

## **BÖLÜM 4 / SECTION 4**

### **BİRİNCİ YILINDA ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ ANALİZİ**

*(INDIVIDUAL APPLICATION BEFORE THE TURKISH CONSTITUTIONAL  
COURT: AN ANALYSIS OF THE CASES IN ITS FIRST YEAR)*

**Prof. Dr. Sibel İnceoğlu\***

#### **ÖZET**

Anayasa Mahkemesi bireysel başvurunun birinci yılında 81 karar yayımlamıştır. Aşağıdaki değerlendirme yazısında usul konularından çok kararların maddi içeriğine ilişkin analiz yapılmaya çalışılmıştır. Kararlara bakıldığında genel olarak AYM'nin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarıyla uyumlu bir içtihat oluşturma gayreti görülebilmektedir. Bununla birlikte, bazı önemli eleştirilecek yanlara aşağıdaki incelemede yer verilmiştir. Özellikle, şu konular eleştiri noktası olarak daha fazla öne çıkmaktadır: İHAM kararlarının zaman zaman anayasal hak ve özgürlükleri iç hukuka kıyasla daha dar yorumlamak amaçlı kullanılması; bazı davalarda İHAM kararlarındaki ölçütlerin ruhuna aykırı bir biçimde uygulanması; AYM'nin özerk yorum yetkisinin başvuru lehine yorumlanma olanağının zaman zaman ihmal edilmesi; AYM'nin derece mahkemelerinin yorum yetkisine müdahale etmeme kaygısının adil yargılanma hakkına ilişkin davalarda olumsuz sonuçlar doğurma potansiyeli taşıması.

**Anahtar Kelimeler:** Bireysel başvuru, hak ve ilkelerin dengelenmesi, yasaya karşı bireysel başvuru, bireysel başvuruya konu hak ve özgürlükler, özerk yorum yetkisi, tutukluluk, adil yargılanma hakkı, delil, silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, masumiyet karinesi, gerekçeli karar, makul süre

#### **ABSTRACT**

*The Constitutional Court of Turkey in its first year of individual application (constitutional complaint) published 81 judgments. My main conclusions on the cases won't be on the application procedure, but*

---

\* Prof. Dr., Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

rather will be on the content of the judgments. When we look at the judgments, in general, it can be said that the Constitutional Court (CCrt) has a deep concern about harmonizing its cases with the European Convention on Human Rights (ECHR) and the judgments of the European Court of Human Rights (ECrtHR). The number of references to the ECrtHR judgments is very high in the judgments of the CCrt.

Nonetheless the main points of criticism can be listed as follows:

(a) The Law on the Establishment and Trial Procedure of the Constitutional Court (No. 6216) imposed a ban for the direct individual application against parliamentary acts and administrative regulatory acts (art 45/3). This ban was interpreted broadly in the Ahmet Soysal case. Therefore the provision mentioned can cause trouble in view of the potential victim approach of the ECrtHR.

(b) According to the Turkish Constitution (art 148/3) the rights and freedoms that can be subject to individual application before the CCrt are limited to the rights and freedoms in the ECHR. By interpreting this constitutional article very broadly the CCrt also rests on the restrictions in the ECHR articles. Whereas some rights are formulated without limitations in the Turkish Constitution (e.g. art. 36 and 10), on the contrary to the Convention (art. 6 and 14). In addition to that, CCrt adopted a strict interpretation regarding the subordinate rights (ECHR art. 13 and 14; Constitution art. 40 and 10) in Onurhan Solmaz case.

(c) According to art. 148/4 of the Constitution, CCrt cannot examine the case as an appeal court. Many applications alleging violation of the right to fair trial requested such a review indeed. Certainly Constitutional Court rejected this type of applications relying on art. 148/4. In addition to that, some applications regarding the reliability of the evidence were also rejected on the basis of said article (e.g. Gündüz case), but that type of application must have been analyzed under the article of right to fair trial.

(d) Many applications to CCrt are about the reasonable time clause of the article which formulates right to fair trial. The *ratione temporis* problem regarding reasonable time resulted in applicants' favor. The criteria used by the CCrt in the examination of reasonable time are in conformity with that adopted by ECrtHR. However, CCrt didn't rule violation of article 40 (effective remedy) which regulates effective remedy. It can be beneficial if the CCrt holds that there is a violation of article 40 together with article 36 (fair trial), taking into consideration the lack of effective remedy for lengthy trial in Turkey. In other words CCrt can follow the line of Kudla case of ECrtHR.

**Keywords:** *Individual application, constitutional complaint, balancing rights and principles, constitutional complaint against parliamentary acts, the rights and freedoms subject to constitutional complaint, autonomous interpretation authority, arrest, right to fair trial, evidence, equality of arms, adversarial trial, presumption of innocence, reasoned judgment, reasonable time.*

\*\*\*

## Giriş

AYM bireysel başvurunun birinci yılında bugün itibariyle internet sitesinde 81 kararı sonuçlandırdığını duyurmuştur. Bu kararların tamamı incelenmiş olmakla birlikte, bu çalışmada başvuru usulüne ilişkin kararlardan ziyade başvurunun maddi içeriğine ilişkin kararlar üzerinde durulacaktır. Elbette bu inceleme sadece AYM'nin esastan incelediği kararla ilgili değildir. Başvurunun maddi içeriğine ilişkin çok sayıda kabul edilmezlik kararı mevcuttur ve bu çalışmayı esas şekillendiren kararlar da bu türden kararlar olacaktır.

AYM'nin kuşbakışıyla kararlarına bakıldığında birkaç genel tespit yapmak mümkün. Öncelikle biçim açısından kararlarda başvuru isminin kullanılması, paragraf numaraları verilmesi gibi özellikler, kararın okunması, akılda kalması ve atıf yapılması bakımından işlevsel olmuştur. Özellikle paragraf numaraları bakımından Yargıtay ve Danıştayın da benzer bir sistem kullanmayı düşünmesi özellikle biz akademisyenler için son derece faydalı olacaktır. Akademik çalışmalarda karara atıf yapılırken, hangi cümle ya da paragrafa atıf yapıldığının anlaşılabilmesi için bu son derece önemlidir.

İçerik bakımından ise kararlarda İHAS ve İHAM içtihadına uyum kaygısı açıkça görülebilmektedir. AYM'nin pek çok bireysel başvuru kararında açıkça İHAM kararlarına atıf yapması, son yıllarda norm denetimi yaparken de sıkça benimsediği bu yaklaşımı daha da güçlendirdiğini göstermektedir.

Bu genel olumlu özellikleri belirlemek elbette yeterli değil. Derinlikli bir incelemeyle sorunlu veya başarılı görünen diğer yönlerin ortaya koyulmasının, AYM'nin gelecekte göstereceği yaklaşımlara katkı sağlamak açısından oldukça önemli olduğunu düşünüyorum.

## 1) Yasaya Karşı Başvurular

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasında yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamayacağı düzenlenmektedir. Bu düzenleme, İHAM'ın potansiyel mağdur anlayışı karşısında, İHAM önünde bazı ihlallerin ortaya çıkma-

sına zemin hazırlamaktadır.<sup>1</sup> Diğer yandan bu hükmün okunuş ve yorumlanış biçimi bu tür ihlalleri tamamen önlemese de azaltabilir veya artırabilir. Bazı örneklerle bu konuyu açalım.

*Arif Güneş* davasında, Batman Ticaret Borsası Yönetim Kurulu Başkanlığı görevini iki dönem üst üste ifa eden başvuru, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununun 40. md'sinde yer alan hüküm nedeniyle üçüncü defa bu göreve seçilme olanağının ortadan kaldırıldığını belirterek Anayasada güvence altına alınan eşitlik ilkesi ile seçme ve seçilme özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuru aslında gelecekte bir hakkının ihlal edileceğinden şikayetçidir.

AYM kararında şöyle diyor. “Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, kamusal bir düzenlemenin soyut biçimde Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülmesini sağlayan bir yol olarak düzenlenmemiştir. Bir yasama işleminin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda, bireysel başvuru yoluyla doğrudan yasama işlemine değil ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmellere karşı başvuru yapılabilecektir. Bu şekilde bireysel başvuru yolunun kullanılabilmesi için söz konusu işlem, eylem ve ihmellere karşı varsa başvurulabilecek kanun yollarının da daha öncesinde tüketilmiş olması gerekmektedir. Başvuru dilekçesinde, 5174 sayılı Kanun’un 40. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali gerektiği iddia edilmiştir. Bireysel başvuru kapsamında, bir yasama işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamaz.”<sup>2</sup>

*Süleyman Erte* kararında da yasa henüz uygulanmadan ihlal iddiası ile başvuru yapılmıştır. Başvuru, 12.11.2012 tarih ve 6360 sayılı On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun geçici 2. md'sinin 1. fkr'sı uyarınca Çanakkale ili, Merkez ilçe, Kumkale Belediyesinin tüzel kişiliğinin ilk mahalli idareler genel seçiminden geçerli olmak üzere kaldırılarak köye dönüşecek olması nedeniyle anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuru bu beldede ikamet edenlerin yerel yönetim haklarının ellerinden alındığını, bu nedenle eğitim, sağlık, ulaşım, çevre gibi hizmetlere erişimde sorunlar yaşanacağını belirtmektedir. Sonuç olarak, Anayasanın 36. md'sindeki hak arama hürriyetinin, 42. md'sindeki eğitim ve öğrenim, 56. md'sindeki sağlıklı bir çevrede yaşama, 67. md'sindeki seçme

<sup>1</sup> Bkz. Sibel İnceoğlu, “Norm temelli Denetimden Olay Temelli Denetime: IHAS’a Uyum Işığında Bir İnceleme”, *Anayasa Mahkemesinin 51. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum*’da sunulan tebliğ, 25-28 Nisan 2013.

<sup>2</sup> *Arif Güneş* davası, başvuru no. 2012/837, 05.03.2013, para. 16-18.

ve seçilme ile 70. md'sindeki kamu hizmetine girme haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedir.

AYM bu davada da benzer şekilde şöyle demektedir: “*Bir yasama işleminin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda, doğrudan yasama işlemi aleyhine değil, ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmellere karşı bireysel başvuru yapılabilir. Somut olayda başvurucu, güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilendiğine ilişkin güçlü ve ikna edici gerekçeler ileri sürmek-sizin 6360 sayılı Kanun uyarınca ikamet ettiği beldenin köye dönüştürülmesi nedeniyle eğitim, sağlık, ulaşım, çevre gibi temel kamu hizmetlerine erişimde sorun yaşayabileceği ihtimalinden bahsetmektedir. Buna karşılık anılan Kanun, yalnızca mahalli idare birimi değişikliği öngörmekte olup, başvurunun belirttiği kamu hizmetlerine erişim ile ilgili bir sonuç meydana getirmiş değildir. Kaldı ki bahsedilen kamu hizmetleri, bir yerleşim yerinde belediye kurulmasına bağlı olmaksızın ilgili idari birimlerin yerine getirmeleri gereken hizmetlerdir. Bu nedenle başvurunun salt söz konusu düzenleme nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkının ihlal edildiğinden bahsetmek mümkün değildir.*”<sup>3</sup>

Her iki davada da mağdurluk statüsünün oluşmadığı yönünde bir gerekçe de kullanılmasına rağmen, yasaya karşı doğrudan başvuru yapılamayacağı gerekçesiyle konu bakımından yetkisizlik kararı verilmiştir. Burada davalara İHAM içtihadı perspektifinden bakıldığında esasen konu bakımından yetkisizlik tanımlamasının yerinde olmadığı söylenebilir. Buradaki asıl sorun mağdurluk statüsüne ilişkindir. Bu kararlar İHAM'ın ortaya koyduğu potansiyel mağdur kavramı çerçevesinde bir tartışmaya yer verememiştir. Çünkü AYM'nin kuruluş ve yargılama usullerini düzenleyen kanun, yasalara karşı doğrudan bireysel başvuru yapılmasını açıkça yasaklamaktadır.

*Ahmet Soysal* kararı da yasaya karşı başvuru yapılamayacağından hareketle konu bakımından yetkisizlikle sonuçlanmıştır. Oysa bu olay yukarıda örneklenenlerden oldukça farklıdır.

Olaylar özetle şöyledir: Başvurucu, İzmir 2. Ağır Ceza Mahkemesinin kararı ile resmi belgede sahtecilik suçundan 2 yıl 11 ay hapis cezasıyla cezalandırılmış ve karar Yargıtay 11. Ceza Dairesinin kararı ile onanarak kesinleşmiştir. Başvurucu, mahkûm olduğu suçun 6352 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemenin kapsamında bulunmaması nedeniyle sağlanan “*hükmiün infazının ertelenmesi*” hakkında yararlanamadığını, hükmolunan cezanın infazının durdurulması gerektiğini belirterek İzmir 2. Ağır Ceza Mahkemesine başvurmuştur. Ayrıca başvurucu anılan Mahkeme önünde Kanunun geçici 1. maddesinin 1. fıkrasında yer alan

<sup>3</sup> *Süleyman Erte* davası, başvuru no. 2013/469, 16.04.2013, para. 17-18.

“basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle” ibaresinin Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu iddiasında bulunmuştur. İzmir 2. Ağır Ceza Mahkemesi, başvurunun Anayasa’ya aykırılık iddiasını ciddi bulmamış ve cezanın infazının ertelenmesi talebini de yerinde görmeyerek reddetmiştir. Anılan karara yapılan itiraz da İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesince reddedilmiş ve karar kesinleşmiştir.

AYM konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilmezlik kararı verirken şöyle diyor: “Başvuru konusu olayda başvuru açıkça kapsamı içinde olmadığı bir kanun hükmünün kendisine uygulanmasını sağlamak amacıyla derece mahkemelerine başvuru yapmış ve bu başvurusu sırasında da Anayasa’ya aykırılık iddiasında bulunmuştur. Bu yöndeki talepleri reddedilen başvuru, böylece kanun yollarını tükettiğini belirterek Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucu, dilekçesinde yasama organının basın yoluyla işlenen suçlarda cezanın infazının ertelenmesini öngörürken kendi durumu için ertelenme imkânının getirilmemesinin, anayasal haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Bu hususlar dikkate alındığında başvurunun asıl amacının işlediği suç kapsamına almayan kanun hükmünün kendisine uygulanmasını ve bu yolla infazın ertelenmesi kuralından yararlanmak istediği anlaşılmaktadır.

Dolayısıyla başvuru dilekçesinde, 6352 sayılı Kanun’un geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle” ibaresinin Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali gerektiği iddia edilmiştir. Ancak bireysel başvuru kapsamında, bir yasama işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamaz.”<sup>4</sup>

Konuyu daha iyi kavramak için bu dava İHAM önüne gelseydi nasıl sonuçlanırdı? sorusunu sormak gerekir. Muhtemelen bu konuda bir ihlal kararı ortaya çıkmazdı. Çünkü İHAM ayrımcılık ancak belirli temellere (din, dil, ırk ve benzeri sebepler) dayalı olarak yapıldığında ihlal kararı vermektedir. Fakat bu tür bir başvurunun mağdurluk statüsü bakımından bir kabul edilmezlik sonucuyla karşılaşması oldukça güçtür. Nitekim Türkiye’ye ilişkin *Gündoğan* davasında benzer bir başvuru yapılmıştır. Komisyon 3713 sayılı Kanununun şartlı salıverme için farklı düzenlemeler öngörmesine ilişkin verdiği bu kararda, Sözleşmenin 14. md’sinin, 5. md’nin güvencesi altındaki hakların ayrımcı bir biçimde uygulanmasını yasakladığını belirtmektedir. Diğer bir deyişle mağdurluk statüsü açısından bir sorun görmemiştir. Fakat davada Sözleşmenin 26. md’sinde belirtilen 6 aylık başvuru süresi geçirildiği için esasa girerek

<sup>4</sup> Ahmet Soysal davası, başvuru no. 2012/237, 26.03.2013, para. 19-20.

inceleme yapmamış ve başvuruyu kabul edilmez bulmuştur. Bu davada başvuru, iç hukukta Anayasa Mahkemesine SHP tarafından açılan iptal davasının sonuçlanmasını beklemiş ve kararın resmi gazetede yayınlanmasından sonra başvurusunu yapmıştır. İHAM'a göre, Türk hukukunda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru (o tarihte) söz konusu değildir, dolayısıyla anayasa yargısı, 26. md anlamında tüketilmesi gereken bir yol değildir, yasa yürürlüğe girdiği gün kesinlik kazanmaktadır, çünkü yasa hükmü kişinin cezaevinde iyi halli olup olmadığına bakılmaksızın ve başka bir yetkilinin kararına gerek olmaksızın doğrudan uygulanabilmektedir. Sözleşmenin 26. md'si kesin kararın verildiği tarihten başlayarak 6 ay içinde başvurulabileceğini öngörmektedir, dolayısıyla yasanın yürürlüğe girdiği tarih 6 aylık sürenin başladığı tarihtir. İlgili davada ise bu süre geçirilmiştir.

İHAM'ın Türkiye'ye ilişkin *Gerger* kararı<sup>5</sup> da konumuz açısından ilginçtir. Yukarıda incelenen 3713 sayılı yasanın başka bir yönü açısından yapılan bir başvurudur. Başvurucu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8. md'sinin 1. fkr.'dan hüküm giymiş ve yasanın 17. md'si gereğince şartla salıvermeden yararlanmıştı. Başvurucu, Ceza Kanunu çerçevesinde hüküm giyenlerin şartla salıvermeden yararlanmaları için cezalarının yarısını çekmeleri aranırken, ilgili yasa nedeniyle, kendisinin cezanın dörtte üçünü çekmek zorunda kaldığını, bu farkın Sözleşmenin 14. md'sine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Hükümet, Terörle Mücadele Kanunundaki bir suçtan mahkum olanların bu tür suçların çok ciddi olması nedeniyle şartla salıverilmelerine sınırlama getirildiğini belirtmiştir.

İHAM mağdurluk statüsü açısından bu başvuruda da bir eksiklik görmemiş, kabul edilebilir bulduktan sonra esasa girmiş ve iddianın md 5/1-a ile bağlantılı olarak 14. md'nin kapsamına girdiğini belirttiikten sonra 14. md'ye aykırılık bulmamıştır. Mahkeme şöyle demektedir: “Yasanın amacı terörist suçları işleyenleri cezalandırmaktır ve bu yasa çerçevesinde suç işleyen herkes, şartla salıverme açısından, olağan yasa çerçevesinde cezalandırılanlardan daha aleyhte muamele görecektir. Bundan şöyle bir sonuç çıkmaktadır, yapılan ayırım farklı insan grupları arasında yapılmamış, yasamanın bu tip suçların ağırlığına ilişkin görüşüne göre farklı suç tipleri arasında yapılmıştır”. Burada teröre ilişkin suçların niteliğinin ağırlığı açısından bir sınıflandırma yapılmasını

<sup>5</sup> *Gerger v. Turkey*, appl. no. 24919/94, 08.07.1999. Bu kararların ve AYM uygulamasının incelenmesi bakımından daha geniş bilgi için bkz. Sibel İnceoğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayırmacılık Yasası Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelelenmesi”, *Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum*, Ankara 27-28 Nisan 2001, *Anayasa Yargısı*, Cilt 18, Ankara, 2002, s. 41-70

İHAM haklı bulmaktadır. İHAM'ın bu bakış açısı, AYM'nin 3713 sayılı yasanın 17. md'sini Anayasaya aykırı bulmayan norm denetimi yaptığı kararı ile örtüşmektedir.<sup>6</sup>

AYM'nin yasaya karşı başvuru yapılamayacağına ilişkin hükmü *Ahmet Soysal* kararındaki gibi bu denli geniş yorumlaması gelecekte İHAM önünde Türkiye'nin ihlallerle karşılaşılmasına zemin hazırlayıcı niteliktedir. Pek çok ayrımcı muamele yasadan kaynaklanabilir. Ayrımcılık, benzer durumda olanlardan farklı bir biçimde kişinin hak ve yükümlülüklerinin yasa düzenlenmesi ile ortaya çıkabileceği gibi yasanın benzer durumda olanların tümünü kapsamayarak, kişiyi normun dışına çıkarması ile de ortaya çıkabilir.<sup>7</sup> AYM'nin yukarıda ele alınan yorumu karşısında, birinci ihtimalde ayrımcılık yasağı başvurusu yapılma olasılığı artacak çünkü yasa uygulanmış olacak fakat ikinci durumda yapılamayacaktır.

## 2) Bireysel Başvuruya Konu Haklar ve Norm Alanı Sınırlamaları

AYM, İHAS kapsamındaki Anayasal hakları ve içeriklerini belirlerken İHAM içtihatlarıyla birlikte değerlendirme yapmaktadır. Bu genişletici bir anlayışı ortaya koyması bakımından olumludur. Örneğin AYM, Anayasanın 36. md'sinde adil yargılanma hakkının tanımı ve unsurları yer almadığı halde, adil yargılanma hakkını düzenleyen İHAS md 6'daki unsurları Anayasa maddesine taşımıştır.

Ayrıca İHAS'ın belirli bir maddesinde yer alan bazı alt ilke ve haklar Anayasanın çeşitli maddelerine dağılmış olabilmektedir. AYM Anayasanın bütünlüğü ilkesi gereği başka maddelere dağılmış olan ilkelere de hakkın düzenlendiği ana maddeyi destekleyici bir biçimde kullanmaktadır. Örneğin İHAS'da adil yargılanma hakkı düzenlenirken (md 6), makul sürede yargılanma, bu hakkın bir parçası olarak ele alınmıştır. Bizim anayasamızda ise adil yargılanma hakkına 36. md'de yer verilirken hakkın içeriği belirlenmemiş, davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılması bir ilke olarak yargı bölümünde 141. md'nin son fkr'sında yer almıştır. AYM son derece yerinde bir biçimde, bir yandan 36. md'nin içeriğini İHAS md 6'nın içeriği ile doldururken, diğer yandan Anayasanın 36 ve 141. md'lerini birlikte değerlendirerek karar vermiştir.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> E. 1991/18, K. 1992/20, K.T. 31.03.1992.

<sup>7</sup> Bkz. Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin yay., Ankara 2003, s. 289-315.

<sup>8</sup> *Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun* davası, başvuru no. 2012/13, 02.07.2013, para. 39.



Anayasanın 148/3 md'si gereği, bireysel başvuru yapılabilmesi için hakkın hem İHAS'da hem Anayasada yer alması gerekir. Fakat AYM'nin bu düzenlemeyi yorumlayış biçimi bizim şu soruyu sormamıza neden olmaktadır: Anayasada daha geniş düzenlenmiş bir hakkın İHAS'da daha dar düzenlenmesi halinde, md 148/3, İHAS'ı daraltıcı bir belge olarak kullanmayı gerektirir mi?

İHAS bazı hak ve özgürlüklerin norm alanını sınırlamış veya bağlı nitelikte düzenlemiştir. Adil yargılanma hakkını düzenleyen md 6 ile ayrımcılık yasağını düzenleyen md 14 buna örnek verilebilir. Anayasa ise bu konularda bir daraltmaya gitmemiştir.

Konuyu biraz daha açacak olursak, örneğin adil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasanın 36. md'si "herkes" kavramını kullanır, dolayısıyla herkesin herhangi bir dava türü ya da davada bulunduğu konum sınırlaması olmaksızın adil yargılanma hakkına sahip olduğunu vurgular. Oysa İHAS md 6, sadece suç isnadı ile medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin nizaların karara bağlandığı davalarda adil yargılanma hakkını tanıır.

Ayrımcılık yasağını düzenleyen İHAS md 14 de, "*Bu Sözleşmede beyan edilen hak ve özgürlüklerin kullanılması, cins, ırk, renk, dil, din... gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır*" derken, aynı yasağı düzenleyen Anayasanın 10. md'si "herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" demektedir. İHAS ayrımcılık yasağını Sözleşmedeki diğer hakların kullanımıyla ilişkilendirirken (bağlı hüküm), Anayasada hak öznesi herkeştir ve ayrımcılık yasağı tanımlanırken Anayasada tanınmış diğer hakların kullanılması ile bir bağlantı kurulmamıştır (bağımsız hüküm). Öyle olsaydı bile Anayasadaki hak ve özgürlükler Sözleşmedekinden nicelik olarak daha fazla olduğundan Anayasa yine de daha geniş bir norm alanına sahip olacaktı.

Nitekim Anayasa md 40/1 yetkili makama başvuru hakkını düzenlerken "*Anayasa ile tanınmış hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes*" tanımını kullanarak bir daraltmaya gitmiştir. İHAS da benzer şekilde 13. md'de "*bu Sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes...*" ifadesini kullanarak etkili başvuru hakkının norm alanını sınırlı tutmuş bağlı bir hüküm olarak düzenlemiştir. Fakat Sözleşme ile kıyaslandığında Anayasada mevcut olan hak ve özgürlükler nicelik bakımından daha fazladır. O halde Anayasanın 40. md'sinin norm alanı İHAS'ın 13. md'sinin norm alanından daha geniştir.

Bireysel başvuru hakkını düzenleyen Anayasa maddesi, "*Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin*" ihlali durumunda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruyu tanımaktadır. Buradaki kritik

soru şudur: Yukarıda örneklenen hak ve özgürlükler bakımından AYM, norm alanı Anayasaya göre daha dar olan İHAS md'sini esas alarak mı başvuruyu kabul edecek ya da reddedecektir yoksa İHAS md'sindeki hak ile paralel hakkı Anayasada tespit etmekle yetinip İHAS'daki daraltılmış norm alanını bir tarafa bırakacak mıdır?

2010 değişikliği gerekçesinde ve değişikliğin tartışılması sırasında AYM'ye bireysel başvuru hakkının kabul edilme nedenlerinden biri olarak İHAM önündeki ihlalleri azaltmak gösterilmiştir. Genetik yorumdan yola çıkılırsa tali kurucu iktidarın İHAM önündeki ihlalleri azaltma iradesinin varlığı yadsınamaz. Sadece bu irade esas alındığı takdirde Anayasadaki geniş norm alanını değil Sözleşmedeki dar alanı benimsemek mümkün olabilir.

Diğer yandan söz konusu Anayasa değişikliğinin tek nedenin İHAM önündeki ihlalleri azaltmak olmadığı da Anayasa Değişikliği Teklifinin gerekçesinde ve Anayasa Komisyonu Raporunda açıklıkla görülebilmektedir. Teklif gerekçesinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun kabulünde pek çok uygar<sup>9</sup> ülkeden esinlendiği vurgulanmış, bu ülkelerdeki temel hakların korunması amacıyla benimsenen anayasa şikayeti ya da bireysel başvuru usulleri örnek gösterilmiştir. Bu noktada sözü edilen ülkelerde bireysel başvuru yolunun İHAS'la sınırlanmamış olduğunu hatırlatalım.

Ayrıca Teklif gerekçesinde “Türkiye’de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulmasının haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükselteceği” vurgulanmıştır. Gerekçede şu ifade de yer almaktadır: “*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*”. Anayasa Komisyonu Raporunda da, bireysel başvuru hakkının tanınmasıyla “Anayasa Mahkemesi bugüne kadar devletçi anlayışla devleti ve sistemi koruyan şekilde algılanırken, artık özgürlükçü kararlar veren özgürlükleri güveneye alan şekilde algılanacağı, prestijinin artacağı”<sup>10</sup> belirtilmiştir.

Bütün bu ifadelerden, Anayasa değişikliği yapan iradenin tek amacının İHAM önündeki ihlalleri azaltmak olmadığı genel olarak temel hak ve özgürlüklerle ilgili standardı yükseltmek olduğu görülebilmektedir. Bu nedenle genetik yorumla dahi İHAS'ı anayasal hakları daraltıcı bir biçimde kullanmak mümkün değildir.

Ayrıca sözel anlamda 148. md'ye bakıldığında esas dayanak noktasının anayasal hak ve özgürlükler olduğu rahatlıkla görülebilmektedir.

<sup>9</sup> Terim aynen Teklif gerekçesinden alıntılanmıştır.

<sup>10</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> (Erişim: 10.01.2013).

“Kapsamındaki herhangi birinin” olarak kullanılan ifade Anayasadaki hak ya da özgürlüğün norm alanının sınırlarını belirlemekten ziyade hangi hak ve özgürlükler bakımından bireysel başvurunun yapılabileceğini göstermek için kullanılmıştır. Diğer bir deyişle AYM’ye belirli sayı ve tipteki anayasal hak ve özgürlükler için başvuruyu kabul etme yetkisi verilmiştir. Bireysel başvuruya konu edilebilecek hak ve özgürlükler için bir katalog oluşturulmuştur. İHAS sadece bu katalogun belirlenmesinde sınırlayıcıdır, hak ve özgürlüklerin norm alanının belirlenmesinde değil.

Diğer yandan İHAS’ın amacı insan hakları bakımından en alt, asgari standardı belirlemektir. Başka bir deyişle Sözleşme iç hukuk açısından asgari bir sınır koymaktadır. İHAS’ın 53. maddesinde yer alan “*Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasaları... çerçevesinde güvence altına alınmış olan insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlandırıyor veya derogasyona gidilmesine olanak tanıyor olarak yorumlanmayacaktır*” şeklindeki düzenleme Anayasada daha geniş norm alanına sahip hakların İHAS çerçevesinde daraltılması yaklaşımına olanak tanımamaktadır. Anayasada daha üst bir standart varken daha düşük bir standardı esas almak İHAS’ın amacına uygun görünmemektedir.

Anayasa çeşitli maddelerinde uluslararası hukuka ve özellikle de insan haklarına ilişkin uluslararası hukuka atıf yaparken (md 15/1, 16, 90/5) sadece İHAS’ı değil diğer insan haklarına ilişkin belgeleri de kapsar bir ifade kullanmaktadır. Örneğin 15 ve 16. md’ler uluslararası hukuka atıf yapmaktadır ki bunun içine İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi de girmektedir. Bu Bildirge ayrımcılık yasağı/eşitlik ilkesini, etkili başvuru yolunu ya da adil yargılanma hakkını düzenlerken söz konusu hakların norm alanlarını İHAS gibi sınırlamamıştır (md 7, 8, 10). Bu anlamda Anayasanın bütünlüğü ilkesi ve uluslararası insan hakları hukukuna uyumun gözetilmesi düşünüldüğünde de İHAS’daki hak ile paralel olan hak ya da özgürlükleri Anayasada tespit etmekle yetinip, İHAS’daki daraltılmış norm alanını bir tarafa bırakmak daha uygun bir yöntem olarak görünmektedir.

Yaklaşık 60 yıl önce yazılan İHAS’ın sözü 1950’lerin devlet – birey - toplum anlayışını yansıtır. İHAM Avrupa’daki devlet, toplum ve birey algısına yönelik dönüşümü kararlarına yansıtmaktadır. Bu nedenle belirtilen maddelerde yer alan norm alanına yönelik daraltmaları dinamik bir yorumla genişletme eğilimindedir. İHAM’ın bu yaklaşımı da anayasal hak ve özgürlüklerde İHAS’a kıyasla ortaya çıkabilecek daha yüksek standardı benimseme bakımından destekleyicidir.

Fakat AYM yukarıda belirttiğim görüşlerime<sup>11</sup> katılmadığını açıkça ifade etmiştir. AYM, Sözleşmenin aksine norm alanı sınırlanmamış olan veya bağımsız nitelikte düzenlenmiş anayasal hak ve özgürlükleri Sözleşmedeki sınırlamaları esas alarak yorumlamıştır.

Anayasa Mahkemesi *Onurhan Solmaz* kararında her üç madde bakımından İHAS'taki norm alanı sınırlamasını esas almıştır. Başvurucu, bu davada, hak arama hürriyetinin, transseksüel olması nedeniyle kısıtlandığını iddia etmiştir. Başvurucu, adil yargılanma hakkının yalnızca sanıkların haklarına ilişkin olmadığını, etkili soruşturma ve kovuşturma yapılmaması hâlinin, mağdurların haklarını da ihlal edeceğine değinmiştir. Başvurucunun şikâyetine konu olan ve transseksüelleri topluluk olarak aşağıladığını iddia ettiği köşe yazısının ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirildiğini, oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin cinsel yönelimle ilgili olarak toplulukları aşağılayıcı ve nefret söylemi içeren ifadeleri, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmedeğini belirtmiştir. Başvurucu, Cumhuriyet savcısının, başvurunun transseksüel olması nedeniyle farklı uygulama yaparak söz konusu köşe yazısı hakkında kamu davası açmadığını, bu şekilde kendisine ayrımcılık yapıldığını iddia etmiştir. Bu davada Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin yanı sıra etkili soruşturma yapılmadığından 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının ve 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini öne sürmüştür.

AYM ise şöyle diyor: “*Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa’da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir.*”<sup>12</sup>

Bu durumda AYM ortada başvuru hakkında ileri sürülmüş bir suç isnadı veya karara bağlanacak medeni hak ve yükümlülük uyuşmazlığı olmadığından hareketle 36. md'nin uygulanabilir olmadığına İHAM kararlarına atıfla karar vermiştir. Benzer yorumlar md 10 ve 40 için de yapılmıştır. AYM şöyle diyor: “*Başvurucunun, Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve Sözleşme’nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı ile Anayasa’nın 40. ve Sözleşme’nin 13. maddeler-*

<sup>11</sup> Bu görüş daha önce tarafımdan dile getirilmişti bkz. Sibel Inceoglu, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, ed. Sibel Inceoglu, 3. b., Beta yay (1. Baskı Avrupa Konseyi yay.), İstanbul 2013, s.50-52.

<sup>12</sup> *Onurhan Solmaz* davası, başvuru no. 2012/1049, 26.03.2013, para. 18.

rinde düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine yönelik iddialarının, bahsi geçen maddelerdeki ifadeler dikkate alındığında, soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir. Bir başka ifadeyle ayrımcılık yasağı ve etkili başvuru hakkının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için, ihlal iddiasının, kişinin hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda ayrımcılığa maruz kaldığı ve hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda etkili başvuru hakkının kısıtlandığı sorularına cevap verebilmesi gerekmektedir.”<sup>13</sup>

Şöyle devam ediyor: “Başvurucunun, eşitlik ilkesinin ihlali ve etkili başvuru hakkının sağlanmadığı iddialarının, başvurunun temelini oluşturan adil yargılanma hakkı çerçevesinde ve bu hakla bağlantılı olarak ele alınması zorunluluğu vardır. Dolayısıyla ayrımcılık yasağı ve etkili başvuru hakkı, bağımsız nitelikte koruma işlevine sahip olmayıp, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını, korunmasını ve başvuru yollarını güvence altına alan tamamlayıcı nitelikte haklardandır. Bu çerçevede, başvurucunun adil yargılanma hakkı kapsamına giren bir hakkına yönelik müdahale bulunmaması nedeniyle ayrımcılık yasağı ve etkili başvuru hakkının somut başvuru açısından uygulanabilmesi mümkün değildir.”<sup>14</sup>

Bu davada AYM sadece belirtilen anayasal hakların norm alanını Anayasada olduğundan daha fazla sınırlamakla kalmamış, 40 ve 10. md’lerin yorumlanmasında başvurucunun öz itibarıyla ihlal iddialarını değil sadece sözel ifadelerini dikkate alarak da bir daraltma yapmış görünmektedir. Başvurucu açıkça özel yaşam hakkından söz etmese de özünde transseksüel olması nedeniyle ayrımcı muameleye tabi tutulduğunu dile getirmektedir. Transseksüellik gibi kişinin cinsel yönelimlerinin özel yaşamının bir parçası olduğunda kuşku yoktur.<sup>15</sup> Bu noktada AY’daki 17 ve 20. md’lerle bağlantı kurarak 10 ve 40. md’ler değerlendirilebilirdi. Bu yapılmayarak ikinci bir daraltma daha yapılmıştır.

AYM’nin hakkın norm alanını daraltan bu yaklaşımı eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bakımından *Göksel Korkmaz* ve *Necmettin Doğru* davalarında yeniden ortaya koyulmuştur.<sup>16</sup> Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı Anayasada bağlı nitelikte (subordinate) bir hüküm olarak düzenlenmediği, diğer bir deyişle özerk (autonomous) bir hüküm olarak dü-

<sup>13</sup> Para. 33.

<sup>14</sup> Para. 34.

<sup>15</sup> Bkz. Gülay Arslan Öncü, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, s. 307 vd.

<sup>16</sup> *Göksel Korkmaz* davası, başvuru no. 2012/869, 16.04.2013. *Necmettin Doğru* davası, başvuru no. 2013/1337, 16.05.2013.

zenlenmiş olduğu halde, bağlı bir hüküm olarak düzenleyen İHAS esas alınmıştır. AYM Göksel Korkmaz kararında şöyle diyor: “ayırıcılık yasağı, bağımsız nitelikte koruma işlevine sahip olmayıp, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması ve korunmasını güvence altına alan tamamlayıcı nitelikte bir haktır.”<sup>17</sup>

Diğer yandan İHAM sosyal güvenlik hakkını, mülkiyet hakkı bağlamında,<sup>18</sup> çalışma hakkını işe, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında<sup>19</sup> değerlendirerek bu konuda esnek bir yaklaşım benimsemiştir. Dolayısıyla İHAS’ın 14. maddesinin konu bakımından sağladığı koruma sözel olarak sınırlı olsa da zaman içerisinde içtihatlarla kapsamın genişletildiği söylenebilir.<sup>20</sup> AYM’nin aynı eğilimi gösterdiğini şimdilik söylemek güçtür. Necmettin Doğru kararında Emniyet Teşkilatında (B) grubu polis amiri olarak görev yapan başvuru, (A) grubu polis amiri olarak değerlendirilmesi yönündeki talebinin reddine ilişkin işlem nedeniyle eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Başvurucunun mülkiyet ve özel yaşamıyla bağlantılı bir durumun söz konusu olup olmadığı tartışmasına AYM girmemeyi tercih etmiştir.<sup>21</sup>

Adil yargılanma hakkı bakımından da norm alanını daraltan yaklaşımın başka davalara yansıdığını görmek mümkündür. Örneğin Adnan Oktar davasında, başvuru şahsına karşı hakaret suçu işlendiği iddiasıyla Kadıköy Cumhuriyet Başsavcılığına yaptığı şikâyet üzerine etkin bir soruşturma yürütülmemesinin Anayasa’nın 36. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Bu davada da 36. md’nin norm alanı dar yorumlanarak konu bakımından yetkisizlik kararı verilmiştir. İHAM’ın Perez-Fransa kararına atıfla suçtan zarar görenin md 36’daki adil yargılanma hakkından yararlanamayacağı tekrarlanmıştır.<sup>22</sup>

Bununla beraber AYM’nin İHAS’daki norm alanını esas alan yaklaşımının istikrar kazanıp kazanmadığı konusunda kuşklar yaratabilecek kararları da yayımlanmıştır. İHAS md 6 çerçevesinde medeni

<sup>17</sup> Göksel Korkmaz davası, para. 26.

<sup>18</sup> Gaygusuz v. Austria, appl. no. 17371/90, 16.09.1996; Stec and others v. U.K., (Grand Chamber), appl. no. 65731/01, 65900/01, 12.04.2006; Luczak v. Poland, appl. no. 77782/01, 27.11.2007.

<sup>19</sup> Sidabras and Dziautas v. Lithuania, appl. no. 55480/00, 59330/00, 27.07.2004; Rainys and Gasparavicius v. Lithuania, appl. no. 70665/01, 74345/01, 07.04.2005; Bigaeva v. Grece, appl. no. 26713/05, 28.05.2009.

<sup>20</sup> Bilgi için bkz. Ulaş Karan, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, s. 459 vd.

<sup>21</sup> Necmettin Doğru davası, para. 20-23.

<sup>22</sup> Adnan Oktar davası, başvuru no. 2012/917, 16.04.2013, para. 22.

hak ve yükümlülüğe ilişkin bir uyuşmazlığın karara bağlanıp bağlanmadığı bu güne kadar verdiği kararlarda henüz hiç tartışılmamıştır. Oysa bu tartışmanın zorunlu olduğu çeşitli davalar AYM önüne gelmiştir. Örneğin *Yaşasın Aslan* kararında bir medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin uyuşmazlığın karara bağlanıp bağlanmadığı tartışılmaksızın, diğer bir deyişle 36. md'nin uygulanabilir olup olmadığı incelenmeksizin 36. md bakımından değerlendirme yapılmıştır. Asker olan başvuru bu davada, Balıkesir Asker Hastanesinin 27/1/2009 tarihli raporu ile hakkında “kronik nitelikte anksiyete bozukluğu” teşhisinin konulması ve “sınıfının kıta komutanlığı olmayan uygun kadro görev yerlerinde görev yapar” değerlendirmesinin yapılması nedeniyle, nöbet hizmetlerinden muaf tutulması gerektiği konusunda yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davanın makul sürede bitirilmediğinden şikayet etmiştir.

AYM bu davada 36. md'nin yukarıdaki ölçütler çerçevesinde uygulanır olup olmadığına bakmaksızın makul süre bakımından inceleme yapmıştır.<sup>23</sup> Oysa İHAM'ın asker, polis, yargıç, savcı gibi devlete özel bir sadakat ve güven bağı ile bağlı olan statülerde görev yapanlar bakımından 6. md'nin uygulanırılığı ile ilgili içtihatları vardır.<sup>24</sup> Bu tür statüde olanların kariyerleri ve işten çıkarılmalarına ilişkin olarak devlete karşı açtıkları davalarda, davaya konu uyuşmazlığın niteliği, bu karara karşı iç hukukta hukuk yolu olup olmadığı incelenerek uygulanırılık yönünden karara varılmaktadır.<sup>25</sup>

*Kürşat Eyol* davasında başvuru, emekliye sevk edilerek Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişikinin kesilmesine yönelik işlem hakkında açtığı iptal davasının hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına dayanılarak reddedildiğini belirterek Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında tanımlanan masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bu davada da tartışma konusu özünde adil yargılanma hakkı olmasına rağmen, *Yaşasın Aslan* kararına benzer şekilde başvuru medeni hak ve yükümlülüklerine ilişkin bir uyuşmazlığın olup olmadığı test edilmeden masumiyet karinesi bakımından değerlendirme yapılmıştır.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> *Yaşasın Aslan* davası, başvuru no. 2013/1134, 16.05.2013.

<sup>24</sup> *Pellegrin v. France*, (Grand Chamber), appl. no. 28541/95, 08.12.1999 ve *Vilho Eskelinen and other v. Finland*, (Grand Chamber), appl. no. 63235/00, 19.04.2007 kararları.

<sup>25</sup> Bkz. *Vilho Eskelinen and other v. Finland*, para. 62. *Sukut v. Turkey*, (admissibility), appl. no. 59773/00, 11.09.2007. İHAM iç hukukta yargı yolunun açık olması durumlarında devlet gücünü icra eden bu tür meslektaşların işveren sıfatıyla hareket eden devlet ile uyuşmazlıklarına 6. md'nin uygulanabilir olduğu izlenimi vermektedir.

<sup>26</sup> *Kürşat Eyol* davası, başvuru no. 2012/665, 13.06.2013.

Yukarıda zikredilen bu iki davada md 36'nın uygulanır olduğu yönünde karar vermek elbette mümkündür ve hatta böyle de olmalıdır. Çünkü bu iki davada da iç hukukta aleyhine yargı yolu açık olan işlemler söz konusudur. Dolayısıyla İHAS 6. md'nin uygulanmaz olmasında etkili olan *Vilho Eskelinen* kararı ölçütlerinden biri bu davalarda gerçekleşmemiştir. Fakat AYM söz konusu davalarda md 36'nın uygulanır olup olmadığına ilişkin tartışmaya hiç girmeyerek, erken dönem kararlarında yaptığı norm alanı daraltmasından vazgeçtiği kuşkusuz doğurmuştur. AYM uygulanabilirlik testine devam etme eğilimindeyse medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin uyuşmazlıklar bakımından ilk içtihatlarında, en azından ilkeleri ortaya koymaya yönelik olarak, söz konusu tartışmayı yapmalıydı.

Kararın değerlendirme bölümünde 36. md'ye atıf yapılan *Erdoğan Engin* davasında da suç isnadı ya da medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin bir uyuşmazlığın karara bağlanıp bağlanmadığı diğer örneklerle benzer şekilde test edilmemiştir. Bu olayda başvuru borcunu taksitler halinde ödeyeceğine dair taahhüdünü ihlali nedeniyle mahkeme tarafından hakkında üç aya kadar hapsen tazyikine karar verilmiştir. Başvuru adil yargılanma hakkının ve sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilememesinden dolayı özgürlüğü kısıtlama yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.<sup>27</sup> “Hapsen tazyik kararı bir suç isnadının karara bağlanmasını mı içermektedir?” Bu sorunun AYM kararının gerekçesinde sorulmamış olduğu anlaşılmaktadır. Kararda md 36'nın uygulanır olup olmadığı ele alınmaksızın ve test edilmeksizin, adil yargılanma hakkı bakımından değerlendirme yapılarak, başvuru açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur.

Karar gerekçelerinin özenli bir biçimde hazırlanması önem arz eder. Kararlar arası tutarlılık toplumun AYM kararlarını anlaması ve güven duyması bakımından son derece önemlidir. Yukarıda alıntılanan kararlar AYM'nin uyguladığı testler ve içtihatların devamlılığı konusunda kuşkular doğurmaktadır.

### 3) Birden Fazla Hak İhlalleri ve AYM'nin Özerk Yorum Yetkisi

AYM tarafından karara bağlanan bazı davalarda birden fazla hak ihlali iddiası veya özünde birden fazla hak söz konusu olmuştur. Fakat AYM her zaman bu hak ihlali iddialarının tamamını ayrı ayrı değerlendirmeye almayabilmiştir. Örneğin *Necati Gündüz ve Recep Gündüz* davasında, başvuru 36. md'nin yanı sıra 19, 35 ve 41. md'lerin de ihlal edildiğini belirtmektedir. Başvuru haklarında açılan tazminat davasında, ilk bilirkişi raporundan farklı bir kusur oranı içeren ikinci

<sup>27</sup> *Erdoğan Engin* davası, başvuru no. 2012/695, 12.02.2013, para. 16.



bilirkişi raporuna dayanılarak aleyhlerinde tazminata hükmedildiğini belirterek, Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35., adil yargılanma hakkını düzenleyen 36., ailenin korunmasını düzenleyen 41. ve kişi özgürlüğü ve güvenliğini düzenleyen 19. maddelerindeki haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Fakat AYM kararında 36. md dışındaki maddelere hiç değinmemiştir.<sup>28</sup>

Nitekim AYM çeşitli kararlarında başvurucunun hukuki nitelemesi ile bağlı olmadığını, kendisinin bu konuda özerk bir biçimde niteleme yapabileceğini belirtmektedir.

Örneğin *Miraş Mühendislik İnş. Taah. Reklam Paz. Tic. A.Ş.* davasında şöyle demektedir: “Başvurucu, her ne kadar kamulaştırmaz el atma nedeniyle tazminat istemlerinde Yargıtayın farklı dairelerince kamu alacaklarına uygulanan en yüksek faizle tahsile karar verilmesinin eşitlik ilkesini ihlal ettiğini ileri sürmüşse de Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir. Başvurucunun bu iddialarının özü, anılan kararın adil olmadığı iddiasına dayandığından söz konusu iddialar, adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir. Dolayısıyla başvurunun, mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlali iddiaları altında incelenmesi gerekmektedir.”<sup>29</sup>

Bu yaklaşım elbette ilke olarak doğru olsa da çok dikkatli değerlendirmeler yapılmasını gerektirir. Ayrıca AYM başvurucunun hukuki nitelemesi ile bağlı olmadığını açıkladığına göre, bu durumu başvuru lehine kullanma olanağına dönüştürebileceğini de hatırlamalıdır. Başvuru tarafından açıkça dile getirilmemiş hukuki nitelemeyi pek ala AYM kendisi başvurucunun nitelemesinden bağımsız bir biçimde yapabilir.

Örneğin *Erdinç Engin* davasında başvuru adil yargılanma hakkının yanı sıra sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğü kısıtlama yasağının da (md 38/8) ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AYM Anayasadaki bu yasağın İHAS ve Türkiye'nin taraf olduğu Protokollerde korunmadığından hareketle başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun<sup>30</sup> kabul etmiştir.<sup>31</sup> Oysa başvurucunun bu iddiası

<sup>28</sup> *Necati Gündüz ve Recep Gündüz* davası, başvuru no. 2012/1027, 12.02.2013.

<sup>29</sup> *Miraş Mühendislik İnş. Taah. Reklam Paz. Tic. A.Ş.* davası, başvuru no. 2012/1056, 16.04.2013, para. 24.

<sup>30</sup> *Erdinç Engin* davasındaki en dikkat çekici kavram kargaşası, “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilmezlik kararı verilmesi gerekirken, “açıkça dayanaktan yoksunluk” nedenine dayanılarak başvurunun reddedilmesidir. Örneğin *İ.Ç.* davasında doğru ve yerinde bir biçimde “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilmezlik kararı verilmiştir. *İ.Ç.* davası, başvuru no. 2013/439, 16.04.2013, para. 21. AYM'nin en kısa sürede bu kavram kargaşasına son vermesi istikrarlı bir içtihat oluşması ve gelecekte başvuru yapacakların AYM'nin ölçütlerini anlayabilmeleri bakımından son derece önemlidir.

özünde kişi özgürlüğüne müdahaleyi içermektedir. Bu nedenle başvuru-cunun olayları hukuki niteliğine bağlı kalmaksızın, AYM'nin olayları özerk bir biçimde niteliği ve başvuruyu Anayasanın 19. md'si bakımından da incelemesi mümkün olabilirdi.

Benzer biçimde *Vedat Benli* kararında başvuru cezalarının kanuna aykırı biçimde içtima edilmesi ve birbirinden farklı mahkeme kararları olması nedeniyle gerekenden uzun hapsedilmesinden şikayetçi olmuştur. AYM md 36'da yer alan adil yargılanma hakkı açısından değerlendirme yapmakla yetinmiş ve başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.<sup>32</sup> Oysa mahkeme kararları arasındaki farklılık ve tutarsızlık, Anayasa md 19/2'de yer alan yasallık ilkesi bakımından da değerlendirilebilirdi, çünkü md 19/2 bakımından yasanın erişilebilir olmasının yanı sıra belirliliği ve öngörülebilirliği de önemlidir.

#### 4) Hak ve İlkelerin Dengelenmesi

Özellikle sınırlama sebebi öngörülmemiş hak ve özgürlükler bakımından çatışan anayasal hak ve ilkeler karşısında bir dengelemeye gidilmesi meselesi anayasa hukukunun en önemli tartışma konularından biridir. AYM'nin norm denetimi yaptığı bazı davalarda da gündeme gelmiştir. Anayasanın bütünlüğü ilkesi gereği çatışan anayasal hak ve ilkelerin, birini diğerine üstün kılmaksızın, dengelenmesi gerekir.<sup>33</sup>

AYM bireysel başvuru kararlarında da çatışan hak ve ilkeleri değerlendirmek zorunda kalmıştır. *Tufan Şahin* kararında anayasanın bütünlüğü ilkesi üzerinde durmuştur. AYM bu kararda adli para cezasına karşı kanun yolunun kapalı olmasının hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu iddiasını ele almıştır. Hak arama özgürlüğünü düzenleyen maddede sınırlama sebebi öngörülmemiştir. Fakat bu durum başka anayasal hak ve ilkelerle bir çatışma olduğunda bir dengeleme yapılamayacağı anlamına gelmez. AYM şöyle demektedir: “Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri, diğerinin sınırını oluşturabilmektedir.”<sup>34</sup>

Yukarıdaki gerekçe daha önce AYM'nin norm denetimi yaptığı davalarda da kullanılmıştı. Fakat bu gerekçenin sorunlu bir ifaden-

<sup>31</sup> *Erdinç Engin* davası, para. 27-29.

<sup>32</sup> *Vedat Benli* davası, başvuru no. 2013/307, 16.05.2013.

<sup>33</sup> Bkz. Sibel Inceoğlu, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, s. 24-26.

<sup>34</sup> *Tufan Şahin* davası, başvuru no. 2012/799, 26.03.2013, para. 17.

dirme içerdiğini belirtmek gerekir. AYM haklı olarak anayasanın bütünlüğü ilkesine ve maddelerin eşit değerde olduğuna yer vermekle birlikte, bir hakkın diğerinin sınırı olabileceğine dikkat çekmektedir. Oysa çatışan hak ve ilkeler olduğunda birini diğerinin sınırı olarak görmektense her ikisinin de eşit değerde olduğu akılda tutularak dengelenmesi (tartım) daha anlamlı olacaktır. Biri diğerinin sınırı olarak görüldüğünde dolaylı olarak bir hiyerarşi kurulduğu izlenimi ortaya çıkabilir. Oysa dengeleme her iki değere de özlerini kaybetmeksizin koruma sağlamaktır. Bir tür oranlılık testidir.

Nitekim bu davada 141. md'de yer alan ve aslında 36. md'de düzenlenen adil yargılanma hakkının da bir parçası olan "davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılması" ilkesi karşısında bazı davalarda, tek dereceli bir yargılamanın mümkün olması gerektiği, bunun hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil etmeyeceği yukarıdaki dengeleme yapılarak vurgulanabilirdi. Nitekim İHAM bu değerlendirmeyi kararlarında yapmaktadır. AYM 141. md'den söz etmekle birlikte konuyu bu açıdan derinleştirmek yerine, esas olarak 142. md ve İHAS Ek 7. Protokol açısından gerekçelendirmiştir.

AYM'ye göre md 142'de "mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin, işleyişinin ve yargılama usullerinin" kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Buna göre, usul kanunlarının Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla düzenlenmesi kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır. Anayasa'da tüm mahkeme kararlarının temyiz edilebilmesi hakkını içeren bir kurala yer verilmemiştir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye tarafından imzalanan ancak henüz onaylanmayan Ek 7 nolu protokolünün "Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı"nı düzenleyen 2. maddesinde "az önemli suçlar" yönünden bu hakka istisna getirilebileceğinin düzenlendiğini belirtmektedir. Az önemli suçlar kategorisini AYM, adalet duygusunu rencide etmeyecek veya hukuk devleti kavramıyla bağdaşmayacak sonuçlara yol açmayan suçlar olarak tanımlamaktadır. Elbette bu tür kategorilerin tanımlanması her zaman az çok muğlak bir alan yaratmaktadır. Hangileri az önemli suç hangileri önemli suç olarak tespit edilecektir? Bu belirlemeyi nesnel biçimde yapmak kolay değildir ve eleştirileri zaman zaman davet edebilecektir.

##### **5) Tutuklamada Yasallık ve Tutuklama Süresinde Makullük – Derece Mahkemesinin Yorum Alanına Haklı Müdahale**

AYM önüne gelen davaların bir kısmı tutukluluğun hem yasallığı hem de tutukluluk süresinin makullüğüne ilişkin olmuştur. Bu davalarda AYM Anayasanın kişi özgürlüğüne ilişkin olan 19. md'sini aynı konuyu düzenleyen İHAS md 5 ile uyumlu yorumlama gayretini ortaya koymuştur.

Tutuklamanın yasallığına ilişkin olarak (md 19/3) *Ramazan Aras* davasında AYM ihlal kararı verirken şöyle diyor: “5271 sayılı Kanun’daki azami tutukluluk süresinin ağır cezalı işler bakımından uzatmalarla birlikte azami beş yıl olduğu, bu haliyle düzenlemenin öngörülebilir olduğu anlaşılmaktadır. Ancak derece mahkemelerinin kanuni tutukluluk süresinin her suç için ayrı ayrı hesaplanması gerektiği yönündeki yorumu, bireylerin tutuklu olarak yargılanabileceği azami süreyi belirsiz ve öngörülemeyen bir şekilde uzatmaya elverişlidir. Zira bir kişi hakkında birden fazla suç isnadı olması halinde azami tutukluluk süresi her biri için ayrı ayrı hesaplandığında kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği süre öngörülemeyen bir şekilde uzayacaktır. Bu durumun başvurucu açısından öngörüülebilir olmadığı açıktır. Bir hukuk devletinde henüz suçluluğu sabit hale gelmemiş bir bireyin mahkemenin benimsediği yorum nedeniyle belirsiz bir süre boyunca özgürlüğünden yoksun bırakılması düşünülemez.”<sup>35</sup>

“Diğer taraftan, Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrası tutuklulukta makul süreyi güvence altına almıştır. Dolayısıyla kanunla tutukluluk süresi için getirilen üst sınırlar makul sürenin aşılmadığı istisnai durumlar için geçerli olabilir ve hiçbir şekilde kişinin bu süre doluncaya kadar tutulabileceği anlamına gelmez. Aksine, üst sınırın aşılmadığı durumlarda dahi, tutukluluk makul süreyi aşmışsa, anayasal hakkın ihlal edildiği sonucuna varılacaktır.”<sup>36</sup>

Tutuklulukta makul süreye ilişkin olarak ise *Ramazan Aras* kararında tutukluluğun neden devam ettiğine ilişkin gerekçe bulunmadığı kanaatine varılmıştır. AYM şöyle diyor: “Bir davada tutukluluğun belli bir süreyi aşmamasını sağlamak, öncelikle derece mahkemelerinin görevidir. Bu amaçla, yukarıda belirtilen kamu yararı gereğini etkileyen tüm olayların derece mahkemeleri tarafından incelenmesi ve serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararlarında bu olgu ve olayların ortaya konulması gerekir. Tutuklama tedbirine kişilerin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmasının yanı sıra bu kişilerin kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla başvurulabilir. Başlangıçtaki bu tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için yeterli görülebilirse de bu süre geçtikten sonra, uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hâlâ devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Bu gerekçeler “ilgili” ve “yeterli” görüldüğü takdirde, yargılama sürecinin özenli yürütülüp yürütülmediği de incelenmelidir. Davanın karmaşıklığı, organize suçlara dair olup

<sup>35</sup> *Ramazan Aras* davası, başvuru no. 2012/239, 02.07.2013, para. 54.

<sup>36</sup> Para. 51. Tutuklamanın yasallığı ilkesi bakımından benzer yaklaşım başka bir kararda da tekrarlanmıştır. *Burak Döner* davası, başvuru no. 2012/521, 02.07.2013, para. 48-49.

*olmadığı veya sanık sayısı gibi faktörler sürecin işleyişinde gösterilen özenin değerlendirilmesinde dikkate alınır. Tüm bu unsurların birlikte değerlendirilmesiyle sürenin makul olup olmadığı konusunda bir sonuca ulaşılabılır. Dolayısıyla Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirmesinde esas olarak, serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararların gerekçelerine bakılmalı ve tutuklu bulunan kişiler tarafından yapılan tutukluluğa itiraz başvurularında sunulan belgeler çerçevesinde kararların yeterince gerekçelendirilmiş olup olmadığı göz önüne alınmalıdır. Ancak, kuvvetli suç şüphesi ile birlikte devamını gösteren haklı nedenlerin gösterilmesi şartıyla soruşturma veya kovuşturmanın tutuklu sürdürülmesi mümkün olabilir. Buna dair gerekçelere mahkeme kararları ve Bakanlık görüşünde yer verilmediği gibi ilk tutuklama müzakeresi dışında dosyaya herhangi bir karar örneği de sunulmamıştır. Dahası, beş yıllık süre dolmasına rağmen, kanundaki azami sürenin dolmuş olduğu iddiasıyla başvuru talebinde bulunmuş, davayı gören ve itirazı inceleyen mahkemeler kararlarında tahliye talebini reddetmişler fakat beş yıllık azami süre konusundaki iddiaya hiçbir şekilde değinmemişlerdir (§§ 12-14). Beş yılı hayli aşan bir tutukluluk halinin devamına ilişkin bu gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğu söylenemez.”<sup>37</sup>*

Benzer şekilde *Murat Narman* kararında da tutukluğun hem yasalılığı hem de tutuklu geçen sürenin makullüğü açısından ihlal bulunmuştur. Bu davada tutukluğun devamına ilişkin bazı gerekçeler dava mahkemesi tarafından sunulmuş olmasına rağmen, söz konusu gerekçeler AYM tarafından yeterli bulunmamıştır. AYM şöyle diyor: “*Derece mahkemelerince verilen tutukluluğa itiraz ve itirazın reddine dair kararların gerekçeleri incelendiğinde, bu gerekçelerin tutukluluğun devamını haklı gösterecek içerikte olmadığı ve aynı hususların tekrarı niteliğinde olduğu görülmektedir. Beş yılı hayli aşan bir tutukluluk halinin devamına ilişkin bu gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğu söylenemez. Ayrıca Bakanlık tarafından ileri sürülen görüş, başvuru uzun bir süredir tutuklu bulundurulmasının meşru ve ölçülü olduğunu haklı çıkaracak nitelikte değildir. Bu çerçevede başvuru ilk derece mahkemesi önündeki yargılaması devam ederken tutuklu bulunduğu süre makul olarak değerlendirilemez.*”<sup>38</sup>

AYM pek çok kararında derece mahkemelerinin yorum yetksine müdahale etmekten kaçınmaya çalıştığını ortaya koymaktadır. Fakat anayasal haklar söz konusu olduğunda AYM'nin derece mahkemelerinin yorumlarına müdahalesi kaçınılmazdır. Nitekim AYM tutukluluk ile ilgili kararlarında bu ikilemi şu sözlerle dile getiriyor:

<sup>37</sup> *Ramazan Aras* davası, para. 60-70.

<sup>38</sup> *Murat Narman* davası, başvuru no. 2012/1137, 02.07.2013, para. 72.

“Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin kararlarındaki kanunun yorumuna ya da maddi veya hukuki hatalara dair hususlar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Tutukluluk konusundaki kanun hükümlerinin yorumu ve somut olaylara uygulanması da derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır. Ancak kanun veya Anayasa’ya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik halinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren bu tür kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerekir. Aksinin kabulü bireysel başvurunun getiriliş amacıyla bağdaşmaz. Dolayısıyla incelemenin bu çerçevede yapılması gerekir.”<sup>39</sup>

AYM’nin bu içtihatları İHAS ve İHAM kararları paralelinde olması ve mahkemelere tutuklamayı Anayasanın 19. md’sini dikkate alarak yorumlama doğrultusu sunması bakımlarından son derece olumludur. Fakat diğer yandan AYM tutuklamanın ne zaman sona erdiğini belirlerken daha özgürlükçü bir anlayış sunan iç hukukumuzu değil İHAM’ın Sözleşmenin 5. md’sine ilişkin olarak sunduğu dar anlayışı benimseyerek bir kez daha İHAS’ı sınırlayıcı bir belge olarak kullanmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanununun 101. md’sinde “soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re’sen mahkemece karar verilir.” denmektedir. Ardından md 104’te “(1) Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanık salıverilmesini isteyebilir. (2) Şüpheli veya sanığın tutukluluk hâlinin devamına veya salıverilmesine hâkim veya mahkemece karar verilir. Ret kararına itiraz edilebilir. (3) Dosya bölge adliye mahkemesine veya Yargıtaya geldiğinde salıverilme istemi hakkındaki karar, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulunca dosya üzerinde yapılacak incelemeden sonra verilir; bu karar re’sen de verilebilir.” denilmiştir.

Yukarıda belirtilen hükümler, dava Yargıtay aşamasında olsa dahi, yani alt mahkeme mahkumiyet kararı vermiş olsa da suçluluk kesin hükme bağlanana kadar özgürlüğü kısıtlanan kişiyi tutuklu olarak kabul etmektedir. Aksi halde Yargıtay kararı ile salıverilmesine md 104 gereği imkan verilmezdi. Yine kanun yollarını düzenleyen maddeler, CMK md 263 ile birlikte md 291, hakkında mahkeme tarafından mahkumiyet kararı verilmiş kişiyi tutuklu olarak tanımlamaktadır. Bu durumda yasal olarak soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında özgürlüğü kısıtlanan kişi tutuklu kabul edilmektedir. Fakat Yargıtay’ın yarattığı yeni bir uygulama sonucu, ilk derece mahkemesi tarafından hüküm verinceye

<sup>39</sup> Murat Narman davası, para. 48; Ramazan Aras davası, para 49.

kadar geçen süre tutukluluk olarak kabul edilirken, hükmün verilmesinden hükmün kesinleşmesine kadarki süre hükmen tutukluluk olarak tanımlanmıştır. Böylece kanunda olmayan yeni bir statü yaratılmıştır: hükmen tutukluluk. Bu yorum sonucu, tutuklulukta makullüğün değerlendirilmesi sırasında ilk derece mahkemesinin hükmünü vermesinden sonra, örneğin Yargıtay aşamasında geçen süre dikkate alınmamaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu şöyle diyor: “Ancak anılan maddede belirtilen tutukluluk sürelerinin hesabında yerel mahkeme tarafından hükmü verilinceye kadar geçen süre dikkate alınmalı, buna karşın yerel mahkeme tarafından hükmü verilmesinden sonra tutuklu sanığın hükmen tutuklu hale gelmesi nedeniyle temyizde geçen süre hesaba katılmamalıdır. Zira, hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmakla sanığın altılı suçu işlediği yerel mahkeme tarafından sabit görülmekte ve bu aşamadan sonra tutukluluğun dayanağı mahkûmiyet hükmü olmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de AİHS'nin 5.maddesinin uygulamasına ilişkin olarak verdiği kararlarda tutuklulukla ilgili makul sürenin hesabında, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünden sonra geçen süreyi dikkate almamaktadır.”<sup>40</sup>

AYM de Yargıtay'la aynı yorumu benimsemiştir: “Ancak kişi serbest bırakılmadan yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olmuşsa, mahkûmiyet tarihi itibarıyla de tutukluluk hali sona erer. Çünkü bu durumda kişinin hukuki durumu “bir suç isna-dına bağlı olarak tutuklu” olma kapsamından çıkmaktadır. Bireysel başvuru incelemesi açısından, tutuklamanın şartları ile mahkûmiyete hükmedilmesi arasındaki esaslı fark bunu gerektirir. Zira mahkûmiyete karar verilmiş olmakla, isnat olunan suçun işlendiği, bundan failin sorumlu olduğunun sübuta erdiği kabul edilmekte ve bu nedenle sanık hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya ve/veya para cezasına hükmedilmektedir. Mahkûmiyetle birlikte kişinin kuvvetli suç şüphesi ve bir tutuklama nedenine bağlı olarak tutukluluk hali sona ermektedir. Bu açıdan mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması ayrıca gerekmez. Nitekim gerek AİHM, gerekse Yargıtay, mahkûmiyet kararı sonrası tutulma halini tutukluluk olarak nitelendirmemektedir. AİHM, ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olan bir sanığın, söz konusu mahkûmiyet kararından sonraki tutulmasını Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hükmü uyarınca “mahkûmiyet sonrası tutma” olarak değerlendirmekte ve tutukluluk süresinin hesabında dikkate almamaktadır.”<sup>41</sup>

AYM, İHAM içtihadına dayanmak suretiyle yorum yoluyla, iç hukukumuzda tutuklanmış kişiye getirilen güvenceleri sınırlı bir süre için

<sup>40</sup> E. 2011/1-51, K. 2011/42, K.T. 12.04.2011.

<sup>41</sup> Ramazan Aras davası, para. 67.

geçerli güvencelere dönüştürmüştür. Yukarıda “bireysel başvuruya konu haklar ve norm alanı sınırlamaları” başlığı altında geniş bir biçimde tartışıldığı gibi, İHAS’ın iç hukuku sınırlayıcı bir araç olarak kullanılması ne İHAS’da benimsenen anlayışa (md 53) ne Anayasanın diğer maddelerinde benimsenen anlayışa (md 15/1, 16, 90/5) ne de Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolunun amacına uygundur.

### 6) Genel Olarak Adil Yargılanma Hakkı Başvuruları ve Deliller

AYM’ye en fazla başvuru adil yargılanma hakkına ilişkin olmuştur. Bunların detayları aşağıda çeşitli başlıklar altında alt unsurları bakımından incelenmektedir. Alt unsurlarına geçmeden önce AYM’nin genel olarak adil yargılanma hakkını nasıl ele aldığı üzerinde durmak gerekir.

Bazı başvurularda alt mahkemeler tarafından verilen kararların içeriğinin, diğer bir deyişle sonucunun adil olmadığından hareketle adil yargılanma hakkına aykırılık olduğu yönünde şikayetler olmuştur. Bu tür davaların bazılarında AYM adil yargılanma hakkını düzenleyen 36. md bakımından karar vermektense doğrudan Anayasanın 148. md’inde yer alan “*Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz*” hükmünden hareket ederek karar vermektedir. Oysa 36. md ihlali iddiası olduğuna göre md 148 ve 36’yı birlikte değerlendirerek karar vermesi daha yerinde olurdu. Adil yargılanma hakkı, Sözleşme organlarının da belirttiği gibi alt mahkeme kararlarının içerik bakımından adilliğini değil esas olarak usuli açıdan adilliği ilgilendirir.<sup>42</sup> Davanın ele alınışında açık bir keyfilik olmadığı müddetçe dava sonucunun adil olmadığına yönelik iddiaları Sözleşme organları da tıpkı AYM gibi adil yargılanma hakkı bakımından ihlal olarak görmemektedir.<sup>43</sup>

*Mustafa Bülent Erten* kararında AYM md 36’ya atıf yapmaksızın şu şekilde başvuruyu reddetmiştir:

*“Bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyumsuzluğa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamaz. Anayasada yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sü-*

<sup>42</sup> *X v. UK*, appl no. 6172/73, 07.07.1975 (Commission). *H v. U.K.*, appl. no. 10000/82, 04.07.1983, (Commission).

<sup>43</sup> *X v Austria*, appl. no. 7987/77, 13.12.1979 (Commission). *Waldberg v. Turkey*, appl no. 22909/93, 06.09.1995 (Commission). Delillerin dava mahkemesi tarafından ayrımcı bir biçimde değerlendirilmesi ise keyfilik olarak görülebilmektedir, bkz. *Schuler-Zgraggen v. Switzerland*, appl. no. 14518/89, 24.06.1993, para. 66-67.



rece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınmaz. Bu çerçevede, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz”.<sup>44</sup>

Başka kararlarda ise hem 36 hem de 148. md'lere atıf yapılmıştır, 36 bakımından derinlikli bir değerlendirme yapılmamakla birlikte, bu davalarda AYM'nin söz konusu iki maddeyi birlikte değerlendirerek daha doğru bir yaklaşıma yöneldiğini söyleyebiliriz.<sup>45</sup> Gelecekte kararlarda bu anlamda bir istikrarın sağlanması elbette umut edilendir.

AYM adil yargılanma hakkına ilişkin davalarda yukarıda alıntılanan *Mustafa Bülent Erten* davasında dile getirdiği şablonu biraz daha geliştirerek<sup>46</sup> sıklıkla kullanmıştır.<sup>47</sup> Adil yargılanma hakkı çerçevesinde esas olan yargılanan taraflara davasını ortaya koyabilmek bakımından yeterli imkanların sunulmasıdır. Bu nedenle delillerin değerlendirilmesi konusunda İHAM da davaya bakan mahkemenin öncelikli olarak takdir

<sup>44</sup> *Mustafa Bülent Erten* davası, başvuru no. 2012/649, 16.04.2013, para. 26. Elbette şunu tekrar hatırlatmakta fayda bulunmakta: Bu davada silahlı kuvvetler mensubunun disiplinsizlik nedeniyle emekliliğe sevkî söz konusu olduğundan, md 36 bakımından davanın ele alınması durumunda, yukarıda dikkat çekildiği gibi, medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin bir uyuşmazlık olup olmadığı da tartışılmak zorunda kalınacaktı.

<sup>45</sup> *Erdoğan Engin* davası, başvuru no. 2012/695, 12.02.2013. *Ümit Tekin* davası, başvuru no. 2013/781, 26.03.2013.

<sup>46</sup> AYM bu şablonu *Vurucuoğlu* kararında biraz daha açmıştır: “Yukarıda anılan kurallar uyarınca, ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olması veya adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık bir keyfilik içermesidir. Başvurucular, yargılama sırasında delillerini, iddialarını veya savunmalarını sunmuşlar, karşı tarafça sunulan delillere ve iddialara itiraz etme imkanı bulmuşlar ve bunlar derece mahkemeleri tarafından gereği gibi değerlendirilmiş ise kanun yolu şikayeti niteliğindeki bu tür başvurular hakkında açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilir. Ancak söz konusu kurallara uyulsa dahi yargılamanın bütünü incelendiğinde açık bir keyfilik durumu söz konusu ise bu tip şikayetler kabul edilmektedir. Derece mahkemelerince delillerin yanlış değerlendirildiği iddiaları yönünden, Mahkeme, temyiz merci olmadığı için inceleme yapmayı gerekli görmemektedir. Bu çerçevede, kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesince incelenemez”. *İhsan Vurucuoğlu* davası, başvuru no. 2013/539, 16.05.2013, para. 44.

<sup>47</sup> Örn. Bkz. *Necati Gündüz ve Recep Gündüz* davası, başvuru no. 2012/1027, 12.02.2013, para. 26; *Ümit Tekin* davası, başvuru no. 2013/781, 26.03.2013, para. 25.

alanı olduğunu kabul eder. Dava mahkemesi, olaylarla doğrudan temas halinde olduğundan, hangi delilin davayla doğrudan ilgili olduğunu hangisinin ilgisiz olduğunu belirlemede ya da delillerin sunulmasından sonra vicdani kanaatini oluşturmada elbette öncelikli olarak yetkilidir.

Bununla birlikte bu durum mahkemenin dava taraflarının iddia veya savunmalarını ispatlama olanaklarını ortadan kaldıracı ya da zayıflatıcı bir yetkiye dönüşmez. Ya da ayrımcı veya keyfi değerlendirmelere izin veriyor biçimde algılanamaz.<sup>48</sup> Örneğin bir delil alt mahkeme tarafından davayla ilgisiz görülüp kabul edilmediğinde ya da değerlendirmeye alınmadığında, davayla ilgisi başvuru tarafından ortaya koyulabiliyorsa dava mahkemesinin buna tatmin edici bir gerekçe sunması zorunludur. Sunmuyorsa adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olur. Yine örneğin dava mahkemesinin ayrımcı bir yaklaşımla olayı değerlendirmesi onun takdir alanı olarak görülemez.<sup>49</sup> Ya da delilin güvenilirliği konusunda şüpheler varsa dava mahkemesi bu kuşkuları giderici önlemler almadan söz konusu delile dayanarak kararını veremez.<sup>50</sup> Aksi halde bu durum adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturur.

AYM önünde sonuçlanan *Gündüz* davasında, başvuru tarafından, ilk derece mahkemesince bilirkişi raporları arasındaki çelişki giderilmeksizin ikinci bilirkişi raporundaki, Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi tarafından tanzim edilen rapordaki kusur oranına ilişkin tespiti dayanılarak tazminata hükmedilmesinin adil yargılanma hakkına aykırı olduğu iddia edilmektedir. AYM “başvurucunun iddialarının özünün derece mahkemelerince delillerin değerlendirilmesinde ve yorumlanmasında isabet olmadığına ve esas itibarıyla yargılamanın sonucuna ilişkin olduğu anlaşılmaktadır” diyerek açıkça dayanaktan yoksun bir başvuru olduğu kanaatine varmıştır.<sup>51</sup> Kararda alt mahkemenin neden böyle bir değerlendirme yaptığı sorgulanmamaktadır. İki bilirkişi raporu arasındaki farklılığın dava mahkemesi önünde tartışılması ve, ya yeni bilirkişi raporu talep edilerek farklılığın giderilmesi ya da neden son bilirkişi raporuna dayanıldığına dava mahkemesi tarafından gerekçede tatmin edici bir biçimde açıklanması gerekirdi. Bunların yapılmamış olması adil yargılanma hakkı bakımından pek ala tartışılabilir bir konuyken, AYM kararında bu değerlendirme hiç yapılmadan sonuca varılmıştır.

<sup>48</sup> *Schuler-Zraggen v. Switzerland*, appl. no. 14518/89, 24.06.1993.

<sup>49</sup> Örn. bkz. *Vidal v. Belgium*, appl. no. 12351/86, 22.04.1992, para. 34.

<sup>50</sup> Örn. bkz. *Schenk v. Switzerland*, appl. no. 10862/84, 12.07.1988, para. 47-48. *Khan v. U.K.*, appl. no. 35394/97, 12.05.2000, para. 35-40. *P.K. v. Finland*, appl. no. 37442/97, 09.07.2002.

<sup>51</sup> *Gündüz* davası, başvuru no. 2012/1027, 12.02.2013.

Benzer şekilde *Günay Özal ve diğerleri* davasında başvuruçular adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. AYM şu gerekçeyle dayanarak başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur: “Başvuruçuların iddialarının, derece mahkemesince delillerin değerlendirilmesinde ve yorumlanmasında isabet olup olmadığına, dolayısıyla yargılamanın sonucuna ilişkin olduğu ve başvurunun bu haliyle temyiz incelemesi talebi niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.”<sup>52</sup> Oysa iddialar arasında yalancı tanıklık edildiği üzerinde de durulmuştur. AYM derece mahkemesi tarafından tanıkların hangi usullerle sorgulandığını, yalancı tanıklık iddiasını giderici bir yaklaşım gösterilip gösterilmediğini incelememiştir. İncelediyse de kararın gerekçesinde bu incelemeye yer verilmemiştir.

### 7) Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme

AYM önüne gelen bazı başvurularda davaya bakan mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığı yönünde kuşklar dile getirilmiştir.

Örneğin *Yaşasın Aslan* kararı bunlardan biridir. Söz konusu davada Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bağımsız ve tarafsız olmadığına ilişkin iddia AYM tarafından değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme yapılırken Anayasanın adil yargılanma hakkını düzenleyen 36. md’si ile AYİM’i düzenleyen 157. md’si değerlendirmeye alınmıştır.

Kararda AYİM üyelerinin güvencelerini düzenleyen kanun maddelerine yer verilmemiş ve incelenmemiştir. Bu konuda İHAM’ın bağımsızlık ve tarafsızlık açısından sorun görmediği kararları olması haklı olarak önemli bir veri olarak gerekçede kullanılmıştır. Bununla beraber Türkiye vatandaşlarının söz konusu yargıçların güvencelerini düzenleyen kanun maddelerini AYM’nin nasıl yorumladığını görmeye ihtiyaçları vardır. İlgili kanun maddelerinin AYM tarafından bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından incelenmesi gelecek diğer davalar için de yol gösterici nitelik taşıyacağından, bunun yapılmaması bir eksiklik olarak ortaya çıkmıştır.<sup>53</sup> Kaldı ki AYM İHAM’dan daha yüksek bir bağımsızlık ve tarafsızlık standardı benimsemekte özgürdür. Tekrar etme pahasına; İHAS sadece minimum standardı belirler.

### 8) Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama

Silahların eşitliği ilkesi yargılamadaki taraflar arasında *hakkaniyete uygun bir dengenin* sağlanmasını amaçlar. Çelişmeli yargılama ilkesi ise daha çok uyuşmazlık konusunun tartışılmasına etkili katılımı güvence altına alır.

<sup>52</sup> *Günay Özal ve diğerleri* davası, başvuru no. 2013/1281, 16.05.2013, para. 19.

<sup>53</sup> *Yaşasın Aslan* davası, başvuru no. 2013/1134, 16.05.2013.

Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri *Yaşasın Aslan* davasının konusu olmuştur. Başvurucu diğer iddialarının yanında Askeri Yüksek İdare Mahkemesi önündeki ilk derece yargılaması sırasında Başsavcılık görüşünün önceden taraflara tebliğ edilmediğinden şikayetçidir. AYM ne silahların eşitliği ne de çelişmeli yargılama bakımından ihlal bulmamıştır.

AYM şöyle demektedir: “Başvurucu 15/6/2012 tarihli karar düzeltme istemli dilekçesinde Başsavcılık görüşünün kendisine tebliğ edilmediğini de ileri sürmüştür. Karar düzeltme aşamasında düzenlenen 17/10/2012 tarihli Başsavcılık düşüncesi mahkemece 12/11/2012 tarihinde başvurucuya, 1/11/2012 tarihinde de davalı idareye tebliğ edilmiştir. Başsavcılığın bu görüşünün ilk derece yargılaması sırasında verilen görüş ile uyumlu olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başvurucu ilk derece yargılaması aşamasında tebliğ edilmemiş olsa bile karar düzeltme aşamasında aynı mahiyette olan Başsavcılık görüşünden haberdar olmuş ve buna yönelik görüşlerini hazırlama ve mahkemeye sunma imkânı bulmuştur”<sup>54</sup>.

AYM bu gerekçe ile, dava sırasında ortaya çıkan eksikliğin sonradan telafi edildiğine, diğer bir deyişle kanun yollarında eksikliğin giderildiğine dikkat çekmektedir, kararda her iki başsavcılık görüşüne ve mahkeme kararlarının gerekçelerine yer verilmediği için okuyucunun bunu test ederek görmesi mümkün olmamaktadır. Ayrıca karar düzeltme aşaması sınırlı bir hukukilik denetimi içerdiğinden, bu noktada AYM’nin, İHAM içtihatlarında yapıldığı<sup>55</sup> gibi, karar düzeltme aşamasının bu tür bir usuli eksikliği giderebilecek niteliğe sahip olup olmadığı tartışmasını yapması daha yerinde olurdu.

AYM *Yaşasın Aslan* kararında ayrıca şunu söylüyor: “Diğer taraftan başvurucu eğer ilk derece yargılaması sırasında kendi lehine olan başsavcılık görüşü tebliğ edilmiş olsaydı mahkeme önünde dile getiremediği hangi ilave tezleri ileri süreceğine ilişkin olarak da herhangi bir açıklamada bulunmamıştır. Ayrıca AYİM’nin kararını verirken Başsavcılık görüşüne dayanmadığı da görülmektedir. Bu nedenle başvurucunun ilk derece yargılaması sırasında Başsavcılık düşüncesinin önceden tebliğ edilmemesi sebebiyle yargılamanın sonucunu etkileyecek usuli bir imkândan mahrum bırakıldığı söylenemez”<sup>56</sup>.

AYM’nin bu yaklaşımı silahların eşitliği bakımından haklı görülebilirse de çelişmeli yargılama bakımından kuşkuyla karşılanabilir.

<sup>54</sup> *Yaşasın Aslan* davası, para. 35.

<sup>55</sup> Bkz. İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta yay., 2005 İstanbul, s. 213-215, 361-362.

<sup>56</sup> *Yaşasın Aslan* davası, para. 35.

İHAM çelişmeli yargılama ilkesini, “dava sırasında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil, mütalaa ve görüşlerin tamamı hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma olanağının taraflara tanınması” olarak tanımlamaktadır.<sup>57</sup> Mahkemenin kararını etkilemek amacıyla sunulan görüşlerin içeriğinin dava için önemli olup olmadığını takdir edecek olan davanın ilgili tarafıdır, bu nedenle dava dosyasına giren görüş veya delillerin tamamı hakkında taraflar bilgilendirilmeli ve onlara yorum yapma olanağı sağlanmalıdır. İHAM’a göre, mahkemeye sunulan bir şeyin tepki vermeye değer olup olmadığını değerlendirmek savunmanın işidir; bu nedenle savunmanın haberi olmadan mahkemeye sunuş yapmak hakkaniyete uygun değildir.<sup>58</sup> Silahların eşitliği taraflar arasındaki eşitliği sağlamaya odaklanmışken çelişmeli yargılama davaya katılımı ilgilidir. Davayı etkilemek için sunulan görüşün içeriğinin başvuruçunun savunması bakımından ne ifade ettiğini değerlendirmek esas olarak başvuruçunun iniyasitinde olmalıdır.

### 9) Masumiyet Karinesi

AYM’nin önüne gelen davalarda, masumiyet karinesinin ihlali iddiaları dile getirilen önemli konulardan bir diğeridir.

Örneğin *Kürşat Eyol* davası bunlardan biridir. Davada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun yarattığı sonuç tartışılmaktadır. Başvuruçucu, hakkında “*parada sahtecilik*” suçundan verilen mahkûmiyet kararına dair hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğini, bu karar nedeniyle resen emekliye sevk edilerek TSK’dan ilişkisinin kesildiğini belirtmiştir. Başvuruçucu, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, mahkûmiyet hükmünün hakkında sonuç ifade etmemesi anlamına geldiğini, bu kararın kesin bir sonuç gibi değerlendirilerek resen emekliye sevk edilmesi ile Anayasanın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.<sup>59</sup>

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hükmün sonuç doğurmayacağı taahhüdü karşısında kişinin temyiz aşamasından feragat etmesi olarak görülebilir. Nitekim AYM de açıkça ifade etmese de bu tercihi bir tür feragat olarak görmüştür. AYM *Ali Gürsoy* kararında şöyle diyor: “*Somut olayda başvuruçucu, yargılama sonunda hakkında beraat kararı verilmemesi hâlinde lehe hükümler kapsamında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Yargılama so-*

<sup>57</sup> *Ruiz-Mateos v. Spain*, appl. no. 12952/87, 23.06.1993, para. 63.

<sup>58</sup> *Bulut v. Austria*, appl. no. 17358/90, 22.02.1996, para. 49; *K.S. v. Finland*, appl. no. 29346/95, 31.05.2001, para. 23.

<sup>59</sup> *Kürşat Eyol* davası, başvuru no. 2012/665, 13.06.2013.

nunda eksik incelemeye dayalı olarak verilen mahkûmiyet kararının temel hakları ihlal ettiği iddiası, başvurunun talebi üzerine hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması ve temyiz yoluna başvurmayı mümkün kılan bir karar verilmesini başvurunun tercih etmediği dikkate alındığında dayanaktan yoksun görünmektedir.”<sup>60</sup>

Ali Gürsoy kararında feragatin ne kadar özgür irade ile yapıldığı tartışılmamıştır. Başvurucunun baskı altında mahkeme hakkında feragat edip etmediği bu olayda tartışılabilirdi. Örneğin İHAM Deweer kararında, başvurunun hakkındaki suç isnadının bir mahkeme önünde karara bağlanması hakkında feragatinin özgür irade ile yapıp yapmadığını tartışılmıştı.<sup>61</sup> Elbette bu davanın koşulları oldukça farklıdır. Fakat en azından AYM'nin konuya açıklık getirmesi bakımından, hükmün açıklanmasının geri bırakılması rejimini bu açıdan tartışması anlamlı olurdu.

Kürşat Eyol davasına dönecek olursak, AYM bu davada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına dayanarak başka bir mahkemenin karar verebilip veremeyeceğini tartışmıştır. AYM yerinde bir biçimde şöyle diyor: “ceza davası dışında fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyuşmazlıklarda, açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet kararına dayanılması masumiyet karinesi ile çelişebilir.”<sup>62</sup> Alt mahkeme mahkûmiyet kararı vermiş olsa da normal şartlar altında, bu kesin bir karar değildir, temyiz aşamasında karar onandıktan sonra kesinleşecektir. Gerçekten de kişi hükmün sonuç doğurmayacağı güvencesi ile temyiz hakkında feragat etmektedir, bu masumiyet karinesinin ortadan kalktığı anlamına gelmez. Bu nedenle hüküm doğurmayacağı güvencesi ile feragat edilen temyiz hakkına rağmen, bir başka mahkemenin bu hükme dayanması masumiyet karinesi ile çelişebilir.

AYM hemen ardından şöyle devam ediyor: “Buna karşılık, idari uyuşmazlığın çözümüne esas teşkil etmesi bakımından salt kişinin yarılanmış olmasından ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karardan söz edilmesi, masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden söz edebilmek bakımından yeterli değildir. Bunun için kararın gerekçesinin bütün halinde dikkate alınması ve nihai kararın münhasıran hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen fiillere dayanıp dayanmadığının<sup>63</sup> incelenmesi gerekir.”<sup>64</sup> AYM'nin bu yaklaşımında

<sup>60</sup> Ali Gürsoy davası, başvuru no. 2012/833, 26.03.2013, para. 23.

<sup>61</sup> Deweer v. Belgium, appl. no. 6903/75, 27.02.1980.

<sup>62</sup> Kürşat Eyol davası, para. 29.

<sup>63</sup> Vurgu yazara aittir.

<sup>64</sup> Kürşat Eyol davası, para. 29.

haklılık payı olmakla birlikte, gerekçelendirmesinde bazı sorunlu yönler olduğu söylenebilir. Öncelikle somut olayın şartlarının söz konusu gerekçe ile örtüşüp örtüşmediği tartışmalıdır. Olayda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hemen ardından kişinin emekliye sevk edildiği anlaşılmaktadır. Üstelik AYİM'nin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına konu olan fiiller dışında hangi fiillere dayanarak hüküm kurduğu çok açık değildir, ceza davası sonucuna atıf yapılmıştır. AYM kararının olaylar kısmında daha önceki disiplinsizlikleri için başvurunun zaten çeşitli disiplin cezaları almış olduğu görünmektedir.<sup>65</sup> Emekliliğe sevk edilmesi hangi yeni fiilden kaynaklanmaktadır? Bu sorunun cevabı ne AYM ne de alıntı yapılan AYİM kararında net bir biçimde görülememektedir.

Kaldı ki buradaki esas sorun AYİM'nin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu fiillere dayanıp dayanmaması değildir; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına gönderme yapmasıdır, bir fiil ceza davasında suç teşkil etmezken disiplin yargılamasında pekala yaptırım konusu olabilir. Nitekim AYM devam eden paragrafta bu görüşe yakın durduğunu teyit etmektedir: “Öte yandan, *Ceza Muhakemesi Hukuku ve Disiplin Hukuku farklı kural ve ilkelere tabi disiplinlerdir. Kamu görevlisinin davranışı, suç tanımına uymasının yanı sıra disiplin sorumluluğunu da gerektirebilir. Böyle durumlarda ceza muhakemesi ve disiplin soruşturması ayrı ayrı yürütülür. Ceza muhakemesi sonucunda kişinin isnat edilen eylemi işlemediğine dair hükümler dışında, ceza mahkemesi hükmü disiplin makamları açısından doğrudan bağlayıcı değildir.*”<sup>66</sup> Diğer bir deyişle AYİM hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını dikkate almaksızın ceza davası sırasında gerçek olmadığı ispatlanmamış fiilleri bağımsız bir biçimde değerlendirerek başvuru hakkında hüküm kurabilirdi. Bunu yapmak yerine hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına atıf yapması masumiyet karinesi bakımından gerçekten de kuşkulu bir durum yaratmaktadır. Bu duruma benzer İHAM kararlarını hatırlamakta yarar bulunmaktadır. Örneğin ceza davası herhangi bir nedenle düşmüş ya da askıya alınmış olmasına rağmen, başvurunun açtığı idari bir davada, ceza davasındaki suçu işlediğinin saptandığı anlamına gelebilecek ifadelerle, başvurunun talebinin reddedilmesi masumiyet karinesinin ihlali olarak görülmüştür.<sup>67</sup> Masumiyet karinesi, ilke olarak ceza davalarını ilgilendirse de, bir kişinin, halihazırda görülen bir ceza davasına konu olan suçu işlediğine dair bir hukuk

<sup>65</sup> Para. 6-7.

<sup>66</sup> Para. 30.

<sup>67</sup> *Çelik (Bozkurt) v. Turkey*, appl. no. 34388/05, 12.04.2011, para. 33-37.

mahkemesinin beyanda bulunması, İHAM tarafından masumiyet karinesine aykırı olarak kabul edilmiştir.<sup>68</sup>

Benzer bir şikayet *Hüseyin Soyaltın* davasında da dile getirilmiştir. Cinsel saldırı nedeniyle açılmış bir dava sırasında disiplinsizliği nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetleriyle ilişkisi kesilen başvuru önce AYİM'ne başvurmuş fakat olumlu sonuç alamamıştır. Ardından ceza davasından delil yetersizliği nedeniyle beraat etmiştir. Başvuru ardından AYİM'e başvurarak yargılamanın yenilenmesini talep etmiştir. Fakat sonuç alamamıştır. Masumiyet karinesinin ihlali iddiasının olduğu bu davada AYM şöyle diyor: "*başvurucunun iddiaları, AYİM'nin yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine dair karara, dolayısıyla yargılamanın sonucuna ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Başvurunun bu haliyle temyiz incelemesi talebi niteliğinde olduğu ve anılan ret kararının da açıkça keyfiliği içermediği anlaşılmaktadır.*"<sup>69</sup>

AYM bu sonuca ulaşırken AYİM'in kararlarının gerekçelerine olaylar bölümünde yer vermemiştir. AYM kararının değerlendirme bölümünde AYİM'in sadece yargılamanın yenilenmesine yönelik kararının şu kısmı bulunmaktadır: "... *davacı hakkında tesis edilen ayırma işleminin reddine ilişkin karar gerekçesi sadece davacı hakkında yürütülmekte olan iki ceza yargılamasına değil, genel anlamda davacının disiplinsizlik durumuna ve cinsel saldırı kapsamında içinde bulunduğu eylemlere dayandırıldığı görülmektedir. Diğer yandan davacının 'Nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle zincirleme cinsel saldırı' suçundan delil yetersizliği nedeniyle beraat etmesi, davacının içinde bulunduğu eylemlerin idare hukuku açısından dikkate alınmasının engelleyecek bir durum olmadığı gibi bir bütün olarak için bulunduğu disiplinsizlik durumu ve cinsel saldırı eylemlerinin niteliğinden kaynaklanan vehamet göz önüne alındığında, davacı vekilinin yargılamanın yenilenmesi talebinin reddi cihe-tine gidilmiştir...*"<sup>70</sup>

AYİM'in yukarıda alıntılanan gerekçesinin ilk cümlesinde AYİM'in birinci kararının gerekçesine atıfla değerlendirme yapıldığına göre, ilk karar esas olarak belirleyicidir. İlk kararın hangi fiillere dayandığı, dayanılan fiillerin ceza davasında aksi ispatlanmış fiiller olup olmadığı, söz konusu kararda başka fiillerin de davaya esas teşkil etmiş olup olmadığı, bunların nasıl değerlendirilmiş olduğu araştırılmalıydı. Araştırıldıysa da AYM kararında AYİM'in ilk kararının gerekçesine de yer verilerek nasıl değerlendirildiği okuyucuya gösterilmeliydi. İkinci AYİM kararında ise beraat kararına rağmen açıkça cinsel saldırı fiiline

<sup>68</sup> X v. Austria (Commission admissibility), appl no. 9295/81, 06.10.1982.

<sup>69</sup> *Hüseyin Soyaltın* davası, başvuru no. 2013/1375, 16.05.2013, para. 24.

<sup>70</sup> Para. 23.



atıfla karar gerekçelendirilmiştir. Bu durumun masumiyet karinesi açısından hiç tartışılmamış olması son derece önemli bir eksiklik. Ayrıca *Kürşat Eyol* kararı ile *Hüseyin Soyaltın* kararının gerekçelendirme biçiminin bu denli farklı olması da dikkat çekici bir diğer noktadır. Masumiyet karinesi bakımından istikrarlı ve tutarlı bir anlayışın kararlara yansıtılmadığı gözlemlenmektedir.

### 10) Gerekçeli Karar

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması, gerek kanun yoluna başvurmak gerekse hakkaniyete uygun bir görüntü sunmak açısından davanın taraflarının menfaatini ilgilendirdiği<sup>71</sup> kadar, demokratik bir toplumda kamunun menfaatini de ilgilendirmekte<sup>72</sup>, mahkemelere güveni sağlamaktadır. Mahkemenin kararlarını gerekçeli verme yükümlülüğü, açıkça düzenlenmese de adil yargılanma hakkının bir parçası olarak kabul edilmektedir, nitekim İHAM, hakkaniyete uygun yargılama (fair hearing) ilkesi çerçevesinde yargılananın gerekçeli karar hakkını tanımaktadır.<sup>73</sup> 1982 Anayasası ise 141. md'sinin 3. fkr'sında "bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır" demek suretiyle, mahkemelere bu yükümlülüğü açık bir biçimde yüklemiştir.

Türkiye Anayasasında açıkça ifadesini bulmasına rağmen kararların gerekçelendirme biçimi hakkındaki yakınmalar sıklıkla Türkiye gündemini işgal etmiştir. Konu bireysel başvuru yoluyla AYM önüne de taşınmıştır. Örneğin *Vedat Benli* davasında gerekçesiz karar verildiği iddia edilmektedir. AYM bu başvuruya ilişkin kararında yerinde bir biçimde, Anayasanın bütünlüğü ilkesini göz önünde tutarak, md 36 ve md 141'i makul sürede yargılanma hakkını değerlendirirken yaptığı gibi birlikte yorumlamıştır. Şöyle diyor: "*Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir. Bu bağlamda Anayasa'nın, bütün mahkemelerin her türlü kararlarının ge-*

<sup>71</sup> Stephanos Stavros, *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht, Boston, London 1992, s. 258.

<sup>72</sup> D.J. Harris, M.O' Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2. Ed, Oxford Univ. Press, Oxford New York, 2009, s. 268.

<sup>73</sup> Bkz. Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s. 322-329.

rekçeli olarak yazılmasını ifade eden 141. maddesinin de, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır.”<sup>74</sup>

Ancak AYM şöyle devam ediyor: “Başvurucu hakkında verilen cezalar derece mahkemesince ilgili hukuk kuralları uygulanmak suretiyle toplanmış, itiraz üzerine kararı inceleyen mercii tarafından da bu karar ve gerekçesi hukuka uygun bulunarak başvuruçunun itirazı reddedilmiştir. Dolayısıyla derece mahkemelerinin kararları ve gerekçelerinde açık bir ihlal saptanmadığından, başvuruçunun bu yöndeki iddiası da “açıkça dayanaktan yoksun” bulunmuştur.”<sup>75</sup>

AYM kararının en ilginç noktası, ne olaylar kısmında ne de değerlendirme kısmında ilk derece mahkemesinin ve itiraz merciiinin nasıl bir gerekçe sunduğuna yer verilmemiş olmasıdır. Davayı ele alan yargı mercilerinin gerekçelerini AYM kararında bulmak mümkün olmadığından, AYM’nin hangi gerekçeyi yeterli bulduğu anlaşılamamaktadır. Bu nedenle AYM’nin yaptığı bu değerlendirmenin kararı okuyan üçüncü kişi tarafından tatmin edici bulunması mümkün değildir.

Gerekçeli karar verilmediği iddiası ile AYM önüne gelen diğer bir dava *İbrahim Ataş* davasıdır. Bu başvuruya ilişkin AYM kararında, *Vedat Benli* kararından farklı olarak, derece mahkemesinin gerekçesi olaylar kısmına koyulmuştur. Fakat bu sefer de derece mahkemesi önünde yargılanan fiil tam olarak tanımlanmadığından aslında olay açıklığa kavuşmamıştır.

Bununla beraber, AYM gerekçeli kararın ne anlama geldiğini, tatmin edici bir biçimde, *İbrahim Ataş* kararında şu sözlerle tanımlamaktadır: “Derece mahkemeleri, dava konusu maddi olay ve olguların kanıtlanmasını, delillerin değerlendirilmesini, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasını, uyumsuzlukla ilgili vardığı sonucu, sonuca varılmasında kullandığı takdir yetkisinin sebeplerini makul bir şekilde gerekçelendirmek zorundadır. Bu gerekçelerin oluşturulmasında açıkça bir keyfilik görüntüsünün olmaması ve makul bir biçimde gerekçe gösterilmesi hâlinde adil yargılanma hakkının ihlalinden söz edilemez.

Makul gerekçe; davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek nitelikte olmalıdır. Zira tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri için ortada usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açık-

<sup>74</sup> *Vedat Benli* davası, başvuru no. 2013/307, 16.05.2013, para. 30.

<sup>75</sup> Para. 31.

lıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması zorunludur.”<sup>76</sup>

Bu tanımlama çerçevesinde derece mahkemesinin şu gerekçesini ise yeterli bulmuştur: “Suç ve Cezada kanunilik ilkesinin gereği olarak, hükümlüler hakkındaki cezadan indirim yapılması için gerekli koşulların kanunda sayılması gerekir. Ancak kanun koyucu tarafından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 220/6. Maddesinin ikinci cümlesindeki takdiri indirim düzenlemesi yapılırken, indirim koşulları sayılmamıştır. Bu durumda kanun koyucu hakime, indirim oranının belirlenmesinde olayı ve suçluyu hukuki normları kıstas alarak adil ve insafli bir oranın tespitinde özgür bırakmıştır.

Buna göre mahkememizce; suçun işleniş biçimi, suçun işlendiği yer ve zaman, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, failin kusurunun ağırlığı kıstasları dikkate alınarak indirim oranı tespit edilmiştir.

Hükümlülerin, cezalandırılmasına konu edilen silahlı terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek eylemi sırasında; güvenlik görevlilerine taş attıklarının anlaşıldığı, bu nedenle suçun işleniş biçimi, suçun işlendiği yer ve zaman, meydana gelen tehlikenin ağırlığı, suçun işlenmesinde kullanılan araç, failin kusurunun ağırlığı kıstasları dikkate alınarak verilen cezadan takdiren 1/6 oranında indirim yapılmıştır.”<sup>77</sup>

Derece mahkemesinin yukarıda yer alan gerekçesinin ilk iki paragrafı, yetkisini ve bu yetkinin nasıl kullanılacağını gösteren kanun maddelerinin tekrarı niteliğindedir. Dolayısıyla dava konusu somut olgularla herhangi bir bağlantı kurmadığından dikkate değer değildir. Gerekçenin sadece son paragrafı dava konusu fiille bağlantı kurmaktadır. Kurulan bağlantı ise oldukça soyuttur. Derece mahkemesi önünde yargılanan olayın ve verilen mahkumiyet kararının detayları AYM kararında mevcut olmadığından, derece mahkemesinin sözü edilen bu gerekçesinin nasıl yeterli görüldüğünün AYM kararını okuyan üçüncü kişiler tarafından anlaşılması yine mümkün olamamıştır.

## 11) Makul Süre

Davaların makul sürede sonuçlandırılması zorunluluğu adil yargılanma hakkının bir diğer unsurudur. Makul sürede yargılanma hakkı bakımından bireysel başvuru yoluyla AYM önüne gelen davalarda zaman bakımından yetki sorunu başvuru yapanlar lehine sonuçlanmıştır.

<sup>76</sup> İbrahim Ataş davası, başvuru no. 2013/1235, 13.06.2013, para. 23-24.

<sup>77</sup> Para 9. Kanuna göre cezada yarıya kadar indirim yapılması mümkünken olayda altıda bir indirim yapılmıştır.

*Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun* kararında AYM'nin genişletici yorumu İHAM'la uyumlu hatta onun da ilerisindedir. İHAM Türkiye'nin Mahkemenin yargı yetkisini tanıdığı tarihten (1989) çok önce başlamış fakat devam etmekte olan ya da sonuçlanmış olmakla birlikte bir kısmı yargı yetkisinin tanındığı tarihten sonra cereyan etmiş davalarda, esas olarak kendi yargı yetkisinin başladığı tarihten sonraki dönemi incelemeye almıştır. Yargı yetkisinden önceki dönemi ise ayrıca incelememekle birlikte bir olgu olarak dikkate almakla yetinmiştir.<sup>78</sup> Oysa AYM yetkisinin başladığı dönemden önceki evreleri makul süre bakımından tamamıyla incelemektedir.<sup>79</sup> Bu durum özgürlükler lehine bir sonuç doğurması bakımından olumlu bir gelişmedir.

Makul sürede yargılanma hakkı bakımından inceleme yaparken AYM *Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun* davasında makul süre bakımından etkili bir başvuru yolu olmadığını da altını çizmiştir.<sup>80</sup> Fakat bu durumu 40. md'de düzenlenen etkili başvuru yolu bakımından değerlendirmemiştir, elbette bu değerlendirmenin yapılmamasında başvuru bu iddiayı hiç dile getirmemiş olması da yatıyor olabilir. Fakat tekrar hatırlatmakta fayda var; başvurucu açıkça md 40 ihlalini dile getirmese de özde etkili başvuru olanağının yokluğu anlamına gelecek bir mağduriyetten söz etmişse AYM hukuki nitelikleme ile bağlı olmadığından 40. md bakımından da konuyu ele alabilir.

Nitekim İHAM son dönem kararlarında makul süre bakımından başvurulabilecek bir iç hukuk yolu olmamasını İHAS md 13'de düzenlenen etkili başvuru hakkı bakımından da değerlendirmektedir. Yargılamanın uzunluğundan dolayı Sözleşmenin 6. md'si bakımından ihlal kararı verilmesi ayrıca İHAS md 13 bakımından da inceleme yapılmasına ve ihlal kararı verilmesine engel olmamıştır.<sup>81</sup>

İHAM *Kudla* kararında, içtihat değişikliğine giderek bu anlamda önemli bir açılım getirmiştir. Başvurucunun dolandırıcılık suçundan yargılanması toplam dokuz yıldan fazla sürmüştür. İHAM yargılama süresini makul bulmayarak 6. md bakımından ihlal kararı vermiştir. Fakat başvurucu yargılamanın uzunluğunu dile getirip bu konuda karar verilmesini sağlayacak etkili bir iç hukuk yolunun olmadığından da şikayetçidir. İHAM bu kararda md 6 çerçevesindeki adil yargılanma hakkının

<sup>78</sup> Bkz. İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s. 379-380.

<sup>79</sup> *Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun* davası, başvuru no. 2012/13, 02.07.2013, para. 23, 51.

<sup>80</sup> Para. 28-30.

<sup>81</sup> Bkz. Sibel İnceoğlu, "Etkili Başvuru Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, s. 448-451.

daha kapsayıcı ve güvenceli olduğundan hareketle md 6'dan ihlal tespit ettiğinde aynı olaylar için ayrıca md 13'den inceleme yapmaya gerek olmadığı yönündeki ilkesel kararını makul süre başvuruları bakımından değiştirmiştir. Bu değişikliğin altında makul sürede yargılanma hakkına ilişkin ihlallerin hukuk devleti bakımından tehlikeli düzeye varacak ölçüde yoğunlaşmış olduğunun tespiti bulunmaktadır.<sup>82</sup>

İHAM'a göre Sözleşmesel hakların korunmasında esas görev milli makamlara aittir. İHAM'ın denetim mekanizması bu anlamda ikincil bir denetimdir. İkincilik hem md 13 ve hem de iç hukuk yollarının tüketilmesini öngören md 35'ten anlaşılmaktadır. Md 13 üye devletlere hak ve özgürlükleri koruyucu mekanizmaları kendi iç hukuklarında oluşturma yükümlülüğü vermektedir. Makul sürede yargılanma bakımından iç hukukta etkili bir başvuru olanağı olmaması bireyleri zorunlu ve otomatik olarak İHAM'a başvurmak zorunda bırakmaktadır. Bu nedenlerle İHAM makul sürede yargılanma hakkının uygulanmasını sağlayacak bir etkili başvuru yolunun bulunmamasını 13. md'nin ihlali olarak kabul etmiştir.<sup>83</sup>

İHAM'ın yaptığı gibi, AYM'nin md 36 bakımından değerlendirme yapıp ihlal kararı vermesi yanında md 40 bakımından da ihlal kararı vermesi düşünülmelidir. Bu tür bir karar TBMM'yi bu konuda bir adım atmaya itecektir. Makul süre bakımından başvurulabilecek etkili bir başvuru yolunun düzenlenmesi AYM'nin de yükünü hafifletmesi bakımından önem kazanır.

AY md 36'da makul sürede yargılanma hakkı açıkça yazmamaktadır. Onun yerine md 141'de davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılması gerektiği belirtilmiştir. İHAM içtihadı ile md 6 içine dahil edilen hak ve ilkeler AYM tarafından nasıl adil yargılanma hakkının unsurları olarak 36. md kapsamında kabul edilmişse, İHAS md 6'da düzenlenmiş olan hak ve ilkeler, Anayasanın "cumhuriyetin temel organları" kısmında düzenlendiğinde de (örn. md 141) söz konusu maddelerin Anayasanın bütünlüğü ilkesi gereği 36. md ile beraber değerlendirilmesi gerekir.<sup>84</sup> Nitekim bu yaklaşım AYM tarafından benimsenmiştir. Fakat bu yaklaşımın benimsendiği *Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun* kararının hüküm bölümünde md 141 ile birlikte md 36 ihlali değil sadece md 36 bakımından ihlal bulunması kararın iç bütünlüğü ve tutarlılığı bakımından bir eksikliklerdir.<sup>85</sup>

<sup>82</sup> *Kudla v. Poland*, appl. no. 30210/96, 26.10.2000, para. 148-149.

<sup>83</sup> *Kudla v. Poland*, para. 152-155, 160.

<sup>84</sup> İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, s. 214.

<sup>85</sup> *Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun* davası, para. 39.

AYM bu davada makul süreyi tıpkı İHAM gibi davanın çeşitli aşamalarını tek tek ele alarak değerlendirmiştir. Başvurucuya atfedilebilecek herhangi bir gecikme tespit edemeyen Mahkeme şöyle diyor: “Her ne kadar belirtilen usul hükümlerine tabi olan somut yargılama açısından dava malzemesinin taraflarca hazırlanması ilkesinin geçerli olması yargılama faaliyetinin makul sürede neticelendirilmemesinin sonuçlarına tarafların katlanması düşüncesini destekler nitelikte olsa da, bu ilkeler yargılama makamlarını davayı gerekli süratle yürütme yükümlülüğünden kurtarmaz. Somut yargılama açısından, davacı tarafa defalarca ve kesin sürelerle ilişkin hükümlere aykırı mahiyette, bir kısım eksikliklerin ikmalî hususunda süreler verildiği, ara karar gereklerinin yerine getirilmemesi karşısında usul kanununda yer alan kesin sürelerle ilişkin müeyyidelerin uygulanmadığı, defalarca verilen keşif ara kararlarının özellikle müracaat yokluğu nedeniyle yerine getirilmediği, ara kararı gereklerinin yerine getirilmediği ve keşiflerin icra edilmediği süreçlerde davacı vekili mazeretlerinin bir çok kez kabul edildiği, ancak yine kesin süreye riayet edilmemesinin müeyyidelerinin ve celse harcı tayini gibi usuli imkanların yargılama makamlarınca kullanılmadığı anlaşılmaktadır (1086 sayılı Kanun md. 163, 271, 278/son, 282, 414; 6100 sayılı Kanun md. 94, 114/1-g, 115/2, 120, 253, 269, 280; 2/7/1964 tarih ve 492 sayılı Harçlar Kanunu md.12). Yukarıda belirtilen hususların yanı sıra, taşınmazla ilişkin uygulama çalışmaları yapıldığını bildirir 27/12/2011 tarihli Fethiye Kadastro Mahkemesi yazısının 16/2/2012 tarihli celsede dosya içine alındığı, aynı celsede dosyanın incelemeye alınarak üç aydan uzun bir süre sonra 29/5/2012 tarihinde görevsizlik kararı verildiği ve dosyanın görevli Mahkemesine 22/4/2013 tarihi itibarıyla yaklaşık on bir aylık süreçte devredilmemiş olduğu görülmektedir”.<sup>86</sup>

Kararın olay kısmı oldukça kısa özetlendiğinden ihlal görülen aşamaların tam olarak okuyucu tarafından anlaşılmasında bazı güçlükler vardır. Kamunun ve başvurunun kararı tatmin edici bulması bakımından, özellikle ihlal görülmeyen davalarda bu tür dar özetler daha ciddi bir sıkıntı yaratabilmektedir. Örneğin Yaşasın Aslan kararında AYM'nin olağan gecikmeler olarak gördüğü<sup>87</sup> aşamalar hakkında olay kısmında yeterli açıklama bulunmamaktadır.

<sup>86</sup> Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun davası, para. 58, 60-61.

<sup>87</sup> Bkz. Yaşasın Aslan davası, başvuru no. 2013/1134, 16.05.2013, para. 5-7 ve 23.

## Sonuç

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru anayasal hakların AYM eliyle etkili bir biçimde korunması bakımından son derece önemli bir araçtır. İHAM'a başvuru öncesi tüketilmesi gereken bir yol olarak da hukuk dünyamızda yerini almıştır. AYM'nin kararları hem anayasal hakların korunması hem de Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarının minimuma indirilmesi için nitelik bakımından dikkatle analiz edilmelidir. Bu çalışmada belirtilen analiz yapılmaya çalışılmıştır.

Yapılan analiz sonucunda AYM'nin hak ve özgürlükleri İHAM standartlarına uygun bir biçimde yorumlama gayreti ve hatta bazı davalarda İHAM'dan daha ileri sonuçlara varabildiği görülmekle birlikte, dikkat çekici bazı sorunlar da tespit edilmiştir. Birincisi, İHAM kararları zaman zaman anayasal hak ve özgürlükleri iç hukuka kıyasla daha dar yorumlamak amaçlı kullanılmıştır. Bu yaklaşım Anayasa ve İHAS bakımından değerlendirildiğinde yerinde görülmemiştir. İkincisi, bazı davalarda İHAM kararlarındaki ölçütlerin ruhuna aykırı bir biçimde uygulanması söz konusu olabilmiştir. Üçüncüsü, AYM'nin özerk yorum yetkisinin başvuru lehine yorumlanma olanağının zaman zaman ihmal edildiği gözlemlenmiştir. Dördüncüsü, AYM'nin derece mahkemelerinin yorum yetkisine müdahale etmeme kaygısının adil yargılanma hakkına ilişkin davalarda olumsuz sonuçlar doğurma potansiyeli taşıdığı görülmüştür. Beşincisi, hem karar gerekçelerinin iç bütünlüğü ve tutarlılığı bakımından hem de farklı bölümler tarafından verilen karar gerekçeleri arasındaki tutarlılık bakımından bazı sorunlar gözlemlenmiştir. Altıncısı, bazı karar gerekçelerinde olay bölümü yeterli bilgiyi içermediğinden kararın üçüncü kişiler tarafından anlaşılmasında zorluklar ortaya çıkabilmiştir.

## KAYNAKÇA

### KİTAP VE MAKALELER

**ARSLAN ÖNCÜ**, Gülay, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, *İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Ed. Sibel İnceoğlu, 3.b, Beta Yay (1.Baskı Avrupa Konseyi yay.), İstanbul 2013, ss.301-332.

**HARRIS, D.J. – BOYLE, M.O' – WARBRICK, C.**, *Law of European Convention on Human Rights*, 2. Ed, Oxford Univ. Press, Oxford New York, 2009.

**İNCEOĞLU**, Sibel, “Adil Yargılanma Hakkı”, *İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Ed. Sibel İnceoğlu, 3.b, Beta Yay. (1.Baskı Avrupa Konseyi yay.), İstanbul 2013, ss.209-286.

**İNCEOĞLU**, Sibel, “Norm Temelli Denetimden Olay Temelli Denetime: İHAS’a Uyum Işığında Bir İnceleme”, *Anayasa Mahkemesi-nin 51.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum*’da sunulan tebliğ, 25-28 Nisan 2013.

**İNCEOĞLU**, Sibel, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi”, *Anayasa Mahkemesinin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum*, Ankara 27-28 Nisan 2001, *Anayasa Yargısı*, Cilt 18, Ankara 2002, ss.41-70.

**İNCEOĞLU**, Sibel, “Etkili Başvuru Hakkı”, *İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Ed. Sibel İnceoğlu, 3.b, Beta Yay. (1.Baskı Avrupa Konseyi yay.), İstanbul 2013, ss.439-457.

**İNCEOĞLU**, Sibel, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, *İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Ed. Sibel İnceoğlu, 3.b, Beta Yay. (1.Baskı Avrupa Konseyi yay.), İstanbul 2013, ss.23-52.

**İNCEOĞLU**, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta Yay., İstanbul 2005.

**KARAN**, Ulaş, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, *İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Ed. Sibel İnceoğlu, 3.b, Beta Yay (1.Baskı Avrupa Konseyi yay.), İstanbul 2013, ss.459-494.

**ÖDEN**, Merih, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yay., Ankara 2003.

**STAVROS**, Stephanos, *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht, Boston, London 1992.

## **KARARLAR**

### **Anayasa Mahkemesi Kararları:**

*Adnan Oktar* davası, başvuru no. 2012/917, 16.04.2013.

*Ahmet Soysal* davası, başvuru no. 2012/237, 26.03.2013

*Ali Gürsoy* davası, başvuru no.2012/833, 26.03.2013.

*Arif Güneş* davası, başvuru no. 2012/837, 05.03.2013.

*Burak Döner* davası, başvuru no. 2012/521, 02.07.2013.

*Erdinç Engin* davası, başvuru no. 2012/695, 12.02.2013.

*Göksel Korkmaz* davası, başvuru no. 2012/869, 16.04.2013.



*Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun* davası, başvuru no. 2012/13, 02.07.2013.

*Günay Özal ve diğerleri* davası, başvuru no. 2013/1281, 16.05.2013.

*Hüseyin Soyaltın* davası, başvuru no. 2013/1375, 16.05.2013.

*İ.Ç.* davası, başvuru no. 2013/439, 16.04.2013.

*İbrahim Ataş* davası, başvuru no. 2013/1235, 13.06.2013.

*İhsan Vurucuoğlu* davası, başvuru no. 2013/539, 16.05.2013.

*Kürşat Eyol* davası, başvuru no. 2012/665, 13.06.2013.

*Miras Mühendislik İnş. Taah. Reklam Paz. Tic. A.Ş.* davası, başvuru no. 2012/1056, 16.04.2013.

*Murat Narman* davası, başvuru no. 2012/1137, 02.07.2013.

*Mustafa Bülent Erten* davası, başvuru no. 2012/649, 16.04.2013.

*Necati Gündüz ve Recep Gündüz* davası, başvuru no. 2012/1027, 12.02.2013.

*Necmettin Doğru* davası, başvuru no. 2013/1337, 16.05.2013.

*Onurhan Solmaz* davası, başvuru no. 2012/1049, 26.03.2013.

*Ramazan Aras* davası, başvuru no. 2012/239, 02.07.2013.

*Süleyman Erte* davası, başvuru no. 2013/469, 16.04.2013.

*Tufan Şahin* davası, başvuru no. 2012/799, 26.03.2013.

*Ümit Tekin* davası, başvuru no. 2013/781, 26.03.2013.

*Vedat Benli* davası, başvuru no. 2013/307, 16.05.2013.

*Yaşasın Aslan* davası, başvuru no. 2013/1134, 16.05.2013.

E. 1991/18, K.1992/20, K.T. 31.03.1992, R.G. Tarih-Sayı: 27.01.1993-21478.

### **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları:**

*Bigaeva v. Greece*, appl.no. 26713/05, 28.05.2009

*Bulut v. Austria*, appl.no. 17358/90, 22.02.1996.

*Çelik (Bozkurt) v. Turkey*, appl.no. 34388/05, 12.04.2011.

*Deweer v. Belgium*, appl.no. 6903/75, 27.02.1980.

*Gaygusuz v. Austria*, appl.no. 17371/90, 16.09.1996.

*Gerger v. Turkey*, appl.no. 24919/94, 08.07.1999.

*H v. U.K.*, appl.no. 10000/82, 04.07.1983.

*K.S. v. Finland*, appl.no.29346/95, 31.05.2001.

*Khan v. U.K.*, appl.no. 35394/97, 12.05.2000.

*Kudla v. Poland*, appl.no. 30210/96, 26.10.2000.

*Luczak v. Poland*, appl.no. 77782/01, 27.11.2007.

*P.K. v. Finland*, appl.no.37442/97, 09.07.2002.

- Pellegrin v. France*, (Grand Chamber), appl.no. 28541/95, 08.12.1999.  
*Rainys and Gasparavicius v. Lithuania*, appl.no. 70665/01, 74345/01, 07.04.2005.  
*Ruiz-Mateos v. Spain*, appl.no.12952/87, 23.06.1993.  
*Schenk v. Switzerland*, appl.no. 10862/84, 12.07.1988.  
*Schuler-Zgraggen v. Switzerland*, appl.no. 14518/89, 24.06.1993.  
*Sidabras and Dziautas v. Lithuania*, appl.no. 55480/00, 59330/00, 27.07.2004  
*Stec and others v. U.K.*,(Grand Chamber), appl.no. 65731/01, 65900/01, 12.04.2006.  
*Sukut v. Turkey*, (admissibility), appl.no. 59773/00, 11.09.2007.  
*Vidal v. Belgium*, appl.no. 12351/86, 22.04.1992.  
*Vilho Eskelinen and others v. Finland*, (Grand Chamber), appl.no. 63235/00, 19.04.2007.  
*Waldberg v. Turkey*, (Commission) appl.no. 22909/93, 06.09.1995.  
*X v. Austria*, (Commission), appl.no. 7987/77, 13.12.1979.  
*X v. Austria*, (Commission admissibility), appl.no. 9295/81, 06.10.1982.  
*X v. U.K.*, (Commission), appl.no. 6172/73, 07.07.1975.

**Yargıtay Kararı:**

E. 2011/1-51, K. 2011/42, K.T. 12.04.2011.

**DIĞER KAYNAKLAR:**

**TBMM Anayasa Komisyonu Raporu**, Esas no:2/656, Karar no:16, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf>, (Erişim: 10.01.2013)