MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 2018-2019 AKADEMİK YILI ANAYASA HUKUKU BÜTÜNLEMESINAVI

(22.08.2019-13.00)

SINAV YÖNERGESİ

- Sınav süresi, 90 dakikadır. Yanıt kâğıdınıza ad, soyad ve no.nuzu yazmayı unutmayınız.
- Tükenmez kalem kullanılmalıdır. Kurşun kalemle verilen yanıtlar, dikkate alınmayacaktır.
- Yanıtların sistematik ve yazınızın okunaklı olması, puanlamada dikkate alınacaktır.

SORULAR

SORU 1:1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 16'ncı maddesinde yer alan "*Hakların güvence altına alınmadığı ve erkler ayrılığının olmadığı bir toplumda anayasa da yoktur*" hükmü ne anlama gelmektedir? a) Erkler ayrılığının kuramsal temellerini içerecek şekilde açıklayınız. b) Siyasi rejimlerle ilişkisini belirleyiniz. (30 p.)

CEVAP 1: Hakların güvence altına alınmadığı ve erkler ayrılığının olmadığı bir toplumda anayasa da yoktur".Bu madde şunu söylüyor: Bir devlette bir anayasanın olduğunu söyleyebilmek için, o devlette, bir yandan tüm bireylerin hak ve hürriyetlerinin güvence altına alınması, diğer yandan da o devlette kuvvetler ayrılığının olması gerekir. A) Erkler ayrılığı ilkesi, 17. ve 18. yüzyıllarda üzerinde düşünülmeye başlanmış olan ve ortaya çıkış nedeni, devletin üç temel işlevinin (yasama-yürütme-yargı) farklı organlar arasında paylaştırılması suretiyle siyasal iktidarın sınırlandırılmasıdır. İktidarı sınırlamadaki ana gaye ise otorite- özgürlük çelişkisini çözmektir.Aristo'nun M.Ö. 4. yüzyılda devletin yasama, yürütme ve yargı işlevlerini birbirlerinden ayrı tanımlayarak farklı organlara özgülediği hükümet modelini saymazsak erkler ayrılığı denildiğinde akla Locke ve daha sonra bu kuramı çok daha netleştirmiş olan Montesquieu gelir. Locke devleti yasama, yürütme ve konfederatif olarak üç erke sahip olarak düşünmüş ve yasama-yürütme erklerinin bir elde toplanmasının yetkilerin kötüye kullanılması sonucunu doğuracağını ifade etmiştir.Locke'a göre yasama yetkisini kullananlar, kendilerini kanunların üstünde görerek kanunları kendilerine uygulamayabilirler ya da kanunları kendilerine uygularken özel çıkarlarına uydurabilirler. Bu nedenle yasamadan ayrı olarak sürekli faaliyet halinde olan ve kanunları uygulayacak ayrı bir yürütme erki gereklidir. Montesquieu ise görüşlerini İngiltere'deki gözlemlerine dayandırmış ve devletin üç erkini "yasama, yürütme, yargı" olarak ortaya koymuştur. Düşünüre göre bu üç erk birbirinden kesinlikle ayrılmalıdır. Zira yasama ve yürütme erkleri aynı elde toplanmış ise hürriyet yok olur. Yine yargı erki de yasama ve yürütme erklerinden ayrılmış değilse gene hürriyet yok olur. Montesquieu'ya göre, önemli olan, hükümetin şekli değil, istibdada yönelmesinin önlenmesi yollarıdır. Bir yandan tek meclisin istibdada sapmasını önlemek için denge unsuru olarak senatonun gerekliliğini belirtecek, öte yandan, hükümdarın yetkilerini sınırlandırmak üzere erkler ayrılığının hararetli bir savunucusu olacaktır. Montesquieu, şu ya da bu hükümet şeklini değil, vatandaşların hürriyetlerini güven altına alan bir hükümeti aramaktadırB)Erkler ayrılığı çerçevesinde siyasal rejimler arasında yapılan ayrım, yasama ve yürütme erklerinin yetkileri ile bu erklerin karşılıklı ilişkilerinin değerlendirilmesi ve sınıflandırılması temelinde açıklanabilir. Yargı organı ise demokratik siyasal rejimlerde her halükarda bağımsızdır. Meşruti anayasal monarşilerden farklı olarak, erklerin yürütmede birleşmesi durumunda ya mutlak monarşi ya da diktatörlükler ortaya çıkar. Erklerin yasamada birleşmesi durumunda ise meclis hükümeti rejimlerinden söz edilir. Çok genel başlıklarda yapılan klasik ayrıma göre, yasama ve yürütme organı arasında kurallar ve işlevlerle ilgili olarak kurulan "fren ve denge mekanizması" esnek bir ayrılık ve işbirliği esasını öngörüyorsa, örneğin yasamanın güven oyu, gensoru gibi araçları varsa, buna karşı da yürütmenin yasamayı fesih silahı bulunuyorsa parlamenter rejimden söz edilir; erkler

arası katı ayrılık ve bağımsızlık öngörülüyorsa, diğer bir deyişle fesih, gensoru gibi araçlar yoksa başkanlık rejimi akla gelmektedir.

SORU 2:1982 Anayasası'nda siyasal partilerin kapatılma rejimini (usul ve ölçütleriyle) anlatınız (20 p.)

CEVAP 2: Anayasaya göre "siyasi partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesince kesin olarak karara bağlanır". Siyasi partilere ilişkin dava ve başvurulara Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu tarafından bakılır. Siyasi partilerin kapatılmasına ya da devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu şarttır. Anayasa Mahkemesi siyasi partilere ilişkin davaları dosya üzerinden inceler. Ancak, mahkeme, ayrıca, gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları çağırabilir ve siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından sonra kapatılması istenen siyasi partinin genel başkanlığının veya tayin edeceği bir vekilin savunmasını dinler.
Ölçütler:

1) Anayasa Mahkemesi aşağıdaki durumda siyasi partilerin kapatılmasına karar verir:

Bir siyasi partinin, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alması

2) Aşağıdaki hallerde ise, Anayasa Mahkemesi siyasi partilerin temelli kapatılmasına ya da dava konusu fiilin ağırlığına göre ölçülülük ilkesi gereği ilgili partinin Devlet yardımından kısmen ya da tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir.
   - Bir siyasi partinin tüzüğü ve programının Anayasanın 68/4 deki hükümlere aykırı olması
   - Bir siyasi partinin Anayasanın 68/4 deki hükümlere aykırı eylemlerde bulunması. Ancak bu eylemlerden ötürü bir partinin kapatılabilmesi için, o partinin bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi gerekir.
3) Siyasi parti kapatma davalarına genel mahkemelerin değil AYM'nin bakması ve yetkili olması.
4) Siyasi parti kapatma davalarında ihlal halinde İHAS m.11 gereği İHAM'a başvuru yapılabilmesi ve özellikle İHAM kararları ve Venedik komisyonu istişari mütalaalarında vurgulandığı üzere, Şiddete başvurma veya teşvik, ayrıca demokratik ilkelere ve insan haklarına aykırı bir rejimi savunma durumu dışında parti kapatma yaptırımına başvurulamaması.
5) Siyasi partilerin kapatılmasına ya da devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için nitelikli çoğunlukla karar alınması gerekir. Bu nisap da toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğudur.

PRATİK ÇALIŞMA SORUSU

§1 Bay (B), 40 yaşında, lise mezunu bir Türkiye Cumhuriyeti vatandaşıdır. İnanç yönünden kendisini "Hristiyanlığın bünyesinde bir inanç grubu olan Yehova Şahidi" olarak tanımlamaktadır. Bay (B)'nin 9 yaşında ve ilkokul 3'üncü sınıfa giden (K) isimli bir kızı vardır.

§2 Bay (B), kendisine ait internet sitesinde 01/01/2009 tarihinde bir makale yayımlamıştır. Makalenin bir bölümünde *"Dünyadaki sorunlar ancak Tanrı'nın Gökteki Yönetimi tarafından çözülecektir. Gerçekten inançlı kişiler asla silah tutmaz ve öldürmez; başka bir deyişle askerlik yapmaz, savaşa katılmaz, siyasete karışmaz ve kan nakli yaptırmazlar. İnananlar! Askere gitmeyin, öldürmeyin!"*ifadeleri geçmektedir. Makalenin aktarılan cümlelerinden ötürü Bay (B) aleyhine 01/05/2009 tarihinde Türk Ceza Kanunu'nun 318'inci maddesindeki "Halkı Askerlikten Soğutma" suçu kapsamında dava açılmıştır. Bu dava, ilk derece mahkemesinin önünde 07/05/2018 tarihinde sonuçlanmış ve Bay (B) hakkında "7 ay" hapis cezası verilmiştir.

§3 Bu olaydan bir süre sonra, 07/07/2018 tarihinde Bay (B)'ye, zorunlu askerlik ödevi bağlamındaki yükümlülüklerini yerine getirmediği, Askerlik Kanunu uyarınca *"yoklama kaçağı"* olduğu ve *"15 gün içinde Askerlik Şubesine gitmesi gerektiğini"* söyleyen resmî bir yazı tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Askerlik Şubesine bizzat gitmemiştir.Kendisinin *"dini nedenlerden ötürü askerlik hizmetini yerine getiremeyeceğini fakat alternatif bir hizmeti yerine getirmeye hazır olduğunu"* beyan eden bir yazı göndermiştir.
Bundan kısa bir süre sonra Bay (B), kızıyla birlikte tatil için gittiği Bodrum'da kaldıkları otelde kolluk güçlerince yakalanmış ve Tokat'ta bulunan Askeri Birlik'e götürülmüştür. Birlik'te, kendisine sunulan tutanakları imzalamayı reddeden Bay (B) *"bir Yehova Şahidi olarak askerlik yapamayacağını fakat alternatif hizmete hazır olduğunu"* tekrarlamıştır. Birlik Komutanı, kendisine Askerlik Kanunu'nun 1'inci maddesinde yer alan *"Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek , işbu kanun mucibince askerlik hizmetini yapmağa mecburdur"* hükmünü hatırlatmış ve bu kanunda kendisine muafiyet getiren ve/veya alternatif hizmet olanağı tanıyan bir hükmün olmadığını dile getirmiştir. Bunun üzerine Bay (B), bir fırsatını bularak Birlik'ten kaçmıştır.Bay (B) hakkında, 01/01/2019 tarihinde Askeri Ceza Kanunu'nun "yoklama kaçağı, bakaya, saklı, firar" başlıklı 63'üncü maddesi ile "itaatsizlikte ısrar edenlerin cezası" başlıklı 87'nci maddesi uyarınca başka bir dava açılmıştır. Dava hâlâ devam etmektedir.
Arka sayfaya geçiniz…

§4 Bay (B), bu süreçte stres içinde olan kızı (K) ile iletişim kurmuş, kızının "din kültürü ve ahlak bilgisi" dersinde birtakım sorunlar yaşadığını ve bundan ötürü bunalım içinde olduğunu öğrenmiştir. Bunun üzerine Bay (B), kızının bu dersten muaf olması için hazırladığı bir dilekçeyi, kızı aracılığıyla okul müdürlüğüne iletmiştir. Bu dilekçe idare tarafından *"Anayasa'nın ve ulusal mevzuatın böyle bir muafiyete izin vermediği"* gerekçesiyle 10/04/2019 tarihinde reddedilmiştir.

§5 Bay (B) aleyhine 07/05/2018 tarihinde "Halkı Askerlikten Soğutma" suçundan verilen 7 aylık hapis cezası, İstinaf Mahkemesince onaylanmıştır. Onama kararı, başvuru dosyasına 07/04/2019 tarihinde girmiştir.Bay (B) bu onama kararından haberdar değildir. (İstinaf Mahkemesince verilen kararla birlikte, "Halkı Askerlikten Soğutma" suçuna ilişkin olağan hukuk yolları tükenmiştir.)

SORU 3: Bay (B) sizden hukuksal danışmanlık almak istemektedir.

(a) Olayda hangi temel haklarla ilgili sorunlar vardır? Her bir sorunun nedeni ve çözümüne ilişkin anayasal bir değerlendirme yapınız. (30 p.)

Olayda, ifade özgürlüğü; adil yargılanma hakkının içerdiği haklardan biri olan makul sürede yargılanma hakkı; din ve vicdan özgürlüğünün din özgürlüğü yönünden zorunlu din eğitimi, vicdan özgürlüğü yönünden ise vicdanı ret boyutu bakımından sorunlar mevcuttur.
İfade özgürlüğü açısından; kendisini Yehova Şahidi olarak tanımlayan Bay (B), kendisine ait internet sitesinde yayımladığı makale vasıtasıyla, inanç yönünden Yehova Şahitliği'ni benimseyen bir kişinin zorunlu askerlik hizmetine ilişkin tutumuna koşut düşüncelerini paylaşmış ve bu paylaşımı dolayısıyla TCK m. 318'de düzenlenen "Halkı Askerlikten Soğutma" suçu kapsamında açılan dava sonucu 7 ay hapis cezasına çarptırılmıştır. Ay. m. 26 ve İHAS m. 10 ile ilgili içtihat kapsamında güvencelenen ifade özgürlüğü, herkese, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın, çeşitli vasıtalarla düşünce açıklama ve yayma, haber ve görüş alıp verme hakkını tanımaktadır. Bu hak kapsamına yalnızca zararsız yahut çoğunluğun görüşüne uygun düşünceler değil, devletin veya toplumun büyük bir kesimi için saldırgan, sert, şok edici veya rahatsız edici düşünceler de girmektedir (İHAM, Handyside v. Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 07.12.1976, § 49). İHAM, ifade özgürlüğünü demokratik toplumun temelinde gördüğünden oldukça önemsemekte, yargılanma olasılığını dahi müdahale kabul etmektedir (İHAM, Altuğ Taner Akçam v. Türkiye, B. No. 27520/07, 25/10/2011, §82). Olayda Bay (B)'nin TCK m. 318 hükmüne binaen hapis cezasına çarptırılması, Ay. m. 26 kapsamında korunan ifade özgürlüğünü ihlal etmektedir. Burada TCK m. 318'e ilişkin yorumun Ay. m. 26'da düzenlenen ifade özgürlüğüne uygun olması gözetilmeliydi;

daha açık bir anlatımla, TCK m. 318'in somut olay bakımından uygulanabilir olup olmadığının tespiti yapılmalıydı. Buna ek olarak, tamamlayıcı yorum niteliğinde, Ay. m. 90'dan hareketle şu değerlendirmeyi yapmak da mümkündür: Ay. m. 90 uyarınca, bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyuşmazlığın bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. AYM'nin yorumuna göre; bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır (AYM'nin yorumuna göre zımni ilga kuralı hk. bkz. Sevim Akat Ekşi Başvurusu, B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 45-46; Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, B. No. 2014/5836, 16/4/2015, § 44; Gülsim Genç Başvurusu, B. No. 2013/4439, 6/3/2014). Sonuç olarak, somut olayda Bay (B)'nin hapis cezasına çarptırılması, Ay. m. 26 uyarınca ihlal teşkil etmektedir.

Makul sürede yargılanma hakkı açısından; Bay (B) aleyhine 01.05.**2009** tarihinde açılan dava, ilk derece mahkemesi önünde 07.05.**2018** tarihinde sonuçlanmıştır. Bay (B)'nin, ifade özgürlüğünün ihlali gerekçesiyle AYM'ye bireysel başvuruda (anayasa şikâyeti) bulunabilmesi için kabul edilebilirlik kriterleri gereğince olağan hukuk yollarını tüketmesi beklenirken, davanın ilk derece mahkemesi önünde 9 yıl sürmesi, davanın devam ettiği süre içerisinde Bay (B) bakımından mağduriyetin meydana gelmesi olduğundan, davanın sona ermesinin beklenmesi Bay (B)'nin mağduriyetini gidermek yerine derinleştirecektir. AYM, bu tip giderim sağlamayan hukuk yollarını tüketilmesi gereken hukuk yolları arasında görmemektedir.

Vicdanı ret açısından; Bay (B)'nin alternatif hizmet talebinin yerine getirilmemesinin dayanağı olarak gösterilen Askerlik Kanunu'nun 1. maddesi, Anayasa'nın "Vatan Hizmeti" kenar başlıklı 72. maddesiyle çelişmektedir. Zira m. 72'de ne askerlik hizmetinden ne de mecburiyetten söz edilmiştir; maddede vatan hizmeti ifadesi geçmekte olup bu hizmetin yalnız silahlı kuvvetlerde değil kamu kesiminde de görülmesine imkân tanınarak alternatifli hizmet öngörülmüş; yine "yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı" denilerek zorunluluk kapsamına sokulmamıştır. Ay. m. 72, alternatifli hizmetin düzenlenmesini yasama organına bırakmakla birlikte, bu düzenlemenin Ay. m. 24 kapsamında korunan vicdan özgürlüğünü ihlal edecek nitelikte olamayacağı açıktır. Dolayısıyla Askerlik Kanunu'nun 1. maddesinin Ay. m. 72'ye uygunluğu tartışmalı olup Kanunun değiştirilerek Anayasaya koşut kılınması gerekmektedir. Sonuç olarak, somut olayda Bay (B)'nin talebinin karşılanmaması, Ay. m. 24 uyarınca ihlal teşkil etmektedir (Vicdani ret ile ilgili kararlar için bkz. İHAM, Ülke v. Türkiye, B. No. 39437/98, 24.01.2006; İHAM, Erçep v. Türkiye, B. No. 43965/04, 22.11.2011; İHAM, Bayatyan v. Ermenistan, B. No. 23459/03, 07/07/2011). Yine tamamlayıcı yorum niteliğinde, bu durum bakımından da Ay. m. 90'ın uygulama alanı bulabileceği değerlendirilmelidir (Bkz. AYM'nin yorumuna göre zımni ilga kuralı, yukarıda "ifade özgürlüğü açısından" başlığı).

Zorunlu din dersi açısından; Bay (B)'nin kızı (K)'nin, din kültürü ve ahlak bilgisi (DKAB) dersinden muaf tutulmasına yönelik talebin reddedilmesi, dersin zorunluluğu ve dersin içeriği bakımından iki yönlü değerlendirilmelidir. Dersin zorunluluğu, müfredattaki diğer dersler gibi salt müfredatta bulunmaya ilişkin bir zorunluluk olup dersin alınmasına ilişkin değildir. Dolayısıyla DKAB dersi dışındaki herhangi bir dersten muaf olmak söz konusu olduğundan DKAB dersi için de aynı muafiyet hakkı geçerlidir. Dersin içeriği ise, dersin içeriği ve adı arasındaki çelişki bağlamında sorun teşkil etmektedir. Dersin adı, "kültür" ve "ahlak" kavramları üzerinden oluşturulmuş bir içerik izlenimi vermekle birlikte, ders anlatımı "din dersi" niteliğinde sürdürülmektedir. Danıştay da önceki yıllarda vermiş olduğu kararlarında, ad ve içerik arasındaki çelişkiye dikkat çekerek bu dersin "Anayasanın öngördüğü ders" olmadığı yönünde tespitte bulunmuş ve muafiyet taleplerinin kabul edilmesi gerektiğini vurgulamışsa da, 2010 yılındaki kararıyla bu içtihadından ayrılarak dersin içeriğinin uygun olduğuna karar vermiştir (Bkz. Danıştay 8. Daire, E. 2009/10610, K. 2010/2413, T. 13.07.2010). Muafiyete ve ders içeriğine ilişkin sorun İHAM önüne taşınmış olup bu sorunun din ve vicdan özgürlüğü açısından ihlal oluşturduğu tespit edilmişse de, çözümü için içtihada koşut olarak muafiyet hakkının tanınması ve ders içeriğinin değiştirilmesi gerekmektedir (İlgili kararlar için bkz. İHAM, Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye, B.

No. 1448/04, 09.10.2007; İHAM, Mansur Yalçın ve diğerleri v. Türkiye, B. No. 21163/11, 16.09.2014).

(b) Bay (B)'nin ne zamandan sonra, hangi olasılıklarda ve hangi hakların ihlali iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) yapabileceğini kısaca yanıtlayınız. (20p.)

Bay (B) ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye başvurabilir. Bu ihlal iddiası bakımından dikkat edilmesi gereken husus, onama kararının başvuru dosyasına girdiği tarihtir. Zira olayda, İstinaf Mahkemesince verilen kararla birlikte olağan hukuk yolları tükendiğinden onama kararının öğrenilmesinden itibaren bireysel başvuru süresi başlayacaktır. Ancak ceza yargılaması söz konusu olduğundan onama kararı tebliğ edilmeyebilir. Bu tip durumlarda AYM, İHAM'dan mülhem "özen yükümlülüğü" kriterini uygulamaktadır. Buna göre; Mahkeme tarafından makul süre olarak belirlenen 3 ay içinde başvurucuların karara ulaşmaları gerekmektedir; bu 3 aylık süre sonunda ise bireysel başvuru süresi olan 30 günlük süre başlamış olacaktır (3 ay + 30 gün). Olayda onama kararının başvuru dosyasına girdiği tarih 07.04.2019'dur. Bu tarihten itibaren 3 aylık süre başlamış olup bu 3 aylık sürenin bitiminde ise 30 günlük süre başlayacaktır.

Din ve vicdan özgürlüğünün ihlali iddiasıyla AYM'ye bireysel başvuru yapılması için ise, olağan hukuk yollarının tüketilmesi gerekir. Zira olayda, idarenin 10.04.2019 tarihli ret kararı mevcut olup bu karara karşı öncelikle idari yargı yoluna gidilerek olağan hukuk yolları tüketilir ve 30 gün içinde AYM'ye başvuru yapılabilir.

Makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla AYM'ye bireysel başvuru yapılması için ise, yukarıda da belirtildiği üzere (Bkz. "makul sürede yargılanma hakkı açısından" başlığı), olağan hukuk yollarının tüketilmesi aranmaz. Olağan hukuk yolları giderim sağlama vasfını kaybettiğinden bunların tüketilmesi beklenmeden AYM'ye bireysel başvuru yapılması mümkündür.

Bay (B) hakkında 01.01.2019 tarihinde açılan dava ise hala devam etmekte olup bu bakımdan henüz olağan hukuk yolarının tüketilmesi veya tüketilmesinin gerekmemesi yönünden gerçekleşme söz konusu değildir. Nitekim böyle bir durumda bireysel başvuru yapılması ihtimalinde, bireysel başvuruya konu olayın derece mahkemesi önünde derdest olması dolayısıyla ihlale ilişkin iddiaların görülmekte olan davada incelenmesi gerektiğine binaen AYM, başvuruyu kabul edilebilir bulmayacaktır.