural olarak İHAM belirli bir somut olaydaki müdahalenin

3 *Marcx v. Belgium*, Appl. No. 6833/74, 13.06.1979, para. 27.

4 *Norris v. Ireland*, Appl. No. 10581/83, 26.10.1988, para. 33-34, 38.

İHAS'a aykırı olup olmadığını incelemekle birlikte zaman zaman doğrudan uygulanan yasa hükmünden kaynaklı bir aykırılık varsa normu hedef alarak kararını temellendirebilmektedir.⁵

Bireysel Başvuru ile Norm Denetimi Arasında Yorum Farkları

İHAM'ın bireysel başvuru sonucu normun Sözleşme'yle uyumsuzluğunu konu edindiği davalara bakıldığında, AYM'nin bugüne kadar verdiği ve normun Anayasa'ya uygunluğunu denetlediği davalara kıyasla, oldukça farklı sonuçlara varabildiğini görmek mümkün. Verilecek bir Türkiye vakası örneği konunun AYM uygulaması bakımından anlaşılması açısından anlamlı.

2010 yılında *Sinan Işık - Türkiye* davasında 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 43. md'si İHAM önünde başvuru konusu oldu. Söz konusu maddede aile kütüklerinde bulunması zorunlu bilgiler arasında isim, soyad, cinsiyet, doğum tarihi gibi bilgilerin yanı sıra "*dini*" bilgisi de yer aldığı için İHAS md 9, diğer bir deyişle inanç özgürlüğü bakımından Sözleşme'ye aykırılık iddiasında bulunulmuştu. İHAM olayı incelerken aslında dolaylı olarak normun Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemiş oldu. Mahkeme şöyle diyor: "*Her ne olursa olsun, bir nüfus cüzdanı din hanesi içeriyorsa, bu haneyiboş bırakmak kaçınılmaz olarak belirli bir çağrışım yaratacaktır.*⁶ *Dinle ilgili hanesi boş bırakılan bir nüfus cüzdanı taşıyanlar, kendi iradeleri hilafına ve kamu görevlilerinin müdahalelerinin bir sonucu olarak, nüfus cüzdanlarında dini inançları yazılı kişilerden ayırt edileceklerdir. Ayrıca, nüfus cüzdanında bilgi verilmemesini talep etmek bireyin derin inançları ile yakından bağlantılıdır. Bunun sonucu olarak Mahkeme, bireyin en mahrem yönlerinden birinin hala ifşa edildiği kanaatindedir. Bu durum, hiç şüphesiz kişinin inanç ve dinini açıklamama özgürlüğü ilkesine aykırı düşmektedir. Mahkeme'nin bütün bunlardan edindiği kanaate göre, söz konusu ihlalin kaynağı başvuru konunun inancının (Alevi) nüfus cüzdanı üzerine yazılmasının reddedilmesi değil, dinin – zorunlu veya isteğe bağlı olarak – nüfus cüzdanı üzerine yazılmasıdır.*"⁷

5 Örneğin *Hauschildt-Danimarka*, kararında tutuklamaya ilişkin ilkeleri belirleyen Danimarka yasasının 762(2) md'sinde kullanılan ifadeler İHAM tarafından ele alınmıştır. *Hauschildt v. Denmark*, Appl. No. 10486/83, 24.05.1989, para. 52.

6 Hükümet bu davada başvuru konunun bu haneyi boş bırakma şansının olduğunu dolayısıyla inancını zorla açıklatmanın söz konusu olmadığını savunuyordu.

7 *Sinan Işık v. Turkey*, Appl. No. 219/24, 02.02.2010, para. 51-52.

İHAM bu kararla bir normun uygulanma veya yorumlanma biçimini değil açıkça kendisini hedef almakta ve Türkiye'deki bir yasa hükmünün Sözleşme'ye aykırı olduğunu ilan etmekteydi, diğer bir deyişle aslında olaydan yola çıkarak dolaylı olarak norm denetimi yapmaktaydı. Bu noktada norm temelli denetim ile olay temelli denetim arasındaki farkın azaldığı kolaylıkla görülebilmektedir.

Halbuki 90'lı yıllarda, itiraz yoluyla bu hüküm AYM önüne de gelmişti. AYM norm denetimi yapmış ve ilgili düzenlemeyi iptal etmemiştir.⁸ O yıllarda bireysel başvuru yolu henüz hukukumuzda mevcut olmadığından, AYM olaydan bağımsız olarak norm denetimi yapmış, Anayasa'nın 2. md'sindeki laiklik ve 24. md'sindeki vicdan, dini inanç ve kanaat özgürlüğü açısından konuyu ele almıştır.

AYM Anayasa'nın 2. md'si bakımından şöyle diyordu: *“Yasalarda “Devletçe kabul edilen din, kabul edilmeyen din” diye ayırım bulunmamaktadır. Bütün dinler lâik devlet anlayışı içerisinde geçerli ve saygındır. Bu anlayışa dayanarak hiç kimse başkasının inancına ya da inançsızlığına da karışmamaktadır. Bir başka önemli husus da, lâiklik ilkesine aykırı olarak kişinin dini ile ilgili bilginin, belirli bir dine mensup olanlardan sorulup da, diğer bir dine mensup olanlardan sorulmayarak ayırım yapılmamasıdır. Bu kural herkes için geçerlidir, dolayısıyla da geneldir. Nüfus Yasası'nın 43. maddesinde yer alan “din”le ilgili bilgi, kişinin aile kütüğüne yazılacak bilgilerinden biri olup, yukarıda açıklandığı üzere bunun herhangi nedenle ve yolla Cumhuriyetin temel ilkelerine aykırı biçimde kullanılması, ya da lâiklik ilkesine aykırı bir anlamda yorumlanması olanaklı değildir. Bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesine bir aykırılık oluşturmamaktadır”*.⁹ Kararda olaydan bağımsız soyut bir değerlendirme yapılmaktadır. Diğer bir deyişle laik bir devlette **olması gereken uygulamadan** söz edilerek **idealize edilmiş bir varsayım** gerçekmiş gibi sunulmuştur. Bu soyutlamadan yola çıkılarak, din hanesinin nüfus cüzdanında yer almasının devletin dinler ve inançlar karşısındaki tarafsızlığına aykırı olmadığı belirlenmiş, **her din mensubuna eşit bir biçimde aynı şekilde bu sorunun sorulması** da adeta bir güvenceymiş gibi sunulmuş ve laikliğe aykırılığın olmadığı sonucuna varılmıştır.

8 E. 1995/17, K. 1995/16, K.T. 21.06.1995. Benzer bir karar 70'lerde de verilmişti. E. 1979/9, K. 1979/44, K.T. 27.11.1979.

9 Vurgular yazara aittir.

Oysa *Sinan Işık* kararında somut olayla bağlantı kurularak Nüfus Kanunu md 43'de yer alan norm değerlendirilmiştir. Davada başvuru iki şikayeti vardır. Birincisi din hanesine "Alevi" yazdırılmamıştır, ikincisi kendi rızası olmaksızın inancını açıklamaya zorlanmıştır. Birinci şikayeti incelerken İHAM iç hukuktaki süreçleri diğer bir deyişle somut uygulamayı dikkate almıştır. Nüfus cüzdanındaki din hanesine alevi yazılabilip yazılamayacağına ilişkin olarak milli mahkeme Diyanet İşleri Başkanlığına sormuştur. Diyanet İşleri Başkanlığı, nüfus cüzdanı üzerindeki din hanesine dini yorumlar veya alt-kültürlerin yazılmasının ulusal birlik, cumhuriyet ilkeleri ve laiklik ile bağdaşmayacağını, özellikle "Alevi" deyiminin İslam bünyesinde bir alt-grubu tanımladığını, bağımsız bir din veya bir İslam mezhebi olarak kabul edilemeyeceğini, İslam'ın sufizmden etkilenen ve belirli kültürel özellikler taşıyan bir yorumu olduğunu bildirmiştir. Milli mahkeme de Diyanet İşleri Başkanlığının bu görüşleri doğrultusunda karara varmıştır. İHAM, kişinin beyan ettiği inancı hakkında, milli mahkeme tarafından bir devlet kurumu olan *Diyanet İşleri Başkanlığına sorularak karar verilmesini, devletin inançlar karşısındaki nötr ve tarafsız olma görevine ve çoğulculuğun garantörü olma rolüne aykırı görmüştür*. Demokratik bir toplumda yetkili mercilerin dini yorumlardan birine ayrıcalık tanımaya ya da başka bir dini topluluğu rızası olmaksızın birleşik bir yönetim altında toplamaya veya böyle bir yönetime maruz bırakmaya yönelik önlemler almak gibi bir rolü olmadığını veya devletin bir inancın meşruiyetine karar vermek yetkisi bulunmadığını hatırlatmaktadır.¹⁰ Aslında açıkça laiklik kavramını kullanmasa da İHAM bu durumu laikliğe aykırı görmektedir, çünkü (AYM'nin de belirttiği gibi) devletin inançlar karşısında tarafsız ve eşit mesafede oluşu laikliğin temelidir.

Anayasa'da kişinin inancını açıklamaya zorlanamayacağı açıkça yazmaktadır (md 24/3), hatta bu konuda zorlanmama, özel olarak korunması gereken çekirdek alan içinde yer alır (md 15/2). Açıklamama özgürlüğü inanç özgürlüğünün negatif yönüdür. Ayrıca inanç özgürlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 24. md'si kötüye kullanma klozu, diğer bir deyişle anayasal yasak içermekle birlikte, İHAS'ın 9. md'sinden farklı olarak, yasayla sınırlama hükmü dahi içermeyen bir maddedir.

10 *Sinan Işık v. Turkey*, para. 45.

AYM 90'lı yıllarda verdiği kararında yukarıda belirtildiği gibi vicdan, dini inanç ve kanaat özgürlüğünü düzenleyen 24. md bakımından da değerlendirme yapmıştır. AYM 24. md bakımından değerlendirme yaparken “açıklamaya zorlama” ile resmi kayıtlara bilgi vermeye zorunlu tutma arasında bir fark olduğu kanaatine varmıştır. Mahkeme şöyle diyor: “Anayasa’nın “Kimse ...dinî inancı ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz” kuralından, kişilerin hangi dine bağlı olduğunun bir bilgi olarak resmî kayıtlara geçirilemeyeceği anlamı çıkarılamaz. Anayasa’nın izin vermediği husus, zorlamadır. Zorlama “dinî inanç ve kanaatlerin açıklanması”yla ilgilidir. “Dinî inanç ve kanaat” kavramını, sadece demografik bir bilgi olarak ya da kişilik bilgisi olarak aile kütüğüne yazılacak “dinî bilgisi” ile sınırlandırmak olanaklı değildir.” AYM şöyle devam ediyor: “Öte yandan Medenî Yasa’nın 266. maddesindeki “Reşit dinini seçmekte hürdür.” açıklığından kalkarak kişi kütükte yazılı olan dinini değiştirmek isterse Nüfus Yasası’nın 47. maddesine göre, ilgili Kurumdan alacağı bir belge ile Nüfus Müdürlüklerine başvurabilmekte, mahallin en büyük idare âmirinin emri ile aile kütüğünde gerekli düzeltme yapılabilmektedir. Bunun dışında kişi aile kütüğünde yazılı dini tamamen sildirmek isterse, ya da din olarak kabulü olanaksız bir düşünceyi din olarak yazdırmak isterse o zaman Nüfus Yasası’nın 46. maddesine göre ilgili yargı kuruluşuna başvurarak gerekli kararı almakta ve alınan bu karar İdarece aile kütüğüne işlenmektedir”.

Tam da bu noktada İHAM nüfus cüzdanındaki bilgiyi değiştirmek veya boş bırakmak isteyen kişinin yazılı beyanda bulunmak zorunda bulunmasını dahi inancını açıklamaya zorlama olarak görürken, somut olay temelinde değerlendirme yaparak nüfus cüzdanında din hanesinin bulunmasının olası sonuçlarına dikkat çekmektedir. İHAM şöyle demektedir: “Başvurucu, nüfus cüzdanı üzerinde yazılmasını sağlamak için yetkili makamlara inancını beyan etmek zorunda kalmaktadır. Bu şekilde elde edilen ve günlük yaşamda sıkça kullanılan nüfus cüzdanı, başvurunu her kullanımda de facto olarak iradesine aykırı biçimde dini inançlarını beyan etmek zorunda bırakan bir belgeye dönüşmektedir”.¹¹ Diğer bir deyişle İHAM, soyut olarak yasa hükmünden değil, somut toplumsal koşullar içinde ilgili kişinin nelerle karşılaşabileceği gerçeğinden yola çıkarak bir değerlendirme yapmakta, olayın bağlamından kopmadan başvurusunun şikayetlerini ele almaktadır.

11 Sinan Işık v. Turkey. para. 50.

Sonuç olarak bireysel başvuruda olaya dayalı bir başvuru söz konusu olsa dahi temelinde bir normun uygulama biçiminin değil, normun kendisinin Anayasa'ya uygunluğu üzerinden bir değerlendirme yapılmak zorunda kalınabilir, fakat burada önemli fark olaylarla temasın soyut değerlendirmelerden somut gerçekler alanına geçişe zorlamasıdır. Yukarıda karşılaştırılan kimliklerdeki din hanesine ilişkin İHAM kararı ile AYM kararı bunu açık bir biçimde göstermektedir.

Benzer değerlendirmeleri kadının soyadı ile ilgili İHAM ve AYM kararlarını da karşılaştırarak yapmak mümkündür. 2004 tarihli *Ünal Tekeli* kararında¹² ihlale hükmedilmesine rağmen, kadının evlendikten sonra erkeğin soyadını almasını zorunlu tutan Medeni Kanun'un 187. md'sini, AYM 2011 tarihli kararında iptal etmemiştir.¹³ AYM'nin bu son kararı 90'lı yıllarda verdiği kararının¹⁴ devamı niteliğindedir. 90'lı yıllarda verdiği gerekçedeki "aile birliğinin korunması" ve "gelenekler" biçiminde dile getirdiği soyut argümanlar somut bir temele dayanmadığı için İHAM tarafından *Ünal Tekeli* kararında yeterli bulunmadığı¹⁵ halde ne yazık ki 2011'de verilen kararda da benzer biçimde tekrarlanmıştır.

Çatışan Yorum Sorunu: Bölüm Anayasaya Aykırı Normu İtiraz Yoluyla Genel Kurula Götürebilir mi?

Elbette bireysel başvuru davalarının yanı sıra, AYM'nin iptal davası ve itiraz yoluyla norm denetimleri sürecektir. AYM'nin bir normu iptal etmemesi o norma dayalı uygulamaların ihlal yaratmayacağı sonucunu doğurmaz. Normun doğrudan kendisi olmasa da, belirli bir biçimde yorumu ve uygulaması ihlal yaratabilir ve bu durumda Bölüm elbette ihlal kararı verebilir, bu noktada Genel Kurul kararı ile bir çatışmadan söz edilemez. Fakat normun uygulama biçiminden değil, yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi, doğrudan normun kendisinden kaynaklanan aykırılıklarda, norm denetimi sonucu verilen kararlarla bireysel başvuru yoluyla verilen kararlar arasında bir çatışmanın ortaya çıkması önemli bir mesele haline gelebilir. Genel Kurul ve Bölüm arasında herhangi bir çatışan yorum ortaya çıkması durumunda sorunun nasıl çözüleceği konusu ayrıca ciddiyle ele alınması

12 *Ünal Tekeli v. Turkey*, Appl. No. 29865/96, 16.11.2004.

13 E. 2009/85, K. 2011/49, K.T. 10.03.2011.

14 E. 1997/61, K. 1998/59, K.T. 29.09.1998.

15 Özellikle *Ünal Tekeli* kararının 62-68 paragraflarına bakınız.

ve tartişılması gereken bir husustur. Anayasa Mahkemesinin Kuruluğu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Komisyonlar ve Bölümler arası içtihat farklılıklarına bir çözüm getirmekte (md 50/4), bu konuya yönelik ise sessiz kalmaktadır.

Örneğin bireysel başvuru yapılmadan önce konu itiraz yoluyla veya iptal davası yoluyla AYM önüne gelmiş ve norm iptal edilmemişe, buna rağmen, normun yorumu ve uygulamasından değil, doğrudan normdan kaynaklanan olaylarda Bölüm ihlal kararı verebilecek midir? Ya da Bölümler ihlal kararları vermelerine rağmen daha sonra başka bir olayda bir alt mahkeme tarafından yapılan itiraz başvurusu sonucu Genel Kurul normu iptal etmez, diğer bir deyişe Anayasa'ya uygun bulur ise ne olacaktır?

Kural olarak Bölümler doğrudan somut olayla muhatap olacaklarından, Genel Kurulun ret kararına rağmen ihlal kararları vermeye devam edebilirler. Diğer bir deyişe Genel Kurulun ret kararına rağmen Bölümlerin ihlal kararları vermelerini engelleyen bir hukuki zemin yoktur. Bireysel başvuru ile somut ve soyut norm denetimleri, gerek amaç gerekse yöntem bakımından tamamen birbirinden farklıdır. Fakat tebliğimin başında verdiğim örneklerde olduğu gibi, normun uygulama veya yorum biçiminden değil, doğrudan normdan kaynaklanan sorunlarda aynı şeyi söylemek güçleşmektedir. Çünkü Anayasa'ya göre Anayasa Mahkemesi kararları herkesi bağlar (md 153/son). Genel Kurul bir normu Anayasa'ya uygun buluyorsa, aynı normu Bölümün Anayasa'ya aykırı görmesi mümkün görünmemektedir. Ancak yine de Bölümlerin olay temelli inceleme yapacağı göz önünde tutularak, somut olayın özel koşullarının bazen istisnai sonuçlara varılmasına izin verebileceğini de hatırd tutmak gerekir.

Bölümlerin belirli bir normu Anayasaya aykırı görerek ihlal kararları vermesinden sonra, konu bir alt mahkemenin başvurusu sonucu Genel Kurula geldiğinde ret kararı çıkması da sorunlu bir durumdur. Elbette Genel Kurulun bu tür bir karar vermesinin önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Fakat böyle bir durumun AYM'nin güvenilirliğine ilişkin olarak toplumda ciddi kuşkular yaratacağı, ciddi eleştiriler ve tepkilerle karşılaşacağı da ortadadır.

Doğrudan normun Anayasa'ya aykırı olmasından kaynaklandığı düşünölen müdahalelerde bu türden çatışan kararlar ortaya çıkmasını engellemek bakımından bireysel başvuru davasına bakan Bölümün davayı sonuçlandırmadan önce itiraz yoluyla Genel Kurula başvurarak normun

iptalini talep etmesi üzerinde düşünülebilecek bir yöntemdir. Bu yöntem sürekli ihlal kararları verilmesi yerine, normun iptali yoluyla sorunun kökten çözümü, zaman ve işgücü tasarrufu açısından da yararlı olabilir. **Fakat bu yöntemin amacına ulaşması için Genel Kurulun norm denetimini yaparken somut olaydan ve gerçeklikten ayrılmadan normu yorumlaması ve İHAM kararlarına uygun biçimde sonuca varması bir zorunluluktur. Aksi halde bireysel başvurunun ruhuna ve amacına aykırı sonuçlar da ortaya çıkabilir.**

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun da Bölümlerin Genel Kurula itiraz yoluyla başvuru yapabileceği düzenlenmemiştir. Diğer bir deyişle bu konuda bir boşluk bulunmaktadır. Hükümet tasarısında 49. md'de yer alan itiraz yolu, Anayasa Komisyonu çalışmaları sırasında tasarı metninden çıkarılmıştır. Alt Komisyon, Bölümlerin itiraz yoluyla Genel Kurula başvuru usulünü yeni bir iptal davası gibi görerek Anayasa'ya aykırıymış gibi değerlendirmiştir.¹⁶ Oysa bu yöntemin soyut norm denetimi olan iptal davası (md 150-151) ile bir ilgisi yoktur, olsa olsa somut norm denetimi olarak da adlandırılan itiraz yoluyla bir benzerlik kurulabilir (md 152) ve Anayasaya aykırı olduğundan da söz etmek güçtür.

Anayasa'nın 152. md'si "*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır*" hükmünü içermektedir. Bu hükme göre itiraz başvurusunu yapanın bir mahkeme olması, bakılmakta olan bir dava olması, davaya uygulanacak bir normun olması gerekmektedir. Elbette mahkemenin resen veya taraflardan birinin Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulması üzerine başvuru yapılabilecektir. Burada tartışılması gereken sorular şunlardır: Bölüm bir mahkeme midir? Bireysel başvuru bir dava mıdır? Anayasaya aykırılığı iddia edilen norm davada uygulanmakta olan norm mudur?

Anayasa Mahkemesinin bir parçası olan ve yargısal bir faaliyet icra eden Bölümünün bir mahkeme sayılamayacağı söylenemez. Kaldı ki AYM

16 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf>
Erişim: 02.04.2013).

siyasi parti kapatma davalarında haklı olarak kendisini davaya bakmakta olan bir mahkeme olarak görerek itiraz yolunu işletmiş ve Anayasa'ya aykırılık meselesini bir önsorun olarak ele almıştır.¹⁷ Nitekim İHAM da “mahkeme” kavramını oldukça geniş yorumlamakta, yargıçlardan oluşmayan bir idari kurulu dahi yargı benzeri bir işlev üstlendiğinde mahkeme gibi değerlendirebilmektedir.¹⁸

Bireysel başvuru ile karara bağlanacak olanın bir dava olmadığını söylemek de güçtür. Başvuran kişi kamu gücünün bir anayasal hakkını ihlal ettiğini iddia etmektedir ve bu iddia yargısal usuller izlenerek mahkeme önünde kesin olarak karara bağlanmaktadır.

AYM önüne gelen pek çok başvuruda davaya uygulanacak normu tanımlamıştır. Bir kararda şöyle demektedir: “...bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için, elinde yönteminde açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak yasa kuralları, bakılmakta olan davayı yürütmeye, uyumsuzluğu çözmeye, davayı sona erdirmeye veya **kararın dayanağını oluşturmaya**¹⁹ yarayacak kurallardır”.²⁰ Diğer bir kararında ise davaya uygulanacak norm kavramını biraz daha genişletici yorumlayarak şöyle demiştir: “Uygulanacak yasa kuralları ise, **davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki**²¹ kurallardır”.²² AYM'nin davaya uygulanacak normun kapsamını daha da genişletici bir biçimde ele aldığı kararı da vardır. Mahkeme şöyle diyor: “Davacının hukuksal koruma istediği yararıyla dava nedeni yapılan kural arasında ayrılması olanaksız ilişki, davada uygulanacak hüküm niteliğini ortaya koymaktadır. ‘Davada uygulanacak yasa

17 E. 2000/86, K. 2000/50, K.T. 12.12.2000.

18 Bkz *Sramek v. Austria*, Appl. No. 8790/79, 22.10.1984, para. 36; *Etl and others v. Austria*, Appl. No. 9273/81, 23.04.1987, para. 34; *H. v. Belgium*, Appl. No. 8950/80, 30.11.1987, para. 50; *Campbell and Fell v. UK*, Appl. No. 7819/77, 7878/77, 28.06.1984, para. 81.

19 Vurgu yazara aittir.

20 E. 2005/69, K. 2009/61, K.T. 07.05.2009. Aynı yönde başka bir örnek için bkz. E. 2008/110, K. 2010/55, K.T. 01.04.2010.

21 Vurgu yazara aittir.

22 E. 2010/66, K. 2010/91, K.T. 22.09.2010. Aynı yönde diğer bir örnek için bkz. E. 2010/8, K. 2010/35, K.T. 25.02.2010.

kuralı' kavramı, bir davanın her evresinde ele alınan sorunların çözümünde, davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönden dayanılacak, davayı etkileyecek yahut tarafların sav ve savunmaları doğrultusunda bir karar vermek için gözetilmesi gereken kuralları²³ anlatmaktadır".²⁴

Bu açıklamalar ışığında, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununda, Bölümün itiraz yoluyla Genel Kurula başvuru yapabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen, AYM'nin daha önce verdiği kararlarda '*davaya bakmakta olan mahkeme*' ve '*davaya uygulanacak norm*'u tanımlarken kullandığı kıstaslardan hareketle, genişletici bir yorumla, Bölümün Anayasaya aykırı gördüğü normu itiraz yoluyla Genel Kurula götürebileceği sonucuna varılabilir. Yasakoyucunun bu yolu düzenlemekten özellikle kaçınmış olması, sadece yasanın genetik yorumundan hareket edildiğinde bir engelmis gibi görünse de, genetik yorum Anayasa yargısında tek başına belirleyici olamaz,²⁵ kaldı ki söz konusu yasanın değil Anayasa'nın ilgili hükümlerinin genetik yorumu, diğer bir deyişle asli ve tali kurucu iktidarların iradeleri tamamen farklı sonuçlara da götürebilir. AY md 148/3 ve 152'nin birlikte ele alınması halinde, sistematik ve amaçsal yorumlarla, uluslararası insan hakları hukukuna uyum gözetilerek itiraz yolunun kabul görmesi mümkündür. Bu yolun açılması, alt mahkemelerin itiraz yoluna başvurmalarını beklemeye kıyasla hem zamansal hem de işgücü açısından daha ekonomik, çatışan kararların çıkmasını engellemek bakımından da daha işlevsel sonuçlar doğurabilir.

Son olarak, doğrudan yasadaki kaynaklı hak ihlalinin giderilmesi bakımından diğer bir alternatif, Bölüm tarafından ilgili mahkemeye dosya geri gönderilirken, itiraz yoluyla AYM'ye başvuru yapmasını önermek olarak düşünülebilirse de, bu oldukça dolambaçlı bir yoldur, üstelik Bölüm bu durumda ihlal kararını vermiş olduğundan, Genel Kuruldan farklı bir karar çıkma olasılığını göğüslemek durumunda kalacaktır.

23 Vurgu yazara aittir.

24 E. 1988/1, K. 1988/26, K.T. 30.06.1988.

25 Bu konuda Ronald Dworkin ve Michel Troper'in eleştirileri çok anlamlıdır, geniş bilgi için bkz. Oya Boyar, *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, doktora tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008, (özellikle şu sayfalara bkz.) s. 75-81, 95-96.

Normun Belirli Bir Yönde Yorumundan veya Uygulamadan ya da Yapısal Sorunlardan Kaynaklı İhlaller

Normun Yorumundan Kaynaklı İhlaller

Zaman zaman aynı normun farklı yorumları, Anayasa'ya uygunluk bakımından değişen sonuçlara götürebilir. Bu tür bireysel başvurularda, bir norm denetimiyle değil, artık AYM tamamen olay temelli bir denetimle karşı karşıyadır.

Bu konuda belki en tipik örnek ifade özgürlüğüne ilişkin verilen kararlardır. Yine İHAM önüne gelen davalar yol gösterici olabilir. Yürürlükten kaldırılan Terörle Mücadele Kanununun (TMK) 8. md'si "*hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propoganda ile toplantı ve yürüyüş yapılamaz*" hükmüne yer vermektedir. Yapanlar hakkında hapis ve para cezaları öngörülmekte, basın yoluyla ya da basın dışı kitle iletişim araçlarıyla suçun işlenmesi halinde diğer sorumlular hakkında da çeşitli hapis ve para cezaları yasada bulunmaktaydı.

TMK'nın belirtilen hükmü kendi başına norm olarak aslında İHAS'a uyum bakımından sorunlu bir içeriğe sahipti. İHAM'ın yerleşik içtihatlarına bakıldığında nefret söylemi ya da şiddete teşvik olmadığı müddetçe toplumsal ve siyasal konulardaki hükümet ya da devlet politikalarına yönelik toplu ya da bireysel ifadeler geniş koruma ve hoşgörü görmektedir.²⁶ Bu nedenle herhangi bir şiddete teşvik veya nefret söylemi olmaksızın, sadece devletin bölünmezliği aleyhine propaganda yapmayı demokratik bir toplumda suç saymak olanaklı değildir. Fakat buna rağmen, İHAM, TMK md 8'den açılan davaların bazılarında²⁷ ihlal olduğu yönünde karar verirken bazısında²⁸ ihlal olmadığı yönünde karar vermiştir.

Sürek (No. 1) kararına konu olan, "*Haberde Yorumda Gerçek*" isimli bir haftalık dergide yayımlanan iki okuyucu mektubudur. Başvurucu derginin sahibi olan büyük ortaktır ve hakkında okuyucu mektuplarında yer alan şiddeti

26 Geniş bilgi için bkz. Sibel İnceoğlu, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk", *Çoğulcu Demokrasi ve Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, 5-6 Haziran 2010 Ankara, Türkiye Barolar Birliği yay. No. 186, Ankara 2011, s. 86-104.

27 *Sürek v. Turkey* (No. 1), Appl. No. 26682/95, 08.07.1999; *Sürek v. Turkey* (No. 3), Appl. No. 24735/94, 08.07.1999.

28 *Sürek v. Turkey* (No. 4), Appl. No. 24762/94, 08.07.1999.

teşvik edici ifadeler nedeniyle verilen para cezası bulunmaktadır. Bu davada içinde bulunulan terör ortamı da dikkate alınarak okuyucu mektuplarındaki “faşist Türk ordusu”, “TC cinayet çetesi”, “emperyalizmin kiralık katilleri” gibi saldırgan ve nefret içeren ifadeler şiddeti teşvik edici bulunmuştur. Mahkemeye göre bu ifadeler kendini ölümcül şiddet olarak ortaya koyan mevcut önyargıları güçlendirerek ve duyguları harekete geçirerek, kanlı bir hesaplaşmayı teşvik etmektedir. Bu mektupları yayımlayarak başvuru yayımcı da sorumluluk altına girmiştir.²⁹

Oysa yine TMK md 8’in uygulandığı bir başka davada ihlal kararı çıkmıştır, çünkü bu davada şiddete, suç işlemeye yönelik teşvik edici ifadelerden dolayı değil, daha çok ayrılıkçı ifadelerden dolayı ceza verildiği tespit edilmiştir. İHAM, yazı metninin bütününe dikkate alarak, “Kürdistan”, “Kürt halkı” gibi iç hukukta bölücü olarak yorumlanan ifadelerin, dolaşımının demokratik toplumda serbest olması gerektiğine dikkat çekmiştir.³⁰ Aslında İHAM’ın bu kararı normun kendisinin de İHAS’la çelişkili olduğunu açıkça olmasa da alt metninde söylemektedir. Fakat diğer yandan milli mahkemeler yukarıda belirtilen diğer iki kararda olduğu gibi ifade özgürlüğüne ilişkin konuları şiddet unsuru gibi ya da İHAM’ın ifade özgürlüğüne ilişkin diğer ölçütlerini³¹ dikkate alarak yorumlayamazlar mıydı? Elbette bu o zaman da mümkündü. Anayasanın 90. md’si 2004 değişikliğinden önce dahi İHAS’a üstünlük tanıyan bir biçimde okunabilmekteydi.³² Üstelik ihmale gerek kalmaksızın, ifade özgürlüğünü kısıtlayan norma İHAM içtihatlarına uygun bir anlam vermek çok daha kolaylıkla yapılabilir, çünkü bu normlar çoğunlukla daha soyut kavramları içerir; bu anlamda İHAS’a uyum için normun hiçbir biçimde uygulanmamasını gerektiren yukarıda verilen nüfus cüzdanındaki din hanesi veya kadının soyadı örneklerinden farklıdır; ifade özgürlüğünü kısıtlayan normun iptal veya ihmali gerekmeksizin yorum yoluyla uyum sorunu aşılabılır.

29 *Sürek v. Turkey* (No. 1), para. 62.

30 *Sürek v. Turkey* (No. 4), para. 56-58.

31 Bkz. İnceoğlu, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, s. 86-105.

32 2004 değişikliği öncesi ve sonrasında Anayasanın 90. md’sinin son fkr’sı üzerine yapılan tartışmalar ve hükmün nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Sibel İnceoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa”, *Demokratik Anayasa*, Yayına Hazırlayanlar: Ece Göztepe-Aykut Çelebi, Metis yay., İstanbul 2012, s. 298-305.

Bu noktada bireysel başvuruya dönecek olursak, örnekten kopmadan ilerlediğimizde, Anayasa Mahkemesinin, ifade özgürlüğüne ilişkin önemli işlevleri olabileceğini görmek mümkün. İfade özgürlüğü meselesi normatif düzeyde yasal düzenlemenin içeriğı kadar hatta bazen ondan da önce mahkemelerin demokrasiyi algılayışıyla ilgilidir. AYM, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü düzenleyen 26. md, bilim ve sanat özgürlüğünü düzenleyen 27. md ve basın özgürlüğünü düzenleyen 28. md'yi yorumlarken hak ve özgürlüklerin genel güvence maddesi olan 13. md kilit önemde olacaktır.

AYM ifade özgürlüğüne müdahale eden normların soyutluğu nedeniyle, olay temelli bir denetime yönelecek ve önüne gelen her bir olayda *uygulanan normdan çok, cezanın veya yasaklamanın ya da toplatmanın diğer bir deyişle olayda gerçekleşen ifade özgürlüğüne müdahalenin kendisinin* 13. md'deki güvence ölçütlerine uygunluğunu denetleyecektir.

Diğer bir deyişle, tıpkı İHAM gibi, yukarıdaki örnek özelinde, AYM şu soruları sormak durumundadır: (1) Özgürlüğe müdahale var mıdır? Var ise; (2) Müdahale yasallık ilkesine uygun mudur? (3) Müdahale Anayasa'da öngörölmüş belirli bir sebebe bağlı olarak mı yapılmıştır? (4) Müdahale hakkın özünü zedelemiş midir? (5) Müdahale demokratik ve laik bir toplumda gerekli midir? (6) Müdahale ölçölülük ilkesine uygun mudur? (7) Müdahale Anayasanın ruhuna ve sözüne uygun mudur? Bu son soru, sansür (md 28/1) ya da önceden izin alma yasakları (md 29/1) gibi Anayasa'daki diğer ek güvenceleri Anayasanın bütünlüğü ilkesi içinde dikkate alma ve sistematik yorum yapma imkanı verecektir.

İfade özgürlüğü bakımından elbette 27. md'yi ayrıca değerlendirmekte fayda bulunmaktadır. Bu madde İHAS md 10 ile kıyaslandığında atipik bir özelliğe sahiptir. Bilim ve sanatı yayma hakkı, söz konusu maddenin 2. fıkrasına göre Anayasa'nın 1., 2. ve 3. md'leri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz. İkinci fıkranın bizzat kendisi, bazı anayasal hükümlerin değiştirilmesini bilim ve sanat yoluyla talep etmenin önüne bir anayasal yasak getirerek, ifade özgürlüğü bakımından İHAS'la çatışmaktadır. Burada sorulması gereken soru şudur: Anayasa'da anayasal yasak öngörölmesi halinde Anayasa'nın 13. md'sindeki güvenceler tamamen devre dışı mı kalır?

Bilim ve sanat özgürlüğü ifade özgürlüğünün somut bir görünümüdür. Bu nedenle, Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği bu özgürlüğü, genel anlamda

ifade özgürlüğünü düzenleyen 26. md ışığı altında değerlendirmek, bilim ve sanatı yayma özgürlüğüne getirilen anayasal yasağa 26. md'nin güvencesi olan Anayasa'nın 13. md'sine uygun bir anlam vermek gerekecektir. Böyle bir yorum İHAS'a daha uygun olacak, 148. md ile getirilen bireysel başvuru hakkının amacına da hizmet edecektir.

Uygulama Kaynaklı İhlaller

Uygulamadan kaynaklanan ihlaller için adil yargılanma hakkı çerçevesinde verilebilecek bir örnek konunun somutlaşmasına hizmet edebilir. Makul sürede yargılanma hakkı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. md'sinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir parçasıdır. Yargılamaların uzun sürmesi nedeniyle ortaya çıkan ihlal çoğunlukla sadece bir yasanın kendinden ya da yorumundan kaynaklanan bir ihlal değildir, büyük ölçüde yargı ve diğer yetkili makamların pratiğinden kaynaklı bir sorundur. Bu noktada norm temelli denetim ile olay temelli denetim arasındaki fark büyük bir berraklıkla ortaya çıkmaktadır.

Bu konuda da İHAM'dan örnekle konuyu açalım. Makul sürede yargılanma hakkına ilişkin bir ihlal iddiası İHAM önüne geldiğinde, İHAM somut davadaki her bir gecikme periyodunu tek tek inceleyerek ilgili devlete atfedilebilecek bir kusur olup olmadığını test etmektedir.

Örneğin *Zana – Türkiye* davasının da başvurucunun hazır bulunduğu duruşmadan dokuz ay sonra mahkumiyet kararı verilmesini “*makul sürede yargılanma*” hakkının yerine getirilmesi bakımından yargısal makamın kusuru olarak görmüştür. Ayrıca bu davada başvurucunun mahkemenin yetkisiz olduğunu iddia etmesinden dört ay sonra yetkisizlik kararı verilmesini de dikkate almıştır.³³ *Yağcı ve Sargın – Türkiye* kararında, DGM'nin, Ceza Kanununun 141-143. maddelerini yürürlükten kaldıran 12 Nisan 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, Ceza Kanununun belirtilen maddelerine dayanılarak itham edilen sanıkları beraat ettirmek için takribi altı ay beklemesi ihlal nedenlerinden biri olarak görülmüştür. Bu davada, Türkiye'nin ceza yargılamaları açısından ciddi sorunu olan kesintili duruşmalar da ele alınmıştır. İHAM, DGM'nin 22 Ocak 1990 ve 9 Temmuz 1992 tarihleri arasında düzenli aralıklarla (30

33 *Zana v. Turkey*, Appl. No. 69/1996/688/880, 25.11.1997, para. 80-82.

günden az) 20 celse yaptığını, bunlardan sadece birisinin yarım günden fazla sürdüğünü de dikkate almıştır.³⁴

Anayasa'nın 36.md'si de adil yargılanma hakkını düzenlemektedir. Makul sürede yargılanma hakkı 36. md'nin hükmünde açıkça yazmasa da adil yargılanma hakkının içkin unsurudur. Nitekim AYM, henüz adil yargılanma hakkı kavramı 36. md'nin metnine dahil olmadan³⁵ başlayarak, norm denetimi yaparken³⁶ bu tespiti dile getirmişti. Aynı tespiti bireysel başvuru kararlarında³⁷ da sürdürmüş ve her iki tür kararında da İHAS 6. md ile Anayasa 36. md arasındaki paralelliği ya da koşutluğu çeşitli vesilelerle vurgulamış, 6. md'deki güvenceleri 36. md'ye içkin kabul etmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 141. md'si davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasından açıkça söz eder. Bu hüküm de 36. md'yi desteklemektedir, Anayasanın bütünlüğü ilkesi gereği dikkate alınması gerekir.

Dolayısıyla AYM de makul süre bakımından önüne gelen davalarda İHAM'a benzer incelemeler yapacaktır. Diğer bir deyişle tamamen olaydan yola çıkarak, ilk önce şikayetçi olunan yargılamanın ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiğini tespit edecek, ardından herhangi bir aşamada olağandışı bir gecikme yaşanıp yaşanmadığını araştıracaktır. Gecikme sadece yargılama makamlarından değil, yargılama sürerken başka makamların gecikmelerinden de kaynaklanabilir, bunlar da devletin sorumluluğu içindedir. Örneğin bilirkişi atanmışsa, bilirkişinin raporunun gecikmesi³⁸ ya da bir çeviri gerekiyorsa çevirininin gecikmesi³⁹ gibi. Makul süre bakımından ihlal iddialarında, AYM elbette Anayasa'nın 36. md'sinde yer alan adil yargılanma hakkı bakımından denetim yapacaktır, fakat Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereğince, sistematik yorumla, Anayasa'nın 141. md'sinde yargıya verilen *davaları mümkün olan süratle sonuçlandırma* görevini destekleyici bir norm olarak kullanması mümkündür.

34 *Yağci and Sarçin v. Turkey(1)*, Appl. No. 16419/90, 16426/90, 08.06.1995, para. 69.

35 2001 Anayasa değişikliği ile "adil yargılanma hakkı" hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasanın 36. maddesine eklenmiştir.

36 Örneğin bkz. E. 1996/ 59, K. 1997/70, K.T. 09.12.1997; E. 1997/41, K. 1998/47, K.T. 14.07.1998; E. 2001/481, K. 2004/91, K.T. 30.06.2004; E. 2002/170, K. 2004/54, K.T. 05.05.2004; E. 2005/124, K. 2009/13, K.T. 29.01.2009.

37 Başvuru No. 2012/1049, K.T. 26.03.2013, para. 22. Başvuru No. 2012/917, K.T. 16.04.2013, para. 20.

38 *Martins Moreira v. Portugal*, Appl. No. 11371/85, 26.10.1988, para. 60.

39 *Mansur v. Turkey*, Appl. No. 16026/90, 08.06.1995, para. 69.

Yapısal Sorunlar

Yapısal sorunlar da bir ihlalin ortaya çıkmasına neden olabilir. Burada artık belirli bir normun yorumu veya belirli bir pratik değil, sistemsel bir sorun yumağı ile karşılaşmaktadır.

İHAM'ın makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olarak verdiği bir diğer kararı olan *Büker – Türkiye* yapısal sorunlara dikkat çekmesi bakımından bize yol gösterici olabilir. Bu davada yetkili organların belirli bir tutumundan, uygulamasından kaynaklanan bir ihlal söz konusu değildir. Türkiye'nin yapısal bir sorununa dikkat çekilmiştir. Bu davada Üniversitede çalışan bir öğretim elemanının sözleşmesi sona erdirilmiştir. Başvurucu, 4 Mart 1988'de bu karara karşı Kayseri İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır. İdare Mahkemesi 6 Aralık 1989'da kararı iptal etmiş, Üniversite kararı temyiz etmiş, 22 Mayıs 1990'da Danıştay önüne gelen dava 13 Haziran 1990'da 5. Daire tarafından bozulmuş, Kayseri İdare Mahkemesi 5 Temmuz 1991'de uyma kararı vermiş, 21 Ağustos 1991'de başvurucu bu karara karşı Danıştay 5. Dairesine başvurmuş, 18 Mart 1992'de Danıştay 5. Dairesi Kayseri İdare Mahkemesi'nin 5 Temmuz 1991 tarihli kararını onamıştır. Başvurucu, 13 Ekim 1992'de karar düzeltme istemiş, 5. Daire, 21 Haziran 1993'te Kayseri İdare Mahkemesinin 5 Temmuz 1991 tarihli kararını bozarak, kararını düzeltmiş, 2 Aralık 1993 tarihinde İdare Mahkemesi Danıştayın 21 Haziran 1993 tarihli kararına uyma kararı vermiş ve Rektörlük işlemini iptal etmiştir. 23 Şubat 1994'te Rektörlük karara karşı Danıştay 8. Dairesine başvurmuş, Daire 27 Haziran 1994'te İdare Mahkemesi'nin kararını onamış, Rektörlüğün karar düzeltme talebi de 23 Mart 1995 tarihinde yine 8. Daire tarafından reddedilmiştir. 28 Mart 1995'te başvurucu eski görevine iadesini, maaş ve diğer maddi haklarının verilmesini talep etmiş, nihayet 7 Aralık 1995'te, 23 Kasım 1995 tarihi itibarıyla eski görevine iade edildiğine dair tebligatı almıştır.

İHAM kararın icrasını da dikkate aldığından, bir bütün olarak yargılamayı ele almış, yedi yıl dokuz ay sürdüğünü tespit ederek fazla uzun olduğunu belirtmiştir. Bu belirlemeyi yaparken, mahkemelerin kararlarını verme aşamalarında ya da dosyanın bir mahkemeden diğerine gönderilmesi gibi aşamalarda gecikme olduğu için kusurlu olduklarından değil, sistemin hatalı olduğundan yola çıkmaktadır. İHAM şöyle diyor: "... Basit bir çalışan çalıştırın uyumsuzluğunun bu kadar uzun sürmesine izin verilmesi, bu tür uyumsuzlukların ele alınması açısından, iç hukuk sisteminin etkililiğinin

sorgulanmasına neden olmaktadır. Hükümetin dediği gibi, taraflara sunulan hukuk yollarının çeşitliliği ilke olarak kişi haklarının korunması ile uyumlu görünse de, bu durum, yetkili makamları, md 6/1 çerçevesindeki makul sürede yargılama yükümlülüğü de dahil olmak üzere, bütün yükümlülüklerine uyacak şekilde yargı sistemini düzenleme görevinden muaf tutamaz. ...”⁴⁰

Büker kararı, mahkemeye başvurma hakkı ya da adil yargılanma hakkının diğer yönleri (AY md 36) üzerine düşünülmeden değerlendirilemez. Bu karar, hak arama yollarının çeşitlendirilmesi ve çoğaltılması yoluyla kişinin haklarına güvence getirilmeye çalışılırken yargılama süreçlerini aşırı derece uzatacak bir pozisyon içine girilmemesi gerektiği mesajını vermektedir. Son derece önemli olan hak arama olanaklarının arttırılması ile makul sürede yargılanma hakkının bir denge içinde tutulması ve hukuk sisteminin buna göre kurgulanması gerekmektedir. Bu örnek aslında yasama organına mesaj niteliğinde karar verme özelliğini içermektedir. Diğer yandan AYM'nin norm denetiminde de kullanabileceği anayasal değerlerin dengelenmesi biçimindeki yorum yöntemine dikkat çekmekte, norm temelli denetim ile olay temelli denetimin birbirini etkilediği bir noktada durmaktadır.

Nitekim AYM son dönem kararlarında hak arama yolu (md 36) ya da diğer bir deyişle mahkemeye başvurma hakkı ile yargının davaları mümkün olan süratle sonuçlandırma görevini (md 141/4), başka bir deyişle makul sürede yargılanma hakkını dengeleme yolunda bir arayışa girmiştir. AYM 13. md'de yapılan 2001 Anayasa değişikliğinin hemen ertesinde 36. md'nin sınırlama sebebi öngörülmemiş haklardan olduğundan yola çıkarak, 36. md'nin sınırlanamayacağı yönünde kararlar vermiştir.⁴¹ Gerçekten de 36. md yasakoyucuya hak arama özgürlüğünü yasayla sınırlama yetkisi tanımamaktadır. Fakat bu özellikten yasayla sınırlama yetkisi verilmeyen hakların çatışan başka bir anayasal değer karşısında dengelenemeyeceği anlamı çıkarılamaz. AYM son dönem verdiği bazı kararlarında doğru bir ele alış ve ifadelendirme ile olmasa da çatışan değerleri değerlendirmek zorunda kalmıştır. Bazı kararlarda 141. md'nin hak arama özgürlüğü karşısında sınırlama sebebine benzer biçimde kullanıldığı görülmektedir.⁴² Bu noktada 141. md'yi bir sınırlama sebebi olarak değil, Anayasanın bütünlüğü ilkesi

40 *Büker v. Turkey*, Appl. No. 29921/96, 24.10.2000, para. 36.

41 E. 2001/5, K. 2002/42, K.T. 28.03.2002; E. 2007/33, K. 2010/48, K.T. 24.03.2010.

42 E. 2011/134, K. 2012/83, K.T. 24.05.2012; E. 2004/43, K. 2008/56, K.T. 07.02.2008.

gereği bir çatışan anayasal değer olarak görmenin daha doğru sonuçlar vereceğini hatırlatmak gerekir. Çünkü bir Anayasa maddesinin bir diğerinin sınırlama sebebi olarak görülmesi, o maddeye bir hiyerarşik üstünlük tanındığı izlenimi yaratabilir. Oysa Anayasa maddeleri arasında bir hiyerarşi yoktur, hepsi eşit değerde ve önemdedir. Bu nedenle ancak çatışan iki anayasal değerden (örneğin hak arama özgürlüğü ve makul sürede yargılanma hakkı) söz edilebilir ve bu iki değer dengelenmesi gerekir. Sistematik bir yorumla yapılması gereken dengeleme, her iki anayasal değere de eşit derecede koruma getirilmesini, birinin diğerine feda edilmemesini gerektirir. Böylece Anayasanın bütünlüğü ilkesi korunur ve her iki anayasal değer özlerinin korunması ve orantılı bir ilişki içinde olmaları sağlanır.

AYM bir kararında, belli değer altındaki uyumsuzluklar için tüketici sorunları hakem heyetlerine başvurunun zorunlu olması ve heyetlerin vereceği kararların bağlayıcı nitelik taşıması ve bu kararlara karşı sadece onbeş günlük süre içinde tüketici mahkemelerine itiraz edilebilmesini değerlendirmiştir. AYM *“Anayasa’nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyumsuzlukların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir. Bu nedenle, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce belli değer altındaki uyumsuzluğu kısa sürede çözmek üzere tüketici sorunları hakem heyetlerine başvurma yükümlülüğü getirilmiş, ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa yargı yolu açık tutulmuştur”* diyerek hak arama özgürlüğü ile davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevini dengelemiştir.⁴³

Elbette bu dengeleme bir orantılılık testini gerektirmektedir. İHAM kararlarında mahkemeye başvurma hakkının meşru amaçlar için sınırlanabileceği kabul edilmekle birlikte hakkın özünün zedelenmemesi ve ölçülülük ilkesine aykırılık yaratılmaması gereğinin altı çizilmektedir.⁴⁴ Mahkemeye başvurma hakkı bakımından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapıldığında AYM konuyu ele alırken son derece titizlikle olayı incelemek durumunda kalacaktır. Bir yandan davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını Anayasa’dan kaynaklanan bir yükümlülük olarak

43 E. 2006/78, K. 2008/84, K.T. 20.03.2008.

44 *Ashingdane v. U.K.*, Appl. No. 8225/78, 28.05.1985, para. 57.

dikkate alırken, diğer yandan somut olayda kişinin hak arama özgürlüğünün özünün zedelenip zedelenmediğini, özgürlüğe orantısız bir müdahale olup olmadığını test edecektir.

Benzer değerlendirmelerin adil yargılanma hakkının diğer yönleri için de yapılabileceğini hatırlatmak isterim. Örneğin İHAM, bazı davaların özel niteliklerini göz önüne almaktadır. Devletin, ekonomi ve verimliliğin gerekleri ile 6. md'den doğan makul sürede davayı sonuçlandırma yükümlülüğünü dikkate alarak, bazı davalara (örn. sosyal sigorta uyuşmazlıklarına ilişkin davalar) ilişkin olarak duruşmanın kendiliğinden değil, ancak tarafların talebi olması halinde yapılmasını makul bulmaktadır. Diğer bir deyişle yine 6. md'de yer alan duruşmada hazır bulunma hakkı ile makul sürede yargılanma hakkını dengelemektedir.

Örneğin, *Schuler Zraggen – İsviçre* kararında başvuru, hastalığından dolayı Sigorta tarafından kendisine bağlanan aylığın kesilmesine ilişkin iç hukukta devam eden yargılama sırasında, Federal Sigorta Mahkemesi önünde duruşma yapılmaksızın karar verildiğini ileri sürmektedir. İsviçre hukukuna göre, dava kural olarak dosya üzerinden görülmektedir, fakat taraflardan birinin başvurusu üzerine veya resen mahkeme duruşma yapılmasına karar verebilir. İHAM, milli mercilerin ekonomi ve verimliliğin gereklerini dikkate almalarını anlaşılır bulmakta, sistematik olarak duruşma yapmanın, “sosyal sigorta davalarında (makul süre bakımından) gösterilmesi gereken özel gayret”⁴⁵ açısından bir engel olabileceğini ve 6. md'nin gereği olan “makul süre”ye uymayı engelleyebileceğini belirtmektedir.⁴⁶

Son olarak, makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvuruların bir kısmında, sorunun aslında bir sistemsel ve yapısal çıkmazdan kaynaklandığı anlaşıldığında, herbir dava için ayrı ayrı karar vermeyi sürdürmek sorunun kökten çözümü bakımından yeterli olmayacaktır. Bu durumda AYM'nin pilot karar verme yöntemine yönelmesi kaçınılmaz görünmektedir. Gerçekten de yapısal sorunların çözümünde belkide en etkili yöntem pilot karar verme yöntemi olacaktır diyebiliriz. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 75. md'si ile Bölümlere verilen bu yetkinin 1 Eylül 2012 tarihli

45 *Deumeland – Almanya* davasında İHAM on yıl yedi ay süren uyuşmazlığı anormal bulmanın yanı sıra, sosyal sigorta davalarında süre bakımından özel gayret gösterilmesi gerektiğinin altını ayrıca çizmiştir. *Deumeland v. Germany*, Appl. No. 9384/81, 29.05.1986, para. 90.

46 *Schuler-Zraggen v. Switzerland*, Appl. No. 14518/89, para. 58.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 61. md'sinden esinlenilerek düzenlendiğini söyleyebiliriz. Söz konusu yetki açıkça düzenlenmeden önce de İHAM tarafından fiilen kullanılmaktaydı. AYM ise İçtüzükte bu konuya yer vererek yapısal sorunların Mahkemeyi kilitlemesini engellemeye yönelik bir anahtar sisteme dahil etmiştir.

Bölümler her ne kadar normun Anayasaya uygunluğunu denetleyemeseler de sistemsal ve yapısal sorunların ciddi bir bölümü normlardan ya da norm eksikliğinden kaynaklandığından, pilot karar usulü ile normun ya da norm eksikliğinin Anayasaya aykırılık yarattığını ilan etmiş de olacaklardır. Nasıl ki yasaların ya da anayasaların Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemenin kendi işi olmadığını söyleyen İHAM pilot karar usulü ile adeta norm denetimi yapan makama dönüşmüşse⁴⁷, Bölümlerin de bu tür bir işlev üstlenmesi kaçınılmaz görünmektedir. Bölümler pilot karar usulü ile yasama organına Anayasa'ya aykırı gördüğü normları değiştirmesi ve/veya sorunu çözmek için yeni bir normatif yapı oluşturması için çağrı niteliğinde karar vermiş olacaklardır.

Sonuç

Bireysel başvuru yoluyla AYM önüne gelen davalarda ilke olarak olay temelli bir denetim yapılacaktır. Bu denetim olayın dayanağı olan normun Anayasa'ya uygunluğunun denetiminden kural olarak farklıdır, çünkü normun Anayasa'ya uygunluğu değil, hak ya da özgürlüğe yapılan somut müdahalenin Anayasa'ya uygunluğu incelenir. Fakat bazı olaylarda müdahale açıkça ve doğrudan yasadaki kaynaklanabilir. Doğrudan ve açıkça yasadaki kaynaklanan ihlallerde Bölümün yapacağı denetimin sonuçları aynı olmasa da, yorumu ve olayı ele alış biçimi itiraz veya iptal davası yoluyla AYM'nin önüne gelen davalardaki yorum ve davayı ele alış biçiminden sınırlı ölçüde farklılaşacaktır. Bölüm normu iptal yetkisi olmamasına rağmen, yasanın Anayasa'ya uygunluğunu dolaylı da olsa tartışmak zorunda kalacaktır. İki denetim arasındaki fark, Bölümün somut olaylarla teması olmasından dolayı soyut varsayımlardan yola çıkmaksızın, gerçeklikle bağlarını koruyarak değerlendirmeler yapabilmelerinden kaynaklanacaktır.

47 Wojciech Sadurski, "Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments", *Human Rights Law Review*, Vol. 9 (3), s. 397-453.

Bireysel başvurularda genel ilke olarak Bölümler, doğrudan somut olayla muhatap olacaklarından, Genel Kurulun bir normun Anayasa'ya aykırılığına ilişkin verdiği ret kararına rağmen ihlal kararları vermeye devam edebilirler. Fakat normun uygulama ve yorum biçiminden değil, normun kendisinin doğrudan ve açıkça Anayasa'ya aykırılığı iddiasından kaynaklanan başvurularda, norm denetimi sonucu verilen kararlarla bireysel başvuru yoluyla verilen kararlar arasında bir çatışmanın ortaya çıkması AYM'nin güvenilirliği bakımından önemli bir mesele haline gelebilir. Anayasa'ya göre Anayasa Mahkemesi kararları herkesi bağlar, bu nedenle Genel Kurul bir normu Anayasa'ya uygun buluyorsa, istisnai koşullar haricinde aynı normu Bölümün Anayasaya aykırı görmesi mümkün görünmemektedir.

Normuna açıkça Anayasa'ya aykırı olmasından kaynaklandığı düşünülen müdahalelerde, çatışan kararlar ortaya çıkmasını engellemek bakımından bireysel başvuru davasına bakan Bölümün davayı sonuçlandırmadan önce Anayasa'nın 152. md'si çerçevesinde itiraz yoluyla Genel Kurula başvurarak normun iptalini talep etmesi bir çözüm olabilir. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Bölümlerin itiraz yoluyla Genel Kurula başvurabilmelerini düzenlememiş olmasına rağmen içtihat yoluyla bu yol açılabilir. Anayasa'nın 152 md'sindeki koşullar bakımından iptali istenen normun davada uygulanacak norm olup olmadığı en çok tartışılacak koşuldur. Bireysel başvuru, öncesinde cereyan etmiş dava süreçlerinden çok bağımsız değildir. Bölüm tarafından bakılmakta olan davanın sonucunda kişinin anayasal hakkının iadesi amaçlanmaktadır. Müdahale eden doğrudan yasa koyucu olduğunda, norm iptal edilmeden ihlal kararı verilmesi ve yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi ya da tazminat, sorunu çözmemektedir. Bölüm, ilgili yasa hükmünün nasıl ele alınması gerektiği üzerine karar vermeksizin önündeki davayı sonuçlandıramayacaktır. Bu nedenle Anayasaya aykırı olduğu düşünülen norm, Bölümün esas incelemesi sonunda vereceği kararda gözetilmesi gereken, davaya olumlu ya da olumsuz etki yapacak nitelikteki normdur. Anayasa'nın 148/3 ve 152. md'leri birlikte, amaçsal ve sistematik bir yorumla ele alınarak Bölümlerin itiraz yolunu işletmelerinin önü açılabilir.

Fakat şunu eklemek gerekir ki; itiraz yolunun amacına ulaşması için Genel Kurulun norm denetimini yaparken somut olaydan ve gerçeklikten ayrılmadan normu yorumlaması ve İHAM kararlarına uygun biçimde sonuca varması bir zorunluluktur.

Aynı normun farklı yorumları, Anayasa'ya uygunluk bakımından değişen sonuçlara götürebilir. Bu tür bireysel başvurularda, bir norm denetimiyle değil, artık AYM tamamen olay temelli bir denetimle karşı karşıyadır. Bu konuda belki en tipik örnek İHAM tarafından verilen ifade özgürlüğüne ilişkin kararlardır; aynı yasa hükmünün bazı yorumlarını ihlal olarak görüp bazılarını ihlal olarak görmeyebilmiştir. İfade özgürlüğü meselesi normatif düzeyde yasal düzenlemenin içeriği kadar hatta bazen ondan da önce mahkemelerin demokrasiyi algılayışıyla ilgilidir. Bu çerçevede her bir bireysel olayda AYM'nin Anayasa'nın 13. md'sindeki güvence ölçütlerini yorumlaması ve uygulaması diğer mahkemelerin kararlarını da etkileyebilecektir. Anayasa'nın 27. md'sindeki anayasal yasağa dahi 13. md'ye uygun bir anlam verilmesi bireysel başvurunun amacına hizmet edecektir.

Uygulamadan kaynaklı ihlaller, büyük ölçüde yargı ve diğer yetkili makamların pratiğinden kaynaklı bir sorundur. Bu noktada norm temelli denetim ile olay temelli denetim arasındaki fark büyük bir berraklıkla ortaya çıkmaktadır. Örneğin makul süre ile ilgili bir şikayette, AYM tamamen olaydan yola çıkarak, ilk önce şikayetçi olunan yargılamanın ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiğini tespit edecek, ardından herhangi bir aşamada olağandışı bir gecikme yaşanıp yaşanmadığını araştıracaktır. Anayasa'nın 36. md'si bakımından değerlendirme yapacak ama 141. md'deki yargılamanın mümkün olan süratle sona erdirilmesi kuralını da destek norm olarak kullanacaktır.

Yapısal sorunlar da bir ihlalin ortaya çıkmasına neden olabilir. Burada artık belirli bir normun yorumu veya belirli bir pratik değil, sistemsel bir sorun yumağı ile karşılaşmaktadır. Bu tür vakalar norm temelli denetim ile olay temelli denetimin birbirini etkilediği bir noktada durmaktadır. Genel Kurulun bu tür yapısal sorunların ortaya çıkmasında etkili olan yasaları ele alış biçimi ve anayasal değerleri dengelemesi kritik önemdedir. Yapısal sorunların çözümünde Bölümlerin pilot karar verme yöntemi de etkili olabilir. Bölümler pilot karar usulü ile yasama organına Anayasa'ya aykırı gördüğü normları değiştirmesi ve/veya sorunu çözmek için yeni bir normatif yapı oluşturması için çağrı niteliğinde karar vermiş olacaktlardır.