

**BİREYSEL BAŞVURUDA 3 YIL: BİR İNSAN HAKLARI  
KARNESİ – OLUMLU  
ÖRNEKLER/UYGULAMALAR/YAKLAŞIMLAR\***

**A.Burak BİLGİN\*\***

**ÖZET**

2010 yılında hukuk sistemimize giren ve 2012'nin son çeyreğinden itibaren de uygulanmakta olan bireysel başvuru mekanizmasının insan haklarının korunmasında etkili olup olmayacağı; Anayasa Mahkemesi'nin hak ve özgürlüklerin koruma alanını genişletecek bir performans sergileyip sergileyemeyeceği sorusu gündemi meşgul etmektedir. Geçtiğimiz üç yıllık süre, bu konuda olumlu ve olumsuz bir karne çıkarmak için yeteri kadar içtihadi birikimin oluşmasını sağlamıştır. Üç yıllık bilançoya baktığımızda, Anayasa Mahkemesi'nin – olumsuz örnekler de azımsanamayacak kadar olmakla birlikte – vasatın üzerinde bir performans sergilediği söylenebilir. Makalede Anayasa Mahkemesi'nin üç yıllık bireysel başvuru uygulamasında, tüketme kuralı dışındaki hususlarda ortaya koyduğu olumlu ve korumayı geliştirici yaklaşım ve uygulamalar ele alınacaktır.

**Anahtar Kavramlar:** Bireysel başvuruda üç yıl, insan hakların etkili korunması, olumlu örnekler/uygulamalar

---

\* Bu çalışma, 24.10.2015 tarihinde gerçekleştirilen “Hukukun Geleceğine Genç Bakış Sempozyumu”nda tebliğ olarak sunulmuş ve gelen eleştirilen doğrultusunda makale haline getirilmiştir.

\*\* Arş. Grv. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

### 3 YEARS OF INDIVIDUAL APPLICATION: HUMAN RIGHTS RECORD – FAVOURABLE EXAMPLES/PRACTISES/APPROACHES

#### ABSTRACT

The question whether the individual application/constitutional complaint mechanism (that was introduced to Turkish law in 2010 and has been implemented since the last quarter of 2012) would be effective for the protection of human rights, as well as the Constitutional Court would be able to perform in a manner that would contribute for the protection of rights and freedoms, has been attracted attention by the legal and political agenda of the country. The past three years have generated sufficient accumulation of cases to deliver a positive and negative balance-sheet. Having regard the three years' balance sheet it can be claimed that the Constitutional Court have conducted over-average performance in spite of the existence of unfavourable examples. The article, excluding the matters regarding the rule of exhaustion, deals with the constructive/favourable approaches and practices that the Constitutional Court, in three years of practise, has developed and established with regard to individual application mechanism.

**Keywords:** Three years of individual application, effective protection of human rights, favourable examples/approaches

#### GİRİŞ<sup>1</sup>

Bilindiği gibi, 2010 yılında referandum sonucu yürürlüğe giren anayasa değişiklikleri kapsamında Türk Hukukuna giren bireysel başvuru müessesesi, ilgili yasal düzenlemelerin tamamlanmasının ardından Eylül 2012'de uygulamaya geçmiştir. Başka ülkelerde uzun yıllardır uygulaması olan bu mekanizma, ülkemizde insan haklarının etkili bir şekilde korunması hedefine katkı sağlayıp sağlamayacağı genel sorusu içinde bir

---

<sup>1</sup> Bu makale, ‘‘olumlu’’ yaklaşım ve uygulamalara ayrılmış olup; bu süreçteki ‘‘olumsuz’’ uygulama ve yaklaşımlar, bu dergide ayrı bir makalede ele alınmıştır.

çok yönden incelenmekte ve tartışılmaktadır. Geçen üç yıl, tüm bu meselelerin bir ilk değerlendirmesini yapmak adına yeterli verileri sunmaktadır. Gerek kabul edilebilirlik kriterleri ve bilhassa da bu kapsamda diğer başvuru yollarının tüketilmesi koşulu, gerek hak ve özgürlüklerin özne, kapsam ve sınırlarının nasıl yorumlandığı konularına dair sağlıklı değerlendirmeler yapmak için yeteri kadar içtihadi birikimin oluştuğu söylenebilir.

Bu sorular, bireysel başvurunun en genel manasıyla ‘‘etkinliği’’ noktasında konuşulacak pek çok meselenin bulunduğunu göstermektedir. Bu çalışmada hedeflenen husus, geçen üç yıllık uygulama neticesinde insan hak ve özgürlükleri adına kaydedilen olumlu gelişmelere dair bir karne çıkarmaktır. Hemen belirtelim ki, çalışmanın, 3 yıllık süreç içinde Anayasa Mahkemesi’nin insan hak ve özgürlükleri adına vermiş olduğu tüm müspet kararları irdelemek ve okuyucunun dikkatine sunmak gibi bir kaygısı ve iddiası yoktur.<sup>2</sup> Elbette Mahkeme’nin burada incelenecek kararlarından başka insan hakları adına müspet kararları da vardır. Fakat bizim ilgi alanımızda olacak olanlar, insan haklarının korunup geliştirilmesi adına olumlu örnek teşkil edebilecek nitelikteki tespit, yaklaşım, uygulama ve argümanlardır.<sup>3</sup>

Bu süreçte Mahkeme, ifade ve basın özgürlüğünden özel yaşamın gizliliği hakkına; toplanma ve örgütlenme hakkından din ve vicdan özgürlüğüne; yaşam ve maddi-manevi varlığın bütünlüğü hakkından adil

<sup>2</sup> Böyle bir çalışma için bkz.: Tolga Şirin, **Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi**; Ece Göztepe, **Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi**; Serkan Cengiz, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Temel Hak ve Özgürlükleri Koruma Standardı Açısından İki Yıllık Anayasa Şikayeti Uygulamasının Değerlendirilmesi** (Kamu Hukukçuları Platformu’nun 30-31 Mayıs 2015 toplantısında sunulan bildiriler). Bildirilere şu adresten ulaşılabilir: [http://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplanti\\_bildiriler&id=5](http://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplanti_bildiriler&id=5), Erişim Tarihi: 23.10.2015. ,

<sup>3</sup> Yukarıda belirttiğimiz gibi, bu üç yıllık süre içinde insan hakları adına olumsuz örnek teşkil edebilecek tespit, yaklaşım, uygulama ve argümanlara da rastlanmaktadır. Bunlar, bu dergideki ayrı bir makalenin konusu olmuştur.

yargılanma hakkına; kanuna aykırı delil meselesinden sınırlamada kanunilik kriterine ve AİHM'nin pozitif yükümlülük doktrininin benimsenmesine değin pek çok noktada hak ve özgürlük odaklı bir yaklaşım sergilemiştir.

Belirtelim ki, insan hakları adına bir olumlu yaklaşım, uygulama ve tespit, kimi zaman bireysel başvurunun tüketme koşulu, başvuru ehliyeti, başvuruya konu olabilecek haklar gibi usuli yönüne ilişkin olabileceği gibi; kimi zaman bir temel hak veya özgürlüğün esasına (öznesi, kapsamı ve koruma alanı, sınırları vs.) ilişkin olabilir. Diğer bir anlatımla, kimi zaman kabul edilebilirlik kriterleri ve bu bağlamda bilhassa “diğer başvuru yollarının tüketilmesi” koşulu bağlamındaki bir yaklaşım, hak ve özgürlüklere dair yargısal korumanın alanını genişletmekte; kimi zaman da hakkın içeriğiyle ilgili benimsenen bir yaklaşım, bu işlevi görebilmektedir. Öte yandan, tüketme kuralını devre dışı bıraktığımızda,<sup>4</sup> elimizde, doğrudan bireysel başvurunun kabul edilebilirlik kriterlerine ilişkin ortaya konulabilecek pek bir yaklaşım kalmamaktadır.<sup>5</sup> O yüzden üç yıllık süreçteki olumlu örnekler, böyle bir gruplandırma yapılmadan incelenecektir.

### ***1. Otonom Yorum Meselesine Dair Yaklaşım***

Anayasa Mahkemesi'nin insan haklarının korunması adına olumlu görülebilecek uygulamalarından biri, kavramları kendi bakışından

---

<sup>4</sup> *Tüketme kuralıyla ilgili (olumlu-olumsuz) bilanço, başlı başına bir makale olabilecek niteliktedir ve müstakil bir makalede ele alınmıştır. Bkz.: Ahmet Burak Bilgin, 3 Yıllık Bireysel Başvuru Uygulamasında “Tüketme” Kuralına İlişkin Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı: Olumlu ve Olumsuz Örnekler/Yaklaşımlar, Legal Hukuk Dergisi, Mart, 2015 (yayımlanacak).*

<sup>5</sup> Belirtelim ki, yer vereceğimiz bir yaklaşım veya tespit, Mahkeme tarafından bir bireysel başvuru davasının kabul edilebilirlik veya esas incelemesi aşamasında ortaya konmuş olmasının bizim paradigmalarımız açısından bir önemi yoktur. Makale boyunca yer verilecek yaklaşım ve tespitlerden önemli bir kısmı, Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilebilirlik aşamasında ortaya konmuş yaklaşım ve tespitlerdir. Ancak tüketme kuralıyla ilgili olanlar dışındaki hususlar, genelde bir temel hak veya özgürlüğün *esasına* (konusu, kapsamı, koruma alanı, öznesi, sınırları vs.) ilişkindir. Bu şekilde düşündüğümüzde, bizim 3 yıllık süreçte tespit edebildiğimiz – tüketme kuralı dışındaki – yaklaşım ve uygulamaların pek çoğu – zamansal olarak kabul edilebilirlik incelemesi aşamasına ilişkin olsa da – aslında temel hakların bu anlamdaki “esası” ile ilgilidir.

yorumlama eğiliminde olması şeklindeki yaklaşımıdır. Normal yargı yerlerinin temel hak ve özgürlüklerle ilgili kavramlara ilişkin dar, şekilci, teknik yorumlarının bir insan hakları mahkemesi tarafından insan hakları odaklı olarak kontrole tabi tutulmasını sağlayacak bu yaklaşımın benimsenmesi, hiç şüphesiz insan haklarının korunması adına önemlidir. AYM, soyut ve somut norm denetiminde yıllardır benimsediği “önüne gelen metnin, onu yapanlar tarafından verilmiş ismiyle bağlı olmam; hukuki nitelemesini kendim yaparım” şeklinde özetlenebilecek (ve eylemli içtüzük değişiklikleri ile olağanüstü kanun hükmünde kararnameler ve maddi anlamda kanun niteliği taşıyan eski nizamnamelerin denetlenmesi yolunu açan) yaklaşımını, uygun düştüğü ölçüde bireysel başvurularda da devam ettirmektedir.

Örneğin Mahkeme, *Ali Rıza Telek* kararında,<sup>6</sup> “tanık” ve “tanık beyanı”na ilişkin kendi tarifini (AİHM’den de esinlenerek) ortaya koymuş<sup>7</sup> ve olayda başvurucunun AİHS’nin 6. maddesi kapsamına giren bir hakkının bulunup bulunmadığının tespitinde bu tariften hareket etmiştir. Mahkeme’ye göre, “Sözleşmenin 6. maddesinin 3 numaralı fıkrasının d bendi, hakkında suç isnadı olan kişiye, aleyhine olan tanıkları çapraz sorgulama ve kendi tanıklarının da iddia tanıkları ile eşit şartlar altında davet edilmesi, dinlenmesi ve böylece silahların eşitliğinin sağlanması hakkı vermektedir. AİHM, Sözleşmedeki ‘tanık’ kavramının iç hukuklardaki tanık kavramından özerk bir şekilde yorumlandığını ve daha geniş bir anlama sahip olduğunu kabul etmektedir. AİHM’ye göre, ifadeleri ister duruşmada okunsun ister okunmasın, ifadeleri mahkemenin

<sup>6</sup> B. No: 2013/2630, Kt. 30.12.2014. (Makale boyunca AYM’nin bireysel başvuru kararlarına ilişkin atıflar bu şekilde yapılacaktır. Kararların tümüne <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> internet adresinden, başvuru numarası girilerek ulaşılabilir.)

<sup>7</sup> Mahkeme’ye göre, “‘tanık’, yargılamaya konu olay ile ilgili karar vermeye yetkili mahkemenin kullandığı müşahhas ispat vasıtalarındandır. ‘Tanık beyanı’ ise, taraflardan olmayan ancak olayın tanığı olmuş bir kişinin söz konusu olay hakkında edindiği bilgileri sübut konusunda karar verecek olan mahkeme ya da bu mahkeme yerine duruşma yaparak tanık dinlemeye yetkili kılınmış bir mahkeme veya hakim huzurunda tanıklık ederken yaptığı sözlü açıklamalardır” (para.37).

önünde bulunan ve mahkeme tarafından dikkate alınan kişiler, Sözleşmenin 6. maddesinin 3 numaralı fıkrasının d bendi bakımından tanık olarak görülmelidir.<sup>8</sup> Dolayısıyla başka bir davada yargılanan sanık da tanık olabilir; o kişinin soruşturma aşamasında verdiği beyanlar ya da kendisinin yargılandığı davada yaptığı açıklamalar başvurusunun yargılandığı davada delil olarak kabul edilmişse Sözleşmenin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendi kapsamına girmektedir.”

Keza Mahkeme, bir kitabın terör örgütünün propagandasını yaptığı gerekçesiyle toplatılmasına ilişkin müdahalenin ifade ve basın hürriyetini ihlal ettiğini incelediği Abdullah Öcalan kararında da,<sup>9</sup> Anayasa'nın basın özgürlüğünü düzenleyen hükümlerinde yer alan "yazanlar", "bastıranlar", "başkasına verenler", "dağıtım önleme", "toplatma", "sürelî yayın" ve "süresiz yayın" gibi ifadelerin ancak "gazete", "kitap", "dergi" gibi basılıp çoğaltılabilen kitle iletişim araçları için kullanılabileceğini; dolayısıyla, Anayasa'ya göre basının da, kitle iletişim araçlarından biri olduğunu ve fakat diğer kitle iletişim araçlarından ayrılarak özel olarak korunduğunu belirtmiştir (para.68).<sup>10</sup> Görüldüğü gibi Mahkeme, burada belli kavramlara ilişkin kendi yorumunu yapmakta, bunlara kendisi bir anlam vermektedir.

Keza AYM, bireysel başvuruda ‘‘mağdur’’ kavramının, ‘‘davada menfaat’’ veya ‘‘dava ehliyeti’’ kuralları gibi kurallardan bağımsız bir şekilde yorumlanacağını da söylemektedir. Mahkeme'ye göre, *bu kavramın yorumu, günümüzde toplumun koşulları ışığında değişime tabi olup, bu kavram, aşırı biçimcilikten uzak bir şekilde yorumlanmalıdır.*<sup>11</sup>

Öte yandan yukarıda da belirttiğimiz gibi, Mahkeme'nin, bir hukuki kavram hakkında derece mahkemelerinin veya idari makamların yaptığı

---

<sup>8</sup> Mahkeme, burada AİHM'nin *Bönisch/Avusturya* (No: 8658/79) ve *Kostovski/Hollanda* (No:11454/85) kararlarına atıf yapmıştır.

<sup>9</sup> B. No: 2013/409, Kt. 25.6.2014.

<sup>10</sup> Benzer doğrultuda bkz.: B. No: 2013/1461, Kt. 12.11.2014, para.58.

<sup>11</sup> B. No: 2013/1752, Kt. 26.6.2014, para. 40. Mahkeme, bu yargıya varırken, AİHM'nin meseleye dair benimsediği otonom yorumu kabul eden içtihatlarına da atıf yapmıştır. Aynı doğrultuda bkz.: 2014/11268 (Kt. 23.7.2014), 2014/11438 (Kt. 23.7.2014), 2014/13634 (Kt. 8.9.2014), 2014/13625 (Kt. 8.9.2014) sayılı bireysel başvurulara ilişkin kararlar.

yorumu tasvip ettiği; o kavrama bu merciler tarafından verilen anlamı benimsediği kararlar da vardır. Üstelik bu kararlardaki bu yaklaşımlar, kimi zaman insan hakları açısından sorunlu da olabilmektedir.<sup>12</sup> Ancak bizce, bunları, somut olayda yapılan yorumun isabetli olmayabileceği tenkidini yapma hakkı elbette saklı kalmak kaydıyla, Anayasa Mahkemesi'nin kendi özerk yorumunu yapmadığı şeklinde yorumlamamak; Mahkeme'nin söz konusu kavramı o somut olayda o şekilde yorumlamak istediği şeklinde anlamak gerekmektedir.

## **2. İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Hak ve Özgürlük Odaklı Yaklaşım**

Anayasa Mahkemesi, üç yıllık bireysel başvuru uygulamasında, ifade ve basın özgürlüğü konusunda da çok önemli tespitlerde bulunmuştur. Bilhassa *Twitter* ve *Youtube* kararları, *Abdullah Öcalan* ve *Kürtçe* kararları ve bazı radyo ve televizyon kanalları için verdiği kararlarda sergilediği yaklaşım, zikredilmeyi gerektirmektedir.

### **i. Twitter ve Youtube Kararları**

*Twitter* ve *Youtube* kararları, kabul edilebilirlik ve bu bağlamdaki tüketme kuralı bakımından hakların yargısal korunmasını genişletmek yanında,<sup>13</sup> aynı zamanda demokratik toplumun en temel özgürlüklerinden olan *ifade hürriyeti* bakımından da çok önemli tespitlerin yapıldığı kararlar olmuştur. Fazla yorum yapmadan sözü Anayasa Mahkemesi'ne

<sup>12</sup> Örneğin doktrinde Şirin, bu kapsamda bir örnek olarak, vergi sorumlusu ve vergi yükümlüsü ve bu bağlamda vergi sorumlusunun güncel ve kişisel bir hakkının söz konusu olup olmadığına ilişkin AYM'nin Türk vergi hukuku öğreti ve uygulamasıyla paralel yaptığı yorumun söz konusu olduğu *Santa Farma İlaç Sanayi A.Ş.* (B. No: 2013/5554, Kt. 6.2.2014) kararını nazara vermektedir (Şirin, s.19, 20). Keza yazar, bazı kararlardan hareketle, AYM'nin temel hak ehliyeti konusunu da "otonom" bir yorum meselesi olarak görmediğini ileri sürmektedir (Şirin, s.7). Yazar, başka örnekler de vermektedir. Örneğin, AYM, bazı kararlarında, bir yasa hükmünün "kesin" olarak nitelediği bir kararı, ayrı bir inceleme yapmaksızın "kesin" kabul etmiş (B. No: 2013/2600, Kt. 23.1.2014); benzer şekilde yargı mercilerinin bir karara ilişkin yaptıkları "kesinlik" nitelemesi de, başkaca bir inceleme yapılmadan AYM'ce muteber kabul edilmiştir (B. No: 2012/613, Kt. 13.6.2013). Kararlar için bkz.: Şirin, s.27 ve 30.

<sup>13</sup> Tüketme kuralına ilişkin boyutları ayrı bir makalede ele aldığımızı belirtmiştik.

bırakmak, en isabetli yaklaşım olacaktır. Mahkeme, *Twitter kararında*<sup>14</sup> şöyle demektedir: “*İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini gerçekleştirme için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Toplumsal çoğulculuğa ancak her türlü fikrin serbestçe ifade edilebildiği özgür tartışma ortamında ulaşılabilir. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. Ülkemizde milyonlarca kullanıcı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti halinde sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirme ve gerçekleştirme için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Hakikat ışığı fikirlerin çarpışmasından doğar. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir.*

*İfade özgürlüğünün, toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için AİHM'nin de ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında*

---

<sup>14</sup>B. No: 2014/3986, Kt. 2.4.2014.



sıkça belirttiği gibi, *sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü "haber" ve "düşüncelerin" değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir.* İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın *"demokratik toplumdan" bahsedilemez.* Anayasa'da sadece düşünce ve kanaatler değil, ifadenin tarzları, biçimleri ve araçları da güvence altına alınmıştır.

...

Görsel ve yazılı medya araçları yoluyla *fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma araçlarından biridir.* Basın özgürlüğü, AİHS'de ifade özgürlüğüne ilişkin 10. madde kapsamında koruma altına alınmışken, Anayasa'nın 28 ilâ 32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir. Demokratik bir sistemde, kamu gücünü elinde bulunduranların yetkilerini hukuki sınırlar içinde kullanmalarını sağlamak açısından basın ve kamuoyu denetimi en az idari ve yargısal denetim kadar etkili bir rol oynamakta ve önem taşımaktadır.

Halk adına kamunun gözcülüğü işlevini gören basının işlevini yerine getirebilmesi özgür olmasına bağlı olduğundan basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal bir özgürlüktür. İnternet modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip bulunmaktadır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. *Bu nedenle düşünceyi açıklamanın günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri haline gelen internet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır.*

İfade özgürlüğü konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük

*kapsamında Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında zorunlu olmadıkça ifadenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır. 5651 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB'nin kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve **milyonlarca kullanıcı bulunan bir sosyal medya ağı olan twitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı ve bu sosyal paylaşım sitesine erişimin kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır.**"<sup>15</sup>*

Belirtelim ki, bu denli uzun bir alıntı yapmamızın sebebi, kararın esasa dair değerlendirmedeki hemen her bir kelimesinin ifade hürriyeti, demokratik toplum vs. değerler adına çok ama çok önemli olmasıdır. Benzer ifadeleri *Youtube* kararında<sup>16</sup> da görmek mümkündür. Kararlar, demokratik bir toplumda ifade hürriyetinin ne denli hayati olduğunu ortaya koymakta ve ifade hürriyetini kısıtlayan yasaklamalar ve bilhassa cezalandırmalarda, Mahkeme'nin nasıl davranacağına ilişkin önemli ipuçları barındırmaktadır. İfade hürriyetinin, demokratik toplum düzeni için yaşamsal olduğu; toplumsal ve siyasal çoğulculuğun sağlanmasının her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifade edilmesine bağlı bulunduğu; bu hürriyet kapsamında sadece toplum veya devletçe olumlu veya zararsız görülen haber ve düşüncelerin değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebileceği; ifade hürriyetinin basın özgürlüğünü de kapsadığı ve bu açıdan yaşamsal önemde olduğu; internetin günümüzde bu hürriyet açısından sahip olduğu vazgeçilemez fonksiyonu; bu hürriyetin tam olarak korunması için devletin

---

<sup>15</sup> Vurgular tarafımızca eklenmiştir. (Makale boyunca AYM kararlarından yapılan alıntılarda tarafımızca vurgulanmak istenen hususlar, kalın olarak belirtilmiştir.)

<sup>16</sup> B. No: 2014/4705, Kt. 29.5.2014.

yasaklamama dışında kullanılmasını sağlama konusunda müspet bir takım yükümlülüklerinin de bulunduğu; ve nihayet demokratik bir toplumda basın ve kamuoyu denetiminin idari ve yargısal denetim kadar önemli olduğu gibi hususlar, kararlardan çıkarılabilecek çok kıymetli ‘anayasal mesajlardır’.<sup>17</sup>

## ii. *Öcalan ve Kürtçe Kararları*

İfade özgürlüğü noktasında önemli bir başka karar da, *Abdullah Öcalan* kararıdır.<sup>18</sup> Basılmakta olan bir kitap hakkında mahkemece el koyma kararı verilmesine ilişkin başvuruda, Anayasa Mahkemesi, fikirlerin ifade edilmesine ilişkin çok önemli ilkesel tespitlerde bulunmuş ve dahası bu ilkesel tespitleri somut olaya uygulama şekliyle de önemli bir yol göstericilik yapmıştır. Mahkeme’ye göre, *basının, Anayasa’nın 26., 27. ve 28. maddelerinde sayılan Devletin iç ve dış güvenliğinin, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, suç işlenmesinin ya da ayaklanma veya isyana teşvik edilmesinin engellenmesi için konmuş olan sınırlandırmalara uyması gerekmesine karşın, siyasi hususlarda bilgi verme hakkı da vardır. Öte yandan halkın da bu tür bilgileri almaya hakkı vardır.*

Mahkeme bu ilkesel tespitleri yaptıktan sonra somut olaydaki müdahalenin (toplatmanın) ihlal teşkil edip etmediğini incelemiş ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve aynı zamanda ölçülü olup olmadığı noktasında şu tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme’ye göre, *demokratik toplumun ana temellerinden olan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile bu kapsamda basın özgürlüğü, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez ve önemsiz görülen "düşünceler" için değil, ayrıca Devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Çünkü bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir (bkz.: AİHM’nin Handyside/Birleşik*

<sup>17</sup> İnternetin ifade özgürlüğü ve demokratik bir toplumda çoğulculuk bakımından önemi doğrultusunda ayrıca bkz.: *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.* kararı (B. No: 2013/2623, Kt. 11.11.2015), para.33 vd.

<sup>18</sup> B. No:2013/409, Kt. 25.6.2014.

Krallık kararı, para.49). Yapılacak değerlendirmelerde, söz konusu kitapta yer alan **konuların toplumun bir kesimini ilgilendiren toplumsal meselelere ilişkin olduğunun da göz önüne alınması gerekir**. Bunun yanında Mahkeme, kamunun çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya toplumsal sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlanmasında kamusal yetki kullanan makamların çok dar bir takdir marjı olduğuna işaret etmiş; öte yandan, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve bu kapsamda basın özgürlüklerine içerik bakımından bir sınırlama getirilmemiş olmakla birlikte ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi bu özgürlüklerin sınır bölgeleri olan alanlarda ise Devlet otoritelerinin müdahalelerinde daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple Mahkeme'ye göre, **öncelikle, söz konusu kitapta, toplatma ve el koyma kararının gerekçesinde belirtildiği şekilde PKK terör örgütünün propagandasının yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir**.

Görüldüğü gibi, Mahkeme, ifade ve basın hürriyetinin sınırlarını bir terör örgütünün propagandasının yapılması ile çizmiştir. Ancak bu değerlendirmeyi yaparken, Mahkeme'ye göre, **ifadelerin bağlamlarından kopartılarak incelenmesi Anayasa'nın 13., 26. ve 28. maddelerinde yer alan ilkelerin uygulanmasında ve elde edilen bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesinin yapılmasında hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olabilir**. Bu çerçevede, söz gelimi bir düşünce açıklamasının ifade edildiği bağlamdan koparıldığında "milli güvenlik" için bir tehlike oluşturması, bu ifadeye yönelik bir müdahaleyi tek başına haklı çıkarmaz. Bu nedenle somut başvuruda TMK 10. madde ile Görevli İstanbul 2 No.lu Hâkimliğin el koyma kararında belirtilen; **PKK terör örgütüne ilişkin ifadeler ile bunların ifade edildiği bağlam, kitabın yazarının kimliği, yazılma zamanı, amacı, muhtemel etkileri ve kitaptaki diğer ifadelerin tamamı bir bütün olarak ele alınarak incelenmelidir**.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Mahkeme'ye göre, AİHM de, yerleşik içtihatlarında düşünce açıklamalarına ilişkin söz veya metinlerin bütünüyle ele alındığında şiddeti teşvik edip etmediğinin belirlenmesi

Bundan sonraki tespitler ise, hak ve özgürlükler adına oldukça önemlidir. AYM, el koyma kararında, söz konusu kitabın yazarının "silahlı terör örgütü kurma ve yönetme suçundan hükümlü Abdullah Öcalan olduğu" gerekçesine yer verildiğini ve bu anlamda söz konusu kitabın yazarının kişiliğinin terörle mücadele bağlamında değerlendirilerek toplatma ve el koyma kararı verildiğini tespit etmiştir. Oysa Mahkeme'ye göre, **'herhangi bir kimsenin yalnızca kişiliğine bağlı olarak düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne müdahale edilmesi haklı kılınmayacağı gibi yasaklanmış bir örgütün bir mensubunun veya yöneticisinin görüş ve düşüncelerini açıklaması da tek başına düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne müdahale edilmesini haklı kılmayacaktır. Zira böylesi bir değerlendirme, bazı kişi ve grupların Anayasa'nın 26. maddesinde teminat altına alınan haklardan yararlanmasına engel olacağından anayasal hakların kullanılması bakımından kabul edilemez.'**

Mahkeme'ye göre, başvuru, tarihsel olayları kendi bakış açısından yansıtmakta, Türkiye'nin Kürt politikası ile bilhassa güneydoğusundaki faaliyetlerini sert bir üslupla eleştirmekte, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve özellikle güvenlik güçleri hakkında kötü bir tablo çizmektedir. Buna karşın başvuru, kendi ifadesiyle "Kürt gerçeğinin" tanınmasını ve silahlı yöntemlere başvurmak yerine Kürt sorununun çözülmesi için barışçıl yöntemlerin kullanılmasını da talep etmektedir. Söz konusu kitabın bazı bölümlerinin "şiddet çağrısı", "silahlı ayaklanma çağrısı" ve "isyan çağrısı" içerip içermediğinin, bölümdeki ifadelerin "derin ve mantıkdışı bir kını aşılıyarak şiddetin artmasına yol açacak nitelikte olup olmadığının"<sup>20</sup> kitapta yer alan ve yukarıda açıklanan görüşlerle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda kitapta yer alan görüşlerin gerçekten nefrete ve şiddete teşvik edip etmediğinin

---

için, söz ve açıklamalarda kullanılan terimlerin ve hangi bağlamda yazıldıklarının dikkate alınmasının uygun olacağını her zaman vurgulamıştır. (Özgür Gündem/Türkiye, B. No: 23144/93, 16/3/2000 § 63; Sürek/Türkiye, B. No: 24762/94, 8/7/1999 § 12, 58 )

<sup>20</sup> Mahkeme, bu noktada AİHM'nin Sürek/Türkiye kararına (No:26682/95, para.62) atıf yapmıştır.

değerlendirmesini yaparken kullanılan aracın kitle iletişim araçlarına kıyasla halkın daha dar bir kesimine hitap eden ve PKK terör örgütünün "değişen" ideolojisinin endoktrinasyonunu hedefleyen bir kitap olduğu da gözetilmelidir.

Mahkeme'ye göre, ayrıca kitabın toplatılmasına gerekçe olarak gösterilen düşüncelerin bir kısmı, **toplumun büyük kesimi ve devlet yetkilileri için kabul edilemez olmakla birlikte bir bütün olarak kitapta yer alan düşünceler**, başvurucunun ifadesiyle Kürt gerçeğinin tanınması ve silahlı yöntemlere başvurmak yerine Kürt sorununun çözülmesi için barışçıl yöntemlerin kullanılması çerçevesinde temellendirilmiştir. Başvurucu, söz konusu kitabın kapağında bulunan resmin amacının, yeni bir siyasal sınırın gösterilmesi olmadığını, kitapta ele alınan konuların geçtiği coğrafyayı gösterdiğini; bu coğrafyadaki siyasal, toplumsal ve ekonomik dönüşümlerin demokratik usullerle gerçekleştirilebileceğini ileri sürmüştür. Terör örgütü PKK üzerindeki etkisi devam eden başvurucu, temel olarak, demokratik çözüm olanaklarına şans verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu itibarla kitapta yer alan ve demokratik çözümün gerçekleşmemesi halinde "nihai bir savaş aşamasına geçilebileceği" yönündeki ifadeler, **kitabın yazıldığı bağlam ile birlikte değerlendirildiğinde, başvurucunun şiddeti teşvik ve terör eylemlerinin yapılmasına çağrıda bulunduğu anlamına gelmemektedir**. Başvurucunun bu sözlerinin, demokratik çözümün gerçekleşmemesi halinde Güneydoğu Anadolu'daki şiddetin yeniden canlanabileceği öngörüsü niteliğinde olduğu değerlendirilmiştir.

Netice olarak Mahkeme, söz konusu kitabı bir bütün olarak değerlendirdiğinde, şiddeti övdüğü; başvurucunun kavramsallaştırmasına göre "önümüzdeki süreçte" kişileri terör yöntemlerini benimsemeye başka bir deyişle şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik ettiği yönünde değerlendirmemiştir. Aksine, Mahkeme'ye göre, **kitap, bir süredir güvenlik güçleri ile silahlı çatışmaların olmadığı bir ortamda başvurucu, kendi bakış açısıyla Kürt meselesini analiz etmekte; silahlı çatışmaya son verilmesini ve demokratik**

çözüm konusunda uzlaşılmasını talep etmektedir. Başvurucunun kitapta dile getirdiği meseleler gibi kamunun çıkarlarına ilişkin siyasi açıklamalar veya toplumsal sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlanmasında kamusal yetki kullanan makamların çok dar bir takdir aralığı olduğuna işaret etmek gerekir. **Kamu otoriteleri veya toplumun bir kesimi için hoş olmayan düşüncelere, şiddeti teşvik etmediği, terör eylemlerini haklı göstermediği ve nefret duygusunun oluşmasını desteklemediği sürece sınırlama getirilemez.** Bu sebeple, Mahkeme, başvuruya konu kitabın toplatılmasına gerekçe gösterilen nedenlerin başvurucunun düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğü ve bu kapsamda basın özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı sonucuna varmıştır.

Bilhassa bir terör örgütü liderinin bir siyasi-toplumsal meseleyle ilgili olarak görüş açıklamasının tek başına bir sınırlamaya meşru sebep olamayacağı yönündeki ilkesel tespit ve bu anlamda terör örgütünün propagandasının yapıp yapılmadığının titiz bir şekilde araştırılması yönündeki yaklaşım oldukça önemlidir. Keza bu araştırmanın yapılması noktasında da, her şeyden önce görüşlerin bir bütün olarak değerlendirilmesi yönündeki yaklaşım ve bu anlamda şiddeti teşvik etmeyen, terör eylemlerini haklı göstermeyen ve nefret duygusunun oluşmasını etkilemeyen ifadelerin ifade ve basın hürriyetinin koruması altında bulunacağı yönündeki ilkesel duruş, ifade ve basın hürriyeti noktasında zikredilmesi gereken anayasal mesajlardır.

Nitekim Mahkeme, basın ve ifade özgürlüğüyle ilgili bu minvaldeki kararlarını sağlamlaştırmış; aynı ilkesel yaklaşımı, başka kararlarında da sürdürmüştür.<sup>21</sup> Bu kapsamda özellikle siyasi parti faaliyetleri kapsamında Kürtçe dilinin kullanılmasından ötürü bir cezalandırmanın söz konusu olduğu *İsa Yağbasan ve Diğerleri* kararı<sup>22</sup> oldukça önemlidir. Demokratik Toplum Partisi üyesi olan başvurucuların Nevruz bayramını kutlamak

<sup>21</sup> Bu doğrultuda bkz.: *Fatih Taş* kararı (2013/1461), para. 58-67, 98-110. Benzer ilkesel tespitler için bkz.: *Emin Aydın* kararı (2013/2602).

<sup>22</sup> B. No: 2013/1481, Kt. 20.11.2014.

üzere parti ambleminin de bulunduğu Türkçe ve Kürtçe el ilanı bastırmaları üzerine, haklarında Siyasi Partiler Kanunu uyarınca (Türkçe'den başka bir dili siyasi parti faaliyetinde kullanmaktan) mahkûmiyet tesis edilmiştir.<sup>23</sup> Mahkeme, ifade ve basın özgürlüğüne ilişkin yukarıdakilere benzer ilkesel tespitlerden sonra, *Anayasa'nın 26. maddesinin, her türlü kültürel, siyasal ve sosyal bilgi ve fikirlerin paylaşıldığı ortamlara dâhil olan bireylerin bilgi ve fikir alışverişinde bulunurken istedikleri dili tercih etme özgürlüğünü kapsadığını; bu bağlamda bir ifade aracı olan dilin, şüphesiz ki Anayasa'nın 26. maddesinin teminatı altında olduğunu belirtmiştir.*<sup>24</sup>

Mahkeme'ye göre, ilke olarak devletlerin, seçim kampanyaları sırasında adaylar ve diğer kişiler tarafından kullanılacak dilleri belirleme ve gerekli olması halinde belli makul kısıtlamalar uygulama hakkına sahip olduklarının kabul edilmesi gerekir. Buna karşın Türkçe dışında kalan dillerin siyasi partilerin tüm faaliyetlerinde kullanımının tamamen yasaklanması ve beraberinde cezai yaptırımlar getirilmesi, Anayasa'nın 26. maddesinde teminat altına alınan ifade özgürlüğü gibi demokratik toplumun temel değerleri ile bağdaşmaz. Mahkeme'ye göre, cezai yaptırımlar nedeniyle görüş ve fikirlerin gerektiği şekilde iletilmesi için uygun dilin kullanılamaması durumunda kişilerin görüş ve fikirlerini açıklama ve bu görüş ve fikirleri dinleme hakkının varlığından söz edilemez. Mahkeme, devamında, somut olayda başvuruçuların, suça konu el ilanlarını, 21 Mart Nevruz Bayramı Tertip Komitesi adına hazırladıklarını ve ilanda üyesi oldukları DTP'nin amblemini kullandıklarını; buna karşın Türkçe ve Kürtçe dillerinde hazırlanan el

---

<sup>23</sup> İlginç bir durum olarak, başvuruçuların cezalandırıldıkları Siyasi Partiler Kanunu'nun ilgili maddesi, temyiz incelemesinde itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüş ve iptal edilmiştir. Ancak AYM, iptal kararının yürürlüğünü ertelediği için Yargıtay, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararını onamıştır. Böyle olduğu için de, AYM, bireysel başvuruya konu olay zamanında yürürlükte bulunan ilgili yasal mevzuatın ve ona dayanılarak uygulanan mahkûmiyetin bir ihlal teşkil edip etmediğini incelemek durumunda kalmıştır.

<sup>24</sup> AYM, bu noktada AIHM'nin *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası/ Türkiye* (No: 20641/05) kararına atıf yapmıştır.



ilanlarının seçim kampanyaları ile ilgili olmayıp Nevruz Bayramına davet içerdiğini ve bu bağlamda başvuruçuların Kürtçe el ilanı bastırmalarından dolayı cezalandırılmalarının demokratik toplumda gereklilik kriteri bağlamında zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşılamayıp Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini belirtmiştir.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Karar, bu yönüyle hak ve özgürlükler adına çok önemli olmakla birlikte; bazı yönlerden bizce eleştiriyi hak etmektedir. AYM'ye göre; *AİHM, Sözleşmenin 5. maddesinin 2. paragrafında (yakalanan her kişiye yakalanma nedenlerinin en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur) ve 6. maddesinin 3 (a) ve (e) paragraflarında (kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede ve anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek ve mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak) belirtilen özel haklar istisna olmak üzere, Sözleşmenin kamu makamları ile tesis edilecek iletişimde özel bir dil kullanma hakkını ya da kişinin tercih ettiği bir dilde bilgilendirme hakkını tek başına teminat altına almadığına karar vermiştir* (bkz. *Mentzen/Letonya*, B. No: 71074/01, 7/12/2002). Yine AYM'ye göre, *AİHM, Sözleşmenin seçim amaçlı olarak kamu makamları ile tesis edilecek iletişimde özel bir dil kullanma hakkını teminat altına almadığına da karar vermiştir* (bkz. *Fryске Nasjonale Partij ve Diğerleri/ Hollanda*, B. No: 11100/84, 12/12/1985). Ayrıca devletin dil politikalarının tarih, dil, din ve kültür ile ilgili çok sayıda unsurdan etkilendiğinin göz önünde bulundurulması gerekir. Bu bağlamda devlet makamlarının bu alandaki takdir yetkisinin geniş olduğu kabul edilmelidir. Bu anlamda, Mahkeme'ye göre, somut davanın koşullarına dönülecek olursa, mevcut dava, yukarıda atıfta bulunulan davalardan farklıdır. Çünkü söz konusu davalar, kamu makamları ya da resmi kurumlarla tesis edilecek iletişimde resmi olmayan bir dil kullanımı ile ilgilidir. Mevcut davada bireysel başvuruya konu edilen mesele genel olarak seçim kampanyaları sırasında resmi dil dışında bir dilin kullanılmasına izin verilip verilmediği değildir. Somut dava, seçim kampanyaları sırasında yapılan halk toplantıları kapsamında olmayan ve bireylere, diğer bireyler ile ilgili olan ilişkilerinde dilsel kısıtlamalar getirilmesi hakkındadır. Keza Mahkeme'ye göre, somut olayda başvuruçular, suça konu el ilanlarını, 21 Mart Nevruz Bayramı Tertip Komitesi adına hazırlamışlar ve ilanda üyesi oldukları DTP'nin amblemini kullanmışlarsa da; Türkçe ve Kürtçe dillerinde hazırlanan el ilanları, seçim kampanyaları ile ilgili olmayıp Nevruz Bayramına davet içermektedir. Bu ifadelerden görüleceği üzere, AYM, resmi dil dışındaki bir dilin kullanımının siyasi parti faaliyeti kapsamında olmasıyla olmaması arasında bir ayırım yapmış ve siyasi parti faaliyeti kapsamında olmaması faaliyetlerde yasaklanmasını değerlendirmesine konu alıp ihlal tespit etmiştir. **Demek ki Mahkeme, somut olayda Kürtçe'nin siyasi parti faaliyeti kapsamında kullanılması söz konusu olsaydı, meseleye daha farklı bakabilecek ve bir ihlal tespit etmeyebilecekti.** Bu yaklaşım, hak ve özgürlük noktasından bizce sorunludur.

### **iii. Ergün Poyraz (2) Kararı**

*Ergün Poyraz* kararı da,<sup>26</sup> ifade özgürlüğünün geliştirilmesi adına çok önemli bir karardır. Kitabında 11. Cumhurbaşkanı Abdullah Gül hakkında kullandığı ifadelerden ötürü tazminata mahkum edilen kişinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı başvuruda, AYM, ifade özgürlüğü açısından çok önemli yaklaşımlar geliştirmiştir. Mahkeme, ifade özgürlüğünün demokratik toplum için arz ettiği önemi, keskin ifadelerle – yukarıda yer verdiğimiz kararlarında yaptığı gibi – vurguladıktan sonra; somut olaydaki tazminata mahkûm etme şeklindeki müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirirken, böyle durumlarda tazminata mahkum etme şeklinde bir yaptırım uygulanması noktasında nasıl hareket edilmesi gerektiğine ilişkin önemli tespitler ortaya koymuştur.

Mahkeme'ye göre, böyle bir durumda öncelikle, *başvurucunun yazdığı kitapta sarf ettiği sözlerden dolayı aleyhine tazminata hükmedilmesine ilişkin kararda, başvurucunun (demokratik bir toplumdaki) ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında makul bir dengenin gözetilip gözetilmediği değerlendirilmelidir. Bu bağlamda mahkûmiyet gerekçesinde, başvurucunun, yayımladığı kitapta davacı hakkında haber ve fikirlere yer verirken yayıncılık etiğine uygun olarak doğru ve güvenilir bilgi sunarken iyi niyetle hareket etme görev ve yükümlülüğüne uyup uymadığı; davacı hakkında verilen bilgilerin cumhurbaşkanlığı seçimleri kapsamında kamu yararına ilişkin olup olmadığı; kitabın davacıya karşı keyfi kişisel bir saldırı teşkil edip etmediği ve doğrudan siyasi kişiliğini hedef alıp almadığı ortaya konulmalıdır. Nitekim siyasilere yönelik eleştirinin sınırları çok daha geniştir. Siyasetçilere yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, diğer kişilere yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi diğer kişilerden farklı olarak her sözünü ve eylemini bilerek halkın ve aynı zamanda diğer siyasetçilerin denetimine açar; bu nedenle de daha geniş hoşgörü göstermek zorundadır.*

---

<sup>26</sup> B. No: 2013/8503, Kt. 27.10.2015.

Mahkeme, bu tespitler bağlamında somut olaya baktığında, başvuruya konu kitabın yayımlanmadan önce 2007 yılı Nisan ayında yapılacak olan 11. cumhurbaşkanlığı seçimine yönelik kamuoyunda yoğun bir tartışma yaşandığını,<sup>27</sup> başvurucunun muhafazakâr toplum kesimleri, dini cemaatlerin siyaset ve siyasi partilerle ilişkileri üzerine araştırmaları bulunan ve çoğunluğu zikredilen konularda olmak üzere ondan fazla kitabı bulunan bir yazar olduğunu ve söz konusu kitabın önsözünü de, Nisan ayında yazmış olup kitabı, cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin tartışmaların yoğun olarak devam ettiği günlerde yayımladığını ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre, başvurucu, davacıya ve davacının birlikte siyaset yaptığı kişilere karşı son derece şüpheli yaklaşmaktadır. Başvurucu, bu kişilere genel olarak güvenmemekte, bu kişilerin kendisinin de mensubu olduğu dünya görüşüne karşı düşman oldukları fikrini taşımaktadır. Başvurucu, davacı ve kitapta davacı ile birlikte adını zikrettiği kişilerin milleti aldattıklarına inanmakta ve bu kişilere sert biçimde karşı çıkılması gerektiğini savunmaktadır. Ayrıca kitapta ifade ettiği olayların subjektif değerlendirmesini yapmakta, davacı hakkında öne sürdüğü kanaatlerini ispatlamak için olayları ve bu olaylara ilişkin yorumları çeşitlendirmektedir.

Görüldüğü gibi, Mahkeme, bir yandan mahkûmiyete konu ifadelerin serd edildiği konjonktürü ve bir yandan da başvurucunun bir anlamda amacını ortaya çıkarmakta ve bunlardan hareketle başvurucunun, iyi niyetli ve kamuyu aydınlatmaya yönelik davranıp davranmadığını tespit etmeye çalışmaktadır. Bunlar, hiç şüphesiz diğer adli ve idari

<sup>27</sup> Mahkeme, bir dönem analizi yapmış ve 2000 yılında seçilen 10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in görev süresinin Mayıs 2007'de dolacak olduğunu ve TBMM'nin, cumhurbaşkanlığı seçiminin ilk tur oylama gününü 27 Nisan olarak belirlediğini; seçim dönemine, laiklik tartışmaları altında geldiğini; ülkenin çeşitli yerlerinde "Cumhuriyet mitingleri" adıyla geniş katımlı gösteriler düzenlendiğini ve iktidarda bulunan Adalet ve Kalkınma Partisinin kendi siyasal çizgisinden bir ismi cumhurbaşkanlığına seçmesinin engellenmek istendiğini; iktidar partisinin o dönem dışişleri bakanı ve başbakan yardımcısı olan Kayseri Milletvekili Abdullah Gül'ü aday göstermesi üzerine tartışmaların odak noktasının genel olarak Abdullah Gül'e kaydığını ve yaşanan bazı gelişmelerin ardından ancak Ağustos ayında Abdullah Gül'ün cumhurbaşkanı seçilebildiğini ortaya koymuştur.

mercilere de yön gösterici nitelikte yaklaşımlardır. Ve Mahkeme'nin bunu yaparken üzerinde durulmasını bir kriter olarak aradığı bir husus da, **başvurucu tarafından söylenen sözlerin, kitabın tamamı ve söylendikleri bağlamdan kopartılmaksızın olayın bütünselliği içerisinde değerlendirilmesi gerektiğidir.**

Mahkeme, bunun ardından temyiz merciinin tazminata mahkûmiyet gerekçesi olarak öne sürdüğü gerekçeleri tek tek tespit etmiş ve tetkike tabi tutmuştur.<sup>28</sup> Tüm bunlar neticesinde Mahkeme'nin ulaştığı sonuç, *Yargıtay'ın, iddiaların ve başvuru hakkındaki sözlerin bir bütün olarak*

<sup>28</sup> Bu bağlamda, ilk olarak, başvuruya konu kitabın kapak tasarımında kırmızı renk tercih edilerek "Davut yıldızı (siyonist yıldız)" kullanılması ve bu yıldızın içine davacının akademisyen sıfatıyla giydiği cübbeli ve kepli resmin yerleştirilmesini ele alan Mahkeme, Yargıtay'ın buna ilişkin benimsediği "söz konusu kapak tasarımı ile davacının 'İsrail ve Yahudilik' ile bağlantısı olduğuna dair okuyucu üzerinde şüphe yaratılmak istendiği yönündeki argümanına karşılık, *başvuruya konu kitap kapağında olduğu gibi belirli bir resmin ne anlama geldiğinin ancak başvuruçunun açıklamaları ve kitapta kullanılan ifadelerle birlikte kitabın yayımlandığı özel koşulların da birlikte değerlendirilmesi ile belirlenebileceğini vurgulamış ve bu bağlamda kitap kapağının, temel olarak kitabın içeriğini yansıtmaya amacıyla tasarlandığı değerlendirilmesini yapmıştır.* İkinci gerekçe olarak Yargıtay'ca değerlendirilen, kitapta "davacının yalancı, Yahudi ve Amerika âşığı olduğu, Hristiyan olup kamuoyuna ABD, İngiltere ve İsrail'in hizmetinde bir kişi olarak" sunulduğu argümanına karşılık olarak, Mahkeme, *kitabın arka sayfasında ve içeriğinde bir bütün olarak davacının Yahudi ve Hristiyanlarla iyi ilişkileri olduğunun, davacının düşünce ve eylemlerinin Türklerin ve Türkiye Cumhuriyeti'nin menfaatine değil; ABD, İngiltere, İsrail gibi ülkelerin menfaatlerine olduğunun iddia edildiğini ve bu iddiaların kanıtlanması için bazı çıkarımlar ve yorumlar yapıldığını; bundan başka davacının öğrenciliğinden itibaren değişen ideolojik tercihlerine dikkat çekildiğini ve kitabın yazarının kendince bu tutarsızlıkları yorumladığını; buna karşın kitapta davacıya karşı aşağılayıcı ifadelerin tespit edilemediğini* belirtmiştir. Mahkûmiyetin son gerekçesi olarak Yargıtay'ca değerlendirilen, "kitabın yayımlandığı 2007 yılının Mayıs ayında ülke gündemindeki cumhurbaşkanlığı seçimlerinde aday olan davacının eleştirilmesinden ziyade kullanılan üslupla 'küçük düşürülmesinin' amaçlandığı argümanına karşılık olarak ise, Mahkeme, *gerçekten de yazarın, söz konusu kitabı, davacının toplumsal itibarını zayıflatmak, onun üstlendiği ve üstlenmeyi düşündüğü siyasi görevlerde bulunmayı hak etmeyen bir kişi olduğunu göstererek toplumu yönlendirmek amacı ile yazdığının açık olduğunu; yazarın, bu amacına ulaşmak için bir bütün olarak kitapta, yaklaşan cumhurbaşkanlığı seçimlerinde aday olan davacının hayat hikâyesinden bazı kesitlerle birlikte öğrenciliğinden itibaren çeşitli konulardaki açıklamalarını ele aldığı; kendi bakış açısından davacının Mustafa Kemal Atatürk'ün öğretilerine muhalif bir kişi olduğunu göstermeye çalıştığını ve davacıyı sert biçimde eleştirdiğini* belirtmiştir.

*davacının şeref ve itibarına saldırı anlamı taşıdığına karar vermiş (kitapta yer alan iddia ve sözlerin ve kitap kapağında kullanılan resmin asıl amacının davacıyı küçük düşürmek olduğunu kabul etmiş) olması; fakat bu kanaate, başvuruçunun kullandığı kelimelere ve kitap kapağında yer alan resme onun verdiği anlamın ötesinde anlamlar yükleyerek ulaşmış olmasıdır. Üstelik AYM'ye göre, Yargıtay, kararında, başvuruçunun kullandığı ifadelerin türü, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesi ve ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğini tartışmamış; başvuruçunun hakları ile davacının kullanılan ifadeler karşısında sahip olduğu hakların ağırlığını gerektiği gibi değerlendirmemiş; söz konusu kitabın davacının toplumsal itibarını zayıflatmak için yazıldığını kabul etmiş; üstelik bu noktada, siyasi tartışmaların yoğun olarak yaşandığı bir dönemde bu kitabın yayımlanmasının beklenen bir gelişme olduğunu göz ardı etmiştir. Mahkeme'ye göre, yazarın, dava konusu kitapta, yirmi yılı aşkın bir süredir Türkiye siyasetinin en önemli aktörlerinden biri olan davacıyı eleştirmesinin ve onun hayatının bazı kesitleri ile ilişkilerini ve sözlerini analiz etmesinin – yoğun siyasi tartışmaların yaşandığı bir döneme denk geldiği de düşünüldüğünde – genel olarak kamu yararını ilgilendiren bir mesele olduğuna kuşku yoktur. Başvuruçunun, böyle bir dönemde kendi adına kamuoyunu bilgilendirmek ve eleştirilerle kamuoyu oluşturmak amacıyla hareket ettiği açıktır.*

Mahkeme, son tahlilde başvuruçunun yorumları ve çıkarımlarının ağır eleştiri olduğunda herhangi bir tereddüt olmamasına rağmen, başvuruçunun yorumlarının ve çıkarımlarının keyfi kişisel saldırı boyutuna ulaştığının söylenemeyeceği kanaatine varmıştır. Mahkeme'ye göre, başvuruçunun polemik içeren agresif usulü değerlendirilirken ifade özgürlüğünün sadece haber ve fikirlerin içeriğini korumadığı, haber ve fikirlerin iletilme usulünü de koruduğu gözetilmelidir. Bu bağlamda başvuruçunun, uzun yıllardır siyasetin içinde ve cumhurbaşkanı adayı olan kişi hakkında – önceden yayımlanmış kaynaklar temelinde – siyasi hayatında yapmış olduğu bazı tercihlerden yola çıkarak aile hayatına ilişkin bilgiler iletilmesine ve **ağır eleştiriler yapmasına demokratik**

**çoğulculuk açısından tahammül edilmesi gerekir.** Bu tür aile hayatına ilişkin bilgilere, ağır eleştirilere ve değerlendirmelere tahammül edilmesi ve ifade özgürlüğünün güvencesi ile bunların dile getirilmesi demokrasinin sağlıklı işlemlerini sağlayacaktır. Üstelik Mahkeme'ye göre, rahatsız edici de olsa siyasilere ilişkin yapılan bilgilendirme ve eleştirilerin cezalandırılması "caydırıcı etki" doğurarak toplumdaki ve kamuoyundaki farklı seslerin susturulmasına yol açabilir. Cezalandırılma korkusu, çoğulcu toplumun sürdürülebilmesine engel olabilir. Bu nedenle somut olayda başvurucunun bir miktar tazminat ödemesine karar verilmesi, siyasilere yönelik olarak bilgilendirme ve eleştiri ortamına zarar verebilecektir. Dolayısıyla başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahale, "başkalarının şöhret ve haklarının" korunması için demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olarak değerlendirilmemiştir.

#### **iv. İfade Özgürlüğünün Farklı Bir Boyutu ve R.Y.V. Kararı**

Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun (RTÜK) bir tasarrufu sonucu yayın izninin hükümsüz kalması üzerine yayınlarının durdurulmasına karar verilen bir radyo kanalının yaptığı başvuruda verilen karar,<sup>29</sup> ifade özgürlüğünün radyo ve televizyon boyutu hakkında önemli tespitler içermektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, **radyo ve televizyon gibi işitsel ve görsel kitle iletişim araçları haber ve fikirlerin iletilmesinde basılıp çoğaltılabilen araçlara göre çok daha önemli bir role sahiptir.** Özellikle mesajların ses ve görüntü ile iletilmesinden kaynaklanan gücü nedeniyle bu tür medya organları, basılı eserlerden çok daha hızlı ve güçlü etkiye sahiptir. Dolayısıyla işitsel ve görsel medyanın yaptığı iş çerçevesinde basın özgürlüğünden tamamen ayrı düşünülerek incelenmesi de mümkün değildir.

Radyo ve televizyon yayıncılığının ifade özgürlüğüyle bağlantısı noktasındaki bu tespitlerden sonra, Mahkeme, Anayasa'nın 26. maddesinde bu tür yayınlar için öngörülen izin sistemini de – hak ve özgürlükler noktasından – değerlendirmiş; bu bağlamda **işitsel ve görsel basının uyması gereken en önemli kuralın, Anayasa'nın 26/1 hükmünde**

---

<sup>29</sup>B. No: 2013/1429, Kt. 14.10.2015.

*bahsi geçen izin sisteminin koşullarını yerine getirmek olduğunu; ne var ki, işitsel ve görsel medyaya ilişkin olarak yapılacak düzenlemelerde ifade özgürlüğünün etkin kullanılması için sadece "izin sisteminin" koşullarının belirlenmesi veya "yayını engellemek" temelinde bir düzenlemenin yapılmasının yeterli olmayacağını; bunun dışında **demokrasinin temeli olan çoğulculuğun, bu tür izin sistemlerinde veya yapılacak diğer düzenlemelerde esas unsur olarak göz önünde tutulması gerektiğini** belirtmiştir.*

Bu ilkesel tespitler ışığında somut olaya dönen AYM'ye göre, somut olaydaki türden bir müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesi anlamında demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olduğunun kabulü için, arzulanan hedeflere uygun olup olmadığı ve gerek idari (RTÜK) gerek adli organların (idarenin işlemine ilişkin iptal istemini reddeden idare mahkemesi) kararlarında belirttikleri gerekçelerin "ilgili" ve "yeterli" olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu minvalde Mahkeme, başvuru radyonun belli bir tarihte radyo yayını yapmak için lisans aldığını ve sonradan bir süre yayınlarını durdurduğunu; bir tarihten sonra ise yeniden yayına başladığını; bu anlamda RTÜK ve idare mahkemesi kararında belirtildiğinin aksine "izin almadan yayın yapan" değil, "yayınlarına ara veren" statüsünde bulunduğunu; Danıştay içtihadı uyarınca bu iki statüye farklı sonuçlar bağlandığını ve somut olayda başvuru radyonun statüsünün yanlış değerlendirilmesi dolayısıyla müdahale (yayın durdurma işlemi ile onu iptal etmeme kararı) gerekçelerinin "ilgili" ve "yeterli" olmadığını belirtmiştir.<sup>30</sup>

### **3. Manevi Varlığın Korunması ve Bu Bağlamda Kişilik Hakkı**

Bu noktada değinilmesi gereken bir karar da, kadının, Türk Medeni Kanunu uyarınca kocasının soyadını almasına yönelik uygulamanın kişilik

<sup>30</sup> Bu noktada dikkatimizi çeken bir husus da, Mahkeme'nin bir anlamda derece mahkemelerinin hukuku yorumlama yetkisine müdahale eder şekilde yaptıkları değerlendirmeyi nakzetmesidir. Mahkeme, somut olayda derece mahkemelerinin başvuru radyonun hukuki durumu için yaptığı "izin almadan yayın yapan" statüsü değerlendirmesinin yanlış olduğunu söyleyebilmiştir.

haklarına aykırı bulunduğu karardır.<sup>31</sup> Mahkeme, başvurucaunun, Türk Medeni Kanunu'nun "kadının soyadı" başlıklı 187. maddesi uyarınca kocasının soyadını almak zorunda kalmasını, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

Sözü yine Mahkeme'ye bırakalım: *'Belirtilen düzenleme uyarınca, uluslararası insan hakları hukukunun temel belgelerinden olan ve Türkiye'nin usulüne uygun olarak onaylayıp taraf olduğu Sözleşme iç hukukta doğrudan uygulanma kabiliyetini haizdir. Sözleşme'nin 8. maddesi özel hayata ve aile hayatına saygıyı ifade ederken, 14. maddesi cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. AİHM'nin, kişinin soyadını özel hayat kapsamında değerlendirerek evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunu özel hayata müdahale olarak kabul ettiği birçok kararında, soyadı kullanımı ile ilgili başvurular, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan "özel hayatın ve aile hayatının korunması" ilkesi kapsamında incelenmiş ve **kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, Sözleşmenin özel hayatın gizliliğini öngören 8. maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.**<sup>32</sup> Uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşmenin hükümlerinin somut uyumsuzluk açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvurucaunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.'*

---

<sup>31</sup> Başvuru No: 2013/2187, Kt. 19.12.2013.

<sup>32</sup> Mahkeme'nin burada atf yaptığı AİHM kararları, *Ünal Tekeli/Türkiye* (No: 29865/96), *Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye* (No: 7971/07); *Tuncer Güneş/Türkiye* (No: 26268/08) ve *Tanbay Tüten/Türkiye* (No: 38249/09) kararlarıdır.



Görüldüğü gibi Mahkeme, söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olup olmadığını değerlendirirken, Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma kriterleri üzerinden gitmiş ve ilk kriter olan "kanunilik" noktasında, konuyla ilgili uluslararası sözleşmelerin ilgili kanun hükmünü zımnen ilga etmiş sayılıp ona göre öncelikle uygulanması ve bu bağlamda AİHS ile ona ilişkin AİHM içtihadının dikkate alınması gerekirken bunun yapılmamasını ihlal olarak değerlendirmiştir. Karar, açık kanun hükmüne rağmen kadının kocasının soyadını almak zorunda bırakılmasını insan hakkı ihlali olarak görmesinin yanı sıra; uluslararası sözleşmelerle çatışan kanun hükümlerinin göz ardı edilmeyip uygulanmasını da, sınırlamada kanunilik kriterinin yerine getirilmemesi sonucunu doğurduğunu kabul ederek başlı başına bir ihlal sebebi saymaktadır.<sup>33</sup>

#### **4. Tutukluluğa İlişkin Kararlar**

Tutukluluğa ilişkin kararlar da, makul sürede yargılanma ve ifade özgürlüğü kararları gibi, kabul edilebilirlik kriterleri ve bu bağlamda tüketme kuralı yanında, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının maddi yönüne ilişkin önemli yaklaşımları içinde barındırmaktadır. Anayasa Mahkemesi, tutukluluk şikayetleriyle ilgili olarak, *kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenlerinin varlığı; makul sürenin aşılmaması ve tutukluluk kararına itirazı inceleyen merci önündeki usule aykırı işlemler* yönünden

<sup>33</sup> Karara dair esas yönünden bir eleştiri olarak, "ayrımcılık yasağı" yönünden meselenin değerlendirilmemiş olması söylenebilir. Buna göre, söz konusu kanun hükmünün, sadece, uluslararası sözleşmelere aykırı olması yönüyle Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanmaması gerekirken uygulanmasının sınırlama rejimine aykırı olduğu değil; aynı zamanda kadın-erkek eşitliği ve ayrımcılık yasağı bakımından da sorunlu bir düzenleme olduğu ortaya konabilirdi. Keza bir başka eleştiri olarak da, Mahkeme'nin birkaç yıl önce aynı kanun hükmünün itiraz yoluyla önüne getirildiği davada (*E.2009/85, K.2011/49 sayı ve 10.3.2011 tarihli karar*) Anayasa'ya aykırı bulmayarak iptal etmediğini düşündüğümüzde, Mahkeme'nin şimdi aynı hükmü insan haklarına (ve dolayısıyla Anayasa'ya) aykırı bulurken geçmişle sağlam bir gerekçeyle hesaplaşmasının gerektiği hususu zikredilebilir. Ancak eleştirilebilecek bu yönlerine rağmen, yine de neticede bir ihlal kararı çıktığı için, kararı insan haklarının korunması adına olumlu bir karar olarak görmek (ve tabiri caizse, Anayasa Mahkemesi'ni diğer eleştiriler yönünden mazur görmek) makul olacaktır.

tutukluluk şikayetlerini incelemektedir.<sup>34</sup> Mahkeme, özellikle tutukluluk tedbirinin hangi hallerde uygulanabileceğine ilişkin getirdiği standartlar ile Türkiye’de, istisnai bir tedbir olarak uygulanması gerekirken adeta kural haline getirilip en temel insan hakları arasında yer alan özgürlük hakkına yönelik yoğun ve kronik ihlallere yol açan bu durum karşısında bir koruma kalkını – bazı somut olaylarda elbette tenkite tabi değerlendirmeleri bulunsa da – oluşturmuştur. Tutukluluk tedbirine yönelik olarak *derece mahkemelerinin takdir haklarının olduğu belirten, ne var ki bu takdir hakkının da keyfi kullanılamayacağını ve bu noktada Anayasa ile kanunlara bariz biçimde aykırı yorumların kabul edilemeyeceğini söyleyen*<sup>35</sup> ve *bu noktada titiz bir denetim uygulayan yaklaşımıyla Anayasa Mahkemesi, tutukluluğu istisnai bir tedbir olmaktan çıkaran savcı ve mahkemelerin bu uygulamalarına engel olmaktadır.*

Mahkeme’nin bu noktadaki üç yıllık karnesi meyanında şunlar ortaya konabilir: Mahkeme, öncelikle Türkiye pratiğinde adeta gelenek haline gelmiş tutukluluk itirazlarının şablon (formül) gerekçelerle reddedilmesini ihlal sayarak, AİHM standartlarına uygun bir temel hak ve özgürlük koruma standardı benimsemiştir.<sup>36</sup> Bu, kişi hürriyetine yönelik

<sup>34</sup> Hüseyin Ekinci, Musa Sağlam; **Sorularla Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s.64, 65.

<sup>35</sup> B. No: 2012/239, Kt. 2.7.2013, para. 49 ve B. No: 2015/144, Kt. 14.7.2015, para. 90.

<sup>36</sup> B. No: 2012/239, Kt. 2.7.2013, para. 52. Mahkeme’ye göre; “*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. 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*” (para.63, 64). Benzer doğrultuda bkz.: B. No: 2012/1158, Kt. 21.11.2013, para. 48, 49. Yine Mahkeme, bir kararında, *kuvvetli suç şüphesi ile birlikte devamını gösteren haklı nedenlerin gösterilmesi şartıyla soruşturma veya kovuşturmanın tutuklu sürdürülmesi mümkün olabileceğini; buna dair gerekçelere mahkeme kararları ve Bakanlık görüşünde yer verilmediği gibi ilk tutuklama müzakeresi dışında dosyaya herhangi bir karar örneği de sunulmadığını* belirterek ihlal

ağır bir ihlal teşkil eden şablon gerekçelerle (daha doğrusu gerekçesizlikle) tutukluluğun devam ettirilip kişi hürriyetinin ihlal edilmesine set çeken çok önemli bir yaklaşımdır. Yine bu noktada, öncelikle kanuni tutukluluğun devamı için makul görülebilecek sebeplerin varlığının sadece azami süre içindeki tutukluluklar için geçerli olacağı ve kanuni limiti aşan hallerde bu sebeplerin dikkate alınmayacağı şeklindeki yaklaşımı ile; makul sürenin kanuni azami süreyle eş olmadığı ve kanuni tutuklama süresi geçmemiş olsa da, makul sürenin aşılmış olabileceği, bunun her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerektiği yönündeki yaklaşımı da oldukça önemlidir.<sup>37</sup> Yine Mahkeme'nin birden fazla suçtan tutuklu bulunma haline ilişkin olarak, kanundaki 5 yıllık üst limitin tüm suçlar için ayrı ayrı uygulanması yönündeki Yargıtay uygulamasını hak ihlali görüp, sürenin tüm suçlar için ortak olarak dikkate alınması gerektiğini söylemesi<sup>38</sup> de, ülkemiz pratiğindeki müstakar bir hak ihlalini giderecek önemli bir yaklaşımdır.<sup>39</sup>

---

kararı vermiş (B. No: 2012/239, Kt. 2.7.2013, para. 70); bir başka kararında da, *derece mahkemelerince verilen tutukluluğa itiraz ve itirazın reddine dair kararların gerekçeleri incelendiğinde, bu gerekçelerin tutukluluğun devamının hukuka uygunluğu ve tutulmanın meşruluğunu haklı gösterecek özen ve içerikte olmadığı ve aynı hususların tekrarı niteliğinde olduğunun görüldüğünü; bu yönüyle somut olaydaki tutukluluk halinin devamına ilişkin bu gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğunun söylenemeyeceğini ve ilgili ve yeterli olmayan gerekçelere dayanılarak başvuru sahiplerinin özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları an ile ilk derece mahkemesi kararıyla tahliye edilmelerine kadar geçen tutuklu buldukları sürenin makul olarak değerlendirilemeyeceğini* belirtmiştir (B. No: 2012/1158, Kt. 21.11.2013, para. 59).

<sup>37</sup> Yukarıdaki 2012/239 sayılı karar, para.50-52; 2012/1137 sayılı karar, para.49, 50; 2013/7792 sayılı karar, para.29, 30.

<sup>38</sup> Yukarıdaki 2012/239 sayılı karar, para.50; 2012/1137 sayılı karar, para.50, 53; 2013/7792 sayılı karar, para.29, 33.

<sup>39</sup> Anayasa Mahkemesi'nin tutukluluğun başladığı ve bittiği zamana ilişkin olarak özellikle ilk derece yargılaması sonucunda mahkumiyet almasına bağlamındaki yaklaşımı doktrinde eleştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; *'makul sürenin hesaplanmasında sürenin başlangıcı, başvuru sahibinin ilk kez yakalanıp gözaltına alındığı durumlarda bu tarih, doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklama tarihidir. Sürenin sonu ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı tarihtir. 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 isnadına bağlı olarak tutuklu' olma kapsamından çıkmaktadır. Bireysel başvuru incelemesi açısından, tutuklamanın şartları ile mahkûmiyete hükmedilmesi arasındaki*

### 5. *Din ve Vicdan Özgürlüğü ve Ayrımcılık Yasası: Başörtüsü Kararı*

Temel hak ve özgürlükleri bağlamında değinilmesi gereken bir gelişme de, Anayasa Mahkemesi'nin laiklik ve bu bağlamda din ve vicdan hürriyetine yönelik yaklaşımıdır. Başörtüsüyle girdiği duruşmada, mahkemece müvekkilini temsil etmesine imkân verilmeyip duruşması ertelenen avukatın başvurusuna ilişkin verdiği kararda,<sup>40</sup> Anayasa Mahkemesi'nin, din ve vicdan özgürlüğü ile ayrımcılık yasasına ilişkin benimsediği yaklaşım oldukça önemlidir. Mahkeme'nin laiklik ve başörtüsü konusundaki geçmişteki tavrı düşünüldüğünde, bu kararda ortaya koyduğu yaklaşım, önemli bir dönüşümün de göstergesidir.

---

*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. ... 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 (Bkz. Solmaz / Türkiye, no.27561/02, 16 Ocak 2007, §§ 23,24; Şahap Doğan / Türkiye, no.29361/07, 27 Mayıs 2010, § 26)."* (Yukarıdaki 2012/239 sayılı karar, para.66, 67). Doktrinde Göztepe, bu yorum tarzının masumiyet karinesine aykırı olduğunu; zira Anayasa'nın 38/4 hükmündeki "hükmen mahkûm oluncaya" kadar ifadesindeki "hükmen" ibaresinin kesinleşmiş mahkûmiyetleri kastettiğinin tartışmasız olduğunu; o itibarla ilk derece yargılaması sonucundaki mahkûmiyete bağlı tutuklamanın makul sürenin hesaplanmasında dikkate alınmamasının bu ilkeye aykırı olduğunu ileri sürmektedir (Göztepe, s.8-10). Yazarın masumiyet karinesine verdiği anlam şüphesiz doğru olmakla birlikte; tutukluluğun bir tedbir olma mahiyeti karşısında, artık mahkûmiyet sonrasında bir tedbir olma vasfının bir nevi değiştiği; mahkûmiyet hükmünün temyiz edilmeme ihtimalinin bulunduğu; üstelik son karar beklenene, AYM'ye yapılacak bireysel başvurunun da mı sonucunun beklenmesi gerektiği sorusu gibi hususlar da, bizzet tartışmada göz önünde bulundurulmalıdır. Üstelik Anayasa Mahkemesi de, masumiyet karinesine aykırı olacak surette ilk derece yargılamasında mahkûm olan kişinin suçlu olduğunu söylememekte; sadece o andan sonrasının başka türlü bir tutukluluk olduğunu belirtmekte ve makul süreyi hesaplarken de bu yoruma göre değerlendirme yapmaktadır.

<sup>40</sup> B. No: 2014/256, Kt. 1.7.2014.

### **i. Din ve Vicdan Özgürlüğü Boyutu**

Mahkeme, din ve vicdan özgürlüğünün Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurları arasında yer aldığını; AİHM'nin de, bu özgürlüğü, Avrupa kamu düzeninin temel unsuru olan demokrasinin en önemli ilkelerinden biri olarak kabul ettiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre; "acil bir toplumsal ihtiyacı karşılama hali dışında, bir din veya inancın en iyi hangi şekilde açığa vurulacağına veya bir davranışın başvurusunun ileri sürdüğü din veya inancın bir gerekliliği olup olmadığına söz konusu din veya inancın mensuplarınca karar verilebilir. ... Başvurucu, giyinme tarzının, mensup olduğu İslam dininin mutlaka yerine getirilmesi gereken kurallarından biri olduğunu, bu sebeple, kendisinin avukat olarak duruşmada bulunduğu sırada hâkim tarafından mahkemeden çıkartılmasının dinini serbestçe açığa vurma hakkına açık bir müdahale olduğunu savunmuştur. Başvurucu ayrıca, başörtüsü takmasının veya duruşmada çıkartmayı reddetme davranışının İslam Dini bakımından yerine getirilmesi gerekli bir uygulama olduğuna ilişkin açıklamalarını, Kur'an-ı Kerim'de yer alan konuyla ilgili Ayetlere, Hadislere ve Diyanet İşleri Başkanlığı'nın bu konudaki görüşlerine dayandırmış, başörtüsü takmasının ve bir mahkemenin duruşmasında çıkartmayı reddetmesinin İslam Dini bakımından gerekli olduğunu ortaya koymuştur. Bu bakımlardan, kadınların İslam dininin bir emri olduğu inancıyla başörtüsü takmasının, Anayasa'nın 24. maddesinin olağan anlamının kapsamında değerlendirilebilecek bir konu olduğunun kabul edilmesi gerekir."

Yine Mahkeme'ye göre; "dini inanç gereği başörtüsü takma hakkının yeri ve tarzı konusunda sınırlama getiren kamu gücü işlem ve eylemlerinin kişinin dinini açığa vurma hakkına bir müdahale teşkil ettiği kabul edilmelidir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hakların sınırlandırılması için mutlaka kanuna ihtiyaç vardır. Avukatların duruşmalara "başları açık" olarak katılacaklarına dair bir kanuni sınırlama bulunmamaktadır. Gerek AİHM'nin Leyla Şahin kararı ve gerekse de AİHM'nin dayandığı ve Türkiye'de öğrencilerin kılık ve kıyafetlerine ilişkin uygulamanın dayanağı haline gelen Anayasa

*Mahkemesi'nin 1989 ve 1991 tarihli kararları, Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükümde yer alan "kanunilik şartı"nı taşıyan kurallar olarak kabul edilemez. Somut olayda avukat sıfatıyla katıldığı duruşmada İlk Derece Mahkemesi'nin başvuruçuyu başörtüsü takması nedeniyle duruşmayı yapmayarak ertelemesi ve başvuruçunun müvekkiline kendisini yeni bir avukat tutmak üzere süre vermesi şeklinde gerçekleşen din ve vicdan özgürlüğüne yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.''*

### **ii. Ayrımcılık Yasağı (Eşit Muamele Hakkı) Boyutu**

Mahkeme, din ve vicdan özgürlüğü noktasında bu tespitleri yaptıktan sonra, 'ayrımcılık yasağı' yönünden de başvuruyu incelemiştir. Mahkeme'ye göre; 'Anayasa'nın 10. maddesi "ayrımcılık yasağı" biçiminde düzenlenmemiş olsa bile eşitlik ilkesinin, anayasal bağlamda her durumda dayanılacak normatif bir değer taşıması nedeniyle ayrımcılık yasağının da etkili bir şekilde hayata geçirilmesi gerekir. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içerir. Ayrımcılık yasağı ilkesi, din, siyasi görüş, cinsel ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddini içerir. Başvuruçuya yöneltilen farklı muamelenin, din özgürlüğü hakkından yararlanma ile ilgili olduğu açıktır. Derece Mahkemesi Hâkimi, tüm avukatların duruşmaya başları açık olarak girmelerini istemektedir.

... Başka bir deyişle, farklı durumda olan kişilere aynı şekilde muamele ediliyorsa fakat bu muamele belirli bir kişiyi veya gurubun üyelerini orantısız ve olumsuz yönde etkiliyorsa ayrımcılıktan söz edilebilir. Başvuru konusu olayda tüm kadın avukatların duruşmada başlarının açılması istenmekle beraber bu durum başvuruçunun kişisel tercihi olan bir dinsel davranışı açığa vurması, başka bir deyişle başvuruçunun 'kişisel niteliği' sayılması gereken dinin emirlerini yerine

getirme arzusunun dışı vurum davranışı olan başörtüsü kullanması sebebiyle başvuru olumsuz yönde etkilemektedir.”

Mahkeme’ye göre, **‘kamu gücünü kullanan organların ayrıcalıklı muameleyi haklı ve objektif gerekçeye dayandırması, somut olayın koşullarında başörtüsü takmayan tüm kadın avukatlar duruşmalara girebiliyorken yalnızca başörtülü olması nedeniyle başvuru duruşmalara alınmamasındaki zorlayıcı toplumsal sebeplerin gösterilmesi gerekir.** Ankara 11. Aile Mahkemesi, başvuru başörtülü olarak duruşmada görev yapamayacağı ve bu nedenle duruşmanın yapılamayacağına ilişkin kararını ‘başörtüsünün laiklik karşılığı güçlü bir dini simge ve siyasal simge’ olduğu gerekçesine dayandırmıştır. Herhangi bir dini inancın dışı vurum davranışının farklı muameleye temel oluşturması halinde bunun meşru kabul edilebilmesi ancak dinin dışı vurum davranışının ‘başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması’ ve ‘kamu düzeninin sağlanması’ amacına matuf olması ile mümkündür.<sup>41</sup> Ankara 11. Aile Mahkemesi’nin kararında başörtülü bir avukatın duruşmada görev yapmasıyla başkalarının hak ve özgürlüklerinin nasıl zarar göreceği ve kamu düzeninin nasıl bozulacağı açıklanmadığı gibi, avukatların dini kimliklerini ifade eden semboller taşımasının hangi sebeple zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç karşılığı engellenmesi gereken bir davranış olduğu da belirtilmemiştir.”

Mahkeme, ardından demokratik ve çoğulcu bir toplumda dinin yerine ve bu kapsamda devletin ödevlerine yönelik önemli saptamalar yapmıştır. Mahkeme’ye göre, **‘bir dini sembolün onu kullanan din mensuplarının zorunlu bir dini vazife olarak telakki edilmesi anlaşılabilir bir durumdur. Denetlenmesi gereken mesele, dini bir sembolün zorunlu olarak algılanmasının başkaları üzerinde oluşturduğu etkidir. İster bir dinden isterse seküler bir dünya görüşünden kaynaklansın her sembol, ona karşı olanlar üzerinde psikolojik bir baskı oluşturabilir. Bu etkiler farklı inanç ve düşüncelere sahip insanların yaşadığı çoğulcu toplumlarda**

<sup>41</sup> Mahkeme, burada Sözleşme’nin 9. maddesi bağlamında kullanılan ölçütler için *Leyla Şahin/Türkiye* kararına (No:44774/98) yönlendirmektedir.

*kaçınılmazdır. Çoğunluğun belirli bir dine mensup olduğu toplumlarda azınlıkta kalanların kendilerini böyle bir baskı altında hissetmeleri ise daha kolaydır. Bu durumda Devletin görevi, varsayımlara dayanarak inançların sembollerini yasaklamak, başka bir deyişle hak ve özgürlükleri kısıtlamak değil; hem çoğunluğun din ve vicdan özgürlüğünü yerine getirmesine engel olmayacak, hem de çoğunluk karşısında azınlığın ezilmesine engel olacak ve bireylerin karşılıklı tanıma ve tahammül içerisinde yaşamasını sağlayacak tedbirleri almaktır. Bu bağlamda, demokratik toplumun ideallerinin ve değerlerinin kişilerin karşılıklı ödün vermelerini gerektirecek bir diyaloga ve uzlaşma ruhuna dayanması gerektiği hatırlanmalıdır. Bundan sonra demokratik devletin görevi, ortaya çıkabilecek baskı kurma, zorlama ve şiddete başvurma gibi suç oluşturacak davranışlar karşısında gerekli tedbirleri almaktır. Çoğulculuğun ve siyasal tarafsızlığın bu gerekliliği yerine, toplumda gerilim konusu oluşturabilecek unsurları yasaklamaya kalkışmak, baskıcı, totaliter ve homojenleştirmeyi hedef alan bir rejim ortaya çıkartma potansiyeli taşır.<sup>42</sup> Çoğulculuk, kimlikleri bastırılmış, özgürlükleri kısıtlanmış bireylerin bir arada yaşamasını ifade eden bir kavram değildir. Çoğulculuk, kişilerin kimlikleriyle ortak mekânlara katılabilmesini gerektirir.”*

Bunun ardından Mahkeme, azınlıkları koruma maksadıyla dinsel davranışlarının sınırlandırılabilmesine ilişkin yaklaşımını ortaya koymuştur. Mahkeme’ye göre, “bazı dinsel davranışların ‘azınlıktakileri koruma’ amacıyla sınırlandırılabilceği argümanının geçerli olabilmesi, olasılıklara dayanarak değil ancak mevcut olayın şartlarının değerlendirilmesine dayanan olgusal durumun analiz edilmesiyle mümkün olabilir. Başörtülü kadınların çoğunlukta oldukları gösterilse bile başörtülü avukatların hangi surette kendileri gibi görünmeyenler üzerinde baskı oluşturduklarının somut olgulara dayanarak gösterilmesi gerekir. Doğru yargılama ilkesi de bunu gerektirir. Ancak

<sup>42</sup> Mahkeme, bu noktada Leyla Şahin kararında AİHM yargıçlarından birinin (Yargıç Tulkens) karşı oyundaki görüşlere atıf yapmıştır.



***Türkiye’de başörtüsünün hangi surette başkaları üzerinde baskı oluşturduğu yönünde herhangi bir iddia ve somut olgulara dayalı veri ortaya konulabilmiş değildir. Başörtüsü yasağının toplumda ‘tarafsızlığı’ ve ‘çoğulculuğu’ sağlamak için gerekli olduğu yönündeki bir düşünce, beraberinde din ve inanç alanında devletin ‘normal’ ve “doğru” olanı belirleme yetkisine sahip olduğu düşüncesini getirir. Herhangi bir dinsel davranış gibi başörtüsünün de dini bir inancın değil de siyasi bir görüşün ifadesi olup olmadığına karar vermek Anayasa Mahkemesi’nin ilgi alanının dışındadır. Öte yandan insanların üzerlerinde taşıdıkları sembollere siyasal anlamlar yüklemelerinin yanlışlığı, ‘zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın’ ortaya konulması ile bağlantılıdır.”***

### ***iii. Laiklik – Özgürlük İlişkisi***

Mahkeme, kararda, kuruluşundan beri din ve vicdan özgürlüğünün teminatı olmakta ziyade bir sınırlama paradigması olarak değerlendirdiği laiklik ilkesine ve bu ilkenin özgürlükle ilişkisine dair de çok önemli şeyler söylemiştir. Mahkeme’ye göre, *“laiklik gerekçesi (sınırlama için) meşru olsa bile makul bir temelinin bulunması gerekir ve bu kapsamda başvurucunun davranış, tutum ya da eylemlerinin bu ilkeyi ihlal ettiğine dair yeterli kanıt ileri sürülmeli ve laiklik gerekçesinin delillendirilmesi gerekmektedir. Delillendirme, AİHM’nin kararlarında her zaman uyguladığı bir testtir Laiklik gerekçesinin makul bir temeli olduğundan bahsedilebilmesi için, başvurucunun dini bir gereklilik olarak taktığını ileri sürdüğü başörtüsünün saldırgan ya da başkalarının inançlarına müdahale eden, baskıcı, tahrik edici, kendi inancını zorla dayatma amacı bulunduğu veya toplumsal işleyişi tahrip ettiğinin, birtakım karışıklıklara ve düzensizliklere neden olduğunun gösterilebilmesi gerekir. Fakat bu tür bir iddia ne Bakanlık tarafından dile getirilmiş ne de Ankara 11. Aile Mahkemesi’nin kararında gösterilmiş değildir.”*

Yine Mahkeme’ye göre, *“bir dinin herhangi bir dışı vurum davranışının tek anlamının laik devlete dini bir meydan okuma olarak yorumlamak, bu dinin mensuplarının kendi eylemlerini tanımlama kapasitesini yok saymak anlamına gelir. Anayasa’da güvence altına*

*alınan herhangi bir hakka yönelik sınırlandırmanın meşru kabul edilebilmesi kaygılar ve varsayımlarla değil, yalnızca tartışılmayacak olan gerçekler ve hukuki olarak şüphe götürmeyecek nedenlerin ortaya konulması ile mümkün olabilir. AİHM'nin bu yöndeki içtihadı temel bir hak ve özgürlüğe bir müdahale yapılması durumunda basit iddiaların yeterli olmadığı, bu iddiaların somut örneklerle desteklenmesi gerektiği yönündedir.<sup>43</sup> **Bu sebeple, doğru yargılama ilkesi gereğince bir din veya inancın dışı vurum davranışının laikliğin çoğulcu anlamına aykırı olduğunu somut delillerle kanıtlamak yükümlülüğü başvuruçuya değil, bu gerekçeyle sınırlandırma yapan devlete düşer. Hukuk, 'olanı' esas alır ve kuşkuya ve gelecekteki olasılıklara göre karar verilemez."***

Mahkeme, bu ilkeler ışığında somut olaya bakmış ve başvuruçunun başörtüsünün başkalarının hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına engel olduğuna ilişkin olarak derece mahkemesinin soyut değerlendirmesi dışında somut olgular ileri sürülmediğini ve temel bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasından önce çoğulculuğu korumak için hangi önlemlerin alındığının da gösterilmediğini tespit etmiştir. Bu durumda başvuruçunun başörtülü olarak duruşmalara kabul edilmemesinin ölçülü olduğundan söz edilemeyecektir.

Görüldüğü gibi, Mahkeme, bir anlamda kendi geçmişiyle de hesaplaşmak suretiyle laikliği farklı bir şekilde yorumlamış ve somut olayda birey hak ve özgürlüklerinin çok önemli bir boyutu olan din ve vicdan özgürlüğü konusunda özgürlükçü bir yaklaşım benimsemiştir.

## **6. Özel Hayatın Gizliliğine İlişkin Hak ve Özgürlük Odaklı Yaklaşım**

Anayasa Mahkemesi'nin üç yıllık süreçte hak ve özgürlükler adına önemli sayılabilecek bir yaklaşımı da özel hayatın gizliliği alanında karşımıza çıkmaktadır. Bir kadın kamu görevlisinin cinsel içerikli görüntülerinin internette dolaşması üzerine devlet memurluğundan

---

<sup>43</sup> Mahkeme, bu noktada AİHM'nin *Smith ve Gray/Birleşik Krallık* kararına (No:33985/96, 33986/96) atıf yapmıştır.

çıkarılma cezası almasıyla ilgili yapılan başvuruya<sup>44</sup> ilişkin kararında Mahkeme, *özel hayatın gizliliği ve korunması* bağlamında çok önemli tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme'ye göre, öncelikle, “*özel hayat kapsamında korunan hukuki değer, esasen kişisel bağımsızlık olup; bu koruma, herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak, kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etmekle birlikte, özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu alandan uzak tutma kavramına indirgenemeyeceği açıktır. Bu açıdan Anayasa'nın 20. maddesi özel bir sosyal hayat sürdürmeyi güvence altına almaktadır.*”

Yine Mahkeme'ye göre, “*özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de, bireyin mahremiyet hakkıdır. Ancak mahremiyet hakkı sadece yalnız bırakılma hakkından ibaret olmayıp, bu hak bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin, kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılmaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati bulunmaktadır. Bu husus, bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkına işaret etmektedir. Bu yönüyle özel hayat, öncelikle bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri kavramsal ve fiziksel bir alana işaret etmektedir. Bu mahremiyet alanı, Devletin müdahale edemeyeceği veya meşru amaçlarla asgari düzeyde müdahale edebileceği özel bir alanı kapsamaktadır. Özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceği gerçeği karşısında, kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir. Ancak özellikle mahremiyet alanında cereyan eden cinsel içerikli eylem ve davranışların bu alana dâhil olduğunda kuşku yoktur. “Bu bağlamda mahremiyet hakkı ve bu alana ilişkin bilgilerin gizliliğinin*

<sup>44</sup>B. No: 2013/1614, Kt. 3.4.2014.

korunması Mahkeme tarafından Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.”

Mahkeme, bu noktada özel yaşamın ve onun içinde mahremiyet hakkının sınırlarını ve varabileceği noktaları da belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, “bireyin mahremiyet hakkının mekânı, kural olarak özel alan olmakla birlikte; özel yaşamın korunması hakkı bazı durumlarda kamusal alana da genişleyebilir. Zira meşru beklenti kavramı, bireylerin mahremiyetlerinin kamusal alanda da bazı koşullar altında korunmasını mümkün kılmaktadır.”<sup>45</sup>

Mahkeme, bu ilkesel tespitlerin ardından somut olaya dönmüş ve başvuru devletin memurluğundan çıkarılma sürecinde özel hayatı kapsamındaki davranış ve ilişkilerinin belirleyici olduğunun görüldüğünü ve bu anlamda özel yaşamına ait unsurlar gerekeceği gösterilerek verilen devlet memurluğundan çıkarma kararının, başvuru devletin özel hayatın gizliliği hakkına bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Bundan sonrası ise, bu müdahalenin, kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük/demokratik toplumda gereklilik kriterleri açısından değerlendirilmesidir.<sup>46</sup> Bu

<sup>45</sup> Mahkeme'ye göre, “mahremiyet hakkı öncelikle mekânsal bir alana tekabül etmekte olup, bu alan da bireyin konutu ve müştemilatıdır. Bu mekân dışında bireyi etkileyen önlemlerin, özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında ele alınıp alınmayacağı, birtakım ölçütler ışığında değerlendirilmesi gerekir. Bu açıdan, Anayasa'nın 20. maddesinin güvence kapsamında bulunan mahremiyet hakkı kural olarak kamusal alana kadar uzanmamaktadır. **Birey bir kez kamusal alana çıkınca yani görünür olunca özel yaşamın gizliliği hakkı alt kategorisinde korunan mahremiyet hakkı kural olarak ileri sürülemez.** Bu bağlamda, özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamındaki mahremiyet hakkının uygulanabilirlik alanı kural olarak özel yaşam alanı olmakla birlikte, bireylerin diğer insanlarla etkileşim içinde oldukları bazı kamusal alanlar ya da bağlamlar da özel yaşamın korunması hakkının kapsamında yer alabilirler. Bunun yanı sıra, özel yaşamın gizliliği hakkı bireye, içinde özgürce hareket edebileceği ve kişiliğini geliştirip gerçekleştirebileceği bir kişisel alan sağlamaktadır. Dolayısıyla, **bireyin özel yaşamını kendi eliyle kamuya açması, özel yaşama saygı hakkı talebini otomatik olarak belli ölçüde azaltmaktadır.**”

<sup>46</sup> Bu noktada özel hayatın gizliliği özelinde olmayan bir eleştiriyi de Mahkeme'ye yöneltmek gerekmektedir. Mahkeme'nin Anayasa'da özel bir sınırlama sebebi öngörülmemiş haklara olan yaklaşımı, bilindiği gibi, bu tür hak ve özgürlüklerin, doğal sınırlar yanında ayrıca 13. maddedeki kriterlere uygun olmak kaydıyla sınırlanabileceği yönündedir. Mahkeme, bu yaklaşımını bu kararda da tekrarlamış; özel hayata yapılan

bağlamda Mahkeme'ye göre, “*özel yaşamın gizliliği hakkının cinsellik ve mahremiyet hakkı gibi yönleri söz konusu olduğunda, takdir yetkisinin daha dar tutulması gerekmekte olup, bu alanlara yönelik müdahaleler için özellikle ciddi nedenlerin varlığı şarttır.*”

Mahkeme, bu noktada kamu personel rejiminin icap ettirdiği bazı gereklilikler ile özel hayat arasında dengenin nasıl kurulması gerektiğine dair kuralları da ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre, “*personel rejimi gibi sıkı kural ve şartlara tabi bir alanda, kamu makamlarının faaliyetin niteliği ve sınırlamanın amacına göre değişen geniş bir takdir yetkisinin bulunması doğaldır. Bu kapsamda, özel hayat kavramının salt mahremiyet alanına işaret etmeyip, bireylerin özel bir sosyal hayat sürdürmelerini güvence altına almakta olduğu gerçeği karşısında, özellikle kamu görevlilerinin meslekî yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri açıktır. Bununla birlikte bu kişilerin de, diğer bireyler için öngörülen sınırlamalarda olduğu gibi, asgari güvence ölçütlerinden istifade etmeleri gerekir. Özellikle bireyin temel haklarından biri olan özel yaşamın gizliliği hakkı ile kamu hizmetinin yukarıda belirtilen temellere uygun yürütülmesini gözetmek konusundaki meşru menfaat arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının göz önünde bulundurulması zorunludur.*”

Mahkeme, bu kriterler bağlamında değerlendirdiğinde, somut olayda bu dengenin kurulmadığına kanaat getirmiştir. Mahkeme'yi, özel hayatın gizliliği noktasında yol gösterici nitelikteki bu kanaate ulaştıran hususlar (yani söz konusu disiplin cezasındaki sakatlıklar) şunlardır:

---

müdahaleyi – aslında somut olaydaki hak bakımından özel bir sınırlama sebebi (yani *meşru amaç*) öngörülmemiş olmasına rağmen – 13. maddede yer alan meşru amaç dışındaki kriterler bakımından incelemeye devam etmiştir. Doktrinde “pratik uyuşum” yaklaşımı bağlamında aksi görüşler olmakla birlikte, bizce bu yaklaşım, 2001 sonrası sisteme uyan bir yaklaşım değildir. Mahkeme'nin başka bireysel başvurularda da devam ettirdiği bu yaklaşımı, yukarıda sözünü ettiğimiz “olumsuz” yaklaşımların yer aldığı makalede ele alınacaktır.

- Başvuruya konu eylem ve davranışların, her ne kadar ilgili disiplin kararları ve yargısal karar gerekçelerinde lojman olarak tahsisli bir konut olduğu vurgusu yapılsa da, başvurunun mahremiyet alanında cereyan eden ve rızası ile alenileştirildiğine dair bir bulgunun saptanmadığı özel yaşam eylemlerine ilişkin olması;
- Başvurucunun, devlet memurluğundan çıkarma cezası ile sonuçlanan disiplin soruşturması sürecinde, yalnızca meslekî hayatını değil, özel hayatını da ilgilendiren iddialara yanıt vermek zorunda kalması;
- Bu kapsamda başvurucuya yöneltilen iddiaların yalnızca görevinin ifasıyla değil, daha çok mahremiyet alanında gerçekleşen özel yaşam eylemleri ile ilgili olması;
- Dolayısıyla ihtilaf konusu soruşturmanın kapsamının meslekî hayatın sınırlarını aşmakta olduğu;
- Üstelik verilen cezanın başvurunun bundan sonraki hayatını ve ekonomik olarak hayatını sürdürmesine olan etkisi de göz önünde bulundurulduğunda orantısız olduğudur.

Tüm bunlar, hiç şüphesiz özel hayatın korunması ve (bu bağlamda kamu görevlileri gibi bu bakımdan biraz daha hassas ve özenli davranmak zorunda olan kimseler için dahi) sınırları bakımından çok önemli tespitlerdir.<sup>47</sup>

### **7. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri ile İlgili Hak ve Özgürlük Odaklı Yaklaşım**

Mahkeme'nin bu süreçteki önemli sayılması gereken bir yaklaşımı da, demokratik hakların kullanılması bakımından Türkiye'de önemli bir problem haline gelen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme alanında

---

<sup>47</sup> Ancak söylenmeden geçilemeyecek olan bir husus da vardır ki; o da, Mahkeme'nin başvurunun bizce haklı olarak öne sürdüğü gizlilik talebini kabul etmemiş olmasıdır. Basından öğrenebildiğimiz kadarıyla başvuru, isminin gizli tutulmasını istemiştir (<http://t24.com.tr/haber/aym-karari-bozdu-ama-magdureyi-resmen-afise-etti,259114>; Erişim Tarihi: 18.10.2015). Mahkeme'nin bu tavrı, bizce bizzat Mahkeme eliyle özel hayatın gizliliği hakkının başka bir yönden ihlal edilmesidir.

karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmak üzere İzmir'den Ankara'ya gitmek isteyen bir grup kimsenin, Ankara'daki eylemin valilikçe yasaklanması sonucu İzmir'den araçlarla ve yayan olarak çıkışlarına izin verilmediği, bu sırada kolluk güçlerinin orantısız güç kullanarak eylemcileri dağıttığı ve buna ilişkin de yetkili birimlerce etkili bir soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle yaptıkları bireysel başvuruda,<sup>48</sup> *toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı* bağlamında çok önemli tespitlerde bulunmuştur.

Mahkeme'ye göre, *“toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı çoğulcu demokrasilerin gelişmesinde elzem olan farklı düşüncelerin ortaya çıkması, korunması ve yayılmasını güvence altına almaktadır. Bu kapsamda, kendine özgü özerk işlevine ve uygulama alanına rağmen, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün siyasi ve kamu yararını ilgilendiren konularda sınırlandırılmasının daha dar kapsamda olduğunun düşünülmesi ve bu niteliğin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının uygulamasında da gözetilmesi gerekir.”* Mahkeme'ye göre, *“şiddete teşvik ve demokrasinin ilkelerini ortadan kaldırma durumları dışında toplantı ve ifade özgürlüğünün ortadan kaldırılmasına yönelik önleyici nitelikli radikal tedbirler, yetkililerin eylemlerde kullanılan ifadeler ve bakış açılarını şaşırtıcı ve kabul edilemez olarak değerlendirdiği ya da eylemlerin yasadışı olduğu durumlarda dahi, demokrasiye zarar vermektedir. Diğer taraftan, düzenleme sadece barışçıl toplantı hakkını korumakla kalmamakta aynı zamanda bu hakka dolaylı olarak usulsüz sınırlamalar getirilmesinden kaçınılması yükümlülüğünü de ortaya koymaktadır. Bireyin, güvence altına alınan toplanma hakkını kullanırken kamu güçlerinin keyfi müdahalelerine karşı koruma hedefi, bu hakkın etkin şekilde*

<sup>48</sup>2013/3924 sayılı ve 6.1.2015 tarihli karar. Mahkeme, bu olayda Anayasa'nın 34. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ile 17. maddesinde düzenlenen maddi-manevi varlığın bütünlüğü hakkı çerçevesinde inceleme yapmıştır.

*kullanılmasını sağlamak amacıyla pozitif yükümlülükler de doğurabilmektedir.”*

Mahkeme, bu noktada çok önemli bir yaklaşım daha geliştirerek, *toplama hakkının barışçıl niteliğinin genel olarak bir bütün halinde değerlendirilerek ortaya konulması gerektiğini; örneğin toplantı veya gösteri yürüyüşüne katılanların bir kısmının şiddete başvurmalarının diğerleri açısından bu hakka müdahaleyi meşru kılmayacağını vurgulamıştır. Hatta Mahkeme’ye göre, “bir toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasadışı olması veya yasalara aykırı olarak düzenlenmesi de, tek başına toplantı veya yürüyüşün barışçıl niteliğini ortadan kaldırmayacaktır. Halka açık yerde yapılan her türlü gösterinin günlük hayatın akışında belli bir karışıklığa sebep olabileceği ve düşmanca tepkilere yol açabileceği açıktır. Bu durumların varlığı toplantı hakkının ihlal edilmesini haklı gösteremez.”*

Mahkeme, günümüzde kamu güçleri tarafından “izinsiz” gösteri adı altına değerlendirilip dağıtılmaya çalışılan toplantı ve gösteri yürüyüşleri için de, çok önemli bir tespitte bulunmuş ve bu kapsamda, *izin ve bildirim usullerinin uygulanmasının toplama hakkının etkin kullanılması imkânını sağlamaya yönelik olduğunu; ne var ki, derhal tepki verilmesinin haklı olduğu özel durumlarda ve protesto barışçıl yöntemlerle yapıldığında, bu tür bir eylemin, sadece bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle dağıtılmasının barışçıl toplantı hakkına ölçüsüz bir sınırlama olacağını da net olarak vurgulamıştır.*

Mahkeme, bir adım daha öteye giderek, *söz konusu hakka yönelik sınırlamanın, sadece hakkın kullanılmasından önceki bazı önleyici tedbirleri değil, hakkın kullanılması sırasında veya kullanıldıktan sonra yapılan muameleleri de kapsayacağını; bu anlamda barışçıl bir gösteri sırasında yapılanlar veya gösteri sonrasında katılımcılara yönelik soruşturma ve cezalandırmaların da, toplantı hakkının kullanılmasını sınırlayan davranışlar olarak kabul edilebileceğini söylemiştir.*

Bu ilkesel tespitlerin ardından somut olaya dönen Mahkeme’nin bu noktada söyledikleri de, bu hakka bakışın nasıl olması gerektiği



konusunda idari ve adli birimlere yol gösterir niteliktedir. Mahkeme, somut olayda müdahaleye maruz kalan başvuru sahiplerinin birinci eylemi bakımından, TBMM’de görüşülecek bir kanun teklifine karşı endişe veya muhalif fikirlerin toplu olarak ifade edilme çabasının demokratik bir toplumda saygı ile karşılanması gerektiğini; bu gibi durumlarda **devletin daha sabırlı ve hoşgörülü bir tutum takınmasının** bekleneceğini; dolayısıyla çeşitli yöntemlerle kişilerin Ankara’da yapılacak protestolara katılmasının engellenmesinin çoğulcu demokratik bir toplumda makul görülemeyeceğini belirtmiştir. Çünkü Mahkeme’ye göre, bir yasa teklifine karşı Meclis görüşmelerinin yapılacağı tarihte toplantı veya gösteri yürüyüşü düzenlenmesi demokratik bir toplumda korunmalıdır. Özellikle düzenleme kanunlaştıktan sonra yapılacak protestoların Meclis nezdinde beklenen etkiyi doğurmayabileceği de gözetildiğinde, güvenlik riskleri de değerlendirilerek gösteri yapacak gruplara uygun yer gösterilmesi yerine toptan yasaklayıcı karar alınması ve bu kararın da başka yasal gerekçeler ile dolaylı olarak uygulanması demokratik bir toplumda mazur görülmemelidir.

Somut olaydaki diğer müdahale (oturma eyleminin dağıtılması) bakımından ise, Mahkeme’ye göre, “başvuru sahiplerinin, Ankara’ya gitmelerinin engellenmesi üzerine bunu protesto etmek amacıyla geceleyin oturma eylemi yaparak trafiği kapatmaları ve 2911 sayılı Kanun kapsamında yasak kabul edilen yerlerde gösteri yürüyüşü yapmaları hususunda bildirimde bulunmamaları, **eylemi yasadışı hale getirirse de, bu sebeple ani gelişen olaylar karşısında yapılan barışçıl amaçlı eyleme müdahale ölçülü olarak değerlendirilmemelidir.** Özellikle grubun oturma eylemi sırasında trafiğin aksamaması üzerine yolun bir kısmını açması, daha sonra yürüyüşe başlamaları sırasında taşkınlık yapmamaları, polis müdahalesi sırasında saldırgan tutum takınmamaları eylemin barışçıl amaçlarla yapıldığının bir göstergesidir. Bu durumda **yasadışı olsa dahi barışçıl amaçlarla yapılan bir protestoda grubun dağıtılması yönünde polisin daha sabırlı ve hoşgörülü olması beklenir.**”

Son olarak Mahkeme'nin bu tür toplumsal olaylarda kolluk güçleri tarafından yoğun olarak başvuru olan *biber gazı kullanımına* ilişkin de önemli tespitleri olmuştur. Mahkeme, *toplumsal olayları kontrol altına almak ve dağıtmak için kullanılan gazın, toplumsal olaylara müdahale tek başına toplanma hakkının ihlali olarak değerlendirilmeyeceğini; ne var ki, kullanılmasının bazı sağlık sorunlarına yol açtığı saptanan bu maddenin hangi durumlarda kullanılması gerektiğinin mevzuatla tespit edilmesinin önemli olduğunu* belirtmiştir. Nitekim Mahkeme, *Emniyet Genel Müdürlüğü'nün ilgili Genelgesinde de, gaz kullanımından önce gerekli tıbbi tedbirlerin alınması; topluluğun duyabileceği şekilde gazın kullanılacağı ve dağılımları yönünde ikazda bulunulması ve dozajın da kademeli olarak artırılmasının öngörüldüğünü; bu anlamda yaş, gebelik veya kronik rahatsızlıkları nedeniyle biber gazından beklenenden daha fazla etkilenebilecek kişilerin gazın kullanımından önce ikaz edilmelerinin muhakkak gerektiğini; ülkemizde yaşanan bazı toplumsal olaylara biber gazı ile yapılan müdahalelerde can kaybı olduğu da gözetildiğinde Emniyet Genel Müdürlüğü'nün talimatnamesinin uygulanmasının ayrıca önemli olduğunu belirtmiş; bu kurallar doğrultusunda somut olayı – birikişi ve kamera kayıtlarıyla birlikte incelediğinde – gazlı su veya biber gazı kullanılacağından önceden göstericilere bildirdiğinin tespit edilemediğini saptamıştır. Mahkeme bu sebeple, her ne kadar başvuru maruz kaldığı ve ölçülü kabul edilebilecek dozdaki biber gazı nedeniyle ciddi sağlık sıkıntılarına uğramamışsa da, sırf ihtar yapılmadan gaz kullanılmasının barışçıl amaçlarla ve şekilde toplantıya katılmış başvuru toplanma hakkını ihlal ettiğine kanaat getirmiştir.<sup>49</sup>*

Gerek “izinsiz” toplantı ve gösteri yürüyüşü kavramına ülkemiz pratiğinde verilen anlam; gerek toplantı ve gösteri yürüyüşünün sınırları

---

<sup>49</sup> Ayrıca Mahkeme'nin burada müdahalenin orantılı olup olmadığını incelerken, somut olayın gerçekleşme koşullarını ve başvuru hal ve tavırlarını titizlikle incelemesi de gözlerden kaçmamaktadır. Mahkeme, başvuru birinin polise saldırgan bir tavır sergilemesini dikkate almış ve onu diğer başvuru kişilerden ayırarak eyleminin “barışçıl” olmadığını söyleyip maruz kaldığı müdahaleyi orantısız olarak görmemiştir.

ve gerekse bu haklara müdahalede biber gazı kullanımına ilişkin kararda ortaya konan tespitler, bizce demokratik toplum bakımından oldukça önemlidir.

**8. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında “Kanunilik” Şartına İlişkin Olumlu Yaklaşım**

**i. Şekli Kanun Kriteri: Gerekli ama Tek Başına Yeterli Olmayan Şart**

Temel hak ve hürriyetlerin olağan dönemde sınırlandırılmasında “kanunla sınırlama” kriterine ilişkin Anayasa Mahkemesi yaklaşımı da, hak ve özgürlükler adına zikredilmesi gereken bir yaklaşımdır. Bilindiği gibi, AYM, bireysel başvuruda ihlal iddialarını incelerken, daha en başta (sınırlamanın meşru amaca hizmet edip etmediği, ölçülü ve demokratik toplumda gerekli olup olmadığı gibi hususlardan önce) somut olaydaki sınırlamanın bu kriteri karşılayıp karşılamadığını incelemektedir.<sup>50</sup> İşte Mahkeme’nin bu aşamada benimsediği hem şekli hem de maddi anlamda kanun kriteri, hak ve özgürlükler adına oldukça önemlidir. Mahkeme’nin buradaki yaklaşımı, öncelikle ortada mutlaka şekli anlamda (yani TBMM tarafından kanun adı altında çıkarılmış) bir kanun olması gerektiği yönündedir.

Örneğin yukarıda yer verdiğimiz *Başörtüsü* kararında, AYM şöyle demiştir: *“Anayasa’nın 13. maddesine göre temel hakların sınırlandırılması için mutlaka kanuna ihtiyaç vardır. Avukatların duruşmalara ‘başları açık’ olarak katılacaklarına dair bir kanuni sınırlama bulunmamaktadır. Gerek AİHM’nin Leyla Şahin kararı ve gerekse de AİHM’nin dayandığı ve Türkiye’de öğrencilerin kılık ve*

<sup>50</sup> Mahkeme, bunu bu yöndeki sayısız kararlarından birinde (B. No: 2014/6192 Kt. 12.11.2014) şu şekilde ifade etmiştir: *“Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır. Buna göre, hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması ölçütü anayasal temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında vazgeçilmez bir unsur olup (Bkz. B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 36), bu koşulun sağlanmaması durumunda diğer güvence ölçütlerinin değerlendirilmesinin bir anlamı olmayacaktır.”* Aynı doğrultuda bkz.: yukarıda incelediğimiz kadının soyadına ilişkin kararın 36., Youtube kararının 55. paragrafları.

*kıyafetlerine ilişkin uygulamanın dayanağı haline gelen Anayasa Mahkemesi'nin 1989 ve 1991 tarihli kararları, Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükümde yer alan 'kanunilik şartı'nu taşıyan kurallar olarak kabul edilemez."*

Mahkeme'ye göre, "Sözleşme'nin orijinal metinlerinde 'kanunen öngörülme'nin karşılığı olan 'prescribed by law/prévue par la loi' düzenlemesine AİHM'nin yüklediği anlam, Türk hukukundaki 'kanun' kavramını aşarak 'hukuk' terimiyle karşılanabilecek bir anlama sahiptir. AİHM, bir hak veya özgürlüğe müdahale olduğunda öncelikle müdahalenin bir 'hukuki temelinin' olup olmadığını denetlemektedir. Başka bir deyişle AİHM, 'hukuk' teriminden şekli anlamda kanunu anlamamakta, sınırlamayı yapan hukuki düzenlemenin kaynağına değil düzenlemenin erişilebilir, öngörülebilir ve kesin olma niteliğine bakmaktadır. Bu yaklaşım nedeniyle AİHM'ye göre hukuken öngörülmüş olma ifadesindeki 'kanun' ya da 'hukuk' sözcüğü sadece yazılı hukuku değil, içtihadî hukuku da kapsamaktadır. Türk hukukunun bazı alanlarında, hâkimin yarattığı hukuk, hukukun bir kaynağı olarak kabul edilmekle birlikte insan hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması gibi **tamamen biçimsel kanunilik ilkesi temelinde örgütlenen** bir alanda hiçbir zaman 'kanun' niteliğinde kural özelliği kazanamaz. Öte yandan temel bir hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin süreklilik kazanarak ulaşılabilir ve öngörülebilir hale gelmesi, müdahalenin dayanağı olan kamu gücü işlemini bir 'kanun' haline getirmez. Aksi bir düşüncenin kabulü, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kamu gücü işleminden veya eyleminden kaynaklanan hak ihlallerinin 'kanuni' dayanaklarının olduğunun kabul edilmesi anlamına gelecektir."

Keza bir başka örnek olarak Türkiye İş Bankası A.Ş. kararında<sup>51</sup> da, Mahkeme, bu kapsamda "kanun"dan "şekli" anlamda kanunu anladığını açıkça ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre, *Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan düzenlemeye uygun bir şekilde 35. maddesi de, mülkiyet hakkına*

<sup>51</sup> Başvuru No: 2014/6192, Kt. 12.11.2014.

*getirilecek sınırlamaların kanunla düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. ... Kanunla düzenleme gerekliliğine ilişkin hükümlerin ifade tarzı, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların mutlaka şekli anlamda kanun ile yapılması zorunluluğuna işaret etmektedir.*

Görüldüğü gibi, bu anlamda AYM'nin yaklaşımı, "kanunilik" kriterini bu şekilde katı anlamayan ve maddi anlamda kanun kriterlerini taşıyan diğer hukuki normları ve hatta mahkeme kararlarını da yeterli sayabilen AİHM içtihadından daha katı ve bu yönüyle de daha birey yanlısıdır.

#### **ii. İlave Kriterler: Maddi Kanun Kriterleri**

Belirtelim ki, Mahkeme, yukarıdaki türde "şekli" bir kanunun varlığını gerekli görmekte; fakat yeterli görmemektedir. Mahkeme, sınırlamanın dayandırılabilceği bir kanundan bahsedebilmek için başka ilave kriterler de aramaktadır. Böylece Mahkeme, bir anlamda *şekli anlamda kanuna*, bir de AİHM yaklaşımı doğrultusunda *maddi anlamda kanunun* gerekliliklerini eklemektedir. Örneğin yine yukarıda değindiğimiz *Başörtüsü* kararında, Mahkeme'ye göre, *mevcut durumda başvuruçunun din ve inanç özgürlüğünü sınırlandıran ve Anayasa'nın 13. maddesinin aradığı anlamda kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne geçen ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olacak, erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmünün bulunmadığı anlaşılmaktadır.* Görüldüğü gibi, şekli anlamda bir kanunun varlığı yetmeyecek; böyle bir kanun var olsa bile bunun maddi anlamda belli kriterleri de taşıması gerekecektir.

Keza yine yukarıda değindiğimiz *İş Bankası* kararında da, Mahkeme'ye göre, "*Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerinde yer alan mülkiyet hakkına yönelik sınırlamaların kanunla yapılabileceğine ilişkin düzenlemeye paralel olarak, verginin kanuniliği ilkesinin düzenlendiği Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü ile, vergi mükellefi bakımından vergisel yükümlülüklerin 'belirliliği' ve 'öngörülebilirliği' ve bu bağlamda vergi mükelleflerinin hukuki güvenliği sağlanmak istenmiştir. Söz konusu ölçütler mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin*

kanunla yapılması zorunluluğunun alt ölçütleri olarak da kabul edilen ölçütlerdir. Verginin belirli ve öngörülebilir olması, vergiye ilişkin hükümlerin 'açık ve anlaşılır' olmasını gerektirmekte olup, Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrası ile Türk Hukukunda vergisel yükümlülüğün mutlaka kanunla konulmasını zorunlu tutan Anayasa hükmünün, vergi yoluyla mülkiyet hakkına yönelik müdahaleler karşısında kişilere AİHS'ye göre daha üst düzey bir koruma sağladığı söylenebilir.”

Mahkeme'ye göre, bu gereklilik, hukuk devleti ilkesinin esaslarından olan "belirlilik" ilkesinin de zorunlu bir sonucudur. Bir cezanın kanuni dayanağının bulunmadığının iddia edildiği bir bireysel başvuruda,<sup>52</sup> Mahkeme, şu tespitleri yapmıştır: "Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu bir takım güvenceler içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup; birey, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu, kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır. Birey, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörüüp, davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği, kuralların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar."<sup>53</sup>

Bu anlamda Mahkeme'ye göre, "Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak 26/9/2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde de düzenlenen ilke, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak

---

<sup>52</sup> B. No: 2013/849, Kt. 15.4.2014.

<sup>53</sup> Mahkeme, burada kendi önceki kararlarına atf yapmıştır (AYM, E.2009/51, K.2010/73, K.T. 20/5/2010; AYM, E.2009/21, K.2011/16, K.T. 13/1/2011; AYM, E.2010/69, K.2011/116, K.T. 7/7/2011; AYM, E.2011/18, K.2012/53, K.T. 11/4/2012).

*biçimde kanunda gösterilmesini, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olmasını gerektirmektedir. Hukuk devletinde, bireylerin belirli bir zaman diliminde hangi fiillerin suç olarak tanımlandığı ve hangi cezai yaptırımlara bağlandığını bilip öngörebilmeleri, bir başka ifadeyle ceza hukuku kurallarının öngörülebilir ve erişilebilir olması şarttır. Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi şartı, suç ve cezalara dair düzenlemelerin şekli bakımından kanun biçiminde çıkarılmasının yeterli olmadığı, bunların içerik bakımından da belli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerektiğini ifade etmektedir. Bu açıdan kanun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanun, muhtemel etki ve sonuçlarına dair yeterli derecede öngörülebilir olmalıdır.”*

Görüldüğü gibi, AİHM’den daha daraltıcı (hak ve özgürlük adına genişletici) surette tanımlanan şekli anlamda kanun yaklaşımı, maddi anlamda kanun yaklaşımıyla daha da tahkim edilmektedir. Şekli anlamda kanunun varlığını şart gören; fakat tek başına yeterli görmeyip maddi anlamda kanun kriterleriyle de desteklenmesini arayan bu yaklaşım, hiç şüphesiz hak ve özgürlükler adına oldukça önemlidir.

### ***iii. Sınırlamada Kanunilik Kriteri Bağlamında AY m.90/5 Hükümünün Etkisine İlişkin Benimsenen Olumlu Yaklaşım***

Mahkeme’nin temel hakların sınırlandırılmasında kanunilik kriteri bağlamında benimsendiği bir olumlu yaklaşımı da, Anayasa’nın 90/5 hükmündeki uluslararası anlaşmaların üstünlüğüne verdiği anlamdır. Mahkeme, bireysel başvuru incelemesinde, ihlalin bir yasal mevzuat hükmünden kaynaklandığını tespit ettiğinde, Anayasa’nın 90/5, c.2 hükmünü devreye sokmakta ve anlaşma hükmüne aykırı kanun hükümlerinin zımnen ilga edilmiş olduğunu söyleyerek, o kanuna dayalı olarak gerçekleştirilen bir kamu gücü işleminin kanunilik kriterini karşılamadığını söylemektedir. Örneğin yukarıda yer verdiğimiz *Soyadı*

kararında, Mahkeme'nin yaklaşımı, *Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin AİHS'nin ilgili hükmüne aykırı olduğu ve bu sebeple de Anayasa'nın 90/5, c.2 hükmü uyarınca zımnen ilga edildiği; dolayısıyla ona dayanılarak yapılan bir müdahalenin (kocanın soyadını taşıma mecburiyetinde bırakmanın) kanuni temelini olmadığı şeklinde olmuştur.*

Mahkeme'nin bu yaklaşımı, elbette radikal veya devrim olarak adlandırılabilir bir yaklaşım değildir. Ne var ki, ülkemizde bilhassa derece mahkemelerinin açık kanun hükümleri karşısında başta AİHS olmak üzere uluslararası anlaşmaları uygulama noktasındaki tedirgin ve müteredit tavırları dikkate alındığında, Medeni Kanun'un 187. maddesindeki gibi anlamı açık ve net bir kanun hükmü karşısında AYM'nin takındığı tavır, insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmaların tereddütsüz uygulanması anlamında güçlü bir anayasal mesaj olarak görülmelidir.<sup>54</sup>

### **9. Adil Yargılanma Hakkı Bağlamındaki Olumlu Yaklaşımlar**

Mahkeme, üç yıllık süreçte adil yargılanma hakkının farklı boyutlarıyla ilgili çok önemli ilke ve yaklaşımlar geliştirmiştir. *Makul sürede yargılanma, delillerin değerlendirilmesi ile temyiz incelemesi yapmama arasındaki dengenin kurulması, medeni hak ve yükümlülükler*

<sup>54</sup> Doktrinde Şirin, Mahkeme'nin AY m.90/5, c.2 hükmüne muhatap etmeden doğrudan uyguladığı; yani ihlale konu yasal normu bağlayıcı bir uluslararası sözleşme hükmüne aykırı olmasına rağmen zımnen ilga edilmiş saymadığı (ve böylece müdahalenin kanunilik testinden geçmemesi gerekirken geçtiği) olayların da bulunduğunu söylemektedir. Nitekim yazara göre, kamu çalışanlarına iş bırakma eylemi dolayısıyla verilen disiplin cezalarının konu edildiği ihlal iddialarında Mahkeme, uluslararası sözleşmelere aykırı olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'ndaki bazı cezai hükümleri AY m.90/5, c.2 testine sokmamış ve kanunilik yönünden bir problem görmeyip demokratik toplumda gereklilik unsuru yönünden incelemiştir. Oysa yazara göre, bu düzenlemeler, bundan önce, uluslararası sözleşmelere aykırılık dolayısıyla AY m.90/5, c.2 uyarınca zımnen ilga edilmiş sayılabilir ve böylece 13. madde testinde daha kanunilik kriterinde takılabilir (Şirin, s.112). Şirin'in bu eleştirisi bizce de haklıdır. Ancak ilkel olarak Mahkeme, bireysel başvuru incelemelerinde AY m.90/5, c.2 hükmüne yukarıdaki gibi bir işlev yüklemektedir. Somut bir olayda Mahkeme'nin ihlalin kaynaklandığı yasal normu bir uluslararası sözleşmeye aykırı görmeyip AY m.90/5, c.2 hükmü uyarınca zımnen ilga edilmiş saymaması, elbette isabetsiz bir karar olabilmekte birlikte; ilkel olarak yukarıda olumlu olarak addettiğimiz yaklaşımın varlığını ortadan kaldırmamaktadır.



*kavramının geniş yorumlanması, kanuna aykırı delil meselesine bakış ve mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi konusundaki yaklaşım, bu noktada göze çarpmaktadır.*

### ***i. Makul Sürede Yargılanmaya İlişkin Kararlar***

Yine temel hak ve özgürlükler adına bir önemli yaklaşım da, yargılamanın makul sürede bitirilmemesinin adil yargılanma hakkının ihlali olarak sayılmasıdır. Anayasa Mahkemesi, makul sürede yargılama yapılmaması ve davanın sonuçlandırılmamasına ilişkin şikayetlerde, herhangi bir idari ve yargısal yola başvurmaya gerek olmadan doğrudan bireysel başvuru yapılabilmesini kabul ederek tüketme kuralı bağlamında insan haklarının korunmasına yaptığı katkıyı;<sup>55</sup> bir yandan da işin maddi yönü itibarıyla makul sürede yargılamanın tamamlanmamasını Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlali olarak görerek yapmaktadır. Bilhassa uzun süren yargılamaların Türk hukuk sisteminin kronik bir sorunu olduğu ve Strazburg'daki ihlallerin de önemli bir kısmını teşkil ettiği düşünüldüğünde, makul süre bakımından AYM'nin benimsediği yaklaşım, hiç şüphesiz kronik bir insan hakkı ihlaline son verme adına oldukça önemlidir.<sup>56</sup>

### ***ii. Delillerin Değerlendirilmesine İlişkin Olumlu Yaklaşım***

Mahkeme'nin bireysel başvuru uygulamasında zikredilmesi gereken bir olumlu yaklaşımı da, adil yargılanma hakkı bağlamında delillerin değerlendirilmesine ilişkin yaklaşımıdır. Bilindiği gibi, delillerin doğru değerlendirilip değerlendirilmediği ve gereken delillerin yargılamada kullanılıp kullanılmadığı, kural olarak asıl yargılamayı yürüten derece mahkemelerinin yetkisindedir. Bu noktada bir delilin

<sup>55</sup> Tüketme kuralına ilişkin olumlu-olumsuz boyutların ayrı bir makalede ele alındığını tekrardan hatırlatalım. (Bkz.: Ahmet Burak Bilgin, **3 Yıllık Bireysel Başvuru Uygulamasında "Tüketme" Kuralları İlişkin Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı: Olumlu ve Olumsuz Örnekler/Yaklaşımlar**, *Legal Hukuk Dergisi*, Mart, 2015 (yayımlanacak)).

<sup>56</sup> Ayrıca bu noktada, Mahkeme'nin makul sürenin hesaplanmasında, davanın sadece bireysel başvurunun başladığı 23.9.2012 tarihinden sonraki kısmının değil; en başından beri geçirdiği sürecin dikkate alınması şeklindeki yaklaşımı da, makul süreye dayalı adil yargılama ihlali iddialarının anlamsız kalmaması adına önemlidir.

doğru bir şekilde takdir edilmediği iddiası, kural olarak bireysel başvuruda dinlenebilecek bir iddia değildir. AYM de, ilkesel olarak bu yaklaşımı benimsemektedir. Fakat Mahkeme, bu türden iddiaların olduğu bir başvuruda, bu ilkesel yaklaşımı öne sürüp doğrudan başvurunun kabul edilemezliğine karar vermemekte; bu noktada titiz bir inceleme yürütmekte ve *delillerin değerlendirilmesinde bariz bir takdir hatası ve keyfilik yahut bir delilin kullanılması veya kullanılmamasının yargılamanın bütününe etki ettiğini* tespit ettiğinde adil yargılama açısından meseleyi inceleyip ihlal kararı verebilmektedir.

Mahkeme'ye göre, *“Anayasa'nın m.148/4 hükmünde yer alan ‘bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz’ hükmü uyarınca, ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının bariz takdir hatası veya açık keyfilik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır.”*<sup>57</sup>

Bu bağlamda Mahkeme'ye göre, *“belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi, esasen derece mahkemelerine aittir. Mevcut yargılamada sunulan delilin geçerli olup olmadığını ve delili suma ve inceleme yöntemlerinin yasaya uygun olup olmadığını denetlemek, kendi görevi kapsamında olmayıp; Mahkeme'nin görevi, başvuru konusu yargılamanın bütünlüğü içinde adil olup olmadığının değerlendirilmesidir.”*<sup>58</sup> Yine Mahkeme'ye göre, *“adil yargılama hakkı, bireylere dava sonucunda verilen kararının değil, yargılama sürecinin ve*

---

<sup>57</sup> B. No: 2012/828, Kt. 21.11.2013, para. 21.

<sup>58</sup> B. No: 2013/1213, Kt. 4.12.2013, para. 27. Aynı doğrultuda bkz.: B. No: 2014/5844, Kt. 5.11.2014, para. 44.

*usulünün adil olup olmadığını denetleme imkânı verir. Bu nedenle, bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikâyetlerin incelenilmesi için başvurucunun yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediğine, bu çerçevede yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyumsuzluğun çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu gibi, mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık keyfiliğe ilişkin bir bilgi ya da belge sunmuş olması gerekir.*<sup>59</sup>

Mahkeme'nin delillerin değerlendirilmesi meselesine ilkesel bakışı bu şekildedir. Ancak Mahkeme, yukarıda da belirttiğimiz gibi, somut bir başvuruda, delilleri değerlendirmenin derece mahkemelerinin yetkisine girdiği gerekçesiyle işin içinden sıyrılmamakta; somut olayda, yukarıda ihlal sebebi olarak saydığı hususların varlığı noktasında titiz bir inceleme

<sup>59</sup> B. No: 2013/2767, Kt. 2.10.2013, para. 22. Aynı doğrultuda bkz.: yukarıdaki 2014/5844 sayılı karar, para. 43. Bu noktada Anayasa Mahkemesi'ne göre, "AİHM, delillerin kabul edilebilirliği ile ilgili olarak, somut davada kullanılan delilin sanığın hazır bulunduğu duruşmada ve 'silahların eşitliği' ve 'çelişmeli yargılama' ilkeleri ya da söz konusu delillerin yargılamanın bütününe olan etkisi çerçevesinde değerlendirmektedir. AİHM, pek çok kararında, AİHS'nin 19. maddesi bağlamında görevinin, Sözleşmeciler Devletlerin Sözleşme'ye ilişkin yükümlülüklerinin gözetilmesini sağlamak olduğunu, AİHS'nin koruması altında bulunan hak ve özgürlükler ihlal edilmedikçe ulusal bir mahkemenin olaylara ya da hukuka ilişkin yaptığı hataları inceleme görevinin bulunmadığını, AİHS'nin 6. maddesinin adil yargılanma hakkını güvence altına almakla beraber bu maddenin öncelikli olarak ulusal hukuk bağlamında düzenlenmesi gereken bir konu olan delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin bir kural ortaya koymadığını belirtmektedir. AİHM, bariz bir şekilde keyfi olmadıkça, belirli bir kanıt türünün – iç hukuk açısından hukuka aykırı olarak elde edilmiş kanıtlar da dâhil olmak üzere – kabul edilebilir olup olmadığına veya aslında başvurucunun suçlu olup olmadığına karar vermenin kendi görevi olmadığını kararlarında ifade etmektedir. AİHM, kanıtların elde edilme yöntemi de dâhil olmak üzere yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını ve Sözleşme'deki bir hakkın ihlali söz konusu ise tespit edilen ihlalin niteliğini inceleme konusu yapmaktadır. AİHM'ye göre, delillerle ilgili esas olarak başvurucuya, delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediği incelenmelidir (aynı karar, para.45, 46)."

yürütmektedir. Örneğin *Bayram Siviş* kararında,<sup>60</sup> başvurunun ihlal sebebi olarak öne sürdüğü adli tıp kurumundan mağdurun raporunun alınmamış olduğu iddiası bağlamında bunun yargılamanın adilliğine etkisini incelemiştir; *Abdulatif Akgül* kararında<sup>61</sup> da, başvurunun, mahkûmiyetine dair yeterli deliller bulunmadığı, parmak izi incelemesinin yapılmadığı, re'sen dinlenmesine karar verilen bazı tanıkların sonradan dinlenmesinden vazgeçildiği gibi delillerin eksik toplandığı ve hatalı değerlendirildiğine yönündeki iddialarını, bunların silahları eşitliği ve çelişmeli yargılama gibi noktalardan yargılamanın adilliğini etkileyip etkilemediği yönüyle incelemiştir.

Bir başka etkileyici örnek olarak verilebilecek *Aligül Alkaya ve Diğerleri* kararında<sup>62</sup> da, Mahkeme, adil yargılanma hakkı noktasında hangi hususların ihlal teşkil edebileceğini ve bu anlamda nelere dikkat edilmesi gerektiğini ayrıntılı bir şekilde belirtmiştir. Mahkeme, öncelikle, mahkûmiyete esas alınabilecek tanık ifadesinin nasıl elde edilmesi gerektiği konusunda net kurallar koymuştur. Mahkeme'ye göre, **'kovuşturma sırasında bütün kanıtların tartışılabilmesi için kural olarak bu kanıtların aleni bir duruşmada ve sanığın huzurunda ortaya konulmaları gerekir. Bu kuralın istisnaları olmakla birlikte, eğer bir mahkûmiyet, sadece veya belirleyici ölçüde, sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelere dayandırılmış ise sanığın hakları Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur. Olayın tek tanığı varsa ve sadece bu tanığın ifadesine dayanılarak hüküm kurulacak ise bu tanık duruşmada dinlenmeli ve sanık tarafından sorgulanmalıdır. Bu tanığın, sanığın sorgulama imkânı bulamadığı bir dönemde alınan önceki ifadesine dayanılarak mahkûmiyet kararı verilemez.'**<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> B. No: 2014/5844, Kt. 5.11.2014.

<sup>61</sup> B. No: 2014/10531, Kt. 30.12.2014.

<sup>62</sup> B. No: 2013/1138, Kt. 27.10.2015.

<sup>63</sup> Mahkeme'ye göre, *elbette bu durum, uyumsuzluk öncesi kovuşturmanın öncesinde ya da haricinde alınan ifadelerin kesinlikle delil olarak kabul edilemeyeceği anlamına gelmez.*

Mahkeme, ardından genel olarak bir delilin yargılamada kullanılabilirliğine ve hükme esas alınabilmesine ilişkin ilkeleri de ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre, *“öncelikle, hükme esas alınan bir delilin başka delillerle desteklenmemiş olması, mutlak biçimde her durumda adil yargılanma hakkı bakımından sorun oluşturmaz. Delilin çok kuvvetli olması ve güvenilirliği konusunda herhangi bir şüphe bulunmaması, destekleyici delillere olan ihtiyacın yoğunluğunu azaltır. Buna karşılık gücü ve güvenilirliği konusunda birtakım şüpheler bulunan bir delilin, suçun sübutu konusunda ulaşılan vicdani kanaat bakımından belirleyici olması hâlinde bu durum, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı bakımından sorun oluşturabilir.”*

Mahkeme, *ikrar içeren ifadelerin yargılamada kullanılabilirliği* noktasında ise şunları söylemiştir: *“İkrar içeren ifadelerin müdafî huzurunda alınmış olması da önemli olup **müdafîin hazır bulunmadığı ifadelerin hükme esas alınabilmesi için kovuşturma aşamasında bu ifadelerin baskı altında alınıp alınmadığını kontrol edecek yeterli mekanizmaların mevcut olup olmadığı hususu önem kazanmaktadır.** Ayrıca ikrarın kişinin hür iradesine dayalı olup olmadığının – kovuşturma aşamasında – çelişmeli bir usulle yargılama makamı tarafından irdelenip değerlendirilmiş olması da gereklidir. Dahası özellikle sanığın soruşturma aşamasındaki ikrarını, kötü muamele veya işkence altında verdiğini belirterek hâkim önünde reddetmesi hâlinde işin esasına geçilmeksizin öncelikle bu konunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Aksi yöndeki bir uygulama, hakkaniyete uygun yargılama hakkı bakımından önemli eksiklik oluşturabilir.”*

İkrar, tanık ifadesi ve genel olarak delillere ilişkin bu ilkesel tespit ve yaklaşımlardan sonra, Mahkeme, somut olay bakımından, önemli bir yol göstericilik yapmış ve somut olayda öncelikle *başvurucunun kolluk aşamasındaki ifadesinin müdafîi olmadan alınmasını – bu ifadenin mahkûmiyete gerekçe teşkil etmesi dolayısıyla – adil yargılanma (AİHS m.6/3, c hükmü bağlamında) hakkının ihlali olarak değerlendirmiş;* ardından, yine *başvurucunun tanık olarak dinlenmesini talep ettiği bir*

*kısım tanıkların dinlenmemesini (ve bir kısmının dinlenmesi talebinin de gerekece gösterilmeksizin reddedilmesini), yargılamanın bir bütün olarak adilliğini etkilediğini söylemiş; bunlardan başka, başvuruçunun kollukta verdiği ifadeyi sonradan yalanlamasına ve ifadenin müdafii olmadan, baskı, cebir ve kötü muamele uygulanarak alındığını belirtmesine rağmen, bu durumun yargılama aşamasında yargılamayı yapan mahkeme tarafından dikkate alınmamasını, yine adil yargılanma hakkı bakımından sorunlu görmüştür.*

Bir yandan derece mahkemelerinin delilleri değerlendirme yetkisine saygı gösteren ve böylece bireysel başvurunun “ikincillik” işlevine uygun bir tavır alan; bir yandan da açık ve bariz bir hata ve keyfilik yönünden derece mahkemelerinin kararlarını ve bilhassa somut olayda delillere yönelik takdirlerini denetleyen Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruyu amacı ve işlevinden saptırmadan hak ve özgürlük ihlallerini denetlemektedir. Elbette Mahkeme'nin bazı somut vakalardaki kararları hatalı bulunabilir. Örneğin bariz bir keyfilik yahut takdir hatası olarak değerlendirilebilecek bir durumda Anayasa Mahkemesi, açıkça dayanaktan yoksunluk kararı vermiş olabilir. Ancak Mahkeme, bunu yaparken bile ister istemez işin esasına girmekte ve ortaya konan iddiaları, silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, açıkça keyfilik ve bariz takdir hatası gibi açılardan incelemekte; böyle bir durumun bulunmadığını düşündüğünde de, ilkesel yaklaşımına referans verip açıkça dayanaktan yoksunluk kararı vermektedir. Bu noktada somut olaya ilişkin değerlendirmeleri isabetsiz olabilirse de; bu durum, somut olaydaki değerlendirme hatasından kaynaklanmaktadır.

### ***iii. “Medeni Hak ve Yükümlülükler” Kavramının Geniş Yorumlanmasına Dair Yaklaşım***

Anayasa Mahkemesi'nin üç yıllık bireysel başvuru uygulamasında insan haklarının etkili biçimde korunması adına dikkat çeken bir yaklaşımı da, AİHS m.6'da düzenlenen adil yargılanma hakkının kapsamını belirleyen “medeni hak ve yükümlülükler” kavramının geniş yorumlanmasına ilişkin yaklaşım olmuştur. Uzaktan eğitim kapsamında

bilgisayar odasından yararlanmaları gereken sürenin cezaevi idaresince azaltılmasına itiraz eden dört mahkumun şikayetlerinin infaz hakimliğince reddedilmesi üzerine, bu durumun, bir yandan eğitim hakkı, bir yandan da infaz hakimliği kararının duruşma ve keşif yapılmaksızın ve tanık ile sorumlu görevliler dinlenmeksizin verilmesi yönüyle adil yargılanma hakkını ihlal ettiği iddiasıyla yapılan başvuruda,<sup>64</sup> Mahkeme, *Bakanlığın, iddiaların bir disiplin cezasına yönelik olarak infaz hakimliğine yapılan bir şikayete ilişkin olmayıp hakimliğin ilgili kanun uyarınca dosya üzerinden inceleme yapabildiği, bu itibarla da AİHS'nin 6. maddesinin burada uygulanamayacağı yönündeki itirazına karşılık olarak, AİHS m.6'daki "medeni hak ve yükümlülükler" kavramının, somut olaydaki infaz hakimliğine yapılan şikayeti de kapsayacağını belirtmiştir.*

Mahkeme, AİHM'den ilham alarak, söz konusu "medeni hak ve yükümlülükler" kavramının, esas olarak özel hukuk davalarını kapsamakla beraber; özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar yanında, kamu hukuku özellikleri ağır basan, devlet ile birey arasındaki uyuşmazlıkların da buraya dâhil edilebileceğini; böylece bu kavramın geniş yorumlanması sonucu adil yargılanma hakkının da norm alanının genişleyeceğini ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre, böylece bireyler, sahip olduklarını iddia ettikleri tüm yasal hak ve yükümlülükleri talep edebilecekler; aynı zamanda devletin bu hak ve yükümlülükleri yaptığı her türlü müdahaleye yargı önünde itiraz edebileceklerdir. Bu bağlamda, adil yargılanma hakkının kapsamının belirlenmesinde esas olacak "medeni hak ve yükümlülükler", hangi hukuk alanına girdiğine ve devletin müdahale edip etmediğine bakmaksızın, bir kişinin sahip olduğu, savunulabilir tüm hak ve yükümlülükleri kapsayacak şekilde yorumlanabilir.

Somut olay bakımından da, mahkumların, cezaevinde bulunmanın getirdiği doğal kısıtlamalar çerçevesinde herkes gibi temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu düşünüldüğünde, infaz hâkimliğinin yetkisinde bulunan hususların bu anlamda "medeni hak ve yükümlülükler" ile ilgili hususlar olduğu açıktır.

<sup>64</sup>B. No: 2013/583, Kt. 10.12.2014.

Yine adil yargılanma hakkının kapsamını bu sefer “cezaî suçlamalar” yönü itibariyle genişleten yaklaşım da, söz konusu hakkın, bir cezaî süreçte kovuşturma öncesini ve hatta hazırlık aşamasını kapsayabileceğine dair genişletici yaklaşımdır. Yukarıda adil yargılanma hakkı bağlamında delillerin taşınması gerekli unsurlar bağlamında yer verdiğimiz *Aligül Alkaya ve Diğerleri* kararında,<sup>65</sup> Mahkeme, *adil yargılanma hakkı içinde özel bir alt hak konumunda olan avukattan yararlanma hakkının, soruşturmanın ilk evrelerinden itibaren ve hatta polis tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren sağlanması gerektiğini* belirtmiştir (para.133, 137).<sup>66</sup>

#### **iv.Kanuna Aykırı Delil Meselesine Dair Olumlu Yaklaşım**

Delillerin değerlendirilmesi ve adil yargılanma noktasında değinilmesi gereken bir olumlu gelişme de, Mahkeme'nin *kanuna aykırı delil* meselesine olan yaklaşımıdır. Kanuna uygun delile dayalı yargılama yapılmasının adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesi bağlamındaki önemi düşünüldüğünde, Mahkeme'nin bu noktada takınacağı hak odaklı yaklaşım, hiç şüphesiz insan hakları adına oldukça önemli olacaktır. Bilindiği gibi, Anayasa'nın 38/6 hükmü, kanuna aykırı delillerin yargılamada kullanılmasını mutlak olarak yasaklamaktadır. Burada kastedilen, hükmün kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgulara dayandırılmayacağıdır.<sup>67</sup> Bunun adil yargılanma hakkına bakan boyutu ise, hiç şüphesiz böyle bir mahkûmiyetin adil yargılanma hakkına aykırı olacaktır. Fakat vurgulanması gereken nokta, AİHM'nin de klasik

<sup>65</sup> B. No: 2013/1138, Kt. 27.10.2015.

<sup>66</sup> Mahkeme'ye göre, *soruşturma aşamasında bir avukat yardımından yararlanma, en az kovuşturma aşaması kadar önemlidir. Çünkü bu aşamada elde edilen deliller, yargılama sırasında söz konusu suçun hangi çerçevede ele alınacağını belirlemekte; özellikle delillerin toplanması ve kullanılması aşamasında cezaî yargılamaya ilişkin mevzuat giderek daha karmaşık hale geldiğinden, sanık, kovuşturmanın bu aşamasında kendisini savunmasız bir durumda bulabilmekte ve bu savunmasızlık veya suçlamaya karşı kendini koruma hakkı, ancak bir avukatın yardımı ile gereği ile telafi edilebilmektedir.*

<sup>67</sup> Tam bu noktada AYM'nin *bu hükmün esas itibariyle ceza yargılaması hukukuna ilişkin olmakla birlikte, uygulanabildiği ölçüde hukuk yargılaması bakımından da geçerli olduğu yönündeki yaklaşımını* da vurgulamak gerekir (Bkz.: B. No: 2013/6183, Kt. 19.11.2014, para.51).



yaklaşımı olduğu üzere, ***bir yargulamada kanuna aykırı delillerin kullanılmasının tek başına o sebeple yargulamayı adil olmaktan çıkarmayacağı; ancak yargılamanın bir bütününe bakılarak yargılamanın adil olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğidir.***<sup>68</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi de, bugüne kadarki pratiğinde bu yaklaşımı benimsemiştir.

Mahkeme'ye göre, *“belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi esasen derece mahkemelerine aittir. Mevcut yargulamada sunulan delilin geçerli olup olmadığını ve delil sunma ve inceleme yöntemlerinin yasaya uygun olup olmadığını denetlemek kendi görevi kapsamında olmayıp; onun görevi, başvuru konusu yargılamanın bütünlüğü içinde adil olup olmadığının değerlendirilmesidir. Bu yönüyle Mahkeme'nin görevi, belirli delil unsurlarının kanuna uygun şekilde elde edilip edilmediklerini tespit etmekten ziyade, bu türden ‘kanuna aykırılığın’ Anayasa’da korunan başka bir hakkın ihlali ile sonuçlanıp sonuçlanmadığını ve bu ‘kanuna aykırılığın’ bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisini incelemektir.”*<sup>69</sup>

Ancak Mahkeme'nin bir üst başlıkta delillerin değerlendirilmesine dair zikrettiğimiz genel yaklaşımı burada da devreye girmekte; Mahkeme, bu noktada da oldukça titiz bir inceleme yürütmektedir. Örneğin, yukarıdaki paragrafta alıntılıdığımız tespitleri yaptığı kararında, AYM, somut olayda başvuruya konu mahkûmiyet kararının gerekçesini incelemiş ve yargılamanın esaslı ve belirleyici delilinin, başvurucuya ait mekânda yapılan aramada ele geçirilen birtakım bulgular olduğunu tespit etmiştir (yani Mahkeme'ye göre, yargılama, “arama” ve “arama esnasında elde edilen eşyalar” üzerine bina edilmiştir). Ardından Mahkeme, yargılamanın dayandığı bu aramanın hukuka uygun icra edilip edilmediğini incelemiş ve *aramanın yapıldığı tarihte yürürlükte olan Ceza*

<sup>68</sup> Bkz.: yukarıdaki 72. dipnot.

<sup>69</sup> Yukarıdaki 2013/6183 sayılı karar, para. 46.

*Muhakemesi Usulü Kanunu'na göre ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulunması gerekmesine rağmen bunların yokluğunda gerçekleştirildiğini ve bu yönüyle açıkça kanuna aykırı olduğunu* tespit etmiştir. Yargılamanın tek dayanağı, hukuka aykırı surette yapılan bu arama ve bu aramada ele geçirilen bulgular olduğu için, Mahkeme, bu durumun bir bütün olarak yargılamanın adilliğini etkilediğine kanaat getirmiştir.

Görüldüğü gibi Mahkeme, her ne kadar delilleri değerlendirme yetkisinin derece mahkemesinde olduğunu; bu anlamda tek başına bir delilin hukuka aykırı olmasının yargılamanın adilliğini etkilemeyeceğini belirtse de; somut olayda yargılamanın bina edildiği delilleri tespit etme ve bunların yürürlükteki mevzuata göre hukuka aykırı olup olmadığını değerlendirme yoluna gitmiştir. Mahkeme'nin, bilhassa yargılamada kullanılan delilleri tespit etmesi ve sonra da bunları yürürlükteki mevzuat çerçevesinde hukuka uygun elde edilip edilmeme açısından değerlendirmesi, hiç şüphesiz hak ve özgürlüklerin korunması adına oldukça önemlidir.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Doktrinde Göztepe, Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin yaklaşımının bazı tereddütler doğurduğunu söylemektedir (Göztepe, s.28). Yazarın dikkat çektiği ifadelerde AYM şöyle demektedir: *'Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olmakla birlikte, somut olayda, koruma tedbiri niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği ve aramanın icrasındaki 'kanuna aykırılığın' yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır. Bu sebeplerle başvuruçunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına adil yargılanma hakkını ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.'* (Yukarıda yer verdiğimiz 2013/6183 sayılı kararın 59. paragrafı.) Yazara göre, bu ifadelerden, söz konusu kanuna aykırı delilin, eğer hükme esas alınan tek ve belirleyici delil değilse kullanılabileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Nitekim AYM'nin tam bu noktada AİHM yaklaşımına atıf yapması da bu görüşü desteklemektedir. Oysa Anayasa'nın ilgili hükmü (m.38/6), bu konuda oldukça açıktır ve kanuna aykırı delilin mutlak surette kullanılmasını yasaklamaktadır. Yazar, elbette bu tespitinde haklıdır. Fakat bizce, Anayasa Mahkemesi'nin dediği, Anayasa'ya aykırı olacak bir şekilde, kanuna aykırı bir delilin kullanılabilmesi değil; böyle bir delilin yargılamanın adilliğini etkilemesi için tek ve belirleyici delil olarak kullanılması gerektiridir (yani salt böyle bir delilin kullanılmasının tek başına adil yargılanma

**v. Mahkeme Kararlarının (Süresinde) Yerine Getirilmesine İlişkin Yaklaşım**

Mahkeme'nin yine adil yargılanma hakkı bağlamındaki bir olumlu yaklaşımı da, bu hakkın mahkeme kararlarının tam anlamıyla yerine getirilmesini de kapsadığı ve kararın süresinde yerine getirilmemesinin tek başına adil yargılanma hakkının ihlali sayılacağı yönündeki yaklaşımdır. Mahkeme'ye göre, "hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil; yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsayan bir haktır. Bu bağlamda yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uyma zorunluluğunu ve mahkeme kararlarının değiştirilemeyeceği ile uygulanmasının geciktirilemeyeceğini ifade eden Anayasa'nın 138. maddesinin adil yargılanma hakkının kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır." Nitekim Mahkeme'ye göre, AİHM de, mahkemeye erişim hakkından yola çıkarak yargı kararlarının yerine getirilmesi hakkını adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul etmekte; mahkemeye erişim hakkının, bir uyumsuzluğu mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsayacağını belirtmektedir. Bu anlamda mahkeme kararlarının uygulanması, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç vermesini sağlayan bir unsurdur. Karar uygulanmazsa yargılamanın da bir anlamı olmayacaktır. Mahkeme ayrıca, davaya taraf olan kişinin etkin korunması ve hukuka uygunluğun sağlanmasının idarenin kendisi hakkında verilebilecek nihai yargı kararlarına uymasını gerektirdiğini; idarelerin yargı kararını uygulamayı reddetmesi, ihmal etmesi ya da onu uygulamayı geciktirmesi halinde, davada taraf olan kişinin davanın aşamaları süresince yararlandığı Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülen teminatların bütün anlamını yitireceğini vurgulamıştır.<sup>71</sup>

---

hakkının ihlali sayılmayabileceğidir). Bizce Mahkeme'nin bu yaklaşımı, temel hak ve özgürlükler adına sorunlu bir yaklaşım değildir.

<sup>71</sup> B. No: 2013/9404, Kt. 14.10.2015.

Mahkeme, bu ilkeleri koyduğu kararında, kamulaştırmaz el atma nedeniyle mahkeme tarafından kişiye ödemek zorunda bırakıldığı tazminatı zamanında ödemeyen idarenin bu tavrının, gecikme dolayısıyla uğranılan maddi kayıp (ve bunun mülkiyet hakkı noktasında doğurduğu mağduriyet ) bir yana, aynı zamanda yargı kararını yerine getirmeme yönüyle adil yargılanma (ve onun içinde bir alt hak olan “yargı kararlarının yerine getirilmesi”) hakkının da ihlalini teşkil edeceğini belirtmiştir.<sup>72</sup> Ülkemizin kronik sorunlarından birinin yargı kararlarının süresinde ve gereği gibi yerine getirilmemesi olduğu düşünüldüğünde, bu yaklaşımın hakların etkili korunması adına olumlu bir yaklaşım olduğunda şüphe yoktur.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> AYM, bu noktada “hangi süreye” ulaşıldığında kararı yerine getirmemenin hak ihlali sayılacağına ise, *davanın konusu, bir alacağın veya tazminatın ödenmesiyle alacak veya tazminatın mahiyeti, başvurusunun kararın icrasındaki menfaati, yargı kararının icrasının başvuru için önemi, ödeme ile sorumlu idarenin bütçe imkânları ve ödeme konusundaki tutumu, alacak veya tazminatın ödemenin gecikmesi nedeniyle değer kaybedip kaybetmediği, davanın kararın icra safhasıyla beraber toplam süresi ile kararın icrasında geçen süre gibi koşullara göre değerlendirileceğini* belirtmiştir. (Somut olayda ise tazminat bedelinin idarece yaklaşık 7 yıl sonra ödenmiş olmasını ihlal olarak değerlendirmiştir.) Bu yaklaşım, bizce sorunludur. Buna aşağıda değineceğiz.

<sup>73</sup> Ancak tam bu noktada Mahkeme, **ihlal olabilmesi için gereken süreye dair benimsediği yaklaşımla**, adeta bir eliyle verdiği diğerleriyle geri almıştır.. Şöyle ki, örneğin İYUK’nın m.28 hükmü, mahkeme kararlarının gecikmeksizin yerine getirileceğini ve bu sürenin hiçbir halde 30 günü geçemeyeceğini belirtmektedir. Keza konusu belli bir miktar paranın ödenmesinde de, aynı kural geçerlidir. Anayasa da, m.138 hükmünde, mahkeme kararlarının uygulanmasının geciktirilemeyeceğini belirtmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, yakın dönemde verdiği bir kararında (E.2014/149, K.2014/151, Kt. 2.10.2014), İYUK’nın bahsettiğimiz hükmüne konan “belli kamu görevlileriyle ilgili mahkeme kararlarının 2 yıl içinde yerine getirilmesine” yönelik düzenlemeyi, temel olarak 2 yıl içinde yerine getirmenin, m.138 anlamında bir yerine getirme olmayacağı gerekçesiyle iptal etmiştir. Hukukumuzda bazı özel düzenlemeler dışında genel olarak bir davanın ne kadar sürede bitirilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme yoktur. O itibarla adil yargılanma hakkının bu boyutu bakımından yargılamanın makul sürede olup olmadığı, davanın büyüklüğü, karmaşıklığı, tarafların sayısı vb. faktörlere göre belirlenebilir. Ne var ki, adil yargılanma hakkının “kararların idare tarafından yerine getirilmesi” yönü bakımından yukarıda görüldüğü üzere bir süre öngörülmüştür. **O halde bu sürenin geçmesi, kararın süresinde yerine getirilmemesi sayılmalıdır.** AYM’nin yukarıda saydığı çeşitli faktörler, ancak 30 günlük süre içindeki yerine getirmenin süresinde olup olmadığını belirlemede dikkate alınabilir. AYM’nin yukarıda yer verdiğimiz *Twitter* ve *Youtube* kararlarında da açıkça belirttiği gibi, bu 30

### **10. AİHM'nin Pozitif Yükümlülük Doktrinine İlişkin Yaklaşım**

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru uygulamasında insan haklarının korunması adına önemli görülebilecek bir önemli yaklaşımı da, AİHM'nin taraf devletlerin AİHS kapsamındaki yükümlülüklerine ilişkin geliştirdiği pozitif yükümlülük doktriniyi benimseyen yaklaşımıdır. Bilindiği gibi AİHM, *Sözleşme'deki belli hak ve özgürlüklerin devlete sadece ihlal etmeme şeklinde negatif bir yükümlülük değil; aynı zamanda o haklara karşı üçüncü kişilerden gelebilecek ihlallerden karşı kişiyi koruma ("koruma" boyutu) ve ihlal gerçekleştiği takdirde de hukuki ve cezai yolları doğru biçimde işleterek oluşan zararı giderme ("usul" yükümlülüğü) şeklinde ifade edilebilecek pozitif bir yükümlülük de yüklediğini* söylemektedir.<sup>74</sup> Bilhassa *yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığın korunması* hakkına ilişkin uzun yıllardır benimsenen bu yaklaşım, devletin bu alandaki ödevlerinin sınırını çizmekte ve hakkın etkin şekilde korunmasını sağlamaktadır. İşte Anayasa Mahkemesi'nin 3 yıllık bireysel başvuru uygulaması da, "ilkesel" olarak bu Strazburg yaklaşımının benimsendiğini göstermektedir. Mahkeme, Anayasa'nın "Devletin temel amaç ve ödevlerini" düzenleyen 5. maddesi üzerinden bu doktrini iç hukuka aktarmakta ve Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan

---

günlük süre, azami süredir. O itibarla bir somut olayda 30 günlük süre geçmemiş olsa da, yine de kararın yerine getirilmesi geciktirilmiş ve adil yargılanma hakkı bu yönüyle ihlal edilmiş olabilir. Zaten tam da bu yüzden AYM, söz konusu *Twitter* ve *Youtube* kararlarında, çok kısa bir sürede yerine getirilmesi mümkünken yaklaşık bir haftalık bir sürenin geçmesine rağmen idare mahkemesinin verdiği yürütmeyi durdurma kararının davalı idare tarafından yerine getirilmemesini, somut olayın koşulları (ifade özgürlüğü, yerel seçimler ve internetin etkisi vs.) bağlamında süresinde yerine getirmeme saymış ve idari yargı yolunun sırf bu sebeple "tüketilmesi gerekli etkili bir yol" olmadığını ve somut olayda doğrudan bireysel başvuru yapılabileceğini söylemiştir. Ancak 30 günlük süre geçtikten sonra, artık böyle bir değerlendirmenin anlamı olmamalı; karar, her halükarda süresinde yerine getirilmemiş sayılmalıdır. O itibarla AYM'nin adil yargılanma hakkının kapsamına mahkeme kararlarının süresinde yerine getirilmesi hakkını da eklemesi, insan haklarının korunması adına oldukça önemli; ve fakat hangi sürenin bunun için gerektiği yönündeki yaklaşımı oldukça mağdur edicidir.

<sup>74</sup> Bu yöndeki AİHM kararları için bkz.: B. No: 2012/752, Kt. 17.9.2013, para. 52, 53.

yaşama ve maddi-manevi varlığı koruma hakkının bu yükümlülüğü içerdiğini söylemektedir.<sup>75</sup>

### **i. Koruma ve Usul Boyutu**

Bu noktadaki çok sayıda karardan biri olan (Van depreminde yaşanan bir ölüm olayıyla ilgili) *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri* kararında,<sup>76</sup> Mahkeme, *Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında, devletin, negatif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme yükümlülüğü bulunduğunu; bunun yanı sıra, devletin, pozitif bir yükümlülük olarak, yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü altında olduğunu; keza benzer şekilde, devletin, bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten korumakla yükümlü olduğunu belirterek pozitif yükümlülüğün “koruma” boyutunu ortaya koymuştur.<sup>77</sup>*

<sup>75</sup> Mahkeme, bu yükümlülüğün “koruma” boyutunu, yıllardır norm denetimi üzerinden verdiği kararlarında vurgulamaktadır (bkz.: E.1999/68, K.1999/1 ve E.2005/151, K.2008/37). Ancak daha somut olarak ve “usul” boyutunu da ekleyerek bireysel başvuru uygulamasında da benimsemesi elbette vurgulanmayı hak etmektedir.

<sup>76</sup> B. No: 2012/752, Kt. 17.9.2013.

<sup>77</sup> Mahkeme, bu noktada bu “pozitif” yükümlülüğün “koruma” boyutuna ilişkin devletin ödevlerinin sınırını da kendince çizmiştir. Buna göre; “*özellikle insan davranışının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek yapılacak işlemin veya yürütülecek faaliyetin tercihi göz önüne alınarak; pozitif yükümlülük, yetkililer üzerine için yetkililerce, belirli bir kişinin hayatına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin bulunduğu bilmesi ya da bilmesi gerektiği durumların varlığı kabul edildikten sonra, böyle bir durum dahilinde, makul ölçüler çerçevesinde ve sahip oldukları yetkiler kapsamında bu tehlikenin gerçekleşmesini önleyebilecek şekilde kamu makamlarının önlem almakta başarısız olduklarının tespiti gerekmektedir.*” Mahkeme, bu tespitleri yaparken, AİHM'nin *Keenan/Birleşik Krallık* (27229/95), *A. ve Diğerleri/Türkiye* (30015/96) ve *İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu/Türkiye* (19986/06) kararlarına atıf yapmıştır. Aynı doğrultuda bkz.: *Sadık Koçak ve Diğerleri* kararı (B. No: 2013/841, Kt. 23.1.2014). Hatta Mahkeme, *Sadık Koçak ve Diğerleri* kararında, söz konusu yükümlülüğün, bazı özel koşullarda, devletin, **kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı yaşamı korumak amacıyla gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünü** de içerdiğini belirtmiştir. Bundan başka, Mahkeme bir başka kararında

Devletin tabii olduğu bu pozitif yükümlülüğün bu şekildeki “koruma” boyutu dışında, ölüm veya maddi-manevi varlığa bir müdahale meydana geldiğinde, onu tamamlayacak şekilde bir de “usuli” boyutu vardır. Mahkeme, bunu da şu şekilde dile getirmiştir: *“Devletin yaşam hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin bir de usuli yönü bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmi bir soruşturma yürütmek durumundadır. Bu tarz bir soruşturmanın temel amacı, yaşam hakkını koruyan hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda, bunların sorumlulukları altında meydana gelen ölümler için hesap vermelerini sağlamaktır.”*<sup>78</sup>

---

(Salih Ülgen ve Diğerleri, B. No: 2013/6585, Kt. 18.9.2014) söz konusu yükümlülüğün, devlete, egemenlik alanında bulunan bireylerin yaşamını korumak için önleyici genel tedbirleri alma görevini de yüklediğini açıkça belirtmiştir.

<sup>78</sup> Mahkeme, bu noktada aynı koruma boyutunda yaptığı gibi usul boyutu için de bir çerçeve çizmiştir. Bu bağlamda, öncelikle Mahkeme’ye göre; *bu, bir sonuç yükümlülüğü değil, uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Ve bu durum, hiçbir şekilde Anayasa’nın 17. maddesinin başvuruçulara üçüncü tarafları adli bir suç nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkı verdiği ve tüm yargulamaları mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma ödevi yüklediği anlamına gelmez. Yapılması gereken soruşturmanın “türü” açısından, Mahkeme’ye göre, “usul yükümlülüğünün bir olayda gerektirdiği soruşturma türü, yaşam hakkının esasına ilişkin yükümlülüklerin cezai bir yaptırım gerektirip gerektirmediğine bağlı olarak tespit edilmelidir. Kasten ya da saldırı veya kötü muameleler sonucu meydana gelen ölüm olaylarına ilişkin davalarda Anayasa’nın 17. maddesi gereğince devletin, ölümcül saldırı durumunda sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verebilecek nitelikte cezai soruşturmalar yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu tür olaylarda, yürütülen idari ve hukuki soruşturmalar ve davalar sonucunda sadece tazminat ödenmesi, yaşam hakkı ihlalini gidermek ve mağdur sıfatını ortadan kaldırmak için yeterli değildir.”* Ancak Mahkeme’ye göre, *ihmal nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarına ilişkin davalar açısından farklı bir yaklaşımın benimsenmesi gerekir. Bu bağlamda, yaşam hakkının veya fiziksel bütünlüğün ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise, “etkili bir yargısal sistem kurma” yönündeki pozitif yükümlülük her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez. Mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir. Bununla birlikte, Mahkeme, ihmal suretiyle meydana gelen ölüm olaylarında Devlet görevlilerinin ya da kurumlarının bu konuda muhakeme hatasını veya dikkatsizliği aşan bir ihmali olduğu, yani olası sonuçların farkında olmalarına*

*Bu bağlamda devletin koruma yükümlülüğünün ihlali halinde hem tazminat yoluyla giderim gerekecek hem de usul yükümlülüğünün bir gereği olarak etkili bir soruşturma ile sorumluların hesap vermesi sağlanacaktır. Salt usuli yükümlülüğün ihlali halinde ise, etkili ve yukarıda belirttiğimiz nitelikleri taşıyan bir soruşturma, ihlalin giderilmesi için gerekli ve yeterli olabilecektir.*

Mahkeme, bu ilkesel yaklaşımını somut olaylara titiz bir şekilde uygulamaktadır. Bahse konu yükümlülüğün koruma boyutunun somutlaştırılması için, yukarıda yer verdiğimiz *Sadık Koçak ve Diğerleri* kararı, güzel bir örnektir. Bir askerin intihar etmesine ilişkin olarak, önce askeri yargısal makamlarca yürütülen soruşturmada, intiharın, söz konusu kişinin kendi iç dünyasından kaynaklanan ancak dışa yansıtmadığı şahsi, ailevi ve maddi sıkıntılar nedeniyle girmiş olduğu psikolojik bunalım sonucu gerçekleşmiş olduğu ve başkasına atfedilebilecek bir suç unsuru bulunmadığı kanaatine varılarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmiş; ardından da ailesi tarafından askeri idari yargıda açılan tazminat davası, talep edilen tazminat miktarının çok altında bir rakamda tazminata hükmedilerek kısmen kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, yaşam hakkı üzerinden yaptığı değerlendirmede, bu konuda devletin yükümlülüğünü

---

*rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda, bireyler kendi inisiyatifleriyle ne gibi hukuk yollarına başvurmuş olursa olsun, insanların hayatının tehlikeye girmesine neden olan kişiler aleyhine hiçbir suçlamada bulunulmaması ya da bu kişilerin yargılanmamasının 17. maddenin ihlaline neden olabileceğini düşünmektedir. Yapılması gereken soruşturmanın “içeriği” ve “niteliği” açısından ise, Mahkeme’ye göre, “bu noktada yürütülecek ceza soruşturmaları, sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkan verecek şekilde etkili ve yeterli olmalıdır. Bu bağlamda, soruşturmanın etkili ve yeterli olduğundan söz edebilmek için soruşturma makamlarının resen harekete geçerek ölümü aydınlatabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delilleri toplamaları gerekir. Soruşturmada ölüm olayının nedeninin veya sorumlu kişilerin ortaya çıkarılması imkanını zayıflatan bir eksiklik, etkili soruşturma yürütme kuralıyla çelişme riski taşır. Yürütülecek ceza soruşturmasının etkinliğini sağlayan hususlardan biri de teoride olduğu gibi pratikte de hesap verilebilirliği sağlamak için soruşturmanın veya sonuçlarının kamu denetimine açık olmasıdır. Buna ilaveten her olayda, ölen kişinin yakınlarının meşru menfaatlerini korumak için bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılmaları sağlanmalıdır.”*



hem koruma hem de usuli boyutu itibariyle incelemiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, devletin koruma yükümlülüğünü yerine getirmediği ortaya çıktığında hakça bir tazminat ve sorumluların hesap vermesini sağlayacak etkin bir soruşturma, ihlalin giderilmesi için gerekli olan adımlardır.

Mahkeme, söz konusu yükümlülüğün koruma boyutuna ilişkin yukarıda değindiğimiz (ve bilhassa kişinin kimi zaman kendi eylemlerine karşı da korunmasını içeren) ilkesel tespitlerini yaptıktan sonra, başvuruya konu olayların gelişimini titizlikle incelemiş ve bu incelemesi neticesinde bir koruma yükümlülüğünün ihlalinde bahsedilebileceğine karar vermiştir.<sup>79</sup> Bu andan sonra yapılacak şey ise, *koruma yükümlülüğüne ilişkin boyutuyla oluşan maddi-manevi zararların hakça karşılanıp karşılanmadığı ve bunu tamamlayan usuli boyutuyla da, sorumluların hesap vermesine elverişli bir soruşturmanın yapıp yapılmadığının tespit edilmesidir.*<sup>80</sup>

<sup>79</sup> AYM'ye göre, *intihar eden askerin kalorifer dairesinin zimmeti kendisine verildiği andan itibaren bu görevi yapamayacağından korktuğu ve yanlış bir şey yaparsa ailesinin malvarlığına el konulacağı tehdidi altında olduğu anlaşılmakta; anne babası ile yaptığı telefon görüşmelerinde bu kaygılarını dile getirdiği görülmekte; gerçek olaylara ya da kafasında oluşturduğu vehimlere dayalı olmasının bir önemi bulunmaksızın, üstlendiği sorumluluklara bağlı olarak yoğun kaygı yaşadığı değerlendirilmektedir.* Bu bağlamda Mahkeme'ye göre, *her ne kadar bir askerin sadece maddi sorunlarının bulunması veya kendisine yüklenen sorumlulukların ağırlığı nedeniyle yoğun kaygılar yaşamasına bağlı olarak gerçekleşen intihar eylemlerini idarenin öngörmesi ve gerekli tedbirleri alması gerektiği sonucu çıkarılamayacak olsa da, başvuru konusu olaydaki gibi genel olarak bazı sorunları olduğu bilinen bir askerin ilgisiz bir zamanda silah ve mühimmat istemesi gibi çok açık bir şekilde intihar eylemine girişilebileceği konusunda işaretlerin olması ve bu durumun yetkililere bildirilmesi halinde, idarenin bu konuda önleyici tedbirler almasının kendisinden beklenebileceği düşünülebilir.* Mahkeme'ye göre, *tüm bunlar düşünüldüğünde ve başvuru konusu olayın özel koşulları göz önünde bulundurulduğunda, müteveffanın intihar edebileceği konusunda uyarıcı nitelikteki belirtiler ortaya çıkmasına ve kendisine bildirilmesine rağmen idarenin gerekli önlemleri aldığı söylenemeyecektir. Nitekim AYİM de, somut olaydaki tazminat davasında bir miktar tazminata hükmederken bu durumu ortaya koymuştur.*

<sup>80</sup> Bu anlamda Mahkeme'ye göre, *somut olayda, eğer etkili bir ceza soruşturması yapılması noktasındaki usuli yükümlülük yerine getirilmişse, idari makamlar ve derece mahkemeleri tarafından başvuru lehine bir tedbir ya da kararın alınması suretiyle ihlalin tespit edilmesi ve verilen karar ile bu ihlalin uygun ve yeterli biçimde giderilmiş*

Yine yukarıda yer verdiğimiz *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri* olayı da, pozitif yükümlülüğün usuli boyutu itibarıyla güzel bir örnek teşkil etmektedir. 23 Ekim 2011’de Van’da yaşanan deprem felaketinden 18 gün sonra meydana gelen bir artçı depremde bir otelin yıkılması sonucu otelde kalan 24 kişinin hayatını kaybetmesi ile ilgili yürütülen soruşturmada, Van Valisi ile AFAD görevlileri hakkında 4483 sayılı Kanun gereğince görevsizlik kararı verilerek dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na gönderilmiş; Başsavcılık da, söz konusu kişiler hakkındaki görevi kötüye kullanma iddialarının somut bilgi ve belgelere dayanmadığı ve bu sebeple haklarında ön inceleme yapılmasını gerektirecek bir durumun bulunmadığı gerekçesiyle şikayetin işleme konmamasına karar vermiştir. Başvurucular, bunun üzerine bu kararın kaldırılması için Danıştay’a itiraz etmişler; fakat 4483 sayılı Kanun’da Başsavcılığın bu karara karşı bir itiraz yolu öngörülmediği için itiraz, incelenmeksizin reddedilmiştir.

Bu olaya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi, devletin yaşam hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün usuli boyutu hakkında yukarıda yer verdiğimiz ilkesel tespitleri yaptıktan sonra, *Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın, 24 kişinin ölümü gibi ciddi sonuçlar doğuran olay hakkında, Van Cumhuriyet Başsavcılığı’nın ilk soruşturmada göz önünde bulundurduğu hususlar<sup>81</sup> ile başvurucuların şikâyet konusu yaptığı hususlar hakkında hiçbir değerlendirme yapmaksızın, görevi kötüye kullanmaya ilişkin iddiaların somut bilgi ve belgelere dayanmadığı ve ilgililer açısından suç oluşturan ve ön inceleme*

---

*olması – hükmedilen miktar bakımından bariz bir takdir hatası ve keyfilik olmadıkça – başvurucuların “mağdurluk” sıfatını kaldıracaktır. Meselenin usuli boyutu bağlamında etkili bir soruşturmanın yapılıp yapılmadığı noktasında ise, Mahkeme, intihar olayından sonra başlatılan ceza soruşturması aşamasını titiz bir şekilde incelemiş (bkz.: kararın 96. paragrafı) ve bu incelemesi bağlamında, bir soruşturmanın taşınması gerekli (yukarıda yer verilen) ilkeler bağlamında usuli yükümlülüklerin tam olarak yerine getirildiğine kanaat getirmiştir.*

<sup>81</sup> AYM’nin dosya kapsamında yaptığı tespitlere göre, *Van Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen ilk soruşturma kapsamında, keşif yapılmış, numuneler alınmış ve incelenmiş, bilirkişilerden görüş alınmış, bilirkişilerce hazırlanan rapor ışığında, söz konusu binanın yapımında sonradan yapılan ilavelerde bulunan eksiklik ve hatalara değinilmiş, ilk depremde ayakta kalmasına rağmen ikinci depremde iki deprem arasındaki artçı şoklardan etkilenerek yıkıldığı anlaşılmıştır.*

yapılmasını gerektirecek bir durumun bulunmadığı gerekçesiyle şikâyetin işleme konulmamasına karar verdiğini; başvuru sahiplerinin iki deprem arasında yetkililer tarafından hasar tespiti yapılmaması ve diğer idari tedbirlerin alınmaması suretiyle ölüme neden olma temel şikâyetine ilişkin, hasar tespiti ve hasarlı binalara girişin engellenmesi konusunda yetkililerce ne tür işlemler yapıldığını ortaya koyacak delil ve değerlendirmelere yer vermeksizin soruşturma açılması talebini işleme koymadığını belirtmiş;<sup>82</sup> ayrıca “soruşturma izni verilmemesi” şeklinde bir karar verilmesi halinde söz konusu kararın itiraz yoluyla denetimden geçirilebilecek olmasına karşın, hâlihazırda verilen “şikâyetin işleme konulmamasına” dair kararın soruşturmanın devam ettirilmesine yönelik talebin bir itiraz mercii tarafından incelenmesine de engel olduğunu söylemiş ve tüm bunları usuli pozitif yükümlülük bağlamında ihlal olarak değerlendirmiştir.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> Oysa Mahkeme’ye göre, ‘somut olayda, doğal afetin etkisi dışında sorumluluğun ne ölçüde ilgili (müştekilerin de sorumlu olduğunu ileri sürdüğü) kamu görevlilerinin ihmaline atfedilebileceğini ortaya koyacak bir soruşturma açılması gerekmektedir. Bu soruya cevap verilebilmesi için teknik ve idari yönlerden değerlendirmeler içeren uzman görüşlerine başvurulması ve sadece kamu otoritelerinin elde edebileceği bilgilerle ulaşılabileceği gerekmektedir. Bu hususlar bireylerin (başvuru konusu olayda müştekilerin) ispatlayabilecekleri hususlardan değildir.’

<sup>83</sup> Mahkeme, söz konusu kararın, ayrıca, usuli yükümlülükler çerçevesinde yukarıda değindiğimiz “soruşturmanın kamu denetimine açık olması” yönünden de problemli olduğunu düşünmektedir. Yukarıda da zikrettiğimiz gibi, yürütülen soruşturmanın etkililiği değerlendirilirken göz önünde bulundurulacak hususlardan bir diğeri de, yürütülen soruşturmaya başvuru sahiplerinin soruşturmanın açıklığını temin edecek ve meşru menfaatlerini koruyabilecekleri bir şekilde dâhil olabilmeleridir. Oysa başvuru konusu olayda, Danıştay 1. Dairesi, yakınlarını kaybeden kişilerin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın işleme koymama kararına yaptıkları itirazı 4483 sayılı Kanun’da Cumhuriyet Başsavcılıklarının bu kararlarına karşı herhangi bir itiraz yolu öngörülmediğinden bahisle incelemeksizin reddetmiştir. Başvuru sahiplerinin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının işleme koymama kararına karşı itiraz edebilecekleri bir makam bulunmamaktadır. Bu durumda bu kişiler hakkında yürütülen soruşturmanın ve sonuçlarının açık olmaması nedeniyle soruşturmanın etkili olduğundan söz edilemeyecektir. Nitekim Mahkeme, AİHM’nin, Dink/Türkiye davasında (2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14/9/2010, para.89), başvuru (Fırat Dink) yakın akrabalarının, yalnızca dosya üzerinden inceleme yapan itiraz mercilerine itirazda bulunabilmiş olmalarının, mağdurların meşru menfaatlerinin korunması hususunda söz

Yine örneğin *Salih Ülgen ve Diğerleri* kararı<sup>84</sup> da, bu konuda güzel bir laboratuvar niteliğinde olup; Mahkeme'nin, söz konusu yükümlülüğün koruma boyutunu ne derece ileriye götürebildiğini de çarpıcı bir şekilde göstermektedir. Başvuruya konu olaylarda, 13 yaşında bir çocuk, askeri bölge civarında mayınlı bir arazi yakınlarında arkadaşlarıyla hayvan otlatıldığı sırada koyun sürüsünün mayın levhası bulunan tel örgünün yukarısından aşağıya doğru inmesi üzerine arkadaşlarıyla birlikte koyunların peşinden giderek mayınlı araziye girmiş ve burada buldukları bir mayının patlaması sonucu sağ kolunun dirsek kısmının alt tarafı kopmuş ve vücudunun çeşitli yerlerinden yaralanmıştır. Mahkeme, *öncelikle, başvuruya konu kazanın sivillerin girmesi yasak olan askeri bir alanda meydana gelmesi nedeniyle başvurucunun hayatını korumak adına söz konusu alana girişinin engellenmesi amacıyla gerekli güvenlik tedbirlerinin alınmasının Anayasa'nın 17. maddesi açısından devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında yer aldığını ortaya koyarak işe başlamıştır. O halde mesele, bu anlamda gerekli önlemlerin alınıp alınmadığında düğümlenmektedir.*

İlk bakışta, somut olayda yetkili birimler, kişilerin söz konusu araziye girmemeleri için gerekli tüm önlemleri almıştır. Mayın tarlasının çevresi bir metre yüksekliğinde tel üstüvane ve dikenli tel ile çevrilmiş; bölgenin mayınlı olduğunu belirten mayın ikaz levhaları asılmış; bölge halkı, mayın tarlaları hakkında bilgilendirilerek kendilerine talimat tebliğ edilmiş; arazisinde çalışmak için veya hayvanları otlatmak için gelen halk, mayınlı araziler konusunda uyarılmıştır. Ne var ki AYM, kendince bir mantık yürütmüştür. Ona göre, *yetkililer tarafından alındığı belirtilen önlemler ve nöbetçi askerin uyarıları, sorumlu yetişkinler gibi davranması beklenemeyecek olan başvurucu ve arkadaşlarının mayınlı sahaya girmesini engelleyememiş; üstelik koyun sürüsü dahi tel örgülerin üzerinden aşabilmiştir. Mahkeme'ye göre, bunlar, başvurucunun*

---

*konusu soruşturmalardaki eksiklikleri gideremeyeceğine hükmetmiş olmasına atıf yapmıştır.*

<sup>84</sup>B. No: 2013/6585, Kt. 18.9.2014.

*yaralanmasına neden olan mayın patlamasının meydana gelmemesi için alınması gerekli güvenlik tedbirlerinin somut olayda yeterli düzeyde bulunmadığını göstermektedir.*

Yaşam hakkı ve maddi-manevi varlığın korunmasında devletin pozitif koruma yükümlülüğüne ilişkin çıtanın bu denli üstte tutulması, komik ve absürt ölümler ülkesi olan Türkiye’de, yetkili mercileri, almaları gereken önlemler noktasında kendilerine çeki düzen vermeye yöneltebilecektir.

Bu noktada Mahkeme’nin *sağlık hizmetlerini* – Anayasa’nın 56. maddesinin de desteğiyle – maddi-manevi varlığın korunması hakkı bağlamında değerlendirmesini de zikretmek gerekir. Mahkeme’ye göre, *devletin yukarıda yer verdiğimiz 17. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüğü, sağlık alanında yürütülen hizmetleri de kapsamaktadır.*<sup>85</sup> Bu bağlamda *devlet, ister kamu ister özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin, sağlık hizmetlerini, hastaların yaşamları ile maddi-manevi varlıklarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemek zorundadır.* Hatta Mahkeme’ye göre, “*bu hak, bireyin kendisine sağlanan tıbbi tedavinin seçimine katılması; bu konuda rızasının alınması ve maruz kalabileceği sağlık risklerini değerlendirebilmesi için gerekli bilgiyi edinebilmesini de içermektedir.*<sup>86</sup> Tüm bunlar çerçevesinde, devletin bu alandaki pozitif yükümlülüğü, bir kimsenin, tıbbi bir uygulama nedeniyle fiziki bütünlüğünde meydana gelen zararın giderilmesinde sorumluların belirlenmesi amacıyla etkili bir

<sup>85</sup> B. No: 2013/2084, Kt. 15.10.2015.

<sup>86</sup> Mahkeme, somut olayda, başvurunun söz konusu tıbbi müdahaleden önce gerektiği şekilde rızasının alınıp alınmadığı hususunun incelenmesi gerektiğini söylemiş ve bunu yaparken de, başta “Hekimlik Meslek Etiği Kuralları” olmak üzere, ilgili kanun ve yönetmelikler çerçevesinde bu durumu değerlendirmiştir. Mahkeme’nin bu noktada titiz ve adeta bir derece mahkemesi gibi ayrıntılı bir inceleme yürüttüğü (bkz.: para.67-70) gözlerden kaçmamaktadır. Mahkeme, tüm bu incelemeleri neticesinde, somut olayda başvurunun söz konusu operasyona özgürce ve bilgilendirilmiş şekilde muvafakat verdiğinden söz edilemeyeceğini; bu nedenle de geçirdiği ameliyatın tıbbi sonuçları ve muhtemel riskleri konusunda tamamen bilgilendirilmediğinin anlaşıldığını belirterek, 17. maddedeki maddi-manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine kanaat getirmiştir.

yargısal korumadan yararlanmasını gerektirmektedir.”<sup>87</sup> Ülkemizin absürt ve kolay ölümler ülkesi olmanın yanında, halk arasındaki deyişle “hastanın içinde neşter unutmama” vakalarıyla da bilinen bir ülke olması olgusu karşısında, sağlık hizmetleri ve yanlış tedavi bakımından Mahkeme’nin bu tavrı, hiç şüphesiz önemlidir.

## ii. Cezasızlık Boyutu

Yaşam hakkı ile maddi-manevi varlığın korunmasında devletin pozitif yükümlülüklerinin usuli boyutunun – yukarıda gördüğümüz tüm sorumluların ve bilhassa da kamu görevlilerinin hesap vermesine yönelik etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğü yanındaki – bir alt boyutu da, söz konusu haklara yönelik ihlallerde “cezasızlık” sonucunun doğmasını engelleyecek bir soruşturma ve kovuşturma yürütme yükümlülüğüdür. Bu noktada da, yapılan yargılama neticesinde *tatmin edici ve caydırıcı nitelikte olmayan bir cezanın verilmesi ile zamanaşımı dolayısıyla cezanın verilememesi* gibi, devletin bahsettiğimiz bu usuli yükümlülüğünün ihlali anlamına gelebilecek iki durum karşımıza çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi, üç yıllık pratiğinde bu durumları da, usuli yükümlülüklerin kapsamında bir ihlal olarak nitelendirmiştir. Temel hak ve özgürlükler açısından en sorunlu alanlardan birinin bu gibi haller olduğu düşünüldüğünde, bu “kanayan yaraya” Anayasa Mahkemesi tarafından el atılması, hiç şüphesiz insan hakları adına oldukça önemlidir.

Örneğin *Deniz Yazıcı* olayı,<sup>88</sup> bu iki durumdan birincisi için güzel bir örnektir. Başvuruya olaylarda, başvurusunun gözümlüne alınması sürecinde, “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle kasten yaralama” suçundan üç polis memuru hakkında kamu davası açılmış ve yapılan yargılama sonucunda, polis memurlarının atılı suçu işledikleri sabit görülerek ayrı ayrı Türk Ceza Kanunu’nun 256/1, 86/3-d maddeleri gereğince 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmalarına; ancak sanıklara verilen cezanın nevi ve miktarı, sabıkasız olmaları, sanıkların kişilik özellikleri, ileride tekrar suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı, olay

---

<sup>87</sup> Aynı karar, para.56, 57.

<sup>88</sup> B. No: 2013/6359, Kt. 10.12.2014.

nedeniyle müştekinin dosyaya yansıyan ve talep edilen maddi bir zararının bulunmaması ve sanıkların hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesini talep etmeleri nazara alınarak haklarındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, “kötü muameleye yönelik soruşturmalarda, hukuk devletine bağlılığın sağlanması, hukuka aykırı eylemlere hoşgörü ve teşvik gösterildiği görünümü verilmesinin engellenmesi, herhangi bir hile ya da kanunsuz eyleme izin verilmemesi ve kamuoyunun güveninin sürdürülmesi için yetkililer tarafından soruşturmanın azami bir hız ve özenle yürütülmesi gerekir. Mahkemelerin, özellikle işkence ve kötü muamele niteliğindeki bir olayın zamanaşımına uğramaması için ellerinden gelen tüm gayreti sarf etmeleri ve tüm araçlara başvurmaları gerekir. Kötü muamele iddialarına ilişkin bir ceza davası söz konusu olduğunda, yetkililer tarafından çabuklukla verilecek bir yanıt, eşitlik ilkesi içinde genel olarak kamunun güveninin korunması açısından temel bir unsur olarak sayılabilir ve kanundışı eylemlere karışanlara karşı gösterilecek her türlü hoşgörüden kaçınmaya olanak tanır. AİHM, bir Devlet görevlisinin işkence veya kötü muameleyle suçlandığı durumlarda ‘etkili başvuru’nun amaçları çerçevesinde, cezai işlemlerin ve hüküm verme sürecinin zamanaşımına uğramamasının ve genel af veya affın mümkün kılınmamasının büyük önem taşıdığına işaret etmiştir.”

Bu çerçevede Mahkeme’ye göre; “sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibarıyla karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülükler uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının aynı Kanun’un 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucunu doğurduğundan, bu özelliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birini oluşturmaktadır.” Yine Mahkeme’ye göre; “AİHM, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231.

*maddesiyle düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile ilgili yaptığı değerlendirmede, bir hükmün infazının ertelenmesinden daha ileri bir etkisinin olduğu ve faillerin cezasız bırakılması sonucunu doğurduğu kanaatine varmıştır. Mahkeme'ye göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hüküm ile birlikte tüm yasal sonuçlarını, failin bu hükme uyması halinde ortadan kaldırmakta iken, hükmün infazının ertelenmesinde hüküm de ceza da var olmaya devam etmektedir. AİHM tartışılır nitelikteki bu mahkeme kararı ile hâkimlerin takdir yetkilerini son derece ciddi bir hukuka aykırı eylemin hiçbir şekilde hoş görülemeyeceğini göstermek yerine, bu eylemin sonuçlarını olabildiğince aza indirmek yönünde kullandıklarına işaret ederek işkence faileri hakkında verilen mahkumiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakıldığı davalarda Sözleşme'nin 3. maddesinin usul bakımından ihlal edildiğine hükmetmiştir.”*

Bu genel ilkeleri tespit ettikten sonra Anayasa Mahkemesi, yerel mahkemenin, kötü muamele olayının faileri hakkında yaptığı yargılama sonunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vererek, takdir yetkisini son derece ciddi ve hukuka aykırı bu eylemin, hiçbir şekilde hoş görülemeyeceğini gösterme şeklinde kullanmak yerine, bu eylemin sonuçlarını olabildiğince aza indirmek yönünde kullandığını belirtmiştir. Oysa Mahkeme'ye göre; “kötü muameleyle yönelik kavuşturmalarda, hukuka aykırı eylemlere hoşgörü ve teşvik gösterildiği görünümü verilmesinin engellenmesi ve böylelikle hukuk devletine ve yargıya olan güvenin sağlanması adına, suçun sabit görüldüğü durumlarda öngörülen cezaların ivedilikle uygulanması gerekir. Yapılan yargulamada sanıkların eylemlerinin zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması olarak nitelendirilmesi, kovuşturma sonucunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması suretiyle suç ile verilen ceza arasında orantısız bir uygulama yapılmış olması ve verilen kararın yasal olmayan bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki doğurmaması nedenleriyle, devlet, söz konusu davada başvurusunun



*fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü kanunlar aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemiştir.*<sup>89</sup>

Keza Şenol Gürkan kararında<sup>90</sup> da benzer bir yaklaşım benimsenmiştir. Karara konu olaylarda, başvuru, gözaltında tutulduğu sırada emniyet görevlileri tarafından dayak, hakaret, cinsel taciz ve tehdide maruz kaldığı iddiasıyla şikayette bulunmuş; yapılan yargılama neticesinde bazı sanıklar beraat etmiş; bazılarına ise 10 ay hapis cezası verilmiş, fakat haklarındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise, yukarıda belirtilen ilkeleri tekrarladıktan sonra, *yürütülen yargılama sonucunda işkence ve kötü muamele yasağına aykırı eylemlerin tespit edildiğini ve böylece sanıkların cezalandırıldığını; fakat hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğini; yani sanıklar hakkında hapis cezası ya da kamu görevinden yasaklama gibi bir yaptırıma hükmedilmediğini belirterek, sanıklar hakkındaki suçun sabit görülmesine rağmen geri bırakma kararı verilmesinin, sorumluların fiili olarak cezasız kalmalarına neden olduğunu;*<sup>91</sup> *çünkü bu kararın, soruşturmanın etkililiğinin ölçütlerinden biri olan, sorumluların suç nedeniyle hesap vermelerinin sağlanması ve fiilleriyle orantılı bir ceza almaları koşulunun yerine getirilmekten uzak olduğunu* belirtmiştir.

Tuncay Alemdaroğlu kararı<sup>92</sup> ise, yukarıda “cezasızlık” alt başlığı altında belirttiğimiz durumlardan ikincisine güzel bir örnek teşkil

<sup>89</sup> Mahkeme, hemen aşağıda başka bir yönüyle ele alacağımız *Cezmi Demir ve Diğerleri* kararında da, aynı ilkelerden hareket ederek, soruşturma ve davaların uzamasının, bazı sanıklar hakkındaki suçlamaların zamanaşımına uğramasına, bazı sanıklar hakkındaki cezaların ise çok geç kesinleşmesine yol açtığını belirtmiş ve bu durumun işkence uygulayan veya uygulanmasına göz yuman kamu görevlilerinin hiç ceza almaması ya da çok geç veya yetersiz ceza alması sonucunu doğurduğunu söyleyerek, 17. madde yönünden ihlal kararı vermiştir.

<sup>90</sup> B. No: 2013/2438, Kt. 9.9.2015.

<sup>91</sup> Ayrıca Mahkeme’ye göre, *“işkence ve kötü muamele iddiaları yönünden hükmü açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasında mağdurun muvafakati ya da onun açısından manevi bir telafinin sağlanmasının da aranmadığı gözetildiğinde, bu hükmün, mağdur açısından yeterli ve etkili bir giderim sağlamadığı da açıktır.”*

<sup>92</sup> B. No: 2012/827, Kt. 15.10.2014.

etmektedir. Silahlı yaralama suçundan hakkında dava açılan ve mahkûmiyet tesis edilen sanık hakkındaki dosyanın temyiz incelemesinde bozulması sonucu devam eden süreçte suçun zamanaşımına uğraması dolayısıyla davanın düşmesi üzerine, suçtan zarar gören, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, yine yukarıda yer verdiğimiz benzer ilkesel tespitleri yaptıktan ve bu bağlamda *genel olarak işkence veya kötü muameleyle suçlanılan durumlarda "etkili başvuru"nun amaçları çerçevesinde, cezai işlemlerin ve hüküm verme sürecinin zamanaşımına uğramamasının ve genel af veya affın mümkün kılınmamasının büyük önem taşıdığına* işaret ettikten sonra, *muhakeme usulünün iki dereceli yargılama sürecinde, şikayetin yapıldığı tarihten 8 yıl 3 ay 1 gün sonra zamanaşımı nedeniyle son bulduğunu; yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde, mahkemelerin fiziksel bütünlüğe yönelik saldırılardan dolayı suçlanan kişilere ilişkin yargılamaları ivedilikle sonlandırması ve dolayısıyla davanın zamanaşımına uğramasını önlemesi gerekirken, somut olayda davanın zamanaşımına uğradığını ve böylece ilk derece mahkemesince aleyhe maddi kanıtların oluştuğu kabul edilerek cezalandırılan sanık ile ilgili davanın sonuçta zamanaşımına uğradığını* ortaya koymuştur. Böylece AYM'ye göre, *"derece mahkemesi önündeki süreçte kayda değer bir gecikme olmuş olup, bu gecikme makul bir nedene dayanmamakta; sanığın cezasız kalmasına engel olacak ivedilikte hareket edilmemiş ve cezai başvurunun etkisiz olmasına sebebiyet verilmiş olmaktadır."*<sup>93</sup>

Görüldüğü gibi AYM'nin, yaşam hakkı ve maddi-manevi varlığın bütünlüğüne yönelik olarak devletin ihlal etmeme şeklindeki negatif yükümlülükleri yanında hem ihlal edilmemesi için koruyup gözetme; hem de ihlal olduğunda sorumluların hızlı ve caydırıcı bir şekilde hesap vermesini sağlayacak etkili bir soruşturma yürütme şeklinde maddi ve usuli pozitif yükümlülükleri olduğunu belirten yaklaşımı, en temel insan haklarından biri olan yaşam ve maddi-manevi varlığın korunması hakkı

---

<sup>93</sup> Suçun zamanaşımına uğramasının ihlal olarak görüldüğü bir başka karar için bkz.: *Cezmi Demir ve Diğerleri* kararı (B. No: 2013/293, Kt. 17.7.2014).

bağlamında oldukça önemlidir. Kişinin üçüncü kişilerden ve hatta bazı hallerde kendisinden gelecek tehlikelere karşı yaşamının ve maddi-manevi varlığının korunması ve devletin bu noktada yetersiz kalması halinde **bir yandan zararın tazmin edilmesi ve bir yandan da sorumlular hakkında etkili bir soruşturma yürütme ve neticede hakkaniyete uygun bir ceza verme yükümlülüğünün** ortaya konması; ve bu noktada zamanaşımına uğrama dâhil herhangi bir sebeple cezasızlık veya caydırıcı ceza vermeme sonucunun doğmamasını sağlama şeklinde yükümlülükler, yaşam ve maddi-manevi varlığın korunması hakkı bağlamında oldukça önemli yaklaşımlardır.

### ***11. Etkilenmesi Gereken Hakkın “Güncel” Olması Kriteri Bağlamında Potansiyel Mağdur Kavramına Yönelik Yaklaşım***

Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru uygulamasında *potansiyel mağdur* kavramına bakışı da, olumlu yaklaşımlar arasında değinilmesi gerekli bir meseledir. Bilindiği gibi, bireysel başvuruda bulunabilmek için gerekli koşullardan biri de, “güncel bir hakkın (kişisel ve) doğrudan etkilenmiş” olmasıdır. Benzer koşul, AİHS kapsamında AİHM’ye başvuru için de geçerlidir. Fakat bilindiği gibi, AİHM, bu kriteri katı biçimde yorumlamamakta ve *potansiyel mağdur* kavramı adı altında, bir işlem ya da eylemden etkilenmesi kuvvetle muhtemel olan kimseleri de, henüz doğrudan bir etkilenme olmadan başvuruya ehil kabul etmektedir.<sup>94</sup> AYM ise, bu konuda bugüne kadar potansiyel mağdurluk kavramını açıkça tanıyan yahut reddeden bir karar vermiş değildir. Ancak kararlarında, bu kavramı tanıyacağına dair doneler bulmak mümkündür.

*Ayşe Hülya Potur*<sup>95</sup> kararına konu olaylarda, başvuru, yolsuzluğa karışmış bazı kamu görevlilerinin yargılanamaması başta olmak üzere ülkenin kendince içinde bulunduğu sorunları nazara vererek, özetle, temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin anayasal hükümlerin işlevsiz ve

<sup>94</sup> Bu konuda bkz.: Council of Europe/European Court of Human Rights, **Practical Guide on Admissibility Criteria**, 2014, p.16.

<sup>95</sup> B. No: 2013/8479, Kt. 6.2.2014.

etkisiz kalması sonucunda kendisini aciz, çaresiz, savunmasız ve korumasız hissettiğini belirtmiş ve insan hakları alanında genel bir ihmal ve tekâsülün olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, *bireysel başvuruda bulunabilmek için, öncelikle başvurucunun, başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalden dolayı, "güncel bir hakkının ihlal edilmesi" ve bunun sonucunda "mağdur" olduğunu ileri sürmesi; ve ikinci olarak da, bu ihlalden dolayı "kişisel olarak ve doğrudan" etkilenmiş olması gerektiğini belirterek, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında bir hakkı doğrudan etkilenmeyen kişinin "mağdur" statüsü kazanamayacağını* söylemiştir.<sup>96</sup> Bundan sonra ise Mahkeme, *başvurucunun Türkiye'de temel hak ve hürriyetlerin korunması alanında devletin ihmalkâr davrandığı yönündeki soyut iddiasını, öncelikle kendisini doğrudan etkileyen somut olay ve olgular üzerinden ispatlayabileceğini belirtmiş; ayrıca bundan başka, somut bir olaya dayanmayan başvurucunun, potansiyel ve kendisine yaklaşan bir ihlal tehdidi altında olduğunu inandırıcı bir şekilde açıklamaması halinde de, başvurusunun kabul edilebileceğini ve esastan incelenebileceğini söylemiştir.*<sup>97</sup> Görüldüğü gibi, Mahkeme, somut olayda söz konusu olmasa da (ki Mahkeme, bu değerlendirmesi yönüyle bizce de haklıdır), *potansiyel ve kişinin kendisine yaklaşan bir ihlal tehdidi altında olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koymaması halinde, başvurusunun bu yönüyle kabul edilebileceğini* açıkça söylemiştir.

Yine 2014'te yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimleri sürecinde, adaylardan Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın başbakanlıktan çekilmemiş olmasının belli hakları ihlal ettiğine dair başvurulara ilişkin kararlarda da, *potansiyel mağdurluk kavramına ilişkin bazı doneler*

---

<sup>96</sup> Yani başvurucunun sadece mağdur olduğunu ileri sürmesi yeterli olmayıp, ihlalden doğrudan etkilendiğini yani mağdur olduğunu göstermesi veya mağdur olduğu konusunda Anayasa Mahkemesi'ni ikna etmesi gerekir. Bu itibarla, mağdur olduğu zannı veya şüphesi de mağdurluk statüsünün varlığı için yeterli değildir.

<sup>97</sup> Mahkeme'ye göre, bunlardan hiçbiri söz konusu değilse, başvurucunun kişisel alanına nüfuz eden ve onu doğrudan etkileyen bir ihmalin ve tehdidin olmadığı sonucuna ulaşmak kaçınılmazdır.

yakalanabilmektedir.<sup>98</sup> Mahkeme, hepsinde başvuruda bulunan kişilerin güncel ve kişisel bir hakkının etkilenmemesi dolayısıyla *kişi yönünden yetkisizlik* kararı verdiği bu kararlarında,<sup>99</sup> *mağdur kavramının, davada menfaat veya dava ehliyeti kuralları gibi kurallardan bağımsız bir şekilde yorumlanacağı* yönündeki yaklaşımını tekrarladıktan sonra, *kendilerinin belirli bir işlemde doğrudan etkilenme tehdidiyle ya da tehlikesiyle karşı karşıya olduklarını ve dolayısıyla potansiyel olarak mağdur olduklarını iddia eden başvuru sahipleri ile yalnızca ulusal hukukları değiştirmeyi veya toplumun menfaatinin korunmasını amaçlayan başvurular arasında dikkatli bir ayırım yapılması gerektiğini (ve bu son bahsedilen türdeki ve içtihatla "halk davası" (actio popularis) olarak isimlendirilen başvurulara bireysel başvuru hakkı tanınmadığını)* belirtmiştir. Bizce buradan Anayasa Mahkemesi'nin potansiyel mağdurluk kavramını tanıdığı sonucunu çıkarmak mümkündür.

Ancak yine de, bugüne kadar potansiyel mağdurluk statüsünün somut olarak tanıdığı bir karara rastlanmadığını da belirtmeliyiz. Bunda potansiyel mağdurluk şartlarını taşıyan başarılı başvuruların yapılmamış olmasını da dikkatten kaçırmamak gerekir.<sup>100</sup> Ancak Mahkeme'nin

<sup>98</sup> B. No: 2014/11628, Kt. 23.7.2014; B. No: 2014/11438, Kt. 23.7.2014; B. No: 2014/13675, Kt. 8.9.2014; B. No: 2014/13625, Kt. 8.9.2014 künyeli kararlar.

<sup>99</sup> *Gerçek kişi başvuru sahiplerine yönelik kişisel bir etkilenmenin olmadığı; tüzel kişi (siyasi parti) başvuru sahiplerine ilişkin olarak da, benzer gerekçelerle bunların tüzel kişiliğiyle ilgili haklarının etkilenmediği kanaatine varılmıştır.*

<sup>100</sup> Ancak kamuoyuna *seçim barajı* başvurusu olarak yansıyan başvuruda verilen karar, bu konuda potansiyel mağdurluğun şartlarının taşınmasına rağmen bu yöndeki iddialar dikkate alınmadan başka bir yönden kabul edilemezlik sonucuna varılan ve bu anlamda da sorunlu duran bir karardır. Birkaç Siyasi Parti, kanunda öngörülen %10'luk seçim barajının 2015'te yapılacak seçimlerde de kendilerine uygulanması sonucu Anayasa'nın 67. maddesinde düzenlenen seçme-seçilme haklarının ihlal edileceği ve bu anlamda bu düzenlemenin potansiyel mağduru oldukları iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuşlardır (B. No: 2014/8842, Kt. 6.1.2015). Anayasa Mahkemesi ise, başvuruların doğrudan bir yasama işlemlerine karşı yapılmış olması dolayısıyla kabul edilemezlik kararı vermiş; böylece diğer kabul edilebilirlik kriterleri bağlamında meseleyi incelememiştir. Eğer inceleyseydi, sıra, kişi bakımından da başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına gelecek ve bu noktada da mesele, ister istemez *potansiyel mağdur* kavramının kabul edilip edilmemesinde düğümlenecekti. Başvurunun bu sebeple kabul edilemez bulunması, bizce hatalı bir değerlendirmeye dayanmaktadır ve bu husus,

olumsuz yaklaşım ve uygulamaların incelendiği makalede ayrıca ele alınacaktır. Ancak meselenin bu yönü bir yana; burada Mahkeme'nin, her ne kadar başvurunun doğrudan bir yasama işlemine karşı yapılmış olduğunu düşünmüş olsa da, eğer potansiyel mağdur doktrinini uygulaysaydı, farklı bir sonuca ulaşabileceğini söyleyebiliriz. Şöyle ki, başvuru Siyasi Partilerin henüz seçim gerçekleşmediği için seçim barajına ilişkin söz konusu yasal düzenlemeden etkilenmiş olmaları söz konusu değildir. Böyle olunca da, başvuru, ilgili yasal normun somut norm denetimi yapılarak iptali istemini de içerdiğinden, doğrudan bir yasama işlemine karşı yapılmış gibi durmaktadır. Fakat Mahkeme, yukarıda da değindiğimiz gibi, salt bir normun hukuk düzeninden silinmesi amacıyla yapılan *actio popularis* niteliğindeki başvuruları, potansiyel olarak etkilenileceğinden bahisle yapılan başvurulardan ayırmakta, yani ayrılması gerektiğini (defalarca kez) söylemektedir. Yine Mahkeme, soyut olarak bir yasadan dolayı değil; fakat yasanın uygulanmasından dolayı meydana gelecek ihlallere karşı da bireysel başvuru yapılabileceğini kabul etmektedir. O halde Mahkeme'nin tüm bu yaklaşımları düşünüldüğünde, eğer burada başvuru Siyasi Partilerin söz konusu yasal normun uygulanmasının potansiyel mağduru olacakları şeklinde bir yaklaşım kabul edilseydi, bu başvurunun doğrudan bir yasama işlemine karşı değil; bir yasama işleminin kesin olarak uygulanması ihtimalinden doğacak potansiyel ihlale karşı yapıldığı düşünülebilir ve böylece başvuru kabul edilebilir bulunabilirdi. Ne var ki, Mahkeme, bu değerlendirmeyi, bizce hatalı olarak yapmamıştır. (Nitekim yazılan karşı oylardan birinde de bu duruma değinilmiştir.) Öte yandan bu kararlar ilgili değinilmesi gereken bir başka nokta da, karara yazılan "Farklı Gereğe"de, potansiyel mağdur kavramının benimsenmesine ilişkin net olumsuz tavidir. Bu görüşte olan Üye'ye göre, *"bir potansiyel mağdurluk statüsünün oluşması için, yasama işlemi veya düzenleyici işlemin bizzatı varlığının başvuru haklarını ihlal etmesi, ihlal tehlikesinin yakın olması, yasama işleminin veya düzenleyici işlemin uygulanmasının kuvvetle muhtemel olması ve nihayet ciddi ve tafafisi güç zarar riskinin doğması gerekir. Bu şartlar kümülatif olduğundan, aynı somut olayda hepsinin birlikte bulunması gerekir. Ayrıca, başvuru tarafından işlemin kendisini kişisel olarak etkileyeceğine dair makul ve ikna edici delillerin de ortaya konması gerekir."* Üye, başvuru konusu olayı bu yönden değerlendirmiş ve *söz edilen hüküm başvuru partiler hakkında geçmişteki birçok seçimde uygulanmasına karşın, 2015 yılı genel seçimleri yönünden başvurular aleyhine henüz uygulanmamış olsa bile, yakın gelecekte bu hükmün uygulanma olasılığının başvuru partilerde, seçmen tercihlerinin tam olarak parlamentoya taşınmayacağı, oyların boşa gideceği korkusuyla seçmenlerin başka partilere yöneleceği endişesi oluşturduğunun kabul edilebileceğini belirtmiştir.* Ona göre, 2839 sayılı Kanun'un 33. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen %10'luk barajın varlığının başvuru haklarını serbest seçim hakkına yönelik ihlal tehlikesi içerdiğinde, aynı hükmün 2015 yılı genel seçimlerinde uygulanacak olmasının başvuru partilerin yasama organına milletvekili gönderememesine sebep olacağından ciddi ve tafafisi güç zarar riski doğduğunda ve ihlal tehlikesinin yakın olduğunda şüphe yoktur. Dolayısıyla ilgili kanun hükmünden kişisel olarak etkilediğine dair makul ve ikna edici deliller ortaya koyan başvuru haklarını potansiyel mağdur statüsünde olduklarının kabulü gerekir. Görüldüğü gibi, Üye, somut olayda potansiyel mağdurluğun şartlarının oluştuğunu güzel bir şekilde izah etmektedir. Ne var ki, Üye, bu kanaate vardikten hemen sonra, *ne Anayasa'da ne de 6216 sayılı Kanun'da "potansiyel mağdur" sıfatını*

zımnen bu kavramı tanıdığını kabul etsek bile,<sup>101</sup> henüz AİHM'nin yaptığı gibi bu konudaki kriterleri net olarak ortaya koymadığını da belirtmek gerekir.

## SONUÇ

Üç yıllık uygulama, insan haklarının – AİHM'nin deyimiyle – etkili ve pratik korunması adına olumlu ve heyecan verici yaklaşım ve tespitlerin benimsendiğini göstermektedir. Mahkeme, bu süreçte gerek kabul edilebilirlik kriterleri ve bu bağlamda da bilhassa tüketme kuralı<sup>102</sup> gerekse hak ve özgürlüklerin esası bakımından geleceğe dair ümit beslememizi sağlayacak ilke, yaklaşım, tespit ve uygulamalar ortaya koymuştur. *İfade ve basın özgürlüğünden kişilik ve özel hayatın gizliliği haklarına; din ve vicdan özgürlüğünden ayrımcılık yasağına; toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkından yaşam hakkı ile maddi-manevi varlığın korunması hakkına* değin bunların koruma alanını genişleten önemli ilke ve uygulamalar görmek mümkündür. Keza *temel hakların sınırlandırılmasında kanunilik kriterine ilişkin bakış ile otonom yorum meselesi* de, göze çarpan olumlu örneklerdir. Bilhassa Mahkeme'nin *adil yargılanma hakkının kapsamını geniş yorumlaması ve makul sürede yargılanma, delillerin değerlendirilmesi ile kanuna aykırı delil meselesi ve mahkeme kararlarının yerine getirilmemesine ilişkin benimsediği tavır, Türkiye'nin Strazburg'da en fazla başının ağrıdığı meselelerden biri olan*

---

*taşıyan gerçek ya da tüzel kişilerin ilgili hak ihlalleri iddiaları nedeniyle bireysel başvuruda bulunabileceklerine dair açık bir düzenleme bulunmadığını; üstelik henüz bu hususta Anayasa Mahkemesi'nin de yerleşmiş bir içtihadının da olmadığını; bu sebeple "potansiyel mağdur" sıfatıyla yapıldığı anlaşılan başvuruların "kişi bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez bulunması gerektiğini* söylemiştir. Görüldüğü gibi Üye'ye göre, ilgili mevzuatta konuya ilişkin bir düzenleme olmadığı gibi, Anayasa Mahkemesi'nin de bu konuda yerleşmiş bir içtihadı yoktur. Üye'ye göre, *Mahkeme'nin potansiyel mağdurluk kavramına ilişkin verdiği doneler olarak yukarıda yer verdiğimiz tespitler, yerleşmiş bir yaklaşım olarak değerlendirilmemelidir.*

<sup>101</sup> Yukarıda yer verdiğimiz *Farklı Gerekeç*'de ilgili Mahkeme Üyesi'nin, Mahkeme'nin bugüne kadar bu konuda yerleşmiş bir içtihadı olmadığı yönündeki iddiasını da hatırlatalım.

<sup>102</sup> Buna ilişkin (olumlu-olumsuz) bilançoğu müstakil bir makalede ele aldığımızı hatırlatalım.

adil yargılanma hakkı bakımından oldukça önemlidir. Yine bu noktada, ülkemizde kronik bir sorun haline gelen *yaşam hakkı ile maddi-manevi varlığa yönelik ihlallerde etkili bir soruşturma yürütmeme ve tatminkâr/caydırıcı ceza vermeme* şeklindeki uygulamalar için de Mahkeme'nin tavrı gözden kaçmamalıdır. Nihayet en fazla hak ihlallerinin yaşandığı bir husus olan *tutukluluğa* dair Mahkeme'nin geliştirdiği yaklaşımlar da, belirtilmeden geçilmemelidir.

Elbette üç yıllık süreçte her şey bu şekilde güllük gülistanlık değildir. En az burada yazılanlar hacminde de olumsuz yaklaşım, ilke, tespit ve uygulamalar mevcuttur (ki bunları, ayrı bir çalışmada ele aldığımızı belirtmiştik). Fakat Mahkeme'nin yukarıda yer verdiğimiz konularda – kimi devrim kimi de Mahkeme'nin kendi geçmişiyle hesaplaşması niteliğindeki – uygulamaların da ortaya konulması gerekmektedir. Bu, Mahkeme'nin takdir edilmesinden öte bir gerekliliktir. Bilhassa bir kısmı kronik hale gelmiş ve yoğun hak ihlallerinin yaşandığı konularda adli ve idari birimlere yol gösterilmesi açısından olumsuz uygulamalar kadar olumlu uygulamaların da nazara verilmesi elzemdir.

Son cümleden olarak, üç yıllık bilanço, gerçekten insan haklarının mantığını zorlayan olumsuz örneklerle rastlansa da, bizce, bireysel başvuru mekanizmasının amacına uygun bir şekilde işletildiğini göstermekte olup; geleceğe dair de ümit beslenmesi için yeterli verileri içermektedir. En azından Mahkeme'nin insan haklarının tarafında olduğunu söylemek mümkündür.



## KAYNAKÇA

- Ahmet Burak Bilgin, 3 Yıllık Bireysel Başvuru Uygulamasında ‘‘Tüketme’’ Kuralına İlişkin Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı: Olumlu ve Olumsuz Örnekler/Yaklaşımlar, *Legal Hukuk Dergisi*, Mart, 2015 (yayımlanacak).
- Cüneyt Durmaz, Hüseyin Ekinci, İbrahim Çınar, Musa Sağlam, Mustafa Baysal, Bireysel Başvuru – İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), *Anayasa Mahkemesi Yayınları*, 2. Baskı, Ankara, 2013.
- Hüseyin Ekinci, Musa Sağlam, Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, *Anayasa Mahkemesi Yayınları*, Ankara, 2014.
- Korkut Kanadođlu, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, XII Levha, İstanbul, 2015.
- M. Gözde Atasayan, Yorum: Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Şikayeti Kararlarının Usuli Açından Değerlendirilmesi, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.
- Osman Doğru, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Rehberi, Legal, İstanbul, 2013.
- Oya Boyar, Yorum: Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.
- Özcan Özbey, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Adalet, Ankara, 2012.

Practical Guide on Admissibility Criteria, Council of Europe, [http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility\\_guide\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf), Erişim Tarihi: 11.12.2015.

Sibel İnceoğlu, Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.

Tolga Şirin, Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi (Kamu Hukukçuları Platformu'nun 30-31 Mayıs 2015 toplantısında sunulan bildiriler), [http://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplanti\\_bildiriler&id=5](http://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplanti_bildiriler&id=5), Erişim Tarihi: 23.10.2015.