

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 60. KURULUŞ YILINDA
ANAYASA – YASA – İÇTÜZÜK İLİŞKİLERİ
(THE RELATIONSHIP AMONG THE CONSTITUTION – THE LAW – THE
INTERNAL REGULATION IN THE 60TH ANNIVERSARY OF THE
CONSTITUTIONAL COURT)

Fazıl Sağlam*

ÖZ

Bu makale, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) 60. Kuruluş yıldönümü dolayısıyla son 10 yıllık uygulamada gözlemlenen pasifleşmenin kurallar hiyerarşisine yansıyan boyutunu ön plana çıkarma amacını taşıyor. Bu boyutun ilk görünümü, Anayasa ile Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun (AYMK) arasındaki ilişkide kendini gösteriyor. Aynı boyut, doğrudan AYM'nin ürünü olan İçtüzüğe de önemli ölçüde yansımış durumda. Her iki boyut, Anayasa ve yasa ile “uyumsuzluk” ve “aykırılık” ekseninde ele alınıyor.

Anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını korumak, AYM'nin başta gelen görevidir. Temel hak ve özgürlüklerin tüm hukuk düzeni üzerinde doğrudan etkili olması, ancak bu görevin layıkıyla yerine getirilmesiyle sağlanabilir. AYM bu görevin gereklerini, kendisiyle doğrudan ilgili yasa ve içtüzük metinlerinde öncelikle ve daha büyük bir özenle yerine getirmek zorundadır.

Bu çalışmamız, bu alanda önemli zaaf ve eksikliklerin bulunduğunu göstermiştir. Bu nedenle AYM, öncelikle Anayasa, AYMK ve İçtüzük ilişkilerinde yer alan ya da uygulama ile ortaya çıkan uyumsuzlukları yorum yoluyla uyumlu hale getirmeli, aykırılıkları gidermenin ise önünü kapamamalıdır.

Aksi takdirde kendisinden beklenen temel işlevi layıkıyla yerine getirdiğine ilişkin inancı zayıflatmış olur. AYM gücünü Anayasadan çok demokratik toplumun ona olan inancından alır. İnanç sarsılırsa güç de sarsılır.

* Prof. Dr., İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, saglamfazil@gmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-7298-1122

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Yasa, İçtüzük, Anayasayla Uyumsuzluk, Anayasaya Aykırılık, Yasayla Uyumsuzluk, Yasaya Aykırılık.

ABSTRACT

This article, written on the occasion of the 60th anniversary of the establishment Constitutional Court (AYM), aims to highlight the dimensions of legal restraint practice of the Court, observable during the last decade, as far as it affects the principle of hierarchy of norms. The first manifestation of this aspect is the relationship between the Constitution and the Law on the Establishment and Trial Procedures of the Constitutional Court (LETPCC). The same aspect is significantly reflected in the Internal Regulation, which is a direct product of the Turkish Constitutional Court. Both of these aspects are addressed on the axis of "incompatibility" and "contradiction" with the Constitution and the law.

It is the primary duty of the Constitutional Court to uphold the supremacy and binding force of the Constitution.. The direct impact of fundamental rights and freedoms on the entire legal order can only be ensured by the proper fulfillment of this duty. The Constitutional Court has to fulfill the requirements of this duty first and with greater care in the texts of laws and internal regulation directly related to it.

This study has shown that there are significant weaknesses and shortcomings in this area. Therefore, the Constitutional Court should first harmonize the inconsistencies in the relations between the Constitution, the LETPCC and the Rules of Procedure through interpretation, and should not block the way to eliminate the inconsistencies. Otherwise, it would undermine the belief that it is adequately fulfilling the basic function expected of it. The Constitutional Court derives its power not from the Constitution but rather from the democratic society's faith in it. If the faith is undermined, so is the power.

Keywords: *Constitution, Law, Internal Regulation, incompatibility with the constitution, contradiction with the constitution, incompatibility with the law, contradiction with the law.*

GİRİŞ¹

Başlıkta sözü geçen ilişkiler, “İçtüzük” sözcüğünden de anlaşılacağı gibi, AYM ile doğrudan bağlantılı olan ilişkilerdir. Başka bir deyişle “Anayasa – Yasa – İçtüzük ilişkileri” genel anlamı ve sorunlarıyla değil, AYM ile bağlantılı olarak işlenecektir.

Neredeyse iki yıldır yeni ve özgün bir çalışma yapmıyorum. Belki bu bağlamda “yapamıyorum” demek daha doğru olurdu. Ama sevgili dostum İbrahim Kaboğlu telefonla aradı ve AYM’nin 60. Kuruluş Yıldönümü dolayısıyla benden bir makale beklediklerini söyledi. Bahri Hocamın deyimiyle “özel görev düşünüyü”² etkili oldu ve beni yüreklendirdi. Ama yine de bundan önce TBMM Yüzüncü Yıl Armağanına sunduğum “**Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Yüzyılı**” başlıklı yazımda dile getirdiğim yöntemi aşabileceğimi sanmıyorum. O makalenin girişinde söylediklerimi³ başlıktaki konuya uyarlamakla yetineceğim:

“Sekseniki yaşına girmiş bir Anayasa Hukuku öğretim üyesi, Anayasa Mahkemesi’nin 60. Kuruluş Yıldönümü dolayısıyla çıkarılacak olan Anayasa-Der Özel Sayısına katkı sunma daveti alırsa ne yapabilir? İlk yapabileceği şey, daha önce bu konuda yazdıklarını bir süzgeçten geçirerek, elde ettiği bulguları bugünden geriye bakıp yeniden değerlendirmektir”.

AYM, 1961 Anayasası’nın bir ürünüdür. Bu Anayasa’daki konuyla karşılaştırmak gerekirse, 1982 Anayasası ile budanmış, 2010 ve 2017 AY değişiklikleriyle de bağımsız bir devlet organı niteliği bir hayli zayıflatılmış bulunan AYM’nin, 60. Kuruluş Yıldönümünde ulaştığı konum, “yargısal pasifizm” olarak nitelendirilebilir. Özellikle soyut norm denetiminde bu özellik göz tırmalayıcı bir boyuta ulaşıyor. Soyut norm denetiminden somut norm denetimine ve özellikle de bireysel başvuruya kaydıkça, Mahkemenin özgüveni, denetlediği alanın siyasal bir boyut taşımaması ölçüsünde kendini göstermeye başlıyor.

¹ Bu çalışmayı baştan sona okuyan, gözlerine çarpan hata ve eksikliklerin giderilmesinde katkıları olan değerli meslektaşlarım Fulya KANTARCIOĞLU’na, Ece GÖZTEPE’ye, Kemal GÖZLER’e, Burak GEMALMAZ’a ve Ulaş KARAN’a teşekkür ederim.

² Bahri Savcı, “Özel - Görev Düşünü”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 28, sy 03 (1973): 239-45.

³ Fazıl Sağlam, “Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Yüzyılı”, içinde TBMM Yüzüncü Yıl Armağanı, Baskıda, 2022.

Bağımsız bir yargı, güçler ayrılığının, insan haklarına dayanan sosyal hukuk devletinin ve laik düzenle işleyen bir çoğulcu demokrasi-nin güvencesi ve önkoşuludur. Bu açıdan yasama -yürütme ikilisi ile yargı arasında gerçek anlamda bir güçler ayrılığının Türkiye'nin belli bir döneminde nasıl gerçekleştiğini, ama bu gelişmenin giderek nasıl kayba uğradığını ve bugün hangi noktaya geldiğini açıklamak, nereden hareket edip nereye varıldığının paradoksal ama somut görünümünü ortaya koyabilir. Yargı ile ilgili gelişmelerde AYM'nin konumu ise belirleyici bir rol oynar. Bu serüveni çeşitli yazılarımızda dile getirmeye çalıştım.⁴

Bu yazıda amaçladığım çalışma bundan oldukça farklı. Daha açık bir deyişle bu yazı, pasifleşmenin farklı bir boyutunu ön plana çıkarma amacını taşıyor. Hukuk kaynakları öğretisi ve kurallar hiyerarşisi açısından AYM'nin pasifleştirildiği ve/veya bizzat kendisinin benimseyip o yönde tercih eğilimi gösterdiği bir başka boyuttan söz ediyoruz. Bu boyutun ilk görünümü, anayasa- yasa ilişkisiyle bağlantılı (I). Aynı boyut, doğrudan AYM'nin ürünü olan İçtüzüğe de önemli ölçüde yansımış durumda (II).

Bu sıraya uyarak yapacağımız çalışmada önceki yazılarımızın bulgularını bir süzgeçten geçireceğiz. Ama bunlara yeni bulgular ekleyerek değerlendirme alanını genişleteceğiz. Birçoğunu çeşitli yazılarımda parça parça dile getirdiğim uyumsuzluk ve aykırılıkların bütünsel bir tablo içinde sunulmasının da özgün bir katkı sağlayacağı düşüncesindeyim.

I. Anayasa ile Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Arasındaki Uyumsuzluk ve Çelişkiler

A. Anayasa'nın Kendi İçinde Uygulama ile Ortaya Çıkan Uyumsuzluklar

Anayasa'da değişmez nitelikteki kurallara aykırı değişiklik girişimleri dışında anayasaya aykırı kurallardan söz edilemez. İşlediğimiz konunun Anayasa'nın değişmez nitelikteki kurallarıyla doğrudan bir ilgisi yoktur. Bu nedenle anayasa açısından yalnızca “*uyumsuzluk*”tan söz edilebilir. 2010 Anayasa Değişikliği ile Anayasa'nın 148. maddesine

⁴ Fazıl Sağlam, “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı Alanında Son Gelişmeler”, içinde Av. Teoman Ergül’e Armağan, ed. Ozan Ergül (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2017), 373-444; Fazıl Sağlam, “Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü”, *Anayasa Hukuku Dergisi* 7, sy 13 (2018): 21-102; Sağlam, “Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Yüzyılı”.

3., 4. ve 5. fıkralar olarak eklenmiş bulunan bireysel başvuru, daha doğru terimiyle anayasa şikâyeti yolu, kendi içinde uyumsuzluğa yol açan önemli düzenlemeler barındırmaktadır.

1) “AİHS Kapsamındaki” Anayasal Hak ve Özgürlükler

Bilindiği üzere 1982 Anayasası’nda yer alan tüm hak ve özgürlükler, bireysel başvurunun hukuksal dayanağı yapılamaz. Anayasamızı, anayasa şikâyeti yolunu benimserken “AİHS kapsamı” formülü ile önemli bir sınırlama getirmiştir. Buna göre bireysel başvurularda Anayasa’da yer alan hak ve özgürlüklerden sadece AİHS ve ek protokollerinde bir karşılığı olanların ihlali halinde anayasa şikâyeti yoluna gidilebilecektir. Bu söylediklerim, “AİHS kapsamı” formülünü daha 2000’li yılların başında kaleme alırken bundan ne anladığımla ilgili bir açıklamadır. Bu anlamda anlaşılıp uygulandığı takdirde “AİHS kapsamı” formülünde bir uyumsuzluk aranmaması gerekir. Ama uygulama bundan tamamıyla farklı bir anlamda, anayasal hak ve özgürlüklerin korunmasını asgari düzeye indirgeyen bir anlamda seyrediyor.

Anayasa Mahkememiz, Türk Anayasası’nda, AİHS’deki karşılıklarına oranla **daha fazla güvence** sağlayan hak alanlarını, sanki **ölü hükümler**miş gibi ihmal etmektedir. Bunun şablon gerekçesi, “**konu bakımından yetkisizlik**”tir. Bu yetkisizliği yaratan araç ise, Mahkeme’nin kendi ürettiği “**ortak koruma alanı**” kavramıdır. AYM, Anayasa’da yer almayan bu kavramı **yorum yoluyla** üretmiştir. Bu yorumun ikna edici bir gerekçesi yoktur. Çünkü Anayasa kuralları Anayasa’nın 11. maddesi uyarınca bağlayıcıdır. Hiçbir anayasa kuralının bağlayıcı etkisi bir diğeri ile ortadan kaldırılamaz. Anayasa kendi içinde istisnalar getirebilir. Ancak bu tür istisnalar dar yorumlanır. Bunların geçerlilik alanı esnetilemez, genişletilemez. AYM, “AİHS kapsamı” ile Anayasa’daki temel hak ve özgürlüklerin bağlayıcılığı arasında bir çelişki görüyorsa bunu ancak pratik uyuşum ilkesine bağlı olarak çözebilir, birini diğerine feda edemez. Bu açıdan bakıldığında **pratik uyuşum ilkesine uygun çözüm**, “AİHS kapsamı” sözcüğünün “**Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerden AİHS ve ek protokollerinde bir karşılığı bulunanlar**” olarak yorumlanmasıdır. Böylece kapsam içindeki anayasal haklar tam koruma görmekte, AYM’nin hatalı yorumunda yapıldığı gibi ikinci, üçüncü bir kısıtlamaya uğramamaktadır.

Bu söylediklerimizi basit bir örnekle açıklamak mümkündür. Türk Anayasası seçme ve seçilme hakkını her yurttaşa, her türlü seçimde tanımıştır. AİHS’ye ek protokol, bu hakları yalnızca genel seçimler için

öngörmüşse, Anayasa yargıcının bağlı olacağı ve uygulayacağı kural, ek protokol değil, TC Anayasası'nın seçme ve seçilme haklarına ilişkin kurallarıdır. Buna karşılık “çalışma hakkı” AİHS’de ve ona ek protokollerde yer almamıştır. O zaman salt bu hakka dayanılarak bireysel başvuru yoluna gidilemeyecektir. Ama çalışma hakkıyla bağlantılı olarak eşitlik ilkesine aykırı bir uygulama varsa, konu yine AİHS’nin eşitlikle ilgili 14. maddesine göre değil, T.C. Anayasasında bağımsız bir temel hak olarak düzenlenmiş olan eşitlik ilkesine göre çözülecektir.

Kaldı ki “AİHS kapsamı” kavramını, kendi anayasasının daha çok güvence getiren hükümlerini yok sayacak kadar kutsallaştırmak, her şeyden önce “AİHS kapsamı” kavramına aykırıdır. Zira **Sözleşme’nin 53. maddesi, AİHS kapsamını belirleyici bir öneme sahiptir.** Bu madde iç hukukun sağladığı daha geniş hak alanlarını daraltacak bir yoruma izin vermemektedir. AYM, bir an önce hatalı yorumundan dönmeli ve Anayasa’nın bağlayıcı kurallarına uygun olarak kendisini “**ortak koruma alanı**” kısılacından kurtarmalıdır. AİHS ve AİHM’nin beklentisi de bu yöndedir. Nitekim AİHM, “Okyay ve Diğerleri / Türkiye, Başvuru No:36270/97, 12.05.2005” sayı ve günlü kararında bunun işaretini vermiştir: “... *Bu durumda AİHM, 6/1. madde bağlamında ‘medeni hak’ kavramının, AİHS’nin 53. maddesi kapsamında, iç hukukta kullanılabilir bir hakkı kısıtlar gibi yorumlanamayacağını not eder*”.

Bu konu Metin Günday Armağanı’na sunduğumuz “*Anayasa Mahkemesi’nin Ürettiği Yapay Bir Kavram: “Ortak Koruma Alanı”*” başlıklı makalemizde tüm ayrıntılarıyla incelendiğinden⁵ bu çalışmada daha fazla ayrıntıya girmeyi gerekli görmüyoruz.

2) Kanun Yolunda Gözetilmesi Gereken Hususlarda Bireysel Başvuru Yasağı

Bu kuraldaki uyumsuzluk, ifadesindeki belirsizlikten kaynaklanmaktadır. Zira 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 ilke olarak aynı zamanda kanun yolunda da gözetilmesi gerekir. Ak-

⁵ Ayrıntılar için bkz. Fazıl Sağlam, “Anayasa Mahkemesi’nin Ürettiği Yapay Bir Kavram: Ortak Koruma Alanı”, içinde Prof. Metin Günday Armağanı, c. II (Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020), 1191-1164.

si halde olağan kanun yollarının tüketilmesi koşulunun bir anlamı kalmaz. Bu formül, yasal düzenlemede de herhangi bir somutlaştırma yapılmaksızın aynen tekrarlanmıştır. Yasanın ilgili gerekçesinde de bir açıklık yoktur. Ayrıntı bir tarafa bırakılırsa, her üç yargılama hukukunda da en önemli temyiz nedeni, “**hukuka aykırılık**” olarak belirlenmiştir. Esasen anayasa şikâyeti kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlâli halinde, “hukuka aykırılık” da gerçekleşmiş olur. O halde “kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar” formülünden anlaşılması gereken, yalnızca “**yasaya aykırılık**” olmalıdır. Çünkü yasanın yorumu ve uygulaması ilke olarak derece mahkemelerinin, Alman AYM’nin deyimiyle “uzman mahkemelerin” işidir. Ancak bu yorum ve uygulamanın da temel hak ve özgürlüklerin bağlayıcılığını ihlâl etmemesi gerekir. Her iki halde de yasaya aykırılık ve özgül (spesifik) anayasa kurallarına aykırılık ayırımı önem kazanmaktadır. Bu ayırımın nasıl uygulanacağı konusu bu çalışmanın çerçevesini aşar.”⁶

Bu bağlamda bireysel başvuru usulü açısından iki noktayı vurgulamakla yetinebiliriz.

Birincisi, kendisi başlıbaşına belirsizlik taşıyan bir yasağın, “açıkça dayanaktan yoksun olma” ölçütü için yeterli bir unsur oluşturduğu söylenemez. “*Kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar*” ibaresi, ancak AYM’nin yetki alanı dışında kalacak ölçüde dar yorumlandığı takdirde, “açıkça dayanaktan yoksun olma” ölçütü içinde yer alabilir. Bunu nihai olarak belirleyecek olan yargı mercii ise AYM’dir.⁷

Vurgulanması gereken **ikinci** nokta, derece mahkemelerinin AYM kararına karşı direnme gerekçelerinde kendini gösteriyor: Anayasa’nın 153/6. maddesinin açık hükmüne rağmen Ağır Ceza Mahkemesi, Şahin Alpay’la ilgili AYM kararına direnmekle yetinmemiş, gerekçesinde **AYM’nin yetki sınırlarını aştığını** belirtmekten de geri durmamıştır. Bu tablo, içinde bulunduğumuz “*yargı kaosu*”nun somut bir görüntüsüdür. Böyle bir durum AYM’nin 60 yıla yaklaşan tarihinde ilk kez ger-

⁶ Ayrıntılar için bkz. Fazıl Sağlam, “Anayasa Şikâyeti - Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, içinde Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler, ed. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, 1. Bası (Metis Yayınları, 2012), 435-40; Fazıl Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, 1. bs (Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013), 435-37 ve orada anılan kaynaklar.

⁷ Karş. Tolga Şirin, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, 1. Bası (Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018), 207-13.

çekleşmiştir.⁸ Ağır Ceza Mahkemesi gerekçesinin temel dayanağı, “*kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz*” şeklindeki kuraldır.

Yasanın yorumu ve uygulaması ilke olarak derece mahkemelerinin işi olsa da bu yorum ya da uygulama, temel hak ve özgürlüklerin bağlayıcı etkisini dışlayacak biçimde yapılamaz. Aksi takdirde AYM, bireysel başvuru üzerine devreye girer ve derece mahkemesinin anayasal hak ve özgürlüğü dikkate almayan hatalı yorumunu düzeltir. Bu da AYM'nin yetki alanı içinde bir konudur.

Bu iki örnek, Anayasa'da yer alan bu yasağın sorunlu oluşunu yeterli açıklıkta göstermektedir.

B. AYMK'da Göze Çarpan Uyumsuzluk ve Aykırılıklar

1) Uyumsuzluklar

Bu başlık altında anayasaya uygun yorum yöntemiyle çözülmeye elverişli ya da anayasaya aykırılık düzeyinde olmamakla birlikte AYMK'da anayasa şikâyeti kurumu ile bağdaştıramadığımız uyumsuzlukları ele almak istiyoruz.

a) “AİHS Kapsamı” Formülüne “Türkiye'nin Taraf Olduğu Ek Protokoller”i Ekleyen Düzenleme (AYMK m. 45/1)⁹

Yasanın bu maddesi, kişinin bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) hakkı ve AYM'nin yeni yetki alanı olarak Anayasa'nın 148. maddesine 2012 AY Değişikliği ile eklenen üçüncü fıkranın ilk cümlesini tekrarlamakta, ama “Türkiye'nin taraf olduğu” ek protokolleri de AİHS kapsamı sözcüğüne eklemektedir. İlk bakışta bireysel başvuru kapsamını genişletir gibi görünen bu eklemenin gerçekte bir daraltma yarattığı kuşkusuzdur. Bu bağlamda altı çizilmesi gereken ilk kural, bireysel başvurunun dayanacağı temel hak ve özgürlüklerin AİHS'de ya da ona ek protokollerde yer alan hak ve özgürlükler değil, Türk Anayasası'nda onların kar-

⁸ Bu konunun ayrıntıları için bkz. Sağlam, “Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü”, 81-91. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, Değişik İş No: 2018/39, Kt. 12.01.2018; kararı bana ulaştıran değerli meslektaşım Ozan Ergül'e teşekkür ederim.

⁹ “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.” (Kalın puntolu vurgu tarafımdan yapılmıştır).

şılığı olarak yer alan hak ve özgürlük alanları olmasıdır. Bu nedenle Türkiye'nin ek protokollere taraf olup olmaması hiçbir fark yaratmaz. Türk Anayasası'nın güvence altına aldığı bir hak ve özgürlüğe karşılık gelen (tekabül eden) bir hak ve özgürlüğü salt Türkiye'nin taraf olmadığı bir ek protokolde yer aldığı için devre dışı bırakmak, anayasa şikâyeti alanını daraltılmasından başka bir şey değildir.¹⁰

b) Görünüşte Olağan Kanun Yollarının Tüketilmesi Koşulunu Genişleten Düzenleme

AYMK'nın 45/2. maddesine göre, “İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için **kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir**”.

Bu kural, iç hukukta olağan kanun yollarının tüketilmesini zorunlu kılan Anayasa kuralını (AY m. 148/3 cümle 2) genişletmektedir. Bu durum, bireysel başvuru alanını daraltıcı bir sonuç yaratabilir. Çünkü Anayasa'da “**olağan kanun yollarının tüketilmiş olması**” olarak ifade edilen önkoşul, 45/2. maddede “**kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması**” formülüne dönüştürülmüştür. Önceki yazılarımızda yasada yer alan genişletici ifadenin –anayasaya uygun yorum yöntemiyle- “**olağan kanun yoluna gelebilmek için hukuken geçilmesi zorunlu olan yollar**” olarak yorumlanabileceğini savunmuştuk.¹¹

Bu yorumun gerekçesi şöyle özetlenebilir: Anayasa şikâyeti, “ikincil” nitelikte bir işlev yerine getirir (Subsidiarität). “Olağan kanun yollarının tüketilmesi” ön koşulu bunun ilkesel bir ifadesidir. Bu ilkenin kapsamını belirlemek kuşkusuz anayasa koyucunun yetkisindedir. Yasa koyucu ilke olarak bu kapsamı genişletemez, ama somutlaştırabilir. Bu açıdan yasada yer alan “**kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamı**” ifadesi sorunludur ve sözel yorumu aşmayan bir uygulamada anayasaya aykırılık sonucunu doğurabilir. Ancak kanundaki ifadenin, –anayasaya uygun yorum yöntemiyle- “**olağan kanun yoluna**

¹⁰ Sağlam, “Anayasa Şikâyeti - Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, 430-31; Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, 432.

¹¹ Sağlam, “Anayasa Şikâyeti - Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, 450-52; Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, 445-47.

gelebilmek için hukuken geçirilmesi zorunlu olan idari başvuru yolları” olarak yorumlanabileceğini düşünüyoruz.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun. 13/1. maddesi, bu yorumu somutlaştıracak tipik bir örnektir: “*İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen gündünden itibaren veya istek hakkında “otuz” gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.*”

c) Anayasa'nın Yargısal Denetime Kapalı Tuttuğu Alanlar Sorunu

AYMK'nın 45/3. maddesine göre, “*Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.*”

Bu madde içinde bize uyumsuz ve belirsiz görünen “*Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*” ibaresidir. Aynı maddenin “*Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı*”na ilişkin bölümü ise “*anayasaya aykırılık*” kategorisinde incelenecektir.

“*Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*” kapsamında gündeme gelebilecek olan anayasal kurallar şöyle sıralanabilir: (AY m.90/5)¹², (AY m. 148/1 son cümle)¹³, (AY m. 125/2 son cümle)¹⁴, (AY

¹² “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz”

¹³ “Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz”

¹⁴ “Yüksek Askerî Şûra'nın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri”

m. 159/10)¹⁵, (AY m. 160/1 son cümle)¹⁶, (AY m. 79/2 son cümle)¹⁷, AY m. 59/3¹⁸.

Bu maddelerde öngörülen işlem ve kararlar, bireysel başvuruyu ne ölçüde engeller?

Bu kurallar, sözel anlamlarıyla 45/3 maddesinde yer alan, “*Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*” kapsamında görünse bile, bu maddenin amaçladığı varsayılan belirginlikten yoksundur. Anayasa şikâyeti somut bir olayla doğrudan bağlantılı bir bireysel başvuru yoludur. Bu somutluk gözönünde tutulduğunda “*Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*” şeklindeki tanım (AYMK m. 45/3), anayasa şikâyetine kapalı alanlar açısından yeterli bir açıklık sağlamaktadır. Çünkü bunların çoğu norm denetimine odaklanmış kurallardır. Norm denetimi anayasaya aykırılığın tespiti halinde “iptal” kararı ile sonuçlanan bir denetim türüdür. Buna karşılık anayasa şikâyetinde iptal, ilke olarak gündeme gelmez. AİHM uygulamasında ise hiç gündeme gelmez. Ancak Almanya gibi anayasa şikâyetinin tüm kamu gücü işlemlerinde uygulanabileceği iç hukuk düzenlerinde istisnai olarak yalnızca bir yasa ya da düzenleyici işlemin araya herhangi bir somutlaştırıcı işlem girmeksizin doğrudan uygulanma olasılığı bulunan hallerde söz konusu olabilir. Böyle bir durum da zaten 45. maddede ayrı bir bireysel başvuru yasağı olarak düzenlenmiş olup, birazdan ele alacağımız ayrı bir incelemeyi gerektirmektedir.

Çoğu kez gözden kaçırılan ve aslında işin doğasından (eşyanın tabiatından) kaynaklanan bu özelliği, açık bir örnekle ortaya koymamız yerinde olur. Örneğin olağanüstü hallerde ve savaş halinde çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Anayasamıza göre yargısal denetime kapalıdır. Ama maddenin sözünde de ilk bakışta görebileceğimiz gibi, bu kapalılık, doğrudan kararname ile, dolayısıyla iptal davasıyla ilgili bir kapalıdır.¹⁹ Bu kararnamelerin bireysel düzeyde yarattığı sübjektif hak

¹⁵ “HSK’nın meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararları”

¹⁶ “Sayıştay’ın karar düzeltme istemleri sonunda verdiği karar”

¹⁷ “Yüksek Seçim Kurulu kararları”

¹⁸ “Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlara karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.”

¹⁹ “Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz” AY m.148/1 son cümle).

ihlallerinin somut olay bazında anayasa şikâyeti (bireysel başvuru) yoluyla denetlenmesine bir engel yoktur. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 2017 yılında verdiği kararlardan birinde ilke olarak buna yetkili olduğu sonucuna ulaşmış²⁰ ve uygulamayı bu yönde sürdürmüştür. Bu uygulamada belirleyici olan Anayasa'nın 15. maddesinin öngördüğü sınırlar ve aynı maddenin son fıkrasında olağanüstü hallerde dahi dokunulması mümkün olmayan sert çekirdek alanlarıdır.

Şu halde “*Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*”i bireysel başvuru odaklı olarak ayrı bir değerlendirmeden geçirmemiz bir zorunluluktur. Bu nedenle böyle bir değerlendirmenin bağlı olacağı ilkelere öncelikle belirlememiz gerekir.

aa) Sorunun Çözümünde Bağlı Kalınması Gereken Yöntem ve İlkeler

Hukuk devletinin en belirleyici unsurlarından biri, gerek yasama ve gerekse yürütme alanında ilke olarak yargı yolu kapatılmış alanların bulunmaması ve bu ilkeye ilişkin istisnaların yalnızca Anayasa'da yer almasıdır. Bu ana ilkeden çıkarılabilecek ilk sonuç, yasa ile yeni bir denetimsiz alanın yaratılmamasıdır. AYMK'nın 45/3. maddesi açısından somutlaştırırsak, bu maddede öngörülen kuralın işlevi, bir yandan Anayasa'da bir istisna kuralı olarak yer alan denetimsiz alanların boyutunu aşmayan, ama diğer yandan bireysel başvurunun yöneldiği somut hak ihlalinin nesnel sınırlarını gözetken bir işlev yerine getirmesidir. Ne yazık ki yasa, bu işlevi yeterince yerine getirememiş, anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlere gönderme yapmakla yetinmiştir. Dolayısıyla bu işlemlerin bireysel başvuruyu ne ölçüde etkileyeceğinin yorum yoluyla belirlenmesi zorunlu hale gelmiştir. Anılan kuralın yorumunda

²⁰ AYM, Aydın Yavuz ve diğerleri [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, RG. 30/06/2017-30110 §§ 180-181. Anayasa Mahkemesi'ne göre, “olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim ve savaş hâllerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağı belirtilirken ... bu hâllerde temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin bireysel başvuruya konu edilemeyeceğine ilişkin bir hüküm yer verilmemiştir. Anayasa'nın diğer maddelerinde de böyle bir hüküm yer almamıştır. Bu bağlamda olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu buna ek protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruları Anayasa Mahkemesinin inceleme yetkisi bulunmaktadır”

klasik yorum ilkeleri yanında anayasaya uygun yorum, anayasanın bütünlüğü, pratik uyuşum ve özgürlük lehine yorum ilkeleri de göz önünde tutulmalıdır. Ama her halükârda kuralın “istisna” niteliğine uygun olarak dar yorumlanması gerekir.

45/3. madde ile bağlantılı olarak belirleyebileceğimiz ikinci bir husus, 45/3. maddenin ilke olarak kurucu (yapıcı, konstrüktif) değil, açıklayıcı (deklaratif) bir anlam taşımasıdır. Bir başka deyişle yasada böyle bir kurala yer verilmemiş olsaydı bile, yorum yoluyla ulaşabileceğimiz bir anlamı aşan değerlendirmelerden kaçınılması gerekir.

Bu bağlamda üçüncü bir alt ilke, 45/3. maddedeki kuralın bireysel başvurunun temel özelliklerine ters düşmeyecek yapıda tanımlanmasıdır. Başka bir deyişle çoğunluğu zaten birey odaklı olmadan kaleme alınmış olan yargısal denetime kapalı alanların, hak ve özgürlüğü kamu gücü tarafından ihlal edilmiş olan birey perspektifi ile değerlendirilmesidir. Çünkü konumuz, -adı üzerinde- “bireysel başvuru” ile doğrudan ilgili bir konudur.

Anayasa’da yer alan denetime kapalı alanları sıralarken değerlendirmemizi bu ilkelere bağlı kalarak yapmamız, doğru yoruma ulaşabilmemizin ön koşuludur.

bb) İlkelerin İlgili Kurallara Uyarlanması

Bu ilkelere bağlı kalarak “*Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemleri*” tek tek gözden geçirdiğimizde aşağıdaki tablo ortaya çıkmaktadır:

(1) Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Uluslararası Andlaşmalar

Burada söz konusu olan denetimsiz alanın 45/3. madde ile doğrudan bir ilgisi yoktur. Öncelikle bu alanın **soyut norm denetimine kapalı** olduğunu vurgulamak gerekir. Buradaki kapalılık, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş” olan uluslararası andlaşmalar içindir. Yürürlükten önceki aşamada ilgili andlaşmanın onaylanmasını uygun bulan yasanın denetimi için kapalılık söz konusu değildir. İkinci olarak yürürlüğe girmiş olan bir uluslararası andlaşmanın uygulanması, şu veya bu biçimde bir kişinin bireysel başvuru konusu olan hak ve özgürlüğüne müdahale sonucunu doğurmuşsa, bunun anayasa şikâyetine konu olmasını önleyen bir kural mevcut değildir. Tam aksine 90/5. maddenin son cümlesi, temel hak ve özgürlükleri koruyucu bir işlevle donatıldığı gibi, aynı maddenin

değişik fıkraları da hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin koşullar içermektedir.²¹

(2) Olağanüstü Hallerde ve Savaş Hallerinde Çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Burada da benzer bir durumla karşı karşıyayız. Biraz önce de değindiğimiz gibi, bu denetim yasağı, kararnamenin kendisiyle sınırlıdır. AYM'nin eski içtihadı, denetim yasağı alanını, ilgili maddelerin sözüne, Anayasa içindeki yerlerine ve amacına uygun olarak olabildiğince dar yorumlanmasını sağlamış, olağanüstü halin süresini ve bölgesini aşan ya da yasalarda değişiklik yapan hükümleri OHAL KHK niteliğinde görmediği için iptal etmişti.²² AYM bu konudaki içtihadını değiştirmiş²³ olsa bile, bu kararnamelerin yarattığı hak ihlallerinin somut olay bazında anayasa şikâyeti (bireysel başvuru) yoluyla denetlenmesine bir engel yoktur. Anayasa Mahkemesi içtihadının da bu yönde olduğuna biraz önce değinmiştik.

(3) Yüksek Askerî Şûra ve Hâkimler ve Savcılar Kurulunun Yargısal Denetime Kapalı Kararnaları

Yukarıda değerlendirme ilkelerini açıklarken, yasada 45/3. maddeye yer verilmemiş olsaydı bile, yorum yoluyla ulaşabileceğimiz bir anlamı aşan değerlendirmelerden kaçınılması gerektiğini belirtmiştik. Aslında her iki düzenlemeyi salt 2010 AY Değişikliği'nden önceki metniyle değerlendirdiğimizde, bu iki anayasal kuruluşun kararnaları için öngörülmuş bulunan mutlak denetim yasağının bireysel başvuruyu da kapsayacağı anlamını çıkarmak en azından tartışmalı bir konu olurdu. Çünkü her iki denetim yasağı 1982 Anayasası'nın orijinal metninde yer alan bir düzenlemedir. Bireysel başvuru ise 2010 AY Değişikliği ile benimsemiş ve 2012 Eylülünde yürürlüğe girmiştir. Hukuk mantığı gereği 1982 anayasa koyucusunun 30 yıl sonrasını öngörüp bu iki kuruluşun kararnalarıyla ilgili denetim yasağını bireysel başvuru yolunu da kapsayacak biçimde düzenlemiş olması olanaksızdır. Ancak anılan denetim yasaklarının metinleri, bireysel başvuruyu benimseyen aynı AY değişikliği içinde yeniden düzenlenmiş ve denetim yasağının alanları hukuk devleti ilkesi-

²¹ AY m. 90 fıkra 2: "... kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla ..."; AY m. 90 fıkra 3; "... özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz".)

²² AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, Kt. 10.1.1991, RG. 05.03.1992-21162.

²³ AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, Kt. 12.10.2016, RG. 4.11.2016-29878.

ne daha yakın bir kapsamda daraltılmıştır. Her iki kuruluşun denetim yasağı kapsamındaki işlemleri, istisna niteliklerine uygun bir ölçüde aşağıdaki gibi somutlaştırılmıştır:

■ (AY m. 125/2 son cümle): “*Yüksek Askerî Şûra'nın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri*”

■ (AY m. 159/10): “*HSK'nın meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararları*”

Bu somutlaştırma açısından bakıldığında 2010 Anayasa koyucusunun denetim yasaklarını bireysel başvuruyla birlikte düşünmüş olması, tarihsel yorum ilkesine uygun bir yorum olur. Böyle bir yorumun yasa koyucu tarafından 45/3, maddede somutlaştırılmış olması da Anayasanın üstünlüğü ilkesine ters düşmez. Şu halde AYMK'nın 45/3. maddesinin Yüksek Askerî Şûra ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun yargısal denetime kapalı tutulan işlem ve kararlarını içerdiği konusunda bir kuşku olmasa gerektir.

(4) Yüksek Seçim Kurulu Kararları

Anayasa'nın 79/2 maddesinin son cümlesine göre “*Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz*”. Bu konudaki ilk düşüncelerimizi Anayasa Mahkemesi'nin, Yüksek Seçim Kurulu'nu somut norm denetimini harekete geçirecek bir “*mahkeme*” niteliğinde görmediği varsayımına göre kaleme almıştık.²⁴ Ancak bu içtihadın köklü bir değişiklik geçirmesi karşısında o yazıdaki argümantasyon unsurları önemli ölçüde anlam kaybına uğramıştır.

AYM'nin içtihadındaki değişim, Ece Göztepe'nin, Kamu Hukukçuları Platformu'nun V. Toplantısına sunduğu bildiriye şöyle açıklanmaktadır:

“*Seçimlerle ilgili verilen bireysel başvuru kararlarındaki tek teselli ve umut, AYM'nin 1992 tarihinde verdiği, İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının “bir davaya bakmakta olan mahkeme” olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin kararından (AYMK E.1992/12, K.1992/2 (18.02.1992). 2013-3912, §30.) vazgeçmiş olmasıdır. Mahkeme, her ne kadar somut başvuruyu reddetmişse de, AİHM'nin içtihatları doğrultusunda İlçe Seçim Kurullarını “yargı yeri” (tribunal) olarak kabul etmiştir (2013-3912, §30-32, 38 ve 48.). Bu kararın gerekçesinden Yüksek Seçim Kuru-*

²⁴ Sağlam, “Anayasa Şikâyeti - Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, 45 vd.; Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, 440 vd.

*lu'na ilişkin bir istisna çıkarılabileceğini düşünmek için bir neden olmadıgından, en azından bundan sonra, Yüksek Seçim Kurulu'nun "davaya bakmakta olan mahkeme" sıfatıyla seçim hukuku düzenlemelerinin anayasaya uygunluk denetimini somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürebileceği umudu doğmuştur."*²⁵

Tolga Şirin, aynı toplantıya sunduğu bildiriye Yüksek Seçim Kurulu'nun yargı işlevi kapsamındaki kararlarının anayasa şikâyeti konusu olabileceğini şöyle açıklamaktadır:

"... YSK seçim uyuşmazlıklarına bakan bir yargı merciidir. Yargısal denetim yapmak sadece dar anlamda ve ismen mahkeme olan organların (court) işi değildir. İsmi mahkeme olmayan, ancak yasayla kurulmuş, tarafsız ve bağımsız nitelik taşıyan ve yargılama usulüne ilişkin güvenceler taşıyan yapılar (tribunal) da bu işlevi görür. Danıştay ve Yargıtay üyelerinden müteşekkil YSK da bu niteliğe sahiptir. Nitekim YSK da bir kararında YSK'nın "yargı görevlerini yaparken veya yargı yetkilerini kullanırken, diğer yargı yerleri ile eşit konumda" olduğunu ifade etmiştir.²⁶ Hal böyle olunca Anayasa'nın "Yüksek Seçim Kurulu'nun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz" şeklindeki 79/2'nci hükmü YSK kararlarının tıpkı diğer yargı kollarının nihai karar organları olan Yargıtay, As. Yargıtay, Danıştay, AYİM gibi nihai olduğunu ifade etmektedir. Bu bakımdan nasıl ki bu organların nihai karar-

²⁵ Ece Göztepe, "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'ni Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", içinde Kamu Hukukçuları Platformu - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru - Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması, ed. Ece Göztepe ve Mustafa Mert Albaz, 1. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 121 bir karışıklığa yol açmamak amacıyla Göztepe'den aktarılan metin içinde yer alan 276 ve 277 No.lu dipnotları yukarı parantez içinde ilgili oldukları yere aktarılmıştır).

²⁶ YSK'nın 1963/618 sayılı kararı. Levent Gönenç, "Yüksek Seçim Kurulu'nun Mahkeme Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme", içinde Prof. Dr. Mümtaz Soysal'a Armağan, ed. Cem Eroğul vd. (Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 2009), 281-92. . (Bu dipnot, bana ait olmayıp, Tolga Şirin, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", içinde Kamu Hukukçuları Platformu - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru - Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması, 1. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017).de 112 no.lu dip notu olarak gösterilmiştir).

larına karşı anayasa şikâyeti yapılabiliyorsa YSK kararlarına karşı da yapılabilir.”²⁷

Ne yazık ki Mansur Yavaş Kararı’ndan ²⁸ sonraki gelişmeler, hak ve özgürlük odaklı bu iyimser beklentileri ters bir yöne çevirmiştir.

AYM, 14.7.2015 tarihinde iki bireysel başvuru üzerine verdiği kararlarda Anayasa’nın 79. maddesinde geçen “başka bir mercie başvurulamaz” ibaresini “bireysel başvuruya da konu edilemez” biçiminde yorumlamış bulunmaktadır.²⁹ Çoğunlukla alınan bu kararlar, 79. maddenin gerekçesine dayanmaktadır: “Yüksek Seçim Kurulu kararlarının kesinliği ve bunlara uyulması tereddütlere yol açtığından bu maddeye Yüksek Seçim Kurulu kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağı esası getirilmiştir.” Mahkeme’ye göre yasanın bu gerekçesi, Anayasa koyucunun YSK kararlarının kesin olması ve bu kararlar aleyhine “başka merci ve kanun yollarına” başvurulamaması yönündeki iradesini yansıtmaktadır. Yine AYM’ye göre bu bağlamda **önem taşıyan husus, YSK’nın yargısal nitelikte bir kurum olup olmaması değil**, onun kararlarına karşı başka bir mercie başvurulmasının yasaklanmış olmasıdır. Bu çerçevede, YSK kararları bireysel başvuruya da konu edilemez.

Bu gerekçenin oldukça yüzeysel bir bakış açısını yansıttığını belirtmek gerekir. Aradan geçen 30 yıldan sonra AYM kararının hâlâ genetik (tarihsel) yoruma ve özellikle de madde gerekçesine dayanmaya çalışmasının ikna edici bir yönü yoktur. Çünkü her şeyden önce 1982 Anayasa Koyucusu’nun, 30 yıl sonra 2010 yılında yapılacak bir anayasa de-

²⁷ Şirin, “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, 55 vd.

²⁸ AYM, Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi, B. No: 2014/5425, 23/7/2014, RG. 09.09.2014 – 29114. AYM, “ortak koruma alanı” kavramının tipik bir uygulaması olan bu kararında, AIHS’de seçme hakkı ile korunan hakkın, yasama organının seçimi ile ilgili olduğunu, yerel yönetimlerle ilgili seçimi kapsamadığını belirterek bu hakka yönelik ihlal iddialarının bireysel başvuru konusu yapılamayacağı sonucuna ulaşmıştır.

²⁹ AYM, Oğuz Oyan [GK], B. No: 2015/8818, 14/7/2015, RG. 07.10.2015 - 29495; AYM, Atilla Sertel [GK], B. No: 2015/6723, 14/7/2015, RG: 07.10.2015 - 29495. Her iki karar da aynı tarihte verildiğinden çoğunluk gerekçesi ve karşı oy yazıları açısından bir farklılık yoktur. Bu nedenle incelememizde karşı oy yazılarının tam olarak yer aldığı 2015/6723 başvuru numaralı karar esas alınmıştır.

ğişikliği ile anayasa şikâyeti yolunun açılacağını görmesi ve onu da kapsayacak bir kural koyması mümkün değildir.³⁰

Bir başka çelişki, AİHS - Ek 1 No.lu Protokol'ün üçüncü maddesi kapsamı içinde yer alan seçme ve seçilme haklarının bireysel başvuru yoluyla korunması mümkünken, Türkiye'de bu korumanın AYM'nin kararı ile sağlanamaz duruma getirilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu çelişki ortak karşı oy yazısında şöyle ifade edilmiştir:

“... Anayasa'nın 67. maddesinde düzenlenen seçme ve seçilme hakkı, ayrıca Türkiye tarafından kabul edilen Ek Protokol'in 3. maddesinde düzenlendiğinden, AİHM içtihatları çerçevesinde bireysel başvuruya konu olabilmektedir. Bu bağlamda, Mahkememiz çoğunluğu tarafından kabul edilen görüş, YSK kararlarına karşı bireysel başvurunun mümkün olmayacağını kabul ettiğinden, seçme ve seçilme hakkı esas olarak bireysel başvurunun sağlayacağı korumanın kapsamı dışında bırakılmış olmaktadır. Bu durum da yine, bireysel başvurunun amacına ve kabul ediliş gerekçesine aykırıdır.”

³⁰ Aynı yönde: AYM, Atilla Sertel [GK], B. No: 2015/6723, 14/7/2015, RG: 07.10.2015 - 29495, Alparslan Altan ve Erdal Tercan'ın ortak karşı oy yazısı. Aynı karşı oy yazısında ŞİRİN'in görüşüne paralel görüşler de yer almaktadır. Ayrıca karşı oy yazısı çoğunluk kararının kimi absürd sonuçlara yol açacağına da işaret etmektedir: “... Seçim yargısı alanında görev yapan il seçim kurulları ve ilçe seçim kurulları kararlarına karşı herhangi bir sınırlama olmadığından bireysel başvuru yoluna gidilebilecektir. Nitekim Mahkememiz, ilçe seçim kurulu kararına karşı yapılan bireysel başvuruda, ilçe seçim kurulunun yargısal bir organ olup olmadığını tartışmış, sonuçta yargısal bir organ olduğu ve kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunulabileceğini kabul etmiş, somut başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur (İsmail Taşpınar, B.No.2013/3912, § 14 vd.). ... Yine il veya ilçe seçim kurulu kararlarına karşı YSK'da itiraz yolu açıksa, Anayasa m. 148,3 ve 6216 sayılı Kanun m. 45,2 gereğince bireysel başvuruda bulunabilmek için bu yolun da tüketilmesi gereklidir. İl veya ilçe seçim kurulu kararlarına karşı YSK'da itiraz yoluna başvurulmuşsa, bu kez YSK'nun kararına karşı bireysel başvuruda bulunulamayacağı gerekçesiyle başvuru kabul edilemez bulunacaktır. Burada da bir kısır döngü (fasid daire) ortaya çıkmaktadır. Keza, ilçe veya il seçim kurulu kararlarına karşı YSK'da itiraz yolu kabul edilmeyen hallerde, sözkonusu kurulların kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunulabilecektir. Burada da bir ikilem ortaya çıkmaktadır: İlçe veya il seçim kurulu kararlarına karşı YSK'da itiraz yolu açıksa bireysel başvuru yolu kabul edilemeyecek, itiraz yolu açık değilse kabul edilecektir. Anayasa m. 67'ye dayanan seçme ve seçilme hakkı için bu şekilde bir ikilem anlamsız olduğu gibi, bireysel başvurunun amacına ve niteliğine de aykırıdır.”

Bu karşı oy yazısında açıkça belirtilmeyen asıl çelişkinin altını çizmek gerekirse, AYM'ye yapacağı bireysel başvuru, AYM'nin çoğunluk gerekçesiyle geri çevrilen yurттаşın, AİHM'ye başvurmasına ve orada bir sonuç almasına hiçbir engel yoktur.

Bir başka karşı oy yazısına göre YSK'nın görevlerinden bir kısmı idari nitelikte, bir kısmı ise seçim uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturacak yargısal niteliktedir. "*Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz*" hükmü ise sadece idari nitelikteki kararlar yönünden geçerlidir.³¹

Bütün bu tartışmada eksik gördüğümüz nokta, yapılan değerlendirmelerde pratik uyuşum ilkesinin göz önünde tutulmamış olmasıdır. Sözümlü ettiğimiz eksiklik, "*Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz*"³² şeklindeki Anayasa kuralını, "*Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler bireysel başvurunun konusu olamaz*"³³ şeklindeki yasa kuralının kapsamı içinde yorumlayan görüşler açısından özellikle önemlidir. Yargıtay, Danıştay gibi bütün yüksek mahkemelerin kesinleşmiş kararlarına karşı bireysel başvuru yapmak mümkünken, seçim sürecinin yargısı olarak YSK kararlarına karşı bireysel başvuruyu saf dışı bırakacak bir yorum, pratik uyuşum ilkesine gözü kapayan bir yaklaşımdır. Çünkü bu durumda yeni bir anayasal hak arama yolu olan bireysel başvuru, bir başka anayasal kurala **üstelik bir yasa aracılığı ile** feda edilmiş olmaktadır. Yasaya böyle bir anlam vermek, Anayasaya açıkça aykırı düşer. Kaldı ki YSK'nın seçim yargısı işlevi dışında kalan idari işlemleri açısından "*başka bir mercie başvurulamaz*" şeklindeki denetim yasağı, anayasal işlev ve anlamını

³¹ AYM, Atilla Sertel [GK], B. No: 2015/6723, 14/7/2015, RG: 07.10.2015 - 29495, Osman Paksüt'ün karşı oy yazısı, § 16: "YSK'nın yargısal nitelikteki kararlarının, Anayasa'nın 79. maddesindeki "Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz" hükmünün kapsamında bulunduğu söylenemez. Yargısal fonksiyon icra eden bir kurulun yargısal nitelikteki kesin kararlarına karşı başka bir mercie başvurulamaması, esasen görevin doğası gereğidir. Nitekim Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ... kararlarına karşı da, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun kabulünden önce, her hangi bir mercie başvurulamamaktaydı. Bu nedenle, yürürlükteki Anayasa hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Anayasa'nın 79. maddesindeki hükmün amacının, YSK'nın idari nitelikteki kararlarının yargı denetimi dışında tutulmasını sağlamak olduğunun kabulü gerekir."

³²AY m. 79/2 son cümle.

³³ 6216 s. AYMK m.45/3 son cümlecik.

sürdürmektedir. Böylece çelişik gibi görünen anayasa normlarının her biri için optimal hukuksal etki sağlanmış olmaktadır.

GÖZLER, bu makale için gönderdiği notta, seçim uyumsuzluğunun seçimden *hemen sonra* ve *kesin bir şekilde* çözülmesi gerektiğini böyle bir durumda bireysel başvuru yolunun işletilmesinin seçim yargısının özelliğiyle bağdaşmayacağını belirtiyor.³⁴

(5) Sayıştay'ın Durumu

Anayasa'nın 160/1. maddesinin son iki cümlesine göre, "**Sayıştayın kesin hükümleri hakkında ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler. Bu kararlar dolayısıyla idarî yargı yoluna başvurulamaz.**" Kitabımızın 2013 baskısı, AYM'nin Sayıştay'ı bir yargı organı olarak görmediği, aleyhine idari yargıya başvurulamamasının Anayasa'dan kaynaklanan "**kendine özgü**" bir anayasa kurumu olarak nitelediği varsayımına göre yazılmıştı. Bu nedenle Danıştay ile Sayıştay arasındaki eski tartışmayı da göz önünde tutup denetim organının "idari yargı" olarak belirtilmesini bunun doğal bir uzantısı olarak tanımlamıştık. Gerçekten de 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 45. maddesinde yer alan "Sayıştay'ca verilen ilâmlar aleyhine Danıştay'a başvurulamaz" kuralının iptali için Danıştay Başkanlığınca açılan bir davada AYM, aşağıdaki gerekçeyle iptal istemini reddetmişti.³⁵

"Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak görevi Sayıştay'a verilmiş bulunmaktadır. ... 832 sayılı kanunun 45. maddesinin iptali istenen ve (Sayıştay'ca verilen ilâmlar aleyhine Danıştay'a başvurulamaz) hükmünü taşıyan son fıkrası ise, görüldüğü gibi, söz konusu bu Anayasa ilkesinin bir tekrarından ibarettir. Bu hüküm konulmamış olsa bile, Sayıştay ilâmlarına karşı Danıştay'a başvurulması Anayasa'nın 127. maddesindeki ilke karşısında mümkün değildir."

³⁴ GÖZLER'in Yüksek Seçim Kurulu kararlarının kesinliğine ve bu kararların yargısal denetiminin mümkün olmadığına ilişkin görüşleri için bkz. Kemal Gözler, "YSK Kararlarının Kesinliği Üzerine", içinde Referandumdan Önce, Referandumdan Sonra (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2017), 81-92..

³⁵ AYM, E.1967/19, K.1969/6, Kt. 16.1.1969, RG. 17.4.1970 – 13474; aynı kararda Danıştay Dâva Daireleri Kurulunun bir itirazı üzerine daha önce yapılan incelemede de (14, 15, 16 Ocak 1969 günlü ve 1967/13, 1969/5 sayılı karar) aynı sonuca ulaşıldığı belirtilmektedir.

832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 45. maddesinde yer alan "Sayıştay'ca verilen ilâmlar aleyhine Danıştay'a başvurulamaz" şeklindeki kuralın 1982 Anayasası'nın 160. maddesine "***Bu kararlar dolayısıyla idarî yargı yoluna başvurulamaz.***" olarak girmesi bu tartışmanın bir uzantısıdır. Yoksa yasağı alanını daraltmak için değil. Kaldı ki o sırada bireysel başvuru gibi bir yol zaten gündemde değildi.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin **Sayıştay'ı belli görevleri yönünden bir mahkeme olarak nitelendiren içtihadından³⁶ sonra farklı bir değerlendirmenin önü açılmış oldu.**

Tolga Şirin, Kamu Hukukçuları Platformu'nun 30/31 Mayıs 2015 günlerinde TBB ile birlikte düzenlediği V. Toplantısına sunduğu bildiri-
de, bu farklı değerlendirmeyi şöyle ifade etmektedir: "*Anayasa'nın diğer maddelerinde, genel olarak yargı yolundan bahsedilirken bu hükümde münhasıran idarî yargı yolundan bahsedilmektedir. O halde kısıtlamada özel olarak idarî yargı zikredilmekte, bu bakımdan zikredilmeyen diğer yargı yolları dışlanmaktadır. Hal böyleyken somut durumda istisnanın istisnası niteliğinde olan ve bir tür temel hak (başvuru hakkı) niteliği taşıdığı için zaten geniş yorumlanması gereken anayasa yargısına başvuru, Sayıştay kararlarına karşı da mümkündür.*"³⁷

Bu bakış açısı, bizim Danıştay ve Sayıştay arasındaki eski tartışmanın etkisiyle gözden kaçırdığımız farklı bir yorumu dile getirmektedir.

Ancak buna ek olarak Sayıştay'ın konumu da AYM'nin yeni kararlarıyla tıpkı Yüksek Seçim Kurulu'nun konumuna koşut olarak önemli bir değişim geçirmiştir. Bu kararlarda Sayıştay, bir yönüyle yargısal işlev yerine getiren bir hesap mahkemesi olarak benimsenmiştir. Eğer Sayıştay bu anlamda bir mahkeme ise, Yargıtay ve Danıştay'ın kesinleşmiş kararlarına karşı anayasa şikâyeti kapsamındaki bir hakkın ihlal edildiği iddiasıyla nasıl anayasa şikâyeti yoluna başvurulabiliyorsa, Sayıştay için de aynı başvurunun geçerli olması gerekir.

³⁶ Bu yeni içtihat iki kararda ifadesini bulmuştur: AYM, E.2012/102, K. 2012/207, Kt. 27.12.2012, RG. 02.04.2013 -28606 mükerrer; AYM, E. 2011/21, K. 2013/36, Kt. 28.2.2013, RG. 06.03.2014 - 28933

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tolga Şirin, "Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi", içinde Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, 2015, 52 vd., https://kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf.

Ulaş KARAN, bu makale için gönderdiği notta Sayıştay ile ilgili olarak yakın zamanda verilen bir AYM kararına dikkatimi çekti.³⁸ Gerçi bu kararda, “*Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*” konusunda bir açıklama yer almıyor. Ancak kararda, Sayıştay’ın kesinleşmiş olduğu söylenebilecek bir kararıyla adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşıyor. Bu nedenle anılan AYM kararının görüşümüzü doğrular nitelikte olduğu söylenebilir.

Kısacası, yaptığımız değerlendirmede Yüksek Seçim Kurulu ile Sayıştay aynı paraleldedir. Her ikisinde de “mahkeme” nitelikleri belirleyici olmaktadır.

(6) Sporda Zorunlu Tahkim

Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı bir başka alan, 2011 yılında Anayasa’nın 59. maddesine eklenen “*zorunlu tahkim*” düzenlemesidir. Bu düzenlemeye göre “*Spor federasyonlarının spor faaliy etlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.*”

Yukarıda konumuza özgü genel ilkeleri sıralarken altını çizdiğimiz ilkeyi yeniden hatırlayalım: AYMK m. 45/3’de “*Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler, bireysel başvuru konusu olamaz*” kuralı yer almamış olsaydı, yorum yoluyla ulaşabileceğimiz bir anlamı aşan değerlendirmelerden kaçınılması gerekir”. Bu ilkeye göre ilk adımımızı atalım: “*Hiçbir yargı yerine başvurulamaz*” ifadesindeki kesinlik ve sözcük anlamındaki tüketici ifadeye bakılırsa, buradaki denetim yasağının 45/3. madde kapsamında olduğu söylenebilir. Nitekim AYM de 2013 yılında verdiği bir kararda tahkim kurulu kararı ile hak arama özgürlüğünün ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bir anayasa şikâyetini AYM m. 45/3’ü gerekçe göstererek “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle reddetmiştir.³⁹

Ancak dilbilgisi kurallarıyla anlam belirleme, klasik yorum kuralları açısından da tek seçenek değildir. Klasik yorum kuralları, aralarında hiyerarşik düzen içermeyen bir bütünlük arzettiği gibi, Anayasa Hukukunun kendine özgü yorum kurallarıyla da tamamlanması gerekir. Bu

³⁸ AYM, Cemal Taluğ [GK], B. No: 2018/34827, 10/2/2022, RG. 26/4/2022-31821.

³⁹ AYM, Abdurrahman Akyüz, B.No:2012/620, 12/02/2013.

nedenle diğer yorum kuralları açısından da düşünmeye devam etmemiz zorunludur:

Bu konuda ilk çalışmalardan birini yapmış olan Ozan ERGÜL'ün, AYM'nin 53. Kuruluş Yıldönümü sempozyumuna sunduğu bildiride yer alan 2011 AYD'nin arka planı ile ilgili tespitler genetik ve tarihsel yorum açısından önemlidir.⁴⁰

■ Zorunlu tahkim şartının getirilmesi ile ilgili olarak dayanılan başlıca gerekçe spor yönetimi ile spor disiplininin hızlı işletilmesine duyulan ihtiyaç olmuştur.⁴¹

■ Bu tespitle bağlantılı olan bir başka tespit, “2011 yılında bu değişiklik yapılırken bireysel başvurunun hiç göz önünde tutulmamış olmasıdır. Anayasa değişikliği gerekçesinde ya da Anayasa Komisyonu'nun raporunda spor disiplin hukukuna ilişkin süreçlerde hak ihlalleri yaşanabileceği hiçbir biçimde gündeme getirilmemiştir.

■ Anayasa Komisyonu raporunda da açık bir biçimde ifade edildiği gibi 59. maddenin değiştirilmesine, Anayasa Mahkemesi'nin 2009 ve 2011 yıllarında vermiş olduğu iki iptal kararı neden olmuştur. E.2006/118 ve E.2010/61 sayılı bu kararlarda yargıya başvuru hakkını ortadan kaldıran iki ayrı kanun düzenlemesi Anayasa'ya aykırı bulunmuştur.

Tabii bu kararların konusunu oluşturan zorunlu tahkimin bireysel başvuru yolunu da kapsayan bir anlamı olamaz. Çünkü davaların açıldığı tarihlerde bireysel başvuru zaten Anayasa'da yer almamıştı. Amaç, anılan AYM kararlarını anayasa değişikliği yoluyla aşmaksa, bu amacın anayasa şikâyetini de kapsaması için doğasına aykırı olur.

Görülüyor ki tarihsel-genetik yorum yoluyla, 59. maddeye eklenen denetim yasağının anayasa şikâyeti yolunu da kapsadığı anlamı çıkarı-

⁴⁰ Ayrıntılar için bkz. Ozan Ergül, Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İçtihat İstikrarsızlığı (Ankara: Adalet Yayınları, 2016), 67-78.

⁴¹ Değişikliğin gerekçesinden: “Anayasada yapılan bu değişikliklerle, sportif faaliyetlerinin yönetilmesine ve disiplinine ilişkin ihtilafların süratle ve yargı denetimine tabi olmaksızın kesin olarak çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır. Bu çerçevede ilgili kurulların müsabakalarla, kulüplerle, sporcularla ve sporla ilgili diğer kişiler hakkında verdikleri müsabakadan men, küme düşürme, ligden ihraç, ihraç, seyircisiz oynama ve puan tenzili gibi kararlarına karşı süratli ve kesin bir denetim yolu öngörülmektedir.”

lamıyor. Ama yapılan değişikliğin istinaf ve temyiz aşamaları da dahil olmak üzere derece mahkemelerini kapsadığını doğruluyor.

Şu halde konu, anayasa normları arasındaki bir çatışmanın nasıl çözülmesi gerektiğine ilişkin bir konu. Nitekim ERGÜL de bildirisinde pratik uyuşum (praktische Konkordanz) yöntemine başvurmuş. Bence bununla yetinebilirdi. Ama daha kesin ve açık bir çözüm olmak üzere sonucu *de lege feranda* bir öneriyle tamamlamış: Anayasa'nın 11. maddesinin bir gereği olarak, Anayasa'nın 59. maddesindeki zorunlu tahkim düzenlemesine “**Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı saklıdır**” cümlesi eklenmelidir.

Bu alanda pratik uyuşum ilkesi uygulanmazsa, yalnız “adil yargılanma hakkı” değil, spor camiasının diğer birçok temel hak ve özgürlüğü, tam anlamıyla korumasız kalıyor ve spor düzeninin pratik amaçlarına feda edilmiş oluyor. Bunun tipik bir örneğini ERGÜL'ün bildirisinden yansıtabiliriz:

“Durum o kadar ilginç bir boyut kazanmıştır ki, bir futbolcunun oynanan müsabakadan sonra yapılan basın toplantısında sadece bir cümle söyleyerek demeç vermeden ayrılması dahi hakkında disiplin süreci işletilmesine neden olabilmektedir. Futbol federasyonunun yayıncı kuruluşla yaptığı anlaşmanın bir hükmüne dayanarak sporculara oynanan müsabakadan sonra yayıncı kuruluşa demeç verme zorunluluğu getirilmek istenmesi karşısında, demeç vermemenin sporda disiplini nasıl olup da bozduğu ayrıca tartışmaya açıktır.”⁴²

Oysa Anayasa'nın 25/2. maddesine göre “*Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz*”. Şu halde “**Hiçbir yargı merciine başvurulamaz**” ibaresi ne kadar kesinse, “**Her ne sebep ve amaçla olursa olsun**” ibaresi de en az onun kadar kesin ve tüketicidir. Üstelik bu hak, Anayasa'nın 13. maddesindeki ilkelere dayanılarak da sınırlanamaz. Ayrıca Anayasa'nın 15/2. madde uyarınca olağanüstü yönetim usullerinde dahi dokunulamayacak haklardan biridir. Yalnızca bu örnek bile 2011 Anayasa koyucusunun bireysel başvuru yolunu da kapatma amacı gütmüş olamayacağını göstermeye yeterlidir.

Öte yandan “*Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.*” şeklindeki yasağın, sözcük an-

⁴² Ergül, Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İçtihat İstikrarsızlığı, 74 vd.

lamındaki tüketici ifadeye rağmen, AİHM’ne bireysel başvuruda bulunma hakkını da içerecek bir anlam taşıyamayacağı kuşkusuzdur. Nitekim böyle bir başvuru yapılmış olup karara da bağlanmıştır.⁴³

Burak GEMALMAZ’ın bu karara ilişkin olarak yaptığı özetlemeye göre

“AİHM, Ömer Kerim Ali Rıza ile Serkan Akal’ın taleplerini ana hatlarıyla kabul ederek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinin 1. Fıkrasında yer alan adil yargılanma hakkının Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Tahkim Kurulunun bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM bilhassa TFF’nin yürütme organı olan Yönetim Kurulunun büyük oranda futbol kulübü yöneticilerinden oluştuğunu ve Tahkim Kurulunun teşkilatlanması ile işleyişinde çok güçlü bir etkisi olduğunu tespit etmiştir. TFF mevzuatı da Tahkim Kurulu üyelerini dış baskılardan koruyacak uygun güvenceleri sağlamaktan yoksundur.”⁴⁴

Bu karar bize en azından “adil yargılanma” hakkının ihlali iddiasıyla AİHM’ne bireysel başvuruda bulunma hakkının kapalı olmadığını ve tahkim kurulunun bu hakkı güvence altına alacak bağımsız ve tarafsız bir yapıda oluşturulmasının zorunluluğunu göstermesi bakımından önemlidir.⁴⁵

Zorunlu tahkim açısından AİHM’ne bireysel başvuru yolunun açık olması karşısında Anayasa koyucusunun aynı yolun iç hukuktaki paralel

⁴³ AİHM, Ali Rıza ve diğerleri/Türkiye, B. No: 30226/10 ve diğer 4 başvuru, 22/06/2020 (Aktaran Burak Gemalmaz, H. Burak Gemalmaz, “TFF Tahkim Kurulunun Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye Kararı”, 03 Şubat 2020, <https://blog.lexpera.com.tr/tff-tahkim-kurulunun-bagimsizligi-ve-tarafsizligi-meselesi/>.) Birleştirilen davalardan birinin 5506/16 Başvuru numarasını taşıması, en azından bu davanın 59. maddedeki AYD’dan sonra açıldığını göstermesi bakımından önemlidir.

⁴⁴ Kararın ayrıntılı bir analizi için bkz. Gemalmaz.

⁴⁵ Burak GEMALMAZ, bu makale için gönderdiği notta AİHM’in sportif uyumsuzluklarla ilgili Türkiye’ye karşı adil yargılanma hakkı dışında ifade özgürlüğü ile özel yaşam hakkı konulu başka ihlal kararlarının da olduğunu, belirterek ilgili kararları gönderme lütüfunda bulundu. İlgilenenler için bu kararların künyesini ekliyorum: AİHM, İbrahim Tokmak/Türkiye, B. No: 54540/16, 18/05/2021; AİHM, Sedat Doğan/Türkiye, B. No: 48909/14, 18/05/2021; AİHM, Naki ve Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği/Türkiye, B.No: 48924/16, 18/05/2021; AİHM, Ekşioğlu ve Mosturoğlu/Türkiye, B. No: 2006/13 ve 10857/13, 15/06/2021; AİHM, A.M./Türkiye, B. No: 67199/17, 19/10/2021.

bir başvuru yolunu da dışlamak isteyebileceğini düşünmek olanaksızdır. Çünkü bireysel başvurunun Türkiye’de benimsenmesinin ve yürürlüğe konulmasının temel amacı, temel hak ve özgürlüklerin ihlali ile ilgili sorunların öncelikle Türkiye de çözülmesini sağlamaktır.⁴⁶

Sonuç olarak denilebilir ki 59. maddedeki denetim yasağının bireysel başvuru yolunu içermemesi, pratik uyum ilkesinin bir gereğidir. 59. maddeye eklenen fıkra, istinaf ve temyiz aşamaları da dahil olmak üzere derece mahkemelerini kapsamı bakımından işlevini korumaktadır. Buna karşılık anayasa şikâyeti konusu olabilecek haklar ise korumasız kalmamaktadır. Böylece çatışan normlara, birini diğerine feda etmeden azami geçerlilik sağlanmaktadır.

(7) “Anayasanın Yargı Denetimi Dışında Bıraktığı İşlemler” İbaresiyile İlgili Genel Değerlendirme

Bu konu ile ilgili olarak yaptığımız inceleme şunu gösteriyor: Anayasa şikâyetinin somut olayla doğrudan bağlantılı bir bireysel başvuru yolu olduğunu gözönünde tutarsak, “*Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler*” şeklindeki tanım (AYMK m. 45/3), anayasa şikâyetine kapalı alanlar açısından yeterli bir açıklık sağlamıyor. Yukarıdaki açıklamaları bir sonuca bağlamak gerekirse: AYMK’nun 45/3. maddesinin bireysel başvuruya kapalı tuttuğu alanın, objektif anlamıyla, Yüksek Askerî Şuranın *terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri*” (AY m. 125/2 son cümle) ve “*Hâkimler ve Savcılar Kurulunun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararları*” (AY m. 159/10) ile sınırlı kaldığını kabul etmek gerekir.

⁴⁶ 2010 Anayasa Değişikliğine ilişkin 5982 sayılı Yasa’nın Anayasa’nın 148. maddesine eklediği 3. fıkranın gerekçesinden: “Türkiye’de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir. / Diğer yandan, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2004(6) Sayılı Tavsiye Kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki dava yükünün azaltılabilmesi için bireysel başvuru yönteminin iç hukukta tanınmasının gerekliliğine değinilmiş; aynı şekilde, Venedik Komisyonu da 2004 yılında kamuoyuna duyurulan bireysel başvuruya ilişkin Anayasa değişikliği önerisini olumlu bulduğunu ifade etmiştir.” / Türkiye’de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır.”

2) AYMK'da Yer Alan Anayasaya Aykırı Düzenlemeler

Anayasa'nın 148/1. maddesinin ilk cümlesinde sözü geçen "**kamu gücü tarafından ihlâl**" unsuru, devletin üç temel işlevi olan yasama, yürütme ve yargı organlarından herhangi birisi tarafından gerçekleştirilen ihlâlleri ifade etmektedir. Bunlardan yasama işlemleri ile yürütmenin düzenleyici işlemleri de bu kapsam içinde yer alır.

a) "**Yasama işlemleri ile düzenleyici idarî işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı**"na İlişkin Kuralının Anayasaya Aykırı Yönü

Kamu gücü devletin üç temel işlevini kapsadığına göre, 6216 sayılı AYMK'nın 45/3. maddesinde yer alan "**Yasama işlemleri ile düzenleyici idarî işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı**" kuralının, Anayasa'nın belirlediği ihlâl fiili ile failini, **Anayasa'ya aykırı** bir biçimde daralttığı sonucuna varmak gerekir. Çünkü anayasa koyucu, 148/3. maddede "**kamu gücü tarafından ihlâl**" olgusunu anayasa şikâyetinin temel unsuru olarak belirlemiştir. **Yasa koyucu bu unsurda sadece somutlaştırıcı düzenlemeler yapabilir. Ama bu unsurda, yasama ve yürütmeden gelecek ihlâlleri dışlayarak, anayasa şikâyetini, yalnızca yargı kararının denetimine indirgeyecek bir daraltma yapamaz.**

Bu daraltma, hatalı bir gözlem ve varsayımdan kaynaklanmaktadır. Daraltmanın mantığı, Anayasa'da yasa ve yasa gücünde kararnameler için somut norm denetimi yolunun öngörülmüş olması ve düzenleyici idarî işlemler için de idari yargı yolunun açık tutulmuş olmasıdır. Oysa yasaya karşı doğrudan anayasa şikâyeti yoluna gidilmesi, somut norm denetimi ile ihlâlin önlenmesinin mümkün olamayacağı veya kuramsal olarak mümkün olsa bile hakkın elde edilmesinin başvuru için artık bir anlam ifade etmeyeceği durumlar için söz konusudur. Aynı şey düzenleyici idarî işlemler için de geçerlidir. Esasen yasada öngörülmüş bulunan "**güncel ve kişisel bir hakkın doğrudan etkilenmiş olması**" koşulunun mantığı ve nesnel geçerliliği de yasaya ya da düzenleyici idarî işlemlere karşı doğrudan yapılacak anayasa şikâyetleri için söz konusudur. Zira araya somut bir uygulama işlemi girmişse ve bu da hak ihlâli olarak yasadaki ifadeyle "**kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmesi**" sonunda giderilememişse, böyle bir durumda güncel ve kişisel bir hakkın doğrudan etkilenmiş olması koşulu, nesnel olguların yapısı gereği (işin doğası gereği) zaten gerçekleşmiş olmaktadır. Bu süreç içinde verilmiş yargı kararları karşısında bu koşulu ayrıca

araştırmak abestir. Nitekim aynı koşullar, Alman uygulamasında da tüm anayasa şikâyeti başvuruları için söz konusu olduğu halde, anayasa şikâyetinin konusu olan nesnel (maddi) ilişkilerin yapısı (doğası) gereği, şayet ihlâl yasa ile kişinin hakkı arasına somut bir uygulama işleminin girmesiyle, özellikle bir yargı kararı ile gündeme gelmişse, burada artık **“güncel ve kişisel bir hakka doğrudan müdahale edilmiş olması”** koşulu araştırılmamaktadır⁴⁷. Çünkü burada soyut hukuk normu, somut bir olay üzerinde ve belirli ya da belirlenebilir kişiler üzerinde zaten uygulanmış olmaktadır. MAUNZ'un Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu ile ilgili şerhinde de aynı şey, dolaylı bir biçimde yasaya karşı anayasa şikâyetinin özel koşulları olarak açıklanmaktadır: **“Anayasa şikâyetinin bir yasa kuralına karşı yapılması halinde, kişisel ve güncel bir hakka doğrudan müdahale edilmiş olduğunun ayrıca ortaya konulması gereklidir.”**⁴⁸ Bu nedenle anayasa şikâyetini yalnızca kesinleşmiş yargı kararları üzerindeki bir denetime indirgeyen bu kural, Anayasa'ya kesinlikle aykırı olduğu gibi, 6216 sayılı AYMK'nın 46. maddesindeki başvuru koşullarını da anlamsız bırakacak bir çelişki yaratmaktadır.

Öte yandan yasa koyucunun yukarda açıklanan hatalı varsayımına yeniden dönersek, somut norm denetiminin temel koşulunu yeniden hatırlamakta yarar vardır. Somut norm denetimi, ilgili normun bir mahkeme önünde görülmekte olan bir **“davada uygulanmasına”** bağlıdır ve denetim yalnızca o norm üzerinde yapılır. Oysa yasaya karşı yapılacak anayasa şikâyeti denetiminde, araya bir uygulama işlemi girmeksizin, yasanın **“güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilemiş”** olması koşulu aranmaktadır. Görülüyor ki varsayıldığının aksine, yasalara karşı somut norm denetiminin varlığı, bu alanda anayasa şikâyeti ile doğrudan yasa üzerinde yapılacak denetimin yerini tutamaz. Aşağıdaki örnekte bu gerçeği çok daha açık bir biçimde görebiliriz:

⁴⁷ BVerfGE 53, 30, 48: „Bei Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtentscheidungen hat in der Regel keine nähere Prüfung der eigenen, gegenwärtigen und unmittelbaren Betroffenheit zu erfolgen“; , aktaran Hubertus Gersdorf, Verfassungsprozessrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung, 2. Baskı (Tübingen: C.F. Müller, 2005), 11 dipnot 55.; aynı yönde: Klaus Schlaich ve Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Baskı (München: C.H.Beck, 2004), 157 kenar numarası: 231..

⁴⁸ Theodor Maunz vd., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar I und II (München: C.H.Beck, 2005). paragraf 92 Anm. 4, s.5: “Wird eine Verfassungsbeschwerde gegen gesetzliche Bestimmungen eingelegt, ist die gesonderte Darstellung einer eigenen, unmittelbaren und gegenwärtigen Betroffenheit erforderlich”.

Alman Anayasa Mahkemesi, yasaya karşı doğrudan **Anayasa Şikâyeti**'ne başvurulmasını aşağıdaki koşullara bağlamıştır.

“... **Başvurucunun kendisine ait bir temel hakka, dava konusu yasa ile doğrudan ve güncel olarak müdahale edilmesi**”⁴⁹. Bunlardan “kendisine ait bir temel hakka” “**güncel müdahale**” koşulu, dava konusu yasa kuralının **belirgin bir olasılıkla** başvurunun temel hakkını ihlâl edebileceğinin inandırıcı bir biçimde açıklanmasıyla ilke olarak gerçekleşmiş sayılır⁵⁰. “**Doğrudan müdahale**” ise, dava konusu kuralların bir **başka uygulama işlemine gerek olmaksızın**, başvurunun hukuksal durumunu değiştirmesi halinde var sayılır⁵¹. Tasavvur edilebilecek bir uygulama işlemine karşı başvurma imkânının bulunmadığı ya da böyle bir başvurunun beklenemeyeceği durumlarda da bu koşulun gerçekleştiği kabul edilir⁵². Alman Anayasa Mahkemesi, 2006 yılında bu ilkeleri önemli bir yasa üzerinde uygulamıştır⁵³. Bu karardaki anayasal sorun şöyle özetlenebilir: “**Başka insanların yaşamını korumak amacıyla, teröristlerin uçakta rehin aldığı masum insanların yaşamına, uçağın düşürülmesi suretiyle son verilebilir mi?**”. İşte buna belli koşullarla izin veren bir yasa, anayasa şikâyetine konu olmuştur. Başvurucular, yasanın yürürlüğe girmesiyle kendilerinin her an doğrudan ve güncel bir müdahalenin muhatabı durumuna geldiklerini ifade etmişlerdir.

Mahkeme kararının önemli gerekçeleri şöyledir:

-- “Başvurucular, özel ve mesleki nedenlerle sık sık uçak yolculuğu yaptıklarını inandırıcı bir biçimde açıklamışlardır (Bölüm 79 b)”.

-- “Bu nedenle dava konusu yasa kuralının, başvuru sahiplerinin kendilerine ve temel haklarına güncel bir müdahale oluşturması hususunda yeterli bir olasılık mevcuttur (Bölüm 80 aa)”.

-- “Dava konusu kuralın uygulanması halinde, uçakta bulunan masum insanların da buna kurban gidebileceği açıktır (Bölüm 81)”.

-- “**Başvuruculardan, dava konusu kuralın kurbanı olacakları aşamayı beklemeleri istenemez (Bölüm 83 bb)**”.

⁴⁹ Karş. BVerfGE 1, 97 (101 ff.); 109, 279 (305), (sürekli içtihat).

⁵⁰ Karş. BVerfGE 100, 313 (354); 109, 279 (307 f.).

⁵¹ Karş. BVerfGE 97, 157 (164); 102, 197 (207).

⁵² Karş. BVerfGE 100, 313 (354); 109, 279 (306 f.).

⁵³ Bkz. BVerfGE, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006, Absatz-Nr. 1-156. Karara aşağıdaki adresten ulaşılabilir: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html

Bu örnek, “*Yasama işlemleri aleyhine*” doğrudan anayasa şikâyetinde bulunmanın belli koşullarda zorunlu olacağını ve bu gereksinimin somut norm denetimi ile karşılanamayacağını çarpıcı bir biçimde ortaya koymaktadır.⁵⁴ Benzer koşullar “*düzenleyici idarî işlemlerde*” de gündeme gelebilir.

b) Somut Norm Denetiminin İlk İnceleme Aşamasına “Açık Bir Şekilde Dayanaktan Yoksun Olan” İbaresini Ekleyen Düzenleme

AYMK'nın 40/4. maddesinin ilk cümlesine göre, evrakın kayda girişinden itibaren on gün içinde başvurunun yöntemine uygun olup olmadığı incelenir. Bu incelemede “**açık bir şekilde dayanaktan yoksun “olan”**”⁵⁵ veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvuruları, AYM tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedilir (AYMK m. 40/4 cümle 2).

“*Açıkça dayanaktan yoksun*” ifadesi, Anayasa'nın itiraz davalarına ilişkin 152. maddesinde yer almış değildir. Böyle bir ifadeye 2949 sayılı eski AYMK'da da yer verilmemişti. Esasen *Açıkça dayanaktan yoksun olma*” ölçütü bireysel başvurunun esasa ilişkin kabul edilebilirlik koşullarından biridir. Başka bir deyişle bu koşul, AYM yargılama usulünün yeni ve özgül bir alanı olan anayasa şikâyeti başvurusuyla ilgili olup, onun özellikleriyle sıkı bir bağlantı içindedir.

Bireysel başvurularda böyle bir koşula yer verilmiş olmasını anlamak mümkündür. KANADOĞLU, DOLLINGER'e atıfla bu koşulun birbirine bağlı ikili bir amacı olduğunu vurgulamaktadır: “*İlk amaç, başarılı olmayacak başvuruları, kısa bir yargılama sonucu eleyerek, Mahkemenin iş yükünü azaltmaktır*”. Buna bağlı ikinci amaç ise, “*benzer başvuruların öngörülebilir bir gelecekte başarı şansının olmayacağını göstermektir*”.⁵⁶ Bireysel başvurunun Anayasa'da benimsenmesiyle birlikte hızla artacağı bilinen iş yükünün azaltılmasına yönelik makul ön-

⁵⁴ Bu kararın esasa ilişkin ayrıntıları için bkz. Fazıl Sağlam, “Hukuk Devleti ve Terör”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi Yavuz Sabuncu'ya Armağan 62, sy 03 (01 Mart 2007): 293-303..

⁵⁵ Buradaki “olan” sözcüğü maddede yer almamış olup, ilgili cümlenin yanlış anlaşılmasını önleme amacıyla tarafımızdan eklenmiştir, Anılan cümle aynen şöyledir: “Açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvuruları, Mahkeme tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedilir.”.

⁵⁶ Osman Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 181.ve orada atıf yapılan kaynak.

lemeler, bu kurumun başarısı için zorunlu görülebilir. Ancak aynı önlemin bireysel başvurudan esinlenerek somut norm denetiminin ilk inceleme aşamasına aktarılması, sistemle bağdaştırılması mümkün olmayan, bir değişiklik yaratmıştır.

İtiraz yolunun ilk inceleme aşaması bakımından yıllardır önemli bir anayasal sorun oluşturmadan süregelen uygulamaya böyle bir ölçütün eklenmesi, işlevsel açıdan da yargılama usulünün herhangi bir ihtiyacını karşılamış değildir. Bunun en önemli kanıtı, AYM'nin son on yıllık uygulamasıdır. AYM'nin kendi sitesinde iptal ve itiraz davalarıyla ilgili arama motoruna “**açık bir şekilde dayanaktan yoksun**” ibaresi girilirse, anılan ibarenin tam 142 kararda yer aldığı görülür. Ama bunların tümünde AYMK'nın 40/4. maddesi, rutin bir biçimde tekrarlanmaktadır ve bu kararların hiçbirinde “açık bir şekilde dayanaktan yoksun” gibi bir gerekçeye rastlamak mümkün değildir.

Salt bu durumu gözönünde tutarak bu değişikliğe “Uyumsuzluklar” başlığı altında yer vermek de belki düşünülebilirdi. Ne var ki AYM'nin bir gün bu formüle dayanarak karar verme olasılığı, öğreti açısından böyle bir kararın anayasaya aykırı olarak nitelemesi için yeterlidir. Kısacası bu formül, anayasaya aykırıdır. Neden?

Çünkü somut norm denetiminin anayasal norm alanı zaten belirgin bir içeriktedir. Bu denetim, Anayasa'da usul yönünden nesnel içerikte somut koşullara bağlanmıştır. Başlıklar halinde sıralamak gerekirse:

- Bakılmakta olan bir dava olmalıdır.
- Davaya bakan bir mahkeme olmalıdır.
- O davada uygulanacak bir kural olmalıdır.
- Mahkeme, uygulanacak kuralı anayasaya aykırı görmeli veya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varmalıdır.

Ayrıca uygulamada bu nesnel koşullar bile oldukça dar yorumlanmaktadır. Örneğin Danıştay'ın davada uygulanacak kural olarak değerlendirdiği bir kural AYM tarafından aynı açıdan ayrıca değerlendirilebilmektedir. Oysa bir davada neyin uygulanacağını belirleme yetkisi ilke olarak, Alman AYM'nin “uzmanı mahkemeler” olarak nitelediği derece mahkemelerinde olmalıdır.

Öte yandan somut norm denetiminin anayasal koşullarıyla kıyaslandığında, “**açık bir şekilde dayanaktan yoksun olma**” ölçütünün nesnel bir içeriği yoktur. Bu içerik AYM'nin takdiriyle oluşabilir. GÖZ-

LER'in deyişiyile “*Böyle bir takdir yetkisi AYM’ni objektiflikten uzaklaştırır*”.⁵⁷ Nitekim AYM de -aynı endişeyle olmalı- bu ölçüte hiç iltifat etmemiştir. Dileriz Mahkeme'nin bu yaklaşımı sürekli ve kalıcı olur. Aksi takdirde bu ölçütü, somut norm denetimi yönünden anayasaya aykırı bulmamız⁵⁸ akademik bir tespit olarak öğreti sayfalarında kalmaya mahkûm olabilir.

c) Bireysel Başvuru ve Tüzel Kişiler:

AYMK'nın 46/2, maddesine göre, “*Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.*”

Bu düzenlemenin sözünden anayasa şikâyeti başvurusunu **yalnızca özel hukuk tüzel kişilerinin** yapabileceğini anlıyoruz. Ayrıca Anayasa'nın “**herkes**”e tanıdığı bireysel başvuru hakkını, tüzel kişiler bakımından “*sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle*” sınırlı tutmak da **yorum yoluyla aşılması çok zor olan aşırı bir daraltmayı** ifade eder. Yasada böyle bir daraltmanın yer alması, kanaatimizce Anayasa açısından sorunludur. Nitekim AYMK henüz yürürlüğe girmeden yapılan İzmir Barosu Çalıştayı Raporu'nda⁵⁹ bu daraltıcı kural yerine Anayasa'nın bütünlüğü ilkesine çok daha yakın olan şu öneriye yer verilmiştir: “*Özel hukuk tüzel kişileri, tüzel kişiliğe ait haklarının ve başkalarına ait olsa bile amaçlarıyla doğrudan bağlantılı hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.*”. Bu önerinin gerekçesi, tüzelkişiliğin amacıyla bu amaç çevresinde örgütlenmiş olan üyelerinin hak ve özgürlüklerini ayırmanın anlamsız olacağı varsayımına dayanmaktadır.⁶⁰

⁵⁷ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2019), 1149.

⁵⁸ Karş. Gözler, 1149.: “Bu şart, AY m.152'ye istisna getirir nitelikte bir şarttır. Bir anayasa hükmüne ancak anayasa hükmü ile istisna getirilebilir. Anayasa hükmüne istisna getiren kanun hükmü anayasaya aykırıdır”.

⁵⁹ Bu raporun tam metni için bkz. “Anayasa Mahkemesi Kanun Tasarısı Hakkında Görüş” (İzmir Barosu Çalıştayı, 15 Şubat 2011), <https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/Sayfalar/merkezler/anayasa-mah-kanun-tas-hak-gorus.pdf>.

⁶⁰ Metinde anılan önerinin gerekçesi: “Özel hukuk tüzelkişilerinin sadece tüzelkişiliğe ait haklarının değil, aynı zamanda amaçlarıyla doğrudan bağlantılı hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmelelerinin sağlanması, bu tüzelkişilerin üyelerinin temel hak ve özgürlükleriyle, tü-

Bireysel başvuru yolunun kamu tüzel kişilerine kapatılması ise çoğulcu demokrasi anlayışıyla çelişmektedir. Bu çelişkinin somut görünümü **yerel yönetim tüzel kişiliklerinde ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında** açıkça ortaya çıkmaktadır. Üniter bir devlet yapısı içinde siyasal iktidarın tekliği olağandır. Ancak yerel yönetimler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları da Anayasa'ya dayanır ve organları seçimle oluşur. Çoğulcu bir demokraside bu yönetim ve kuruluşların farklı bir siyasal anlayışla göreve gelmeleri doğaldır. **Siyasal iktidarla farklı anlayış içinde olan belediye ya da meslek kuruluşlarının** karşılaşabileceği hak ihlalleri, özel hukuk tüzel kişilerinin karşılaşacağı hak ihlallerinden az değildir. Bu tür ihlaller, o yönetimlere oy veren halkın cezalandırılması gibi amaç saptırma yasağını da ihlal edecek boyuta ulaşabilir. Bunları anayasa şikâyeti dışında bırakmak, bu kuruluşların özerkliğini aşırı ölçüde daralma sonucunu doğurmaktadır.

II. Anayasa ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü Arasındaki Uyumsuzluk ve Çelişkiler

A. Uyumsuzluklar

1) Başvuru Süresi Açısından “Mazeret”in Komisyonca Karara Bağlanması

Yasaya göre, “*Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir*” (AYMK m. 47/5 c. 1). **Haklı bir mazereti** nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, **mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde** ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler (AYMK m. 47/5 c. 2).

İçtüzüğün 64/2 maddesi yasadaki “haklı mazeret” kavramını somutlaştırmak üzere bu kavramın önüne “*mücbir sebep veya ağır hastalık gibi*” ibaresini eklemiştir. “Gibi” sözcüğünden de anlaşılacağı üzere İçtüzükte belirtilen bu nedenler **tüketici olmayıp, yorumlamaya yardımcı örnekler** olarak değerlendirilmelidir. Yasaya göre, “*Mahkeme,*

zelkişinin haklarının içiçe geçtiği, neredeyse ayrılmaz biçimde örtüştüğü durumlarda, ilgili temel hak ve özgürlüğün korunma alanını genişletici bir etki doğuracak ve bireysel başvuruyla korunmak istenen haklar açısından ek bir güvence getirecektir. Aksi halde toplu olarak kullanılan haklar yeterince korunmamış olacaktır.”

öncelikle başvurusunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder.” (m. 47/5 cümle 2).

Buna karşılık İçtüzük, mazeretin incelenmesinde **önceliği Komisyonlara** vermektedir. İçtüzüğe göre, “*Komisyonlar raportörlüğüne mazeretin kabulünün gerekip gerekmediği yönünde karar taslağı hazırlanır. Komisyon, öncelikle başvurusunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek mazereti kabul veya reddeder.*” (m. 64/2 c. 2 ve 3). / “*Başvurunun niteliğine uygun düştüğü takdirde mazeret ve kabul edilebilirliğe ilişkin tek bir taslak hazırlanıp bu iki husus birlikte karara bağlanabilir.*” (İçtüzük m. 64/3).

Kanaatimizce İçtüzükte mazeretin önce Komisyon’ca karara bağlanmasını öngören bu kurallar, Komisyon kararına kabul edilemezlik yönünden bir kesinlik kazandıramaz. Çünkü AYMK mazeret konusunda açıkça Mahkemeyi yetkili kılmıştır.

Buna karşılık İçtüzüğün 66/3. maddesinde aynen şöyle denilmektedir: “*Başvurunun; süresinde yapılmadığı, ... hâllerde Komisyonlar Başraportörü tarafından reddine karar verilir ve başvurucuya tebliğ edilir. Bu karara tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde Komisyona itiraz edilebilir. Bu konuda Komisyonların verdiği kararlar kesinir*”. **Bu ifade yanılıcıdır.** Mazeretin değerlendirilmesi konusunda yasanın açıkça Mahkemeyi yetkili kılmış olması karşısında, Komisyon kararına kesinlik kazandıracak bir yoruma gidilemez. Böyle bir yorum, *argumentum contra legem* bir yorum olur. Bu nedenle buradaki kesinlik, başraportörün ret kararına karşı bir kesinlik olarak anlaşılmalı, bu gibi durumlarda Komisyon, başka nedenlerle ve oybirliği ile kabul edilmezlik kararı verme aşamasında olsa bile, mazeret konusunu Bölüm’ün kararına bırakmalıdır. Yasaya uygun yorum bunu gerektirir

Ne var ki Komisyon’un oybirliği ile ve salt mazeretin geçersizliği nedeniyle alacağı kabul edilmezlik kararı karşısında bu aykırılığın denetimi pek mümkün gözükmemektedir. Böyle bir durum, “yasaya aykırılık” olarak da değerlendirilebilir.

B. Aykırılıklar

1) Tedbir Yetkisinin İçtüzükle Daraltılmasındaki Ölçsüzlük

AYMK’nın 49/5 maddesine göre, “*Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvurusunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvurusunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı*

ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar”.

Ne var ki bu kuralın kapsamı, İttüzüğün 73/1. maddesiyle, aşırı bir ölçüde daraltılmış bulunmaktadır. Bu maddenin **sözünden**, tedbir kararının “*Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğuunun anlaşılması*” koşuluna bağlanmış olduğu anlaşılıyor.⁶¹

Böyle bir daraltma, öncelikle kurallar hiyerarşisiyle bağdaşmaz. Ayrıca tedbir kararı, kişinin “*temel haklarının korunması için zorunlu*” olduğu ölçüde, korunacak temel hakkın da ayrılmaz bir parçasıdır. Hak arama özgürlüğü bu durumları da kapsar. Bu nedenle İttüzükte yapılan sınırlama, temel hak ve özgürlüklerin ancak yasa ile sınırlanabileceğine ilişkin Anayasa kuralına da (AY m. 13) aykırıdır. Hak arama özgürlüğü ve onun ayrılmaz bir parçası olan anayasa şikâyeti başvurusu, Anayasa Mahkemesi’nin çıkardığı bir İttüzükle sınırlanamaz.

Aksini düşünmek AYM’nin **kendisini yasa koyucu yerine koyarak** düzenleme yapması anlamına gelir.⁶²

Öte yandan, Anayasa şikâyeti başvurusu yoluyla temel hak ve özgürlüklerin doğrudan korunmasını sağlamak, AYM’ne tanınmış özel bir işlev ve yetki alanıdır. Bu çerçevede düşünüldüğünde AYM’nin, anayasa böylesine aykırı bir düzenlemenin mimarı olabileceğini düşünmek de “mutad”ı aşan bir yaklaşım olur. Bu nedenle İttüzüğün bu düzenle-

⁶¹ “MADDE 73- (1) Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğuunun anlaşılması üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verilebilir.” / (2) “İncelenen başvurulara ilişkin olarak; resen ya da başvurucunun talebi üzerine dosyanın esası hakkında karar verilmeden önce, tedbir kararına başvurulmaması hâlinde başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğuunun anlaşılması üzerine, Komisyonlarca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesi derhâl yapılarak, tedbir hususunu da karara bağlamak üzere başvuru, ilgili Bölüme gönderilir”. İttüzüğün bu maddesiyle AYMK’nın 49/5 maddesi arasındaki tüm farklılıkları hak daraltıcı boyutuyla bir arada değerlendiren yaklaşım için bkz. KARAN 2018, s.78-80.

⁶² Karş. Göztepe, “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi’ni Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, 242 vd.; Şirin, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, 254 vd.; Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, 232-35.; Ulaş Karan, Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası – Norm denetimi ile Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 76-81.

mesinin **yasaya uygun yorumlanıp yorumlanamayacağını öncelikle irdelemek** gerekir. İÇtüzüğün 73. maddesinin ilk iki fıkrasının bir arada ele alınması, yasaya uygun bir yoruma kapı aralayabilir gibi gözüküyor. Bunun için bu maddenin ikinci fıkrasıyla başlamak gerekir. Bu fıkraya göre:

“İncelenen başvurulara ilişkin olarak; resen ya da başvurunun talebi üzerine dosyanın esası hakkında karar verilmeden önce, tedbir kararına başvurulmaması hâlinde başvurunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine, Komisyonlarca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesi derhâl yapılarak, tedbir hususunu da karara bağlamak üzere başvuru, ilgili Bölüme gönderilir.”

Görülüyor ki ilk fıkrada yer alan daraltıcı tanımlamanın **asıl adresi, sanki Komisyon**'muş gibi gözüküyor. İlk fıkradaki tanımın işlevi ikinci fıkrayı okuyunca anlaşılıyor. Şöyle ki ilk fıkrada AYM'nin tedbir yetkisinin sınırlanması olarak görünen koşul, ikinci fıkranın düzenlediği olgular bütünü (Tatbestand) ile doğrudan bağlantılı olmalıdır. Başka bir deyişle ilk fıkrada **aranan koşul, sadece tedbir zorunluğunun Komisyon aşamasında ortaya çıkması haliyle sınırlı** bir uygulamaya izin veriyor. Buna bağlı olarak da ilk fıkradaki daraltıcı tanımın, sadece Komisyon tarafından Bölüme intikal ettirilmiş olaylarla ilgili ve sınırlı olması gerekir. Bunun dışında yasanın Mahkemeye verdiği tedbir kararı alma yetkisi, yasal düzenleme kapsamında varlığını aynen korumaktadır. İkinci fıkra ile birinci fıkranın yer değiştirmesi halinde bu yorum, tartışma gerektirmeyecek kadar açıktır. Acaba bu iki fıkra İÇtüzükte **sehven** yer değiştirmiş olabilir mi? Tedbir kararının alanını daraltan tanımın ikinci fıkrada daha ayrıntılı ve açık olması bu soruyu akla getiriyor.

Ne var ki bu yorumun bağlayıcı bir nitelik kazanması, ancak AYM'nin bunu benimsemesiyle mümkün olabilir. Dolayısıyla AYM'ni **yasa koyucu yerine geçmiş olma görüntüsünden kurtarabilecek** olan böyle bir yorumun, doğaldır ki öncelikle AYM tarafından benimsenmiş olması gerekir.⁶³

⁶³ Tedbir kararı konusundaki “İÇtüzük – Yasa çatışması”nın anayasaya uygun yorumuyla ilgili olarak karşı. Ece Göztepe, İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir - AIHM, Almanya ve Türkiye Örnekleri (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 237.: “İÇtüzükteki hak sınırlamasına dayanarak, Mahkeme’ başka hak ihlâli iddiaları söz konusu olduğunda tedbir kararı veremeyeceği savunulamaz, Sınırlayıcı nitelikte

Bu vesileyle, gerek GÖZTEPE'nin ve gerekse KANADOĞLU'nun anılan çalışmalarında geçen “*AYM'nin tüm Mahkeme'nin iradesini yansıtan İçtüzük karşısında, bir dairenin içtihadıyla İçtüzükte yer alan bu düzenlemeyi aşıp aşamayacağı*”⁶⁴ sorusunun yanlış bir karşılaştırma olduğunu belirtmek yerinde olur. Çünkü bireysel başvuru üzerine AYM Bölümlerince ya da koşullar oluştuğunda Bölüm yerine Genel Kurul'ca verilecek kararlar **yargısal** niteliktedir. Buna karşılık İçtüzük, **idari** nitelikte bir düzenleyici işlemdir. Bunları AYM'nin iradesi olarak aynı kefeye koymak yanıltıcı sonuçlara götürür. Bölüm ya da Genel Kurul olarak AYM adına yargısal karar veren organlar, yasaları anayasaya uygun anlamıyla yorumlayabilecekleri gibi, AYM İçtüzüğü'nü de idari nitelikteki düzenleyici bir işlem olarak yasaya ve/veya anayasaya uygun anlamıyla yorumlamalarına hukuksal bir engel yoktur.

Ne yazık ki AYM uygulamaları buna işaret etmemektedir. Aksine Mahkeme, yasanın kendisine verdiği geniş yetkiye rağmen Tüzük'te yer alan daraltıcı koşullara bağlı kalarak uygulama yapmaktadır. Bu uygulamanın ilk örneklerinden birini 2013 tarihli bir kararında⁶⁵ görüyoruz.:

“...tedbir kararı verilebilmesi için başvurucunun yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğuunun anlaşılması gerekir (Par. 22). / “Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, ikincil nitelikte bir kanun yolu olup kural olarak ancak kesinleşmiş işlemler aleyhine bu yola başvurulabildiğinden, bu yola gidilmesinin bireysel başvuru konusu işlem ve kararların uygulanmasına herhangi bir etkisi yoktur. Ancak bir işlem ya da kararın uygulanması halinde bireyin anayasal haklarının ihlali yönünde ciddi bir tehlike ortaya çıkacaksa, 6216 sayılı Kanun ile Mahkemeye bu tehlikeyi önlemek amacıyla tedbir kararı verme yetkisi tanımıştır. Bu yönüyle tedbir yetkisi istisnai bir yetki olup, ancak işlem veya kararın uygulanması halinde yaşam hakkına ya da bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik gerçek ve ciddi bir risk doğacaksa tedbire başvurulabilir”.

Görülüyor ki Mahkeme bu kararında, yasa yerine İçtüzük kuralının uygulamasını anayasa şikâyetinin ikincil niteliğiyle ve tedbirin istisnai

ifade edilen İçtüzük düzenlemesi, ancak Mahkeme'ye yönelik bir acil uygulama emri olarak anlaşılabilir”.

⁶⁴ Göztepe, 237; Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, 233.

⁶⁵ AYM, Laura Alejandra Cacaes, B. No: 2013/1243, 16/4/2013.

bir yetki olmasıyla gerekçelendirmektedir. Oysa bu gerekçe, yasanın Mahkemeye açıkça tanıdığı “başvurucunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirleri alma” gibi genel bir yetkinin, İÇtüzükte öngörüldüğü şekilde ““Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike” koşulu olarak daraltılmasını haklı kılacak nitelikte değildir. Çünkü anayasa şikâyetinin “ikincil niteliği” ve tedbirin istisnai bir yetki olması, yasal düzenleme yapılırken bilinmeyen nitelikler değildir. AYM'nin bu gerekçesi, yasa koyucunun bu nitelikleri bilmeden tedbir yetkisini İÇtüzüğe kıyasla daha genel ve daha kapsayıcı bir formülle verdiğini, aslında yasada da İÇtüzükte yazılanın kastedilmiş olduğu anlamına gelir. Böyle bir anlam yasa koyucu yerine geçen, kurallar hiyerarşisini alt-üst eden elitist bir anlayışı yansıtır. Yasanın İÇtüzüğe oranla daha genel ve kapsayıcı bir tedbir yetkisi vermiş olması, temel hak ve özgürlüklerin etkili bir biçimde korunmasını sağlayan anayasa şikâyeti yolunun işleviyle çok daha uyumlu bir çözümdür. Bu açıdan makul olan yaklaşım, tedbir yetkisinin, önceden belirlenmesi mümkün olmayan ihlal türlerine karşı hak ve özgürlükleri kâğıt üzerinde bırakmayacak bir yönde kullanılabilmesidir. Kuşkusuz AYM'nin tedbir kararı alırken, kendisine verilen yetkiyi aşmayacak biçimde özenli bir değerlendirme yapması beklenir. Ama bu özen, tedbir yetkisinin böylesine daraltılmış bir alana hapsedilmesini haklı kılamaz.

Mahkeme 06.10.2015 tarihli bir başka kararında da hak ihlalini sürekli kılmaya elverişli bir işlemin yürütülmesinin durdurulması yönündeki bir tedbir istemini İÇtüzük uyarınca “yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike” niteliğinde görmediği için reddetmiştir.⁶⁶ Mahkemenin bu eğiliminde bir değişiklik olmamıştır.⁶⁷ Uygulamada Mahkeme İÇtüzüğün bu kuralını başka haklarla bağlantı kurarak esnetmeye çalışmaktadır.⁶⁸

⁶⁶ Şirin, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, 254 ve aynı sayfada dip not 706'da zikredilen karar.

⁶⁷ Göztepe, “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'ni Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, 242 ve sonrasında verilen örnekler.

⁶⁸ Daha fazlası için bkz Şirin, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, 255-70.

2) AYM'nin Karar Yeter Sayısı ile İlgili Tartışma

Anayasa'nın 149/1 maddesinin 4. cümlesine göre “*Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır.* AYMK'nın 65/1 maddesi aynı kuralı tekrarladıktan sonra buna Anayasa'da yer almayan yeni bir hüküm eklemektedir: “Oyların eşitliği hâlinde başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olur”.

İçtüzüğün 57/1 maddesi de yasadaki düzenlemeyi farklı bir ifadeyle tekrarlamaktadır: “*Anayasada ve Kanunda ayrıca bir hüküm bulunmayan hâllerde, kararlar salt çoğunlukla verilir. Oyların eşitliği hâlinde Başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olur.*”

Bu üç düzenleniş biçimi arasında bir uyumsuzluk ya da Anayasa'ya aykırılık var mıdır?

Bu soru "**Barış İçin Akademisyenler Bildirisi**" ile ilgili AYM Kararından⁶⁹ sonra gündeme geldi. Çünkü karar sekize sekiz olarak alınmış ve AYMK ve İçtüzükteki düzenlemelere uygun olarak da “başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda” ihlal kararı verilmişti. ŞİRİN, 16 üyenin katıldığı bir toplantıda Anayasa uyarınca salt çoğunluk oluşabilmesi için karara katılan 16 üyeden dokuzunun ihlal yönünde oy kullanması gerektiğini, bu nedenle de kararın “Anayasaya aykırı, ama İçtüzüğe uygun biçimde alındığını”⁷⁰ belirtiyor.

Hemen belirtelim ki İçtüzük'deki bu kural AYMK ile aynı içeriğe sahiptir. Bu nedenle bir aykırılık söz konusuysa, İçtüzüğün dayandığı yasa maddesinin anayasaya aykırılığından söz etmek daha doğru olur.

Öte yandan bu kararın salt çoğunlukla alınmadığı da doğrudur. Ama aynı mantık uyarınca bireysel başvuru talebinin reddiyle ilgili bir kararda da salt çoğunluk aranması gerekir. Çünkü Anayasa bu konuda ret ya da ihlal kararları arasında bir ayırım yapmaksızın, Bölümler'in ve Genel Kurul'un, kararlarını salt çoğunlukla almasını öngörüyor. Şu halde sekize sekiz olarak alınan bir kararda bireysel başvuru isteminin reddi konusunda da bir salt çoğunluk oluşmuş değildir.

Alman Federal AYM Kanununun (BVerfGG) 15. maddesinin 4. cümlesine göre, “*Oyların eşitliği halinde anayasaya aykırılık belirlenmez*”. Böyle bir açık tercih, anayasal düzenlemelerimizde yer almış de-

⁶⁹ AYM, Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri [GK], B. No: 2018/ 17635, 26/7/2019, RG. 19/9/2019 – 30893.

⁷⁰ Tolga Şirin, Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı – 2 İfade Özgürlüğünün Yeşili (İstanbul: Tekin Yayınevi, 2021), 418.

ğildir. Bu durumda AYMK'nın ve İçtüzüğün Başkanın oyuna ağırlık vermesi, özellikle somut olay açısından sorunlu görülüyor. Çünkü oyların eşit olması hak ya da özgürlüğün kamu gücü tarafından ihlal edilip edilmediği hususunda en azından kuşku bir durumun varlığını gösterir. Somut olayda Başkan ihlal görenler arasında yer aldığından, sonuçta in dubio pro libertate ilkesine uygun bir karar ortaya çıkmış oluyor. Ama bunun tersi de olabilirdi. Yani başkan, ihlal değil de ret yönünde oyunu kullanabilirdi. İşte o zaman, Yasanın ve İçtüzüğün bu düzenlemesinin Anayasa açısından sorunlu olup olmadığı tartışmaya açılabilir.

Bu açıdan Alman yasa koyucunun tercihi özellikle anayasa şikâyeti usulü açısından da bana çok isabetli görünmüyor. Bu nedenle sonuç olarak özellikle bireysel başvuru usulünde Kanunun ve İçtüzük kuralının dubio pro libertate ilkesine aykırı düştüğü ölçüde Anayasa'ya aykırı olacağı söylenebilir. Ama ne yazık ki bunu teknik hukuk açısından sağlamak pek mümkün görünmüyor.

3) Bölüm Yerine Genel Kurulun Karar Vermesinden Kaynaklanan Tartışma

Anayasa'nın 149/2.maddesine göre, *“Siyasi partilere ilişkin dava ve başvurulara, iptal ve itiraz davaları ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamalara Genel Kurulca bakılır, bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır.”*

Buna karşılık İçtüzüğün 28/3. maddesi oldukça farklı boyutta bir düzenleme getirmektedir: *“Bölümlerden birinin görülmekte olan bir başvuruya ilişkin olarak vereceği karar, Bölümlerin önceden vermiş olduğu bir kararla çelişecekse ya da konunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülürse ilgili Bölüm dosyadan el çekebilir. Bölüm Başkanı başvuruyu Genel Kurul önüne götürmek üzere Başkana iletir.”*

Anayasa ile İçtüzük arasındaki bu çelişkili görünüm, KHP'nin 30/31 Mayıs 2015 tarihinde TBB'nin işbirliği ile Ankara'da düzenlediği *“AYM'ne Bireysel Başvuru”* başlıklı toplantısında⁷¹ tartışma konusu olmuştur.⁷²

⁷¹ Ece Göztepe ve Mustafa Mert Alpbaz, ed., Kamu Hukukçuları Platformu - Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru - Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması, 1. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017).

⁷² Ayrıntılar için bkz Göztepe ve Alpbaz, 386-92.

Bu tartışmadan aktaracağımız küçük bir kesit bu konuda yeterli fikir verecektir:

■ Ece Göztepe: (Anayasa'nın 149/1 ve 2. maddelerinde) “*tüketici şekilde yetki bölüşümü sayılmış ve yasa koyucuya takdir yetkisi tanınmamış. Buna göre, Mahkemenin Genel Kurul olarak bireysel başvurulara bakma yetkisi yoktur*”.

■ Kemal Gözler: “*İçtüzük İçtüzüktür. Meclis için de AYM için de.... Üçüncü kişileri etkileyebilecek bir şey İçtüzük hükmü olmaz. AYM'nin hangi biriminin bireysel başvuruya bakacağı konusu, verilecek kararı etkileyeceği ve verilecek karar da vatandaşı etkileyeceği için, İçtüzükle düzenlenebilecek bir konu değildir.*”

■ Osman Doğru: “*İçtüzüğün kanuna aykırılığı çok açık. Ancak kötü bir şey mi? Yani Bölümün vereceği kararı Genel Kurul veriyor. Tersiy olsaydı, tamam katılıyorum. Yani Genel Kurulun vereceği bir kararı İçtüzükle Bölüme verilseydi, o zaman yanlış olurdu.*”

Bu tartışmada dile getirilen çelişkiyi ilk bakışta anayasaya aykırılık olarak nitelenmek de mümkündür. Ancak burada gözden kaçırılan önemli bir nokta var: AYMK m. 59/4'de göre, “*Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır. Buna ilişkin diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir.*”

İşte İçtüzüğün 28/3. maddesinin, AYMK'nın 59/4. maddesinin son cümlesi uyarınca düzenlenmiş olduğunu öncelikle gözönünde tutmak gerekir. Anayasaya aykırılık sorunu da ancak bu bakış açısının bütünlüğü içinde değerlendirilebilir.

Bu açıdan çözülmesi gereken ilk sorun, Yasanın 59/4 maddesinde yer alan “*bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ... Genel Kurul tarafından karara bağlanır*” kuralının, Anayasa aykırı olup olmadığı sorusudur.

Bu kural, bireysel başvuruların Bölümlerce karara bağlanacağına ilişkin Anayasa kuralının hukuk devleti ilkesiyle bağlantılı olarak yasada somutlaşmış biçimindedir. Çünkü Bölümler arasında içtihat farklılıkları varsa, bunun bir çözüme bağlanması hukuk devletinin gereğidir. Bölümler arasındaki içtihat farklılıklarının karara bağlanmasında son merci olarak Genel Kurul'dan başka akla gelebilecek bir başka çözüm yolu da yoktur.

Bu açıdan bakıldığında, İçtüzüğün 28/3. maddesinde yer alan “*Bölümlerden birinin görülmekte olan bir başvuruya ilişkin olarak vereceği karar, Bölümlerin önceden vermiş olduğu bir kararla çelişecekse ... ilgi-*

li Bölüm dosyadan el çekebilir. Bölüm Başkanı başvuruyu Genel Kurul önüne götürmek üzere Başkana iletir” şeklindeki düzenleme, AYMK'nın 59/4. maddesinin birebir uygulamasıdır. Burada anayasaya aykırılık söz konusu olamaz.

Kanaatimizce biraz önce özet olarak sunduğumuz tartışma, İçtüzük maddesinde ayrıca yer alan “*konunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülürse*” şeklindeki ucu açık düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de Bölümler, genellikle siyasal açıdan sakıncalı buldukları konularda sorumluluğun daha geniş bir Kurulda paylaşılmasını sağlama amacıyla İçtüzüğün bu maddesini kullanma eğilimi göstermektedirler. Bir önceki başlıkta geçen “Barış İçin Akademisyenler Bildirisi” bunun tipik bir örneğidir. Ne var. İçtüzüğün anılan metninin Anayasaya aykırı olup olmadığı, “kötü”, “yanlış” ya da “doğru” gibi nitelemelerle değerlendirilemeyeceği gibi, olası siyasal baskılara karşı yük paylaşma gibi gerekçelerle de haklı kılınmaz. Yetkiyi belirleyen Anayasadır.⁷³ İçtüzük ise -bizim beğenimizden bağımsız olarak- üçüncü kişiler üzerinde etki doğuracak bir hüküm koyamaz.

Sonuç

Anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını korumak, Anayasa Mahkemesi'nin başta gelen görevidir. Bu görev, Anayasa ile diğer hukuk kaynakları arasındaki hiyerarşik düzenin korunması ve yaşama geçirilmesinde belirleyici bir rol oynar. Temel hak ve özgürlüklerin tüm hukuk düzeni üzerinde doğrudan etkili olması, ancak bu görevin layıkıyla yerine getirilmesiyle sağlanabilir. AYM bu görevin gereklerini, kendisiyle doğrudan ilgili yasa ve içtüzük metinlerinde öncelikle ve daha büyük bir özenle yerine getirmek zorundadır.

Bu çalışmamız bu alanda önemli zaaf ve eksikliklerin bulunduğunu göstermiştir. Bu nedenle AYM, öncelikle Anayasa, AYMK ve İçtüzük ilişkilerinde yer alan ya da uygulama ile ortaya çıkan uyumsuzlukları yorum yoluyla uyumlu hale getirmeli, aykırılıkları gidermenin ise önünü açmalıdır.

Aksi takdirde kendisinden beklenen temel işlevi layıkıyla yerine getirdiğine ilişkin inancı zayıflatmış olur. AYM gücünü Anayasadan çok

⁷³ AY m.6/3 cümle 2: “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz”.

demokratik toplumun ona olan inancından alır. İnanç sarsılırsa güç de sarsılır.

KAYNAKÇA

“Anayasa Mahkemesi Kanun Tasarısı Hakkında Görüş”. İzmir Barosu Çalıştayı, 15 Şubat 2011. <https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/Sayfalar/merkezler/anayasa-mah-kanun-tas-hak-gorus.pdf>.

Ergül, Ozan. Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İçtihat İstikrarsızlığı. Ankara: Adalet Yayınları, 2016.

Gemalmaz, H. Burak. “TFF Tahkim Kurulunun Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye Kararı”, 03 Şubat 2020. <https://blog.lexpera.com.tr/tff-tahkim-kurulunun-bagimsizligi-ve-tarafsizligi-meselesi/>.

Gersdorf, Hubertus. Verfassungsprozessrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung. 2. Baskı. Tübingen: C.F. Müller, 2005.

Gönenç, Levent. “Yüksek Seçim Kurulu’nun Mahkeme Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme”. İçinde Prof. Dr. Mümtaz Soysal’a Armağan, editör Cem Eroğul, İter Ertuğrul, Fazıl Sağlam, Selin Esen, ve Murat Sevinç, 281-92. Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 2009.

Gözler, Kemal. Türk Anayasa Hukuku. 3. Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2019.

———. “YSK Kararlarının Kesinliği Üzerine”. İçinde Referandumdan Önce, Referandumdan Sonra, 82-92. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2017.

Göztepe, Ece. “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi’ni Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”. İçinde Kamu Hukukçuları Platformu - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru - Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması, editör Ece Göztepe ve Mustafa Mert Alpbaz, 1. Baskı., 111-66. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

———. İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir - AIHM, Almanya ve Türkiye Örnekleri. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Göztepe, Ece, ve Mustafa Mert Alpbaz, ed. Kamu Hukukçuları Platformu - Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru - Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması. 1. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Kanadoğlu, Osman Korkut. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Karan, Ulaş. Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası – Norm denetimi ile Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Maunz, Theodor, Bruno Schmidt-Bleibteu, Franz Klein, ve Herbert Bethge. Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar I und II. München: C.H.Beck, 2005.

Sağlam, Fazıl. Anayasa Hukuku Ders Notları. 1. bs. Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013.

———. “Anayasa Mahkemesi'nin Ürettiği Yapay Bir Kavram: Ortak Koruma Alanı”. İçinde Prof. Metin Günday Armağanı, II:1101-64. Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020.

———. “Anayasa Şikâyeti - Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”. İçinde Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler, editör Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, 1. Bası., 418-66. İstanbul: Metis Yayınları, 2012.

———. “Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü”. Anayasa Hukuku Dergisi 7, sy 13 (2018): 21-102.

———. “Hukuk Devleti ve Terör”. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi Yavuz Sabuncu'ya Armağan 62, sy 03 (01 Mart 2007): 291-317.

———. “Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Yüzyılı”. İçinde TBMM Yüzüncü Yıl Armağanı, Baskıda., 2022.

———. “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı Alanında Son Gelişmeler”. İçinde Av. Teoman Ergül’e Armağan, editör Ozan Ergül, 373-444. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2017.

Savcı, Bahri. “Özel - Görev Düşünü”. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 28, sy 03 (1973): 239-45.

Schlaich, Klaus, ve Stefan Koriöth. Das Bundesverfassungsgericht. 6. Baskı. München: C.H.Beck, 2004.

Şirin, Tolga. Bireysel Başvuru Usul Hukuku. 1. Bası. Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018.

———. “Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”. İçinde Kamu Hukukçuları Platformu - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru - Türkiye Uygulamasının Almanya ve

Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması, 1. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

———. Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı – 2 İfade Özgürlüğünün Yeşili. İstanbul: Tekin Yayınevi, 2021.

———. “Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi”. İçinde Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, 2015.https://kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf.

AYM Kararları

İtiraz – İptal Davalarıyla İlgili Kararlar

AYM, E.1967/19, K.1969/6, Kt. 16.1.1969, RG. 17.4.1970 – 13474.

AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, Kt. 10.1.1991, RG. 05.03.1992-21162.

AYM, E. 2011/21, K. 2013/36, Kt. 28.2.2013, RG. 06.03.2014 – 28933.

AYM, E.2012/102, K. 2012/207, Kt. 27.12.2012, RG. 02.04.2013 - 28606 mükerrer.

AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, Kt. 12.10.2016, RG. 4.11.2016-29878.

AYM Bireysel Başvuru Kararları

AYM, Abdurrahman Akyüz, B.No:2012/620, 12/02/2013.

AYM, Laura Alejandra Cacaes, B. No: 2013/1243, 16/4/2013.

AYM, Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi, B. No: 2014/5425, 23/7/2014, RG. 09.09.2014 – 29114.

AYM, Oğuz Oyan [GK], B. No: 2015/8818, 14/7/2015, RG. 07.10.2015 - 29495

AYM, Atilla Sertel [GK], B. No: 2015/6723, 14/7/2015, RG: 07.10.2015 - 29495.

AYM, Aydın Yavuz ve diğerleri [GK], B. No: 2016/22169, Kt. 20/6/2017, RG. 30/06/2017-30110.

AYM, Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019, RG. 19/9/2019 – 30893.

AYM, Cemal Taluğ [GK], B. No: 2018/34827, 10/2/2022, RG. 26/4/2022-31821

Diğer Kararlar

YSK'nın 1963/618 sayılı kararı.

İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 12.01.2018 tarih ve Değişik İş No: 2018/39 sayılı kararı

Alman Anayasa Mahkemesi Kararları

BVerfGE 53, 30, 48.

BVerfGE 1, 97 (101 ff.); 109, 279 (305).

BVerfGE 100, 313 (354); 109, 279 (307 f.).

BVerfGE 97, 157 (164); 102, 197 (207).

BVerfGE 100, 313 (354); 109, 279 (306 f.).

BVerfGE, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006, Absatz-Nr. 1-156:
http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html

AİHM Kararları

AİHM, Ali Rıza ve diğerleri/Türkiye, B. No: 30226/10 ve diğer 4 başvuru, 22/06/2020.

AİHM, İbrahim Tokmak/Türkiye, B. No: 54540/16, 18/05/2021,

AİHM, Sedat Doğan/Türkiye, B. No: 48909/14, 18/05/2021.

AİHM, Naki ve Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği/Türkiye, B.No: 48924/16, 18/05/2021.

AİHM, Ekşioğlu ve Mosturoğlu/Türkiye, B. No: 2006/13 ve 10857/13, 15/06/2021.

AİHM, A.M./Türkiye, B. No: 67199/17, 19/10/2021.