

## **BÖLÜM 5 / SECTION 5**

### **ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ANAYASA ŞİKÂYETİ KARARLARININ USULİ AÇIDAN DEĞERLENDİRMESİ**

*(A PROCEDURAL ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONAL COMPLAINT  
DECISIONS OF THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT)*

**Tolga Şirin\***

#### **ÖZET**

Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesinin ilk bir yıl içinde verdiği anayasa şikâyeti ile ilgili, usule ilişkin kararları ele alınmıştır. AYM'nin usuli kararlarına baktığımızda kişi, konu, zaman bakımından yetkileri ile olağan hukuk yollarının tüketilmesi, açıkça dayanaktan yoksunluk, süre aşımı ve düşme konularında bir takım ilkeler ortaya koyduğu görülmektedir.

AYM'nin şu ana kadar (29.10.2013) sadece dört adet esasa ilişkin kararı bulunmaktadır, diğerleri kabul edilemezlik kararlarıdır. Bu süreçte, bazı başlıklarda olumlu açılımlara gidildiği, bazı başlıklarda ise daraltıcı bir eğilim olduğu gözlemlenmektedir. Daha ilk yılda, yapılan şikâyetlerin büyük bir çoğunluğunun bir sonraki yıla devredilmesi, Mahkeme'nin yavaşlığını göstermektedir. İlerleyen zamanlarda şikâyet sayısında bir artış da gözlemlenecektir. Ancak bu durum, Mahkeme'nin asıl işlevinin hak ve özgürlükleri korumak olduğu gerçeğini değiştirmemelidir. Oysa içtihatlarda, AYM'nin öncelikli olarak üzerindeki iş yükünü azaltmak eğiliminde olduğu görülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa Şikâyeti, usuli kararlar, etkililik, kişi bakımından yetki, konu bakımından yetki, zaman bakımından yetki, hukuk yollarının tüketilmesi, açıkça dayanaktan yoksunluk, süre aşımı, düşme, adli yardım, iş yükü.

#### **ABSTRACT**

*In this study, it has taken the Constitutional Court's judgements on procedure in hand. When we look at the procedural judgements of the Constitutional Court, it has seen some principles about the rationale*

---

\* Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

*personae, ratione materiae, ratione temporis, exhaustion of legal remedies, manifestly ill-founded, prescription, abatement of case.*

*So far, there have been only four judgements of Constitutional Court on the merits - the others are the decisions of inadmissibility. In this process, it can be observed positive opening out about some title, but a contractionary trend is also seen. First year, the vast majority of complaints made to be transferred to the next year, that shows the slowness of the Court. In later times it will be observed an increase in the number of complaints. But this situation must not change the fact that Court's primary function is to protect the rights and freedoms. However, in case of the Constitutional Court, it has been seen the Court primarily tends to diminish its caseload.*

**Keywords:** *Constitutional complaint, procedural judgements, effectiveness, ratione personae, ratione materiae, ratione temporis, exhaustion of legal remedies, manifestly ill-founded, prescription, abatement of case, legal aid, the caseload.*

\*\*\*

Anayasa Mahkemesi (AYM) başkanı Sayın Haşim Kılıç'ın basına yaptığı açıklamaya göre Eylül 2013 ayı itibariyle Mahkeme'ye ulaşan anayasa şikâyeti sayısı 8 bin 500'e ulaşmış durumdadır ve 3 bin civarında dosya sonuçlandırılmıştır. Yani 5 bine yakın şikâyet halen AYM önünde derdesttir<sup>1</sup>. Ne var ki AYM'nin Resmi Gazete'de yayımlanmış olduğu anayasa şikâyeti karar sayısı 29.10.2013 itibariyle 81'dir. Bu kararlardan yalnızca 4'ü hakkında esastan karar verilmiştir<sup>2</sup>. Geri kalan kararları kabul edilemezlik kararlarıdır. AYM'nin internet sitesine baktığımızda ise – bilindiği üzere İçtüzük gereği belli kararlar AYM'nin internet sitesinde yayımlanacaktır- 553 idari ret kararının bulunduğunu görüyoruz. Bu kararlardan beşi süre aşımından, biri postayla gönderilmesinden, ikisi de şikâyeteki eksikliklerin giderilmemesinden dolayı verilen ret kararıdır. Bunun dışındaki kararlar, ne Resmi Gazete'de ne de Mahkeme'nin sitesinde yayımlanmamıştır. Bu kararların içeriği hakkında şeffaf bir inceleme yapmak mümkün görünmemektedir. İçtüzük gereği Bölüm kararlarının tümü ve Komisyon kararlarının kabuledilebilirlik açısından önem taşıyanları, AYM'nin internet sitesinden yayım-

<sup>1</sup> Taraf Gazetesi, 01.10.2013.

<sup>2</sup> Bu kararların ikisi birinci bölüm, ikisi ikinci bölüm tarafından verilmiştir. Sırasıyla 2012/13, 02.07.2013; 2012/239, 02.07.2013, 2012/521, 02.07.2013; 2012/1137, 02.07.2013.

lanacaktır. Almanya uygulamasından esinlenildiği düşünülen bu hükümlerin Anayasa'nın 153'üncü maddesine uygunluğu halen tartışmalıdır<sup>3</sup>.

Anayasa şikâyetiyle ilgili bir diğer usuli gelişme de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) tarafından verilen *Hasan Uzun v Türkiye* kararıdır<sup>4</sup>. Etkililik konusunda bir değerlendirme yapılmamakla birlikte, Strazburg organına göre Türkiye'deki anayasa şikâyeti, erişilebilirlik, elverişlilik ve yeterlilik unsurlarını taşımaktadır. Bu karar, kimilerince büyük bir sevinçle karşılanmış olsa da, böyle bir sonuç, soyut düzeyde çok önceden rahatlıkla öngörülebilmekteydi<sup>5</sup>.

Ben bugün, bana tanınan on dakikalık süre içerisinde, belki bu süreyi biraz da aşarak, AYM'nin son bir yıl içinde verdiği ve Resmi Gazete'de yayımlanan anayasa şikâyeti ilke kararlarını sadece usuli açıdan ele almaya çalışacağım. AYM'nin usuli kararlarına baktığımızda kişi, konu, zaman bakımından yetkileri ile olağan hukuk yollarının tüketilmesi, açıkça dayanaktan yoksunluk, süre aşımı ve düşme konularında bir takım ilkeler ortaya koyduğu görülmektedir.

## I. KİŞİ BAKIMINDAN YETKİ KONUSUNDAKİ KARARLAR

Anayasa Mahkemesi'nin ilke kararlarının dördünde kişi bakımından yetkisizliğe hükmedilmiştir. Bunlardan birincisi, mağduriyet konusuna ilişkin açıklamalar içermektedir. Mahkeme'ye göre anayasa şikâyeti yapılması için kişisel, doğrudan ve güncel bir hak ihlali gerekmektedir. Bu kararda, bir derneğin, kendi amacıyla ilgili olmayan ve yalnızca üyelerinin durumlarını etkileyen (yani dernek tüzel kişiliğine yönelik bir müdahale niteliği taşımayan) kamu gücü eylemlerine karşı başvuru yapamayacağı ortaya konulmuştur<sup>6</sup>. Bu yaklaşım, şeklen Almanya AYM'sinin ve Strazburg'un içtihatlarıyla uyumludur<sup>7</sup>. Ancak AYM'nin, kamu gücü müdahalesinin neden başvurucağı değil de sadece derneğin üyelerini etkilediği konusunda açıklama getirmemiş olması eleştiriye açıktır. Öte yandan Türkiye'de kamu başdenetçisine anayasa şikâyeti hakkı tanınmamış olması ve idari yargıda özellikle çevre ve kültü-

<sup>3</sup> Konuyla ilgili olarak bkz. Tolga Şirin, **Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru)**, İstanbul: XII Levha Yay, 2013, ss. 574 vd.

<sup>4</sup> *Hasan Uzun v Türkiye*, 10755/13, 30.04.2013.

<sup>5</sup> Bkz. Şirin, ss.139 vd.

<sup>6</sup> 2012/95, 25.12.2012.

<sup>7</sup> Almanya Anayasa Mahkemesi, Bavyera Eyalet yasaları barolara üyeleri adına dava açma yetkisi tanınmasına rağmen bu hükme dayalı anayasa şikâyeti iddialarını reddetmiştir. Bkz. BVerfGE 10, 134, (136). Strazburg açısından özgün bir örnek için bkz. *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and others v. Rusya*, 55066/00 ve 5563800, 18.03.2004.

rel/tarihsel varlıklar, tüketici hukuku alanlarındaki davalarda uygulanan 'hak ihlali' ile 'menfaat ihlali' arasındaki ayırmda tezahür eden tespitlerin göz ardı edilmesi ve dosyanın çok katı bir şekilcilikle karara bağlanmış olması eleştirilebilir<sup>8</sup>. Unutulmamalıdır ki anayasa şikâyeti sadece sübjektif hakların değil, objektif hukukun da bir güvencesidir<sup>9</sup>.

Kişi bakımından yetkisizlik kararı verilen diğer üç kararda ise sırasıyla köy, belediye, ticaret ve sanayi odası niteliğindeki başvuru sahiplerinin esas ilişkin iddiaları, AYM Yasası'nın 46/2'inci maddesinin lafzına dayanılarak kabul edilemez bulunmuştur. AYM'ye göre bu kişiler, kamu tüzel kişilikleridir ve AYM, daha önce ana muhalefet partisinin açmış olduğu iptal davasındaki sorunlu tespitine<sup>10</sup> paralel şekilde "bireysel başvurunun kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine karşı tanınan bir yol olduğundan, kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınmasının, bu anayasal kurumun hukuki niteliği ile bağdaşmadığı"<sup>11</sup> sonucuna ulaşmıştır. Fakat bu sonuç yeterince temellendirilmemiştir. Böyle bir davanın, bu anayasal kurumun, hukuki niteliğiyle neden bağdaşmadığı konusunda yine tatmin edici bir yanıt üretilmediği gibi, AYM'nin kendi yorumunun, mukayeseli uygulamalar<sup>12</sup> karşısındaki tutarsızlığı ve özellikle usuli haklar konusunda pek ala kamu kişilerinin de mağdur olabileceği<sup>13</sup>, hatta adil yargılanma hakkının objektif niteliğinin ağır basması gereği, bu hakkın ihlali halinde objektif anayasa hukukunun ve anayasanın üstünlüğünün zarar göreceği göz ardı edilmiş, en azından bu konuda tatmin edici bir yanıt sunulmamıştır. Anayasa'da başvuru yapacak kişiler bakımından kategorik bir sınırlama bulunmamasına karşın, yasa hükmünün doğrudan uygulanması, anayasanın lafzi yorumunun dahi dışına çıkmak anlamına gelmektedir<sup>14</sup>. Tür-

<sup>8</sup> Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. Şirin, ss.30-40.

<sup>9</sup> Bu çıkarım Almanya Anayasa Mahkemesi'nin temel tespitlerindedir. Bkz. Konrad Zweigert, "Die Verfassungsbeschwerde", **Juristische Zeitung**, Vol. 7, 1952. İHAM içtihatlarında da karşılık bulmuştur. Bkz. Jochen A: Frowein/Wolfgang Peukart, **EMRK-Kommentar**, Berlin: N.P.Engel Verlag, 1996, Art. 25, par. 3. Şirin, s. 37 vd.

<sup>10</sup> Bkz. E. 2011/1243, K. 2012/34, T. 01.03.2012.

<sup>11</sup> 2012/22, T. 25.12.2012. Bu tespitin kökeninde Almanya'daki birleşme argümanı (*Konfusionsargument*) şeklinde kavramlaştırılan düşünce yatmaktadır. Bkz. Wolfgang Rüdiger, "Grundrechtsträger", **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Josef Isensee/Paul Kirchhof (der.), Band IX /Allgemeine Grundrechtslehren), C.F. Müller: Heidelberg, 2011, ss.939-944.

<sup>12</sup> Almanya'dan ve İHAM'dan örnekler için bkz. Şirin, ss. 231-238.

<sup>13</sup> Karş. BVerfGE, 6, 45, (49); 13, 132, (139).

<sup>14</sup> Herkes kelimesine dayalı etimolojik ve lafzi yorum hakkında bkz. Şirin, s. 245.

kiye’de, Almanya’dan farklı olarak organ davası (*Organstreit*)<sup>15</sup>, komünal anayasa şikâyeti (*Kommunalverfassungsbeschwerde*)<sup>16</sup> gibi tamamlayıcı nitelikteki dava yolları yoktur. Buna rağmen AYM, mehzaz Almanya uygulamasından daha geriye düşmüştür. Oysa Türkiye AYM’sinden, bu eksikliklerden dolayı, sistemdeki açıkların kapanmasına yönelik daha etkili bir yaklaşım beklenirdi<sup>17</sup>.

Bu konuda, Genel Kurul’un, anayasa şikâyeti sırasında somut norm denetimi yapmak suretiyle kamu tüzel kişilerine ilişkin yasağının iptal etmesi<sup>18</sup> ve bu iptalden sonra her somut olayda başvuruçunun niteliğine ilişkin özgün bir AYM denetimi yapılması önerilir.

Buların dışında kişi bakımından yetkisizlikle ilgili bir vaka ise Fransa Devleti’nin gerçekleştirdiği emekli maaşına yönelik kesinti konusundadır. AYM, bu konuda genel bir ifadeyle “yetkisizlik” kararı vermiştir<sup>19</sup>. Oysa İHAM içtihatları temelinde yaklaşıldığında bunun da kişi bakımından yetkisizlik olarak tarif edilmesi yerinde olurdu.

## I. KONU BAKIMINDAN YETKİ KONUSUNDAKİ KARARLAR

Anayasa Mahkemesi’nin ilke kararlarından on ikisinde konu bakımından yetkisizlik kararı verilmiştir. Bu kararlar üç kategoride ele alınabilir.

**Birinci** kategori, başvuru kısıntılarına ilişkindir. Bu kategorideki iki kabuledilemezlik kararı, sırasıyla, Tahkim Kurulu<sup>20</sup> ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu<sup>21</sup> tarafından verilen kararlarla ilgilidir. Bilindiği üzere hem Anayasa’da, hem de AYM yasasında bu kararlara karşı yargı yolu kapatılmıştır. Hukuk devleti ilkesi ve etkili başvuru hakkı bakımından sorun teşkil eden bu sınırlama, İHAS’a uygun değildir. İHAM kararlarına atıf yapmaya başlamış olan AYM’nin bu sınırlamalara ilişkin İHAS çerçevesinde bir tespit/eleştiri ileri sürmesi beklenirdi. Öte yandan bu kararların, benzeri anayasal kısıntıların tamamı için geçerli olup olmadığına ilişkin net bir çıkarıma da ulaşamamaktadır. Bilindiği gibi

<sup>15</sup> Organ davası bazı yüksek anayasal organların veya onların üyelerinin hak ve ödevlerine ilişkin uyuşmazlıkları gidermek için Anayasa Mahkemesine açtığı davaları ifade etmektedir.

<sup>16</sup> Komünal anayasa şikâyeti, yerel yönetimlerin anayasal yetkilerine yönelik müdahalelere karşı Anayasa Mahkemesine açtıkları davaları ifade etmektedir.

<sup>17</sup> Sistemin bütünü almanın ve eksiklerin doldurulmasının zorunluluğu hakkında bkz. Şirin, ss. 229-230.

<sup>18</sup> Şirin, ss.286-297.

<sup>19</sup> 2012/171, 12.02.2013.

<sup>20</sup> 2012/620, 12.02.2013.

<sup>21</sup> 2013/1581, 16.04.2013.

öğretide, özellikle Yüksek Seçim Kurulu (YSK) kararları bakımından farklı bir sonuca ulaşmanın mümkün olduğu ileri sürülmektedir<sup>22</sup>.

**İkinci** kategori yasama işlemlerine karşı yapılan başvurulardır. Bu kategoride, yasalara karşı yapılan anayasa şikâyetlerine ilişkin dört kabul edilemezlik kararı verilmiştir<sup>23</sup>. Mahkeme, tıpkı kamu tüzel kişilerinin anayasa şikâyeti yasağında olduğu gibi son derece şekilci bir yaklaşım sergilemiş ve yasalara karşı yapılan başvuruları, sadece AYM kanunun sınırlandırıcı hükmüne atıf yaparak sonuçlandırmıştır. Anayasa herhangi bir ayırım yapmadan “kamu gücünden” bahsediyor olmasına rağmen, bir kamu gücü olarak yasamanın dışlanmış olması, anayasaya aykırıdır. Bilindiği özellikle doğrudan uygulanabilir yasalar, kimi durumlarda “potansiyel mağduriyet” yaratabilirler. Hem İHAM<sup>24</sup>, hem de mehz Almanya<sup>25</sup> uygulamasında bu konuda örnekler vakidir. Özellikle ceza ve seçim hukukunda bu yolun kapatılmış olması, çok kritik sorunlara yol açabilir<sup>26</sup>. AYM'den bu sorunların farkında olarak ve bunlara ilişkin – en azından ima düzeyinde- tespitler içeren ilke kararı vermesi beklenirdi. Ne var ki AYM bu kararlarında potansiyel mağduriyet statüsüne ilişkin tatmin edici bir tartışma yapmadığı gibi, bu dört davadan birinde<sup>27</sup> -fırsatı olmasına rağmen- kişi bakımından yetkili olduğunu kaydedememiş, bu hususta bir tartışma yapmamıştır.

**Üçüncü** kategori ise şikâyete konu edilecek hak ve özgürlüklere ilişkindir. AYM'nin bu kategorideki altı ilke kararı bulunmaktadır ve bunlar da ne yazık ki insan hakları aleyhine daraltıcı bir nitelik taşımaktadır. Söz konusu kararlarda olumlu görülebilecek tek nokta AYM'nin

<sup>22</sup> Fazıl Sağlam, “Anayasa Şikâyeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, **Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler**, Ece Gözetepe/Aykut Çelebi (haz.), İstanbul: Metis Yay., 2012, ss. 445-446.

<sup>23</sup> 2012/30, 05.03.2013, 2012/837, 05.03.2013, 2012/237, 26.03.2013, 2013/469, 16.04.2013.

<sup>24</sup> Somut örnek için bkz. *Open Doors ve Dublin Well Woman v. İrlanda*, 14234/88, 29.10.1992.

<sup>25</sup> Almanya'daki hava güvenlik yasasına (BvR, 357/05) karşı verilen AYM kararına Türkiye öğretisinde de çokça atıf yapılmaktadır.

<sup>26</sup> Almanya'da da yasalara karşı başvurular sıklıkla ceza hukuku ve seçim hukukuyla ilgilidir. Türkiye AYM'sinin verdiği ilke kararlarından birinin seçim hukukuyla ilgili olması, bu yaklaşımın genel seçimler veya ceza hukuku konusunda da sürdürüleceğini göstermektedir ki bu, karşılaştırmalı hukuk ve insan hakları yargılamasıyla uyumlu değildir.

<sup>27</sup> 2012/237, 26.03.2013. Bu davada başvurucu, mahkûm olduğu suçun, 6352 s. yasa kapsamında görülmemesinden dolayı hükmün infazının ertelenmesi uygulamasından yararlanamayan bir kişidir. Bu bakımdan başvurucunun mağdur statüsünde olduğu ve Mahkeme'nin kişi bakımından yetkili olduğu söylenebilir.

Sözleşme'yi esas alırken, anayasanın farklı maddelerini (örneğin İHAS'taki adil yargılanma hakkına karşılık olarak Anayasa'nın 36'ncı maddesinin yanında 141'inci maddesini de) referans olarak kullanmasıdır<sup>28</sup>. Sistematik yorumun zorunlu sonucu olan bu olumluluk takdir edilip bir tarafa bırakılırsa, söz konusu kararlarda daha belirgin olumsuz bir eğilim göze çarpmaktadır:

AYM, Anayasa'nın 148'inci maddesindeki “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki hak ve özgürlükler” kavramını daraltıcı biçimde kavramaktadır. Anayasa'da adil yargılanma (md. 36) hakkına ilişkin yargılama türleri bakımından bir sınır bulunmamasına rağmen, İHAS'ta adil yargılanma hakkının “medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzluklar ya da ceza alanında yöneltilen suçlamalarla” sınırlı olarak tanınmış olmasından hareket eden AYM, anayasa şikâyeti incelemelerinde de ancak İHAS'taki sınırlar dâhilinde inceleme yapılabileceği sonucuna ulaşmıştır. Yani İHAS'ın 53'üncü maddesinin hilafına Sözleşme metnindeki daraltma Anayasa'ya teşmil edilmiştir.

Mahkeme, bu tespitine dayanarak, şikâyetçinin, ceza muhakemesi sürecinde medeni haklarını ileri sürme imkânı bulunmamasından dolayı adil yargılanma hakkı ihlali iddialarını kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme'nin bu tespitinin bir diğer sonucu da ayrımcılık yasağı ve etkili başvuru hakkı bakımındandır. Bu hakların İHAM uygulamasında diğer maddi haklarla bağlantılandırılarak ileri sürülecek olmasından yola çıkan AYM, adil yargılanma hakkı kapsamında görmediği şikâyetleri, bu haklar bakımından da kabul edilemez görmüştür<sup>29</sup>. Bu yaklaşımın paralel sonucu gelecekte, Anayasa'da tüm seçimler için güvencelemiş olan serbest seçim hakkının, anayasa şikâyeti incelemelerinde sadece ‘yasama organı’ seçimleriyle sınırlı olarak kavramak olacaktır.

Bu yaklaşım sorunludur<sup>30</sup>. Bana göre anayasadaki temel hak ve özgürlüklerden İHAS kapsamında olanlar şeklindeki kayıt, tasnif kolaylığı sağlaması için getirilmiştir. AYM, her halükarda Anayasa'ya göre bir denetim yapmalıdır. İHAS sisteminde Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin asgari eşittir. Taraf devletlerin bu hak ve özgürlükleri daha ileri düzeyde yorumlayabilmeleri mümkündür. AYM'nin yaklaşımı ise bunun tam tersi istikamettedir. Ne var ki AYM'nin iki kararında<sup>31</sup>, önüne gelen başvurunun “medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili” bir uyumsuzluk

<sup>28</sup> 2012/13, 02.07.2013, para. 39.

<sup>29</sup> Bkz. 2012/1049, 26.03.2013, 2012/869, 16.04.2013; 2013/1337, 16.05.2013.

<sup>30</sup> Gerekçeler için bkz. Sibel İnceoğlu, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlama ve Güvence Rejimi”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Sibel İnceoğlu (ed.), 3. Baskı, İstanbul: Beta Yay., 2013, ss. 49-52.

<sup>31</sup> 2013/1134, 16.05.2013, 2012/665, 13.06.2013.

olup olmadığına bakmaksızın adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirme yapmaya girişmiş olması –eğer bu bilinçli bir tercihse- özgürlükçü bir istikamet nüvesi olarak görülebilir.

Öte yandan AYM, AYM Yasası'nın - anayasa lafzı hilafına- sadece Türkiye'nin taraf olduğu protokollerle sınırlı bir kategorileştirmeye gitmesini kolayca kabullenmiş görünmektedir<sup>32</sup>. Kanaatimce AYM'nin denetimine konu edilebilecek hak ve özgürlüklerin, Türkiye'nin taraf olduğu protokollerle sınırlandırılması, icabında tutarsız sonuçlara yol açabilir. Bu yaklaşıma göre Türkiye'nin İHAS'a taraf olmaktan çıkması durumunda, anayasa şikâyeti konusuz kalacaktır<sup>33</sup>. Oysa taraf olma, uluslararası hukuku ilişkin bir meseledir. Türkiye, taraf olsun veya olmasın, İHAS sistemindeki hak ve özgürlükler objektif olarak belirlenebilmektedir. Bu belirlemeye göre Anayasa'daki hak ve özgürlüklerden hangilerinin anayasa şikâyetine konu edilebileceği de ortaya konulabilir.

Bir örnek vermek gerekirse, Türkiye genel olarak ayrımcılık yasağını düzenleyen 12 no'lu protokolü onaylamış değildir. Ancak Anayasa'nın 11'inci maddesinde genel ayrımcılık yasağını içeren bir güvence bulunmaktadır. Meselenin ifade ettiğim şekilde kavranması durumunda Anayasa'nın 11'inci maddesine dayalı hak ihlalleri inceleme konusu yapılabilir<sup>34</sup>.

## II. ZAMAN BAKIMINDAN YETKİ KONUSUNDAKİ KARARLAR

AYM, yirmi dört ilke kararında zaman bakımından yetkisizliğe karar vermiştir. Zaman bakımından yetkisizlik kararları, hangi mahkeme kararlarının, 23.09.2013 tarihinden önce kesinleşmiş sayıldığına ilişkin kriterlerin ortaya konulduğu kararlardır. AYM, bu kararlarında zaman bakımından yetkisi için kesin bir tarih belirlenmesinin ve sahip olduğu yetkinin geriye yürür şekilde uygulanmamasının, hukuk güvenliği ilkesinin bir gereği olduğunu sıklıkla tekrar etmektedir<sup>35</sup>. Geçiş dönemi içtihatları olarak ifade edilebilecek bu kararlarda AYM, tıpkı İHAM gibi zaman bakımından yetkisine ilişkin düzenlemeyi kamu düzeninden görmüş ve bu meseleyi her aşamada re'sen dikkate alacağını ifade etmiştir<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> 2012/695, 12.02.2013, par. 27-28.

<sup>33</sup> Şirin, ss. 447 vd.

<sup>34</sup> Bunların dışında AYM, mülkiyet hakkı kapsamında olup olmadığını da incelediği vakalar vardır. Mahkeme'ye göre iskân hakkı tanınması mülkiyet hakkı bağlamında bir menfaat doğurmaz. 2013/539, 16.05.2013, par. 34-37.

<sup>35</sup> 2012/51, 25.12.2012, par. 28.

<sup>36</sup> 2012/491, 05.03.2013, par. 15.



Bu kararlara baktığımızda ortaya konulan ilkeleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- Ceza yargılamasında tüketilmesi gereken son başvuru yolu, kural olarak temyizdir. Başvuru yolunun tükendiği tarih, temyiz başvurusunun sonucunun öğrenildiği tarihtir<sup>37</sup>.

- Kesinleşmiş olan bir cezanın infaz tarihi, cezanın kesinleşmesi üzerinde bir etki doğurmamaktadır<sup>38</sup>.

- Ceza yargılamasında Yargıtay'ın onama kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na yapılan itiraz müracaatı, olağan kanun yolu olmadığı için kesinleşmeyi engellemez<sup>39</sup>.

- Yargılamanın yenilenmesi de olağan kanun yolu olmadığı için, Yargıtay kararı neticesinde gerçekleşen kesinleşmeye etki etmez<sup>40</sup>.

- Ceza yargılamasında kanun yararına bozma, olağanüstü niteliği gereği, tüketilmesi gereken bir yok değildir<sup>41</sup>.

- Ceza yargılamasında hüküm verildikten sonra, tutukluluğa itiraz incelemesinin 23.09.2013 tarihinden sonra olmasının zaman bakımından yetkisizlik üzerinde etkisi olmaz.<sup>42</sup>

- Askeri ceza hukukunda oda hapsi cezasına karşı yapılan şikâyetlerin kesinleşmeye etkisi yoktur<sup>43</sup>.

- Askeri idare hukuku yargılamaları ile idare ve hukuk yargılamalarında karar düzeltme talebine bağlamında kesinleşme tarihi, karar düzeltme talebinin reddinin tebliğ tarihi değil, bu talebin reddedildiği tarihtir<sup>44</sup>.

- 10.300 TL altındaki davalarda, Yargıtay kararları karar düzeltmeye konu edilemeyeceği için bu kararlar da verildiği tarihte kesinleşir ve yine tebliğ tarihi, kesinleşme üzerinde etki doğurmaz. Tebliğ, sadece tarafların haberdar olmasını sağlar. Bu yargılamada kesinleşme, (eğer yapılmışsa) karar düzeltme taleplerinin neticelenmesiyle ortaya çıkar<sup>45</sup>.

<sup>37</sup> 2013/12687, 13.06.2013, par. 22; 2013/1267, 13.06.2013, par. 22.

<sup>38</sup> 2012/889, 26.03.2013, par. 19.

<sup>39</sup> 2012/162, 12.02.2013, par. 21.

<sup>40</sup> 2012/829, 05.03.2013, par. 28.

<sup>41</sup> 2012/644, 05.03.2013, par. 22.

<sup>42</sup> 2012/726, 02.07.2013, par. 30-35.

<sup>43</sup> 2012/595, 26.03.2013, par. 20.; 2012/832, 12.02.2013, par. 17.

<sup>44</sup> 2012/329, 12.02.2013, par. 19.; 2012/51, 25.12.2012, par. 19, 2012/388, 25.12.2012, par. 19.; 2012/754, 05.03.2013, par. 17.

<sup>45</sup> 2012/947, 12.2.2013, par. 20.

- Bölge İdare Mahkemesi kararına karşı karar düzeltme yoluna başvurulmaması halinde bireysel başvuru yönünden kesinleşme gerçekleşmiş olur<sup>46</sup>.

- İdareye yapılan talep başvurusunun reddedilmesinden sonra herhangi bir idari mercie başvuru yapılmaması durumunda nihai işlem kesinleşmiş olur<sup>47</sup>.

- Daha önce başvurulmuş ve yeni bir başvuru halinde başarılı olunmayacağı belli olan başvuru yoluna yeniden başvurulması, kesinleşme üzerinde etki doğurmaz<sup>48</sup>.

- HSYK kararları, anayasa şikâyeti başvuruları bakımından verildiği anda kesinleşmektedir<sup>49</sup>.

Bu ilke kararları, görünürde sorunlu değildir. Ne var ki AYM, süregelen ihlaller (*continuous violation*) konusunda hâlihazırda bir içtihat ortaya koymuş değildir. 23.09.2013 tarihinden önce kesinleşmiş olmakla beraber ihlalin bu tarihten sonra da süregelmeye ihtimallerinde, yapılacak şikâyetlere ne gibi bir yanıt verileceği sorusu halen belirsizdir<sup>50</sup>.

Öte yandan yasalara karşı anayasa şikâyeti yolu tanınmamış olması, anayasaya aykırı yasaların ne zamana kadar anayasa şikâyetine konu edileceği sorusunun da yanıtlanmasına imkân vermemiştir<sup>51</sup>.

Zaman bakımından yetkisizlik kararlarına ilişkin ilk tepkilerde, bu tespitler ile iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin öngörülen kriterlerin iç içe geçtiği gözlemlenmektedir. Bununla beraber AYM'nin iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmemesi sorununu, kesinleşme sorunundan bağımsız olarak incelediği ilke kararları da mevcuttur.

### III. HUKUK YOLLARININ TÜKETİLMESİ KONUSUNDAKİ KARARLAR

Olağan hukuk yollarının tüketilmesi konusunda AYM'nin genel olarak mukayeseli uygulamalarla paralel bir yaklaşım içinde olduğu söylenebilir. Bu konuda uluslararası öğretilerde süregelen üç önemli tartışmaya ilişkin ilkelerin (veya en azından konuya ilişkin yaklaşım emellerinin) ortaya konulduğunu söyleyebiliriz.

<sup>46</sup> 2012/73, 05.03.2013, par. 18.

<sup>47</sup> 2012/406, 16.04.2013, par. 15.

<sup>48</sup> 2012/829, 05.03.2013, par. 32.

<sup>49</sup> 2012/475, 05.03.2013, par 17.

<sup>50</sup> İHAM bakımından bu konuda bir örnek için bkz. *Teren Aksakal v. Türkiye*, 51967/99, 11.09.2007.

<sup>51</sup> Almanya'da bu konuda 01.04.1951 tarihinden sonra bir yıllık süre öngörülmüştür.

Bunlardan *birincisi* tüketme kavramının şekli ve maddi anlamına ilişkindir. Şekli anlamda tüketme (dikey tüketme/vertikale Rechtswegerschöpfung), öngörülen olağan<sup>52</sup> başvuru yollarına başvuru yapılması ve bu yargılamaların sona erdirilmesini ifade etmektedir. Bu hususta bir tartışma yoktur. Nitekim AYM de bu anlamda bir tüketmenin gerekliliğini ortaya koymuş<sup>53</sup>, hatta tek başına başvuru yapmanın yeterli olmadığı bunun feragat etmeden veya görülen dava, düşmeden sonlandırılmasının gerekliliği de ortaya konulmuştur<sup>54</sup>. AYM'ye göre söz konusu başvuruda giderime yönelik tüm imkânlarından yararlanılmalı, yani başvuru yolu tam olarak tüketilmelidir. Örneğin bir müdahaleye karşı dava açıp kazanmış olmakla birlikte, tazminat istemi için öngörülen yola başvurulmaması, hukuk yollarının tüketilmediği anlamına gelecektir<sup>55</sup>. Şekli anlamda tüketme konusundaki bir diğer ilke ise birden çok başvurucunun bulunduğu vakalarda başvuruculardan birinin temyiz yoluna başvurumamasının, bu başvurucu açısından olağan hukuk yolunun tüketilmemesi anlamına geleceğidir<sup>56</sup>. Mahkeme'ye göre diğer başvurucuların olağan hukuk yollarını tüketmiş olması, öngörülen hukuk yollarına başvurmayanlar için dikkate alınmaz<sup>57</sup>.

Kaydedilmelidir ki ilk bakışta makul görülen bu ilkede sınırların çok keskin çizilmesi bazı sorunlara yol açabilir. Bu sorun, yargı kararının tabiatı gereği bağlı etki doğurduğu hallerde gündeme gelir. Bu tarz bir etki, özellikle evli çiftler arasında kurulmaktadır. Evli çiftlerin birbirleri ile yakın ilişkisi aile birliği ile bağlantılı olarak bir tarafa yönelik gerçekleşen ihlalin, çoğu zaman diğer eş açısından da etki doğurması anlamına gelebilir. Örneğin Almanya AYM'sinin "İspanyol kararı" (*Spanier-Beschluß*) olarak bilinen içtihadı konuyla ilgili ilginç bir örnektir. Karara konu olay, daha önce boşanmış bir Alman bir kadın ile İspanyol bir erkeğin evlenme isteğidir. Kararın verildiği süreçteki Almanya medeni hukukuna göre Almanya'daki evliliklerde erkeğin yurttaşı bulunduğu ülkenin hukuku dikkate alınmak durumundadır. Yine o zamanki İspanya hukuku, Alman kadının önceki boşanmasını tanımamaktadır. Bu sınırlama karşısında erkek eş, olağan yargılama yollarını tüketmiştir. Ancak anayasa şikâyeti sürecine kadın eş dâhil olmuştur.

<sup>52</sup> Hukuk davalarında karar düzeltme yoluna başvurmadan hukuk yollarının tüketilmesi mümkün değildir. 2012/403, 26.03.2013, par. 19.

<sup>53</sup> 2012/946, 26.03.2013, par. 23.

<sup>54</sup> Mahkeme'ye göre bir başvuru yolunu tüketmek, sadece o yola başvurmakla gerçekleşmez. Başvuru yolundan feragat edilmesi halinde o başvuru yolu tüketilmiş sayılmaz. 2012/26, 26.03.2013.

<sup>55</sup> 2013/1012, 16.04.2013, par. 31.

<sup>56</sup> 2012/1027, 12.02.2013, par. 22.

<sup>57</sup> 2013/1258, 13.06.2013, par. 40-41.

Almanya AYM'si, kadın eş tarafından yapılan şikâyeti, bu yargılama sürecine katılmamış olmasına rağmen, kabul etmiştir<sup>58</sup>.

Şekli anlamda tüketme konusu dışında diğer bir tartışma da, tüketme kavramının maddi anlamda da (yatay tüketme/horizontale Rechtswegerschöpfung) kavranıp kavranmayacağı noktasındadır. Yani başvuru, olağan yargılama sırasında anayasal hakların ihlal edildiğini ileri sürmeli midirler? AYM, tüketmenin bu anlamı lehine bir eğilim göstermiştir. AYM'ye göre olağan kanun yollarında ve genel mahkemeler önünde dayanılmayan iddialar, Anayasa Mahkemesi önünde şikâyet konusu edilemeyeceği gibi, genel mahkemelere sunulmayan yeni bilgi ve belgeler de Anayasa Mahkemesine sunulamaz<sup>59</sup>.

Bu yöndeki yaklaşım, Almanya AYM'since de gösterilmiştir<sup>60</sup>. Ancak bu yaklaşımın hangi düzeyde olduğu önemlidir. Örneğin vaktiyle Almanya AYM'sinin, olağan yargılamada anayasal hak ihlaline esas hatlarıyla bir gönderme yapılmasını dahi yeterli görmeyip, açıkça anayasal referansta bulunulmasının gerekli olduğu yönündeki içtihadı, bu yaklaşımın en ileri düzeyini ifade eder. Almanya öğretisinde yoğun eleştirilere neden olan bu yaklaşım zaman içinde yumuşamıştır<sup>61</sup>. Strazburg yaklaşımına göre ise bu konun iç hukukta an azından esas itibariyle (in substance/der Sache nach) ileri sürülmüş olması yeterlidir<sup>62</sup>. Hukuk yollarının maddi anlamda tüketilmesi yönündeki yaklaşımın düşük düzeyde kabul görmesi yerinde olacaktır.

Konuyla ilgili *ikinci* tartışma konusu, etkili olmayan hukuk yollarının da tüketilmesinin gerekli olup olmadığı noktasındadır. Türkiye mevzuatında, hukuk yollarının tüketilmesi konusunda "etkililiğin" (lafzen) bir kriter olarak düzenlenmemiş olması, konu ile ilgili soru işaretleri yaratmaktaydı. Ne var ki AYM, bu konuda son derece olumlu bir yaklaşımla, başvuru yollarının ulaşılabilir olmaları yanında, telafi kabiliyetini haiz ve tüketildiklerinde başvuru konusunun şikâyetlerini gidermede makul

<sup>58</sup> BVerfGE 31, 58, (27).

<sup>59</sup> 2012/946, 26.03.2013, par. 20.

<sup>60</sup> BVerfGE, 68, 334, (335).

<sup>61</sup> Eleştiriler için bkz. Rüdiger Zuck, "Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde", **Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag**, Bender/Breuer/Ossenbühl, Sendler (ed.), München: C.H. Beck, 1993, ss.223-225. Ayrıca bkz. Matthias Jahn / et al., **Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen**, Heidelberg: C.F. Müller, 2011, ss.94-95.

<sup>62</sup> Castells v. İspanya, par. 32. Frowein'a göre bu tartışmanın illa ki yerel mahkemelerde yapıp yapılmasının bir önemi yoktur en azından yüksek mahkemede yapılmış olması gereklidir. Frowein/Peukart, Art. 26, par. 22

başarı şansı tanımaları gerektiğini ileri sürerek<sup>63</sup> şu yönde bir tespitle etkililik konusunda kapıyı aralamıştır:

*“Başvuru yolunun tüketilmesinin başvuru hakkına yönelik ihlalin giderilmesi açısından herhangi bir etkisi yoksa başka bir deyişle başvurulacak yol etkisizse ya da başvuru yolunun tüketilmesinin beklenmesi halinde başvuru hakkına yönelik ciddi ve geri dönüşümsüz bir tehlike ortaya çıkacaksa anayasal haklara saygı ilkesi Mahkemenin bu başvuruları incelemesini gerektirebilir<sup>64</sup>.”*

Bu bakımdan tıpkı Almanya ve İHAM uygulamasında olduğu gibi, bir başvuru yolunun etkisiz görülmesi durumunda, bunun ispatlanması şartıyla, tüketilmemesi gerekebilir. Mahkeme’ye göre mevzuatta bu yollara yer verilmesi, tek başına yeterli olmayıp, uygulamada da etkili olduklarının gösterilmesi ya da en azından etkili olmadıklarının kanıtlanmamış olması gerekir<sup>65</sup>. Ancak bunun ispatlanma yükünün başvurucuda mı olduğu yoksa AYM’nin bunu re’sen mi yapacağı konusunda görece belirsizlik vardır.

Öte yandan AYM’nin bazı incelemelerinde, hukuk yolları konusunda, Yargıtay’ın mevcut veya değişen içtihatlarına önem atfetmiş olması<sup>66</sup>, AYM’yi, ihlali gideremeyecek nitelikteki sabitlemiş içtihatların mevcut olduğu hukuk yollarının tüketilmesinin gerekli olmadığı yönünde bir sonuca ulaştırabilir<sup>67</sup>.

Konuyla ilgili *üçüncü* tartışma, özellikle uzun süren dava veya tutukluluklar konusunda, bu durumla ilgili yargılamaların şeklen tüketilmesinin beklenmesine gerek olup olmadığı noktasındadır. Bu konuda da AYM’nin olumlu bir eğilim sergilediği söylenebilir. AYM’nin kabul edilebilir bulunduğu ve esasa ilişkin incelemeye geçtiği başvurularda, bu konu net bir şekilde görülmektedir. AYM, uzun süren yargılama ve tutuklamalarda sürecin sonlanmasını beklemeden yapılan anayasa şikâyetlerini kabul etmiş ve tazminat kararı vermiştir. AYM’ye göre bu tür durumlarda başvurucudan vargılamanın sonlanmasının beklenmesi, makul olmadığı iddia edilen vargılama faaliyetinin daha da uzamasına ve başvurucu açısından zararın artmasına neden olacaktır<sup>68</sup>.

Hukuksuz tutukluluk açısından ise (Adalet Bakanlığı’nın iddialarının aksine) tazminat yolu, sadece parasal bir giderim sağlayacaktır, oysa

<sup>63</sup> 2013/1243, 16.04.2013, par. 29.

<sup>64</sup> 2013/1243, 16.04.2013, par. 24.

<sup>65</sup> 2012/239, 02.07.2013, par. 29; 2012/338, 02.07.2013, par. 32.

<sup>66</sup> 2012/1315, 16.04.2013, par. 31.

<sup>67</sup> Almanya’dan bu yönde bir örnek için bkz. 10, 302.

<sup>68</sup> 2012/13, 02.07.2013, par. 27.

basvurucunun özgürlüğünü temin etmemektedir<sup>69</sup>. Unutulmamalıdır ki insan hakları vargılamasında *restitutio in integrum* ilkesi uygulanır ve buna göre tazimat, ihlalin başka bir şekilde gideriminin mümkün olmadığı hallerde gündeme gelir<sup>70</sup>. Mahkeme'nin yaklaşımı, sınırlı da olsa *restitutio in integrum* ilkesi ile uyumludur.

İlke kararlarında, tüketme konusundaki **dördüncü** kategori ise ceza soruşturması, ara kararlar, tedbir taleplerinin reddedilmesi gibi yargısal müdahalelerin anayasa şikâyetine konu edilip edilmeyeceği noktasındadır. Bu konularda orta koyduğu ilkelere keskin sınırlar çizmeyerek, olumlu bir yaklaşım sergileyen AYM, ceza soruşturulmalarının, bu soruşturmada adaleti hiçe sayan keyfiyet bulunmadıkça ve masumiyet karnesi ihlal edilmedikçe, tek başına anayasa şikâyetine konu edilemeyeceğini<sup>71</sup>, hâkimin reddi ve mahkemenin görevsizliği talebine ilişkin ilk derece ve itirazı inceleyen mahkemeler tarafından verilen kararların, ara karar niteliğinde olmasından dolayı hükümle beraber temyiz incelemesi mümkün olabileceğini ve bu kararlara karşı doğrudan anayasa şikâyetinde bulunulamayacağını ifade etmiştir.<sup>72</sup> Yine olağan yargılama yollarındaki tedbir isteminin reddi istemine karşı da -gerekli şartları bulunuyorsa- anayasa şikâyetinde bulunulabileceği ve AYM'den ayrıca geçici tedbir istenebileceği ifade edilmiştir.

Bu ilkelere prensip itibarıyla bir sorun yoktur. Ancak geçici tedbir konusundaki içtüzük hükümlerinden kaynaklanan sorun, AYM kararlarında da sürdürülmektedir. AYM'ye göre tedbir kararı verilmesi için yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığın bütünlüğünün korunması (Ay md. 17) konusunda başvuru için gerçek ve ciddi bir tehlike/risk mevcut olmalıdır.<sup>73</sup> Bu tespitteki sorunlu nokta, AYM'nin hazırlamış olduğu içtüzükten kaynaklanmaktadır. AYM Yasasında geçici tedbir verilebilecek haklar konusunda herhangi bir sınırlama olmamasına rağmen, içtüzükte geçici tedbir kararları, yaşam ve maddi ve manevi varlığın bütünlüğünün korunması amacıyla sınırlandırılmıştır. Bu durum, İHAS ve Almanya uygulamasıyla uyumlu değildir. Almanya'da bu yönde bir sınırlama yoktur. İHAM uygulamasında ise tedbir kararları genellikle yaşam hakkı ve işkence yasağıyla ilgili verilmekteyse de, Avrupa Parlamento Meclisi Komitesi'nin bir raporunda da işaret edildiği üzere İHAS'ın 5, 6, 8 ve 11'inci maddeleri kapsamındaki zararların önlenmesi

<sup>69</sup> 2012/338, 02.07.2013, par. 32

<sup>70</sup> Örnekler için bkz. Tolga Şirin, "İnsan Hakları İhlalinin Onarılmasını İsteme Hakkı (*Restitutio in Integrum İlkesi*)", **Güncel Hukuk**, 2013/10-118, ss. 5-6.

<sup>71</sup> 2012/363, 05.03.2013, par. 18-19.

<sup>72</sup> 2012/670, 26.03.2013, par. 20.

<sup>73</sup> 2013/1243, 16.04.2013, par. 22-23.

için de geçici tedbir kararı verilmesi mümkündür<sup>74</sup>. AYM, İçtüzük yoluyla geçici tedbir yetkisini daraltmış, bu ilke kararlarıyla da sorunu kurumsallaştırmıştır.

#### IV. AÇIKÇA DAYANAKTAN YOKSUNLUK KARARLARI

Açıkça dayanaktan yoksunluk kararlarına bakıldığında bu kararların, Mahkeme'nin büyük ölçüde süper temyiz mahkemesi olacağı yönündeki iddialara karşı kendini sınırlandırma (self-restraint) istencini ortaya koyduğu kararlar olduğu söylenebilir<sup>75</sup>.

Bu yöndeki vurgu, vaktiyle Almanya AYM'sinin ilk dönem içtihatlarında da kendisine yer bulmuştur. Ancak Almanya AYM'si, tüm bu söylemlerine rağmen *Elfes* kararındaki yasaya aykırı uygulamanın anayasayı da ihlal edeceği yönündeki tespitiyle olağan yargıya müdahale etmektedir<sup>76</sup>. Türkiye AYM'si ise şimdilik bu yönde bir eğilim içinde değildir.

AYM'ye göre derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru kapsamında ele alınmaz. AYM, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde bariz bir şekilde keyfilik bulunmadıkça bu takdire müdahalesinin söz konusu olamayacağını ifade etmiş, ve mahkemelerin yasayı yorumlama biçimlerine karşı mesafeli bir tutum almıştır<sup>77</sup>. Bu bakımdan bilirkişi raporundaki kusur oranına ilişkin tespite dayanılarak tazminata hükmedilmesine<sup>78</sup>, yargılanan ve başvurusunun kendisiyle aynı durumda olduğu iddia edilen bazı kişilere ceza hükmedilmemesine rağmen başvurucuya ceza verilmesine<sup>79</sup>, bir köyün terör olayları nedeniyle boşaltılmadığı yönündeki yargı kararına<sup>80</sup>, 926 sayılı kanunun şekli anlamda yargısal denetime kapalı işlemlerin değil, etkili başvuru imkanı olmayan ve fiilen yargı denetimine kapalı idari işlemleri de içerdığı şeklindeki iddianın kabul edilmemesine<sup>81</sup>, Türk Silahlı Kuv-

<sup>74</sup> Council of Europe PACE Report *Preventing harm to refugees and migrants in extradition and expulsion cases: Rule 39 indications by the European Court of Human Rights*, Doc 12435 (November 2010). <http://tinyurl.com/c596heu>

<sup>75</sup> Süper temyiz mahkemesi yönündeki terminoloji Almanya AYM'sinin içtihatlarına dayanır. Bu savunu Almanya AYM'sinin ilk içtihatlarında da görülür. BVerfGE, 7, 198, (207); 18, 85, (92); 35, 311, (316); Benda/Klein/Klein, s.204; Schlaich/Korioth, par. 283.

<sup>76</sup> Elfes kararı için bkz. BVerfGE 6, 32.

<sup>77</sup> 2012/695, 12.02.2012, par. 22.

<sup>78</sup> 2012/1027, 12.02.2013, par. 27.

<sup>79</sup> 2012/695, 12.02.2013, par 23.

<sup>80</sup> 2013/906, 16.04.2013, par. 27.

<sup>81</sup> 2012/649, 16.04.2013, par. 20

vetlerinden (TSK) ilişğin kesilmesine ilişkin ceza yargılamasında beraat kararı verilmiş olmasına rağmen yargılamanın yenilenmesi talebinin Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından reddedilmesine<sup>82</sup>, benzer durumda olan bir subay için verilen kararın, astsubaylar için uygulanmamış olduğu iddiasının kabul edilmemesine<sup>83</sup>, başvurucunun beraat ve bunun olmaması durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması talebine rağmen, başvuru hakkında mahkûmiyet cezası verilmesine<sup>84</sup>, icra takibinde, yasal faiz yerine kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranının uygulanmamış olmasına<sup>85</sup>, “önemsiz sayılabilecek suçlar” kategorisindeki mahkûmiyetlere karşı yargı yolları bulunmamasının hak arama, etkili başvuru adil yargılanma hakkını ihlal ettiği iddiasına<sup>86</sup>, kamulaştırma sonrasında tescilin iptali ve eski malike iade kararı verilmemiş olmasına (somut deliller sunulmamıştır)<sup>87</sup>, ceza yargılamasında cezanın takdiri indirim oranına<sup>88</sup>, mülkiyete ilişkin bir yargılamada hak düşürücü sürenin tespitine<sup>89</sup>, ceza yargılamasındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına dayanılarak ayrı bir disiplin hukuku uygulanarak TSK'dan ilişik kesme kararı verilmesine<sup>90</sup>, iskan haklarının feragat edilebilecek haklardan olmadığı yönündeki mahkeme tespitine<sup>91</sup>, ceza yargılamasında cezaların içtimai konusundaki değerlendirmeye ilişkin kararlar ile olağan yargılamadaki yalancı şahitliğin olağan yargılamada anlaşılmamış olduğu iddiasına<sup>92</sup> ve işe iade davasında tazminat miktarının değerlendirilmesi ve bu konuda farklı dairelerin farklı sonuçlara ulaştığı iddiasına<sup>93</sup>, kilise mülkiyetine yönelik müdahalenin din ve vicdan özgürlüğüne müdahale olduğuna ilişkin gerekçesiz iddiayı sunulmamış olmasına<sup>94</sup>, hukuk yargılamasında yargılamanın

<sup>82</sup> 2013/1375, 16.05.2013, par. 24.

<sup>83</sup> 2013/1134, 16.05.2013, par. 16.

<sup>84</sup> 2012/833, 26.03.2013, par.23.

<sup>85</sup> 2012/1056, 16.04.2013, par. 39.

<sup>86</sup> bu konudaki açık anayasa mahkemesi içtihadına dayanılarak reddedilmiştir 23.07.2009, 2006/65, K. 2009/114.. Açıkça dayanaktan yoksunluk konusunda İHAS'ın 7 no'lu ek protokolünün 2'inci maddesine dayanılmıştır. 2012/799, 26.03.2013, par. 21.

<sup>87</sup> 2013/1258, 13.06.2013, par. 26 ve 36.

<sup>88</sup> 2013/1235, 13.06.2013, par. 25-26.

<sup>89</sup> 2013/757, 13.06.2013, par. 29.

<sup>90</sup> 2012/665, 13.06.2013, par. 32.

<sup>91</sup> 2013/539, 16.05.2013, par. 42.

<sup>92</sup> 2013/1281, 16.05.2013, par. 11.

<sup>93</sup> 2013/2428, 13.06.2013, par. 13.

<sup>94</sup> A.g.k., par. 34.



yenilenmesi şartı olarak hile unsurunun mevcut olduğu iddiasına<sup>95</sup>, tutukluluğun üst sınırının belirlenmesine<sup>96</sup> ilişkin anayasa şikâyetleri, açıkça dayanaktan yoksunluk gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuştur.

Yani AYM, olağan yargılama makamlarının, kanunları yorumlama ve delilleri değerlendirmeleri neticesinde ulaştıkları yargılama sonucuna müdahale etmemiş, ancak yargılamalarda açık bir keyfiyetin bulunması durumunda bu konuda da inceleme yapabilme yetkisini saklı tutmuştur. Bu eğilim, AYM ile diğer yüksek yargı organlarının uyum içinde çalışması bakımından prensip itibarıyla olumlu, İHAM ve Almanya AYM'si içtihatlarıyla uyumlu görünmektedir. Ancak gerekçelere bakıldığında, AYM'nin özellikle olağan 'yargılama organlarının ayrımcı veya keyfi delil değerlendirmesi' yapıp yapmadığına ilişkin esaslı bir incelemeye giriştiği şüphelidir.

#### **V. SÜRE AŞIMI, DÜŞME, ADLİ YARDIM VE IURIA CURIT NOVIA KONULARINDAKİ İLKELER**

AYM'nin az önce ifade edilenlerin dışında, sayıca az olsa da, diğer bazı konularda da bir takım ilkelere yer verdiği görülmektedir. Bunlardan biri anayasa şikâyeti süresine ilişkindir. Mahkeme'ye göre ceza yargılamasında anayasa şikâyeti süresi başlama tarihi, kararın öğrenildiği tarihtir<sup>97</sup>. Kararın tebliğ edilmesi durumunda, tebliğ tarihinden itibaren anayasa şikâyeti süresi başlar<sup>98</sup>. Kanun yararına bozma başvurusu bu süreye etki etmez<sup>99</sup>. Öğrenilme tarihine ilişkin belirsizliğin olması durumunda, Yargıtay Cumhuriyet başsavcısına yapılan itiraz tarihi, nihai kararın öğrenildiği tarih olduğu varsayılır<sup>100</sup>.

AYM'nin, yargı kararlarına karşı anayasa şikâyetlerinde, başvurunun karar gerekçelerinden haberdar olmasının sürenin başlangıcı açısından anlamı konusunda çok net olmadığı gözlemlenmektedir. Bilinmelidir ki bir karar temel hakkı ihlal etmese de, duruma göre gerekçesi yoluyla ihlale yol açabilir. Örneğin Almanya'da görülen bir boşanma davasında, davanın tarafı olmayan üçüncü kişiden "yuva yıkıcı" olarak bahsedilmiş olması, kararın hüküm kısımdan ayrı olarak anayasa şikâyetine konu edilebilmiştir<sup>101</sup>.

<sup>95</sup> 2013/33, 13.06.2013, par. 25.

<sup>96</sup> 2012/338, 02.07.2013, par. 42.

<sup>97</sup> 2013/1267, 13.06.2013, par. 23.

<sup>98</sup> 2013/1751, 13.06.2013, par. 17.

<sup>99</sup> A.g.k., par. 17.

<sup>100</sup> 2013/1610, 13.06.2013, par. 17; 2013/2001, 16.05.2013, par. 19.

<sup>101</sup> Karş. BVerfGE, 15, 283 (287); 5, 9, (10); 22, 287, (291); 17, 99, (102).

Türkiye’de mevcut olan mahkeme kararlarının gerekçesizliği sorunun derinleştirilmemesi adına AYM’nin gerekçelere süre başlangıcı açısından zorlayıcı bir anlam yüklemesi yerinde olacaktır.

Bunun dışında düşme ve adli yardım kararlarına ilişkin ilkelere dair ilk nüveler ortaya konulmuştur. Düşme konusunda verilen kararlarda, her hangi bir sorun bulunmamaktadır. Mahkeme, bir kararında ihlal iddiasına dayanak olan sorunun çözülmesiyle düşme kararı vermiş<sup>102</sup>, bir diğer kararında da Yargıtay’ın maddi hatasını kabulünün sorunu çözdüğü sonucuna ulaşmış<sup>103</sup> ve yine düşme kararı vermiştir.

Adli yardım konusunda ise beklenildiği üzere diğer usul yasalarından (olay özelinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndan (HMK) yararlanılmıştır<sup>104</sup>. Bu kararda AYM’nin, HMK’nın adli yardım hükümlerine nasıl ulaştığı konusunda açıklama yapmamış olduğu gözlemlenmektedir. Oysa AYM Yasası’nın “*bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır*” şeklindeki 49/7 maddesi ile İçtüzüğün 62’inci maddesi, bu sonucun yasal dayanaklarını sunmaktadır.

Adli yardım konusunda mevcut içtihattan, bu konuda ne kadar etkili davranılacağına ilişkin bir sonuca ulaşmak mümkün görülmemektedir. Venedik Komisyonu’nun da ifade ettiği üzere harç uygulamasında prensip olarak<sup>105</sup> sorun yoktur, fakat harç konusundaki standart uygulama karşısında adli yardım mekanizmasının etkili hale getirilmesi bir zarurettir<sup>106</sup>.

Son olarak AYM içtihatlarında ortaya konulan ilkelerden biri de *Iuria Curit Novia* (yargıç hukuku kendiliğinden uygular) prensibiyle ilgilidir. AYM içtihatlarında “*Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin incelemesi başvuru kapsamıyla sınırlı olduğundan, başvurular tarafından ileri sürülmeyen herhangi bir hak ihlalinin resen*

<sup>102</sup> 2013/463, 16.05.2013, par. 13.

<sup>103</sup> 2013/66, 16.05.2013, par. 17.

<sup>104</sup> 2013/906, 16.04.2013, par. 18.

<sup>105</sup> Eleştiriler için bkz. Şirin, ss.475-478.

<sup>106</sup> Gadik Harutyunyan/ Angelika Nußberger/ Péter Paczolay, Study on Individual Access to Constitutional Justice Adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session, (Venice, 17-18 December 2010).

*incelenmesi mümkün değildir*” şeklinde tespitlere yer verilmektedir<sup>107</sup>. İçtihatteki, başvurucuların “herhangi bir anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmemesinin” red sebebi olacağı yönündeki vurgu dikkate alındığında, AYM’nin sadece başvurucuların ihlal iddiası ve hukuki nitelendirmesiyle bağlı olacağı yönünde bir sonuca ulaşılması tehlikesi taşımaktadır. Böyle bir soncun, anayasanın üstünlüğü ilkesiyle (md.11), temel hak ve özgürlüklerin dokunulamaz, vazgeçilemez, devredilemezliği ilkesiyle (md.12) ve bu ilkelerin doğal sonucu olarak anayasa şikâyetinin objektif niteliğiyle ve AYM Yasası’nın 49/7’inci maddesinin açtığı kapıdan ulaşılacak olan HMK’nın 33’üncü maddesinde yer bulan yargıç hukuku kendiliğinden uygular ilkesiyle uyumlu olduğunu söyleyemeyiz. Bu ilkeler gereğince bir davada doğru hukuk kurallarını bilmek, bulmak ve uygulamak yargıcın görevi olduğunu söylemek gerekecektir. Anayasa’nın 138’inci maddesi, yargıçların vicdani kanaatlerine göre karar verirken, kanun ve hukukun yanında (çoğu yazara göre onlardan önce) Anayasa’ya da uygun olarak karar vermesi gerektiğini düzenlemiştir. Anayasa hükmünün ileri sürülmemiş olması, yargıcın anayasayı gözetme görevini ortadan kaldırmaz<sup>108</sup>. Öte yandan Strazburg organları, temel hak ihlali iddialarını şekli bir şekilde kavramamakta, başvurucuların özellikle yaşam hakkı, işkence yasağı ihlallerine ilişkin iddialarını esasen ortaya koymaların durumunda başvuruları incelemektedirler<sup>109</sup>.

Bu tehlikeye karşın AYM, konunun görece daha net tartışıldığı bir davada “*Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir. Başvurucunun bu iddialarının özü, anılan kararın adil olmadığı iddiasına dayandığından söz konusu iddialar, adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir. Dolayısıyla başvurunun, mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlali iddiaları altında incelenmesi gerekmektedir*”<sup>110</sup> demek suretiyle başvurucuların hukuki nitelmesi ile bağlı olmadığını ortaya koymuştur. Bu durumun altının daha güçlü biçimde çizilmesi gerekmektedir.

<sup>107</sup> 2013/1281,16.05.2013, par. 18.

<sup>108</sup> Şirin, s. 520.

<sup>109</sup> A.g.e., ss. 461-462.

<sup>110</sup> 2012/1056, 16.04.2013, par. 24.

## SONUÇ

Anayasa şikâyetinin birinci yılı sona erdiğinde belli başlıklarda olumlu açılımlara gidildiği, bazı başlıklarda ise daraltıcı bir eğilim gösterildiği gözlemlenmektedir. Daha ilk yılda, yapılan şikâyetlerin 5 bin kadarının bir sonraki yıla devredilmesi, Mahkeme'nin önüne gelen davalara nazaran hantallığına ilişkin bir veri olarak kaydedilmelidir. Bir yılın sonunda, sadece dört adet esasa ilişkin karar verilmiş olması da bunu doğrulamaktadır.

Öte yandan halen pilot dava, yargılamanın yenilenmesi, şikâyetlerde ıslah, şikâyetçi ehliyeti, sosyal hakların dava edilebilirliği, mazeret hukuku, 10 yıllık yasak sorunu vb. konularda somut ilkeler ortaya konulamamıştır. Keza anayasa şikâyeti incelemesi sürecinde Adalet Bakanlığı'ndan görüş alındığı, başvuruçuların da buna karşı yanıt verme imkânına sahip olduğu görülmekle<sup>111</sup> birlikte, bu prosedüre ilişkin veriler de gerekçelerde sınırlıdır.

Bunların dışında genel olarak Mahkeme'nin Strazburg içtihatlarına yer vermeye başlamış olması önemli bir gelişmedir. Ancak İHAM kararlarına yapılan atıfların yerindeliği halen tartışmalıdır. Umarız ki bu teknik zamanla rayına oturacaktır.

Son olarak iş yükü konusunda, beklendiği üzere yargılamaların uzunluğu, tutukluluk sorunu, mülkiyet hakkı ve ayrımcılık yasağına dayalı anayasa şikâyetlerinin ağırlığı göze çarpmaktadır. Büyük ihtimalle ilerleyen zamanlarda şikâyet sayısında bir artış da gözlemlenecektir. Ancak bu durum dahi, Mahkeme'nin asıl işlevinin hak ve özgürlükleri korumak olduğu ve iş yükü sorununun buna göre tali nitelik taşıdığı gerçeğini değiştirmemelidir. Oysa içtihatlar bakımında edinilen genel izlenim, AYM'nin öncelikli istencinin, üzerindeki iş yükünü atmak ve başvuruları elemek konusunda olduğu yönündedir. Oysa karar politikası itibariyle, hak ve özgürlükler lehine kritik ve önemli kararların özgürlükçü temelde öne çıkmış olması, AYM açısından daha prestijli bir izlenim yarattı. Esas ilişkin kararlarla beraber bu izlenimin yaratılacağını umuyoruz.

Teşekkürler.

<sup>111</sup> 2012/726, 02.06.2013, par. 25; 2012/338, 02.07.2013, par. 35-36.

**KAYNAKÇA**

Council of Europe PACE Report, *Preventing harm to refugees and migrants in extradition and expulsion cases: Rule 39 indications by the European Court of Human Rights*, Doc 12435 (November 2010). <http://tinyurl.com/c596heu>

FROWEIN Jochen A. / PEUKART Wolfgang, **EMRK-Kommentar**, Berlin: N.P.Engel Verlag, 1996.

HARUTYUNYAN Gagik / NUSSBERGER Angelika / PACZOLAY Péter, Study on Individual Access to Constitutional Justice Adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session, (Venice, 17-18 December 2010).

İNCEOĞLU Sibel, “*Hak ve Özgürlüklerin Sınırlama ve Güvence Rejimi*”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Sibel İnceoğlu (ed.), 3. Baskı, İstanbul: Beta Yay., 2013, ss. 49-52.

JAHN Matthias (et al.), **Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen**, Heidelberg: C.F. Müller, 2011.

RÜFNER Wolfgang, “*Grundrechtsträger*”, **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Josef Isensee/Paul Kirchhof (der.), Band IX /Allgemeine Grundrechtslehren), C.F. Müller: Heidelberg, 2011, ss.939-944.

SAĞLAM Fazıl, “*Anayasa Şikâyeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar*”, **Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler**, Ece Gözetepe/Aykut Çelebi (haz.), İstanbul: Metis Yay., 2012, ss. 418-466.

ŞİRİN Tolga, “*İnsan Hakları İhlalinin Onarılmasını İsteme Hakkı (Restitutio in Integrum İlkesi)*”, **Güncel Hukuk**, 2013/10-118, ss. 5-6.

ŞİRİN Tolga, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru)**, İstanbul: XII Levha Yay, 2013.

ZUCK Rüdiger, “*Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde*”, **Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag**, Bender/Breuer/Ossenbühl, Sendler (ed.), München: C.H. Beck, 1993.

ZWEIGERT Konrad, “*Die Verfassungsbeschwerde*”, **Juristische Zeitung**, Vol. 7, 1952, ss. 321-328.