

BEŞİNCİ OTURUM

OTURUM BAŞKANI : *Nuri OK*^(*)

“TÜRKİYE İÇİN ANAYASA ŞİKÂYETİ MODELİ TÜRKİYE’DE BİREYSEL BAŞVURU YOLU”

KONUŞMACILAR : 1) *Prof. Dr. M. Yavuz SABUNCU*

: 2) *Yrd. Doç. Dr. Selin ESEN ARNWİNE*

“TÜRKİYE İÇİN ANAYASA ŞİKAYETİ MODELİ TARTIŞMA PANELİ”

KONUŞMACILAR : 1) *Prof. Dr. Mehmet TURHAN*

: 2) *Prof. Dr. Burhan KUZU*

: 3) *Fazıl SAĞLAM*

: 4) *Prof. Dr. Zafer GÖREN*

: 5) *Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK*

TÜRKİYE İÇİN ANAYASA ŞİKAYETİ MODELİ TÜRKİYE’DE BİREYSEL BAŞVURU YOLU

Prof. Dr. M.Yavuz SABUNCU^(*)
Dr. Selin ESEN ARNWINE^(**)

Günümüzde, temel hakların korunması amacıyla bireysel başvuru yolu, pek çok uygar ülkede Anayasa Yargısının ayrılmaz bir parçası kabul edilmektedir. Bu yol, hukuk devleti ilkesinin daha mükemmel bir biçimde gerçekleştirilmesine ve bunun en önemli unsurlarından biri olan devlet organlarının yaptığı temel hak ihlallerine karşı bireyin korunmasına yardımcı olmaktadır.

Türkiye'nin konumuna baktığımızda, ülkemizin bireysel başvuru hakkını ve zorunlu yargılama yetkisini tanıyarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yoluyla, iç hukukta halledilemeyen temel hak ihlallerine ilişkin şikayetlerin ulusalüstü düzeyde ele alınmasını

^{*)}Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı

^(*)Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi

^(**)Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

kabul ettiğini görüyoruz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde her yıl Türkiye'ye karşı onlarca dava açılmakta ve Türkiye pek çok davada tazminata mahkum edilmektedir. Yeni bir gelişme olarak, AİHM'nin ihlal kararlarının, yasal düzenleme aracılığıyla Türkiye'de yargılamanın yeniden yapılması nedeni olduğunu da görüyoruz.

Bilindiği gibi, AİHM iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığını araştırırken, ilgili ülkede Anayasa Şikayeti kurumunun bulunup bulunmadığını da dikkate almakta ve bu yolu hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu saymaktadır. Bu nedenle, hak ihlallerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, yani AİHM'ye gitmeden tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceğini düşünmek ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve aleyhte alınacak kararlarda azalma olacağını ummak herhalde yanlış değildir.

Biz Anayasa Mahkemesinde yeni bir yapılanmanın tartışıldığı bu toplantıda, konuyu Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği "Anayasa Şikayeti"ne, ilişkin Anayasa değişikliği önerisi çerçevesinde ele alacağız. Bunu yaparken, daha önceki sunuşlarda yer alan bazı bilgileri kısa da olsa tekrarlamak zorunda kalsak bile, asıl ağırlığı mevcut anayasal düzen içinde bu kurumun işleyişinin nasıl olabileceğine vermeye çalışacağız.

Anayasa Şikayetin Hukuki Niteliği

Anayasa şikayeti dendiği zaman, kamu gücünün bir temel hakkı ihlal ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru anlaşılmaktadır. Bu kurumun temel amacı, olağan kanun yollarının bunu gerçekleştiremediği durumlarda hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamaktır.

Anayasa şikayeti, başka yollarla giderilemeyen temel hak ihlallerini ortadan kaldırmaya yönelik istisnai ve ikincil nitelikte bir başvuru yoludur. Yani Anayasa şikayeti ne mevcut kanun yollarının devamı, ne de hukuk düzeni içinde görülen uygulama hatalarının düzeltilebileceği bir olağanüstü kanun yoludur. Bu yol, yalnızca spesifik bir temel hak ihlalinin denetlenebileceği istisnai bir hukuk yolu, olağanüstü bir hukuki çaredir.

Öteki ülke raporlarında da belirtildiği gibi, anayasa şikayetin ikili bir işlevi vardır. Birinci işlevi, kişilerin sübjektif haklarını koruması, ikinci işlevi ise kararlar aracılığıyla kimi anayasal sorunlara açıklık getirilmesi, anayasa düzeninin korunmasına, yorumlanmasına ve geliştirilmesine katkıda bulunmasıdır.

Anayasa şikayeti için;

- 1) Bir temel hakkın kamu gücü tarafından ihlal edildiğine yönelik bir iddianın varlığı gerekir.
- 2) Bu iddia Anayasada sayılan temel haklardan birinin ihlal edildiğine yönelik olmalıdır. Dolayısıyla, bu yolun işletilebilmesi tüm haklar bakımından değil, yalnızca bu haklar bakımından söz konusu olacaktır.

Başvuru Hakkı

Başvuru hakkı, kamu gücü tarafından bir anayasal hakkı ihlal edilen -yabancılar ve vatansızlar dahil- herkese tanınmalıdır. Özel hukuk tüzel kişileri de bireysel başvuru yolundan yararlanır. Dernek, sendika, vakıf ve benzeri tüzel kişiler de anayasa şikayetinde bulunabilmelidir. Ancak söz konusu tüzel kişiler, üyelerinin çıkarlarını korumak için değil, kendileri açısından güvenceye alınmış bir hakkın çiğnenmesi ve bundan başvuran olarak doğrudan zarar görmüş olmaları durumunda başvurabilir. Ülke dışı tüzel kişiler ise etkili başvuru hakkı; adil yargılama hakkı; mülkiyet hakkı gibi kendileriyle doğrudan ilgili olan

hakların ihlali gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmelidir. Kamu hukuku tüzel kişileri, kamu gücünün taşıyıcısı oldukları için kural olarak anayasa şikayetinde bulunma hakkına sahip değildir. Ancak bu kuralın, hem Anayasa'dan hem de kamu tüzel kişilerinin bazı niteliklerinden kaynaklanan (Almanya'da olduğu gibi, belediyeler, üniversiteler, meslek kuruluşları vb.) bazı istisnalar öngörülebilir. İspanya'da meslek örgütleri, parlamento grupları, sendikalar, üniversiteler, siyasi partiler, belediyeler, özerk topluluklar gibi bazı kamu hukuku tüzel kişileri bireysel başvuru yolunu kullanılabilmektedir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, siyasi partiler temel hakların taşıyıcıları oldukları ölçüde haklarla ilgili olan konularda anayasa şikayetinde bulunabilir. Türkiye'de de siyasi partilerin kendi temel haklarına ilişkin bir ihlalin söz konusu olması durumunda anayasa şikayetinde bulunabilmeleri öngörülmelidir. Bir siyasi partinin bireysel başvuruda bulunmasının, AİHS'de tanınan hak ve özgürlükler bağlamında adil yargılanma hakkı, suç ve cezaların yasallığı, örgütlenme ve toplantı özgürlüğü, etkili başvuru hakkı; ayrımcılık yasağı gibi nedenlere dayanabileceği düşünülebilir.

Vatansızlar ve yabancılar, münhasıran Türk vatandaşlarına tanınan haklar açısından anayasa şikayetinde bulunamazlar.

Bir gerçek ya da tüzel kişinin anayasa şikayetinde bulunabilmesi için,

1) Başvuruda bulunacak kişinin bizzat, başvuruya konu olan kamu gücü işleminden etkilenmiş olması aranacaktır. Yani henüz anayasal hak ihlali doğurmamış bir kamu gücü işleminden (örn. bir idari düzenleme) etkilenecek olmak yeterli görülmez.

2) Başvuran, söz konusu kamu gücünden güncel olarak, yani o anda etkilenmiş olmalıdır. Gelecekte etkilenecek olmak başvuru için yeterli değildir.

Kanun Yollarının Tüketilmiş Olması

Anayasa şikayeti için bir hukuki koruma gereksiniminin, bir hukuki yararın varlığı gerekir. Eğer başvuranın hak ihlalini genel mahkemeler aracılığıyla ortadan kaldırmayı olanağı varsa, böyle bir hukuki yarar yok demektir. Bu kural, Anayasa şikayetinin ikincil (subsidiar) karakteriyle yakından ilgilidir. Anayasa Şikayeti yoluna, ancak bu yolla elde edilmek istenen amaca başka bir biçimde ulaşılamayacaksa başvurulabilir. Yasaların tanıdığı hak arama olanaklarının birey tarafından kullanılmamış olması ya da usule ilişkin nedenlerle başvurunun reddedilmiş olması durumlarında yargı yolunun tüketilmediği kabul edilecektir.

Olağanüstü kanun yollarına başvurmamış olmanın anayasa şikayetinde bulunmayı engelleyip engellemeyeceği ayrıca düşünülmelidir. Örneğin İspanya'da bu şart değildir. Ancak orada eğer bu yola başvurulmuşsa, işin sonuçlanmasının beklenmesi Anayasa Mahkemesi'ne başvuru için gerekli görülmektedir. Kanımızca Türkiye'de de benzer bir düzenleme yerinde olacaktır.

Almanya örneğinde, içtihat yoluyla geliştirilmiş üç koşuldan birinin varlığı halinde Mahkemenin, başvurunun kabulü için yargı yolunun tüketilmesi koşulunu aramayabildiği görülmektedir. Bunlar:

- 1) Kanun yollarının tüketilmesinden bir sonuç alınması beklenmemesi ;
- 2) Kanun yollarının tüketilmesinin beklenmesi, başvuran açısından ağır ve telafisi olanaksız bir zarara yol açacak olması;
- 3) Anayasa şikayetinin karara bağlanması, tüm toplumu ilgilendirecek, genel öneme sahip bir soruna ışık tutacak olması durumlarıdır.

Bu konuda benzer bir esneklik sağlayıp sağlamayacağı Anayasa Mahkemesi'nin takdir etmesi gereken bir konudur.

Başvuruya Konu Olabilecek İşlemler

Bir temel hakkı ihlal eden kamu güçlerinin eylem veya işlemleri anayasa şikayetinin konusu olacaktır. Bu, aynı zamanda kamu güçlerinin ihmalinden kaynaklanan hak ihlallerini de içerir. Kamu gücünden anlaşılması gereken yasama, yürütme ve yargı organlarıdır.

a) Yasama Erkinden Kaynaklanan İşlemler/Kararlar

Uygulanması için bir idari işleme gerek olmayan, doğrudan birey üzerinde etki doğuran yasalar için, bunların bir temel hakkı doğrudan zedelemesi durumunda bireysel başvuru yolu tanınmalıdır. Bir mesleğe hak kazanmayı düzenleyen, bir birliğin adını kaldıran, seçme ve seçilme hakkını ya da memurların özlük haklarını düzenleyen yasalar birey üzerinde doğrudan etki doğurabilecek yasalara örnek verilebilir.

Bir yasa nedeniyle temel hak ihlali iddiasıyla anayasa şikayetinde bulunabilmek için, temel hak ihlalinin başvuran için araya kanun yollarına başvurulabilecek başka bir işlem girmeksizin doğrudan ve güncel olarak mevcut olması aranacaktır.

Meclis kararlarına karşı ise, bunların kişilerin haklarını ihlal etmeleri söz konusu olmayacağına göre, anayasa şikayeti yolu kuşkusuz kapalı olacaktır.

Yasa koyucunun (eksik düzenleme dahil) ihmalinden kaynaklanan temel hak ihlallerine karşı anayasa şikayeti de mümkün olmalıdır. Böyle bir ihlalin var olup olmadığını belirlemek için, kural olarak, Alman hukukunda olduğu gibi, anayasa şikayetine konu olabilecek hak ve özgürlüklere ilişkin olarak yasa koyucunun düzenleme yapması için açık bir anayasa direktifinin bulunması koşulu aranmalıdır. Çünkü yasamanın ihmali, genel olarak yapmama

değil, anayasanın yapılmasını istediği, beklediği bir düzenlemeyi yapmama anlamına gelir. Aynı zamanda şikayetçinin, yasa koyucunun yapacağı yasada sübjektif bir hakkı ve çıkarı olduğunu da kanıtlaması gereklidir. Negatif statü hakları olarak adlandırılan, devletin bireyin hak ve özgürlük alanına karışmamasını gerekli kılan anayasal düzenlemelerin, doğaları gereği ilke olarak yasama organının ihmeline konu olamayacağı düşünülebilir. (Örn. md. 18/1: zorla çalıştırma yasağı; md. 21: konut dokunulmazlığı; md. 24/3: din ve vicdan özgürlüğü). Ancak, pek çok durumda bu hakların (maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, düzeltme ve cevap hakkı, hak arama özgürlüğü, mülkiyet hakkı vb.) kullanımını mümkün kılacak zorunlu düzenlemelerin yapılmamasının yasama organının ihmali ortaya çıkarabileceği de düşünülebilir.

Anayasa'nın yasa koyucuya açıkça yasal düzenleme yapmasını emrettiği (yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının seçme hakkı, ispat hakkı, devletin işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtme yükümlülüğü vb.) maddelerde bu çok açıktır. Ancak örtülü olarak yasa koyucuya böyle bir yükümlülüğün verildiği durumlar yoruma açık olacaktır. Genellikle "kanunla düzenlenir", "tedbirleri alır", "teşkilatı kurar", "devletin ödevidir" gibi ifadelerin kullanıldığı düzenlemeler (ailenin korunması, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının çocuklarının eğitimi vb.) kesin bir anayasa emrine işaret etmemektedir. Bu konuda yasama organına takdir hakkı bırakılmıştır. Bu düzenlemelerle ilgili olarak hangi ihmalin anayasal hak ihlali oluşturacağı Anayasa Mahkemesince her tekil olayda ayrıca araştırılacaktır.

Bu noktada sorulması gereken bir soru da, Anayasa'nın 152. maddenin son fıkrasında yer alan ve değişiklik önerisinde "iptal davası" da dahil edilerek genişletilen "Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararı"ndan sonra -on yerine- "beş yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla" tekrar başvuruda bulunulamayacağına ilişkin hükmün Anayasa Şikayeti bakımından etkisinin ne olacağıdır. Maddenin bu yeni biçiminin, Mahkemenin norm denetimi yetkisini sınırladığını, ancak Anayasa Şikayetleri ele almasına ve ihlal kararı vermesine engel olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nin daha önce "anayasaya aykırı" bulmadığı bir norma dayalı hukuki işlemlere karşı başarı şansının düşük olacağını söyleyebilirsek bile, olayla sınırlı ihlal kararı vermesine herhangi bir engel oluşturmayacağına kuşku yoktur.

b) Yürütme Erkinden Kaynaklanan İşlemler/Kararlar

İdarenin her türlü eylem ve işlemleri bireysel başvuru yolunun konusu olabilir. Kuşkusuz anayasa şikayetine konu olabilecek idari bir işlemin uygulanması gerekli işlemlerden (örn. bilirkişi raporları, tavsiyeler vb. bu nitelikte değildir) olması gerekir.

İdarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açık olduğuna göre, idari işlemlere karşı kanun yolları tüketilmeden doğrudan Anayasa Şikayeti başvurusu yapılması söz konusu olmayacak, böyle bir durum ancak kanun yollarının tüketilmesi aranmayan istisna hallerinde söz konusu olabilecektir.

Kanun hükmünde kararnamelere karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru için, yasalarda olduğu gibi doğrudan hak ihlali iddiasında bulunmak gerekecektir. Olağanüstü yönetim dönemlerinde (olağanüstü haller ve sıkıyönetim) çıkarılacak KHK'ler bakımından ise, Anayasa'nın 148/1 maddesi uyarınca soyut ve somut norm denetimi yolu kapalı olmakla birlikte, Anayasa Şikayeti yolunun kapatılmamış olduğunu söyleyebiliriz. Ancak, Anayasa'nın 13/1 ve 121 ve 122 maddeleri gereği temel haklar ve özgürlükler bakımından ilgili yasalarda (Olağanüstü Hal Kanunu ve Sıkıyönetim Kanunu) yer alandan öteye gidecek ek sınırlamalar getiremeyecek olan bu kararnamelere karşı, Anayasa'nın 15/1 maddesi hükümleri ("Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler" alma) çerçevesinde, yalnızca bu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen istisnaların ihlali iddiasının ileri sürülebileceğini söylemek mümkündür.

Anayasa, Cumhurbaşkanı'nın tek başına alacağı kararlara karşı "Anayasa Mahkemesi dahil yargı mercilerine başvurulamayacağını" söylediğine göre, bu kararlara karşı bireysel başvuru yolu da mümkün olmayacaktır. Buna karşılık HSYK ("yargı mercilerine başvurulamaz") ve YAŞ ("yargı denetimi dışıdır") kararlarına karşı böyle bir başvurunun yapılıp yapılamayacağını, Anayasaya eklenmesi düşünülen Anayasa Şikayetine ilişkin hükmün bu iki hükme kıyasla "özel hüküm" olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine bağlı olacağı söylenebilir. Buna herhalde yasada bir açıklık getirilecek ya da konu Anayasa Mahkemesi'nin yorumuna bırakılacaktır.

Öte yandan, Anayasada açıkça öngörülmemekle birlikte, Anayasa'nın verdiği yetkiye dayanarak yasalar yoluyla yargı denetimi dışında bırakılan idari kararlara (uyarı ve kınama cezaları, sıkıyönetim komutanının kararları vb) karşı Anayasa Şikayetinin mümkün olup olmayacağı ilgili yasa ile belirlenmelidir.

Bir hakkın ihlalinin, eksik düzenleme dahil idarenin ihmalinden kaynaklanması durumunda da anayasa şikayeti mümkün olacaktır. Bu durumda öncelikle yargı organına başvurulacak ve kanun yolları tüketilecektir. Bu durumda, davanın konusu idarenin ihmali değil, ihlali gidermeyen yargı kararı olacaktır.

c) Yargı Erkinden Kaynaklanan İşlemler/Kararlar

İhlin bir yargı organı kararı ya da ihmalinden kaynaklanması durumunda da bireysel başvuru yolu söz konusu olacaktır. Bu, adli, idari, askeri ve uyuşmazlık yargısının tüm kesinleşmiş kararlarını kapsayacaktır. Anayasa, Sayıştay kararlarına karşı yalnızca "idari yargıya başvurulamayacağını" (Any. m. 160) söylediğine göre, bu organın kararlarına karşı da Anayasa Şikayeti yolu açık kalmaktadır. Seçim yargısının en üst mercii olan Yüksek Seçim Kurulu'nun kararlarına karşı başka bir mercie başvurulamayacak olması, yukarıda belirtildiği gibi, Anayasa Şikayeti ile ilgili olarak Anayasa'ya eklenecek hükmün "özel hüküm" olarak görülüp görülmeyeceğine göre çözülecektir.

Anayasa Şikayetinde denetim spesifik anayasa hukukunun ihlali ile sınırlandırılmıştır. Almanya raporunda da açıkça belirtildiği gibi, "yargı kararını veren görevli mahkemedeki usulün biçimlendirilmesi, nesnel durumun tespiti ve değerlendirilmesi, anayasa altı hukukun yorumu ve tekil olaya uygulaması bu konuda görevli ve yetkili olan mahkemenin işi olup, AYM denetimi dışındadır". Eğer böyle olmasaydı, Anayasa'nın öngördüğü yüksek mahkemelerin son merci olmalarına aykırı bir durum ortaya çıkar ve Anayasa Mahkemesi bir "süper" temyiz mahkemesi durumuna dönüşürdü.

Anayasa hukuku, salt bir kararın anayasa altı normlar açısından hatalı olması ile ihlal edilmiş olmaz. Örneğin bir mahkeme kararının yasanın yanlış uygulanmasına dayalı hatalı bir karar olması, olağan kanun yolları aracılığıyla düzeltilmesi gereken bir durumdur. Anayasa Mahkemesi bir Anayasa Şikayetini değerlendirirken spesifik Anayasa Hukukunu (anayasal hakları) uygulayacaktır, Şikayetin başarılı olması için, hatanın temel hakların gözden kaçırılmış, ya da yanlış uygulanmış olmasından kaynaklanması gerekir. Kuşkusuz hiç de kolay olmayan bu ayırım ancak Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarıyla belirginleşebilir.

Yargı organının kararının bireysel başvuru konusu olmasının istisnası Anayasa Mahkemesi kararları olacaktır. Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma ve siyasi partilerin mali denetimine ilişkin kararları da dahil olmak üzere hiçbir kararı bireysel başvuru konusu olmayacaktır.

Başvuruya Konu olan Hak ve Özgürlükler

Anayasa Şikayetine konu olabilecek hak ve özgürlüklerin neler olabileceği Anayasa (ya da yasa) ile belirlenmiş olmalıdır. Bu hak ve özgürlüklerin ilke olarak "klasik" haklarla sınırlı tutulması doğru bir yaklaşımdır. Türkiye açısından bu bakımdan ortaya çıkan temel sorun, Anayasa'da yer alan ve "temel hak" olarak adlandırılan hakların tümünün Anayasa Şikayetine konu oluşturmamaları ve Anayasa Mahkemesi'nin yükünü azaltmak bakımından bir sınırlamaya gitmenin zorunlu olmasıdır. Anayasa Şikayeti hakkının bu Kısımın ikinci ve dördüncü bölümleriyle sınırlanması düşünülebilecek olmakla birlikte, bunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller çerçevesinde "eksik" (ve kısmen "fazla") olacağı söylenebilir. Bu durumda, bu hakları Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin Anayasa değişikliği önerisinde yer alan ve AİHS'ne atıfla sınırlayan ve böylece AİHM ile paralellik kurmayı amaçlayan formül uygun gözükmemektedir. Ancak, Anayasamızda yer alan bazı hak ve özgürlüklerin AİHS'ne göre daha kapsamlı olarak düzenlendiği (örn. seçme hakkı, düzeltme ve cevap hakkı gibi) görülmektedir. Öte taraftan Türkiye AİHS'nin tüm ek protokollerine (4.,7. ve 13. protokoller) taraf olmadığı gibi, Anayasa değişikliği önerisinde yer alan düzenleme taraf olmayı öngörmeksizin geleceğe yönelik bir yükümlülük de kurmaktadır.

Bu durumda, bizim önerimiz bu sınırlamanın "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve sözleşmenin Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller kapsamında yer alan bu Anayasa tarafından tanınmış hak ve özgürlükler" biçiminde ifade edilmesidir. Bir başka olasılık da, sakıncalı olmakla birlikte, 148. maddede Anayasa Şikayetine yer verirken, hangi hakların bu şikayete konu olabileceğini ilgili yasaya bırakmaktır.

AİHS'ne yukarıda öngörülen biçimde atıf yapılması durumunda, bireysel başvuru yoluna konu olabilecek temel hak ve özgürlükler şöyle sıralanabilir:

AİHS, Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller ve Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler:

1) Yaşam hakkı (AİHS md.2): An. m. 15/2 (savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümlerle, ölüm cezalarının infazı dışında, kişinin yaşama hakkına ... dokunulamaz); 17/1 (herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir); m. 38/9 (savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları dışında ölüm cezasını yasaklayan hüküm)

2) İşkence ve benzeri kötü ya da onur kırıcı muamele yasağı (AİHS md.3): An. m. 17.

3) Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (AİHS md.4): An. md. 18.

4) Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (AİHS md.5): kişilerin keyfi olarak yakalanamamasını ve tutuklanamamasını ifade eden söz konusu hak, An. md. 19 ile güvenceye alınmıştır.

5) Adil yargılanma hakkı (AİHS md.6): "Herkesin ... adil yargılanma hakkına sahip" olması ilkesi, 2001 yılında Anayasada yapılan değişikliklerle 36. md.ye eklenmiştir. Adil yargılanma hakkı, başvurana uyuşmazlığının çözümü için bir yargı yerine başvurabilme hakkını ve bu başvurunun etkin olması kuralını; davanın hakkaniyete uygun olarak dinlenmesi hakkını (sanığın, suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa zamanda ve anladığı dilde, ayrıntılı olarak haberdar edilmesi; sanığın savunmasını hazırlamak için gerekli süre ve kolaylığa sahip olması; bazı durumlarda sanığın re'sen tayin olunan bir avukatın yardımından yararlanabilmesi; sanığın kendisini bizzat ya da seçeceği bir avukat yardımıyla savunabilmesi; sanığın yargılamaya katılma olanağına ve duruşmada dinlenen tanığa soru sorma olanağına sahip olması; yargılamada ya da yargılama dışında kullanılan dili anlayamayan ya da konuşamayan sanığa ücretsiz olarak bir çevirmen sağlanması ve sanığı suçlayan tüm belgelerin çevrilerek sanığa

verilmesi davanın hakkaniyete uygun olarak dinlenmesi hakkı içinde yer alır.); makul sürede yargılanma hakkını da içerir.

Ayrıca, suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen An. md. 38'de adil yargılanma hakkı ile doğrudan bağlantılı bazı güvenceler bulunmaktadır. Bunların dışında mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen An. md. 138; hakimlik ve savcılık teminatını düzenleyen An. md. 139; hakimlik ve savcılık mesleğini düzenleyen An. md. 140; duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olmasını hükme bağlayan An. md. 141; mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla düzenleneceğini belirten An. md. 142 de adil yargılama hakkının içinde yer almaktadır.

6) Suç ve cezaların yasallığı (AİHS md.7): An. md. 15/2 (...suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanınca kadar kimse suçlu sayılamaz.) ve 38/1'de güvenceye alınmıştır.

7) Özel yaşama, aile yaşantısına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı (AİHS md.8): Anayasada özel ve aile yaşamın gizliliği ve buna saygı gösterilmesi md.20'de; konut dokunulmazlığı md. 21'de; ve haberleşme özgürlüğü md. 22'de düzenlenmiştir. Ayrıca md. 26/2, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılmasının... başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının ... korunması amacıyla sınırlanabileceğini belirtmektedir.

8) Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (AİHS md.9) ile düşünceyi ifade özgürlüğü (AİHS md.10): Düşünce ve kanaat özgürlüğü An. md. 25'te; din ve vicdan özgürlüğü An. md.24'te; düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü de An. md. 15/2; 25; ve 26'da düzenlenmiştir.

AİHM, bir çok kararında devlet organlarının, dinsel inancı farklı kişilere yönelik ayrımcılık yapamayacağı sonucuna varmıştır. Dolayısıyla An. md. 10'da düzenlenen eşitlik ilkesi de din ve vicdan özgürlüğü ile bağlantılıdır. Düşünceyi ifade özgürlüğü AİHM tarafından geniş olarak yorumlanmakta ve sanat eserleri ya da filmler gibi konuların da söz konusu maddenin korumasından yararlandığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla düşünceyi ifade özgürlüğünün uzantısı niteliğinde olan birtakım haklar vardır. Örneğin, AİHS tarafından açıkça korunmamasına karşın basın özgürlüğü ile sanat ve bilim özgürlüğü düşünceyi ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir. Özel radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek de AİHM kararlarına göre haberleşme özgürlüğünün bir parçasıdır. Bu doğrultuda, bilim ve sanat özgürlüğünü (md. 27), basın özgürlüğünü (md. 28), süreli ve süresiz yayın hakkını (md. 29), basın araçlarının korunmasını (md. 30), kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkını (md. 31); özel radyo ve televizyonların kurulmasını ve işletilmesini olanaklı kılan (md. 133) ve düzeltme ile cevap hakkını (md. 32) düzenleyen Anayasa hükümlerine aykırılıkların de bireysel başvuru konusu olabilmesi gerekmektedir.

9) Örgütlenme ve toplantı özgürlüğü (AİHS md. 11): Sözleşme, söz konusu düzenleme çerçevesinde sendika ve dernek ile toplantı kurma, bunlara üye olma özgürlüklerini güvenceye almaktadır. Siyasi partiler de AİHM kararlarında öteden beri örgütlenme özgürlüğünün içinde değerlendirilmektedir. Anayasanın dernek kurma özgürlüğünü (md. 33); toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını (md. 34); sendika kurma hakkını (md. 51); toplu iş sözleşmesi yapma hakkını (md. 53); grev hakkını ve lokavtı (md. 54); siyasi parti kurma, partilere üye olma ve üyelikten çıkma hakkını (md. 68) ve siyasi partilerin uyacakları esasları (md.69) düzenleyen maddelerinin ihlali gerekçesiyle anayasa şikayetinde bulunulabilecektir.

10) Evlenme ve aile kurma hakkı (AİHS md. 12): Söz konusu düzenleme farklı biyolojik cinsiyete sahip kişilerin geleneksel evliliğini esas almakta; ailenin "kurulması"ni değil,

mevcut aileyi korumaktadır. Bu çerçevede, "ailenin korunması" başlığını taşıyan An. md. 41 de anayasa şikayetinin konusu olabilecektir. Evlenme hakkı ise Anayasamızda düzenlenmemiştir.

11) Etkili başvuru hakkı (AİHS md. 13): söz konusu düzenleme bir yargılama güvencesi içermekte ve Sözleşmenin ihlal edildiği iddiasıyla birlikte, yani Sözleşmenin başka hükümlerinin ihlal edilmesi halinde ileri sürülebilmektedir. Anayasanın hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. ve 40. md.leri etkili başvuru hakkına ilişkin bir düzenlemedir.

12) Ayrımcılık yasağı (AİHS md.14 ve Ek 12 no.lu protokol): An. md. 10'da düzenlenen eşitlik ilkesine karşılık gelmektedir. Öğretide, AİHS'de yer alan ayrımcılık yasağının, bağımsız bir ilke olmayıp Sözleşmenin ve ek protokollerin diğer hükümleriyle birlikte yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir. Bu nedenle ayrımcılık yapıldığı ileri sürülen konunun mutlaka sözleşme ve ek protokollerde güvence altına alınan bir hakka ilişkin olması gerekir. Ancak, 14. md.nin ihlal edilmiş sayılabilmesi için, aynı zamanda ilgili olduğu hakkın da ihlal edilmiş olmasına gerek yoktur. Anayasanın 10. md.sine dayanan anayasa şikayetleri de bu biçimde değerlendirilebilir.

13) Mülkiyet hakkı (AİHS Ek 1 no.lu protokol md. 1); An. md. 35'te düzenlenmiştir. AİHM kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesini de mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir. Dolayısıyla Anayasanın kamulaştırma ve devletleştirme ilişkin düzenlemeleri (md. 46 ve 47) de bu bağlamda önem taşımaktadır.

14) Eğitim ve öğrenim hakkı (AİHS Ek 1 no.lu protokol md.2): Söz konusu hüküm birinci cümlesi eğitim hakkını güvenceye almaktadır. AİHM kararına göre ilgili hüküm aynı zamanda ailenin çocuğu yetiştirme hakkını ve devletin, ailenin çocuğun nasıl yetiştirilmesi ve ne tür eğitim verilmesine ilişkin düşüncelerine saygı duyması zorunluğunu da içermektedir. İkinci cümle: "ebeveynin bu eğitimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre temin etme" hakkından söz etmektedir. Anayasanın 174. md.si uyarınca, Tevhid-i Tedrisat Kanununun hiçbir hükmü Anayasaya aykırı olarak anlaşılabilir ve yorumlanamaz. Türkiye, söz konusu protokolü Tevhid-i Tedrisat Kanunu hükümlerini saklı tutarak onaylamıştır.

15) Serbest seçim hakkı (AİHS Ek 1 no.lu protokol md.3): Sözleşmenin ilgili maddesine göre, "Yüksek akid taraflar, teşrii organının intihabı hususunda halkın kanaatinin serbest olarak izharını sağlayan şart dahilinde uygun sürelerle gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler". Buna göre, uygun sürelerle, serbest ve gizli oyla seçim yapılması ile bireysel seçim hakkı söz konusu maddede güvenceye alınmıştır. Anayasanın seçme ve seçilme hakkını (67. md.); TBMM'nin kuruluşunu (md. 75); milletvekili seçilme yeterliğini (md. 76); TBMM'nin seçim dönemini (md. 77); seçimlerin geriye bırakılmasını ve ara seçim usulünü (md. 78); seçimlerin genel yönetimine (md.79); TBMM başkanlık divanının kuruluşu ve işleyişine (md. 94); Cumhurbaşkanı seçilme yeterliğini (md. 101); seçimini (md. 102); görev ve yetkilerini (md.104); yapılacak genel seçimler öncesinde geçici bakanlar kurulu oluşturulmasını (md. 114); ve TBMM seçimlerinin Cumhurbaşkanı'nca yenilenmesini (md.116) düzenleyen hükümleri söz konusu serbest seçim hakkına ilişkindir. Anayasanın 67/2 maddesi AİHS'ni aşar biçimde "yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının" oy hakkını garanti etmektedir.

Türkiye'nin henüz taraf olmadığı 4. ve 7. protokollerde yer alan, aynı zamanda Anayasada da yer alan hak ve özgürlükler

1) Sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle kişi özgürlüğünü kısıtlama yasağı (AİHS Ek 4 no.lu protokol md.1): An. md. 38/8.

2) Seyahat ve yerleşme özgürlüğü (AİHS Ek 4 no.lu protokol md.2): An. md.23.

3) Vatandaşların sınır dışı edilmesi ve ülkeye girmelerinin engellenmesi yasağı (AİHS Ek 4 no.lu protokol md.3): An. md.23/6.

4) Eşler arasında eşitlik (AİHS Ek 7 no.lu protokol md.5): An. md. 41/1.

5) Yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmeleri yasağı ile; Meşru yollardan ülkede bulunan yabancıların keyfi olarak sınır dışı edilmesi yasağı (AİHS Ek 4 no.lu protokol md.4; AİHS Ek 7 no.lu protokol md.1): An. md. 16 (milletlerarası hukuka uygun olma koşulu)

6) Bir suçtan hüküm giyen kişinin üst mahkemeye başvurma hakkı (AİHS Ek 7 no.lu protokol md.2): An. md.36/1 ve 40/1 (hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma)

7) Haksız hüküm giyen kişiye tazminat hakkı (AİHS Ek 7 no.lu protokol md.3): An. md. 40.

8) Aynı suçtan iki kere yargılanamama ve cezalandırılmama (AİHS Ek 7 no.lu protokol md.4): an. md. 36/1; md. 38.

Yukarıda sayılanlar dışında kalan anayasal haklar için ise bireysel başvuru yolu mümkün olamayacaktır. Dolayısıyla, örneğin “evlenme hakkı”nda olduğu gibi, AİHS’de düzenlenip bizim anayasamızda yer almayan hak ve özgürlükler için Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakkı söz konusu olamayacaktır. Kuşkusuz her hangi bir hak, Anayasa tarafından korunan ve anayasa şikayetine konu olabilen başka bir hakkın içinde yer alıyorsa, bireysel başvuru yolundan yararlanabilecektir.

Başvurunun Süresi

Anayasa Şikayeti ile ilgili yasa başvurunun süresini belirtmek durumundadır. Bu sürelerin kısa tutulması, hızlı bir denetimin gerçekleşmesi açısından yerinde olacaktır. Yasalar açısından bu sürenin somut norm denetimi için öngörülen 60 günlük süreden bir miktar daha uzun olması doğru olacaktır. İdari işlem ve yargı kararlarına karşı ise, Almanya’da olduğu gibi, ihlalin kaynağını oluşturan işlemin başvuru hakkı sahibine bildiriminden başlayarak 30 gün içinde yapılmasının öngörülmesi yerinde olur.

İhmal yoluyla ihlalde başvurunun, ihmal devam ettiği sürece yapılabileceği kabul edilmelidir. Kamu gücünün ne kadar süreyle hareketsiz kalması ihmal olarak değerlendirilebilir? Kamu gücünün belli bir işlemi yapması bakımından süreye ilişkin herhangi bir düzenleme varsa sorun yoktur. Böyle olmayan durumlarda, her somut durumda, kamu gücünün hareketsizliğinin “makul süreyi aşan bir süreden beri” devam ediyor olması koşulu aranacaktır.

Anayasa Şikayetinin Görüşülmesi

Anayasa değişikliği önerisinde de belirtildiği gibi, bireysel başvuru yolunun tanınmasıyla Anayasa Mahkemesi’nin iş yükü çok artacaktır. Bu nedenle Mahkemenin Almanya ve İspanya’da olduğu gibi dairelere bölünerek çalışması, iş yükünün paylaşılmasını ve davaların daha hızlı bir biçimde sonuçlanmasını sağlayıcı bir çözüm yolu olacaktır. Anayasa değişikliği önerisine göre, mahkeme iki daireden oluşacak ve iki daire de anayasa şikayeti davalarına bakacaktır. Ancak, yasa ile -uzmanlığı geliştirmek amacıyla- daireler arasında Anayasa şikayetine konu olabilecek haklar bakımından bir paylaşım öngörülmesi de düşünülebilir.

Anayasa Şikayeti Başvurusunun Görüşülebilirlik (Kabul) Koşulları

Anayasa Şikayetinin temel sorunu, temel hakların etkili bir biçimde korunmasının sağlanması ile, Anayasa Mahkemesi'nin bu başvuru yolunun kabulü ile üstlenmek zorunda kalacağı ağır iş yükü arasındaki dengeyi kurma noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu yükü azaltmak ve etkili bir denetim yapabilmek için, genel bir yeniden yapılanma çerçevesinde, şikayetin Mahkeme kararına konu olmadan önce bir "ön inceleme"ye tabi tutulması kaçınılmazdır.

Anayasa değişiklik önerisi bunun bir "ön inceleme komisyonu" tarafından yapılmasını öngörmektedir. Anayasa Şikayetinin Mahkeme kararına konu olması için, şikayetleri görüşecek her iki dairede (en fazla üç) yargıçlardan oluşacak bir ön inceleme komisyonunun oy birliği ya da oy çokluğu alacağı bir karar aranabilir. Ya da tersine oy birliği ile reddedilmeyen anayasa şikayetlerinin ilgili daireye intikali sağlanabilir. Değişiklik önerisinin öngördüğü gibi bu konular yasa ile düzenlenecektir.

Komisyonun ön incelemesi, öncelikle başvurunun ilgili yasa ile ayrıntılandırılacak başvuru koşullarını (süre; dava ehliyeti; yazılı başvuru koşulu; ihlal edildiği ileri sürülen temel hakkın anayasa şikayetinin konusu olup olamayacağı; kanun yollarının tüketilip tüketilmediği gibi) taşıyıp taşımadığına yönelik olacaktır.

Komisyonun ön incelemede ikinci bakacağı husus şikayetin içeriği olacaktır. İlgili yasanın buna ilişkin ilkeleri açıkça belirtmesi doğru olur. Başvurunun başarı şansı olup olmadığı, davanın anayasa hukuku açısından önemi, karar alınmamasının başvuran açısından ağır bir zarar doğurup doğurmadığı, mahkemenin şikayete konu olan anayasal sorunu daha önce çözüp çözmediği, somut olayı çözümlenmiş benzer pek çok durumu açıklığa kavuşturup kavuşturmayacağı gibi ilkelerin öngörülmesi, bu kurumun işletilebilmesi ve kendinden beklenen işlevi yerine getirebilmesi için gereklidir.

Ön inceleme komisyonuna, Almanya'da olduğu gibi, mahkeme içtihadı ile daha önce karara bağlanmış konularda -yasaların iptali dışında- doğrudan Anayasa Şikayetini haklı bulma yetkisi verilip verilemeyeceği de düşünülmelidir.

Anayasa Şikayetinin Haklı Bulunmasının Sonuçları

Ön inceleme aşamasından geçen başvurular, ilk incelemeyi yapan komisyonun bağlı bulunduğu daire tarafından esastan incelenecektir.

Daire bir Anayasa Şikayetini haklı bulduğu zaman, hangi işlemin ya da ihmalin Anayasanın temel haklara ilişkin hangi hükmüne aykırı düştüğünü belirtmelidir.

Anayasa Şikayetinin bir yasa ya da KHK hükmünün Anayasaya aykırılığına dayanması durumunda, ilgili hüküm daire tarafından iptal edilecektir. Bir idari ya da yargısal işlemin Anayasaya aykırı bir yasaya dayanması durumunda da Mahkeme ilgili yasayı talep olmasa bile iptal edebilecektir.

Bir idari işlem ya da yargı kararına karşı yapılan Anayasa Şikayetinin haklı bulunması durumunda mahkeme bu işlemi kaldıracaktır. Kaldırılacak işlemler hak ihlalinin ortaya çıktığı noktaya kadar geri gidecektir.

Bir yargı kararına karşı yöneltilen Anayasa Şikayetinin haklı bulunması durumunda, Mahkeme konuyu yetkili yargı organına geri gönderecektir.

Anayasa şikayeti başvurusunun temel hakkı ihlal ettiği ileri sürülen bir kamu gücü işleminin/kararının uygulanmasını durdurucu etkisi olmaz. Ancak, davaya konu olan işlemin/kararın uygulanması, "başvurunun amacını kaldıracak ölçüde bir zarara neden olma

olasılığı taşıyorsa” ya da (“başka bir nedenle kamu yararı için ivedi olarak gerekliyse”) Anayasa Mahkemesi geçici tedbir kararı olarak davaya konu olan işlemin/kararın uygulanmasını dava sonuçlanıncaya kadar askıya alabilmelidir. Geçici tedbir kararı hem İspanya’da hem de Almanya’da Anayasa Mahkemesi’ne tanınmış bir yetkidir. Anayasa değişikliği teklifinde “yürürlüğün durdurulması” olarak adlandırılan bir tür tedbir kararının yalnızca somut norm denetimi davaları bakımından öngörülmüş olması kanımızca önemli bir eksikliklerdir. Tam tersine, böyle bir geçici tedbir kararının tam da bireysel başvurular bakımından gerekli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Kamu gücünün bir ihmal sonucu hak ihlali ortaya çıktığına ilişkin başvurularda Anayasa Mahkemesi ancak temel hakkın zedelendiğini tespit edebilecektir. Bu durum özellikle yasamanın ihmal bakımından ortaya çıkabilecektir. Mahkemenin, yasama organını yasa yapmaya zorlayıcı bir karar alması kuşkusuz söz konusu olamaz. Bu, güçler ayrılığı ilkesinin bir gereği ve sonucudur. Ancak ihmalin anayasaya aykırı olduğunun saptanması, yasa koyucuya düzenleme yapması gereğini de içerecektir.

Sonuç:

Anayasa yargısı sistemimize bireysel başvuru yolunun getirilmesi, kamu güçlerinin AİHS’de güvenceye alınan temel hak ihlallerini önlemek için öngörülen bir hukuki yol olacaktır. Bu yol, Almanya raporunda belirtildiği gibi, temel hakların anayasa altı normlara yansımalarını sağlayacaktır.

Bireysel başvuru yolunun tanındığı ülkelerde, başvuruların çok sıkı bir ön elemeden geçirilmesi ve başarı oranlarının genellikle çok düşük olması, bizde bu kurumun önemsiz olduğu yolunda bir izlenim yaratmamalıdır. İlgili literatürde sıkça belirtildiği gibi, yalnızca haklı bulunan başvurular değil haklı bulunmayan başvurular da, temel haklar hukukunun gelişmesine katkıda bulunacaktır.

Ancak, Anayasa Şikayetinin AİHM’ye başvuruyu geciktirici bir etki yapmamasını sağlayacak yöntemlerin iyice düşünülüp gerçekleştirilmesi büyük önem taşımaktadır. Bu yolun işletilişi, AİHS’nin 6. maddesinde yer alan yargılamanın “makul sürede” bitirilmesine ilişkin kural, AİHM içtihatları ve Anayasanın 141/4 maddesindeki (“mümkün olan süratle sonuçlandırma”) çerçevesinde düşünülmelidir. Bir başka deyişle bu kurumun kabulü, kişilerin ulusalüstü hukukun bir süjesi olarak hak arama özgürlüğünü geciktirici ve zorlaştıran bir etki yapmamalıdır.

Düşünülmesi gereken ve bizim bu bağlamda ortaya atmak istediğimiz bir soru da, Anayasa Şikayeti kurumunun kabulü halinde, AİHM kararlarına bağlı olarak yasayla öngörülen “yargılamanın yenilenmesi”ne gerek kalıp kalmayacağıdır. Çünkü, bunun muhafaza edilmesi Anayasa Şikayeti yolu sonucunda da haklı bulunmayan bir ihlal iddiasının, AİHM’de kabul görmesi durumunda, yeni bir yargılamanın başlayacak olması nedeniyle bir fasit dairenin oluşması anlamına gelebilecektir. Bu durumda yürütülecek bir yargılama “hak ihlali olmadığı” yolundaki bir Anayasa Mahkemesi kararı ile bundan farklı bir AİHM kararı arasında sıkışacak, yeniden verilecek kararın bir kez daha Anayasa Şikayeti yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne gidebilecek olması durumu iyice karıştıracaktır.