

**TÜRKİYE'DE ANAYASA MAHKEMESİ'NE
BİREYSEL BAŞVURU HAKKININ
(ANAYASA ŞİKÂYETİ) 6216 SAYILI KANUN
KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**
AN ASSESSMENT OF THE RIGHT TO CONSTITUTIONAL
COMPLAINT IN TURKEY IN LIGHT OF THE LAW NO. 6216

Ece GÖZTEPE*

Özet: 5982 sayılı ve 7 Mayıs 2010 tarihli Anayasa Değişikliği Hakkında Kanunla kabul edilen anayasa şikâyeti kurumu, yeni Anayasa Mahkemesi Kanunuyla somutlaştırılmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin özgül bir koruma yöntemi olan bu kurum, Türk anayasa yargısı açısından yepyeni bir dönemin başlangıcını teşkil etmektedir. Makale, yeni kanundaki düzenlemeleri anayasa şikâyetinin özü bağlamında değerlendirmekte ve kurumun başarı şansını artırmak için öneriler getirmektedir.

Anahtar Sözcükler: Anayasa Şikâyeti, anayasa yargısı, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun

Abstract: The amendment of the Constitution from May 7, 2010 (No. 5982) has been introduced the constitutional complaint remedy which has to be concretised by the law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court. Constitutional complaint is one of the most effective remedies to protect the fundamental rights and freedoms. It constitutes a new challenge for the Turkish constitutional review system. The article analyzes the rules on constitutional complaint of the new law on Constitutional Court in a comparative basis and develops some suggestions to advance the chance of success of this new remedy.

Keywords: Constitutional complaint, constitutional review, Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court (No. 6216)

* Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Giriş

7 Mayıs 2010 tarihinde TBMM tarafından kabul edilip 13 Mayıs 2010 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan, ancak 12 Eylül 2010 tarihli halkoylaması sonucunda yürürlüğe giren 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun¹, yargı alanında çok kapsamlı değişiklikler öngörmektedir. Bu değişiklikler arasında Anayasa Mahkemesi’nin kuruluşu, üyelerinin görev süresi, Mahkeme’nin görev ve yetkileri ile çalışma ve yargılama usulleri hakkındaki kökten yenilikler de yer almaktadır. Anayasa’nın 148. maddesine eklenen üç, dört ve beşinci fıkralar ile Anayasa Mahkemesi’ne “bireysel başvuruları” inceleme yetkisi verilmiştir². Buna göre,

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir”.

Anayasa değişikliği teklifinin madde gerekçesinde, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkının tanınmasına gerekçe olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) Türkiye aleyhine her yıl binlerce başvuru yapılması gösterilmiştir. Bu yeni kurumla hedeflenen amaç, bu başvuruların iç hukuk yollarında çözüme bağlanmasıdır. Bu hak doğrultusunda yapılacak insan hakları ihlâl başvurularının incelenmesi ve karara bağlanması, Anayasa Mahkemesince gerçekleştirilecek, böylelikle AİHM’ye yapılacak başvurular azaltılacaktır. Bireysel başvuruda bulunabilmek için, olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

¹ Halkoylamasında seçmenlerin %57,88’i “evet”, %42,12’si ise “hayır” oyu kullanmıştır. Resmi sonuçlar için bkz. 23 Eylül 2010 tarih ve 27708 sayılı Resmi Gazete.

² Türk hukuk literatüründe genellikle “anayasa şikayeti” kavramı kullanılmaktadır. Aşağıdaki ülke örneklerinde de görüldüğü gibi, bazı ülkelerde bireylere de somut herhangi bir dava olmaksızın Anayasa Mahkemesi’ne doğrudan doğruya anayasa aykırılık iddiasında bulunma hakkı tanınabilmektedir. Bu anlamda bireysel başvuru yolu, anaya şikayeti niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle Türk anayasa yargı sistemi ve Anayasa Mahkemesi’ne başvuru yolları dikkate alındığında, 148. maddede düzenlenen yeni hakkın, anayasa şikayeti olarak ifade edilmesi daha doğrudur.

Her ne kadar gerekçenin devamında, bireysel başvuru yolunun kabul edilmesinin, bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacağı ve kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacağı belirtilmekteyse de, asıl amaç, AİHM'ye başvuruda Anayasa Mahkemesi'ni bir iç hukuk filtresi haline getirmektir³. Bu asli hedef nedeniyle de, bireysel başvuru konusu yapılabilecek temel hak ve özgürlükler, Anayasa'nın İkinci Kısımının İkinci, Üçüncü ve Dördüncü Bölümlerinde düzenlenen temel hak ve özgürlükler değil, "Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki herhangi birisidir". Dolayısıyla bireysel başvuru hakkının kapsamı, AİHS mekanizmasıyla organik bir bağ içerisindedir⁴.

3 Nisan 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile Anayasa'nın 148/V doğrultusunda bireysel başvuruya ilişkin usul ve esasları düzenlendi. Yasakoyucu, anayasa

³ 5 Nisan 2010 tarihli 2/656 numaralı kanun teklifi, s. 10 vd.

⁴ Anayasa Mahkemesi'nin kendi görev alanıyla ilgili olarak 2004 yılında hazırladığı anayasa değişikliği önerisinde ve Türkiye Barolar Birliği'nin (TBB) hazırladığı 2001 ve 2007 tarihli anayasa önerilerinde AİHS ile ilişkilendirilen anayasa şikâyeti hakkı, bu makalenin yazarının aksine organik bir bağ olarak anlaşılmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin önerisinde şu ifade yer almaktadır: "Anayasa şikâyeti, ilke olarak klasik haklarla sınırlı tutulmaktadır. Ancak, Anayasanın temel haklara ilişkin üçlü sınıflaması içinde bunları ayırmanın zorluğu karşısında Anayasa şikâyeti yoluyla sağlanacak korumanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulması uygun görülmüştür. Böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasıyla da bir paralellik kurulmuştur". Aynı şekilde TBB'nin 2007 yılındaki Anayasa Önerisinde de AİHS ile ilişkin organik değil, pratik-işlevsel bir zorunlulukla açıklanmıştır: "Gerek TOBB'nin ve gerekse TBB'nin 2001 yılında hazırladığı Anayasa taslaklarında Anayasa şikâyeti, AİHS'nin koruduğu hak ve özgürlüklere karşılık olarak Türk Anayasası'nda yer alan temel hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulmuş, Anayasa Mahkemesi de sunduğu taslakta aynı formülü benimsemiştir. Aslında bu formül, Türk Anayasası'nın haklar katalogundaki uyumsuzlukların zorladığı pratik bir çözümdür. Çünkü sosyal ve ekonomik haklardan kullanılmalari devletin olumlu bir edimine bağlı olanlar, ilke olarak Anayasa şikâyeti kurumu ile korunmaya elverişli değildir. Ancak Anayasa'mızın sosyal ve iktisadi haklar bölümünde yer alan sendika, grev ve toplu sözleşme gibi hakların kullanımı ilke olarak devletin olumlu bir edimine bağlı olmayıp, bu tür haklar yapıları itibariyle klasik haklardan farklıdır. Bu tür hakların ya tek tek sayılması ya da AİHS'deki haklarla paralellik kurularak açıklanması gerekiyordu. Yukarıda anılan taslaklarda ikinci yol daha pratik ve esnek olduğu düşüncesiyle tercih edilmiştir. Bu formülle kastedilen AİHS'deki hakların ihlali değil, Türk Anayasası'nda bunlara tekabül eden hak ve özgürlüklerin ihlalidir". Krş. Madde 166'nın gerekçesi, s. 292.

şikâyetini ayrı bir kanunda düzenlemek yerine, 2949 sayılı eski kanunda olduğu gibi, Anayasa Mahkemesi'nin yetki ve görevlerinin neredeyse tamamını tek bir kanunda düzenleme yolunu seçmiştir. Bu çalışmanın amacı, Anayasadaki düzenlemeden başlayarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkını düzenleyen kanun hükümlerini, kurumun işlevi doğrultusunda analiz etmektir. Bu nedenle ilk önce, bazı ülkelerdeki Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru türlerine bakılarak, bu kurumun özü hakkında genel bir bilgi verilecektir. Genel anlamda Anayasa Mahkemesi'ne başvuru, özelde de anayasa şikâyeti uygulaması, değişik ülkelerde farklı biçimlerde somutlaştırılmıştır. Kısaca örnek verilen ülkelerin özelliği, gerçek anayasa şikâyetinin en iyi örnekleri olmalarından kaynaklanmaktadır (I). Daha sonra 6216 sayılı kanunun oluşum süreci, hükümet tasarısından başlayarak yasama sürecinin bütün aşamaları incelenerek değerlendirilecektir (II). Çalışmanın ana gövdesini, 6216 sayılı kanunun bireysel başvuruya ilişkin hükümlerinin ayrıntılı bir analizi oluşturmaktadır (III). Sonuç kısmında ise, kurumun başarıya ulaşması için gerekli görülen yasal düzenleme önerilerine yer verilmiştir.

I. Anayasa Şikâyeti: Kavram ve Farklı Ülke Uygulamaları Üzerine Kısa Bir Değerlendirme

Avrupa Konseyi bünyesinde görev yapan Venedik Komisyonu'nun 2004 tarihli anayasa değişikliği taslağının Anayasa Mahkemesi ile ilgili kısımlarına ilişkin görüşünde⁵ de belirtildiği üzere, Almanya (*Verfassungsbeschwerde*) ve İspanya'da (*recurso de amparó*) en kapsamlı örnekleri görülen anayasa şikâyeti kurumu, Rusya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Slovenya, Makedonya, Hırvatistan, Macaristan, İsviçre ve Avusturya'da da değişik biçimlerde kabul edilmiştir⁶. Her ülke, anayasa şikâyeti kurumunun kapsamını kendi hukuk sisteminin bütünlüğünü ve iç tutarlılığını gözetenek değişik işlemlere karşı kabul etmekte ve kurumun yapısı temel siyasal tercih doğrultusun-

⁵ Opinion 296/2004, CDL-AD (2004)024 (29.06.2004), s. 6.

⁶ Venedik Komisyonu'nun 538/2009, CDL-AD (2010)039 sayılı (27.01.2011) "*Study on Individual Access to Constitutional Justice*" çalışmasında, Avrupa dışında diğer ülkelerdeki başvuru yolları da ayrıntılı biçimde ele alınmıştır.

da belirlenmektedir. Literatürde genellikle “*gerçek anayasa şikâyeti*” ve “*gerçek olmayan anayasa şikâyeti*”⁷ olmak üzere ikili bir ayırım yapılarak, teknik anlamda anayasa şikâyeti, anayasayla güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin önlenmesi amacını taşıyan bireysel başvuru hakkı olarak tanımlanmaktadır. Başka bir nedenle kişilere tanınan Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkı ise genel anlamda bireysel başvuru olmakla birlikte, anayasa şikâyeti olarak kabul edilmemektedir⁸.

Yukarıda anılan ülkelerden Almanya’da, anayasa şikâyetinin en kapsamlı biçimlerinden birisi uygulanmaktadır⁹. Yasama, yürütme ve yargı olmak üzere, bütün kamu gücü işlemleri anayasa şikâyeti konusu yapılabilir. Anayasa şikâyeti bu ülkede 1949 Anayasası’yla değil, 1951 yılında federal bir yasayla ilk kez sisteme dahil edilmiş, kurumun başarısı üzerine 1969 yılında Anayasada düzenlenmiştir. Anayasa şikâyeti kurumunun varlığı, Almanya’daki birçok kritik sosyal politika konusunun Mahkeme’nin kararıyla çözüme kavuşturulmasına olanak tanımıştır (kürtaj, vicdani red, ortam dinleme, eşcinsel evlilik vb.)¹⁰. Mahkeme’nin kritik konulardaki kararları, temel hak ve özgürlüklerin alanını genişletmesi nedeniyle tatmin edici bulunmaktadır. Anayasa şikâyeti, kamu organlarından kaynaklanması muhtemel her türlü ihlale karşı yurttaşlara temel hak ve özgürlüklerini yargı yoluyla koruma olanağı tanıdığından, hukuk devletinin ve “*yurttaşların anayasayı korumalarının*”¹¹ gelişmiş bir aracı olarak görülmektedir. Diğer anayasal yargı yöntemleri son kertede temel hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet etmekle birlikte, onların temel işlevi anayasal düzeni bir bütün olarak korumaktır; temel haklar öncelikli mesele değildir. Buna karşılık anayasa şikâyeti

⁷ Bkz. Georg Brunner, “*Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum*”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 50 (2002), s. 191-247; Fazıl Sağlam, “*Anayasa Şikâyeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları*”, *Anayasa Yargısı İncelemeleri-1*, Editörler: Mehmet Turhan/Hikmet Tülen, Anayasa Mahkemesi Yayınları: Ankara, 2006, s. 101 vd.

⁸ Krş. Venedik Komisyonu’nun 538/2009, CDL-AD (2010)039 sayılı (27.01.2011) “*Study on Individual Access to Constitutional Justice*” çalışması.

⁹ Türk hukuk literatüründeki kapsamlı bir çalışma için bkz. Ece Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, AÜHF Yayınları: Ankara, 1998.

¹⁰ Rudolf Mellinshof, “*Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikâyeti*”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 32.

¹¹ Mellinshof (2009), a.g.m., s. 33.

anayasa hukukunun toplamda gelişmesine de katkıda bulunur; demokratik bilinci geliştirir ve devlet organları üzerinde eğitici ve önlleyici bir etkisi vardır¹². Almanya'da anayasa şikâyeti kamu gücünün bütün işlemlerine karşı, ama ancak bütün kanunları tüketildikten sonra mümkündür.

Ancak yasalara karşı tanınan anayasa şikâyeti yolunda, acil ve güncel bir hakkın ihlali ya da ihlal tehlikesi karşısında kanun yollarının tüketilmesi koşulu aranmamaktadır. Avrupa hukuk literatüründe büyük yankı uyandıran yakın tarihli bir karar, yasalara karşı anayasa şikâyeti hakkı tanınmasının ne denli önemli olduğunu ortaya koymuştur¹³. 11 Eylül 2001'de New York'taki Dünya Ticaret Merkezi'ne iki uçakla, Pentagon'a ise bir uçakla gerçekleştirilen ve 3000 kişinin ölümüne neden olan saldırılar; bunun yanısıra 5 Ocak 2003'te Frankfurt'ta tek kişilik bir uçağın pilotunun Avrupa Merkez binasına çarpacağı yönündeki tehditler, sivil havacılığın şiddet eylemlerinin aracı olarak kullanılabileceğini açık bir biçimde göstermişti. Alman hükümeti de bu iki olay sonrasında sivil havacılıktaki olası tehlikelere karşı bir yasal düzenleme yapmış ve Hava Güvenliği Yasasının 14. maddesiyle, sivil uçakların insanların yaşamlarını tehdit edecek biçimde silah olarak kullanılması durumunda, Alman ordusuna Federal Savunma Bakanının ya da vekilinin emriyle bu uçağı düşürme yetkisi vermişti. Bu maddede, alınacak önlemler kademeli bir biçimde sıralanmış ve daha önceki tedbirler uçağın insanların yaşamını tehdit eden bir silah olarak kullanılmasını engelleyemediyse, hava kuvvetlerine uçağı düşürme yetkisi tanınmıştı.

Bu kanun yürürlüğe girdikten hemen sonra üç Alman vatandaşı doğrudan doğruya yasaya karşı anayasa şikâyeti başvurusunda bulunmuşlardır. Başvuranların iddiaları bu yasayla, fail değil, bir suçun mağduru olan insanları kasıtlı biçimde öldürme konusunda devlete yetki verilmesiydi. Bu nedenle de Alman Anayasasında güvence altına alınan insan onurunun korunması ve devletin saygı yükümlülüğünün (madde 1/I), yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün (madde

¹² Mellinshof (2009), a.g.m., s. 33. Anayasa şikâyetinin sübjektif ve objektif fonksiyonu için ayrıca bkz. Rüdiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 3. Auflage, C.H. Beck: München, 2006, s. 28 vd.

¹³ BVerfGE, 1 BvR 357/05 (15.2.2006).

2/II, birinci cümle), son olarak da temel hakların özüne dokunma yasağının (madde 19/II) ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, dava konusu normun başvuru açısından kişisel, güncel ve dolaysız (yani araya herhangi bir icrai işlem girmeksizin) bir etkisi olduğunu kabul etmiş; başvuru konusu normun da bütünüyle anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Görüldüğü üzere, kamu gücünün temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale ya da tehdit oluşturan her türden işlemi, Alman Anayasa Mahkemesi'nin denetimine sunulabilmektedir.

Avusturya'da ise Anayasa'nın 144. maddesine göre anayasa şikâyeti (*Bescheidbeschwerde*) yoluna, temel haklarından birinin *idari bir işlemle* ihlal edildiğini ileri süren kişiler başvurabilir. Bu başvuruda hak ihlalinin yasaya aykırı bir kararnameden kaynaklandığı da ileri sürülebilir. Mahkeme'ye başvuru öncesinde *idari* başvuru yollarının tüketilmesi gerekmemektedir. Yani idari yargı denetimi olmaksızın şikâyet, doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne getirilmektedir. Bunun sonucunda idari yargı denetimi yoluna başvurulmadan Mahkeme'ye yapılan anayasaya aykırılık başvuruları, hem Mahkeme'nin iş yükünü artırmakta, hem de görece önemsiz konuların Mahkeme önüne gelmesine neden olarak onu asli işlevinden, yani kanunların anayasaya aykırılığını denetlemekten, alıkoymaktadır¹⁴.

Yasaların anayasaya uygunluk denetiminin doğrudan doğruya bireyler tarafından Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilebilmesine ise *bireysel başvuru hakkı* denmektedir. Anayasa'nın 140/I maddesine göre, bir yasa tarafından anayasal haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler, bu yasa idarenin bir işlemiyle ya da bir yargı kararıyla bireye

¹⁴ Gerhart Holzinger, "Avusturya Anayasa Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 73 vd. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan yıllık başvuruların yaklaşık %80'i reddedilmektedir (s. 65). Ancak Avusturya örneğinde dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus, Anayasa'ya göre, Anayasa Mahkemesi'nin esastan incelemeyi reddedebilmesi için söz konusu uyuşmazlığın Danıştay'ın görev sahası dışında bırakılmamış olması gerekmesidir. Bunun anlamı, idari işlemlerin yargısal denetiminde Anayasa Mahkemesi ile Danıştay'ın işlevsel bir işbirliği yapmalarıdır. Anayasa Mahkemesi idari işlemi anayasadaki temel hak ve özgürlüklere uygun yorum ve uygulama açısından denetlerken, Danıştay kanuna uygunluk denetimini üstlenmektedir. Bu işlevsel işbirliği ve Anayasa Mahkemesi'nin iş yüküyle ilgili açıklamalar için bkz. Holzinger (2009), s. 65.

uygulanmadıysa, doğrudan doğruya anayasaya aykırılık iddiasıyla Mahkeme’ye başvurabilmektedir (ayrıca bkz. madde 89/III)¹⁵. Ancak görülmekte olan bir davada uygulanacak normun anayasaya aykırılığı iddiasını bireyler ileri sürememekte, bu yetki sadece mahkemelerde bulunmaktadır ki, Avusturya anayasa yargısının eksikliklerinden birisinin de bu olduğu belirtilmektedir.

İspanya’ya da esin kaynağı olan ve 5 Şubat 1857 tarihli Federal Anayasa ile kabul edilen Meksika’daki *amparo* kurumu, kamu gücünün temel hak ve özgürlüklere riayet etmesini sağlayan bir araçtır. Bu güvence toplamda, birbirinden son derece farklı birçok hukuki koruma aracını bünyesinde barındırmakta, bunlar arasında gerçek anlamda anayasa şikâyeti koruma mekanizmasının sadece küçük bir bölümünü teşkil etmektedir¹⁶. İspanya’daki *recurso de amparo* yoluna İspanya Anayasası’ndaki bütün temel hak ve özgürlükler için başvurulamamaktadır (bkz. Anayasa’nın 53/II maddesi¹⁷). Bu nedenle amparonun objektif koruma alanı sınırlıdır¹⁸. Başvuru hakkı madde 162/1b fıkrasıyla “*meşru bir menfaat bağlantısı olan bütün gerçek ya da tüzelkişilere, Kamu Denetçisine ve Savcılık makamına*” tanınmıştır. Dolayısıyla madde 53/II’deki “*vatandaş*” kavramı, Anayasa’nın bir başka maddesinde yabancıları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir ve uygulamada da böyledir¹⁹. Başvurunun konusu, kamu güçlerinin işlemleri, eylemleri ya da ihmalleridir. Ama kanunlara karşı bireysel başvuru mümkün değildir. Temel hakların yatay etkisinin bir sonucu olarak, özel kişilerden kaynaklanan hak ihlalleri de başvuru konusu

¹⁵ Gerhart Holzinger (2009), a.g.m., s. 69. Ayrıca bkz. Ece Göztepe, *Anayasa Şikayeti*, AÜHF Yayınları: Ankara, 1998, s. 28 vd.

¹⁶ Genaro David Gongora Pimentel, “*Amparo ne içindir?*”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 163 vd.; Rüdiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 3. Auflage, C.H. Beck: München, 2006, s. 73.

¹⁷ Madde 53: (2) Any citizen may assert a claim to protect the freedoms and rights recognized in [section 14](#) and in [division 1 of Chapter 2](#), by means of a preferential and summary procedure before the ordinary courts and, when appropriate, by lodging an individual appeal for protection (*recurso de amparo*) to the Constitutional Court. This latter procedure shall be applicable to conscientious objection as recognized in [section 30](#).

¹⁸ Maria Emilia Casas Baamonde, “*Amparo Başvurusu*”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 102.

¹⁹ Vatandaşlık haklarından yabancıların da yararlanması için Maastricht Antlaşması uyarınca yapılan değişiklik için bkz. Anayasa’nın 13/2 maddesi.

olabilir. Özel hayatın gizliliği, ifade özgürlüğü, bilgi edinme hakkı ve çalışma hayatı bu alanlara örnektir²⁰.

Değişik işlemlere karşı ve değişik usullerle kabul edilen anayasa şikâyetinin temel işlevine bakıldığında, dört ana unsur tesbit edilebilir²¹:

1. Hak ve özgürlüklerin dolaysız kullanımını sağlamak ve korumak (bu da 11. maddede dile getirilen Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü yatay etki yoluyla hayata geçirilerek gerçekleştirilebilir),
2. Anayasaya uygun yorum ilkesinin kapsamını genişletmek,
3. Yargıda birliği sağlamak,
4. Yurttaşların demokratik bilinçlerinin gelişmesinde katkıda bulunmak.

Sayılan bu işlevlerin tümü, anayasa şikâyetinin kabul edildiği ülkelerdeki en öz ilkeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir deyişle, anayasa şikâyetinin özü, yukarıda sayılan ilkelerde yoğunlaşmaktadır. Bu nedenle, 6216 sayılı yeni Anayasa Mahkemesi Kanununda düzenlendiği biçimiyle anayasa şikâyetini bu işlevlerin ışığında ele almak yerinde olacaktır.

Anayasa şikâyetinin temel işlevlerine ek olarak bir de, her bir ülkenin kendi ihtiyaçlarının dayattığı saikler vardır; bunların da ayrıca incelenmesi bir zorunluluktur. Ancak çalışmamızda bu kısım ele alınmayacaktır.

²⁰ Maria Emilia Casas Baamonde, "Amparo Başvurusu", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 104. Recurso de amparo kurumu için ayrıca bkz. Selin Esen, "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu", *AÜHF Dergisi*, Cilt: 52, Sayı: 4, 2003, s. 249 vd.

²¹ Fazıl Sağlam'ın giriş ve takdim konuşması, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 27. Ayrıca bkz. Anayasa Şikâyeti Çalıştay Raporu (15.2.2011), İzmir Barosu Başkanlığı (Prof. Dr. Fazıl Sağlam, Doç. Dr. Ece Göztepe, Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak, Av. Serkan Cengiz ve Av. Zeynep Sedef Özdoğan İzmir Barosu Başkanlığı'nın daveti üzerine 4 Şubat 2011 tarihinde bir çalıştayda biraraya gelerek, Anayasa Mahkemesi Kanunu tasarısının anayasa şikâyetiyle ilgili bölümlerini, kurumun temel işlevlerini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını dikkate alarak tartışmışlar ve çalıştayın sonuçlarını, 15 Şubat 2011 tarihinde bir rapor olarak İzmir Barosu Başkanlığı'na sunmuşlardır. Çalıştay raporu, İzmir Barosu Başkanlığı'ndan edinilebilir).

II. Tasarıdan Resmi Gazete'ye: 6216 Sayılı Kanunun Oluşum Süreci

Anayasadaki bu yeni yetkinin usul ve esaslarının düzenlenmesinin yanısıra, diğer kapsamlı değişikliklerin kuruluş yasasında düzenlenebilmesi için, yepyeni bir yasa yapılması gereksinimi doğmuştur. Bu doğrultuda 10 Kasım 1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (bundan sonra AYM Kanunu) yerine geçecek olan 6216 sayılı Kanun çalışmalarına başlanmıştır. 11 Ocak 2011 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından TBMM Başkanlığı'na sunulan tasarı, hem komisyon, hem de Genel Kurul aşamasında iktidar partisi ile muhalefet partileri arasındaki şiddetli tartışmalara neden olmuş ve tasarı, önemli olarak nitelenebilecek değişikliklerle 30 Mart 2011'de TBMM'de kabul edilmiş, 3 Nisan 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki, bireysel başvuruların kabulü için gerekli personelin temini, Mahkeme üyelerinin, temel hak ve özgürlüklerin korunmasıyla ilgili bu önemli kurumla ilgili yeterli bilgi edinmelerine zaman tanınması, anılan yasayla Anayasa Mahkemesi İçtüzüğündeki düzenlemelere bırakılan hususların yeni İçtüzük yapılması için öngörülen altı aylık sürede tamamlanacak olması gibi nedenlerle, 6216 sayılı kanunun 76. maddesi uyarınca, bireysel başvuruyu düzenleyen 45 ila 51. maddeler 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Kanunun geçici 1. maddesinin 8. bendine göre ise, Mahkeme, ancak bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak başvuruları inceleyebilecektir. Yani geriye dönük bir bireysel başvuru incelemesi mümkün olamayacaktır.

6216 sayılı AYM Kanununun bireysel başvuruyla ilgili hükümlerini daha iyi anlayabilmek ve eksik görülen hususların kaynağını kavrayabilmek için, hükümet tasarısından Genel Kurul'daki görüşmelere kadar uzanan sürece bakmak ve gerek iktidar, gerekse muhalefet partilerinin bu kurumla ilgili görüşlerini, saiklerini, kaygılarını ve yanlış yargılarını ele almak gereklidir.

Genel olarak kanun tasarısıyla ilgili iktidar-muhalefet anlaşmazlığı, 2010 yılındaki anayasa değişikliğinden bu yana muhalefet tarafından dile getirilen, yargının iktidara bağımlı kılınmaya çalışıldığı, Anayasa Mahkemesi'nin de bu yapı içinde yüksek yargı organları arasında daha üst konuma yükseltildiği noktasında düğümlenmektedir. Bu ge-

nel eleştiriler, elbette anayasa şikâyeti kurumunun varlığına, usul ve esaslarına bakışı da büyük ölçüde belirlemiştir. Bunun sonucunda da esasa ilişkin bir tartışma neredeyse hiç gerçekleştirilememiş; muhalefetin eleştirisi Anayasa Mahkemesi ile diğer yüksek yargı organları arasında bir hiyerarşi kurulmadığının güvence altına alınması talebiyle sınırlı kalmış; iktidar partisi de en yoğun direncin gösterildiği bu noktada, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin anayasa şikâyeti başvurusuyla ilgili kararlarının etkisini düzenleyen 50. maddenin lafzını önemli ölçüde değiştirerek eleştirilere karşılık vermeye çalışmıştır.

Oysa daha Anayasa metninden başlayarak, anayasa şikâyeti kurumunun esasının gerçekten kavranmadığını gösteren ifadeler mevcuttur: Anayasa'nın 148/IV maddesinde "*Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz*" ifadesi yer almaktadır. Oysa anayasa şikâyeti konusu olan uyuşmazlıklar, ilke olarak aynı zamanda "*kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar*" dır. Daha açık bir deyişle, "*kanun yolunda gözetilmesi gereken her husus*" anayasa şikâyeti konusu değildir. Ama anayasa şikâyeti kapsamındaki her hususun aynı zamanda kanun yolunda da gözetilmesi gerekir. Aksi halde kanun yollarının tüketilmesi koşulunun bir anlamı kalmaz. Bu teknik bilgi olmaksızın, anılan kuralın doğru anlaşılması imkansızdır. Çünkü bu formül, salt lafzıyla anlaşılacak olursa, anayasa şikâyetinin konusu kalmayabilir²².

Anayasa şikâyetinin düzenlendiği yedi maddeye bakıldığında göze çarpan ikinci husus, kanunda düzenlenmesi gereken pek çok meselenin AYM İçtüzük düzenlemesine²³ ya da kısa vadede AYM içtihadına bırakılmış olduğudur. Oysa bu hayli açıklanmaya muhtaç ve yer yer anayasayla çelişen hükümler içeren kısa kanun maddeleri yerine, anayasa şikâyeti kurumunun ayrı bir kanunda düzenlenmesi daha yerinde olurdu. Eğer ayrı bir kanun tercih edilmediyse, siyasetteki partiler ve yüksek yargı organları arasında bu denli büyük tartışmaların

²² Anayasa Şikâyeti Çalıştay Raporu (15.2.2011), İzmir Barosu Başkanlığı. Kanun yollarında gözetilmesi gereken hususlarla ilgili saptama için bkz. Rapordaki "*Genel Açıklamalar*" bölümü, III. başlık.

²³ Örneğin, Kanunun 2. maddesinde Komisyon "*Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesini yapmak üzere oluşturulan kurullar*" olarak tanımlanırken, bu komisyonların üye sayıları, karar yetersayıları vb. hususlar düzenlenmemiş ve İçtüzük düzenlemesine bırakılmıştır.

konusu olan bir kurumun mümkün olan en geniş biçimde kanunda somutlaştırılması ve kurumun ana çerçevesinin bu yolla çizilmesi daha yerinde olurdu. Böylelikle Anayasa Mahkemesi'nin, hem İhtizük düzenlemesi, hem de içtihatları dolayısıyla daha az eleştiri konusu olması sağlanabilirdi.

Son nokta, yukarıda gösterildiği üzere, anayasa şikâyeti kurumunun temel bir "sistem" tercihi olduğu hususunun yasal düzenlemede gözardı edilmiş olmasıdır. Anayasa Mahkemesi raportör ve bazı üyelerinin Almanya, İspanya ve Güney Kore'deki anayasa şikâyeti ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru prosedürü üzerine hazırladıkları bilgilendirme raporları ışığında, "Türkiye'nin ihtiyaçlarına göre" karma bir model oluşturulmuştur. Ancak gözardı edilen şey, herbir ülkedeki ve Strasburg'daki uygulamanın kendi içinde tutarlı bir bütünlük teşkil ettiği, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacının temel bir kurumsal tercihten doğduğudur. Dolayısıyla yeni AYM Kanunundaki anayasa şikâyeti düzenlemesinin tek belirlenebilir amacı, 2010 anayasa değişikliğinin gerekçesinde de belirtildiği gibi, Strasburg'a giden davaların sayısını azaltmaktır. Bu amacın gerçekleştirilmesi ile iç hukuktaki temel hak ve özgürlük ihlallerinin engellenmesi arasında bir paralellik sağlanıp sağlanamayacağı sorusunun cevabı ise açık uçludur. Oysa bu ancak ikincil sayılabilecek amacın başarıya ulaşması, sadece ek bir iç hukuk yolunun öngörülmesiyle gerçekleştirilemez. Aynı zamanda Türkiye'nin egemenliği altında yaşayan bireyleri, temel hak ve özgürlüklerinin kapsamlı biçimde korunduğu ve Strasburg'a gitmeye gerek olmadığı konusunda ikna edilecek nitelikte karar veren bir Anayasa Mahkemesi'ne ihtiyaç vardır; bunun Türkiye'de gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini bize ancak zaman gösterecektir.

Almanya ve Çek Cumhuriyeti'ne karşı verilmiş olan, etkili bir başvuru yolu olmakla birlikte, çok uzun dava süreleri nedeniyle ihlal kararları da dikkate alınmalıdır. Eğer Anayasa Mahkemesi somut ve soyut norm denetiminde olduğu gibi aşırı uzun sürelerde karar verirse, anayasa şikâyetinin bir "iç hukuk filtresi" olması sözkonusu olmayacaktır²⁴. Bunun yanında temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında

²⁴ *Sürmeli v. Germany* [GC], no. 75529/01, §§ 105, ECHR 8.6.2006; *Hartman v. Czech Republic*, no. 53341/99, §§ 67-83, ECHR 3.12.2003.

hakları koruyucu ve geliştirici bir içtihat oluşturulamazsa, tıpkı Azerbaycan örneğinde olduğu gibi²⁵, anayasa şikâyetinin *etkili* bir başvuru yolu olmadığı kabul edilerek, AİHM'ye doğrudan başvuru hakkı tanınması da mümkündür.

III. 6216 Sayılı Kanunun Anayasa Şikâyeti ile İlgili Düzenlemelerinin Genel Bir Değerlendirmesi

6216 sayılı Kanunun anayasa şikâyeti ile ilgili hükümlerinin yer aldığı 45 ila 51. maddelerinin kenar başlıklarıyla sistematik biçimde ele alınması, konunun anlaşılabilirliğine katkıda bulunacaktır. Bu nedenle maddeler ya bütün olarak ya da gerekli olduğu takdirde her bir fıkrası ayrı olarak ele alınmıştır. Ancak elbette bir rapor biçiminde bütün maddelere ilişkin bir değerlendirme yapılmamış, sadece sorunlu görülen maddeler ve fıkraları bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur:

a) Bireysel başvuru hakkı (madde 45)

Anayasa'nın 148/III maddesinde sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki haklardan bahsedilirken, kanun bu hükmü somutlaştırarak, Sözleşmeyle kurulan koruma sisteminin ayrılmaz bir parçası olan ve Sözleşme hükümlerinin kapsamını genişleten Protokolleri de korunan temel hakların kapsamına almıştır. Anayasa Alt Komisyonunda her ne kadar Anayasadaki hükmün kapsamının genişletildiği yönünde itirazlar yer almışsa da²⁶, AİHS'nin koruma sistemi dikkate alındığında, kanundaki bu somutlaştırma yerindedir.

Buna karşılık kanunun 45. maddesinin 2. fıkrasında, Anayasadaki "*olağan kanunyolları*" ifadesinin, "*idari ve yargısal başvuru yolları*" olarak genişletilmesi anayasaya aykırılık teşkil etmektedir. Alt Komiyonda yapılan bu uyarı, çoğunluk tarafından dikkate alınmamıştır. Hükümet tasarısının madde gerekçesinde Anayasadaki "*kanunyollarının tüketilmesi*" ifadesi, "*yargısal ve idari başvuru yollarının tüketilmesi*"

²⁵ *İsmayilov v. Azerbaijan*, no. 4439/04, ECHR 17.4.2008.

²⁶ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 696, s. 19.

zorunludur" ifadesine dönüşmüştür. Ancak gerekçedeki "ve" bağlacı, önerilen tasarı metninde "ya da" ile ikame edilmiş ve Anayasa metnindeki kanunyolu kavramı hem genişletilmiş, hem de yanlış anlamaya açık bir biçimde alternatif başvuru yolları mevcutmuş gibi bir anlam doğurmuştur. Anayasa Alt Komisyonunda tekrar "ve" bağlacı eklenecek idari ve yargısal başvuru yollarından birisine başvurmanın ihtiyari olmadığı vurgulanmıştır.

Bunun yanında Anayasa Komisyonu'nda "idari" ibaresinden sonra gelmek üzere "kamu denetçiliği hariç" ibaresinin eklenmesi önerilmiş, ancak önerge reddedilmiştir. Bu kararın nedeni konusunda Anayasa Komisyonu raporunda bir açıklama yer almamakla birlikte, gelecekte önem arz edecek bir soru ortaya atılmıştır. 2010 yılı anayasa değişikliğiyle Anayasa'nın 74/III vd. maddelerinde düzenlenen kamu denetçiliği kurumunun görevi ve inceleme sonucunda yapacağı işlemlerin niteliği kanuni düzenlemeye bırakılmış ve Haziran 2011 itibarıyla bu kanun henüz çıkarılmamıştır. Kamu denetçiliği makamının anayasa şikâyeti bağlamında bir idari başvuru yolu sayılıp sayılmayacağı kanuni düzenlemenin içeriğiyle daha net biçimde ortaya çıkacaktır. Ancak Kamu Denetçiliği Kurumu'nun Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulacağı ve Kamu Başdenetçisinin TBMM tarafından seçilecek olmasından hareketle, Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvurunun bir idari başvuru yolu olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir.

Anayasadaki "olağan kanunyolu" kavramının, "idari ve yargısal başvuru yolları" biçiminde ifade edilerek anayasaya aykırı biçimde genişletilmesi, medeni, idari ve ceza usul hukukunun en temel kavramlarının bilinmemesinden ya da bilinçli olarak çarpıtılmasından kaynaklanmaktadır. Kanunyolu, davanın taraflarına tanınan ve yanlış olan kararların tekrar incelenmesini ve değiştirilmesini sağlayan hukuki yoldur²⁷. Medeni usul hukukunda temyiz, karar düzeltme (olağan) ve yargılamanın iadesi (olağanüstü); ceza muhakemesinde itiraz, istinaf, temyiz (olağan) ile Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itirazı,

²⁷ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. baskı, Cilt: V, Demir: İstanbul, 2001, § 60, s. 4483; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi: Ankara, 2009, s. 317 vd.; Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. bası, Beta: İstanbul, 2008, s. 687 vd.; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt: 2, *İdari Yargılama Hukuku*, 4. bası, Turhan: Ankara, 2010, s. 1114 vd.

kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi (olağanüstü); idari yargılama usulünde ise temyiz, kararın düzeltilmesi (olağan) ve yargılamanın yenilenmesi (olağanüstü) olmak üzere kanun yolları kabul edilmiştir. *Olağan* kanunyolları, kanun yolunun konusunu oluşturan kararın kesinleşmesini engellerken; olağanüstü kanun yolları, olağan kanun yollarından geçerek ya da olağan kanun yoluna başvurulmadığı için kesinleşen kararlara karşı başvurulabilen bir hukuki çaredir. Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen, "*olağan kanunyollarının tüketilmesi*" koşulunun olağanüstü kanun yollarını kapsamadığı kabul edilmelidir. Dikkat çekilmesi gereken en önemli nokta ise, hem medeni, hem ceza, hem de idari usul hukukunda kanun yolu ile kastedilenin, "*yargısal*" bir başvuru yolu olmasıdır²⁸. Dolayısıyla anayasa koyucunun iradesinin aksine, olağan kanun yolu kavramını "*idari ve yargısal başvuru yolları*" olarak düzenleyen yasakoyucu, anayasa şikâyetinin önkoşulunu artırdığı, dolayısıyla hakkın kullanılmasını zorlaştırdığı için anayasaya aykırı bir düzenleme yapmıştır.

Kanununun 45. maddesinin III. fıkrasında ise, Anayasa'nın aynı fıkra da yer alan "*kamu gücü*" kavramını daraltarak, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler anayasa şikâyetinin kapsamına alınmamıştır. Oysa Anayasadaki kamu gücü kavramı herhangi bir kısıtlama olmaksızın düzenlenmiştir ve bu kavramın yasama, yürütme ve yargı organlarını kapsadığı kuşkusuzdur. Düzenleyici idari işlemlerin bireylere uygulanması halinde idari yargı yolunun açık olduğu ve son inceleme merciinin kararına karşı yine anayasa şikâyeti yolunun açık olduğu düşünülebilirse de, yasalar için aynı şeyi söylemek mümkün değildir.

Bunun yanında aynı fıkradaki "*yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi*" ifadesi, aslında yasakoyucunun son mahkeme kararına karşı yapılan anayasa şikâyetinde, bu mahkeme kararına kaynaklık eden düzenleyici idari işlem ya da yasanın da anayasaya uygunluğunun denetlenmesini olanaklı kılma amacını taşıdığını düşündürmektedir. Öte yandan kanun tasarısının 49. maddesinin 6. fıkrasında "*Bölümler,*

²⁸ Krş. Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. baskı, Beta: İstanbul, 2009, s. 445 vd.; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, 10. bası, Yetkin: Ankara, 2011, s. 583 vd.; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi: Ankara, 2009, s. 318.

bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar” hükmü yer alırken, bu düzenleme Anayasa Alt Komisyonu’nda iktidar ve muhalefet partisinin oybirliğiyle tasarı metninden çıkarılmıştır²⁹. Yürürlükteki kanunun yorumlanması ve uygulanması sırasında salt tarihsel yorum yöntemine başvurulması düşünülemezse de, yasakoyucunun iradesinin de dikkate alınması gerektiğinden, bu husus Anayasa Mahkemesi açısından önemli bir yetki tartışmasını da içinde barındırmaktadır.

Bunun yanında aynı fıkrada *“Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler aleyhine de bireysel başvuru yoluna başvurulamayacağı”* belirtilmektedir. Akla öncelikle cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler, Yüksek Askerî Şûranın ilişik kesme kararları dışındaki kararları (AY 125/II) ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olmayan kararları gelmekle birlikte, Anayasa’nın 79. maddesinde düzenlenen Yüksek Seçim Kurulu’nun (YSK) kararları özel bir önem arz etmektedir. Çünkü 79. maddede *“Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulama”*yacağı belirtilmektedir. Oysa YSK seçimle ilgili bütün konuları karara bağlama, itirazları inceleme mercii olarak, seçilme hakkının ve siyasal partilerin varlıklarını sürdürmelerinin en önemli kurumlarından birisidir. Bu kurumun kararlarının anayasa şikâyeti konusu yapılamaması, siyasal katılım haklarıyla ilgili çok önemli kamu gücü işlemlerinin temel hak ve özgürlüklere uygunluk bakımından denetlenmemesi sonucunu doğuracaktır³⁰.

b) Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar (madde 46)

46. maddenin gerekçesinde, *“Bireysel başvurunun kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlâllerine karşı tanınan bir yol olması ne-*

²⁹ Bkz. aşağıda d) Esas hakkındaki inceleme (madde 49)

³⁰ Yüksek Seçim Kurulu’nun 12 Haziran 2011 seçimleri öncesinde, 18 Nisan 2011 tarihinde açıkladığı Milletvekili Geçici Aday Listesi’nde Barış ve Demokrasi Partisi’nin (BDP) desteklediği bağımsız adaylardan bazılarının adaylıklarını kabul etmemesiyle ilgili olarak verdiği, ancak daha sonra düzelttiği kararı bu sorunu çok güncel bir biçimde ortaya koymuştur. YSK’nın geri alma kararı, 21.04.2011 tarihli toplantısı sonrasında *“Basın Açıklaması”* başlığı altında kurumun internet sitesinden duyurulmuştur.

deniyle, kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınması, bu anayasal kurumun hukukî niteliği ile bağdaşmamaktadır” denmektedir. Oysa bilindiği üzere, kamu tüzelkişilerinin de kamu gücü kullanmaksızın, tamamen özel hukuk işlemlerine tâbi pek çok işlemi vardır. Bu durumda örneğin, mülkiyet hakkının ihlali sebebiyle kamu tüzelkişilerine kamu gücünü kullanmadığı bir hukuki ilişki dolayısıyla dava hakkı tanınamak, anayasa şikâyetinin objektif hukuk düzenini koruma işlevini yerine getirmesine engel olacaktır.

c) Bireysel başvuru usulü (madde 47)

Tasarıda 47. maddenin III. fıkrasında“ olağan kanun yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların ve buna ilişkin nihai işlemin tebliğ tarihi”nin Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda belirtilmesi öngörülüyordu. 24 Mart 2011 tarihli birleşimde AKP milletvekilleri tarafından verilen önergeyle bu düzenleme, “başvuru yollarının tüketildiği (...) tarih” olarak değiştirilmiştir. Bu değişikliğin nedeni, önerge gerekçesinden ve Genel Kurul tartışmalarından anlaşılmamaktadır. Acaba başvuru yolları ne zaman tüketilmiş sayılacaktır? Eğer son yargı merciine bir başvuru yapılmışsa, bu merciin kararının tebliğinin beklenmesi gerektiği açıktır. Bu durumda mevcut kanun metninin, son yargı merciine başvuru tarihi ile birlikte, bu başvurunun sonucu beklenmeksizin, anayasa şikâyeti başvurusu süresinin başladığı şeklinde anlaşılması, anayasa şikâyetinin doğasına aykırıdır. Bu nedenle tasarının lafzını değiştiren yeni hükmün, özde bir değişiklik anlamına gelmediği sonucuna varılmalıdır.

d) Esas hakkındaki inceleme (madde 49)

49/II maddesinin tasarı metni “Bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvurunun bir örneği Adalet Bakanlığına bildirilir” hükmünü içermekteydi. Tasarı gerekçesinde, kabul edilebilirlik kararı verilen dosyaların Adalet Bakanlığı’na bildirileceği belirtilip “kamu adına yapılması gereken savunmaların Adalet Bakanlığınca koordine edilmesi”nin öngörüldüğü belirtilmektedir. Alt Komisyonunda bu hükme yapılan itiraza da “Adalet Bakanlığının konunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşınması durumunda taraf olacağı, bu nedenle konu-

nun öncesini bilerek savunma yapmasını ve gerekli tedbiri almasını sağlamak amacıyla öngörüldüğü” açıklaması yapılmıştır.

Genel Kurul aşamasında bu düzenlemeye bir ek daha yapılarak 49. maddenin 2. fıkrasına şu cümle eklenmiştir: “*Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hallerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir*”. Önergenin gerekçesi³¹ açıklayıcı olmaktan uzaktır. Bu düzenlemeyle birlikte artık Alt Komisyondaki gerekçe, fıkra için açıklayıcı olmaktan çıkmıştır, çünkü anayasa şikâyeti davasının yapısı dikkate alındığında, kamuyu temsilen Adalet Bakanlığı'nın davaya ne türden bir savunma ile katılacağı da anlaşılammaktadır. Bu mantığın tutarlı bir uzantısı, anayasa şikâyeti kurumunun kabulü öncesinde, bütün teyiz mercilerinin nihai kararlarını, aynı gerekçeyle Adalet Bakanlığı'na bildirmeleri yönünde bir yasal düzenleme olmalıydı ki, bu söz konusu değildir. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi'nin bir başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı almış olması, başvurunun başarı şansının daha yüksek olduğu yönünde bir karine olarak kabul edilmemeli midir? Yani kanuni düzenlemenin gerekçesinin aksine, başvurucunun AYM'de istediği sonuca ulaşması ve AİHM'ye gitmesine gerek kalmaması daha yüksek bir olasılık değil midir?

En önemlisi, Adalet Bakanlığı'na bildirim dışında, Bakanlıktan görüş alınması erkler ayrılığına aykırılık teşkil etmektedir. Görüş bildirme yetkisinin aynı fıkroda öngörülen bilgilendirmenin çok ötesine geçtiği açıktır. Bu yolla yürütme organı bir anayasa şikâyeti başvurusunun tarafı yapılmaktadır ki, ne anayasa şikâyetinin yapısı, ne de Anayasa'nın egemenliğini kullanılmasına ve erklerin yetkilerini düzenleyen hükümleri böyle bir yetki verilebilmesine olanak tanımamaktadır.

Tasarı metninin 49/III maddesinde yer alan bilirkişi ve keşif incelemesi yapma yetkisi Alt Komisyon aşamasında kaldırılmıştır. Bu yeri bir karardır, çünkü anayasa şikâyeti davalarında davanın esası hakkında karar verilmeyeceğinden, bu iki delil elde etme yönteminin Anayasa Mahkemesi'ne tanınması da yersiz ve gereksizdi.

³¹ “*Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların Adalet Bakanlığına gönderilerek Bakanlığın bilgilendirilmesini; Adalet Bakanlığının ise her başvuru için değil, yalnızca gerekli gördüğü hâllerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirmesini sağlamak amacıyla bu önerge verilmiştir*”. TBMM Genel Kurul Tutanakları, 82. Birleşim, Dördüncü Oturum, 24 Mart 2011.

Tasarının 49/VI maddesinde “Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar” düzenlemesi yer almaktaydı. Bu hüküm Anayasa Alt Komisyonunda çıkarılmış, Genel Kurul’da da tekrar gündeme getirilmediğinden yasada yer almamıştır. Alt Komisyon’da Anayasaya aykırı bir şekilde yeni bir iptal davası³² açma imkanı yaratıldığı ileri sürülmüştür. İtirazda bulunan komisyon üyelerine göre, Anayasa Mahkemesi hem hakim, hem savcı durumuna düşürülmemelidir. Komisyon üyesi Ayhan Sefer Üstün Bölümlerde görev yapan üyelerin Genel Kurula da katılacaklarını, bunun sakıncalı olacağını, yasama organının kanundan kaynaklanan ihlallerde *hassasiyet göstererek* yeni düzenlemeyi yapması gerektiğini söylemiştir. İtiraz yolu ile Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerce ileri sürülmesi durumunda vakıa ve delil değerlendirme, hukuku somut olaya uygulama mahkemenin takdir yetkisinde olmakta, itiraz halinde mahkeme aradan çıkmaktadır³³.

1. Muhalefet partisi milletvekillerinin itirazlarını dört noktada toplamak mümkündür:
2. Anayasaya aykırı bir şekilde yeni bir itiraz yolu açma imkanı yaratılmıştır,
3. Bölümlerde görev yapan üyeler Genel Kurula da katılacaklarından, sakıncalı bir durum ortaya çıkacaktır.
4. Bu yolla Anayasa Mahkemesi hem hakim, hem savcı durumuna düşürülecektir. İtiraz yolu ile Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerce ileri sürülmesi durumunda vakıa ve delil değerlendirme, hukuku somut olaya uygulama mahkemenin takdir yetkisinde olmakta, itiraz halinde mahkeme aradan çıkmaktadır.
5. Umut edilen durum, yasama organının kanundan kaynaklanan ihlallerde *hassasiyet göstererek* (abç) yeni düzenlemeyi yapmasıdır.

³² Burada kastedilen “itiraz yolu” olmalı.

³³ Bkz. *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu*, TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 696, s. 20.

Bu argümanlara katılmak mümkün değildir. Anayasa şikâyetinin asli işlevi, yasal düzenlemelerin temel hak ve özgürlükleri en geniş biçimde güvence altına alacak biçimde, anayasa uygun olarak yorumlanıp yorumlanmadığını denetlemek olmakla birlikte, ikincil işlevi de, anayasaya uygun bir hukuk düzenini korumak ve tesis etmektir. Bu nedenle anayasaya aykırılığı konusunda ciddi kuşkuların olduğu ve anayasaya uygun yorumun sınırlarına gelindiği noktada, temel hak ve özgürlüklerin anayasaya aykırı biçimde sınırlandırılmasının kaynağını teşkil eden normların anayasaya uygunluk denetiminin yapılabilmesi büyük önem taşımaktadır. Kanunda bu olanağın tanınmamış olması, anayasaya uygun bir kamu düzeninin tesisi açısından büyük bir eksikliktir. Mevcut durumda Anayasa Mahkemesi'nin Bölümleri, bir kanun açıkça anayasaya aykırı olsa bile, bu normun iptali için bir girişimde bulunamayacaklar, sadece ilgili kanun hükmünün bu anayasaya aykırılığı yanında, anayasa şikâyeti konusu olan davada uygulanırken, temel hak ve özgürlüklere aykırı şekilde yorumlandığını tesbitle yetineceklerdir. Bu normun hukuk düzeninden kaldırılmasının tek yolu ise, yeniden yargılama yapan mahkemenin anayasaya aykırılık itirazı ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurusudur. Bu dolambaçlı yolun büyük bir zaman israfı oluşturacağı ise açıktır. Anayasa Mahkemesi'nin içtihat yoluyla, anayasaya aykırılık halinin tespiti halinde bunu bir bekletici sorun yapıp kanun ya da KHK'nin iptali istemiyle Genel Kurula başvurusu da elbette mümkündür. Ancak bu durumda kanunun tarihsel yorumunun tümünden gözardı edilmesi gibi bir sorunla karşı karşıya kalınacaktır ki, bu sorunun nasıl aşılacağı ayrı bir tartışma konusudur.

Tasarının 49/V maddesinde tedbire karar verilmesi halinde esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde Resmi Gazete'de yayımlanmasının gerektiği belirtilirken, Alt Komisyonda bu hüküm, "kararın verilmesi"ni altı ayla sınırlandırmıştır. Gerekçe olarak da, bu hususun (yani gerekçeli kararın altı ayda yazılması) gerçekleştirilmesinin zorluğu gösterilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesiz yayımlanamayacağı ve ancak Resmi Gazete'de yayımlanmakla yürürlüğe gireceğine ilişkin anayasa hükmünün uygulamada sıklıkla ihlal edildiği, kamuoyunca yakından takip edilen davalara ilişkin kararın önce kamuoyuna duyurulup gerekçeli kararın daha sonra yazıldığı bilinmektedir. Bu uygulamanın anayasaya aykırılığı ve sakıncaları literatürde

sıkça dile getirilmiştir. Dolayısıyla bu pratiğin anayasa şikâyeti davalarına da aktarılması ve kararların bağlayıcılık kazanmasının ertelenmesi, kurumun işlevine zarar verici niteliktedir. Bu nedenle tasarıdaki ifadeden vazgeçilmiş olması yerinde değildir. Anayasa Mahkemesi'nin, kendisine sağlanan bu zaman esnekliğine rağmen kararlarını verdiği an ile, kararın gerekçesinin yazıldığı zaman arasındaki süreyi minimuma indirmesi ve bu yönde çaba göstermesi zorunludur.

e) Kararlar (madde 50)

Tasarının 50/III maddesinde “İhlâl, bir kamu gücünün kanunen yapılması gereken bir işlemi yapmamasından kaynaklanmışsa, Mahkeme, kararının hangi makam tarafından yerine getirileceğini ve özel durumlarda kararın yerine getiriliş şeklini belirleyebilir” denmekteydi. Ancak Alt Komisyon raporunda çıkarılan bu hüküm, Genel Kurul aşamasında da tekrar tartışılmadan metinden çıkarılmıştır. Kanunun mevcut halinde, ihmal-den kaynaklanan hak ihlallerinin nasıl giderileceği hususunda bir boşluk meydana gelmiştir; özellikle makul sürede yargılanma hakkının ihlalinden (yani kamu gücünün bu makul sürece yargılama yükümlülüğünü ihmalinden) doğacak anayasa şikâyeti davalarında Anayasa Mahkemesi'nin nasıl bir karar verebileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Anayasa Mahkemesi'nin bu boşluğu içtihat yoluyla doldurması gerekmektedir. Tasarıdaki hüküm doğrultusunda bir içtihat geliştirilmesi en doğru yol olarak görünmektedir.

AYM'nin kararının sonuçlarını düzenleyen 50. madde Alt Komisyonunda kapsamlı biçimde değiştirilmiş, özellikle yüksek yargı organları arasında bir hiyerarşi yaratıldığı itirazlarını ortadan kaldırmak ve Anayasa Mahkemesi'nin yeni yetkileriyle bir süper temyiz mahkemesi yaratılmak istendiği iddialarına karşılık verebilmek için, deyim yerindeyse, tasarının dili yumuşatılmıştır. Öncelik yargılamanın yenilenmesine verilmiş, yeniden yargılamaya rağmen ihlal kalkmamışsa, ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırma yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmıştır. Alt Komisyon metni şöyledir: “Mahkemeler, Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararında açıkladığı görüşe uygun karar vermediği takdirde başvurucu yeniden Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi doğrudan, ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldıracak kararı

verebilir"³⁴. Anayasa Komisyonunun da benimsediği bu ifade, Genel Kurul aşamasında metinden çıkarılmıştır. Bu isabetlidir. Çünkü bu ifade, tam da itiraz edilen süper temyiz mercii yaratılması sonucunu doğururdu. Nitekim Almanya örneğinde de görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi birçok anayasaya aykırı yorumu tesbit ettiği kararının hüküm fıkrasında, *"bu açıklamalar ışığında dosyanın gönderildiği mahkemenin başka bir sonuca varması mümkündür"*³⁵ ifadesiyle, maddi olguların yeniden değerlendirilip ilgili temel hakkın anayasaya uygun yorumu sonucunda da aynı sonuca ulaşma olasılığına işaret etmektedir.

Kanun düzenlemeleri dikkate alındığında üzerinde düşünülmesi gereken bir diğer husus ise, hak ihlali iddiasının hangi aşamalarda ileri sürülmüş olması gerektiği sorusudur. Bu konuda kanunda açık bir düzenleme yoktur. Alt Komisyon çalışmasında sorulan bu soru, Komisyon çalışmalarına katılan Anayasa Mahkemesi yetkililerince, başvurudan önceki aşamalarda başvuranın temel hak ihlalini ileri sürme şartının aranacağı yönünde yanıtlanmıştır. Ancak bu iddianın ilk dereceden başlayarak her başvuru kademesinde tekrarlanmış olmasının aranması, anayasa şikâyeti hakkını aşırı derecede kısıtlayacaktır. Ya da tam aksine temel hak ihlali, standart gerekçeli bir itiraz haline gelecektir. Bunun da normların temel hakları genişletici şekilde yorumlanmasına ve korunmasına maddi anlamda bir katkıda bulunmayacağı açıktır. Şartın, başvuru yollarından en az birinde yerinde getirilmesi ve itirazın bir başvuru kademesinde ileri sürüldükten sonra son kademe kadar hep tekrarlanması gerektiği kabul edilmelidir.

IV. Anayasal ve Yasal Düzenlemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Odaklanmasının Doğuracağı Muhtemel Sorunlar Nelerdir?

Anayasa şikâyetinin konusu Anayasada güvence altına alınmış olan bütün temel hak ve özgürlükler değil, sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu Protokoller kapsamındaki hak ve özgürlükler olabilecektir. İlk bakışta sosyal hakların

³⁴ *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu*, TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 696, s. 42.

³⁵ Yakın tarihli bir karar örneği için bkz. BVerfGE, 1 BvR 1917/04 (23.08.2005), par. 26.

kapsam dışında bırakılmak istendiği düşünülebilirse de, Anayasa ile AİHS ve Protokollerin sistematik bir karşılaştırması daha vahim sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.

İlk olarak Yavuz Sabuncu ve Selin Esen'in yaptığı sistematik çalışmada³⁶, anayasa şikâyetinin kapsamı, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu Protokoller kapsamında yer alan ve aynı zamanda Anayasa tarafından tanınmış hak ve özgürlüklerle sınırlandırılmaktadır. Çıkarılan listede kapsama alınacak haklar şöyle belirlenmiştir³⁷:

I. AİHS / Türkiye'nin Taraf Olduğu Protokoller (Haziran 2010 sonrası konsolide haliyle)	Anayasa
Yaşam hakkı (md. 2)	Md. 15/2; 17/1; 38/9
İşkence ve kötü muamele yasağı (md. 3)	Md. 17
Kölelik ve zorla çalışma yasağı (md. 4)	md. 18
Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (md. 5)	md. 19
Adil yargılanma hakkı (md. 6)	md. 36; 38; 138-142
Suç ve cezaların kanuniliği (md. 7)	md. 15/2; 38/1
Özel yaşama, aile yaşantısına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı (md. 8)	md. 20; 21; 22; 26/2
Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü + ifade özgürlüğü (md. 9 + 10)	md. 15/2; 24; 25; 26 + 10 (eşitlik ilkesi) + 27-31 (bilim ve sanat ile basın ve haberleşme hakkı); + 133 (radyo-televizyon kurulması); + 32 (cevap hakkı)
Örgütlenme ve toplantı özgürlüğü (md. 11)	33, 34, 51, 53, 54, 68, 69
Evlenme ve aile kurma hakkı (md. 12)	md. 41 (ama evlenme hakkı Anayasada düzenlenmemiştir)
Etkili başvuru hakkı (md. 13)	md. 36 ve 40
Ayrımcılık yasağı (AİHS md. 14)	md. 10 (Ayrımcılık yasağı Sözleşmede güvence altına alınan bütün hakların korunmasında gözetilen genel bir ilkedir; bu nedenle ilgili olduğu hakkın ihlali iddiasıyla bağlantılı olarak ileri sürülebilir)

³⁶ Yavuz Sabuncu/ Selin Esen Arnwine, "Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Model. Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", *Anayasa Yargısı*, Cilt: 21, 2004, s. 229-246.

³⁷ Yazarlar çalışmalarını metin olarak yapmışlardır. Tabloid karşılaştırma, bu makalenin yazarına aittir.

Mülkiyet hakkı (1. Ek Protokol md. 1)	md. 35; 46-47
Eğitim ve öğrenim hakkı (1. Ek Protokol md. 2)	md. 42 (AY 174 uyarınca Tevhid-i Tedrisat Kanunu hükümleri saklı tutularak onaylanmıştır)
Serbest seçim hakkı (md. 1. Ek Protokol md. 3)	md. 67, 75-79; 101-102, 104; 94, 114 ve 116 (aslında bu üç madde yasama organının iç işleyişine ilişkin olup anayasa şikâyeti konusu yapılmaları olanaklı görünmemektedir)
II. AİHS'de Yer Almayan ya da Türkiye'nin Taraf Olmadığı 4, 7 ve 12 nolu Protokollerde Yer Alan Haklar (Dolayısıyla Anayasa Şikâyeti Konusu Yapılamayacak Olan Haklar)	
12. Protokol (genel ayrımcılık yasağı)	md. 10
Sözleşmeden doğan yükümlülük nedeniyle kişi özgürlüğünden yoksun bırakılmama (4. Pro. md. 1)	md. 38/8
Seyahat ve yerleşme özgürlüğü (4. Pro. md. 2)	md. 23
Vatandaşların sınırdışı edilememesi ve ülkeye girişlerinin engellenememesi (4. Pro. md. 3)	md. 23/6
Eşler arasında eşitlik (7. Pro. md. 5)	md. 41/1
Yabancıların toplu sınırdışı edilme yasağı (4. Pro. Md. 4; 7. Pro. md. 1)	md. 16
Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı (7. Pro. md. 2)	md. 36/1 ve 40/1
Adli hata halinde tazminat hakkı (7. Pro. md. 3)	md. 40/III
Aynı suçtan iki kere yargılanamama ve cezalandırılmama (7. Pro. md. 4)	md. 36/1 ve 38
III. AİHS ya da Protokollerde Yer Almayıp Anayasada Güvence Altına Alınan Hak ve Özgürlükler	
	md. 48+49 (çalışma ve sözleşme hürriyeti ile çalışma hakkı ve ödevi); md. 50 (çalışma şartları ve dinlenme hakkı); md. 60+61 (sosyal güvenlik hakkı); md. 70 (kamu hizmetine girme hakkı)

Görüldüğü üzere, Anayasa ve kanundaki düzenlemenin bir sonucu olarak bazı negatif statü hakları ile büyük ölçüde sosyal haklar, anayasa şikâyeti kapsamının dışında kalmaktadır. Ancak sorunlar bu kadarla bitmemektedir. AİHS'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının uygulama alanı, Anayasa'nın 10. maddesindeki genel eşitlik ilkesine göre sınırlıdır. Çünkü yasak yalnızca "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma"da ayırım gözetilmeksizin eşit muamele talep hakkını vermektedir. Dolayısıyla "bir hak ya da özgürlüğün kullanılmasına dayanmayan ayrımcılıklar da 14. maddenin kapsamında değildir" ve Mahkeme de bu maddeyi bağımsız bir madde olarak yorumlamamaktadır³⁸. Dolayısıyla Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen genel eşitlik ilkesinin ihlali halinde, taraf olunmayan 12. Protokolde yer alan genel ayrımcılık yasağının ve Anayasada yer aldığı halde anayasa şikâyeti kapsamında yer almayan bazı hakların bu yolla korunması zor olacaktır. Örneğin, eşler arasındaki eşitlik ilkesi anayasal güvence altında olmakla birlikte, bir yasal düzenlemenin bu eşitlik ilkesine aykırı olduğu/yorumlandığı gerekçesiyle anayasa şikâyeti yoluna başvurulamayacaktır. Bunun istenmeyen sınırlayıcı etkileri açıktır.

Bunun dışında AİHM 1970'lerin sonundan itibaren AİHS ve Protokollerdeki haklarla bu belgelerde yer almayan, ama Avrupa Konseyi ülkelerinin pekçoğunda yer alan sosyal haklar arasında bağlantı kurmuş, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü hakkı ile sağlıklı bir çevrede yaşam, sosyal güvenlik, sağlık hakkı vb. sosyal hakların bunların ayrılmaz parçası olduğuna hükmetmiştir³⁹. Bu durumda anayasa şikâyetiyle ilgili anayasa ve kanun hükümleri nasıl yorumlanacaktır? Sadece AİHS ve Protokollerinin lafzının esas alınması, yaşayan bir hukuk sistemi olarak adlandırılan AİHM içtihadına aykırılık oluşturacaktır. Bu nedenle AİHM içtihadının genişletici etkisi esas alınmalıdır. Kaldı ki Türk Anayasa Mahkemesi de 17. madde ile sosyal güvenlik hakkı arasında bağlantı kurmuş ve 65. maddenin yorumunun sınırını iki örnek kararında daha 1990'larda göstermiştir⁴⁰.

³⁸ Yasemin Özdek (2004), *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE: Ankara, s. 288-289.

³⁹ Bkz. *Feldbrugge v. the Netherlands* (Appl. 8562/79) (29.05.1986), par. 37; *Airey v. Irland* (Appl.6289/73) (9.10.1979), par. 24 and 26; *Sidabras and Dziiautas v. Lithuania* (Appl. 55480/00 and 59330/00) (24.10.2004 final), par. 47; *Deumeland v. Germany* (Appl. 9384/81) (29.05.1986); *Salesi v. Italy* (Appl. 13023/87) (26.02.1993); *Guerra and Others v. Italy* (116/1996/735/932) (19.02.1998), par. 58.

⁴⁰ AYMK E. 1990/27, K. 1991/2, k.t. 17.1.1991; E. 1996/17, K. 1996/38, k.t. 16.10.1996;

V. SONUÇ YERİNE

Türkiye’deki tartışmalarda gerek Danıştay, gerekse Yargıtay, Anayasa Mahkemesi’nin bir süper temyiz mahkemesine dönüştürülmesinden ve kendi kararlarının Anayasa Mahkemesi tarafından bozulmasından çekinmektedirler. Bu nedenle anayasa şikâyeti kurumu bu yüksek mahkemeler tarafından kesin bir dille reddedilmektedir. İki yüksek yargı organının yıllardan beri süregiden anayasa şikâyeti kurumuna ilişkin bu reddedici tavırları karşısında, Türkiye’deki meselenin anayasa şikâyetinin maddi boyutunu tartışmaya başlamadan önce, buradaki düğümü çözmekte yattığını söylemek yanlış olmaz. Çünkü Anayasa Mahkemesi’ne anayasa ve yasayla verilen bu yetki, diğer yüksek mahkemeler temel hak ve özgürlüklerin uygulanmasında anayasal düzenlemenin kapsamını, temel hak ve özgürlükler ışığında yorumlanması zorunluluğunu dikkate almayı reddettikleri sürece, amacına ulaşamayacaktır.

Oysa bu çatışmanın, Federal Anayasa Mahkemesi’nin ilk yıllarında yoğun biçimde yaşandığı Almanya örneğinde Anayasa Mahkemesi, diğer yüksek mahkemelerin kararlarının hukuka uygunluğunu, yani kanunların uyuşmazlık konusuna doğru uygulanıp uygulanmadığını denetlemeyi reddetmektedir. Dolayısıyla yapılan denetim, mahkemelerin bir anayasa normunun kapsam ve sınırını yanlış yorumlamalarından kaynaklanan bir hak ihlali olup olmadığını, yani “özümlü (spesifik) anayasa hukukunun” (*spezifisches Verfassungsrecht*) yanlış uygulanıp uygulanmadığının denetimiyle sınırlıdır⁴¹. Bu nedenle anayasa şikâyeti bağlamında kurumların birbirine üstünlüğü gibi bir tartışmayı yürütmek yerine, yerine getirilen yargı hizmetinin anayasayı hayata geçirmenin, bunun günlük hayata nüfuz etmesini sağlamanın bir aracı olduğuna odaklanmak en doğru yol olacaktır.

Bunun yanında yasakoyucunun, anayasa şikâyetinin işlevi ve amacıyla ilgili görüşünü gözden geçirmesi, kurumun başarı şansı açısından zorunlu görünmektedir. Salt Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi odaklı bir temel hak ve özgürlükleri koruma anlayışı, uzun vadede dahi iç hukuk sisteminde etkin bir temel hak ve özgürlük koruma sistemi kurmaya yetmeyecektir. Anayasa Mahkemesi’nin anayasa şikâyetini etkili bir başvuru aracı olarak kullanabilmesi içinse, her de-

E. 1998/38, K. 1998/70, k.t. 17.11.1998.

⁴¹ Krş .BVerfGE 108, 282 (294) (Fall Ludin). Ayrıca bkz. Volker Epping, *Grundrechte*, Springer: Berlin, 2005, s. 74.

recedeki yargı organlarının işbirliği kadar, üniversitelerin de desteğine ihtiyacı vardır. Karşılaştırmalı ülke örneklerinin incelendiği toplantılar ve üniversiteler ile yargı arasındaki yapıcı diyaloglar, önümüzdeki sürecin kaçınılmaz unsurları olarak görünmektedir.

KAYNAKLAR

- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. baskı, Beta: İstanbul, 2009.
- Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu*, TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 696.
- Anayasa Şikâyeti Çalıştay Raporu (15.2.2011), İzmir Barosu Başkanlığı.
- Brunner, Georg, "Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum", *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 50 (2002), s. 191-247.
- Casas Baamonde, Maria Emilia, "Amparo Başvurusu", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 101-110.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. bası, Beta: İstanbul, 2008.
- Epping, Volker, *Grundrechte*, Springer: Berlin, 2005.
- Esen, Selin, "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu", *AÜHF Dergisi*, Cilt: 52, Sayı: 4, 2003, s. 249-271.
- Gongora Pimentel, Genaro David, "Amparo ne içindir?", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 163-220.
- Göztepe, Ece, *Anayasa Şikâyeti*, AÜHF Yayınları: Ankara, 1998.
- Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt: 2, *İdari Yargılama Hukuku*, 4. bası, Turhan: Ankara, 2010.
- Holzinger, Gerhart, "Avusturya Anayasa Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 61-79.
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. baskı, Cilt: V, Demir: İstanbul, 2001.
- Mellinghof, Rudolf, "Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikâyeti", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 31-44.
- Özdek, Yasemin, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE: Ankara, 2004.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 10. bası, Yetkin: Ankara, 2011.

- Sabuncu, Yavuz/Esen Arnwine, Selin, "Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Model. Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", *Anayasa Yargısı*, Cilt: 21, 2004, s. 229-246.
- Sağlam, Fazıl, "Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları", *Anayasa Yargısı İncelemeleri-1*, Editörler: Mehmet Turhan/Hikmet Tülen, Anayasa Mahkemesi Yayınları: Ankara, 2006, s. 71-111.
- Sağlam, Fazıl, "Giriş ve takdim konuşması", *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 27-29.
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi: Ankara, 2009.
- Venice Commission, "Opinion on the Draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey", No. 296/2004, CDL-AD (2004)024 (29.06.2004).
- Venice Commission, "Study on Individual Access to Constitutional Justice", No. 538/2009, CDL-AD (2010)039 (27.01.2011).
- Zuck, Rüdiger, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 3. Auflage, C.H. Beck: München, 2006.

Mahkeme Kararları

- BVerfGE 108, 282 (294) (Fall Ludin).
- BVerfGE, 1 BvR 357/05 (15.2.2006) (Luftsicherheitsgesetz).
- AYMK E. 1990/27, K. 1991/2, k.t. 17.1.1991.
- AYMK E. 1996/17, K. 1996/38, k.t. 16.10.1996.
- AYMK E. 1998/38, K. 1998/70, k.t. 17.11.1998.
- ECHR, *Airey v. Irland* (no. 6289/73) (9.10.1979).
- ECHR, *Deumeland v. Germany* (no. 9384/81) (29.05.1986).
- ECHR, *Feldbrugge v. the Netherlands* (no. 8562/79) (29.05.1986).
- ECHR, *Guerra and Others v. Italy* (116/1996/735/932) (19.02.1998).
- ECHR, *Hartman v. Czech Republic* (no. 53341/99) 3.12.2003.
- ECHR, *İsmayilov v. Azerbaijan* (no. 4439/04) 17.4.2008.
- ECHR, *Salesi v. Italy* (no. 13023/87) (26.02.1993).
- ECHR, *Sidabras and Dziautas v. Lithuania* (no. 55480/00 and 59330/00) (24.10.2004 final).
- ECHR, *Sürmeli v. Germany* (no. 75529/01), ECHR 8.6.2006.