

**ANAYASA MAHKEMESİNİN ŞAHİN ALPAY KARARINA
İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER***
(AN ANALYSIS OF TCC'S ŞAHİN ALPAY CASE)

Tolga Şirin**

ÖZ

Bu makalede Anayasa Mahkemesinin verdiği Şahin Alpay kararları ele alınmıştır. Bu çerçevede üç soruna açıklık kazandırılmıştır: (1) Anayasa Mahkemesinin karar inceleme sıralamasını nasıl yaptığı, (2) kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamında derece mahkemeleri ile Anayasa Mahkemesi arasındaki yetki sınırının nasıl belirlendiği, (3) Anayasa Mahkemesi kararlarını yerine getirmemenin sonuçlarının ne olduğu ve bu sorundan nasıl sakınılabileceği. Verilen yanıtlar ise sırasıyla şöyle olmuştur: (1) Anayasa Mahkemesi, tıpkı İnsan Hakları Mahkemesi gibi, ağır insan hakları ihlalleri ile ifade özgürlüğü ve kişi özgürlüğü ihlallerinin ileri sürüldüğü başvurulara öncelik verme politikası izlemektedir ve bu doğrudur. (2) İki mahkemenin yetkileri arasında sınırdan ziyade sınır hattı vardır. Kuvvetli şüphe belirlemesi yaparken; derece mahkemeleri dosya içeriğinden, anayasa mahkemeleri karar gerekçesinden hareket etmektedir. (3) Anayasa Mahkemesi bir mahkemenin yetkisini gasp edemez, Anayasa Mahkemesinin kararlarını yerine getirmemek yeni bir ihlal yaratır ve yargıcın disiplin siciline olumsuz etki doğurmalıdır. Makalede bunun yanında, gelecekteki olasılıklar tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Dördüncü yargı yeri doktrini, görev gaspı, Şahin Alpay davası, anayasa şikâyeti, AYM kararının icra edilmemesi

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 01.09.2018 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 13.09.2018 tarihinde birinci hakem; 17.09.2018 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir (ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7172-5426>).

** Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

ABSTRACT

The article focus on the Şahin Alpay judgments of the Turkish Constitutional Court (TCC) and the European Court of Human Rights Court (ECtHR). In this context, three following problems are clarified: (1) How the individual applications are placed for examination, (2) how the problem of conflict of authority between the TCC and the instance courts can be solved, especially in the context of the right to freedom and security of persons; (3) how the problem on non-execution of the TCC's judgements can be dealt with. The answers are as follows: (1) The TCC, like ECtHR, follows a policy of prioritizing the cases regarding to grave human rights violations, freedom of expression and right to liberty and security; (2) There is a border line rather than border between the courts. During the assessment on whether a "strong doubt" exists in a criminal case, instance courts consider the content of a case file, while constitutional courts focus on the grounds of the decision delivered by an instance court; (3) Usurpation of power is not possible in regard to relation between the TCC and the instance courts. Non-execution of the TCC's judgment causes a new violation and such a case should have a negative impact on the disciplinary record of the judge causing the violation. Besides all these, the article argues the future possibilities in the context of the Şahin Alpay case.

Keywords: *Fourth instance doctrine, usurpation of power, Şahin Alpay case, constitutional complaint, non-execution of the TCC's judgment*

Giriş

Anayasa Mahkemesinin (AYM) Şahin Alpay kararı¹ oldukça etraf-
lı bir tartışma başlattı.² Bu kararların yarattığı depremin artçıları bir süre

¹ Şahin Alpay başvurusu, AYM, 2016/16092, 11/01/2018.

² Bu konudaki ilk öngörüler için bkz. <https://www.tolgasirin.com/single-post/2018/01/17/AYM-ve-Derece-Mahkemelerinin-Yetki-Kesişimi-Tartışması-Kişi-Özgürlüğü-ve-Güvenliği-Hakkı-Özelinde-Notlar>

İngilizce bir analiz için ayrıca bkz. Tolga Şirin "Is the Turkish Constitutional Complaint System on the Verge of a Crisis?", VerfBlog, 2018/1/27

daha devam edecek gibi görünüyor. Öncü ve artçı tartışmalarda bazı noktalarda teknik bilgi eksikliği bulunduğu için hatalara düşüyor. Bu yazıda, tartışmalara ışık tutabilecek bazı sorulara kısaca yanıt üretmeye çalışılacaktır.³

1. Anayasa Mahkemesi Kişiyi Özgü Önceleme mi Yapmaktadır?

AYM'ye yönelik eleştirilerden ilki, Mahkeme'nin, önünde binlerce dava varken bazı davaları öne çektiği ve başvuruları önceliklendirirken kişiyi özgü ve sübjektif yaklaştığı yönündedir. Bu eleştirilerde haklılık payı bazı noktalardan varken, bazı noktalardan yoktur.

Önceliklendirme konusundaki kriterin net şekilde düzenlenmemiş olması yönündeki eleştiride haklılık payı bulunmaktadır. AYM'nin önüne gelen bireysel başvuruların incelenme sırası, AYM'nin İçtüzüğü'nün 68'inci maddesinde düzenlenmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) İçtüzüğü'nden mülhem bu hükme göre:

“Bireysel başvurular, geliş sırasına göre incelenerek karara bağlanır. Ancak Mahkeme, başvuruların konuları itibarıyla önemini ve aciliyetini göz önünde bulundurarak belirlediği kriterler çerçevesinde farklı bir inceleme sıralaması yapabilir.”

Bu madde uyarınca ana kural, bireysel başvuruların, geliş sırasına göre incelenmesidir. Ancak anılan hüküm, bu kurala -şarta bağlı- iki istisna getirmiştir:

- (a) Başvurunun önemli olması,
- (b) Başvurunun karara bağlanmasının aciliyet gerektirmesi.

Bunların uygulanmasının ön şartı ise Mahkeme'nin anılan istisnaların uygulanmasına yönelik kriterleri önceden belirlemiş olmasıdır.

AYM'nin, başvuruları incelerken bir süredir bazı kriterler uyguladığı bilinmektedir. Ancak bu kriterler, görüldüğü kadarıyla, açıkça ilan edilmemiş ve alenileştirilmemiştir. Zaten tam da bu nedenle AYM'nin keyfî hareket ettiğine dair eleştiriler ileri sürülmektedir. Mahkeme'nin

<https://verfassungsblog.de/is-the-turkish-constitutional-complaint-system-on-the-verge-of-a-crisis/>

³ Özgürlük ve güvenlik hakkı konusunda detaylı bilgiler için bkz. Tolga Şirin, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, (İstanbul: Avrupa Konseyi Yay., 2018) Kitaba şuradan ulaşılabilir:

http://www.anayasa.gov.tr/bireyselbasvuru/pdf/Kitaplar/01_ozgurluk_guvenlik_hakki.pdf

içtihatlarına baktığımda, bu kriterlerin keyfi olduğunu peşinen kabul edilemez. Fakat kriterlerin aleni hâle getirilmemiş olmasına yönelik eleştirileri haklıdır.

Diğer yandan, bu eleştirilerde belli ölçüde haksızlık payı bulunmaktadır. Şöyle ki; “önemlilik” ve “aciliyet” unsurları, insan hakları hukuku yönünden tamamen muğlak değildir. Anayasal bir sorunun ilk kez Mahkeme'nin önüne gelmiş olması, ağır insan hakları ihlallerine (örneğin yaşam hakkının veya işkence yasağının ihlali) ilişkin ciddi iddiaların bulunması, sorunun özgünlüğü veya niceliksel açıdan belli bir yığılmaya denk düşmesi gibi nedenler “önemli” kavramının içeriğini dolduran öğelerden bazılarıdır.

Aslına bakılırsa AYM, görevi gereği, her olayda başvurunun önem durumunu incelemek durumundadır. Nitekim AYM Kanunu'nun 33'üncü maddesinde de ifade edildiği gibi:

“Komisyonlar, önlerindeki bir başvurunun Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyıp taşımadığının, başvuruçunun önemli bir zarara uğrayıp uğramadığının tespiti ve başvurunun çözümünün bir ilke kararını gerektirmesi veya alınacak kararın Mahkeme tarafından verilmiş başka bir karar ile çelişebilecek nitelikte olması hâllerinde kabul edilebilirlik hususunu karara bağlamadan başvuruyu ilgili Bölüme gönderirler.”

Öte yandan Mahkeme'nin tersten, yani “önemsizlik” belirlemesi yapmak konusunda da yetkisi vardır. Kanun'un 48'inci maddesine göre:

“Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvuruçunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir.”

Önemlilik konusu Kanun'un farklı maddelerinde (örneğin madde 26, madde 81) de ifade edilmiştir. Hâl böyleyken, AYM'nin, “önemlilik” belirlemelerini -açıkça veya zımnen- içtihadı ile ördüğü ve öreceği açıktır. Dolayısıyla bu kriterde kategorik bir sorun yoktur.

Aciliyet unsuru yönünden de durum benzerdir. Örneğin Kanun'un 73'üncü maddesinde ifade edilen geçici tedbir kararının, eşyanın tabiatı gereği aciliyet ile ilgili olduğunu söyleyebiliriz. Bu hükme göre:

“Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaya üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvuru talebi üzerine karar verilebilir.”

Bu bakımdan, örneğin, geri dönülemez zararların ortaya çıkabileceği durumların aciliyet taşıdığı söylenebilir.

Bu genel ve mevzuat aktarımı niteliğindeki açıklamaları bir tarafa bırakırsak, önem ve aciliyet kriterinin gündemdeki konu açısından da bir anlamı olduğunu söylememiz gerekir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, kural olarak ve yapısı gereği, kişilerin, özgürlüklerinden yoksun kaldıkları sırada ihlal edildiğini ileri sürdükleri bir haktır. Bu hakkın ihlal edildiğinin sonradan tespit edilmesi, kişilerin özgürlüklerinden yoksun kılındıkları zamanı geri getirmeyecektir. Bu yönden, kararın verilmesinin gecikmesi durumunda, ihlal belirlenmesinin anlamı kalmayabilir. Dolayısıyla bu yöndeki başvuruların belli ölçüde önem ve aciliyet taşıdığı söylenebilir.

Bunun yanında, meselenin teknik bir boyutu daha vardır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 5'inci maddesinin 4'üncü fıkrası, etkili başvuru hakkına nazaran özel bir hüküm (*lex specialis*) getirmiştir. Bu hükme göre:

“Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin hukuka uygunluğu hakkında süratle karar verilmesi ve eğer tutulma hukuka aykırı ise, serbest bırakılması için mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.”

Söz konusu hükümdeki “süratle” (*speedy*) ifadesi, konumuz yönünden kritiktir. Sözleşme'ye taraf devletler, tutuklanan kişilerin, tutukluluk durumlarının kanuna uygunluğuna ilişkin itirazlarını süratle inceleme yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülük, sadece derece mahkemelerinde değil, aynı zamanda (daha esnek de olsa) AYM için de geçerlidir.

İHAM, kendisine yapılacak başvurularda, öncelikle olağan hukuk yollarının tüketilmesi gerektiğini söylemektedir. Ancak İHAM bunu söylemekle kalmamakta; söz konusu yolların "etkili" olması gerektiğini de eklemektedir.

Peki etkililik nedir? İHAM, “etkililik” kavramını Sözleşme'nin 13'üncü maddesindeki “etkili başvuru hakkı” ile bağlaşıklık şeklinde algılamaktadır. Etkili başvuru hakkı, genel olarak hukuk yoluna başvuru

hakkını güvence altına almaktadır. Buna karşılık, burada sözü edilen - yani Sözleşme madde 5/4'te yer alan- hak, münhasıran “özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin” başvuru hakkını güvence altına almaktadır. Yani “etkili başvuru hakkı” genel bir güvence getirmektedir, madde 5/4'te ise daha özel bir güvenceden (*lex specialis*) bahsetmekteyiz.⁴

Tutmanın hukukiliğinin incelenmesine ilişkin gecikmeler, hukukilik incelemesi yapan organa başvuru yolunun etkili bir hukuk yolu olmasının önünde de engel oluşturabilir. Daha açık söylemek gerekirse, tutmanın hukukiliğinin incelenmesi için öngörülen bir yolun, madde 5/4'ün amaçladığı şekilde “süratli” olmaktan çıkması durumunda, o yolun tüketilmesine gerek yoktur.⁵

Bu belirleme, tutuklama ve tutuklamanın devamı kararlarına karşı yapılan anayasa şikâyetleri için de geçerlidir.⁶ İHAM, geçmişte verdiği çok sayıda kararda, çeşitli ülkelerdeki anayasa mahkemelerinin, tutmanın hukukiliği incelemesinde hataya düştüğü hâllerde, madde 5/4'ün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁷ Örneğin *Hađi v. Hırvatistan* kararında⁸ Hırvatistan Anayasa Mahkemesi, önüne gelen tutukluluğun hukukiliğine yönelik itirazla ilgili bireysel başvuruyu 34 günde karara bağlamıştır. İHAM, bu olayda, ulusal hukukta “süratle karar verilmediği” tespitinde bulunmuştur. Yine İHAM içtihatlarına göre, başvuru yapılmasından karar verilmesine kadar geçen ortalama sekiz haftanın, *prima facie*, “süratle” kavramı ile uyumlu olduğunu söylemek zordur.⁹ Gerçi İHAM, son dönemde verdiği kararlarda, söz konusu kuralın, anayasa şikâyeti incelemelerinde çok daha esnek uygulanacağını¹⁰; hatta OHAL koşullarında

⁴ Bkz. K. A. başvurusu, AYM, 2014/13044, 11/11/2015, §115.

⁵ *Sabeur Ben Ali v. Malta*, İHAM, 35892/97, 29/06/2000, § 40; *Kadem v. Malta*, İHAM, 55263/00, 09/01/2003, §53.

⁶ *Zubor v. Slovakya*, İHAM, 7711/06/06, 06/12/2011, §73.

⁷ Çok sayıda karar içinde bkz. *Sabeur Ben Ali v. Malta*, §42; *Smartana v. Çek Cumhuriyeti*, İHAM, 18642/04, 27/09/2007, §132; *Zubor v. Slovakya*, §§87-91; *Stephens v. Malta (2)*, İHAM, 33740/06, 21/04/2009; *Fesar v. Çek Cumhuriyeti*, İHAM, 76576/01, 13/11/2008, §§68-70; *Getoš-Magdić v. Hırvatistan*, İHAM, 56305/08, 02/12/2010, §106.

⁸ *Hađi v. Hırvatistan*, İHAM, 42998/08, 01/07/2010.

⁹ *E. v. Norveç*, İHAM, 11701/85, 29/08/1990, §64; *Sabeur Ben Ali v. Malta*, §38.

¹⁰ Bkz. *Ilseher v. Almanya*, İHAM, 10211/12, 27505/14, 02/02/2017.

bu esnekliğin daha da ileri gideceğini¹¹ söylemişse de ana kural varlığını korumaktadır.

Türkiye’de, Sözleşme’nin 5’inci maddesinde yer alan haklar da dâhil olmak üzere Sözleşme’de yer alan haklarından birinin ihlal edildiğini düşünen bir kişi, kural olarak, Sözleşme’nin 35’inci maddesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 148’inci maddesindeki bireysel başvuru yolunu tüketmek zorundadır.¹² Ancak ulaşılabilirlik ve etkililik özelliklerini yitirmesi durumunda bu yolun tüketilmesini beklemeye gerek yoktur. Sözleşme'nin madde 5/4 hükmü yönünden bu yolun etkili sayılması ise, tutmanın hukuksallığı hakkında “süratle” karar verilmesine bağlıdır. Üstelik, Strazburg organlarının, özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerin tekrar başvuru yapabilme imkânlarının olmasını, hâlihazırda yapılmış olan başvuruların süratle karara bağlanma zorunluluğunu ortadan kaldırmadığı yönündeki tespiti de dikkate alındığında; bir defa süratli olmaktan çıkmış olan bir bireysel başvuru incelemesinin, sonradan başvuru lehine bir karar verilse dahi ihlali ortadan kaldırmayacağı da akılda tutulmalıdır.¹³

Yani bu kararlardan hareketle denebilir ki Sözleşme madde 5/4, bünyesinde aciliyeti barındırmaktadır. Bunun yanında, meselenin bir ifade özgürlüğü boyutu vardır. İfade özgürlüğü, demokratik toplum düzeninin olmazsa olmazıdır. Bu hak, demokratik toplum düzeni yönünden özel bir öneme sahiptir. Somut olayda başvurucuların birtakım “ifadelelerinden” dolayı tutuklanmaları söz konusu olmuş ise, ifade özgürlüğünün önemi ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının önemi kesişmekte ve bu tür davaların çok daha öncelikli incelenmesi gerekli hâle gelmektedir.

Zaten bu nedenledir ki İHAM, yakın zaman önce Mahkeme İçtüzüğü’nün 41’inci maddesi uyarınca belirlediği “Öncelik Politikası”nı güncelleştirmiş, bu konuya netlik kazandırmış ve ifade özgürlüğü ihlali iddiası da içeren kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ihlali iddialarının öncelikli incelenmesini öngörmüştür.¹⁴ Mahkeme'nin yeni öncelik politikası sıralaması şu şekildedir:

¹¹ Şahin Alpay v. Türkiye, İHAM, 16538/17, 20/03/2018, §133 vd.

¹² Hasan Uzun v. Türkiye, İHAM, 10755/13, 30/04/2013,

¹³ Starokadomskiy v. Rusya, İHAM, 42239/02, 31/07/2008, §85; Malofeyeva v. Rusya, İHAM, 36673/04, 30/05/2013, §84.

¹⁴ Bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_ENG.pdf

I.	Acil başvurular (özellikle başvurucunun yaşamının veya sağlığının riskte olduğu, başvurucunun Sözleşme’deki haklarının ihlali iddiasının doğrudan sonucu olarak özgürlüğünden yoksun kalması veya başvurucunun kişisel ve ailesel durumuyla –özellikle de çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda- bağlantılı diğer koşullar, Mahkeme İçtüzüğü’nün 39’uncu maddesinin uygulanması)
II.	Sözleşme sisteminin etkililiği üzerinde etki gösterebilecek meselelere ilişkin başvurular (Mahkeme’nin henüz incelemeyeği, özellikle yapısal ve yerel sorunlar; pilot karar usulü) veya genel menfaatle ilgili önemli bir meselenin ortaya çıktığı başvurular (özellikle Avrupa sistemi için veya yerel hukuk sistemlerinde icra için önemli ve ciddi bir sorun)
III.	Sözleşme madde 2, 3, 4 veya 5 § 1 (çekirdek haklar) kapsamındaki temel meselelerle ilgili ve tekrar eden türden olup olmamasına bakılmaksızın insanın haysiyetine ve fiziksel bütünlüğüne doğrudan tehdit iddiası içeren şikâyetler
IV.	Diğer maddeleri temel alan, potansiyel olarak iyi temellendirilmiş başvurular
V.	Bir pilot kararda/ilke kararında çözülmüş olan konularla ilgili başvurular (yerleşik içtihat hukuku davaları)
VI.	Bir kabul edilebilirlik meselesi içerebilecek şekilde tanımlanan başvurular
VII.	Açıkça kabul edilebilir olmayan başvurular

Bu liste uyarınca, insan hakları hukuku yönünden “tutuklu gazeteciler” konusunun öncelikli incelenmesi bir gerekliliktir. Başka bir deyişle, bu konudaki önceliklendirme politikası, Sözleşme madde 5/4’ün bir gereği olduğu gibi, genel olarak pozitifleştirilmiş öncelik kriterlerinin de bir gereğidir. Yani somut olayda, söz konusu başvuruların öne çekilmesi anlaşılır bir durumdur.

Buna karşılık, “tutuklu gazeteciler” kategorisinin kendi içindeki sıralama konusundaki muğlaklık ise varlığını korumaktadır.

2. Anayasa Mahkemesi, Derece Mahkemesinin Yetki Alanına mı Girmiştir?

AYM'ye yönelik eleştirilerden bir diğeri de AYM'nin, derece mahkemesinin yetki alanına girdiğine yöneliktir. Bu eleştiriler, derece mahkemelerince de benimsenmiş; hatta daha ileri gidilerek AYM'nin "görev gaspı" yaptığı gibi belirlemeleri de beraberinde getirmiştir. Kural olarak idare hukukuna özgü bir kavram olan görev gaspı, yasama, yürütme ve yargı organlarından herhangi birisinin, bir diğersinin yetkisini hakkı olmadığı halde kullanmasıdır. Böyle durumlarda görev gaspı içeren işlemler "yok hükmünde" sayılır. Anayasa Mahkemesi de ağır ceza mahkemesi de yargı erki bünyesinde olduğu için bu ikisi arasındaki çatışmanın "görev gaspı" kavramıyla açıklanması fahiş hatadır. Öte yandan eğer kastedilen şey yetki gaspı ise, bu kavram da idareye tamamen yabancı veya idare adına irade açıklamaya yetkili olmayan bir kimse tarafından yapılan işlemler bulunduğu ortaya çıkan yetki sakatlığını ifade etmektedir.¹⁵ Koşulları varsa bunun sonucu da yokluk olabilir.

Acaba AYM'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilgili kararlarından bu türden bir sonuca ulaşılabilir mi? Bu, önemli ve dikkate değer bir sorudur.

Öncelikle sorunu netleştirelim. Bir kişinin tutuklanmasına ve tutukluluğunun devamına karar verilmesi derece mahkemelerinin yetkisindedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 100'üncü maddesi bu konudaki kriterleri şöyle ortaya koymaktadır:

"(1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

¹⁵ Burada kastedilenin yetki tecavüzü veya ağır ve bariz yetki tecavüzü olduğu da düşünülebilir. Zira yetki tecavüzü, bir idari makamın diğer bir idari makamın yetkili olduğu bir konuda veya yerde işlem tesis etmesi demektir. Burada idareye yabancı bir kişi yoktur. Bu kişi esas itibarıyla idare adına irade açıklamaya, yani işlem tesis etmeye yetkilidir. Ancak bu kişi, yetkili olduğu konuda ve yerde değil, bir başka konuda ve yerde işlem yapmaktadır. Bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku, C. I*, (Bursa: Ekin Yay., 2009), ss. 818 vd.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,

Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa. (...)”

Anılan kriterlerin somut olayda bulunup bulunmadığını tespit etmek ceza mahkemelerinin işidir. Bu noktada bir tartışma yoktur.

Konunun bir de anayasal boyutu bulunmaktadır. Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası şu şekildedir:

“Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.”

Bu hükümde görüldüğü gibi, AYM'nin de tutuklanan kişiye ilişkin “suçluluğu hakkında kuvvetli belirti” bulunup bulunmadığını, tutuklama tedbirinin “kaçmayı, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla” yapılıp yapılmadığını ve tutuklamanın bir “zorunluluk” olup olmadığını inceleme yetkisi vardır. Bu da çok açık bir konudur.

Burada bir not düşelim: AYM'nin böyle bir yetkisinin olmadığını söylemek, AYM'nin Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası yönünden denetim yapamayacağını söylemek anlamına gelecektir. Böyle bir şey söylemenin normatif dayanağı bulunmamaktadır. Bu konuda, bir tartışma olmaması gerekir.

Bu konularda tartışma olmasa da bu iki gerçek yan yana geldiğinde tartışma çıkmaktadır. Zira CMK'nın 100'üncü maddesi ile Anayasa'nın 19'uncu maddesinde bir kesişim vardır. Bu kesişim uyarınca iki mahkemenin de benzer kriterler yönünden denetim yapacağı görülüyor. Acaba burada yetkiler yönünden bir çatışma mı çıkmaktadır? Her iki mahkeme de aynı kriterlerle aynı denetimi yapacak ise Anayasa Mahkemesi bir tür "dördüncü derece yargı organı" veya "Süper Temyiz

Mahkemesi"ne mi dönüşmektedir? Bu sorunun yanıtını peşinen verelim: Hayır!¹⁶

Anılan bağlamda, iki inceleme/yetki kesişir gibi görünse de aslında mahkemelerin inceleme yöntemleri arasında bir fark vardır. Bu farkı veya sınırları ortaya koymak her zaman kolay değildir. Philip Kunig'in ifadesiyle burada bir "sınır hattı" olduğu bile düşünülebilir. Ne var ki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yönünden "sınırın çizgileri" yine de bellidir. Derece mahkemeleri, somut olayda önlerine gelen ve dosyaya sunulan bulguları inceler ve bu bulgulara dayanarak bunların bir kısmının delil olduğu sonucuna ulaşır. Ardından delillere dayanarak kuvvetli suç şüphesinin olup olmadığı değerlendirmesini yapar. Bu çerçevede sanığın kaçacağı veya saklanacağı şüphesini uyandıran somut olgulara; delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme ile tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapma olasılığına yönelik kuvvetli şüphe bulunup bulunmadığını ve tutukluluğun ölçülü olup olmayacağını değerlendirir. Bu muhakeme sonucunda ise tutuklama kararı ya da tutuklamaya devam kararı verir veya vermez. Eğer tutuklama gerekliliği sonucuna ulaşılmış ise ceza mahkemelerinin görevi burada bitmez. Ceza mahkemeleri, bu tutukluluk koşullarının bulunduğunu, basmakalıp olmayan ve somut olayla "ilgili ve yeterli" şekilde gerekçelendirmek zorundadır.

İşte AYM'nin yetkisi tam olarak burada devreye girer. Mahkeme, ceza mahkemelerinden farklı olarak, dosyadaki bulgular üzerinden bir değerlendirme yapmaz. AYM, mahkemelerin karar gerekçelerine odaklanır, mahkemelerin delil olarak gördüğü bulgular ile kuvvetli suç şüphesi arasındaki bağın nasıl kurulduğunu inceler. Eğer bu gerekçede, kuvvetli suç şüphesine yönelik ilgili ve yeterli gerekçelendirme yapılmamış ise ihlal kararı verir.

Toparlayacak olursak, ceza mahkemeleri, dosyadaki bulgulardan delil olarak gördüklerinden hareketle kuvvetli suç şüphesi bulunup bulunmadığını inceler. Anayasa Mahkemesi ise tutuklama veya tutuklamaya devam kararının gerekçesinden hareketle ceza mahkemelerinin kuv-

¹⁶ Bu konu Alman Anayasa Mahkemesi ve İHAM içtihatları bağlamında farklı yönlerden tartışılmıştır. Almanya bağlamında bkz. Robert Alexy et. al., *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, (Berlin/New York: De Gruyter, 2002); Strazburg yönünden bkz. Lech Garlicki, "Supreme Courts versus Supreme Courts", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 5, Issue 1, 2007, ss. 44–68.

vetli suç şüphesi tespitinin ilgili ve yeterli şekilde ortaya koyulup koyulmadığını inceler. Eğer derece mahkemesi bunu ortaya koyamamışsa AYM ihlal kararı verir. Olması gereken budur. Bu, Anayasa'nın 19'uncu maddesinin ve anayasal yetki bölüşümünün bir gereğidir.

3. Söz Konusu Durum “Dünyanın Başka Hiçbir Yerde Yok” mu?

Türkiye’de bir olgu veya durum eleştirilirken sık kullanılan kalıplardan biri, söz konusu olgu veya durumun “dünyanın hiçbir yerinde olmadığı” kalıbıdır. Oldukça iddialı bu kalıbın kullanılmasından önce dünyanın çeşitli yerlerine bakmakta yarar bulunmaktadır. Bu amaçla ilk bakılacak yer İHAM içtihatları olabilir. İHAM içtihatlarına bakıldığında ise anılan kalıbın bu bağlamda geçerli olmadığı görülmektedir.

İHAM, çeşitli davalarda, tutukluluk için -Sözleşme’deki ifadeyle- “makul şüphe” merceğinden denetim yapmıştır. Türkiye ile ilgili kararlardan *Ayşe Yüksel ve diğerleri v. Türkiye* kararı, oldukça ileri adım atılan bir karardır. Bu olayda, başvuruçular Çağdaş Yaşamı Destekleme Derneği (ÇYDD) yöneticisi ve üyesidir. 1989 yılında, genç kadınların eğitimi amacıyla kurulan Dernek, bugüne kadar, üniversite öğrencileri de dâhil olmak üzere binlerce öğrenciye burs vermiştir. Derneğin çalışmaları, uluslararası düzeyde en az on üç ödüle layık görülmüştür. Dernek, siyasi alanda, Mustafa Kemal Atatürk’ün ilkeleri ile uyumlu bir toplum meydana getirmeyi amaçlamaktadır ve laiklik ilkesine sıkı sıkıya bağlıdır. Derneğin kurucularından Türkan Saylan, 2007 yılında düzenlenen büyük Cumhuriyet Mitingleri’nin organizatörleri arasında yer almıştır. Mitinge katılanlar, iktidar partisini, devletin kurumlarında İslam’ın yerini güçlendirmeyi istemekle suçlanmışlardır. İhtilaf konusu bu mitinglerin bazı organizatörleri “Ergenekon” ceza soruşturması kapsamında tutuklanmıştır.¹⁷ Somut olayda bazı başvuruçular, bu soruşturma kapsamında gözaltına alınmış; başvuruçucu Ayşe Yüksel ise bir süre tutuklu kalmıştır. Bu olayda İHAM, “şüphe” konusundaki tespitlerini; hükûmetin görüşleri, İstanbul Emniyet Müdürlüğü’nün konuyla ilgili yazısı, başvuruçuların ifade tutanakları, iddianame ve kararı veren Anadolu Ağır Ceza Mahkemesinin kararı gibi farklı unsurların bütünü ışığında yapmıştır. Bu unsurlara dayanan Mahkeme, şüpheye dayanak gösterilen olayla-

¹⁷ Ayşe Yüksel ve diğerleri v. Türkiye, İHAM, 55835/09 55836/09 55839/09, 21/05/2016, §§6-8.

rın; başvurucuların, Ergenekon davasında yargılanan bazı sanıklarla birlikte ÇYDD için veya ÇYDD yararına etkinliklere ve bazı siyasi gösterilere katılmaları olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme buradan hareketle, şüphenin makullüğüne ilişkin şu tespitte bulunmuştur:

“Derneğin bazı üyelerinin de yasadışı bir örgüte üye olduğu, öte yandan Derneğin burs verdiği bir kişinin, başka bir yasadışı örgüte üye olduğuna dair hakkında şüphe duyulduğu yönündeki iddialar, objektif bir gözlemciyi, başvuranların yasadışı bir örgüte üye olma suçunu işlemiş olabilecekleri konusunda ikna etmek için yeterli olarak değerlendirilemez.”¹⁸

Bu tespitten hareket eden Mahkeme, dosyada aleyhlerine sunulan delillerin bir kısmının sahte olduğu anlaşılan ve sonradan haklarında beraat kararı verilen başvurucuların özgürlükten yoksun bırakılmalarının dayanağı olan şüphenin (Sözleşme'nin lafzı uyarınca) “makul olmadığı” sonucuna ulaşmış ve ihlal kararı vermiştir.¹⁹ İlginçtir, o dönemde İHAM'ın yetki gasp ettiği söylenmemiştir.

Burada bir ilginç durumu daha aktaralım. Mahkeme, örneğin Sözleşme'de geçen “kişinin suç işlediğinden şüphelenmek için makul kuşku bulunduğu” ifadesindeki “suç” kavramı yönünden dahi, eğer şartları varsa, kimilerince bir tür tipiklik incelemesi olarak görülen bir denetime dahi girişebilmektedir. Buna iyi örnek, *Loukanov v. Bulgaristan* kararıdır.²⁰ Bu olayda başvurucu eski bir milletvekili, bakan, başbakan yardımcısı ve başbakandır. Başvurucu hakkında, kendisinin ve partisinin iktidarda olduğu dönemde, gelişmekte olan bazı ülkelere krediler yoluyla yardım sağlayarak ülkenin ekonomik potansiyelini çarpıcı şekilde olumsuz etkilediği ve ülkeyi ödenmesi güç borçlara soktuğu gerekçesiyle soruşturma açılmıştır. Soruşturmanın dayanağı ise ceza kanunundaki “kamu görevlisinin, idaresi bünyesinde yapması emredilen faaliyetin icrasında veya idaresinin mülkiyetindeki para veya malvarlığında ihmalkârlıkla ulusal ekonomi veya ilgili hizmet yönünden dezavantaj yaratan önemli bir maddi zarara neden olması” ve “kamu görevlisinin, görevini yerine getirmeyen veya yetkilerini kendisi ya da üçüncü kişi yararına veya başkalarının zararına önemli bir maddi zarar yaratacak şekilde

¹⁸ Ibid., §56.

¹⁹ Ibid., §§57-59.

²⁰ *Loukanov v. Bulgaristan*, İHAM, 21915/93, 20/03/1997.

kötüye kullanması” suçlarıdır. Başvurucu, bu suç isnadına dayanılarak tutuklanmıştır.

İHAM bu olayda öncelikle, konuyla ilgili içtihadını hatırlatmıştır. Bu içtihada göre; Avrupa sisteminde, ulusal hukukun yorumlanması ve uygulanmasında öncelikli yetki ulusal makamlarda, özellikle de mahkemelerdedir. Ancak madde 5’te olduğu gibi Sözleşme'nin doğrudan iç hukuka atıf yaptığı durumlarda, kanuna uygunluk koşulu, Sözleşmeciler devletlerin yükümlülüklerinin ayrılmaz parçasıdır ve bundan dolayı Mahkeme, bu bağlamda ulusal makamların kanuna uygun hareket edip etmediğini denetleyebilir. Somut olayda Mahkeme, başvurucuya atfedilen suçun dayanağı olan eylemin, Bulgar Hükümeti'nin, gelişmekte olan ülkelere para yardımı yapılması ve borç verilmesi kararlarının bir parçası olduğunu kaydetmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, söz konusu eylemin, tutuklamanın dayanağı olan ceza kanunu hükümlerine girmediği, ayrıca başvurucunun bu konuda kendisine tanınan yetkileri aştığını gösteren herhangi bir delilin sunulmamış olduğu sonucuna ulaşmıştır. Yani Mahkeme, bu olayda “makul şüphe”nin veya kaçma/delilleri kararma olasılığının bulunup bulunmadığı incelemesine dahi girmeden, isnadın dayanağı olan suç ile başvurucunun eylemi arasında uyum olmadığı gerekçeyle ihlal kararı vermiştir.²¹

Sağlıklı bir tartışma için bu kararların, şimdi ve gelecekte, hatırdan tutulmasında fayda vardır.

4. Anayasa Mahkemesinin Kararına Yönelik Yokluk Kararı Verilebilir mi?

Anayasa Mahkemesi kararlarının “yokluk” ile malul olduğuna karar verilebileceği görüşü, geçmişte doktrinde ileri sürülmüştür bir görüştür.²² Çok daha önce de, 1961 Anayasası'nın hazırlık sürecinde ve devam eden yıllarda, doktrinde, yokluk kararı bağlamında olmasa da hukukunun dinamizm kazanması ve yargının yargıdan da bağımsız olabilmesi adına, yüksek mahkemelerin –özellikle içtihadı birleştirme kararlarının- mutlak bağlayıcı olmaması gerektiği ileri sürülmüştür.²³ Ancak

²¹ Ibid., §§40-46.

²² Bkz. “Yok’a Destek Yok”, Gazete Vatan, 17/06/2010.

²³ Bu konudaki görüşlerden bazıları için bkz. Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, (İstanbul: Beta Yay., 2016), s. 91 ve oradaki atıflar.

doktrinde ve meclis çalışmalarında ileri sürülen bu görüşler uygulamada karşılık bulmamıştır. Türkiye’de geçerli olan norm, Anayasa Mahkemesinin kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını bağladığı yönündedir. Bugün de doktrinde, (hem AYM’nin tespitleri yönünden hem de AYM kararları yönünden) yokluk kararının, çözülmesi imkânsız sorunlar ortaya çıkarabileceğine işaret edilmektedir. Ayrıca idari yargıda yokluk, basit ve apaçık sakatlıklar için öngörülmuşse de anayasa yargısı yönünden basit ve apaçık sakatlıklardan bahsedilemeyeceği söylenmekte ve yokluk kararlarına karşı mesafeli bir duruş sergilenmektedir.²⁴

Gerçi yokluk kararı verilmesi için kanunların özel olarak bir yetki tanınması gerekli değildir. Bir işlemin oluşması için gerekli olan kurucu unsurların bulunmadığı, her makam tarafından tespit edilebilir; fakat bu tespit, daha çok idari işlemler ile ilgilidir. Yargı kararı yokluğu, hukukumuza yabancıdır. Somut olayda da bu türden bir durumun varlığı -konuya yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde bakıldığında- gerçekçi görünmemektedir. Buna karşılık, öyle ya da böyle, ağır ceza mahkemesinin kararı da resmî bir karardır. Bu bağlamda söylenebilecek şey, mahkemeler arası diyalogun yapıcı şekilde sürmesi ve özellikle siyasi figürlerin bu yargısal diyaloga olabildiğince az müdahil olması gerektiği olabilir.

5. Anayasa Mahkemesinin İhlal Kararı Kendiliğinden Tahliye Sonucunu Doğurur mu?

Türkiye’de yargı pratiği de dahil olmak üzere sık düşülen yanlışlardan biri de AYM’nin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yönünden bir ihlal kararı vermesi durumunda bu ihlal kararının otomatikman tahliye sonucunu doğuracağı yanlışlığıdır. Bu iddia prensip olarak doğru değildir. Ana kural, ihlal kararının otomatikman tahliye sonucunu doğurmasıdır. Bu konuda istisnalar yok değildir fakat öncelikle ana kuralın üzerinde duralım.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, yapısı gereği, bünyesinde çok farklı unsurlar barındıran bir haktır. Sözleşme'nin yaşayan bir belge olmasından ötürü sınırlı sayıda olmayan bu unsurlardan örnekleme yapmak gerekirse; özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin bilgilendirilme hakkı, derhâl hâkim önüne çıkarılma hakkı, tutukluysa makul sürede

²⁴ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. II, (Bursa: Ekin Yay., 2011), s. 836.

salıverilme hakkı, özgürlükten yoksun bırakmaya karşı başvuru hakkı, tazminat hakkı bu madde kapsamındaki haklardan bazılarıdır.

Bu unsurlardan herhangi birinin ihlali, otomatikman tahliyeyi gerektirmemektedir. Derece mahkemeleri, ilgili ihlali gidererek bir sonuca ulaşabilirler. Örneğin kişiye hakkındaki suçlamalar kısa sürede ve anladığı bir dilde yapılmamışsa ve bu nedenle bir ihlal kararı verilmişse, bu durum, kendiliğinden tahliye sonucu doğurmayabilir. Böyle bir durumda ihlal, tazminat ödenmesi ve ihlale neden olan eksikliklerin tamamlanması yoluyla giderilebilir. Benzer şekilde, kişinin derhâl hâkim önüne çıkarılmaması durumunda da bu ihlal, tazminatı gerektirmekle birlikte, zorunlu olarak tahliye sonucunu doğurmamaktadır. İhlal kararından sonra gereğinin yapılması, somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir. Benzer durum, tutmanın hukukiliğinin süratle incelenmemesi ve benzeri örneklerde de geçerlidir.

Buna karşılık, bazı durumlarda ihlal kararı, tahliyeyi zorunlu kılabilir. Örneğin kanun, tutukluluk için bir azami süre öngörmüş ve bu süre aşılmışsa artık “kanuna aykırı tutma” söz konusu olduğu için tahliye kaçınılmazdır. Ancak bu olasılıkta bile, fiilî olarak tek seçenek tahliye değildir. Bu ihlal kararının verildiği aşamada hüküm kurulmuş olursa, artık kişi serbest bırakılmayabilir.

Bunların yanında İHAM, bazı hâllerde, kişinin serbest bırakılması yönünde adım atılmasına hükmedebilir. Oldukça istisnaî olan bu gibi hâllerde tahliyenin zorunlu olduğunu söylemek gerekir. Strazburg organlarının içtihatları düşünüldüğünde akla hemen *Assanidze v. Gürcistan* kararı gelmektedir. Bu olayda başvurucu eski bir milletvekilidir. Gürcistan Yüksek Mahkemesinin beraat kararı vermesinden sonra 3 yıl daha Acaristan özerk bölgesinde tutulu kalmaya devam etmiştir. Hükûmet, bu konuda hukuksal ve siyasal adımlar atmış olsa da başarılı olamamıştır. Bu olayda İHAM, başvurucunun tutulmasının keyfî olduğu ve bu nedenle Sözleşme'nin madde 5/1 ve 6/1 hükümlerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, kararının hüküm kısmında, sorumlu devletin **“başvurucunun mümkün olan en kısa sürede serbest bırakılmasını sağlamasına”** da hükmetmiştir.²⁵

Benzer nitelikteki *Ilaşçu ve diğerleri* kararında da başvurucu, Moldova'da 1991 yılında bağımsızlığını ilan eden fakat uluslararası top-

²⁵ Assanidze v. Gürcistan, hüküm §14.

lum tarafından tanınmayan Transdniestria’da, burada kurulan bir mahkemenin verdiği karara binaen tutulmaktadır. Bu olayda da Mahkeme, ihlal sonucuna varmış ve hüküm kısmında benzer türden (başvurucunun serbest bırakılması yönünde) bir belirlemeye yer vermiştir.²⁶ Bu türden bir diğer karar ise meşhur *Yakışan v. Türkiye* kararıdır. Söz konusu davada, başvuru yaklaşık 13 yıldır yargılanmaktadır ve 11 yıl 7 aydır tutukludur. Mahkeme, bu olayda 12 bin Euro tazminatın yanında “**ihlalin sonlandırılması için davanın en hızlı şekilde sonra ermesi gerektiğine**” de hükmetmiştir.²⁷

Konusu kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkıyla doğrudan ilgili olmayan fakat ifade özgürlüğü bağlamında bir mahkûmiyetin gündeme geldiği *Fetullayev v. Azarbaycan* kararında ise Mahkeme, öncelikle, taraf devletlerin, ihlali gidermek ve başvuru sahiplerinin ihlalden önceki durumunu temin etmek konusundaki yükümlülüğünü hatırlatmış ve bu yükümlülük çerçevesinde kullanabileceği araçları seçmekte serbest olduğunu kaydetmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, somut olayda, Sözleşme'nin 46'ncı maddesi hükmü uyarınca ihlalin gideriminin nasıl sağlanacağı konusunda bizzat belirlemede bulunmuştur. Söz konusu davada başvuru sahibinin yazdığı yazıların, onun mahkûm olmasını gerektirecek bir durum yaratmadığını tespit eden Mahkeme; tespit edilen durumun doğası gereğince başvuru sahibinin derhâl serbest bırakılmasının güvence altına alınması gerektiğini ifade etmiştir.²⁸

İHAM'ın, kararında veya hüküm kısmında bu tür bir belirlemede bulunması, AYM yönünden de geçerli olan bir yetkidir. AYM Kanunu'nun 50'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre:

“Esas inceleme sonunda, başvuru sahibinin hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir (...).”

Yani AYM, kararının hüküm kısmında “sanığın derhâl tahliye edilmesi için gerekenin yapılması” türünden bir ifadeye yer vermek ve derece mahkemesine yol göstermek yetkisine sahiptir.

²⁶ İlaşçu ve diğerleri v. Moldova ve Rusya, İHAM, 48787/99, 08/07/2004, hüküm §22.

²⁷ Yakışan v. Türkiye, İHAM, 11339/03, 06/03/2007, hüküm §4.

²⁸ Fatullayev v. Azarbaycan, İHAM, 40984/07, 22/04/2010, §§171-177.

Bunun yanında, AYM'nin, somut olayın koşullarına göre, “tedbiren tahliye” kararı vermesi de mümkündür. AYM geçmişte *Fatih Hilmi-oğlu* kararında bu türden bir “tedbire ilişkin ara karar” vermiştir.²⁹

Şahin Alpay hakkında verilen ilk AYM kararlarının hüküm kısmında, tahliye yönünde bir ifadeye yer verilmemiştir. Öte yandan AYM “tedbiren tahliye” şeklinde bir karar da vermemiştir. Dolayısıyla bu konuda da prensip olarak ana kural geçerlidir. AYM'nin ihlal kararı vermiş olması, kural olarak, kendiliğinden tahliye kararını getirmez.

Ne var ki, durum teorik olarak böyle olsa da fiilî durum aksi sonucu doğurabilir. Şahin Alpay olayında AYM, ağır ceza mahkemesinin tutuklama ve tutuklamaya devam kararlarındaki gerekçeye odaklanmış ve sadece gazete yazılarından ibaret olan bulguların kuvvetli suç şüphesinin delili olarak gerekçelendirildiğini tespit etmiştir. Bu tespitten hareket eden Mahkeme, tutuklama tedbirinin dayanağının Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan "suça dair kuvvetli belirti" koşuluna uygun şekilde ortaya konulmamış olmasının ihlal yarattığını söylemiştir.³⁰

Nitekim İHAM'ın *Şahin Alpay v. Türkiye* kararındaki şu tespiti bunu doğrulamaktadır:

“Hükümet tarafından yapılan bu iddiayı ancak, Türk hukukunda, tutuklamayı meşrulaştıracak yeni zemin ve sebepler bulunmadıkça, Anayasa Mahkemesinin Başvuranın tutuklanmasının Anayasa'ya aykırı olduğu hallerde mahkemelerin verdiği cevabın özellikle tahliyesini içermesi gerektiği şeklinde yorumlamaktadır (...) Mahkeme, dava dosyasının, Anayasa Mahkemesinin kararını takiben tutukluluğun temelini değiştirdiğini gösteren yeni bir dayanak ya da kanıt sunmadığını gözlemlemektedir.”³¹

Anayasa Mahkemesinin *Şahin Alpay (2)* kararındaki şu tespiti de benzer yöndedir:

“Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında değerlendirilmemiş olan yeni olgularla suç işlendiğine dair ‘kuvvetli belirti-

²⁹ Fatih Hilmioglu başvurusu, AYM, 2014/648, 20/01/2014 (Tedbire ilişkin ara karar).

³⁰ Şahin Alpay başvurusu, §103.

³¹ Şahin Alpay v. Türkiye, §§115-118.

nin' ortaya konulabildiği oldukça istisnai durumlarda da ihlal kararının gereklerinin yerine getirildiği kabul edilebilir.”³²

Bu durum ve böyle kararlar karşısında derece mahkemesinin önünde iki seçenek vardı: (a) İlgili ve yeterli gerekçeyle tutuklamaya devam kararı vermek, (b) tahliye kararı vermek.

Birinci seçeneğin uygulanması için, ağır ceza mahkemesinin daha önceki tutuklama ve tutuklamaya devam kararlarında ifade etmediği başkaca delillerin mevcut olması gerekmektedir. Türkiye uygulamasında mahkemeler, ihsas-ı rey yasağı uyarınca kendilerini kuvvetli suç şüphesi sonucuna ulaştıran birçok delili gerekçelerine yansıtılmakta ve şüphe belirlemelerini somutlayamamaktadır. Eğer dava dosyasında bu türden bir delil olsaydı; derece mahkemelerinin, sahip oldukları kuvvetli suç şüphesini, bu deliller ile bağlantı kurarak, ilgili ve yeterli gerekçeyle açıklaması ve bu yolla tutukluluğa devam kararı vermesi mümkündür. Bu bakımdan ceza mahkemelerine düşen iş, AYM'nin kararının niteliğini ve varlığını tartışmak değil, olayda bu koşulların olup olmadığını denetlemektir.

Ancak bu olasılıkta, sadece kararda ifade edilen gazete yazılarına dayanarak kuvvetli suç şüphesi belirlemesi yapma olanağı, eşyanın tabiatı gereği yoktur. Dosyada, kararda zikredilen mevcut delillerin dışında bir delil bulunmuyorsa ve/veya eldeki bulgular ile kuvvetli suç şüphesi tespiti Anayasa'ya uygun şekilde yapılamıyorsa; bu durumda tahliye dışında geriye kalan bir seçenek yoktu. Buna rağmen tutukluluğun devamı kararında ısrar edildi.

Bunun üzerine Anayasa Mahkemesi ikinci kararını verdi ve bu defa kararının nasıl icra edileceğine ilişkin bir açıklama da yaptı:

“Başvurucunun tutukluluk durumu hâlen devam etmektedir. İncelenen başvuruda tespit edilen ihlalin niteliği dikkate alındığında bu ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için başvurucunun tutukluluk durumunun sona erdirilmesi dışında bir imkân kalmadığı değerlendirilmiştir. Bu nedenle başvurucunun tutukluluk durumunun sona erdirilmesi suretiyle ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için kararın Mahkemesine gönderilmesi gerekir.”³³

³² Şahin Alpay (2) başvurusu, AYM, 2018/3007, 15/03/2018, §82.

³³ Şahin Alpay (2) başvurusu, §89.

Ağır ceza mahkemesi bu karara binaen tutukluluk durumunu sona erdirmiş fakat özgürlükten yoksun bırakma biçimi olan konutta tutma tedbirini uygulamaya devam etmiştir. Bunun ilk bakışta AYM kararının yerine getirilmesi olarak algılanması mümkünse de durum böyle değildir. Kişilerin 24 saat boyunca konutta tutulması şeklindeki tedbirin kişi özgürlüğüne yönelik müdahale olduğunu söyleyen³⁴ İHAM, tutuklama tedbiri yerine on iki gün süreyle dışarıyla iletişimsiz olarak evde tutma tedbirini³⁵, yetkililerin izni olmaksızın evden çıkmayı yasaklayan evde tutma tedbirini³⁶ veya kilise ve doktor ziyareti gibi istisnalar hariç olmak kaydıyla evde tutma tedbirini³⁷ de aynı şekilde kişi özgürlüğüne yönelik müdahale olarak görmektedir.³⁸ Yani başvuru, kuvvetli suç şüphesine bağlı olarak konutlarında tutulmaya, yani özgürlüklerinden mahrum kalmaya devam etmişlerdir. Bu kararlar da yeni bir ihlal üretebilir. Son olarak, verilen hüküm ile birlikte, yurt dışına çıkış yasağı dışındaki diğer adli kontrol tedbirleri kaldırılmıştır.³⁹

6. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Etkili Bir Yol Olmaktan Çıkmış mıdır?

Normal şartlarda bir hukuk yolunun tüketilmesinin gerekliliği, o hukuk yolunun etkili olmasına bağlıdır. Etkililik, Sözleşme'nin 13'üncü ve Anayasa'nın 40'ncü maddesinde yer alan "etkili başvuru hakkı" ile bağlaşıklık bir koşuldur. Başvurucunun iddia ettiği hak ihlalinin esasının incelenmesi ile gerektiğinde uygun çarenin sunulabilmesini ve giderimin sağlanabilmesini ifade eder. Bu giderim sadece tazminatla sınırlı değil-

³⁴ Nikolov v. Bulgaristan (2), §60.

³⁵ Mitreski V. MEYC, §§20-25.

³⁶ Vachev v. Bulgaristan, İHAM, 42987/98, 08/07/2004, §§52 ve 64.

³⁷ Dacosta Silva v. İspanya, İHAM, 69966/01, 02/11/2006.

³⁸ Buzadji v. Moldova, İHAM, 23755/07, 05/07/2006; Lavents v. Letonya, 58442/00, 28/11/2002, §§64-66; Nikolova v. Bulgaristan (2), İHAM, §60; Ninescu v. Moldova, 47306/07, 15/07/2014, §53; Delijorgji v. Arnavutluk, İHAM, 6858/11, 28/04/2015, §75.

³⁹ Bu kararla birlikte ele alınan Mehmet Hasan Altan başvurusu üzerine verilen ihlal kararı bakımından süreç daha farklı işlemiştir. 16 Şubat 2018'de, İHAM kararını vermeden ve Anayasa Mahkemesi ikinci bir inceleme yapmadan önce başvuru hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş ve dolayısıyla hukuki durumda bir değişiklik meydana gelmiştir. Bununla birlikte, istinaf yolunda kararı inceleyen İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi, 27 Haziran 2018 tarihinde, Anayasa Mahkemesi ihlal kararını gerekçe göstererek adli kontrol şartıyla tahliye kararı vermiştir.

dir; aynı zamanda başvuruçunun haklarının korunmasını ve ihlalden önceki durumuna olabildiğince dönebilmesini de gerektirir.⁴⁰ Bir hukuk yolunda verilen karar, başkaca makamlarca sorgulanabiliyor ve duruma göre uygulanmayabiliyor ise bu hukuk yolunun etkili olduğu söylene-meyecektir. Örneğin Slovakya ve Hırvatistan'da Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu; bu başvuru yolundaki ihlal kararı, tazminat ve doğrudan yeniden yargılama etkisi doğurmayıp diğer mercilerin takdirine bağlı uygulama bulduğu için, etkili görülmemeyebilmiştir.

Somut olayda da AYM'nin kararı derhal yerine getirilmemiş olduğu için bu yolun etkililiği riske girmiştir. Buna karşılık İHAM, bu tekil durumdan kategorik bir sonuç çıkarma yöneliminde olmamış fakat uyarı kaydı koymuştur:

“Mahkeme, Başvuranın, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararlar sonucunda, Anayasa Mahkemesinin kararından sonra dahi devam eden tutukluluk halinin, tutukluluk hakkındaki davalarda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun etkili bir hukuk yolu olduğuna dair ciddi kuşkular uyandırdığının üstünde durmaktadır. Ancak, mevcut durumda Mahkeme, Anayasa'nın 19'uncu maddesi kapsamında özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin şikâyetlerinin, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının etkili bir kanun yolu teşkil ettiğine dair önceki bulgularından sapmayacaktır (...). Bununla beraber, Sözleşme'nin 5'inci maddesi kapsamındaki başvurular ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruların etkinliğini sorgulama hakkını, özellikle ilk derece mahkemelerinin, özellikle de ağır ceza mahkemelerinin içtihatlarındaki Anayasa Mahkemesi kararlarının yetkisine ilişkin bundan sonraki gelişmeleri göz önünde bulundurarak saklı tutar. Bu bakımdan, Hükümet'in bu kanun yolunun hem teoride hem de uygulamada etkili olduğunu kanıtlaması gerekecektir.”⁴¹

7. Geline Aşamada Olasılıklar Nelerdir?

Geline aşamada, ağır ceza mahkemesi hüküm vermiştir. Bu hüküm, söz konusu davayı kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının dışına çıkarabilir; zira tutukluluk süresinin makullüğü bağlamında kişi özgürlüğü

⁴⁰ Gherghina v. Romanya, İHAM, 42219/07, 09/07/2015.

⁴¹ Şahin Alpay v. Türkiye, §121.

ve güvenliği hakkı, “hükmen tutukluluk” durumları için uygulama bulmamaktadır. Hâl böyleyken, hükümden sonraki aşamalardaki durum, artık adil yargılanma hakkı, suçta ve cezada kanunilik gibi haklar ile ilgili olacaktır. Bu hakların ihlali iddiasının AYM önüne taşınması ise olağan hukuk yollarının tüketilmesinden sonra mümkündür. Eğer bu süreçte özgürlükten yoksun kalma durumu söz konusu olursa AYM’nin ve/veya İHAM’ın, *Fatullayev v. Azarbecan* kararındakine benzer bir belirleme yapması olasılık dâhilindedir.

İkinci olasılık, ağır ceza mahkemesinin verdiği hükmün AYM veya İHAM tarafından hâlâ kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkıyla ilişkili görülmesidir. Esasen bir defa mahkûmiyet kararı verildiği takdirde, artık bu karar, uzun tutukluluk bağlamında kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilgili görülmemektedir. İHAM, Sözleşme’nin 5/1(a) hükmü kapsamında yapacağı değerlendirmelerde, ulusal makamların yaptığı yargılama sürecini kapsamlı bir şekilde ve adil yargılanma hakkının tüm unsurlarını (örneğin geniş anlamda avukata erişim hakkını⁴²) içerecek şekilde incelemeyeceğini ifade etmişse de⁴³, bunun sınırını “**adaletin bariz şekilde yok sayılması**” (*flagrant denial of justice*) durumu ile, başka bir deyişle adil yargılanma hakkı kapsamındaki öğelere açıkça (*manifestly*) aykırı durumlar ile çizmiştir.⁴⁴ Örneğin *Stoichkov v. Bulgaristan* davasında, yurt dışında bulunduğu sırada yokluğunda yapılan yargılama sonucu hakkında hapis cezası verilen başvuru ülkesine döndüğünde cezaevinde tutulmuştur. Yeniden yargılama talebinde bulunan başvuru nun bu talebi reddedilmiştir. Mahkeme, yeniden yargılama talebinin reddi aşamasından sonraki hapislik durumunu, adil yargılanma hakkı güvencelerine açıkça aykırı bir mahkûmiyet kararına dayanmasından ötürü kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında bir ihlal olarak görmüştür.⁴⁵ Benzer şekilde, *Gumeniuc v. Moldova* davasında başvuru, hakkındaki trafik para cezasını ödemediği için yokluğunda yapılan yargılama sonrasında 30 gün hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Bu davada Mahkeme, söz konusu yargılamaya ilişkin olarak başvurucuya bildirim yapıldığını gösteren herhangi bir emare bulunmadığından, başvuru nunun

⁴² Bkz. *Hammerton v. Birleşik Krallık*, İHAM, 6287/10, 17/03/2016, §§107-121.

⁴³ *Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya*, İHAM, 12747/87, 26/06/1992, §110.

⁴⁴ *Ibid.*, §110; *Ilaşcu ve diğerleri v. Moldova ve Rusya*, İHAM, 48787/99, 08/07/2004, §461; *Stoichkov v. Bulgaristan*, İHAM, 9808/02, 24/03/2005, §58.

⁴⁵ *Stoichkov v. Bulgaristan*, §§58-60.

söz konusu yargılama sürecinde kendisini savunamadığını dikkate alarak, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında ihlal kararı vermiştir.⁴⁶ AYM'nin veya İHAM'ın böyle bir belirleme yapması da -bazı tartışmaları bünyesinde barındırırsa dahi- olasılık dâhilindedir.

Kuşkusuz, hukukta olasılıklar tükenmez. İki hukukçu yan yana geldiğinde en az üç görüş ortaya çıkar. Gelecekte neler yaşanacağını hep beraber göreceğiz; ancak tüm bu yazılanlardan sonra bir sonuç yazmak ve bir öneri getirmek gerekirse, hâlihazırda değiştirilmesi için hazırlıklar yapılan AYM Kanunu'nda, AYM kararlarının icrası konusunda açık bir hükmün düzenlenmesi gerektiğini söyleyerek bitirebiliriz. Özellikle AYM kararlarının uygulanmamasının disiplin incelemesine tabi olması ve insan hakları yönünden olumsuz durumların yargıçların sicil puanına yansımaları gerekir.

KAYNAKÇA

ALEXY Robert et. al., *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, (Berlin/New York: De Gruyter, 2002).

GARLICKI Lech, "Supreme Courts versus Supreme Courts", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 5, Issue 1, 2007.

GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku, C. I*, (Bursa: Ekin Yay., 2009).

GÖZLER Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. II*, (Bursa: Ekin Yay., 2011).

ŞİRİN Tolga, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, (İstanbul: Avrupa Konseyi Yay., 2018).

ŞİRİN Tolga Şirin "Is the Turkish Constitutional Complaint System on the Verge of a Crisis?", *VerfBlog*, 27/01/2018/<https://verfassungsblog.de/is-the-turkish-constitutional-complaint-system-on-the-verge-of-a-crisis/>

TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, (İstanbul: Beta Yay., 2016).

KARARLAR

Fatih Hilmioğlu başvurusu, AYM, 2014/648, 20/01/2014 (Tedbire ilişkin ara karar).

K. A. başvurusu, AYM, 2014/13044, 11/11/2015.

⁴⁶ Guemeniuc v. Moldova, İHAM, 48829/06, 16/05/2017, §25.

- Şahin Alpay başvurusu (2), AYM, 2018/3007, 15/03/2018.
Şahin Alpay başvurusu, AYM, 2016/16092, 11/01/2018.
Ayşe Yüksel ve diğerleri v. Türkiye, İHAM, 55835/09 55836/09 55839/09, 21/05/2016.
Buzadji v. Moldova, İHAM, 23755/07, 05/07/2006
Dacosta Silva v. İspanya, İHAM, 69966/01, 02/11/2006.
Delijorgji v. Arnavutluk, İHAM, 6858/11, 28/04/2015.
Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya, İHAM, 12747/87, 26/06/1992.
E. v. Norveç, İHAM, 11701/85, 29/08/1990.
Fatullayev v. Azarbaycan, İHAM, 40984/07, 22/04/2010.
Fesar v. Çek Cumhuriyeti, İHAM, 76576/01, 13/11/2008.
Getoş-Magdić v. Hırvatistan, İHAM, 56305/08, 02/12/2010.
Gherghina v. Romanya, İHAM, 42219/07, 09/07/2015.
Guemeniuc v. Moldova, İHAM, 48829/06, 16/05/2017.
Hađi v. Hırvatistan, İHAM, 42998/08, 01/07/2010.
Hammerton v. Birleşik Krallık, İHAM, 6287/10, 17/03/2016.
Hasan Uzun v. Türkiye, İHAM, 10755/13, 30/04/2013.
Ilaşcu ve diğerleri v. Moldova ve Rusya, İHAM, 48787/99, 08/07/2004.
Inseher v. Almanya, İHAM, 10211/12, 27505/14, 02/02/2017.
Kadem v. Malta, İHAM, 55263/00, 09/01/2003.
Lavents v. Letonya, 58442/00, 28/11/2002.
Loukanov v. Bulgaristan, İHAM, 21915/93, 20/03/1997.
Malofeyeva v. Rusya, İHAM, 36673/04, 30/05/2013.
Ninescu v. Moldova, 47306/07, 15/07/2014.
Sabeur Ben Ali v. Malta, İHAM, 35892/97, 29/06/2000.
Smartana v. Çek Cumhuriyeti, İHAM, 18642/04, 27/09/2007.
Starokadomskiy v. Rusya, İHAM, 42239/02, 31/07/2008.
Stephens v. Malta (2), İHAM, 33740/06, 21/04/2009.
Stoichkov v. Bulgaristan, İHAM, 9808/02, 24/03/2005.
Şahin Alpay v. Türkiye, İHAM, 16538/17, 20/03/2018.
Vachev v. Bulgaristan, İHAM, 42987/98, 08/07/2004.
Yakışan v. Türkiye, İHAM, 11339/03, 06/03/2007.
Zubor v. Slovakya, İHAM, 7711/06/06, 06/12/2011.