

Anayasa Mahkemesi Kararlarının İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Etkisi

Doç. Dr. Tolga Şirin

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Giriş

Türkiye'deki karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışmalarında en sık yapılan karşılaştırma, Anayasa Mahkemesi (AYM) ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM) kararları arasında gerçekleştirilmektedir. Bu doğaldır, çünkü AYM, ulusal düzeyde anayasal tartışmalarda son sözü söyleyen mahkemedir. İHAM ise uluslararası insan hakları hukukunun en önemli karar organlarından biridir. Öte yandan bu karşılaştırmalarda kullanılan mercek, genellikle AYM kararlarının İHAM kararlarıyla uyumlu olup olmadığına yöneliktir. Bu da anlaşılır bir durumdur, çünkü İHAM kararları, AYM'nin denetimine tabi değildir; fakat AYM kararları, İHAM denetimine tâbidir. Benzer şekilde, anayasa mahkemeleri, Sözleşme metninde değişiklik gerçekleştiremezler; buna karşın İHAM kararları anayasalarda değişikliğe dahi yol açabilmektedir. Örneğin İrlanda'da Katolik nikahına¹, kürtaja², Bosna-Hersek'te devlet başkanının seçilme şartlarına³ ilişkin konularında anayasa değişiklikleri, İHAM kararlarının etkisiyle gerçekleşmiştir. Türkiye'de de DGM'lerin kaldıran 2004 anayasa değişikliği de buna örnek gösterilebilir.⁴ Dolayısıyla karşılaştırmalı çalışmalarda İHAM kararlarının AYM kararlarına etkisinin üzerinde durulmasında şaşırılacak bir şey yoktur.

Ancak bu bağlamda yapılacak karşılaştırmalarda, bunun tek yöntem olmadığını da not düşmek gerekir. Karşılaştırmalı anayasa hukukunda

1 Bkz. Johnston ve diğerleri v. İrlanda, İHAM, 9697/82, 18/12/1986, §§ 51-54.

2 A, B ve C v. İrlanda, İHAM, 25579/05, 16/12/2010.

3 Sejdić and Finci v. Bosna Hersek, İHAM [B.D.], 27996/06-34836/06, 22/12/2009, §56.

4 Örn. bkz. Incal v. Türkiye, İHAM, 22678/93, 09/06/1998. E. Bates de bu kararlar yoluyla İHAM'ın "quasi-anayasa mahkemesi" olduğunu söylemektedir. Bkz. Ed Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, (Oxford: Oxford University Press), 2010, s. 339.

karşılaştırma yapılan mahkemeler arasında etkileşim, tek yönlü olabileceği gibi çift yönlü de olabilir. Tek yönlülük durumunda bir mahkeme, yabancı veya uluslararası/ulusötesi bir mahkemenin kararına atıf yapar; fakat kararına atıf yapılan mahkeme, bu atfa reaksiyon göstermeyebilir. Buna karşın, özellikle son on yılda bu durum farklılaşmış ve çift yönlü etkileşim daha çok görünür olmuştur.⁵ Hatta bu duruma karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında bir adlandırma yapılmış ve “yargısal diyalog” şeklinde yeni bir kavram türemiştir. Bilindiği gibi, sözcük anlamı itibarıyla “diyalog” tek taraflı gerçekleşmez, birden fazla öznenin aktif olması esastır. Zira Rosas’ın da ifade ettiği gibi “gerçek bir diyalog bir miktar karşılıklılık ile görüşlerin ve deneyimlerin değiş tokuşunu gerektirir.”⁶

Acaba böyle bir diyalog, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa Mahkemesi arasında mevcut mudur? Kuşkusuz Anayasa Mahkemesi kararlarında Strazburg etkisinin varlığı açıktır, ancak aksinin varlığını sorgulamak gerekir. Zira uluslararası bir mahkeme olarak İHAM’ın açıkça AYM kararlarına atıfla esasa yönelik ilkelerde gerekçelendirmede bulunması pek olasılık dahilinde değildir. Buna karşın; ulusal mahkemelerin kararlarının tamamen etki göstermediği de söylenemez. Ben bu sunumda bu etkiyi sorgulamaya çalışacak ve İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında Anayasa Mahkemesi’nin nasıl görüldüğünü, kararlarının nasıl yankı veya karşılık bulduğunu ve olası riskleri ortaya koymaya çalışacağım.

Bunu yaparken, HUDOC sitesinde başvurduğum ve Anayasa Mahkemesi’ni o içtihadın içinde aradım, odağımı ise Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru kararlarını vermeye başladığı son beş yılla sınırlandırdım. Buna göre ulaştığım sonuçlar, öncelikle iki kümede toplanıyor: (I) Kabul edilebilirlik kriterleri yönünden, (II) Esasa ilişkin değerlendirmeler yönünden.

I. KABUL EDİLEBİLİRLİK KRİTERLERİ YÖNÜNDEN AYM ETKİSİ

Kabul edilebilirlik kriterleri yönünden konu üç alt başlıkta ele alınabilir.

5 Aida Torres Perez, “Judicial Dialogue and Fundamental Rights in the European Union: A Quest for Legitimacy”, *Comparative Constitutional Theory*, Gary Jacobsohn/Miguel Schor (eds.), (Massachusetts: EE Publishing, 2018), s. 104.

6 Allan Rosas, *The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue*, 1 Eur. J. Legal Stud. 121 (2007). Bunun dışında amaç ve farklılık itibarıyla farklılık taşısa da diyalogun tamamlayıcısı ve pekiştiricisi olan karşılaştırmalı gerekçelendirmeyi de kaydetmek gerekir.

A. AYM'nin Tüketilmesi Gerekli Bir İç Hukuk Yolu Olarak Görülmesi

12 Eylül 2010 tarihinde gerçekleştirilen referandumda bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) mekanizmasının kabul edilmesinden sonra, üzerinde en çok durulan ve merak uyandıran konulardan biri bu yolun Strazburg organları tarafından etkili görülüp görülmeyeceği idi. Mevzuat uyarınca 23 Eylül 2012 tarihinin AYM'nin zaman yönünden yetkisi bakımından "kritik tarih" olarak belirlendiği bu yola yönelik Strazburg'dan gelen ilk tepki *Hasan Uzun v. Türkiye* kararında oldu.⁷ Anayasa Mahkemesinin ilk kararlarını verdiği 25 Aralık 2012 tarihinden sonra, fakat Resmî Gazete'de yayımlandığı 5 Ocak 2013 tarihinden önce verilen bu karar, Türkiye'deki bireysel başvuru yolunu etkili olarak tespit ediyordu. Tapu sicilinin düzeltilmesiyle ilgili bu davada İnsan Hakları Mahkemesi, şu unsurların varlığını sınamış ve ulusal mevzuat üzerinde yaptığı değerlendirme sonucunda, bireysel başvuru yolunun bunları karşıladığı sonucuna ulaşmıştır:

- (i) Bir kamu makamı tarafından gerçekleştirilen hak ve özgürlüklerin ihlalini giderme,
- (ii) eğer temel hakka yönelik müdahale bir karar nedeniyle değil, başka bir nedenle gerçekleşmişse bu ihlalin devamına engel olma,
- (iii) mümkün olduğunca ihlal öncesi eski duruma getirme.

Mahkeme, bu karardan itibaren, farklı ihlal iddiaları içeren çok sayıda başvuruda Anayasa Mahkemesi yolunu tüketmeden gelen başvuruları olağan hukuk yolları tüketilmediği için kabul edilemez bulmuştur. Bu içtihatlardan hareketle Strazburg organlarının Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruyu kural, bu yolun tüketilmesinin gerekli olmaktan çıkmasının ise özel bazı koşullara bağlı bir istisna hâline geldiğini söyleyebiliriz.

Bu bağlamda iki önemli karar kümesi ise özel bir anlam taşımaktadır. Bunlardan ilki OHAL KHK'leriyle görevden alınan yargıç ve kamu personellerinin başvuruları, diğeri ise tutuklu gazetecilere ilişkin başvurulardır.

1. OHAL KHK'leri Karar Grubu

Anayasa Mahkemesinin etkili bir iç hukuk yolu olup olmadığına ilişkin ilk tartışma OHAL KHK'leri yoluyla ihraçlarla ilgili başvurular bağlamında gündeme gelmiştir. Bu bağlamda dikkat çeken dört başvurudan

⁷ Hasan Uzun v. Türkiye, İHAM, 10755/13, 30/04/2013, § 70.

ilk üçü, aslında kamuoyunda uyandırılan yanlış algının aksine sürpriz değildi.⁸ Anayasa Mahkemesinin OHAL KHK'lerini esastan incelemeyi şekli nedenlerle reddetmesi ve kendi üyelerini de bu kararnameler yoluyla çıkartmış olması nedeniyle etkisiz olacağına yönelik başvuru tezleri, bu gelişmelerin bireyselleştirilmiş başvuru yollarından, her bir başvuru yolunun özgün durumu çerçevesinde anayasa şikâyeti yolunu etkisiz kılacak şekilde algılanmamıştır. Başka bir deyişle Strazburg organları, AYM'nin OHAL KHK'lerini soyut norm denetimi yoluyla incelememesi ve kendi üyelerinden ikisini meslekten çıkartmasını bireysel başvuru yolu yönünden kendisini etkisiz kılmayacağı sonucuna ulaşmıştı. Söz konusu kararların kendisinin Sözleşmeyle uyumluluğu tartışmalı olmakla birlikte bunun diğer OHAL pratikleri yönünden bireysel başvuru yolunu etkisiz kılmayacağı anlaşılabilir.

Bu karar grubu içinde özellikle dikkate değer olan ve önem taşıyan karar ise *Köksal v. Türkiye* kararıydı.⁹ Bu olayda, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğinin ve Venedik Komisyonunun da girişimiyle kurulmuş olan yeni OHAL İnceleme Komisyonu yolunun etkili görülüp görülmemesiyle ilgili bir tartışma sürdürülmüştü. Söz konusu olayda başvuru yapıldığı sırada mevcut olmayan bir yol, önce 667 sayılı OHAL KHK'si ile sonra da 685 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile açıldı. Bu bağlamda başvuru anında mevcut olmayan bir yolun sonradan tüketilmesinin gerekli görüldü. İHAM'ın bu yaklaşımı eleştirilere neden oldu. Aslında bu içtihat, İHAM'ın geçmiş pratiği ile koşuttu. Olaydaki yeni durum, söz konusu yolun henüz faaliyete geçmeden etkili görülmesiydi. AYM, bu yolu etkili gördü.¹⁰

Ancak burada, her iki Mahkemenin de bu komisyonların açık çek vermediğini kaydetmek gerekir.

Avrupa Konseyi'nin Komisyon faaliyetleri yönünden işaret ettiği unsurlar şu şekildedir: (1) bireyselleştirilmiş muamele, (2) hukukun üstünlüğüne bağlı olma, (3) somut delil unsurlarını inceleme, (4) gerekçeli karar, (5) bağımsızlık ve tarafsızlık, (6) önceki durumun yeniden tesisi ve gerektiğinde tazminat sağlama. Bu unsurlar kâğıt üzerinde, özellikle idari yargıda denetime tabi olması çerçevesinde mümkün görünmüşse de uygulamada birkaç noktada sorun ortaya çıkma olasılığı mevcuttur.

8 Mercan v. Türkiye, İHAM, 56511/16, 02/09/2016, § 32; Zihni v. Türkiye, İHAM, 59061/16, 26/09/2016, § 35; Çatal v. Türkiye, İHAM, 2873/17, 07/03/2017, § 33.

9 Köksal v. Türkiye, İHAM, 70478/16, 06/06/2017, § 29.

10 Murat Hikmet Çakmacı, AYM, 2016/35094, 15/02/2017 § 28; Hacı Osman Kaya, AYM, 2016/41934, 16/02/2017, § 29.

Bunlardan özellikle iki nokta, söz konusu yolun etkililiği ve bu dolayısıyla AYM'nin etkililiği yönünden sorun yaratma potansiyeli barındırmaktadır.

a. Süratlilik ve Referans Normlarda Belirsizlik Sorunu

Öncelikle, OHAL İnceleme Komisyonunun önüne gelen başvurularda hangi kriterlere göre inceleme yapacağı konusunda açık bir hükmün bulunmadığını kaydetmek gerekiyor. Bu sorun, OHAL KHK'lerinin ekinde yer alan listelerin (a) kimler tarafından hazırlandığı, (b) hangi kriterlere göre hazırlandığı konuları yönünden de geçerliydi. Bilindiği gibi, idarenin kanuniliği ilkesi uyarınca kanun yoksa yetki de yoktur. Bu bakımdan OHAL KHK'lerinin arka planında yer alan "liste hazırlama" şeklindeki idari pratiğin herhangi bir kanuni bir dayanağı bulunmamaktaydı. Bunun özel yaşama saygı hakkına müdahale teşkil ettiği açıktı.¹¹ Ne var ki sayılı OHAL KHK'si özel yaşama saygı hakkına yönelik bu müdahale ve ihlal olasılığında giderime yönelik bir hüküm içermemektedir. Aslında, daha genel olarak, OHAL KHK'lerine eklenen listeleme hangi kanuni kriterlere göre yapıldığı da açıkça kanunla veya OHAL KHK'si ile düzenlenmiş değildi. OHAL İnceleme Komisyonuna da hangi kriterlere göre inceleme yapacağı konusu "kanun" yoluyla düzenlenmemiştir. Bunun bir belirsizlik içerdiği ve söz konusu belirsizliğin gelecekte sorun teşkil edeceğini kaydetmek gerekir. Bu bakımdan AYM'nin, kanunlaşan sayılı OHAL KHK'sinin soyut norm denetimi sırasında bu konunun üzerinde durması önem taşımaktadır.

İkincisi; (hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı olarak) söz konusu inceleme süreçlerinin süresi bağlamında birtakım sorunlar ortaya çıkabilir. Komisyon'da bulunması gereken diğer özellikler, idari yargı yollarında tamamlanabilecek olsa da söz konusu sorunun Komisyon yolunun etkililiğini ortadan kaldırayabileceğini kaydetmek gerekir. Şöyle ki Komisyon yolunun uzun sürmesi ilk bakışta makul sürede yargılanma hakkına müdahale oluşturur. Bu tür bir müdahalenin, diğer unsurlardan farklı olarak, idari yargıda giderilmesi mümkün değildir. Bu nedenle Komisyon önündeki vakaların bir kısmının AYM önüne gelmesi olasıdır. AYM'nin bu tür vakalarda "makul sürede yargılanma hakkı" ihlali belirlemesi yaparak Komisyon'ı etkili görmeye devam edebileceği düşünülebilirdi; vakanın ifade özgürlüğü ile ilgili olduğu hâllerde ulaşılabilecek sonuç farklıdır. Çünkü İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğüyle ilgili olaylarda ulusal makamların önündeki süreçlerin sürüncemede bırakılmasını da ifade özgürlüğü üzerinde

11 Örn. bkz. Rotaru v. Romanya, İHAM, 28341/95, 04/05/2000.

bir müdahale olarak görmekte ve bu bağlamda ilgili yolu etkisiz görerek esastan incelemeye geçmektedir. Örneğin *Dilipak v. Türkiye* kararında gazeteci olan başvuru hakkında bir dava açılmış fakat henüz bir karar verilmemiş olmasına rağmen, bu yargılama sürecinin uzun sürmesi bizzat ifade özgürlüğü üzerinde “soğutucu etki” doğurur nitelikte bulunmuştur.¹² Dolayısıyla, diğer vakalardan farklı olarak konu ifade özgürlüğü olduğunda OHAL Komisyonunun öncelikli inceleme yapması kritiktir. Bunun gerçekleşmemesi hâlinde AYM’nin devreye girmesi gerekebilir. AYM’nin OHAL KHK’lerini onaylayan kanunlara yönelik incelemesinde bu konunun üzerinde durması ve yol açıcı/gösterici bir değerlendirme yapması kendisinin ve ulusal hukukun etkililiği yönünden önem taşımaktadır.

Öte yandan özellikle Barış İçin Akademisyenler vakasında durum oldukça önem taşımaktadır. Zira yukarıda aktarılan *Dilipak v. Türkiye* kararının yanında, *Altuğ Taner Akçam v. Türkiye*¹³ ve *Işıkırık v. Türkiye* kararları¹⁴ da bu bağlamda kritik bir anlam taşımaktadır. Şöyle ki; öncelikle İnsan Hakları Mahkemesi *Altuğ Taner Akçam* kararında TCK md. 301 gibi öngörülebilir olmayan bir hükme dayalı “soruşturma açılması”nı dahi ifade özgürlüğüne yönelik müdahale olarak görmüş ve ihlal kararı vermiştir. Bu kararın, diğer ifade özgürlüğü kararlarından farklı yönü, ihlalin “kanunilik” yönünden verilmiş olmasıdır. Karar, soyut nitelikte ve belirlilik taşımayan bir hükmün ihlal yaratabileceğini göstermiştir. İkinci olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi *Işıkırık* kararında Türk Ceza Kanunu md. 220/6 yönünden ihlal kararını da kanunilik ilkesinden vermiştir. Yani denebilir ki Strazburg organları bu hükmün yorumundan değil, varlığından hareketle bir ihlal sonucuna ulaşmıştır. İki karar birleşik düşünüldüğünde TCK md. 220/6 veya md. 301’e dayalı açılan soruşturmanın dahi duruma göre ihlal yaratabileceğini kaydetmek gerekiyor. *Dilipak* kararı da dikkate alındığında, başvurucular aleyhine TCK md. 220/6 veya 301 hükmüne dayanarak açılan bir soruşturma veya davanın “caydırıcı etki” yaratacak şekilde sürmesi hâlinde ilgili hukuk yolunun tüketilmesine gerek olmaksızın ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin gerçekleştiği ve hatta ihlalin olduğu sonucuna ulaşılacaktır. Bu bakımdan OHAL Komisyonu’nun önündeki süreçte ifade özgürlüğüne yönelik müdahale niteliği özellikle belirgin olan Barış İçin Akademisyenler vakasında bu hususların dikkate alınması önem taşımaktadır.

¹² *Dilipak v. Türkiye*, İHAM, 29680/05, 15/09/2015, § 50.

¹³ *Altuğ Taner Akçam v. Türkiye*, İHAM, 27520/07, 25/10/2011, § 95.

¹⁴ *Işıkırık v. Türkiye*, İHAM, 41226/09, 14/11/2017, § 70.

b. Eski Hâle İade Bağlamında sayılı KHK Sorunu

OHAL Komisyonlarının yetkileri bağlamında tartışmalı hükümlerden bir diğeri de OHAL KHK'si yoluyla haksız şekilde işten çıkartılan kişilerin ihlalden önceki durumlarına dönmelerine dair unsurla bağlantılıdır. 685 sayılı KHK'ye göre bu kişiler "statüleri, unvanları ve yürüttükleri görevler itibarıyla başka kurumlarda görevlendirilmeleri mümkün olmayanlar hariç olmak üzere daha önce istihdam edildikleri kurumlar dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarında eski statülerine ve unvanlarına uygun kadro ve pozisyonlara" görevlendirilecektir. Bunun suistimale ve keyfiliğe yol açıcı uygulamalara kapı aralması olasılığına karşı özel bir titizlikle takip edilmesi gerekir.

2. Tutuklu Gazeteciler Grubu

Anayasa Mahkemesinin etkililiğinin tartışmaya açıldığı önemli bir diğer grup kararı da tutuklu gazetecilerle ilgilidir. Bu sunumun yapıldığı tarihlerde sonuca bağlanmış olan konuyla ilgili kararlar *Şahin Alpay*¹⁵ ve *Mehmet Altan*¹⁶ kararlarıdır. Bu kararda başvuru, AYM yolunun etkisiz olduğu savını ileri sürmüşlerdir. Bu savın Sözleşme'nin 5/4 ve 5/1 hükümleriyle bağlantılı iki yönü vardır.

a. Tutukluluğun Kanunilik İncelemelerinin Süratliliği Sorunu

Anayasa Mahkemesi'nin etkililiği konusu, özellikle tutukluluk incelemeleri yönünden risk taşımaktadır. Çünkü Sözleşme'nin md. 5/4 hükmü, diğer hükümlerden farklı olarak tutukluluğunun kanuniliği incelemesinin süratliliğini bağımsız bir hak olarak güvence altına almaktadır. Normal şartlarda Strazburg içtihatlarında Türkiye'de bu bağlamda yaygın bir sorun yoktu. Zira tutukluluğa itirazlar süratli şekilde reddediliyordu. Bu bağlamda sorun, itiraz incelemelerindeki diğer güvencelere uyulmamasıyla ilgiliydi. Ne var ki bireysel başvuru yolunun kabul edilmesiyle birlikte buna, Strazburg'a gidecek başvurular yönünden tutukluluğun kanuniliği incelemesini yapacak bir merci olarak AYM de eklenmiş oldu. Bu bakımdan AYM'nin bu başvurulara karşı süratli inceleme yapıp yapamayacağı konusu gündeme geldi.

Zira İnsan Hakları Mahkemesine göre Sözleşme'nin 35'nci maddesindeki hukuk yollarının tüketilmesi etkililik koşuluna bağlıdır. Etkililik ise Sözleşme'nin 13'ncü maddesindeki etkili başvuru hakkı çerçevesinde anlam bulur. Konu tutukluluk incelemesi olduğunda ise md.

15 Şahin Alpay v. Türkiye, İHAM, 16538/17, 06/03/2018, § 95.

16 Mehmet Altan v. Türkiye, İHAM, 13237/17, 20/03/2018, § 116.

5/4 hükmü, md. 13'e nazaran *lex specialis* hükmüdür. Yani tutukluluğa karşı hukuk yollarında etkililik "süratlilik" ile bağlaşıklık şekilde kavranır. Mahkeme, bu yükümlülüğü AYM'ler yönünden de geçerli görmüştür. Bu çerçevede çok sayıda ülkede AYM'lerin tutukluluk incelemelerini süratle incelememiş olması, onları etkili olmaktan çıkartmıştır. Gerçi AYM'lerin "dördüncü yargı yeri incelemesi" yapmadığı yerlerde bu süratlilik koşulu daha esnetilmişse de bu yükümlülüğün tamamen dışına çıkartılmamıştır. Dolayısıyla ulusal bir mahkeme olarak AYM de İHAS md. 5/4 ile bağlıdır ve tutukluluk incelemelerini belli esneklik içinde fakat süratle incelediği ölçüde etkilidir.

AYM'nin pratiğine bakıldığında bu yükümlülüğü tam olarak yerine getirebildiği söylenemez. Nitekim Şahin Alpay ve Mehmet Altan kararlarında bu sorun Strazburg organlarının önüne taşınmıştır. Ancak Strazburg organları OHAL ilanından sonraki sürece atıfla AYM'nin bu durumunu haklılaştırılabilir görmüş ve bu bağlamda *derogasyon* hükümlerini uygulamıştır.

Ancak burada bir not düşmek gerekmektedir. Bu uygulama da açık bir çek verildiği anlamına gelmemektedir. Ölçünün aşılması durumunda aynı risk hâlâ mevcuttur. Öte yandan; aslında AYM'nin OHAL döneminden önceki süreçte verdiği kararlarda da bu sorunun mevcut olduğunu kaydetmek gerekir. Örneğin yaptığımız taramaya göre başvuru tutukluluk durumunun hukukiliğinin incelenip sonuçlanması, en az on üç davada 1000 günden¹⁷, en az on dört farklı davada ise 900 günden¹⁸ uzun sürmüştü. Bu

17 A. C. ve diğerleri başvurusu, AYM, 2013/1827, 25/2/2016, (1091 gün) • A. V. ve diğerleri başvurusu, AYM, 2013/1649, 20/1/2016, (1062 gün) • Albima Kıyamova başvurusu, AYM, 2013/3187, 14/4/2016, (1080 gün) • F.A ve M.A. başvurusu, AYM, 2013/655, 20/1/2016, (1106 gün) • Günay Dağ ve diğerleri başvurusu, AYM, 2013/1631, 17/12/2015, (1021 gün) • Hasan Omaç başvurusu, AYM, 2014/1297, 17/12/2015, (1002 gün) • Hayrettin Bülent Tarkçıoğlu başvurusu, AYM, 2013/4559, 23/3/2016, (1007 gün) • Hilmi Yıldız başvurusu, AYM, 2013/299, AYM, 4/2/2016, (1119 gün) • İlyas Başak başvurusu, AYM, 2013/5662, 21/4/2016, (1002 gün) • Mehmet Çağırıcı başvurusu, AYM, 2013/3020, 23/3/2016, (1058 gün) • Metin Sarıgül başvurusu, AYM, 2013/3287, 20/4/2016, (1077 gün) • Serkan Akbaş başvurusu, AYM, 2013/2342, 21/1/2016, (1030 gün) • Tamer Morkoç başvurusu, AYM, 2013/5507, 15/6/2016, (1059 gün)

18 Hüseyin Güneş Özmen başvurusu, AYM, 2014/1514, 22/9/2016, (973 gün) • İzzettin Alpergin, AYM, 2013/385, 14/7/2015, (921 gün) • Lokman Gönül ve Mehmet Emin Girgin başvurusu, AYM, 2013/2254, 15/10/2015, (934 gün) • Mesut Çeki başvurusu, AYM, 2013/6944, 24/3/2016, (934 gün) • Misbah Aktaş başvurusu, AYM, 2014/1 1906, 12/1/2017, (913 gün) • Nebiye Merttürk ve Neslihan Uyanık başvurusu, AYM, 2013/6071,14/4/2016, (987 gün) • Osman Sandıkçı, AYM, 2013/6297, 10/3/2016, (941 gün) • Recep Varol ve diğerleri, AYM, 2014/5985, 12/1/2017, (959 gün) • Tahir Gökatalay başvurusu, AYM, 2013/1780, 20/3/2014, (979 gün) • Yıldırım Ataş başvurusu, AYM, 2014/4459, 26/10/2016, (953 gün) • Yuliyen Andreev başvurusu, AYM, 2013/4837, 9/3/2016, (987 gün) • Yunus Emin Sevinç başvurusu, AYM, 2014/6001, 16/11/2016, (937 gün) • Yusuf Keskin ve Sefer Baysal başvurusu, AYM, 2013/7806, 21/04/2016, (948 gün) • Zeki Orman başvurusu, AYM, 2014/8797, 11/1/2017, (947 gün) Zeki Rüzgar başvurusu, AYM, 2013/6084, 6/4/2016, (975 gün).

davaların başvuru sahipleri, AYM'nin kararını beklemeden Strazburg organlarına başvuru yapmış olsalardı, büyük olasılıkla AYM'nin etkisizliğini tespit ettirebilir ve Sözleşme'nin md. 5/4 hükmü yönünden ihlal kararı alabilirlerdi. Çünkü söz konusu vakalar sırasında AYM'nin OHAL ilanından kaynaklanan iş yükü sorunu bulunmamaktaydı. Bu bağlamda tutukluluk yargılamalarına ilişkin hukukilik incelemelerinin önceliklendirilmesi, bu önceliklendirme politikasının da tıpkı İHAM'ın yaptığı gibi şeffaf şekilde yayımlanması önerilir.

b. AYM Kararının İcra Edilmemesi Sorunu

Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun (anayasa şikâyeti yolunun) etkili olup olmadığıyla ilgili tartışma yaratan önemli bir konu da Mahkeme'nin verdiği kararın icrasıyla edilmemesiyle ilgilidir. Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesinin Mehmet Hasan Altan ve Şahin Alpay kararları ağır ceza mahkemelerince icra edilmemişti. Derece mahkemelerinin bu yaklaşımı, AYM'nin etkili olmaktan çıkması gibi bir sorunu beraberinde getirmişti. Üstelik derece mahkemelerinin bu yaklaşımı son derece sorunlu teknik hatalar içermekteydi.

c. Fonksiyon Gaspı ve Yerindelik Denetimi Kavramlarının Hatalı Kullanımı Sorunu

Birinci olarak; ağır ceza mahkemeleri, Anayasa Mahkemesinin ilgili başvurularda kuvvetli belirti olmadığına yönelik tespitini “fonksiyon gaspı” ve “yerindelik denetimi” olarak tarif ettiler. Bu terminoloji sorunluymdu. Açalım:

Fonksiyon gaspı; yasama, yürütme ve yargı organlarından birinin diğerine ait yetkileri, hakkı olmadığı hâlde kullanmasıdır. Yani fonksiyon gaspı, yasama, yürütme ve yargı erkleri arasındaki ilişkilerde gündeme gelen bir konudur. Bu bağlamda AYM'nin fonksiyon gaspı yaptığı iddiası, olsa olsa soyut ve somut norm denetimi süreçlerinde gündeme gelebilir. Oysa somut olayda bir mahkemenin bir başka mahkemenin yetkisi alanına girip girmediğiyle ilgili bir tartışma vardır. Bir yargı organının, başka bir yargı organının fonksiyonunu gaspı mümkün değildir.

Yerindelik denetimi ise bir tasarrufun, siyasi açıdan isabetli olup olmadığına denetimdir. Bu konu, idare hukukunda yargıçların, siyasal değerlendirmelere müdahalesini imler. Bir yargı organının kararının üzerinde yerindelik denetimi yapılması mümkün değildir çünkü yargı organları siyasi

karar vermez. İlginç olan şu ki ağır ceza mahkemesi AYM'nin yerinlik denetimi yaptığını söyleyerek zımnen kendi kararının yürütme organı kararı veya siyasi bir karar olduğunu söylemektedir. Bu terminolojik hata kararın ciddiyetini de zayıflatmaktadır.

Bu terminolojik hataların yanında, derece mahkemelerinin anılan türden bir yetkisinin olmadığı açıktır. Ağır ceza mahkemelerinin, yargısal yetkileri olmadan verdikleri "direnme kararı" hukuken haklılaştırılabilir değildir.

d. AYM ve ACM'nin Yetkileri ve Dördüncü Yargı Yeri Doktrini

İkinci olarak; Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu karar, teknik açıdan da keyfi değildir. Ağır ceza mahkemelerine yetki veren CMK md. 100/1 hükmü şu şekildedir: "Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez." Diğer yandan; Anayasa md. 19/2 maddesi de aynen şu şekildedir: "Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir." Ağır ceza mahkemesinin CMK md. 100 yönünden inceleme yetkisi olduğu gibi, AYM'nin de Anayasa md. 19 yönünden inceleme yetkisi vardır. Anayasa'nın 148'nci maddesi uyarınca ağır ceza mahkemelerinin kararları AYM'nin denetimine tabidir. Buna karşın AYM'nin kararlarının ağır ceza mahkemelerinin değerlendirmesine tabi olduğuna yönelik bir hüküm yoktur.

Diğer yandan iki mahkemenin yetkileri arasında bir çatışma mevcutmuş gibi görünse de aralarındaki yetkilerin sınırının veya sınır hattının başladığı yer inceleme yöntemlerinde ortaya çıkmaktadır. Doktrinde ve kamuoyunda bu noktaya dikkat çeken ve AYM'nin "süper temyiz mahkemesi" veya "dördüncü yargı yeri" gibi davrandığını söyleyenler oldu. Kaydedilmelidir ki bu savlarda da terminolojik hata bulunmaktadır. "Süper temyiz mahkemesi" kavramı, belirlemesi Alman AYM'si tarafından geliştirilmiştir. Bu kavramlaştırmanın Strazburg organlarının içtihadındaki karşılığı "dördüncü yargı yeri" şeklindedir. AYM de Strazburg organlarının terminolojisini kabul

etmiş, çok sayıda kararında kendi yetkisinin derece mahkemelerinin yerine geçmek olmadığını ifade etmiştir. Ancak burada düşülmesi gereken not, bu doktrinin sadece adil yargılanma hakkı yönünden uygulama bulduğudur.¹⁹ Diğer haklar yönünden dördüncü yargı yeri doktrini uygulama bulmaz. Eğer bu doktrin diğer haklar için de uygulamada bulacak olursa AYM'nin maddi ve manevi bütünlük hakkının "cezasızlık" bağlamında vereceği ihlal kararının ihlalin niteliğine göre savcılığın veya Yargıtay ceza dairesinin yetkilerinin gaspı olarak görülmesi gerekecektir. Benzer şekilde AYM, başörtülü avukat kararını verdiğinde Danıştay'ın, evli kadının soyadı kararını veren AYM'nin yasama organının yetkisini gasp etmekle suçlanacaktır. Oysa böyle bir suçlama anayasa yargısının özünü kavramış kişiler yönünden geçerli değildir.

Somut olay yönünden bir belirleme yapmak gerekirse şu söylenebilir: Ağır ceza mahkemeleri "kuvvetli şüphe" olup olmadığını dosya içeriğinden belirlerler. AYM ise somut olayda başvuruculara yönelik kişi özgürlüğü müdahalesinin "kuvvetli belirti"ye dayalı olup olmadığını tutuklama ve tutuklamaya devam kararlarının gerekçesinden hareketle inceler. Aralarındaki yöntem farkı budur. Ağır Ceza Mahkemesinin yapmaları gereken şey AYM'nin Anayasa'nın 19'ncü maddesinde açıkça yazılı olan yetkilerini sorgulamak değil, kuvvetli belirtinin olduğuna dair; (a) ilgili ve yeterli gerekçe sunmak veya (b) özgürlükten yoksun bırakma tedbirini sona erdirmektir. Ne var ki bu yerine getirilmedi, ağır ceza mahkemeleri, AYM'nin ilk kararından sonra ilgisiz ve yeterli gerekçelerle karara karşı "direndiler"; AYM'nin bu duruma binaen verdiği karardan sonra ise tutukluluğu sona erdirmekle birlikte, aynı kuvvetli şüphe belirlemede ısrar ederek başvurucunun evde tutulması yoluyla kişi özgürlüğüne yönelik müdahalenin devamına karar verdiler. Bu bakımdan AYM'nin kararı hâlâ icra edilmemiştir.

İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu olaya yönelik reaksiyonunu incelediğimizde Mahkeme'nin şöyle bir yaklaşım geliştirdiği görülmektedir:

"Mahkeme, Başvuranın, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararlar sonucunda, Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra dahi devam eden tutukluluk halinin, tutukluluk hakkındaki davalarda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun etkin bir kanun yolu olduğuna dair ciddi şüpheler uyandırdığının üstünde durmaktadır. Ancak, şimdiki halde, Mahkeme, Anayasa

¹⁹ Bkz. Maija Dahlberg, "It is not its task to act as a Court of fourth instance' : The case of the ECtHR", *European Journal of Legal Studies*, 2014, Vol. 7, No. 2, ss. 84-118.

Madde 19 tahtında özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin şikâyetlerinin, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının etkili bir kanun yolu teşkil ettiğine dair önceki bulgularından sapmayacaktır. Bununla beraber, AİHS'nin 5. Maddesi tahtındaki başvurular ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruların etkinliğini sorgulama hakkını, özellikle ilk derece mahkemelerinin, bilhassa da ağır ceza mahkemelerinin içtihatlarındaki Anayasa Mahkemesi kararlarının yetkisine ilişkin müteakip gelişmeleri göz önünde bulundurarak saklı tutar. Bu bakımdan, Hükümetin bu kanun yolunun hem teoride hem de uygulamada etkili olduğunu kanıtlaması gerekecektir."²⁰

Mahkeme bu belirlemesiyle AYM'nin kararının icra edilmemesini münferit görmek istemiş, uyarı kaydıyla etkililiğin devam ettiği sonucuna ulaşmıştır. Ne var ki ağır ceza mahkemelerinin konutu terk etmeme kararı uyarınca AYM kararının hâlâ icra edilmediği dikkate alındığında, somut olay yönünden AYM'nin etkisiz kılınma riskinin devam ettiğini kaydedelim.

Burada yeri gelmişken, doktrinde ve kamuoyunda AYM'nin bu kararının icra edilmemesinin AYM'nin kategorik olarak etkisiz kılacağı yönünde söylemlerin dile getirildiğini kaydetmek gerekiyor. Bu söyleme katılmak mümkün değildir. Oysa kanaatime göre AYM'nin bir kararın icra edilmemesi; (a) bütün haklar yönünden (b) kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yönünden değil, (c) somut ihlaldeki belirlemeler yönünden etkisizlik yaratır.

Bu seçeneğin gerçekleşmemesi için ise AYM'nin kararlarının icra edilmemesinin başta sicil puanları üzerinde olumsuz etki yaratmak üzere çeşitli yaptırımlara tâbi kılınması önem taşımaktadır.

B. AYM'nin Kendisinin Bir Hukuk Yolu Olarak Doldurduğu Boşluk: Makul Sürede Yargılanma Hakkı

AYM'ye bireysel başvuru yolunun etkinlik kazanmasından önceki süreçte Strazburg içtihatlarında tespit edilen sorunlardan biri ulusal hukukta makul sürede yargılanma hakkının dava edilebilirliğinin mümkün olmamasıydı. Bu nedenle uzun süren davalarla ilgili olarak sadece adil yargılanma hakkının değil, aynı zamanda etkili başvuru hakkının ihlaline de hükmediliyordu. AYM yolunun uygulamaya geçmesiyle birlikte bu boşluk Strazburg organları yönünden tamamlanmıştır. Davası uzun süren kişiler bu mağduriyetlerini AYM'ye başvurarak giderebilmektedirler.

²⁰ Şahin Alpay v. Türkiye, İHAM, 16538/17, 06/03/2018, § 121.

Burada şu notu düşmek gerekmektedir. Makul sürede yargılanma hakkının dava edilebilirliğinin sadece AYM'ye taşınabiliyor olması Anayasa'ya aykırıdır. Anayasa makul sürede yargılanma hakkının yanında, her temel hak için etkili başvuru hakkını da güvence altına almıştır. AYM'nin önüne gelen makul sürede yargılanma hakkı şikayetlerinin olağan hukuk yollarında ileri sürülebileceği bir merci yoktur. Bu durum Anayasa'nın 40'ıncı maddesine aykırıdır. AYM'nin, tıpkı Alman AYM'si gibi bu tespiti yapması hem Anayasa'nın bir gereğidir hem de yeni bir hukuk yolu kurulması itibarıyla üzerindeki bu bağlamdaki iş yükünü azaltıcı etki doğurur. Bu bakımdan tıpkı Almanya'da olduğu gibi, her bir hukuk yolunda, görülmekte olan davadan bağımsız olarak bir makul sürede yargılanma hakkı inceleme yolunun bulunması yerinde bir çözüm olacaktır.

II. ESASA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER YÖNÜNDEN AYM ETKİSİ

Strazburg içtihadında, esasa ilişkin değerlendirmeler yönünden AYM'nin etkisinin olduğunu düşünebileceğimiz kararlar, "AYM Denetiminden Geçen İhlaller", "AYM'nin, Olağanüstü Hâl Rejimine İlişkin İnceleme Yöntemine Katkısı", "AYM'nin, Tutukluluk Süreçlerine İlişkin Derogasyon Değerlendirmelerine Katkısı" ve "İlk Kez AYM Tarafından Geliştirilen ve Henüz Sınanmamış İctihadi Açılımlar" şeklinde dört başlıkla ele alınabilir.

A. AYM Denetiminden Geçen İhlaller

Nisan 2018 itibarıyla HUDOC sitesinde yapılan taramada AYM'nin denetiminden geçen ve Türkiye aleyhine ihlal sonucuna ulaşılan karar sayısının sadece 2 olduğu görülmektedir. Bu kararlardan biri *Boudraa v. Türkiye*²¹, diğeri ise *Dökmeçi v. Türkiye*²² kararıdır. İlk karar, Türkiye'deki geri gönderme merkezlerindeki koşulların maddi ve manevi bütünlük hakkını ihlal edip etmediğiyle ilgiliydi. AYM, somut olayda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmışsa da anılan iddia yönünden açıkça dayanaktan yoksunluk kararı vermişti.²³ İnsan Hakları Mahkemesi ise bu iddiayı haklı bulmuş ve ihlal sonucuna ulaşmıştır. AYM, sonraki kararlarında bu sorunu gidermiştir.²⁴

21 *Boudraa v. Türkiye*, İHAM, 1009/16, 28/6/2016.

22 *Dökmeçi v. Türkiye*, İHAM, 74155/14, 6/12/2016, § 61.

23 Rıda *Boudraa* başvurusu, AYM, 2013/9673, 21/1/2015, § 64.

24 F.A. ve M.A. başvurusu, AYM, 2013/655, 20/1/2016, § 50; I.S. başvurusu, AYM, 2014/15824, 22/09/2016, § 91.

Benzer şekilde; Dökmeci kararında da mülkiyet hakkıyla ilgili ihlal iddiası açıkça dayanaktan yoksun bulunmuşsa da AYM sonraki kararlarında İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararının farkında hareket etmiştir.

Bunların dışında konuyla ilgili önem taşıyan diğer bir kategori ise askeri yargı konusundadır. İnsan Hakları Mahkemesi, geçmişte Türkiye'deki askeri yargı organlarının tarafsız ve bağımsız olmadığı iddialarını açıkça dayanaktan yoksun bulmaktaydı. Ancak İnsan Hakları Mahkemesi, *Tanışma v. Türkiye* kararından itibaren bu yaklaşımını değiştirmiş ve adil yargılanma hakkının ihlali kararları vermeye başlamıştır.²⁵ Buna karşın AYM anılan karardan sonra dahi bu yaklaşımını sürdürmüş ve bu iddiaları açıkça dayanaktan yoksun bulmaya devam etmiştir. Bu durum, iki mahkeme arasında uyumsuzluk üretmiştir. 2017 yılında yapılan anayasa değişikliği uyarınca askeri yargı kaldırıldığı için bu sorun güncel değildir. Ne var ki AYM, yaklaşımını sürdürmektedir. Bu ısrarda söz konusu ihlal kaynağının Anayasa md. 145 (ve md. 157) olmasının payı olduğu düşünülebilir. Ne var ki inceleme anındaki olumlu gelişme dikkate alınarak, tazminata hükmedilmesi, tartışmalı olacaksa da keyfi bir yorum olarak sayılmaz.

B. AYM'nin, Olağanüstü Hâl Rejimine İlişkin İnceleme Yöntemine Katkısı

AYM'nin Strazburg organlarına Strazburg organlarının da AYM'ye katkı sunduğu konulardan biri de OHAL rejiminde temel hak ihlallerinin inceleme yöntemidir. Türk Anayasa hukuku doktrinine baktığımızda birçok yazarın olağan rejimde Anayasa'nın 13'üncü maddesini, OHAL dönemine ise Anayasa'nın 15'inci maddesinin uygulama bulacağı yönünde tespitlerde bulunduğu görülüyor. Oysa anılan yöntem "ya o ya bu" şeklinde değil, "hem o hem bu" şeklinde bir yaklaşımı içermektedir. AYM, *Aydın Yavuz ve diğerleri*²⁶, *Selçuk Özdemir*²⁷, *Erdal Tercan*²⁸ kararlarında başvuruları öncelikle olağan dönem kriterlerine göre incelemiş; fakat ihlal bulduktan sonra bu ihlalin OHAL kriterleri yönünden haklılaştırılabilir olup olmadığını incelemektedir. Anılan inceleme yöntemi İHAM'ın *Şahin Alpay* kararında da çok net şekilde uygulanmıştır.

²⁵ *Tanışma v. Türkiye*, İHAM, 32219/05, 17/11/2015, § 83; *Yeltepe v. Türkiye*, İHAM, 24087/07, 14/3/2017, §§ 30-31.

²⁶ *Aydın Yavuz ve diğerleri* başvurusu, AYM, 2016/22169, 20/6/2017, §§ 193-195.

²⁷ *Selçuk Özdemir* başvurusu, AYM, 2016/49158, 26/7/2017, §58.

²⁸ *Erdal Tercan* başvurusu, AYM, 2016/15637, 12/4/2018, § 113.

C. AYM'nin, Tutukluluk Süreçlerine İlişkin Derogasyon Değerlendirmelerine Katkısı

İnsan Hakları Mahkemesi'nin derogasyon süreçleriyle ilgili kararlarına bakıldığında mevcut içtihadın “gözaltı süreleri”nin üzerine yoğunlaştığı görülmektedir. Mahkeme, tutmanın kanuniliği konusunda da bir tespit yapmışsa da özellikle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının diğer unsurları yönünden zengin bir içtihadı birikimden bahsedilemez. Bu bakımdan özellikle Sözleşme md. 5/4 bağlamında tutukluluğunun kanuniliğinin süratle ve duruşmalı incelenmesi konusunda derogasyonun mümkün olup olmadığı konusunda herhangi bir içtihat yoktu. Öte yandan, “mahkemelerin iş yükü” gibi bir nedenin derogasyonun temeli olup olmayacağı konusunda da bir tespit yoktu. AYM ise Şahin Alpay kararında şu yönde bir tespitte bulunup bu yönde içtihadı açılımda bulunmuştur:

“... somut olayda Mahkeme, Başvuranın Anayasa Mahkemesi'ne olan başvurusunun askeri darbe girişimini takip eden olağanüstü hal kapsamında, özgürlük ve güvenlik hakkı ile ifade özgürlüğüne ilişkin yeni ve karmaşık meseleleri meydana getirecek davalar silsilesinin ilki olması nedeniyle karmaşık olduğunu görmektedir. Dahası, olağanüstü hal ilanını takiben Anayasa Mahkemesi'nin iş yükü göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme bu durumun istisnai bir durum olduğunu belirtmektedir.”²⁹

AYM'nin bu yaklaşımı İHAM tarafından da benimsenmiştir. AYM, Erdal Tercan kararında ise söz konusu süreyi 18 ay ile sınırlandırarak ürettiği içtihadını sağlamlaştırmış ve olumlu bir gelişme göstermiştir.³⁰

D. İlk Kez AYM Tarafından Geliştirilen ve Henüz Sınanmamış İçtihadı Açılımlar

Anayasa Mahkemesi'nin –bunlarla sınırlı olmamak üzere- henüz Strazburg içtihatlarında karşılık bulmayan ve bu bakımdan tam olarak karşılaştırma yapmanın mümkün olmadığı kararları üç farklı konuyla ilgilidir.

1. İlker Başbuğ Kararı: Geç Gerekçe Yazılmasının Kişi Özgürlüğü İhlali

Bunlardan ilki, özlü tutma içtihadıyla ilişkilidir. AYM'nin ulusal yargı organlarının yaklaşımına ters fakat Strazburg içtihatlarıyla uyumlu

²⁹ Şahin Alpay başvurusu, § 137.

³⁰ Erdal Tercan başvurusu, § 249.

olan yaklaşımı uyarınca uzun tutukluluk konusundaki davalarda ilk derece mahkemesinin hüküm vermesinden sonraki tutukluluk durumları, tutukluluk süresinin hesabına dahi edilmemektedir. Ne var ki bu konudaki özgün içtihadı açılım ise *Mehmet İlker Başbuğ* kararında gerçekleşmiştir. Söz konusu olayda ilk derece mahkemesi kararını vermişse de gerekçesini açıklamada gecikmiş ve başvuruçunun bu gecikmeden ötürü temyiz olanağını gerektiği gibi kullanamaması, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yönünden ihlal olarak görülmüştür.³¹ Bu yaklaşımın Strazburg organlarının henüz belirlemediği bir güvenceyi içerdiğini söyleyebiliriz.

2. Devran Duran Kararı: Tutuklu Kişiyeye Savcı Görüşünün Tebliğ Edilmemesi ve Anayasal Önem Kriteri

Anayasa Mahkemesinin içtihadı açılımlarından ikincisi “anayasal önem kriteri” ile ilgilidir. Strazburg organlarının bu bağlamda adil yargılanma hakkı yönünden geliştirdikleri bir eğilim, AYM tarafından kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına teşmil edilmiştir.³² İnsan Hakları Mahkemesi, *Aysel Kılıç ve diğ. v. Türkiye* kararında, Danıştay savcısının görüşünün başvuruçuya tebliğ edilmemesini “önemsiz” olarak görmüştür.³³ Bu içtihat AYM tarafından tutuklu kişi yönünden ceza yargılaması için de uygulanmıştır. AYM’nin, idari yargıdaki bu çıkarımı, tutukluluk durumu ile bağlantılı daha sıkı bir davada kolaylıkla uygulamış olmasının olumsuz ve tartışmaya açık olduğunu kaydetmek gerekmektedir.

3. Kanunilik Açılımı

AYM’nin Strazburg organlarından farklı olan eğilimlerinden bir diğeri de kanunilik konusundadır. Mahkeme, evli kadının soyadı kararında Anayasa’nın 90’ncı maddesi uyarınca; İHAM’ın vermiş olduğu bir ihlal kararının ulusal hukukta “zımnî ilga” sonucu doğuracağı sonucuna ulaşmıştır. Bu karar olumlu olmakla birlikte sonraki kararlarda takip edilmemiştir. Bunda, söz konusu kararın farklı bağlamlarda eleştirilmiş olmasının etkili olduğu düşünülebilir. Kanaatimize göre anılan içtihadın, Strazburg organlarının verdiği ihlal kararının “kanunilik” unsurun yönünden mi yoksa “demokratik toplum düzeninde gereklilik”/“ölçülülük” unsuru yönünden mi verildiği konusunda bir ayırım yapılmalı ve içtihat, ilk kategori için uygulanmalıdır. Öte yandan “zımnî ilga” terimi yerine “ihmal”

31 Mehmet İlker Başbuğ başvurusu, AYM, 2014/912, 6/3/2014, § 86.

32 Devran Duran başvurusu, AYM, 2014/10405, 25/5/2017, §§ 118-120.

33 Aysel Kılıç ve diğ. v. Türkiye, İHAM, 33162/10, 3/12/2013, § 23-24.

kavramlaştırmasına başvurulması yerinde olacaktır. Bunun dışında bu yaklaşımın Anayasa'nın 90'ncı maddesine etkinlik kazandırmak için oldukça değer taşıdığı vurgulanmalıdır.

AYM'nin kanunilik konusundaki bir diğer farklılaşması da kanun kavramına verdiği şekli anlamdır. İnsan Hakları Mahkemesi, kanun kavramına adil yargılanma hakkına ilişkin çok istisnaî durumlar hariç olmak üzere maddi bir anlam yüklemektedir. Doktrinde de eleştirilen bu yaklaşım, müdahalenin kanuniliği için parlamentonun çıkartmış olduğu bir normu değil, yargı içtihatlarıyla üretilmiş kuralların kabul edilebilir bir temel olduğuna dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesi ise ilk kez başörtülü avukat davası olarak da bilinen *Tuğba Arslan* kararında, parlamentonun çıkarttığı şekli anlamda bir kanun olmadıkça yargı içtihadı yoluyla temel hak sınırlandırması yapılamayacağını söylemiş, kanunilik ilkesine daha ileri bir güvence getirmiştir.³⁴

Durum bu olmakla birlikte, bu noktada Mahkeme'nin bireysel başvuru sürelerine ilişkin olarak üretmiş olduğu³⁵ "3 ay +30 gün" kuralının da kanuni bir dayanağının olmadığını bu durumun ise mahkemeye erişim hakkına yönünden şekli anlamda kanunilik yönünden anayasal olmayan bir müdahale anlamına geldiğini kaydedelim. Yapılması gereken, hukuki kesinlik amacıyla ihtiyaç duyulan bu kararı içtihatla doldurmaktan ziyade veya en azından bunun yanında yasama organına çağrıda bulunulması olmalıdır.

SONUÇ

Tüm bu aktarımlardan sonra sunumu bir sonuca bağlamak gerekirse; şu sonuçlar vurgulanabilir:

1. Anayasa Mahkemesi, Strazburg organları yönünden etkili bir mahkeme, anayasa şikayeti yolu da etkili bir yoldur. Bu durumu riske sokacak faktör; AYM kararlarının icra edilmemesidir. Bu riskin ortadan kaldırılması için AYM kararlarının icra edilmemesinin bir yaptırıma tabi kılınması, bu durumun yargıçların sicil puanına etki etmesinin sağlanması gerekmektedir.

2. OHAL KHK'leri yoluyla ihraçlara kategorik yaklaşılmamalı, başta Barış İçin Akademisyenler vakası olmak üzere, ifade özgürlüğüyle ilişki kurulabilecek ihraç vakalarında, olağan

³⁴ Tuğba Arslan başvurusu, AYM, 2014/256, 25/6/2014, §§ 98-101.

³⁵ Yavuz Özgenç ve diğerleri başvurusu, AYM, 2014/5006, 29/9/2016, §§ 34-36.

hukuk yolları süreçlerinin sürüncemede kalmasının caydırıcı etki doğuracağı akılda tutulmalı, gerektiğinde devreye girilmelidir. Bu bağlamda *Akçam, Dilipak ve Işıkkırık* kararları çerçevesinde bir yorum geliştirilmelidir.

3. Tutukluluk incelemeleriyle ilgili vakaların süratle incelenmesi AYM yönünden de bir zorunluluktur. Sözleşme'nin md. 5/4 hükmünden kaynaklanan bu yükümlülüğe uyulmaması, AYM'yi etkili olmaktan çıkartabilir ve bizzat AYM'nin ihlal üretmesine neden olabilir. OHAL döneminde anlaşılır olan bu durumun, OHAL öncesi süreçte de mevcut olduğu tespit edilmiştir. Bu soruna yönelik İçtüzük'te özel bir hükme yer verilmesi yerinde olacaktır.

4. Dördüncü yargı yeri doktrininin, adil yargılanma hakkı dışındaki vakalarda uygulama bulmayacağı daha açık şekilde ortaya konmalıdır.

5. Makul sürede yargılanma hakkıyla ilgili başvurularda, bu hak ihlali iddiasının AYM'den önce dava edilebilmesinin mümkün olmamasının "etkili başvuru hakkı"nı da ihlal ettiği tespit edilmeli, bu bağlamda -tıpkı Almanya'da olduğu gibi- yasama organıyla diyalog içinde, her bir yargı yolunun kendi bünyesinde makul sürede yargılanma hakkı ihlali iddialarını inceleyecek bir dava yolu geliştirilmelidir. Bu, Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü azaltabileceği gibi yargı sistemini anayasaya uygun hâle getirecektir.

6. AYM'nin şimdiye kadarki kararları, kural olarak Strazburg organlarının kararlarıyla uyumludur. Ancak AYM'nin verdiği kararlardan çok vermediği kararlar risk alanı oluşturmaktadır. Mahkeme'nin denetiminden geçmekle birlikte İHAM'ın ihlal sonucuna ulaştığı kararlar *Boudraa* ve *Dökmeci* kararlarıdır. AYM, bu alanlardaki içtihadını güncellemiştir. Bunun yanında; İHAM'ın *Tanışma* kararından bu yana askeri yargı organlarının bağımsız ve tarafsız olmadığı yönündeki tespitleri, AYM tarafından dikkate alın(a)mıyor görünmektedir. Bunda, söz konusu ihlalin kaynağının Anayasa'da bulunuyor olması bir faktördür. Ne var ki anılan hükümler, 2017 değişikliğiyle birlikte Anayasa'dan ayıklanmıştır. Bugün anılan konuda ihlal tespitinin yapılması -yoruma bağlı olarak- mümkündür.

7. AYM'nin OHAL sürecindeki inceleme yöntemi ve derogasyon yorumu Strazburg organlarıyla uyumludur. AYM'nin olağanüstü hâl sürecini “açık çek” olarak algılamayıp, bu bağlamda bazı kayıtlar koyması son derece olumludur.

8. AYM'nin kanun kavramına maddi bir anlam (*kanunun kalitesi*) vermekle, birlikte öncelikle şekli anlamda kanunilik denetimi yapması olumlu bir gelişmedir. Mahkeme'ye göre şekli anlamda kanunda yer almayan bir temel hak sınırlaması mümkün değilse de; anayasa şikayeti süreleriyle ilgili üretilen “3 ay + 30 gün” kuralı bir çelişki üretmektedir. Mahkeme'ye erişim hakkına yönelik şekli anlamda kanuni dayanağı olmayan ve içtihat yoluyla üretilen bu kuralın kodifiye edilmesi için yasama organıyla diyalog geliştirilmesi tutarlılık sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

Aida Torres Perez, “Judicial Dialogue and Fundamental Rights in the European Union: A Quest for Legitimacy”, *Comparative Constitutional Theory*, Gary Jacobsohn/ Miguel Schor (eds.), (Massachusetts: EE Publishing, 2018).

Allan Rosas, *The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue*, 1 *Eur. J. Legal Stud.* 121 (2007).

Ed Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, (Oxford: Oxford University Press), 2010.

Maija Dahlberg, “It is not its task to act as a Court of fourth instance’ : The case of the ECtHR”, *European Journal of Legal Studies*, 2014, Vol. 7, No. 2, ss. 84-118.

AYM KARARLARI

A. C. ve diğerleri başvurusu, AYM, 2013/1827, 25/2/2016.

A. V. ve diğerleri başvurusu, AYM, 2013/1649, 20/1/2016.

Albima Kıyamova başvurusu, AYM, 2013/3187, 14/4/2016

Aydın Yavuz ve diğerleri başvurusu, AYM, 2016/22169, 20/6/2017.

Devran Duran başvurusu, AYM, 2014/10405, 25/5/2017.

Erdal Tercan başvurusu, AYM, 2016/15637, 12/4/2018.

- F.A ve M.A. başvurusu, AYM, 2013/655, 20/1/2016.
- Günay Dağ ve diğerleri, AYM, 2013/1631, 17/12/2015.
- Hacı Osman Kaya başvurusu, AYM, 2016/41934, 16/02/2017.
- Hasan Omaç başvurusu, AYM, 2014/1297, 17/12/2015.
- Hayrettin Bülent Tarkıoğlu, AYM, 2013/4559, 23/3/2016.
- Hilmi Yıldız başvurusu, AYM, 2013/299, AYM, 4/2/2016.
- Hüseyin Güneş Özmen başvurusu, AYM, 2014/1514, 22/9/2016.
- I.S. başvurusu, AYM, 2014/15824, 22/09/2016.
- İlyas Başak başvurusu, AYM, 2013/5662, 21/4/2016.
- İzzettin Alpergin başvurusu, AYM, 2013/385, 14/7/2015.
- Lokman Gönül ve Mehmet Emin Girgin başvurusu, AYM, 2013/2254, 15/10/2015.
- Mehmet Çağırıcı başvurusu, AYM, 2013/3020, 23/3/2016.
- Mehmet İlker Başbuğ başvurusu, AYM, 2014/912, 6/3/2014.
- Mesut Çeki başvurusu, AYM, 2013/6944, 24/3/2016.
- Metin Sarıgül başvurusu, AYM, 2013/3287, 20/4/2016.
- Misbah Aktaş başvurusu, AYM, 2014/1 1906, 12/1/2017.
- Murat Hikmet Çakmacı başvurusu, AYM, 2016/35094, 15/02/2017.
- Nebiye Merttürk ve Neslihan Uyanık başvurusu, AYM, 2013/6071,14/4/2016.
- Osman Sandıkçı, AYM, 2013/6297, 10/3/2016.
- Recep Varol ve diğerleri, AYM, 2014/5985, 12/1/2017.
- Rıda Boudraa başvurusu, AYM, 2013/9673, 21/1/2015.
- Selçuk Özdemir başvurusu, AYM, 2016/49158, 26/7/2017.
- Serkan Akbaş başvurusu, AYM, 2013/2342, 21/1/2016.
- Tahir Gökatalay başvurusu, AYM, 2013/1780, 20/3/2014.
- Tamer Morkoç başvurusu, AYM, 2013/5507, 15/6/2016
- Tuğba Arslan başvurusu, AYM, 2014/256, 25/6/2014.
- Yavuz Özgenç ve diğerleri başvurusu, AYM, 2014/5006, 29/9/2016.
- Yıldırım Ataş başvurusu, AYM, 2014/4459, 26/10/2016.
- Yuliyán Andreev başvurusu, AYM, 2013/4837, 9/3/2016.

Yunus Emin Sevinç başvurusu, AYM, 2014/6001, 16/11/2016.

Yusuf Keskin ve Sefer Baysal başvurusu, AYM, 2013/7806, 21/04/2016.

Zeki Orman başvurusu, AYM, 2014/8797, 11/1/2017.

Zeki Rüzgar başvurusu, AYM, 2013/6084, 6/4/2016.

İHAM KARARLARI

A, B ve C v. İrlanda, İHAM, 25579/05, 16/12/2010.

Aysel Kılıç ve diğerleri v. Türkiye, İHAM, 33162/10, 3/12/2013.

Altuğ Taner Akçam v. Türkiye, İHAM, 27520/07, 25/10/2011.

Boudraa v. Türkiye, İHAM, 1009/16, 28/6/2016.

Çatal v. Türkiye, İHAM, 2873/17, 07/03/2017.

Dilipak v. Türkiye, İHAM, 29680/05, 15/09/2015.

Dökmeci v. Türkiye, İHAM, 74155/14, 6/12/2016.

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

Incal v. Türkiye, İHAM, 22678/93, 09/06/1998.

Işıkırık v. Türkiye, İHAM, 41226/09, 14/11/2017.

Johnston ve diğerleri v. İrlanda, İHAM, 9697/82, 18/12/1986.

Köksal v. Türkiye, İHAM, 70478/16, 06/06/2017.

Mehmet Altan v. Türkiye, İHAM, 13237/17, 20/03/2018.

Mercan v. Türkiye, İHAM, 56511/16, 02/09/2016.

Rotaru v. Romanya, İHAM, 28341/95, 04/05/2000.

Sejdić and Finci v. Bosna Hersek, İHAM, 27996/06-34836/06, 22/12/2009.

Şahin Alpay v. Türkiye, İHAM, 16538/17, 06/03/2018.

Tanışma v. Türkiye, İHAM, 32219/05, 17/11/2015.

Yeltepe v. Türkiye, İHAM, 24087/07, 14/3/2017.

Zihni v. Türkiye, İHAM, 59061/16, 26/09/2016.