

# Bireysel Başvuru Üzerine Verilen İhlal Kararı Sonrası Somut Norm Denetimi

## Concrete Judicial Review After the Decision of Violation on Individual Application

Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ<sup>(\*)</sup>

### Öz:

Bu çalışmada, sanık hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) bireysel başvuruda bulunulması ve İkinci Bölüm tarafından ihlal kararı verilmesi üzerine, dava mahkemesince yeniden yargılama sırasında somut norm denetiminde bulunulması isteminin AYM Genel Kurulu tarafından, dava mahkemesinin anayasaya aykırılık konusunda yetkili olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi ele alınmaktadır. Yasa koyucu kimi suçlar bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar verilemeyeceğini açıkça belirtmiş olmakla beraber, yargı kararlarıyla da kimi suçlar bakımından HAGB'ye karar verilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak bu suçların hangileri olduğu sadece bireysel başvuru üzerine değerlendirilmiş olup, vatandaş ve yargı organları bakımından bu husus açık, anlaşılabilir, ulaşılabilir şekilde düzenlenmediği için, hukuki sorunlara sebebiyet verebilecektir. Diğer yandan, AYM, HAGB kararları üzerine ihlal kararı vermekle beraber, Yargıtay Ceza Genel Kurulu İçtihadında (CGK), aleyhe yasa yolu işletilmemesi halinde HAGB kararının sanık bakımından kazanılmış hak olduğuna karar vermektedir. Uygulamada, çok sayıda davanın bu şekilde karara bağlandığı düşünüldüğünde, konu üzerinde böyle bir çalışma yapılmasının uygun olacağı düşünülmüştür. Ayrıca AYM ihlal kararı verirken, temel hakların korunması bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararlarını da gözetmektedir. İşte HAGB kararının gerekçesinde AİHM kararında ortaya konan ilkeler de gözetildiğinden, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 231'inci maddesindeki düzenlemenin yeniden gözden geçirilmesi gerektiği üzerinde de durulması gerekmiştir. Oysa, CMK'nın 231'inci maddesindeki düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığına ilişkin AYM'nin soyut ve somut norm denetiminde ortaya koyduğu içtihatları ile, bireysel başvuru üzerine verilen ve CMK'nın 231'inci maddesinin somut olayda uygulanmaması gerektiğine ilişkin içtihatları karşısında, konuyla ilgili olarak hukuki güven konusu tartışmaya açık hale gelmiştir. Çalışmada, bu hususların birlikte dikkate alınması ve değerlendirilmesi, hatta konuyla ilgili yasa değişikliğine gidilmesi gerektiğine vurgu amaçlanmıştır.

<sup>(\*)</sup> Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanı, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: [ibrahimsahbaz@maltepe.edu.tr](mailto:ibrahimsahbaz@maltepe.edu.tr).

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-3409-3781>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 04.10.2021.

Makale Kabul Tarihi: 17.03.2022.

**Anahtar Kelimeler:**

Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Bireysel Başvuru, Somut Norm Denetimi, Davaya Uygulanacak Hüküm, Davaya Bakan Mahkeme.

**Abstract:**

In this study, upon the individual application before the Constitutional Court against the decision to delaying the pronouncement of the judgment of the accused and the decision of violation by the Second Chamber of the Constitutional Court; the issue of rejection on the grounds that the trial court was not authorized on the matter of unconstitutionality by the Constitutional Court General Assembly of the request by the trial court to carry out a concrete judicial review during the retrial is analyzed. Although the legislator has clearly stated that it cannot be decided to delaying the pronouncement of the judgment for some crimes and it is also stated with judicial decisions that it cannot be decided to delaying the pronouncement of the judgment in terms of some crimes. However, since these crimes were evaluated only on individual application and this issue is not regulated in a clear, understandable and accessible way for citizens and judicial bodies, it may cause legal problems. On the other hand, even though the Turkish Constitutional Court found violation on the decisions to delaying the pronouncement of the judgment, in the case-law of the General Assembly of Criminal Chambers of the Court of Cassation it is stated that if there is not an against legal remedy the decision to delaying the pronouncement of the judgment is an acquired right for the accused. Considering that many cases were decided in this way in practice, it was thought that it would be appropriate to conduct such a study on the subject. In addition the Constitutional Court also observes the decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR) in terms of protection of fundamental rights while deciding on violations. Since the principles set forth in the case-law of ECtHR were taken into account in the reasoning of the decision to delaying the pronouncement of the judgment, it should also be emphasized that the regulation in Article 231 of the Turkish Criminal Procedure Code should be revised. However, due to the jurisprudence of the Constitutional Court regarding the fact that the regulation in Article 231 of the Criminal Procedure Code is not unconstitutional and the jurisprudence given upon individual application that Article 231 of the Criminal Procedure Code should not be applied in the concrete case; the security of law has become open to discussion on this subject. In the study, it is aimed to emphasize that these issues should be considered and evaluated together, and even the need to change the law on the subject.

**Keywords:**

Delaying the Pronouncement of the Judgment, Individual Application, Concrete Judicial Review, The Provision which is Applicable to the Case, Trial Court.

## GİRİŞ

Makaleye konu olayda; kolluk görevlisinin müdahalesiyle insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiği gerekçesiyle adli ceza yargılaması sonunda dava mahkemesi tarafından verilen HAGB kararına karşı, yasa yollarının tüketilmesi ve kesinleşmesi üzerine bireysel başvuru isteminde bulunulduğu, AYM İkinci Bölümünün bireysel başvuru istemini yerinde bularak ihlal kararı verdiği;<sup>1</sup> ancak ihlal kararı üzerine dava mahkemesi, yargılama devam ederken davaya uygulanacak yasa maddesinin birden çok fıkrasının (5271, m.231/5-14) anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle konuyu somut norm denetimi için AYM Genel Kurulu'na taşımıştır.

AYM Genel Kurulu çoğunluğu somut norm denetimi yoluyla önüne gelen bu davada; bireysel başvuru üzerine AYM'nin İkinci Bölümü tarafından verilen ihlal kararı ve ihlal kararı doğrultusunda dava mahkemesinin vereceği yeni kararda, 5271 sayılı CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanmasının mümkün olmaması nedeniyle, “*kuralın itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından başvuran Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine*” karar vermiştir.<sup>2</sup>

AYM Genel Kurulu kararında, bireysel başvuru üzerine verilen ihlal kararı doğrultusunda gereğinin yapılmasının zorunlu olduğuna ve dolayısıyla sanık hakkında 5271 sayılı CMK'nın 231'inci maddesinin 5-14'üncü fıkralarının uygulanamayacağına işaret ederek, yeniden yargılama yapacak olan dava mahkemesinin davada uygulanamayacak yasa hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasıyla konuyu AYM'nin önüne taşıyamayacağı gerekçesine dayanmaktadır.

Dört başlık altında yapılan bu çalışmada; birinci başlık altında somut norm denetimi; ikinci başlıkta AYM İkinci Bölümü'nün kararı; üçüncü başlıkta AYM Genel Kurulu'nun kararı; dördüncü başlıkta da AYM kararlarının değerlendirilmesi yapılacaktır.

## I. SOMUT NORM (DEFÎ, İTİRAZ YOLU İLE) DENETİMİNİN KOŞULLARI

Bir normun (Yasa veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin) Anayasaya aykırılığının tespiti için Anayasa Mahkemesine dava açılması gerekir. Bu dava hukukumuzda iki şekilde açılabilir. Biri, “doğrudan doğruya iptal davası”dır<sup>3</sup> (Ana-

<sup>1</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018. AYM bir başka başvuruda ise, “cinsel saldırı ve taciz” suçunun işlendiği iddiasıyla Cumhuriyet başsavcılığına yapılan şikâyet üzerine başlatılan soruşturma sonucu kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının, yani Anayasa'nın 17/1'inci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2016/3122, KT: 28.5.2019).

<sup>2</sup> AYM, Genel Kurul, 2020/102, 2021/1, 14.1.2021; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406.

<sup>3</sup> Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2016, s. 89.

yasa, m.150). Buna soyut norm davası da denir. Bu dava için görülmekte olan bir dava olması şartı yoktur. Bu davanın açılabilmesi belli bir süreye tabi olup, ayrıca anayasada belirtilen kimselerce açılabilir.

İkincisi, “dolayısıyla iptal davası” olup, bu dava yapılmakta olan bir mahkemede uygulanacak bir normun iptal edilmesi için açılır (Anayasa, m.152). Buna somut norm davası denir. Bu dava da iki biçimde açılabilir. Biri davanın taraflarınca normun anayasaya aykırılığının ileri sürülmesi ve mahkemenin de bu iddiayı ciddi bulması; ikincisi de, mahkemenin kendiliğinden (re’sen) davada uygulanacak normun anayasaya aykırılığı gerekçesiyle, muhakemeyi durdurup, “bekletici sorun” yaparak, dosyayı Anayasa Mahkemesine göndermesidir.

Somut norm denetimi, “bir mahkemede görülmekte olan bir dâvanın karara bağlanmasının o dâvada uygulanacak hukuk normunun anayasaya uygun olup olmadığına bağlı olması halinde yapılacak denetimdir”.<sup>4</sup> Somut norm denetimi, normun şekliyle değil, esasıyla ilgilidir.

Somut norm denetiminde normun anayasaya aykırılığı iddiasının AYM’nin önüne götürülebilmesi, davaya bakan mahkemenin takdirine (iddiayı ciddi bulmasına) bağlıdır. Mahkemenin iddiayı ciddi bulmaması halinde, bu ret kararı esasla ilgili karar/hükümle beraber yasa yolu incelemesinde değerlendirilir. Ancak yasa yolu incelemesinde (başvuru yoluna göre itiraz mercii, istinaf ve temyizde) değerlendirilir (CMK, m.272/2; m.287/1).<sup>5,6</sup>

Davaya bakan mahkemenin önünde iki sorun bulunmaktadır. Biri, dava konusu uyuşmazlığın çözülmesidir ve buna asıl sorun denmektedir; diğeri ise, davada uygulanacak hukuk normunun anayasaya aykırı olup olmadığıdır ve buna da tali sorun denmektedir.<sup>7</sup> Somut norm denetiminin kabul edildiği bir sistemde, dava mahkemesi açısından normun anayasaya uygun olup olmadığının belirlenmesinde (tali sorunun çözümlenmesinde) dava mahkemesi açısından iki sorun bulunmaktadır: Bekletici sorun veya ön sorun.

<sup>4</sup> Metin Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu*, 1. Baskı, AÜSBF Yay., Ankara, 1966, s. 35; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2020, s. 398; Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2019, s. 526; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 25. Baskı, Ekin Yay., Bursa, 2020, s. 444; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 24. Baskı, Beta Basım Yay., İstanbul, 2020, s. 245; Osman Korkut Kanadoğlu / Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 1. Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2020, s. 451 vd.; O. Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, 1. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2004, s. 166 vd.

<sup>5</sup> “Hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararlarına karşı da hükümle birlikte istinafyoluna başvurulabilir” (CMK, m.272/2).

<sup>6</sup> “Hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları da hükümle beraber temyiz olunabilir” (CMK, m.287/1).

<sup>7</sup> Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 526.

**Bekletici sorun**, davaya bakan mahkemenin, davanın esasının incelenmesi sırasında ortaya çıkan, ancak mahkemenin görevi dışında kalan ve esas davanın çözümlenmesine etkisi olan uyuşmazlıktır. Böyle bir sorunla karşılaşan mahkeme o konuda kendisi karar vermez, davayı durdurarak, anayasaya aykırılık sorununu bekletici sorun olarak davaya bakan mahkeme dışında kalan yetkili bir organ veya Anayasa Mahkemesine gönderir.<sup>8</sup>

Bir davanın esasını çözmeye yetkili mahkemenin, anayasaya aykırılık tali sorununu çözmeye kendisi yetkili ise, buna da ön sorun denir.<sup>9</sup> 1961 Anayasası'nda, Anayasa Mahkemesi'nin bekletici sorunu altı ay içerisinde karara bağlayamaması halinde dava mahkemesinin bunu “ön sorun” olarak kendisinin çözüme yetkisi vardı (1961 Anayasası, m.151/4).<sup>10</sup> 1982 Anayasası'nda dava mahkemelerinin ön sorun yolu ile anayasaya aykırılığı çözebilmesi kabul edilmemiştir.<sup>11</sup> 1982 Anayasası'ndaki düzenlemeye göre, “*Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmemezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır*” (1982 Anayasası, m.152/3).

Somut norm denetimi yolu ilke kez Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) 1803 yılında Marbury/Madison dâvasında içtihat yolu ile açılmıştır. 1787 Anayasasında yasaların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi düzenlenmemiştir. Bu kararda, Anayasanın yasalardan üstün bir hukuk kuralı olması nedeniyle, yargıcın davayı, anayasa ile yasa arasında farklılık (çatışma) olması halinde yasaya değil, anayasaya göre sonuçlandırması kabul edilmiştir.<sup>12</sup>

Somut norm denetimi, yasanın yürürlüğe girmesinden sonra ve herhangi bir süreye bağlı olmaksızın,<sup>13</sup> bakılmakta olan davada verilen kararın kesin hüküm halini almasına kadar mümkündür. Ancak, bir hükmün kesinleşmesinden sonra, mevcut hukuk düzeni içerisinde “yargılamanın yenilenmesi” (5271, m.311 vd.) veya “yeniden yargılama” (6216, m.50/2) durumlarında da bakılmakta olan dava söz konusu olduğu için, bu hallerde de somut norm denetimi yapılabilir.

<sup>8</sup> Teziç, s. 246; Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 527.

<sup>9</sup> Teziç, s. 248; Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 527.

<sup>10</sup> 1961 Anayasası'nın 151/4'üncü maddesindeki düzenlemeye göre; “*Bu süre içinde karar verilmemezse, mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümlüyerek davayı yürütür. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak zorundadır*”. Görüldüğü gibi 1961 Anayasası'nda da ön sorunun çözümlenmesinde dava mahkemesinin yetkisi sınırlıydı. Çünkü, dava mahkemesinin kararı kesinleşmeden önce AYM kararı gelirse, “ön sorun çözüme” sistemi değil, “bekletici sorun” sistemi kabul edilmiş olmaktadır.

<sup>11</sup> Şeref İba / Abbas Kılıç, *Anayasa Yargısı Derleri*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 90.

<sup>12</sup> Turhan Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi*, AÜSBF Yayını, Ankara, 1951, s. 164-170; Teziç, s. 245-246.

<sup>13</sup> Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 526.

Diğer yandan, AYM'ye bireysel başvuru yolu, somut norm denetimi yolundan çok daha geniştir.<sup>14</sup>

Anayasaya uygunluk denetimi yetkisi sadece AYM'ye ait olmakla beraber, “Anayasayı yorumlamaya ve ölçü norm olarak kullanmaya yalnızca AYM'nin yetkili olmadığı, bu yetkiye genel olarak tüm mahkemelerin sahip” olduğunu kabul etmek gerekir.<sup>15,16</sup> Ancak, somut norm denetiminde, diğer mahkemelerin yasaya “riayet” etmemesine engel olunması için son sözün AYM'ne söylenmesi amaçlanmıştır.<sup>17,18</sup>

Diğer yandan, AYM'ye göre somut norm denetiminin amacı, bir hukuk kuralında Anayasaya aykırılık varsa, o kuralın iptal edilmesi yoluyla “*Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin egemen kılınmasıdır*”.<sup>19,20</sup> Bir normun anayasaya aykırılığını, “*yargıcın uygulamak zorunda olduğu yasa ortaya çıkarır*”.<sup>21</sup> Çünkü normun davada uygulanması sırasında anayasaya aykırılığı daha belirgin hale gelmektedir.

Somut norm denetimi, yasa yolu incelemesini yapan mahkemeler dahil, davaya bakan her mahkeme tarafından işletilebilir. Dolayısıyla olağanüstü yasa yolu incelemesinde de mahkemenin buna yetkili olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin, yargılamanın yenilenmesi davasında verilecek karar ile (CMK, m.311 vd.) olağan yargılama sonunda verilen karar arasında yasa yolu incelemesinde büyük farklılık bulunmamaktadır.<sup>22</sup>

<sup>14</sup> Teziç, s. 247.

<sup>15</sup> Kanadoğlu, s. 167.

<sup>16</sup> Fransa'da somut norm denetimi yolu ile görülmekte olan davada uygulanacak yasayla temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiği iddiasının ilk derece mahkemeleri ile Yargıtay veya Danıştay'ın filtresinden geçerek Anayasa Konseyi'ne iletilmesinde, anayasaya uygunluk denetiminin Anayasa Konseyi yanında diğer mahkemelerde de yapıldığı konusunda bkz. Mete Özgür Falcioğlu, ‘*Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Dönemi*’, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Cilt: 1, Aralık 2015, s. 65-88.

<sup>17</sup> Kanadoğlu, s. 168; Kanadoğlu/Duygun, s. 452.

<sup>18</sup> Ancak, aşağıda davaya bakacak mahkeme başlığı altında açıklandığı üzere, AYM bir davaya bakıyorsa, konuyla ilgili değerlendirmeyi doğal olarak kendisi yapmaktadır.

<sup>19</sup> AYM, E. 1981/10, K. 1983/16, KT: 8.12.1983.

<sup>20</sup> AYM, fiili durumun, “günün koşullarına uygun bir düzeye getirilmemiş bulunmasını Anayasaya aykırılık nedeni saymaya olanak yoktur” gerekçesiyle iptal kararı vermezken (AYM, E. 1980/2, K. 1980/57, KT: 18.11.1980); Federal Alman AYM, henüz Anayasaya aykırı olmamakla beraber, gelecekte Anayasaya aykırılığın giderilmesi için yasama organına direktif verebildiğine işaret etmektedir. Bkz. Erdoğan Teziç, ‘*Kanunların Anayasaya Uygunluğunun “Esas” Açısından Denetimi*’, Anayasa Yargısı 3, Anayasa Mahkemesi Yay., 1986, s. 26; <https://anayasa.gov.tr/media/4842/tezic.pdf> (Erişim Tarihi: 01.8.2021).

<sup>21</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, 3. Baskı, İmge Kitabevi, 2000, s. 68.

<sup>22</sup> CGK yargılamanın yenilenmesinin istenmesi üzerine verilen kararın temyizden incelenmesi konusunda aşağıdaki kararı vermiştir: “*Hükümlü müdafinin yargılamanın yenilenmesi*

## A. Bakılmakta Olan Dava

Somut norm denetiminin yapılabilmesinin temel koşulu, bu yola sadece bakılmakta olan davada başvurulabilmesidir.<sup>23</sup> Bakılmakta olan davadan söz edilmesi için mahkemeye usulünce açılmış bir davanın bulunması ve hükme bağlanmamış olması gerekir.

Bakılmakta olan davadan söz edilebilmesi için ceza davaları bakımından kovuşturmanın başlamış olması gerekir. Eğer iddianame iade edilmişse açılmış davadan söz edilemez (CMK, m.174/1). İddianamenin mahkeme yargıcı tarafından havale edilmesinden itibaren on beş gün içerisinde kabulüne karar verilmişse dava, iddianamenin açıkça kabul tarihinde;<sup>24</sup> on beş günde karar verilmemişse iddianamenin zımnî kabul edilmesi söz konusu olacağı için, bu kez de davanın zımnî kabul tarihinde açıldığı kabul edilecektir (CMK, m.174/3).

Bakılmakta olan davadan söz edilebilmesi için davanın henüz karara bağlanmamış olması gerekir. Dava mahkemesi hüküm vermiş ve bu hükme karşı yasa yoluna başvurma mümkünse, yasa yolu incelemesinde de somut norm denetimi mümkündür. Buna karşın, bakılmakta olan davada hüküm verilmiş ve kesinleşmiş ise, somut norm denetimi yoluna başvurulamaz.

Ancak, kesinleşmiş bir hükme karşı, örneğin ceza davasında yargılamanın yenilenmesi davası açılmış olursa, bu kez yine somut norm davası açılabilir. Zira, yargılamanın yenilenmesi de bir davadır. Kesin hükümden sonra başvurulmuş yargılamanın yenilenmesinde teknik anlamda bir dava vardır.

AYM'ye göre, açılmış davadan söz edebilmek için, mahkemenin o davaya bakmaya görevli olması da gerekir.<sup>25</sup>

*talebi üzerine yerel mahkemece, 5271 sayılı CMK'nun 311 vd. maddeleri uyarınca gerekli inceleme yapıldıktan sonra, ileri sürülen olay veya delilin yukarıda açıklandığı üzere "yeni" olmaması nedeniyle aynı kanunun 319/1. maddesi gereğince yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule şayan görülmeyle reddedilmesine karar verilmesi gerekirken, bu inceleme yapılmadan dilekçeye ekli sonradan hatalı ölçümleme sonucu düzenlendiği anlaşılan bilirkişi raporuna itibar edilerek yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer görülüp duruşmalı olarak yargılamanın yenilenmesi muhakemesine geçilmesi hatalı bir uygulama ise de; yerel mahkemece yürütülen yargılamanın yenilenmesi muhakemesinde talebe dayanak gösterilen raporun "yeni delil" niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşılarak, talebin reddine ve önceki hükmün onanmasına karar verilmesi sonucu itibarıyla isabetlidir"* (CGK, E. 2012/3-909, K. 2014/121, KT: 11.03.2014).

<sup>23</sup> Özbudun, s. 399.

<sup>24</sup> CMK'nın 174/1'inci maddesinde belirtilen on beş günlük süre içerisinde iddianame iade edilmez ve iddianamenin kabulüne (eksiklik bulunmadığına) karar verilebilir.

<sup>25</sup> AYM, E. 1969/46, K. 1970/2, KT: 6.1.1970; E. 1976/9, K. 1976/10, KT: 2.3.1976; E. 1963/41, K. 1963/94, KT: 22.4.1963. AYM'nin bu yaklaşımı öğretide, davaya hangi mahkemenin bakacağı konusunda belirleme yetkisinin uyuşmazlık mahkemesine ait olduğu ve bu nedenle AYM'nin, davaya bakan mahkemenin görevli olup olmadığını araştırmaması gerektiği yönünde eleştiriler var. Bkz. Özbudun, s. 400-401; Kıratlı, s. 61-65; Yılmaz Aliefendioğlu, 'Türk Anayasa Yargısında İptal Davası



## B. Davaya Bakan Mahkeme

Anayasa'nın 152/1'inci maddesindeki düzenlemeye göre, “*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır*”.

Anayasa'nın 152'nci maddesinde 2017 Anayasa değişikliği ile KHK yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesine yer verildi.

AYM, davaya bakan mahkeme ve davaya uygulanacak yasa hükmü kavramlarına ilişkin çok sayıda karar vermiştir. Konuya açıklık getirebilmek için bunlara sırayla göz atmakta yarar var:

AYM önceki kararlarında davaya bakan mahkeme kavramına açıklık getirmiştir. Buna göre mahkeme kavramı, “*adli, askerî ve idarî davalara bakan ve bu dâvalarda nihai hüküm vermek suretiyle uyuşmazlıkları çözümlleyen her derece mahkeme*”sini ifade eder.<sup>26</sup>

Başka bir kararında da AYM, mahkeme kavramını, “*bir davaya bakmakta olan, hâkim niteliğinde kişilerden kurulu, yargı yetkisine sahip, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını çözümlleyen merci*” olarak tanımlamıştır.<sup>27</sup>

AYM, İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının somut norm denetimi istemesiyle ilgili bir kararında,<sup>28</sup> “*Bir kuruluşun mahkeme sayılabilmesi için, karar organlarının hâkimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlenmekle görevli olması ve Anayasa'da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gereklidir.*” diyerek, mahkemenin genel tanımını yaptıktan sonra; “*Anayasa'nın 79. maddesinde seçimlerin, yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılması öngörülmüş ve seçimlerin başlamasından bitimine kadar seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerinin seçim tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kuruluna verilmiştir. Ayrıca Anayasa'ya göre Yüksek Seçim Kurulu'nun kararlarına karşı başka bir merciye başvurulamaz*” demiştir.

---

*ve İtiraz Yolu'*, Anayasa Yargısı, Ankara, 1984, s. 120-121. Görev konusunda AYM kararı yerinde; çünkü, uyuşmazlık mahkemesinden geçmiş dava dosyaları için farklı düşünülebilse de, Anayasa'da yer alan, “*Diğer mahkemelerle, Anayasa Mahkemesi arasındaki görev uyuşmazlıklarında, Anayasa Mahkemesinin kararı esas alınır*” düzenlemesi karşısında (Anayasa, m.158/son), AYM'nin böyle bir değerlendirmeye ben yetkili ve görevliyim demesi doğaldır.

<sup>26</sup> AYM, E. 1964/51, K. 1965/3, KT: 12.1.1965, AMKD, Sayı: 3, s. 19 vd.

<sup>27</sup> AYM, E. 1967/15, K. 1967/15, KT: 30.5.1967, AMKD, Sayı: 5, s. 119 vd.

<sup>28</sup> AYM, E. 1992/12, K. 1992/7, KT: 18.2.1992, AMKD, Sayı: 28, Cilt: 1, Ankara, 1993, s. 139.



AYM aynı kararında, “Seçim kurulları ve seçimlerle ilgili yasa hükümleri kendine özgü bir çözüm ve kurallar bütünüdür. Anayasa’nın 79. maddesinde dayanağını bulan seçim yasaları ile bu kurullara ve yargıçlara verilen görevler seçimin sınırları içinde ve kendi bütünlüğü çerçevesinde değerlendirilmelidir” gerekçesi ile İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının “bir davaya bakmakta olan mahkeme” olarak nitelendirilemeyeceğine işaret etmişti.<sup>29</sup>

Ancak AYM, “Başta Yüksek Seçim Kurulu olmak üzere seçim kurulları Anayasa’nın yargı bölümünde yer almadığı gibi yargı organlarının sahip olması gerekli olan ve yukarıda sayılan anayasal niteliklerin tümüne de sahip değildir” demiştir.<sup>30</sup>

AYM bu kararında devamla, “Anayasa ve seçimle ilgili yasalara göre, seçim kurulları genelde seçimin yönetim, denetim ve gözetimi ile görevli olan ve istisnai olarak da seçimle ilgili uyuşmazlıkları çözümleyen kuruluşlardır. Seçimle ilgili uyuşmazlıkları kesin nitelikte olarak çözümlemiş olmaları, Yüksek Seçim Kurulu’nun tümünün yüksek yargıçlardan kurulu bulunması, il ve ilçe seçim kurulu başkanların(in)<sup>31</sup> yargıç olmaları bu kurulların mahkeme olarak nitelendirilmeleri için yeterli değildir. Aynı şekilde ilçe seçim kurulu başkanının bazı cezai yaptırımlar uygulamaya yetkili olması da, bu kurul başkanlığının mahkeme sayılmasını gerektirmez” diyerek, ilçe seçim kurulunun somut norm denetimi isteminde bulunmaya yetkili olmadığına karar vermiştir.<sup>32</sup>

AYM sonraki bir kararında, İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının, yargısal fonksiyon ifa edip etmediğinin saptanmasında yasayla kurulmuş olma unsuruna sahip olduğuna işaretle,<sup>33</sup> Anayasa’nın 36’ncı maddesinde “yargı yeri” olarak belirlenen organlardan olduğu sonucuna ulaşmıştır.<sup>34</sup>

AYM, sorgu hâkimlerini;<sup>35</sup> hakemleri;<sup>36</sup> vergi itiraz ve temyiz komisyonlarını;<sup>37</sup> il ve ilçe idare kurullarını<sup>38</sup> mahkeme olarak kabul etmemiştir.

Buna karşın AYM, icra tetkik mercilerini mahkeme olarak kabul etmiştir.<sup>39</sup>

<sup>29</sup> AYM, E. 1992/12, K. 1992/7, KT: 18.2.1992.

<sup>30</sup> AYM, E. 1992/12, K. 1992/7, KT: 18.2.1992.

<sup>31</sup> Sözcüğün sonuna “(n)ı ben ekledim.

<sup>32</sup> AYM, E. 1992/12, K. 1992/7, KT: 18.2.1992, AMKD. Sayı: 28, Cilt: 1, Ankara, 1993, s. 140.

<sup>33</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/3912, KT: 6.2.2014, para. 47.

<sup>34</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/3912, KT: 6.2.2014, para. 48.

<sup>35</sup> AYM, E. 1964/51, K. 1965/3, KT: 12.1.1965, AMKD, Sayı: 3, s. 19 vd.

<sup>36</sup> AYM, E. 1963/46, K. 1963/43, KT: 28.2.1963, AMKD, Sayı: 1, s. 113-115.

<sup>37</sup> AYM, E. 1966/16, K. 1966/28, KT: 27.6.1967, AMKD, Sayı: 4, s. 172 vd.

<sup>38</sup> AYM, E. 1965/18, K. 1965/53, KT: 11.10.1965, AMKD, Sayı: 3, s. 242 vd.

<sup>39</sup> AYM, E. 1967/15, K. 1967/15, KT: 30.5.1967, AMKD, Sayı: 5, s. 119.

**Sayıştay**'ın mahkeme kavramı içerisinde değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği konusu tartışmalı olmakla beraber,<sup>40</sup> AYM Sayıştay'ı önceki kararında "mahkeme" olarak kabul etmemiş,<sup>41</sup> ancak daha sonraki kararlarında "mahkeme" olarak kabul etmiş;<sup>42</sup> "*Sayıştayın, hesap yargılaması kapsamında baktığı yargısal işin Anayasa'nın 152. maddesi anlamında bir dava olduğu anlaşılmaktadır*" demiştir.<sup>43</sup>

Uyuşmazlık mahkemesi için öğretide, bu mahkemenin adlî ve idarî yargı mercileri arasındaki görev uyuşmazlığını giderme bakımından işin esasını çözmesi söz konusu olmamakla beraber; hüküm uyuşmazlığının giderilmesinde işin esasıyla ilgili karar verdiği için mahkeme olarak kabul edilmesi gerektiğine işaret edilmektedir.<sup>44</sup>

AYM, ilk derece (Yüce Divan) sıfatıyla baktığı davalar ile siyasi parti kapatma davalarında, Anayasa'nın 152'nci maddesi anlamında mahkeme olduğuna karar vermiştir.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> Özbudun, s. 401'de, Anayasa'nın yargı bölümünde düzenlenmesi ve "kesin hükümleri dolayısıyla idarî yargı yoluna başvurulamayacağını belirtmesi karşısında, Sayıştayın, sorumluların hesap işlemlerini kesin hükme bağlama faaliyeti sırasında mahkeme olduğu kabul edilmelidir" demektedir.

<sup>41</sup> AYM'ye göre Sayıştay mahkeme değildir. AYM, E. 1990/39, K. 1991/21, KT: 11.7.1991, AMKD, Cilt: 1, Sayı: 27., s. 452'de, "*Sayıştay, Anayasa'nın 160. maddesine göre, temelde T.B.M.M. adına mali denetim görevini yapan ve özel olarak da bu denetim çerçevesinde aleyhine hiçbir yargı organına başvurma olanağı bulunmayan kimi kesin kararlar alan kendine özgü bir anayasal kurumdur. Yargı kuruluşlarına benzemeyen görev, yetki çalışma yöntemleri ve aleyhine yargı yollarının izlenmesi olanaksız kimi kesin hükümler kurması nedeniyle Sayıştay bir yargı kuruluşu sayılamaz ve mensupları da hâkimlere ilişkin hükümlere bağlı tutulamaz.*" denmektedir. Bu konuda bkz. İbrahim Şahbaz, 'Sayıştay Yüksek Mahkeme Değildir', Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı: 108, Kasım 2000, s. 36-43.

<sup>42</sup> AYM'ye göre, "*Sayıştayın idari bir makam olarak kabulü durumunda, Sayıştay ile Danıştay kararları arasındaki uyuşmazlıkta Danıştay kararının üstün olduğunu vurgulayan Anayasa hükmününün bir anlamı kalmayacaktır. Çünkü yargı kararları ile idari kararlar arasında kıyas yapılması dahi mümkün değildir. Anayasa koyucunun, Sayıştay ile Danıştay kararları arasında bu şekilde bir kıyaslama yapma ihtiyacı duyması, ikisini de yargı organı olarak görmesinin bir sonucudur*" (AYM, E. 2012/102, K. 2012/207, KT: 27.12.2012).

<sup>43</sup> AYM, E. 2014/172, K. 2014/170, KT: 13.11.2014; R.G.: 10.01.2014, Sayı: 29232.

<sup>44</sup> Özbudun, s. 401-402.

<sup>45</sup> AYM, E. 1964/22, K. 1964/54, 03.07.1964 tarihli kararında, anayasanın doğrudan uygulanması konusunda değerlendirme yaparken, "*Anayasa Mahkemesine gelince: Bu mahkeme sadece Yüce Divan işlerinde ve siyasi partilerin kapatılması dâvalarında uygulanacak kanun hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse bekletici mesele çıkarmağa ve aykırılığı karara bağlamaya yetkilidir. (44 sayılı kanun - Madde 20/2). Öyle ise Anayasa Mahkemesinin iptal dâvaları, itiraz başvuruları, Yüce Divan işleri ve parti kapatma dâvaları dışında Anayasa'ya aykırı bir kanun hükmününün iptaline karar vermesi mümkün değildir.*"; AYM, E. 1971/41, K. 1971/67, KT: 17.8.1971 ve 19.8.1971 tarihli kararında da, "*Anayasa Mahkemesi ancak Yüce Divan sıfatıyla görev yaptığı yahut siyasi partilerin kapatılması dâvalarına baktığı sıralarda Anayasa'nın 151. maddesinde sözü edilen mahkeme durumuna düşer*" demektedir.

Ancak bireysel başvuru üzerine somut norm denetimi yapılamayacağına ilişkin açık düzenleme olmaması ve Anayasanın 148'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır*” denmesine ilişkin düzenleme karşısında, bireylerin doğrudan anayasa mahkemesine somut norm denetimi yoluyla iptal davası açmaları mümkün değildir.

Fakat Anayasada, “*Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir*” (m.148/5) hükmüne yer verilmesi ve ilgili yasada, “*Mahkeme, incelemesini dosya üzerinden yapmakla birlikte, gerekli görürse duruşma yapılmasına da karar verebilir*” (6216, m.49/4) denmesi karşısında, AYM bireysel başvuruda gerektiğinde duruşmalı inceleme yapılabileceğinden, diğer koşulların da varlığı halinde, bireysel başvuru incelemesinde somut norm denetimi yapılması gerekmektedir.<sup>46,47</sup> Çünkü, AYM’ye yapılan bireysel başvuru bir davadır. O nedenle 6216 sayılı Yasanın 49/4’üncü maddesinde “duruşmalı inceleme”den söz edilmektedir. AYM bir mahkeme olduğuna ve bireysel başvuru ile dava açıldığına ve davanın “duruşmalı incelenmesinin” mümkün olduğuna göre, “kendine özgü”<sup>48</sup> bir somut norm denetimi yapılabilir. Örneğin, esas mahkemesinde, davaya uygulanacak hukuk normunun anayasaya aykırı olduğu ileri sürülse ve bu iddia reddedilse, yasa yolu incelemesinde (istinaf veya temyiz) anayasaya aykırılık iddiası ciddi görülmezsizin esas mahkemesi kararına yönelik istek reddedilse (yani hüküm kesinleşmiş olursa), bu kesin hükme karşı bireysel başvuru yapıldığında yasanın gerçekte anayasada yer alan temel haklara aykırı olduğu açık biçimde anlaşılrsa, buna rağmen AYM’nin bireysel başvuruda somut norm denetimi yapmaya yetkili değilim demesi, temel hakların korunduğu anlamına gelecek mi? Çünkü, yasanın açıkça anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerden birine aykırı olması, hükmün de anılan yasa hükmüne uygun verilmesi halinde, başka neden veya gerekçeyle ihlal kararı verilse bile, anayasaya aykırı yasa hükmünün hukuk dünyasında yürürlüğünün korunması, insan haklarına dayalı/saygılı bir hukuk devletinde kabul edilmemesi gerekir. Bu tür durumlarda, yasa metnine sıkı sıkıya bağlı kalmak yerine, insan haklarının yaşam pratiğine aktarılmasını sağlayacak bir yorum biçiminin kabul edilmesi gerekir.

<sup>46</sup> İbrahim Şahbaz, ‘*Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar*’, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar), Türkiye Barolar Birliği Yayını, Panel, Ankara 2011, s. 91 vd.

<sup>47</sup> Şahbaz’a göre, “*AYM’nin bireysel başvuruyu değerlendiren dairesi, bireysel başvuruya konu karara dayanak yapılan yasa hükmünün anayasaya aykırılığı iddiası ile somut norm denetimi yapılmak üzere genel kurula taşıyabilir*” (İbrahim Şahbaz, ‘*Adli Yargı Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru*’, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2016, Cilt: 42, Sayı: 3, s. 558).

<sup>48</sup> Bireysel başvuruya konu kararlar çoğunlukla esas mahkemesince hükme bağlanan ve kesinleşmiş kararlar olduğu için, “kendine özgü” bir somut norm denetimi kavramını kullanıyorum.

AYM, bireysel başvuru incelemesinde, AİHM kararını dikkate alarak, “AİHS’in 6. maddesi de klasik yargı teşkilatında bulunan mahkemelerin dışında kalan ama yargılama faaliyetlerinde bulunan organları da kapsayacak şekilde ‘yargı yeri’ (tribunal) kelimesini kullanmaktadır. AİHM’e göre bir organa kelimenin maddi anlamında yargı yeri özelliği kazandıran, onun yargısal fonksiyonudur” demiştir.<sup>49</sup>

AYM bu kararında mahkeme kavramını açıklamak için farklı yaklaşımlar geliştirmiştir. Bu yaklaşımlardan birine göre, “Günümüzde genel kabul gören organik-şekli ölçüte göre, yargısal faaliyet, kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız kuruluşlar tarafından, hukuki uyumsuzlukların ve hukuka aykırılık iddialarının özel yargılama usulleri izlenerek çözümlenmesi ve kesin hükme bağlanması faaliyeti olarak tanımlanmaktadır. Bağımsızlık ve tarafsızlık, yargı fonksiyonunu idare fonksiyonundan ayıran en önemli ölçüt olup, yargı yetkisini kullanacak olan merciin, çözülmesi istenen uyumsuzluğa doğrudan veya dolaylı olarak taraf olmayan ve uyumsuzluğun taraflarından tamamen bağımsız olan kişi veya kişilerden oluşmasını gerektirmektedir. Öte yandan yargılama faaliyetinde idari faaliyetten farklı olarak, uyumsuzluğun çözümü, bağımsızlık ve tarafsızlığı güçlendiren özel yargılama usulleri izlenerek gerçekleştirilmektedir”<sup>50,51</sup>

AYM, AİHM kararlarına yollamada bulunarak, “İlgili karar organının mahkeme olarak nitelendirilebilmesi için ayrıca dava konusu olayı hem maddi hem de hukuki açıdan inceleme yetkisine sahip olması<sup>52</sup> ve dava konusunu bağlayıcı bir şekilde sonuçlandırma yetkisinin bulunması gereklidir”<sup>53</sup> demiştir.<sup>54</sup>

AYM’nin, yasama dokunulmazlığının kaldırılması, TBMM üyeliğinin düşmesine ilişkin kararların denetlenmesinde, bakılmakta olan davadan söz edilemeyeceği için, bir hükmün anayasaya aykırılığını bekletici sorun yapamayacağı savunulmaktadır.<sup>55</sup>

AYM, yasaların veya TBMM İçtüzüğü’nün Anayasaya uygunluğunu denetlerken yahut dokunulmazlığının kaldırılmasına veya TBMM üyeliğinin düştü-

<sup>49</sup> AİHM, *Belilos/İsviçre*, B. No: 10328/83, KT: 29.4.1988, para. 64; AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/3912, KT: 6.2.2014, para. 32; Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 529.

<sup>50</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/3912, KT: 6.2.2014, para. 34.

<sup>51</sup> Aynı kararında AYM, “Ayrıca, yargı organları bir uyumsuzluğu kesin bir biçimde çözerken, idare organlarının verdiği kararlar kural olarak kesin nitelikte değildir. Dolayısıyla verilen karara karşı herhangi bir organa başvurulamaması, karara yargısal kimlik kazandıran önemli bir göstergedir” demiştir (AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/3912, KT: 6.2.2014, para. 34; bkz. AYM, E. 2012/102, K. 2012/207, KT: 27.12.2012).

<sup>52</sup> AİHM, *Belilos/İsviçre*, B. No: 10328/83, KT: 28.4.1988, para. 70.

<sup>53</sup> AİHM, *Findlay/İngiltere*, B. No: 22107/93, KT: 25.2.1997, para. 77.

<sup>54</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/3912, KT: 6.2.2014, para. 35.

<sup>55</sup> AYM, E. 1964/22, K. 1964/54, KT: 03.07.1964; Özbudun, s. 402.

ğüne ilişkin kararların denetlenmesi görevini yaparken, davaya bakan mahkeme durumunda olmadığına karar vermiştir.<sup>56</sup>

AYM, Yüksek Seçim Kurulu'nun “*yargı yeri ve kararlarının da yargısal nitelikli kararlar olduğu kabul edilse dahi*”, kararlarına karşı bireysel başvurunun mümkün olmadığına karar vermiştir.<sup>57</sup>

İncelemekte olduğumuz, AYM Bölümünün verdiği ihlal kararı üzerine davaya bakan mahkemenin, AYM Genel Kurulu tarafından verilen karara konu olayda, somut norm denetimi yapılmasının istenmesinde, mahkeme kavramında tartışma yoktur.

Asıl tartışmalı husus, AYM Bölümünün verdiği ihlal kararı üzerine davaya uygulanacak normun olup olmadığıdır. Bir başka deyişle, sanık hakkında CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanmasının hukuka uygun olmadığı gerekçeyle ihlal kararı verilmesine rağmen, sanık hakkında verilen hapis cezasıyla ilgili olarak CMK'nın 231'inci maddesinin davada uygulanacak hüküm olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Eğer davaya uygulanacak hüküm yok denirse, o zaman AYM Genel Kurulu çoğunluğunun yetkisizlik nedeniyle verdiği, ret kararının hukuka uygun olduğu; değilse, yani davaya uygulanacak yasa hükmü var denirse, AYM Genel Kurulu çoğunluğunun görüşünün hukuka uygun olmadığı, ortaya çıkacaktır.

Bu durumda dava mahkemesinin yeniden yargılamada, olaya özgü olarak, davaya uygulanacak yasa hükmünün var olup olmadığına değerlendirmesine geçebiliriz.

### C. Davaya Uygulanacak Norm

Davaya uygulanacak norm kavramı, AYM'nin istikrar bulan kararlarıyla açıklığa kavuşturulmuştur.

AYM kararlarına göre, somut norm denetiminde, davaya bakan mahkemenin söz edebilmek için öncelikle mahkemenin o davaya bakmaya yetkili

<sup>56</sup> AYM, E. 1971/41, K. 1971/67, KT: 17.8.1971 ve 19.8.1971, AMKD, Sayı: 11, s. 52-96.

<sup>57</sup> AYM, Genel Kurul, B. No: 2015/6723, KT: 14.7.2015, R.G.: 7.10.2015, Sayı: 29495: “*Tartışılması gereken temel husus, YSK'nın yargı yeri ve kararlarının da yargısal nitelikli kararlar olduğu kabul edilse dahi Anayasa'nın 79. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi karşısında YSK kararlarının bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesince incelenip incelenemeyeceği sorunudur. Bu konunun aydınlatılmasında Anayasa'nın anılan hükmünde geçen 'Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz.' ibaresi ve 298 sayılı Kanun'un 132. maddesinde geçen 'Kurulun kararı kesindir. Aleyhine hiçbir mercie ve kanun yoluna başvurulamaz.' ibaresinin ne anlam ifade ettiğine bakılmalıdır. Anılan hükümlerde yer alan 'merci' ifadesiyle başvurulacak idari ve yargısal tüm yer veya makamların kastedildiği anlaşılmaktadır ve Anayasa Mahkemesi de buna dâhildir. Buna göre anılan hükümler karşısında, YSK kararlarının Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuruya konu olması mümkün değildir.*”

olması gerekir.<sup>58</sup> Dava mahkemesi davaya bakmaya yetkili değilse, bakmakta olduğu davadan söz edilemeyeceği için, davaya uygulanacak yasadan da söz edilemeyeceğinden, somut norm denetimi yapılması için AYM'den karar istenemeyecektir.

Anayasadaki düzenlemeye göre, itiraz yolu ile anayasaya uygunluk denetimi başvurusu, ancak bakılmakta olan davaya uygulanacak bir yasa ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümleri için yapılabilir (Anayasa, m.152). Buna davaya uygulanacak norm veya kural denmektedir.<sup>59</sup>

Ancak davaya uygulanacak kural kavramının, yargılama sürecindeki bütün kuralları mı, yoksa sadece mahkemenin kararına esas teşkil eden kural veya kuralları mı kapsadığı konusu tartışmalıdır.<sup>60</sup>

Konuyla ilgili olarak 1961 (m.151/1) ve 1982 Anayasa'sında, "uygulanacak" (m.152/1); 2949 sayılı Yasadaki düzenlemede, "o dava sebebiyle uygulanacak" (m.28/1); 6216 sayılı Yasada "bu davada uygulanacak" kavramına yer verilmiştir (m.40).

AYM ise uygulamada, davaya uygulanacak yasa kuralının ne olduğunu kendisi belirleyerek, anayasaya uygunluk denetimi yapmaktadır.<sup>61</sup> Hatta AYM, sonradan yürürlükten kaldırılmış bir yasa hükmünün de anayasaya uygunluk denetimini yapmaktadır.<sup>62</sup>

AYM Genel Kurulu çoğunluğu, makalemize konu yukarıdaki davada, CMK'nın 231'inci maddesinin "itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından" yetkisizliğine karar vermiştir.

Oysa AYM'nin verdiği bir başka karar gerekçesine göre, "*söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırılığının saptanması, sanık hakkında mahkemece verile-*

<sup>58</sup> AYM, E. 2005/11, K. 2005/9, KT: 10.2.2005.

<sup>59</sup> Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 531.

<sup>60</sup> Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 531.

<sup>61</sup> Örneğin AYM, E. 1996/4, K. 1996/39, KT: 17.10.1996, AMKD, Cilt: 2, Sayı: 32, Ankara, 1997, s. 831'de, "*Uygulanacak yasa kuralından amaç, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır*" demiştir.

<sup>62</sup> AYM, E. 1970/46, K. 1971/24, KT: 2.3.1971, AMKD, Sayı: 9, Ankara, 1972, s. 340'ta, "*274 sayılı Sendikalar Kanununun 21. maddesi 29/7/1970 günlü, 1317 sayılı Yasa ile değiştirilmiştir. Ancak, Bursa İş Mahkemesine açılan dâvada uyuşmazlığa yol açan olayın meydana geldiği tarihte, yürürlükte bulunan eski metnin uygulanması zorunludur. Bir dâvada uygulanacak yasa hükümlerinin de anayasal denetime bağlı olduğu Anayasanın 151'inci maddesi gereğidir. Bu nedenlerle mahkemece işin esasının incelenmesine (A.G.)'nin yeni hükmünde eski hükmeye göre dâvacının hukukunu etkileyen bir değişiklik olup olmadığı araştırılmadan işin esasına geçilemeyeceği yolundaki karşıtı ile ve oyçokluğu ile 24/11/1970 gününde karar verilmiştir*" denilerek, sonradan yürürlükten kaldırılmış olan hükmün incelenmesine karar verilmiştir.



cek karara, yani sonuca doğrudan doğruya etkili olacak demektir. Esasen bir dâvada uygulama yeri bulunan kanun hükmü deyim veya kavramı, o dâvada sadece dâvayı açan belgede uygulanması istenen hükümleri değil, aynı zamanda dâvanın esasına etkili ve sonucu da değiştirecek nitelikte olup, dolaylı biçimde uygulanacak hükümleri de kapsamaktadır. Kaldı ki, sözü geçen deyim böyle bir kapsam tanımak, yasaların Anayasa'ya uygunluğunun Anayasa Mahkemesince denetlenmesiyle güdülen amaca da uygun düşmektedir. **Çünkü bu denetimin asıl ereği yasalardaki Anayasa'ya aykırı olan kuralların olabildiği ölçüde ayıklanıp ortadan kaldırılmasını sağlamaktır**.<sup>63</sup>

Görüldüğü gibi AYM bu kararında, yasa hükmü kavramını, “davanın sonucunu” da “değiştirecek” şekilde kabul etmiştir. CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanıp uygulanmaması davanın sonucunu da etkileyecek bir husustur. Çünkü, sanık hakkında CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanmaması, bu maddenin uygulanması halinde sanığın elde edeceği sonuçtan daha ağır bir sonuç olacaktır. Yani, sanık hakkında CMK'nın 231'inci madde uygulanırsa, sanığın hukuki durumu uygulanmamasındaki durumdan daha lehe olmaktadır. Zira, CMK'nın 231'inci maddesinin 5'inci fıkrasındaki düzenlemeye göre, “*Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. (...) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmasını ifade eder*”.

Ayrıca, sanık hakkında HAGB kararı verilir ve “*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur*” ve denetimli serbestlik tedbirine hükmolunur (m.231/8); “*Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir*” (m.231/10). Dolayısıyla sanık hakkında CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanmaması, sanığın aleyhine sonuçlar doğurabileceğine göre, davanın sonucunu etkileyebilecek bir duruma sebebiyet verilebileceğinden, dava sonucunu etkileyecek bir durum vardır.

AYM bir başka kararında, “davada uygulanacak kural”ın sadece o davanın esasını çözecek hükmü değil, “*bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallar*”ın tamamını kapsadığına işaret etmiştir.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> AYM, E. 1971/28, K. 1971/64, KT: 8.7.1971.

<sup>64</sup> AYM, E. 2018/8, K. 2018/85, KT: 11.07.2018.



AYM yakın tarihli kararlarında da, “uygulanacak kural ise davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallar”ın tümünü davada uygulanacak kural kapsamında değerlendirmiştir.<sup>65</sup>

AYM bölümü, yukarıda belirttiğimiz makalemize konu olayla ilgili olarak, bireysel başvuruda sanık hakkında HAGB kararı verilmesini yerinde bulmayıp, ihlal kararı vermiştir.

Bu ihlal kararı sonrası yeniden yargılama yapan mahkeme AYM’nin ihlal kararı üzerine davaya yeniden baktığına göre, hem davaya bakmakta olan mahkeme, hem de CMK’nın 231’inci maddesinin ilgili fıkralarının davaya uygulanacak yasa hükmü olduğunun kabul edilmesi gerekir. Çünkü aşağıda yer verdiğimiz Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK) kararında belirtildiği gibi, sanık hakkında uygulanan HAGB kararının kesinleşmesi halinde kazanılmış hak sözü konusu olacaktır.<sup>66</sup> Oysa, ihlal kararı üzerine yapılan yeniden yargılamada davaya bir şekilde uygulanacak veya uygulanmayacak bir yasa hükmünün somut norm denetimi yoluyla incelenmesi yapılmadığından CMK’nın 231’inci maddesinin başka davalarda uygulanması devam edecektir. Oysa hukuk devletinde (Anayasa, m.2), insan haklarına dayalı (Anayasa, m.14/1), insan haklarına saygılı (Anayasa, m.2) bir devlette, AYM’nin bir bölümü tarafından verilen ve Anayasanın “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17’nci maddesinin ihlaline sebebiyet verdiği kabul edilen CMK’nın 231’inci maddesinin somut norm denetiminin yapılmasının ve yürürlükten kaldırılmasının sağlanması gerekirdi.

AYM’nin bölümü tarafından verilen ihlal kararında Anayasa’nın 17’nci maddesinin ihlal edildiğinin kabul edilmesi karşısında, 231’inci maddenin anayasaya uygun olmadığı dolaylı yoldan kabul edilmiş demektir. Bu durumda, dava mahkemesinin yürürlükte olan ve uygulanması AYM bölümü tarafından uygun görülmeyen CMK’nın 231’inci maddesinin Anayasa’nın 17’nci maddesine aykırılığı itirazında bulunması, davaya uygulanacak veya uygulanmayacak bir yasa hükmünü göstermektedir. Burada davaya uygulanacak yasa hükmünü dar yorumlamak gerekir.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> AYM, E. 2020/62, K. 2020/69, KT: 12.11.2020, para. 2; AYM, E. 2020/92, K. 2020/71, KT: 10.12.2020, para. 2.

<sup>66</sup> CGK, E. 2016/4-468, K. 2019/502, KT: 25.6.2019.

<sup>67</sup> AYM’nin, E. 1972/47, K. 1972/56, 21.11.1972 (R.G.: 5.2.1972, Sayı: 14439) günlü kararı üzerine bir değerlendirme için bkz. Tunçer Karamustafaoğlu, ‘İtiraz Yoluna Başvuran Mahkeme ve Bakılmakta Olan Dava’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 31, Sayı: 1, Yıl: 1974, s. 47-52. Yazar bu çalışmada Yargıtay incelemesinden geçmiş bir kararla ilgili olarak somut norm denetimi isteminin AYM tarafından reddedilmesinin eleştirisini yaparak, Gerçekten, Anayasa Mahkemesi, her şeyden önce, bakılmakta olan dâva ve uygulanacak kanun kavramlarını çok dar yorumlamakta, hiç gereği yokken, başka bir başvurma dolayısıyla verdiği

AYM'ne göre, “*Yargı yoluyla çözümlenmekte olan her iş bir dâvadır*”.<sup>68</sup> Dolayısıyla bireysel başvuru üzerine verilen ihlal kararının gereğinin yapıldığı sırada somut norm denetimi istemi de bir davadır.

Kişilerin yasaya karşı doğrudan AYM'ye iptal davası açma yolu kabul edilmediğine göre (6216, m.45/3), güvence olarak düşünülen bireysel başvuruda ihlal kararı verilmesi üzerine de somut norm denetiminin kabul edilmemesi, bireysel başvuru yolunu güçsüzleştirmektedir.<sup>69</sup>

Esasen, ihlal kararı üzerine davaya yeniden bakan mahkemenin AYM'den somut norm denetimi yapılmasını istemesi, AYM bölümünün ihlal kararının gereğinin yapılmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Çünkü, yasanın anayasaya aykırılığı sorunu çözümlenmediğine göre, yasaya uygun olarak verildiği düşünülen HAGB kararının Anayasanın 17'nci maddesine aykırı olduğunun kabul edilmesi, CMK'nın 231'inci maddesinin anayasaya aykırı olduğu anlamına gelir. Zira AYM bölümünün burada ele aldığımız kararında sanık hakkında HAGB kararının doğru uygulanıp uygulanmadığı, yasaya uygun karar verilip verilmediğini tartışması yoktur. Aslında AYM'nin, açıkça dava konusu suçla ilgili olarak HAGB kararı verilemeyeceğine ilişkin açık düzenleme olmadığı halde, yasaya uygun olarak verilmiş bir kararın doğrudan anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle ihlal kararı vermesi, yasanın o hükmünün dolaylı olarak burada belirtilen suç bakımından uygulanmayacağını kabul etmektir. Ancak hukuk devletinde haklardan yararlanmanın etkin kılınabilmesi ve yasaların ilgililer bakımından açık/anlaşılabilir/öngörülebilirliğinin sağlanabilmesi bakımlarından, böyle bir yasal düzenlemenin hukuk dünyasında varlığını sürdürmemesi gerekir.<sup>70</sup>

Dolayısıyla AYM İkinci Bölümü, bu ihlal kararında sanık hakkında sadece HAGB kararı verilmemesi gerektiği kanısındadır.

## II. AYM İKİNCİ BÖLÜMÜNÜN BİREYSEL BAŞVURU ÜZERİNE VERDİĞİ KARAR

Olay, başvuruçunun, Karadeniz Teknik Üniversitesi Biyoloji Bölümünde eğitimi devam ederken 21.9.2006 günü üniversite harçlarına yapılan zammı pro-

*eski bir kararının bir bölümüyle çelişmeye düşmektedir*” (s. 49-50); “*Yargılama süreci ile adı geçen mahkemenin ilişkisi kesilmemiş ve dâva da bakılmakta olan dâva durumundan henüz çıkmamıştır*” demektedir (s. 51).

<sup>68</sup> AYM, E. 1966/25, K. 1965/57, KT: 26.10.1965; Karamustafaoğlu, s. 51.

<sup>69</sup> Karamustafaoğlu, s. 53'te itiraz (somut norm denetimi) için, “*Bu yolun geniş ya dar tutulmasında Anayasa Mahkemesi kararlarının ve yorumlarının etkisi çoktur. Onun için, bu yolu herhangi bir güvence sağlamayacak aşırı derecede biçimsel uygulama ve yorumlarla daraltmak, hem hukuk devletinin koruyuculuk ilkesini, hem de yargı denetiminin önemli bir kolunu güçsüzleştirmek olur*” demektedir.

<sup>70</sup> Bkz. aşağıda, III no.lu başlık altında bireysel başvurunun bir dava olduğu konusunda değerlendirmeler yapılmıştır.

testo etmek ve bu konuda Üniversite rektörü ile görüşmek için Rektörlük binası önünde diğer öğrencilerle birlikte toplanmasından ibarettir.

Bu protesto eylemine karşı özel güvenlik görevlilerinin topluluğun dağıtılması konusundaki girişimlerinin başarılı olmaması üzerine jandarmaya bilgi verildiği ve Karadeniz Teknik Üniversitesi Jandarma Karakolu Komutanı olarak görev yapan (...)’nin emrindeki erlerle birlikte olay yerine geldiği ve duruma müdahale ettiği; bu müdahale sırasında Karakol Komutanının gruba karşı güç kullanılması emrini verdiği; bu arada başvuruca da copla vurulduğu ve bu darbenin etkisiyle parmağının kırıldığı iddiası sonucunda şikâyet üzerine açılan kamu davasında, fiil sabit görülerek sanık hakkında hapis cezasına hükmedilmiş, ancak verilen bu hapis cezasıyla ilgili olara HAGB kararı verilmiştir.

Verilen bu kararla eylemin yaptırımsız kaldığı belirtilerek insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiği iddiasında bulunulmuştur.

AYM Bölümü bu incelemesinde, ceza davasının mağdurunun başvurusu üzerine, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının yerinde olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.

AYM’nin ihlal gerekçelerine göz attığımızda; öncelikle insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının usul boyutunun ihlal edildiğine ilişkin iddia değerlendirilmiştir:

*“Anayasa’nın 17. maddesinin amacı, kişinin maddi ve manevi varlığına ilişkin bir ölüm ya da yaralama olayında mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların tespit edilerek hesap vermelerini sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü olmayıp uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Dolayısıyla bu kapsamda açılmış olan tüm davaların mahkûmiyetle ya da belirlirli bir ceza kararıyla sonuçlanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak usul yükümlülüğünün bir unsuru olarak tespit edilen sorumlulara fiilleriyle orantılı cezalar verilmeli ve mağdur açısından uygun giderim sağlanmalıdır”*.<sup>71</sup>

AYM Bölümü, AİHM’in bu tür davalarla ilgili olarak ortaya koyduğu gerekçeyi de dikkate almıştır. AYM’nin bu konudaki gerekçesine göre, *“AİHM, işkence veya kötü muamele suçu işlendiğinin iddia edildiği durumlarda etkili başvurunun amaçları çerçevesinde cezai işlemlerin ve hüküm verme sürecinin zamanaşımına uğramamasının, genel af veya affın mümkün kılınmamasının büyük önem taşıdığına işaret etmiştir. Ayrıca AİHM, soruşturması veya davası süren görevlinin görevinin askıya alınmasının ve hüküm alması durumunda meslekten men edilmesinin önemine dikkat çekmiştir”*.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 58; Benzeri kararlar için bkz. Birinci Bölüm, 2013/293, 17.7.2014; R.G.: 22.10.2014, Sayı: 29153, para. 127; B. No: 2013/2438, KT: 9.9.2015, para. 105.

<sup>72</sup> Abdülşamet Yaman/Türkiye, B. No: 32446/96, KT: 2.11.2004, para. 55; Eski/Türkiye, B. No: 8354/04, KT: 5.6.2012, para. 34; AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 27.

AYM, AİHM’in kararlarına yollamada bulunduktan sonra, somut olayla ilgili gerekçelerinde; “yürütülen yargılama sonucunda insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele boyutunda bir yaralama eyleminin gerçekleştiğinin tespit edildiği görülmekle birlikte soruşturmanın etkililiğinin ölçütlerinden biri olan failin suç nedeniyle hesap vermesinin sağlanması ve fülüyle orantılı bir ceza alması koşulunun yerine getirilmesinden uzak bir şekilde olayda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır”<sup>73</sup> demiştir.

AYM Bölümü, böyle bir fiilin gerçekleştirilmesinde “caydırıcı” bir ceza verilmesine işaret ederek somut olayda bunun gerçekleştirilmediği tespitinde bulunmuştur: “Cezasızlık, işlenen bir suçun somut olarak cezasız kalmasını ifade etmektedir. Cezasızlık; işkence ve kötü muamele fiillerine yönelik olarak sorumluların adalet önüne çıkarılmaması, işledikleri suçla orantılı bir biçimde cezalandırılmaması veya mahkûm edildikleri cezanın infazının sağlanmaması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Cezasızlığın önlenmesi durumunda bir yandan mağdurlar açısından gerekli giderim sağlanırken bir yandan yeni ihlallerin gerçekleşmesini engelleyecek caydırıcı bir etki ortaya çıkması mümkün olacaktır”<sup>74</sup>.

AYM’ne göre gerçekleştirilen fiille “orantılı” ceza verilmesi gerekir: “İşlenen suç ile verilen cezalar arasında orantısızlık olması ya da hiç ceza verilmesi durumunda bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki ortaya koymaktan oldukça uzak kalınmakta, kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin idari ve yasal mevzuat aracılığıyla korunması hususundaki **pozitif yükümlülüğün** yerine getirilememesi sonucu doğmaktadır.”<sup>75</sup>

AYM bu kararının konuyla ilgili bir başka gerekçesinde de, devletin “idari ve yasal mevzuat aracılığıyla korunması hususundaki **pozitif yükümlülüğün** yerine getirilememesi sonucu doğmaktadır” şeklinde bir değerlendirmede bulunduğu halde, 5271 sayılı CMK’nın 231’inci maddesindeki düzenlemenin anayasaya uygun olup olmadığı konusunda karar vermeksizin,<sup>76,77,78,79,80</sup> HAGB kararının sa-

<sup>73</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 62.

<sup>74</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 63; benzeri karar, B. No: 2013/3017, KT: 16.12.2015.

<sup>75</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 64.

<sup>76</sup> Bireysel başvuruda somut norm denetimi yapılması gerektiğine ilişkin bkz.; Şahbaz, 2016, s. 549 vd.; Şahbaz, 2011, s. 92 vd.; Tolga Şirin, ‘Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi’, s. 49 vd. (<https://docplayer.biz.tr/1198580-Ucuncu-yilda-bir-bilanco-turkiye-anayasa-mahkemesi-nin-bireysel-basvuru-anayasa-sikayeti-usulunun-ve-kararlarinin-degerlendirilmesi.html>): Erişim Tarihi: 01.8.2021); ayrıca, Sibel İnceoğlu, ‘Norm Temelli Denetimden Olay Temelli Denetime İHAS’a Uyum Işığında Bir Değerlendirme’, Anayasa Yargısı 30, 2013, s. 91-92’de haklı olarak, “Doğrudan normun Anayasa’ya aykırı olmasından kaynaklandığı düşünülen müdahalelerde bu türden çatışan kararlar ortaya çıkmasını engellemek bakımından bireysel başvuru davasına bakan Bölümün davayı sonuçlandırmadan önce itiraz yoluyla Genel Kurula başvurarak normun iptalini talep etmesi üzerinde düşünülebilecek bir yöntemdir. Bu yöntem sürekli ihlal kararları

nık lehine sonuç doğurduğuna işaret etmiş ve bu uygulamanın “devlete ve adalet mekanizmasına olan güvenleri” zedeleyebileceğine işaret etmiştir: “İlk derece mahkemesinin -eylemin nitelik ve ağırlığı dikkate alındığında- sanık A.Y. hakkında verdiği 11 ay 20 gün hapis cezasına ilişkin HAGB kararı sonucunda sanığın deneme süresi içinde suç işlememesi hâlinde bu ceza hiç olmamış sayılarak adli ve memuriyet siciline yansımayacaktır. Verilen bu karar cezanın infazının ertelenmesinden daha güçlü bir etkiye sahiptir ve sanığın cezadan muaf tutulması ile sonuçlanmaktadır. Ulaşılan bu sonucun bu tür olaylara karışan kamu görevlilerine hoşgörü ile yaklaşıldığı izlenimini uyandırdığı ve bu tür fillere eğilimi olan görevlileri cesaretlendirebileceği gibi bireylerin bu kapsamda devlete ve adalet mekanizmalarına olan güvenlerini de zedeleyebileceği açıktır”.<sup>81</sup>

AYM gerekçeleri arasında, HAGB kararı verilmesi nedeniyle, sanığın “disiplin yönünden de hiçbir soruşturmaya tabi kılınmadığı ve hiçbir disiplin yaptırımını

verilmesi yerine, normun iptali yoluyla sorunun kökten çözümü, zaman ve işgücü tasarrufu açısından da yararlı olabilir. Fakat bu yöntemin amacına ulaşması için Genel Kurulun norm denetimini yaparken somut olaydan ve gerçeklikten ayrılmadan normu yorumlaması ve İHAM kararlarına uygun biçimde sonuca varması bir zorunluluktur. Aksi halde bireysel başvurunun ruhuna ve amacına aykırı sonuçlar da ortaya çıkabilir” demektedir.

<sup>77</sup> Öykü Didem Aydın, ‘Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Sayı: 4, Yıl: 2011, s. 144’te, “Biz her durumda tartıştığımız sorunda böyle dolambaçlı yolların işletilmesine gerek olmadığını düşünüyor ve temel haklara aykırı bir kanunun uygulanmasından doğan ihlallerde bölümlerin de ‘itiraz’ yoluyla durumu Genel Kurul önüne getirebilmesini ve Genel Kurul’un da kanunun ya da kanun hükmünde kararnamenin doğrudan iptali yolunun açılabilmesini savunuyoruz. Bu yorum, kanun koyucunun amacına aykırı görülebilir ancak Anayasanın ‘Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler’ yolundaki 138. maddesi hükmüne, 148. maddesinin 3. fıkrasına ve 152. maddesinde düzenlenen somut norm denetimi mantığına ve ruhuna uygundur” demekte.

<sup>78</sup> Bireysel başvuruda somut norm denetiminin yapılması gerektiği hakkında bkz. İbrahim Şahbaz, ‘Hak Arama Özgürlüğü ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru’, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Cilt: 2, Ankara, 2012, s. 233-241.

<sup>79</sup> AİHM bir kararında (5237 sayılı TCK’nın 301’inci maddesiyle ilgili başvuru konusunda Bkz. AİHM, 2. Daire Kararı, Altuğ Taner Akçam/Türkiye, B. No: 27520/07, KT: 25.10.2011, sözleşmede açık hüküm olmadığı halde iç hukuktaki yasada yer alan düzenlemeyi incelemiş ve ihlal kararı vermiştir.

AİHM’in bu kararı dikkate alındığında, açık düzenleme olmasa da, bireysel başvuruda, işin gereği olarak anayasaya aykırı yasanın somut norm denetimine konu edilesi gerekir.

<sup>80</sup> Sağlam, yasa yollarının tüketilmesi aşamasında itiraz (somut norm denetimi) yoluna her zaman gidilebileceğini belirtmekle beraber, “Belki bu aşamadaki girişimlerin bir temel hakkı ihlal edecek biçimde reddedilmiş olması”nın bireysel başvuru görüşünü haklı kılabileceğine işaret etmektedir (Fazıl Sağlam, ‘Anayasa Şikâyetini Bekleyen Sorunlar’, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Panel, Ankara, Nisan 2011, tartışmalar kısmında soruya yanıt, s. 60).

<sup>81</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 65.

ile karşılaşmadığı tespiti ile birlikte ele alındığında” cezasızlığının etkisinin ağırlaştırılmakta olduğunu; bu fiili gerçekleştirmiş olmasına karşın sanığın, “göreviyle ilişkisinin kesilmediği”ni ve kariyerini “kesintisiz bir şekilde sürdürdüğü”nü dile getirmiştir.<sup>82</sup>

AYM, sadece ceza davasıyla ilgili işlemleri değil, sanık hakkında disiplin işlemleri yapılmamış olunmasını da bireysel başvuru incelemesinde dikkate almıştır: sanığın “*disiplin yönünden de hiçbir yaptırımla karşılaşmamış olması nedenleriyle olayda insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağıyla ilgili olarak etkili bir soruşturma yapılmadığı sonucuna ulaşılmaktadır*”.<sup>83</sup>

AYM gerekçelendirdiği tüm bu tespitleri sonunda, suç mağduru yönünden “*Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının usul boyutunun ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir*” demiştir.<sup>84</sup>

Dolayısıyla AYM, sanık hakkında devlet tarafından yapılması gerektiğini düşündüğü (adli ceza, disiplin cezası ve meslekten ayrılması gibi) hiçbir işlemin yapılmadığı tespitinde bulunmuştur.

Gerçekte sanığın fiilin karşılığında hiçbir yaptırım uygulanmadığı gibi, kariyer ve yaşamını devam ettirmesinin adalete güveni sarsacağı, mağdurların haklarının korunmamış sayılacağı ve dolayısıyla kamu vicdanının tatmin olmayacağı açıktır.

Anayasa ile tanınmış temel hakların yeterince güvenceye alınmadığı bir devlet mekanizmasında, hukuk devleti ve insan haklarına dayalı/saygılı devletten söz edilemeyeceği ortadadır. Gerçekte böyle bir karar karşısında, Anayasa ile tanınmış temel hakların başında gelen, “insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının” (Anayasa, m.17; AIHS, m.3) gereğinin yapıldığı söylenemez.

AYM verdiği ihlal kararı üzerine, kendi kararı doğrultusunda işlem yapılması için, “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere (...) 2. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir*” demiştir.<sup>85</sup>

Görüldüğü gibi AYM’nin İkinci Bölümü tarafından verilen bu ihlal kararında yer alan gerekçeler arasında ilk sırada yer alması gereken husus, sanığın fiili ile ilgili olarak yasama organının 5271 sayılı CMK’nın 231’inci maddesinin 5-14’üncü fıkralarında yer alan düzenlemelerde suçlar arasında yeterince ve objektif bir ayırım yapılmaması ve dolayısıyla sanık hakkında verilen hapis cezası

<sup>82</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 66.

<sup>83</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 67.

<sup>84</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 68.

<sup>85</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 72.



ile ilgili olarak HAGB kararı verilmesinin, devletin pozitif yükümlülüğünü bertaraf edeceğinden iptali cihetine gidilmemesidir.

Bireysel başvuru üzerine AYM İkinci Bölümünce verilen yukarıdaki ihlal kararı sonrası, davaya yeniden bakan mahkeme, 5271 sayılı CMK'nın 231'inci maddesinin 5-14'üncü fıkralarındaki düzenlemelerin davaya uygulanacak yasa hükmü olduğu ve bu hükümlerin anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle, konuyu AYM Genel Kurulu'na taşımıştır.

### III. AYM GENEL KURULUNUN SOMUT NORM DENETİMİNDE VERDİĞİ RET KARARI VE GEREKÇELERİ

AYM Genel Kurulu ise oyçokluğuyla, CMK'nın 231'inci maddesinde yer alan *“kuralın itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davaya uygulanma imkânı bulunmadığından bu fıkralara ve cümlelere ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine”* karar vermiştir.<sup>86</sup>

Ancak AYM, makalemize konu kararı öncesinde de, dava mahkemesinin ihlal kararı doğrultusunda işlem yapması gerektiğine karar vermişti.<sup>87</sup> Ancak, dava mahkemesinin ihlal kararı doğrultusunda işlem yapması gerekmele beraber (Anayasa, m.153/son), burada farklı bir hukuki sorun ortaya çıkmıştır. Bu sorun; sanık hakkında CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanmasına ilişkin açık bir yasa olmadığı gibi, AYM'nin, dava mahkemesinin kararının dayanağını oluşturan yasa hükmünün iptalini sağlamak yerine, somut norm denetimi yapılmasına olanak da tanımaksızın, AYM'nin bölümünün verdiği kararda CMK'nın 231'inci maddesinin zımnen anayasaya aykırılığına işaret eden bir gerekçeye dayanmasına karşın, AYM Genel Kurulu dava mahkemesinin somut norm denetimi yoluna başvurmayaya yetkili olmadığına karar vermesidir.

Bizim hukukumuzda, anayasaya aykırılığına açıkça karar verilme dahi, yasa hükmünün uygulanması halinde davanın taraflarından birinin temel haklarından birinin ihlaline sebebiyet verecekse, o yasanın anayasaya aykırılıktan iptali cihetine gidilmesi gerekir.

Bireysel başvuru incelemesinde somut norm denetimi yapılması yolu açılmadığına göre, AYM Genel Kurulu'nun somut norm denetimi yolu ile yasa hük-

<sup>86</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406.

<sup>87</sup> AYM'ye göre, *“(...) ihlal kararı verilen hallerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür. (...) (D) erede mahkemesinin, usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir”* (AYM, Genel Kurul Kararı, B. No: 2014/8875, KT: 7/6/2018; R.G.: 1/8/2018, Sayı: 30496; Benzeri karar için bkz. AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2015/3324, KT: 26.2.20120; R.G.: 14.4.2010, Sayı: 31099).



münün anayasaya uygunluk denetiminin yapılmasını sağlaması gerekirdi. Çünkü, AYM Bölümünün kararında, sanık hakkındaki HAGB kararının yasaya aykırılığına işaret edilmediğine göre, 231’inci maddenin anayasaya uygun olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir.

Burada şu hususlar çok önemlidir; birincisi, bireysel başvuru bir “hak arama yoludur”; ikincisi Anayasanın 148’inci maddesinin 5’inci fıkrasında yer alan, “Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir” hükmünden hareketle, 6216 sayılı Yasanın 49’uncu maddesinin 4’üncü fıkrasındaki düzenlemeye göre, “Mahkeme, incelemesini dosya üzerinden yapmakla birlikte, gerekli görürse duruşma yapılmasına da karar verebilir”, dolayısıyla bireysel başvuruda da açılmış bir dava vardır; üçüncüsü, AYM’nin bireysel başvuru üzerine, incelemesini yaptığımız olayda olduğu gibi, ihlal nedeni yasadan kaynaklanmıştır. Dolayısıyla bireysel başvuruda bakılmakta olan bir dava vardır ve bu davada uygulanmış veya uygulanıp uygulanmaması tartışmalı olan bir yasa hükmü varsa bunun için ön sorunun somut norm denetimi yoluyla çözümlenmesi gerekir. Çünkü AYM’ne göre, “Yargı yoluyla çözümlenmekte olan her iş bir davadır”.<sup>88</sup> Bireysel başvurunun da bir dava olarak kabul edilmesi gerekir.<sup>89</sup> Gerçekte bireysel başvuru hem “sübjektif”, hem “objektif” yönü olan bir davadır.<sup>90</sup>

### A. AYM Genel Kurulu Çoğunluğunun Görüşü

AYM Genel Kurulu çoğunluğunun gerekçesine göre; “Bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle devam eden ihlalin durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir. (...) Anayasa Mahkemesi, ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederek gerekli işlemlerin tesis edilmesi için kararı ilgili mercilere gönderir”.<sup>91</sup>

AYM gerekçesinin bir yerinde, önceki kararlarına da yollamada bulunularak şunlara işaret edilmiştir: “Anayasa Mahkemesi kural olarak ihlalin ve sonuçla-

<sup>88</sup> AYM, E. 1966/25, K. 1965/57, KT: 26.10.1965; Karamustafaoğlu, s. 51.

<sup>89</sup> Sibel İnceoğlu, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, XII Levha yay. İstanbul 2017, s. 196’da AYM Bölümünün “mahkeme” olduğu; s. 197’de bireysel başvurunun dava olmadığını söylemenin güç olduğuna işaret edilmektedir.

<sup>90</sup> Ulaş Karan, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, Birinci Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, Ekim 2018, s. 125-126, 134, 169.

<sup>91</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021, para. 7-8; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406; benzeri kararlar için bkz. (2) [GK], B. No: 2018/3007, KT: 15.3.2018, para. 57; AYM, Genel Kurul, 2014/8875, KT: 7.6.2018, para. 56; R.G.: 1.8.2018, Sayı: 30496.

*rının nasıl ve hangi araçlarla ortadan kaldırılacağı hususunda ilgili mercilere takdir yetkisi bırakır (...) İlgili merci ihlal kararının niteliğini dikkate alarak bu ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için gerekenleri yapar. Bazı durumlarda Anayasa Mahkemesi somut olayın özelliklerini dikkate alarak ihlalin ve sonuçlarının nasıl ve hangi araçlarla ortadan kaldırılacağına dair ilkeleri belirleyebilir. (...) Böyle bir durumda ilgili mercilerin anılan ilkeler doğrultusunda hareket etmesi gerekir. İstisnai kimi durumlarda ise tespit edilen ihlalin niteliği, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından ilgili mercilerin önünde tek bir seçenek bırakabilir. Bu hâlde Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için alınması gereken tedbiri açıkça gösterir ve ilgili merci bu tedbiri alır”.*<sup>92</sup>

Yine bilindiği gibi, ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir.

AYM birçok kararında ihlal kararı üzerine yapılacak yeniden yargılamanın niteliği konusuna açıklık getirmektedir.

AYM’ye göre, “6216 sayılı Kanun’un 50. maddesiyle işaret edilen yeniden yargılama kavramı, ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan belirli yönlerden farklılık taşımaktadır. Kuşkusuz ki Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılamaya hükmettiği durumlarda da derece mahkemesi kesin hükme bağlanmış bir uyuşmazlığı yeniden ele almaktadır. Bu yönüyle ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumu ile Anayasa Mahkemesince yeniden yargılamaya hükmedilmesi arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir, derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür”.

<sup>93</sup>

Yine AYM’ye göre ihlal kararı üzerine “derece mahkemesinin öncelikle yapılması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar

<sup>92</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021, para. 9; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406.

<sup>93</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021, para. 11; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406.

tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır. Bu çerçevede ihlal, yargılama sırasında gerçekleştirilen usule ilişkin bir işlem-den veya yerine getirilmeyen usule ilişkin bir eksiklikten kaynaklanıyorsa söz konusu usul işleminin, hak ihlalini giderecek şekilde yeniden (veya daha önce hiç yapılmamışsa ilk defa) yapılması icap etmektedir.

Buna karşılık ihlalin idari işlem veya eylemin kendisinden ya da (derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hâllerde derece mahkemesinin usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir<sup>94</sup>.

AYM Genel Kurulu, bireysel başvuru üzerine verilen ihlal kararıyla ilgili tespitinde, “Bakılmakta olan davada ihlalin ortaya çıkmasına neden olan uygulama sanık hakkında HAGB kurumunun uygulanmasıdır. Kolluk görevlilerinin işlediği iddia olunan suçların yargılanmasında koşullarının bulunması hâlinde Kanun’un 231. maddesinde düzenlenen HAGB kurumunun uygulanma ihtimali kuşkusuz bulunmaktadır. Ancak itiraz yoluna konu olan somut davanın sonuçlanması üzerine verilen Elif Aydın Dost başvurusu kararında sanık hakkında HAGB hükümlerinin uygulanmasının davaya konu suça karışan kamu görevlilerine hoşgörü ile yaklaşıldığı izlenimini uyandırdığı ve böylesi bir uygulamanın bu tür fiillere eğilimi olan görevlileri cesaretlendirebileceği gibi bireylerin bu kapsamda devlete ve adalet mekanizmalarına olan güvenlerini de zedeleyeceği tespiti yapılmıştır (Elif Aydın Dost, § 65). Anayasa Mahkemesinin anılan kararı üzerine yapılan yeniden yargılamada ihlali giderecek şekilde yeniden karar verilmesi Anayasa’dan kaynaklanan bir zorunluluktur. Bu nedenle bakılmakta olan davada sanık hakkında artık HAGB kurumu uygulanamaz. Dolayısıyla yeniden yargılama yapan başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu iş bu davada Kanun’un 231. maddesinde düzenlenen HAGB kurumunun uygulanma imkânı bulunmamaktadır”<sup>95</sup>.

Ve sonuçta AYM Genel Kurul çoğunluğu, “açıklanan nedenlerle kuralın itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir” demiştir.

<sup>94</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021, para. 12; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406. Benzeri kararlar için bkz. Mehmet Doğan, para. 60; Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B. No: 2016/12506, KT: 7.11.2019, para. 59.

<sup>95</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021, para. 13; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406.

## B. AYM Genel Kurulu Kararındaki Karşı Oylar

AYM Genel Kurulunca verilen kararın karşı oylarından birinde, “bireysel başvurudaki ihlal kararından sonra yeniden yargılama yapan derece mahkemesinin önünde çözümlenmesi beklenen mesele”nin HAGB’ye ilişkin hükmün somut olayda nasıl değerlendirileceği olduğuna işaretlerle (para. 8), “her şeyden önce Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının, somut davada HAGB hükümlerinin uygulanmasını *mutlak surette* engellediği görüşü tartışmaya açıktır. Kolluk görevlisi hakkında HAGB’ye hükmedilmiş olması, Anayasa Mahkemesinin ihlal sonucuna ulaşırken sanığın ‘yaptırımsız’ kalması gerekçesine dayanak yaptığı unsurlardan biridir” (para. 9); “Anayasa Mahkemesinin ihlal kararından sonra yapılan yeniden yargılamada hiçbir surette sanık hakkında artık HAGB kararı verilemeyeceği söylenemez. Dolayısıyla somut uyuşmazlıkta HAGB’ye ilişkin ilgili hükümler davada uygulanacak kuraldır” (para. 12); “somut davada sanığın HAGB talebi konusunda derece mahkemesinin olumlu ya da olumsuz yönde hüküm kurması zorunluluğu bulunmaktadır” (para. 13); “mahkeme ihlal kararından dolayı HAGB’ye hükmedemeyeceği sonucuna ulaştığında ilgili kuralları “olumsuz” yönde uygulamış olacaktır” (para. 16); “norm denetiminde uygulanacak kuralın çok katı ve dar yorumlanması anayasa yargısının amacıyla da bağdaşmamaktadır” (para. 17) denmiştir.<sup>96</sup>

Bir diğer karşı oy yazısında, “*Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı doğrultusunda ilgili Mahkeme ihlalin sonuçlarını gidermekle yükümlüdür ama somut olayda yerel Mahkeme ihlalin sonuçlarını CMK m.231 ve Yargıtay içtihadı nedeniyle ortadan kaldıramadığını dolaylı olarak vurgulamaktadır. Başka bir ifadeyle mahkeme iki yüksek mahkemenin farklı tutumlarından dolayı arada kaldığını hissetmektedir. Mahkeme sorunun kaynağı olarak ilgili kanun hükmünü gördüğünden Anayasa Mahkemesine iptal istemiyle itiraz başvurusunda bulunmuştur (...) işin esasına geçilerek itiraz konusu kuralların anayasallığının denetlenmesi gerektiği görüşüyle*” çoğunluğa iştirak edilmemiştir.<sup>97</sup>

Üçüncü karşı oy görüşünde, “*mezkiir kararda, müdahalenin kanunilik unsuru açısından ihlal bulunduğu yönünde bir tespitte ve 5271 sayılı Kanununun 231. maddesinin ve HAGB müessesesinin bu tür ihlallere yol açtığına ilişkin bir değerlendirmeye yer verilmemiş; ihlal sonucuna, bireysel başvuru konusu somut olayın şartları çerçevesinde bütün unsurlar dikkate alınarak varılmıştır. Bu itibarla söz konusu mahkemenin, yeniden yargılama sırasında bu kuralları da göz önünde bulundurarak bir karar vermek zorunda olduğu açıktır. Açıklanan sebeplerle esa geçilmesi gerektiği düşüncesiyle, çoğunluğun red kararına katılmıyorum*”.<sup>98</sup>

<sup>96</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021, para. 13; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406; AYM Başkanı Zühtü Arslan’ın karşı oyu.

<sup>97</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021, para. 13; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406; Üye Engin Yıldırım’ın karşı oyu.

<sup>98</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021, para. 13; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406; Üye M. Emin Kuz’un karşı oyu.

Nihayet dördüncü karşı oy yazısında, “*Anayasa Mahkemesi bu bireysel başvuruda bizatihi HAGB kurumunun kendisinin değil bu somut olayda uygulanmış olmasının başvuruçunun 17. maddede güvence altına alınmış olan hakkının ihlaline sebebiyet verdiğini ifade etmiştir. (...) 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesindeki HAGB kurumu ile ilgili Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülen kuralların Mahkemenin önündeki davada uygulanacak kural olduğu kanaatindeyim*” denmiştir.<sup>99</sup>

#### IV. KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Somut olayda AYM İkinci Bölümünce verilen kararda, 5271 sayılı CMK’nın 231/5-14’üncü maddesindeki düzenlemenin sanık hakkında uygulanmaması gerektiği gerekçesiyle ihlal kararı verilmiştir.

AYM Genel Kurulu çoğunluğunun kararında, ihlal kararı üzerine yapılacak işlemlere işaret edilmekle beraber, somut olay itibarıyla dava mahkemesince anılan 5271 sayılı CMK’nın 231’inci maddesinin fıkralarında yer alan düzenlemenin davaya uygulanacak hüküm olmadığından, Anayasa’nın 152/1’inci maddesi gereğince konunun AYM Genel Kurulu’nun önüne somut norm denetimi yoluyla götürülmesinin mümkün olmadığına karar verilmiştir.

##### A. AYM İkinci Bölümünün Dava Mahkemesince Yapılacak İşlem Konusundaki Kararı

Yukarıdaki kararında AYM İkinci Bölümü, ihlal kararı üzerine dava mahkemesinin ne gibi işlem yapacağı konusunda açık bir değerlendirmede bulunmamakta ve sadece, “Kararın bir örneğinin insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere” dosyanın dava mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

Buradan çıkan sonuç, dava mahkemesinin ihlali nasıl gidereceği konusunda tercihte serbest olduğudur. Bu durumda dava mahkemesinin ihlale sebebiyet veren hususun, HAGB kararının dayanağı olan söz konusu 231’inci madde olduğuna göre, bu maddenin somut norm denetimi yoluyla iptalini sağlamak ve buna göre ihlal kararının gereğini yapmaya karar vereceği düşünülebilir. Çünkü, AYM Bölümünün ihlal kararında açıkça yeniden yargılamanın nasıl yapılması gerektiğine karar vermemesi karşısında, dava mahkemesince yeniden yargılama sırasında somut norm denetimi yoluyla ihlale sebebiyet veren normun/kuralın iptalinin sağlanması hukuki bir yoldur.

AYM Genel Kurulu, yeniden yargılamada somut norm denetimi yoluna başvurulamayacağına karar vermek yerine, CMK’nın 231’inci maddesindeki düzen-

<sup>99</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021, para. 13; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406; Üye Yusuf Şevki Hakyemez’in karşı oyu.

lemeyi iptal etmiş olsaydı, yasama organına bu konuda yeniden düzenleme yapma olanağı verilebilecekti. Çünkü, AYM Bölümü kararında sanığın fiilini gözeterek hakkında HAGB kararı verilmesini hukuka uygun bulmamıştı. Bu durumda AYM'nin 231'inci maddenin hangi suçlar bakımından uygulanmaması gerektiği konusunda, AİHM kararına da yollamada bulunarak ipucu verdiği göre, iptal üzerine yasama organının suç türleri bakımından yeni bir değerlendirme yapma olanağı elde etmesi sağlanmış olacaktır.

Şimdi, söz konusu 231'inci madde yürürlükte olduğuna göre, mahkemeler, sanığın işlediği suçu ve 231'inci maddedeki koşulları gözeterek, verilen ceza için HAGB uygular ve bu karar yasa yolu incelemesinden geçerek kesinleşirse, bireysel başvuruda AYM her olay bakımından HAGB'nin uygulanmasının hukuka uygun olup olmadığına karar verecektir.

Oysa, “Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz” şeklindeki anayasa hükmüne rağmen (m.148/4), AYM, geliştirdiği içtihatlar karşısında, dava mahkemesine, somut olayda HAGB karar veremezsin diyebilecektir. Bu durumda hukuki istikrar ve güvenden söz edilemez. Yürürlükte olan yasa hükmüne uygun olarak verilen karar, yasa yolu incelemesinden geçtiği halde, AYM'nin, bu sanık hakkında HAGB kararı verilemez demekle, dava mahkemesine yasayı neden uyguladın anlamına gelebilecek bir karar vermiş olacaktır.

AYM Genel Kurulu çoğunluğu bu konuda somut norm denetimi yapılamayacağına karar vererek, dava mahkemesinin CMK'nın 231'inci maddesinde yer alan düzenlemenin anayasaya aykırı olduğuna ilişkin hukuki yaklaşımının gözetilmemesi sonucuna sebebiyet vermiştir. Oysa, AYM Bölümü kararında doğrudan denmese de, HAGB kararı verilemez/verilmemeli demekle aslında dava mahkemesince sanık hakkında uygulanan CMK'nın 231'inci maddesinin kimi suçlar bakımından anayasaya aykırı olduğunu zımni olarak kabul etmiş olmaktadır.

Ancak davaya uygulanan yasa hükmünün (CMK, m.231) anayasaya aykırı olmasına rağmen dava mahkemesinin o yasayı uygulaması halinde, bireysel başvuruda somut norm denetiminin yapılmaması hukuki sıkıntılara sebebiyet verebilir.<sup>100,101,102</sup>

<sup>100</sup> Şahbaz, 2011, s. 92'de, “bireysel başvuruda somut norm denetimi yapılabilir. Çünkü, anayasa mahkemesinin önünde bulunan dava ile ilgili olarak yasanın anayasaya açıkça aykırılığı söz konusu ise, yasadaki düzenlemeden hareketle (m.45/3) anayasaya aykırı yasanın yürürlükte kalmasının savunulması, bireysel başvuru kurumunun niteliği ile bağdaşmaz. Zira bireysel başvuruda amaç, temel hakka ilişkin kamusal işleme ortaya çıkan ihlalinin önlenmesidir. Dolayısıyla bu temel haklardan herhangi birinin ihlal edilmesi yasadaki kaynaklanıyorsa, yasaya karşı bireysel başvuruyu kabul etmeyip, ilgili yargı kararı bakımından incelemenin yapılması yerinde olmaz” demektedir.



AYM'nin bireysel başvuruda davaya bakan mahkeme olarak kabul edilmesi gerekmektedir.<sup>103</sup> Çünkü, AYM bir karar verdiğine ve verdiği karar herkesi bağlayıcı olduğuna göre (Anayasa, m.153/son), bireysel başvuruda da açılmış bir davadan söz edilmesi gerekir. Kaldı ki, AYM bireysel başvuruda, “incelemesini dosya üzerinden yapmakla birlikte, gerekli görürse duruşma yapılmasına da karar verebileceğine” göre (6216, m.49/4), bireysel başvuruda bakılmakta olan bir dava var demektir. Ancak AYM içtihatlarını farklı biçimde geliştirdiği için, bireysel başvuruya konu dava mahkemesi kararının dayanağı olan yasanın doğru uygulanmasına rağmen, kendisi somut norm denetimi yapmaktan çekinmektedir. Böylece yasa hükmünün uygulanması halinde, verilen kararın adil olmamasının kabul edilmesine karşın, yasa somut norm denetimi yoluyla incelenemediği/incelemediği için, kabul edilemeyecek sonuçlar ortaya çıkabilmektedir.

Dava mahkemesince anayasaya aykırılığı açık olan bir yasayla ilgili olarak somut norm yolu işletilmeksizin hüküm verilir ve bu hükme karşı bireysel başvuruda bulunulursa, AYM’ce bu konuda değerlendirme yapılmamasının hukuki sorunlara sebebiyet verebileceğine işaret edilmektedir.<sup>104</sup>

Bireysel başvuruda AYM'nin somut norm denetimi yapamayacağına ilişkin açık bir düzenleme olmadığına göre, uygulanmasıyla hukuka aykırılığı beliren yasa hükmünün iptalini sağlayacak bir mekanizmanın işletilmesi gerekir. Aksi takdirde, verilecek ihlal kararı ile yasa hükmünün uygulanmaması gerektiğine işaret edilmekle beraber, anayasaya aykırı yasanın yürürlükte kalması da sağlan-

<sup>101</sup> Benzeri yaklaşım için bkz. Recep Kaplan, ‘*Kanuna Karşı Bireysel Başvuru*’, Bireysel Başvuru İncelemeleri, Editörler: Dr. Musa Sağlam, Dr. Serdar Güleler, Dr. Recep Kaplan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 191’de, “*bireysel başvuru işlemleri gibi kanunların da doğrudan ya da dolaylı bireysel başvuru suretiyle denetime tabi tutulmasını tamamen yasaklayan bir düzenlemenin bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır.(...) Bu kapsamda kanunların bireysel başvuru yolunda denetime tabi tutulmaması, AIHM'nin yerleşik içtihatlarıyla çelişen sonuçlara ulaşılmasına yol açacaktır*” denmektedir.

<sup>102</sup> Tolga Şirin, ‘Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi’, s. 46’da, AYM’nin 6216 sayılı yasanın 45/3’üncü maddesindeki düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığı yönündeki içtihadını haklı olarak yerinde bulmamaktadır. (<https://docplayer.biz.tr/1198580-Ucuncu-yilda-bir-bilanco-turkiye-anayasa-mahkemesi-nin-bireysel-basvuru-anayasa-sikayeti-usulunun-ve-kararlarinin-degerlendirilmesi.html>; Erişim Tarihi: 01.8.2021).

<sup>103</sup> Şirin, ‘Üçüncü Yılda Bir Bilanço’, s. 49: “*AYM’yi de anayasa şikâyeti sırasında “davaya bakmakta olan bir mahkeme” olarak kabul etmekteyim. Bu bağlamda asıl mesele davada uygulanacak bir normun anayasaya aykırılığı konusundaki şüphe meselesidir*”.

<sup>104</sup> Şahbaz, 2011, s. 92: “*Örneğin, ilgili adli yargı düzeninde anayasaya aykırılık somut norm denetimi yoluyla giderilmemiş veya böyle bir iddia ileri sürülmediği için, anayasaya aykırı yasağa göre hüküm kurulmuş ve temyiz mahkemesi de bunu onamış olabilir. Bu durumda açıkça anayasa hükmü ile çelişen bir normun anayasaya aykırılığını anayasa mahkemesinin değerlendirmemesi kabul edilemez*”.



miş olmaktadır.<sup>105</sup> Ayrıca başka suçlar bakımından uygulanıp uygulanmayacağına da tereddütler oluşacağı, anılan yasa hükmünün uygulanmasında objektif ölçüte yer verilmediği için, yasanın açık, anlaşılabilir, ulaşılabilirlik yönlerinden hukuk devleti ilkesine uygunluğu da tartışma yaratmaktadır.

Savunulan bu görüşler anayasada yasama işlemlerime karşı bireysel başvuruda bulunulamayacağına ilişkin açık yasaklayıcı hüküm bulunmadığı halde, yasayla getirilen ve yasama işlemlerine karşı bireysel başvuruda bulunulamayacağına ilişkin düzenlemenin (6216, m.45/3) anayasaya aykırı olmadığına ilişkin AYM kararı karşısında,<sup>106</sup> halen bireysel başvuruda somut norm denetimi yapılmasının savunulması doğru bulunmayabilir. Ancak, anayasadaki düzenlemeye göre, “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır”.

Bu düzenleme dikkate alındığında, dava mahkemesinde davaya uygulanacak yasa hükmünün anayasaya aykırılığı ileri sürüldüğü halde somut norm denetimi işletilmemiş ve verilen kararlar ilgili olarak yasa yollarından da sonuç alınamamış olunursa, buna rağmen bireysel başvuruda somut norm denetimi yapılamayacağını nasıl savunacağız? Veya bu yaklaşımla, anayasaya açıkça aykırı olan yasa hük-

<sup>105</sup> Şahbaz, 2011, s. 93: “İnceleme sırasında açıkça anayasaya aykırılığı anlaşılan normun, esas mahkemesi tarafından bakılmakta olan dava sırasında somut norm denetimi yapılarak giderilmesini beklemek, anayasaya aykırı normların yürürlüğünün sürdürülmesi sonucunu doğurur. Bu nedenle, anayasada açıkça bireysel başvuruda somut norm denetimi konusunda anayasa mahkemesine somut norm denetimi yapabilme yetkisi verilmediğinden, Anayasa Mahkemesi bu yetkiyi kendinde göremez diyemeyiz”.

<sup>106</sup> AYM, E. 2011/59, K. 2012/34, KT: 01.03.2012. AYM bu kararında, 6216 sayılı Yasa’nın 45’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında yer alan, “Yasama işlemleri (...) bireysel başvurunun konusu olamaz” düzenlemenin anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.

AYM bu kararında şu gerekçelere dayanmıştır: “Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamaması, tamamen bireysel başvuru hakkının niteliği ile ilgili olduğu gibi bu işlemlerin uygulanmadıkları sürece bireylerin herhangi bir hakkının ihlaline yol açabilecek niteliğe sahip bulunmamlarından da kaynaklanmaktadır. Yasama işlemleri soyut veya somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi’nin denetimine tabi olduğu gibi uygulanmaları bir hak ihlaline yol açmış ise bu işlem nedeniyle hakkı ihlal edilen kişi Anayasa Mahkemesine başvuru imkânına sahip bulunmaktadır. Aynı şekilde düzenleyici idari işlemler de doğrudan Danıştay denetimine tabi olmakla birlikte uygulanmaları bir hak ihlaline neden olmuş ise hakkı ihlal edilen açısından Anayasa Mahkemesine başvuru imkânı bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile başvurucuya somut bir olayda henüz uygulanmamış kanun veya düzenleyici idari işlemin sadece hukuk düzeninde var olması, kural olarak bireysel bir hakkın ihlaline neden olmayacağı, dolayısıyla da bu işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamayacağı açıktır.

Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvuru konusu yapılamaması Anayasa gereğidir. Kanun koyucunun dava konusu kuralda bu şekilde bir düzenlemeye yer vermesi tamamen Anayasa’nın bu konudaki hükümlerinden kaynaklanmaktadır”.

müne dayalı olarak verilen kararın, anayasaya aykırılığına hükmedilmeksizin, davada uygulanan yasa hükmüne uygun olarak verilen kararla ilgili ihlal kararı veriliyorsa, AYM'nin söz konusu 6216 sayılı Yasa'nın 45/3'üncü maddesindeki düzenlemenin anayasaya uygun olduğunu nasıl savunacağız?

AYM, 6216 sayılı Yasa'nın 45/3'üncü maddesiyle ilgili kararında, “*diğer bir ifade ile başvurucuya somut bir olayda henüz uygulanmamış kanun (...) kural olarak bireysel bir hakkın ihlaline neden olmayacağı, dolayısıyla da bu işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamayacağı açıktır*” demiş,<sup>107</sup> bireysel başvuruda yasanın Anayasaya aykırılığı için başvuruda bulunulamayacağına karar vermiş ise de;<sup>108</sup> bireysel başvuru ile önüne getirilen olayda yasa zaten uygulanmış ve bu yasaya uygun işlem yapıldığı için ihlal kararı verilmiştir. Dolayısıyla AYM'nin 6216 sayılı Yasanın 45/3'üncü maddesiyle ilgili olarak verdiği karar gerekçesinde yer alan yasanın henüz “somut olayda uygulanmamış” yasa hükmü olduğundan söz edilebilir mi?

Yani AYM, bireysel başvuruda uygulanmış bir yasayla ilgili dava sonucunda verilen hükümle ilgili değerlendirme yaptığından, henüz yasayla ilgili bir işlem yapılmadığından söz edilemez. Özellikle, dava mahkemesinde yasa hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasında bulunulmuş ve dava mahkemesi bu hususu AYM'nin önüne götürmemiş olsaydı, bireysel başvuruda bu hususun değerlendirme dışı bırakılması hukuk devleti ve adil yargılanma ilkeleri yönünden önemli hukuki sorunlar yaratacaktır.

Bu açıklamalardan sonra somut olayda, sanığın mağduru yaraladığının ve tedavi gördüğünün kabul edilmesine göre, mağdurun maddi zararı var demektir ve bu giderilmeden sanık hakkında HAGB kararı verilmemesi gerekirdi (CMK, m.231/6-c).<sup>109</sup> AYM bu konuda değerlendirme yapmamıştır. Eğer AYM somut olayda, CMK'nın 231/6-c maddesini dikkate alarak sanık hakkında HAGB kararı verilmemesi gerektiği kanısında olsaydı, Anayasada yer alan, “*Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz*” (m.148/4) hükmünü dikkate alarak ya inceleme yapmaması veya yasa yolu incelemesinde dikkate alınması gereken bir konu olsa da açık hukuka aykırılık olduğu gerekçesiyle inceleme yapıyorum şeklinde gerekçeye yer vermesi gerekirdi. Gerçekte AYM, yasa yolu incelemesinde gözetilmesi gereken esasa ilişkin ko-

<sup>107</sup> AYM, E. 2011/59, K. 2012/34, KT: 01.03.2012.

<sup>108</sup> AYM, 2012/837, 05.03.2013, para.16-18; 2013/469, 16.04.2013, para.17-18; 2012/237, 26.03.2013, para.19-20.

<sup>109</sup> CGK kararında da belirtildiği gibi, “*Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin objektif şartlarından biri, suçun işlenmesi ile mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tamamen giderilmesidir. Burada kast edilen maddi zarar olup, manevi zarar bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Objektif şartlardan diğeri, sanığın suç tarihinden önce kasıtlı bir suçtan cezalandırılmamış olmasıdır*” (CGK, E. 2017/12-443, K. 2019/4, KT: 15.01.2019).

nularda, açıkça keyfi bir mahkeme kararı hariç, giremeyeceğini belirtmektedir.<sup>110</sup> AYM, yasa yolu incelemesinde dikkate alınması gereken hususlar ve bunun istisnaları ile ilgili olarak şu kararları vermiştir:

AYM'ne göre, “Anayasa’nın 148. maddesinin dördüncü fıkrasında, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin şikâyetlerin bireysel başvuruda incelenemeyeceği belirtilmiştir. Bu kapsamda ilke olarak mahkemeler önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun adil olup olmaması bireysel başvuru konusu olamaz. Ancak bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden, bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içeren tespit ve sonuçlar bu kapsamda değildir”.<sup>111</sup>

Ancak AYM, kararında başvuru konusuyla ilgili olarak esas mahkemesi ve yasa yolu incelemesinde yapılan işlemlerin isabetli olup olmadığı konusunda da değerlendirme yapmaktadır. Örneğin, “Başvurucunun iddiasının esas itibarıyla derece mahkemesince verilen kararda isabet bulunmadığına, dolayısıyla kararın sonucuna ilişkin olduğu görülmektedir. Maddi olay ve olguların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması bakımından Mahkemenin, Bölge Adliye Mahkemesinin ve Yargıtayın kararlarında bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik oluşturan herhangi bir durum da tespit edilmemiştir”.<sup>112</sup> Neticede AYM, yukarıdaki değerlendirmeleri sonucunda, “Başvurucu tarafından ileri sürülen ihlal iddialarının yukarıda belirtilen içtihat kapsamında kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu sonucuna varıldığından başvurunun bu kısmının da açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir” demiştir.<sup>113</sup>

İnceleme konusu kararında AYM Bölümü böyle bir istisnai durum tespitinde de bulunmadığına göre, verilen ihlal kararında, somut suç türü bakımından CMK’nın 231’inci maddesi açıkça Anayasanın 17’nci maddesine aykırılık oluşturuyor demektir.

Diğer yandan CMK’nın 231’inci maddesi kısa sürede çok sayıda değişikliğe uğramış ve uygulayıcının bu değişiklikleri suçun işlendiği tarihlere göre dikkate

<sup>110</sup> AYM, B. No: 2012/989, KT: 19.12. 2013, para. 63-65; AYM, B. No: 2013/8773, KT: 20.01.2016, para. 26; AYM, B. No: 2013/2581, KT: 7.01.2016, para. 31 vd.; bkz. İsmail Köksarı, ‘Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi’, Anayasa Yargısı, 33 (2016), s. 309.

<sup>111</sup> AYM, Genel Kurul, B. No: 2018/8903, KT: 15.4.2021, para. 172; R.G.: 30.6.2021, Sayı: 31527.

<sup>112</sup> AYM, Genel Kurul, B. No: 2018/8903, KT: 15.4.2021, para. 173; R.G.: 30.6.2021, Sayı: 31527.

<sup>113</sup> AYM, Genel Kurul, B. No: 2018/8903, KT: 15.4.2021, para. 174; R.G.: 30.6.2021, Sayı: 31527.

almasındaki zorluklar da dikkate alındığında, uygulamada büyük hukuki sorunlara sebebiyet verdiği bilinen bir gerçektir.<sup>114</sup>

Oysa, Amparo davasında, kural olarak hakka müdahale eden yasanın iptalini değil, başvuru bakımından uygulanmaması amaçlandığı halde, bilhassa bizim gibi merkezi anayasallık denetiminin kabul edildiği ülkelerde, yasal düzenlemenin erga omnes etkili biçimde iptal edilmesi yolunun işletilmesinin mümkün olduğu görülmektedir. İspanya'daki uygulamaya göre, ihlal yasanın hatalı yorumundan değil de doğrudan yasadaki kaynaklanıyorsa, amparo incelemesi sırasında AYM'nin ilgili Dairesi veya Bölümünün bu durumu tespit ederek davanın sürdürülmesini durdurup konuyu AYM Genel Kurulu'na taşımaktadır.<sup>115,116</sup>

Bireysel başvuruda da yasanın anayasaya aykırılığının ileri sürülmesi veya AYM'nin re'sen yasanın anayasaya aykırılığını inceleme yetkisini kendinde gören içtihatlar vermesi beklenmelidir. Yukarıdaki açıklamalarımız dikkate alındığında bunu talep etmenin bir hak olduğunu düşünüyorum.

<sup>114</sup> Örneğin, Yargıtay CGK bir karar incelemesi sırasında, hüküm verildiği tarihte sanık hakkında HAGB kararı verilmesine engel durum olduğu halde (sadece şikâyete tabi suçlar HAGB kapsamındaydı ve somut olayda re'sen kovuşturulan bir suç söz konusuydu), bir yasa değişikliği ile o suç ve ceza miktarı için HAGB kararı verilebilir hale gelmesi olayında (şikâyete tabi olup olmadığına bakılmaksızın iki yıl hapis cezası); sonradan gerçekleştirilen bir başka yasa değişikliği ile bu defa suç türü bakımından HAGB kararı verilebilmesinin mümkün olmayacağına ilişkin düzenleme karşısında, aradaki yasa hükmünün dikkate alınmasına (HAGB kararı verilebilecek değişikliğin dikkate alınabileceğine) karar vermiştir. CGK'nın kararı şöyle: “*Yerel Mahkemece direnme kararının verildiği 31.05.2007 tarihinden sonra yürürlüğe giren, 5728 sayılı Yasanın 426. maddesiyle 2911 sayılı Yasanın 32/1. maddesinde yapılan değişiklik ile fıkra da yer alan ağır para cezası yürürlükten kaldırılmış, 5728 sayılı Yasanın 562. maddesi ile 5271 sayılı CYY'nin 231. maddesinin 5 ve 14. fıkralarında yapılan değişiklikler ile de hükmün açıklanmasının kapsamı genişletilip, maddedeki hapis cezası sınırı iki yıla yükseltilmiş, ayrıca 14. fıkradaki şikâyete tabi suçlarla sınırlı olma koşulu kaldırılmıştır. Her ne kadar, 01.03.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5739 sayılı Yasanın 3. maddesi ile 3713 sayılı Yasanın 13. maddesi değiştirilmek suretiyle, terör suçları yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği kabul edilmiş ise de, aleyhe olduğunda kuşku bulunmayan bu düzenlemenin geçmişe yürümeceği izahattan varestedir. Bu itibarla, Yerel Mahkemece 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasasının 7/2, 2911 sayılı Yasanın 32/1. maddesi kapsamında değerlendirilen eylemler hakkında tesis edilen hükümlerin ayrıca bu nedenle de bozulmasına karar verilmelidir” (CGK, E. 2007/9-282, K. 2008/44, KT: 04.03.2008).*

<sup>115</sup> İnceoğlu, 2017, s. 112-113 ve 309. Yazar aynı eser, s. 199'da, “genişletici bir yorumla, Bölümün Anayasaya aykırı gördüğü normu itiraz yoluyla Genel Kurul'a götürebileceği sonucuna varmak gerekir” demekte ve ayrıca, Bölümün ilk dereceyi tahrik ederek somut norm denetimi yolunu işletmesinin “dolambaçlı bir yol” olduğunu belirtmektedir.

<sup>116</sup> Şahbaz'da bir çalışmada Türkiye için benzeri bir uygulamayı önermiştir. Bkz. Şahbaz, 2015, s. 222; Şahbaz, 2016, s. 555 vd. Şahbaz, 2011, s. 91 vd.

## B. Somut Olayda Dava Mahkemesinin Anayasaya Aykırılık İddiasının Gerekçesi

İncelememize konu ihlal kararı üzerine baktığı dava ile ilgili olarak dava mahkemesinin anayasaya aykırılık iddiasının gerekçesine yeterince yer verilmediğini görüyoruz. Araştırmacı olarak, ihlal kararı verilmesi sonrası yeniden yargılama yapan mahkemenin, davaya uygulayacağı yasa hükmünün anayasaya aykırı olduğuna ilişkin gerekçesini bilmemiz ve buna göre halkı aydınlatmamız gerekir.

Oysa AYM Genel Kurulunun kararına göz attığımızda, dava mahkemesinin anayasaya aykırılık iddiasıyla ilgili açık bir gerekçeye rastlanmamaktadır.

Ancak, AYM İkinci Bölümünün ihlal kararında, “*Anayasa’nın 17. maddesinde yer verilen insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının maddi ve usul boyutunun ihlal edildiğine*” ibaresine,<sup>117</sup> yeniden yargılama yapan dava mahkemesinin de, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun; 231. maddesine 6/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun’un 23. maddesiyle eklenen (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12) ve (13) numaralı fıkraların, 231. maddesinin 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun’un 562. maddesiyle değiştirilen (14) numaralı fıkrasının, “Anayasa’nın 17. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir” şeklinde bir gerekçeye yer verildiği anlaşılmaktadır.

## C. HAGB Kararının Kesinleşmesiyle Sanık Hakkında Kazanılmış Hak Konusunun Değerlendirilmesi

### 1. AYM’nin HAGB Konusundaki Yaklaşımı

AYM bu davadan önceki içtihadında, 5271 sayılı CMK’nın 231’inci maddesinin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.<sup>118</sup>

AYM bireysel başvurularla ilgili bölüm kararında, sanık hakkında HAGB kararının sanığın isteği ile verildiği ve bu istek nedeniyle “*temyiz yoluna başvurmayı mümkün kılan bir karar verilmesini başvuruçunun tercih etmediği*”,<sup>119</sup> genel kurul da benzeri gerekçelerle, HAGB kararına karşı itiraz yasa yoluna baş-

<sup>117</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018.

<sup>118</sup> AYM, E. 2011/41, K. 2012/25, KT: 16.2.2012; AYM, E. 2007/14, K. 2009/48, KT: 12.4.2009.

<sup>119</sup> AYM bir kararında, hakkında resmi evrakta sahtecilik suçundan verilen hapis cezasıyla ilgili HAGB kararı verilmesi üzerine bireysel başvuru incelemesinde şu gerekçeyle kabul edilemez bulmuştur: “*Somut olayda başvuruçunun, yargılama sonunda hakkında beraat kararı verilmemesi hâlinde lehe hükümler kapsamında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Yargılama sonunda eksik incelemeye dayalı olarak verilen mahkûmiyet kararının temel hakları ihlal ettiği iddiası, başvuruçunun talebi üzerine hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması ve temyiz yoluna başvurmayı mümkün kılan bir karar verilmesini başvuruçunun tercih etmediği dikkate alındığında dayanaktan yoksun görünmektedir*” (AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2012/833, KT: 26.3.2013). Bu kararda, resmi belgede sahtecilik suçunun mağdurları olan kooperatif üyelerinin mağduriyetleri tartışılmamıştır.

vurulmasının mümkün olduğu ve başvuru yolunu kabul ettiği gerekçesiyle ihlal kararı vermemektedir.<sup>120</sup>

AYM, HAGB kararı ile ilgili değerlendirmelerinde; “*Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, yargılamayı hükümle sonuçlandıran bir karar niteliğinde olmayıp ceza yargılamasını sona erdiren düşme nedenlerinden biridir*”;<sup>121</sup> “*5271 sayılı Kanun’un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte ancak denetim süresi içinde kasıtlı yeni bir suç işlenmesi hâlinde hükmün açıklanmasıyla veya bu süre içinde kasıtlı yeni bir suç işlenmemesi hâlinde düşme kararıyla yargılama nihai olarak sona erdiğinde hüküm niteliği olan bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilir ve esasa ilişkin itirazlar bu aşamada ileri sürülebilir*” demiştir.<sup>122</sup>

## 2. Yargıtay’ın HAGB Konusundaki Yaklaşımı

### a. Devlet ile Sanık Arasında Sözleşme Olduğu Görüşü

Yargıtay, HAGB kararının açıklanması sırasında, sanık aleyhine değişiklik yapılabilip yapılamayacağı konusunda değerlendirme yapmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK) kararına göre;<sup>123</sup> “*ilk hükümde uygulama şartlarının oluşmasına rağmen fark edilmeyen veya uygulanması unutulmuş nitelikli bir hâlin, hükmün açıklandığı sırada uygulanarak sanık hakkında daha ağır bir cezaya hükmolünebileceğinin kabul edilmesi mümkün değildir. Kişilerin işledikleri birtakım suçlardan dolayı adli yünden lekelenmemeleri için bir fırsat ve bu anlamda sanık ile Devlet arasında imzalanmış bir sözleşme anlamına*” gelir.

CGK bu kararında, bu sözleşme üzerine sanık hakkında HAGB uygulanınca, “*sanık denetim süresi içerisinde bir daha kasıtlı bir suç işlememeyi taahhüt ederken, Devlet ise sanığa lekelenmeme hakkı tanımakta ve belirli bir süre içerisinde kasıtlı başka bir suç işlememesi hâlinde cezanın düşürüleceğini taahhüt etmektedir*” dedi.

Sanığın devletle arasındaki sözleşmeye aykırı davranmasının ne olduğuna işaret eden CGK’nın bu kararına göre, “*Sanığın Devlete verdiği sözü tutmayıp denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi durumunda ise, kanun koyucu açıklanması geri bırakılan cezanın aynen açıklanması yaptırımını öngörmüştür.*

<sup>120</sup> AYM verdiği kararında, “*Mevcut olayda verilen kararın temyiz değil de itiraz incelemesine tabi olması başvuru yolunun kendi tercihinden kaynaklanmaktadır. HAGB kararının itiraz kanun yoluna tabi olacağı 5271 sayılı Kanun’da açıkça belirtilmektedir ve başvuru, HAGB’ye muvafakatini açıklamak suretiyle itiraz incelemesinin nitelik ve kapsamını da kabul ettiğini zımnen ortaya koymuştur*” (AYM, Genel Kurul, B. No: 2013/9381, KT: 3.3.2016).

<sup>121</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2015/2285, KT: 21.3.2019, para. 23.

<sup>122</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2015/2285, KT: 21.3.2019, para. 24.

<sup>123</sup> CGK, E. 2016/4-468, K. 2019/502, KT: 25.6.2019.



*Dolayısıyla açıklanması geri bırakılan hükümde değişiklik yapılmak suretiyle sanığın daha fazla cezalandırılmasına karar verilmesi, bir nevi sözleşmeye aykırılık anlamına geleceği gibi kişilerin Devlete ve adalete olan güvenlerinin de sarsılmasına neden olacağı ortadadır”.*

Ayrıca, CGK’ya göre, HAGB kararı verildiğinde, *“hukuka aykırılıkların ileride sanık tarafından kazanılmış hak konusu olma ihtimali de göz önüne alındığında, mahkeme tarafından uygulanması unutulmuş veya fark edilmeyen herhangi bir hususun ancak aleyhe başvuru olması hâlinde temyiz veya istinaf yoluyla giderilebileceği, özellikle sanık aleyhine olacak şekilde hükmün düzeltilemeyeceği veya değiştirilemeyeceği kabul edilmelidir”.*

### **b. HAGB Kararına Karşı İtiraz İncelemesi**

HAGB kararıyla ilgili ilk düzenlemede itiraz değil, temyiz yasa yolu kabul edilmişti. Dolayısıyla HAGB kararı açıklanmadığı halde temyiz yasa yolunun açık olması, aslında CMK’nın 223/1’inci maddesinde sayılan ve hüküm sayılmayan bir kararın temyiz açısından hüküm gibi işlem görmesini sağlıyordu. Oysa HAGB kararı CMK’nın 223/1’inci maddesinde hüküm olarak kabul edilmemiştir. Fakat, Anayasa’nın 154/1’inci maddesinde yer alan, *“Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir”* şeklindeki düzenleme nedeniyle, ilk kabul edildiğinde HAGB kararına karşı açık bir yasa yolu kabul edilmediğinden temyiz incelemesi yapılması doğal idi. Ancak sonradan CMK’nın 231’inci maddesinin 12’nci fıkrasıyla getirilen düzenlemeyle, HAGB kararına karşı itiraz yasa yoluna başvurma kabul edildi.<sup>124</sup>

HAGB kararına karşı yapılan itirazda nasıl inceleme yapılacağı konusunda açıklık yoktu. Bu nedenle içtihatlarla yasa yolu incelemesinin güvenceli olabilmesi için yargı konuya çözüm üretmeye çalışmıştı.<sup>125</sup> İşte bu nedenle Yargıtay incelemelerinde, HAGB kararına karşı yapılan itiraz yasa yolunun güvenceli olup olmadığı konusunda verdiği kararların bir kısmında itiraz merciince sadece şekli denetim yapılacağı;<sup>126</sup> bir kısmında hem maddi olay, hem hukuki denetim ya-

<sup>124</sup> CMK’nın 132’nci maddesine 6.12.2006 gün ve 5560 sayılı Yasa’nın 23’üncü maddesiyle eklenen 12’nci fıkradaki düzenlemeye göre; *“Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir”.*

<sup>125</sup> Konuyla ilgili bkz. Can Yalçın, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Birinci Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2021, s. 267 vd.; İhsan Baştürk, *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi*, İkinci Baskı, Bilge Yayınevi, 2021; İtiraz üzerine şekil denetimi yapılırken nelere dikkat edilmesi gerektiği konusunda bkz. Seyithan Güneş, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Birinci Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2018, s. 223-224.

<sup>126</sup> *“Somut olayda, merciince evrak üzerinde inceleme yapılmış ve kanıt değerlendirmesine girilerek kanıtların, görevi savsama suçunun sübutu için yeterli olmadığı kabul edilip, sanık hakkında beraat kararı verilmiştir. Merciince evrak üzerinde inceleme yapılabildiğinden, itiraza konu karar yönünden yapılacak inceleme de ancak 231. maddenin objektif koşullarının belirlenmesi*

pılacağı<sup>127</sup> kabul edilmekle beraber, konuyla ilgili olarak uygulamada istikrarın bulunduğu söylenemez.

Oysa HAGB kararının itiraz yolu ile denetlenmesinde sadece şekli denetimle yetinilmesi, “hak arama hakkını ihlal edebilir niteliktedir”<sup>128</sup>.

AYM’ye göre HAGB kararı, “yargılamayı hükümle sonuçlandıran bir karar niteliğinde olmayıp ceza yargılamasını sona erdiren düşme nedenlerinden biridir”;<sup>129</sup> Yargıtay CGK’ya göre de, HAGB kararı bir hüküm olmamakla beraber, “geri bırakılan hükümde değişiklik yapılmak suretiyle sanığın daha fazla cezalandırılmasına karar verilmesi, bir nevi sözleşmeye aykırılık anlamına geleceği gibi kişilerin Devlete ve adalete olan güvenlerinin de sarsılmasına neden olacağı ortadadır”<sup>130</sup>.

AYM ve CGK’nın bu iki kararını birlikte değerlendirdiğimizde, iki yüksek mahkeme kararları arasında farklı sonuçların ortaya çıkması söz konusudur. Ancak, AYM Bölümü bireysel başvuru incelemesinde, sanık hakkında yukarıdaki

---

*ile ilgili sınırlı bir inceleme olmalıdır. Duruşmada kanıtlarla doğrudan temas etme olanağı bulunmayan merciin, kanıt değerlendirmesi yaparak yeni bir hüküm tesisi, itiraz kurumunun niteliğine aykırı olacaktır. İtiraz merciince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının koşullarının bulunup bulunmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmadan, bu karara konu olan ve 231. maddenin 5. fıkrası uyarınca henüz hukuki varlık kazanmamış olan hükmün değerlendirilmesi, 231 ve 271. maddelerdeki düzenlemelere aykırıdır. İtiraz merciince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar, 231. maddenin 6. fıkrasında yer alan suça ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ile sınırlı olarak yapılmalıdır. Özel Dairece, mercii kararının bu yönde değerlendirilerek, beraat kararı verilmesinin yasaya aykırı bulunması sonucunda bozulmasına karar verilmesi isabetlidir” (CGK, E. 2009/4-13, K. 2009/12, KT: 03.02.2009). Bkz. AYM, Genel Kurul, B. No: 2013/9381, KT: 3.3.2016, para. 50.*

<sup>127</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında itiraz merciinin şu hususlarda inceleme yapması gerektiğine işaret etmiştir: “sonuç olarak yerel mahkeme kararına karşı o yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan başvurunun itiraz kanun yoluyla ve 5271 sayılı CMK’nun 267-271. maddeleri uyarınca hem maddi olay hem de hukuki yönden itiraz merciince incelenmesi gerektiğinden itiraz mahiyetindeki istem konusunda bir karar verilmek üzere dosyanın itiraz merciine gönderilmesi için mahalline iadesi amacıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine karar verilmelidir, (CGK, E. 2012/10-534, K. 2013/15, KT: 22.01.2013); benzeri kararları Yargıtay daireleri de vermiştir. Ayrıca Bkz. AYM, Genel Kurul, B. No: 2013/9381, KT: 3.3.2016, para. 50-51.

<sup>128</sup> Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2017, s. 699; Veli Özer Özbek / Serkan Meraklı, ‘Karar İncelemesi Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim’, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2013, s. 229 vd. CGK’nın 22.01.2013 gün ve 10-534/15 sayılı kararına yollamada bulunularak aynı görüşü savunan yazarlar için bkz. Ahmet Gökçe / Murat Balcı / M. Emin Alşahin / Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 375-376.

<sup>129</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2015/2285, KT: 21.3.2019, para. 23.

<sup>130</sup> CGK, E. 2016/4-468, K. 2019/502, KT: 25.6.2019.

ihlal kararını verirken, CGK'nın kararında gerekçelendirildiği gibi, ihlal kararı sonrası yapılacak yeniden yargılama sonucunda, sanığın HAGB kararıyla “kazanılmış hakkı” konusunda değerlendirme yapmamıştır.<sup>131</sup> Ayrıca AYM İkinci Bölümü, esas mahkemesince verilen HAGB kararında CMK'nın 231'inci maddesinin 6'ncı fıkrasının (c) bendinde yer alan, “suçun işlenmesiyle mağdurun (...) uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi” konusunda değerlendirme yapmamıştır.<sup>132</sup>

Oysa, esas mahkemesince verilen ilk kararda, sanık hakkındaki hapis cezası ertelenirken, “maddi ve manevi zararlarının giderilmemiş olması” nedeniyle hakkında HAGB'nin uygulanmamasına karar verildiği anlaşılmaktadır.<sup>133</sup>

Esasen HAGB kararına yönelik itiraz halinde (CMK, m.231/12), merciinin yasada belirtilen haller hariç, kural olarak duruşma yapması mümkün değil ise de, itiraz konusuyla ilgili araştırma yapması mümkündür (CMK, m.270-271).<sup>134</sup> Kaldı ki itiraz mercii, CMK'nın 231/6-c maddesinde yer alan ve sanık hakkında HAGB kararı verilmesine engel teşkil eden ve mağdurun zararının giderilmiş olması gerektiğine ilişkin hükmü değerlendirmemiştir.<sup>135</sup> Yani, “suçun işlenmesiyle mağdurun (...) uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi” gerektiğine ilişkin düzenleme itiraz mercii ve AYM

<sup>131</sup> HAGB kurumu, hukukumuzda istenilen hukuki yararın elde edilmesine elverişli olmadığı gibi, ortaya çıkardığı yeni sorunlar nedeniyle beklenen yararı sağlayamamaktadır. Bu nedenle bence; eski 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 6 ve 765 sayılı TCK'nın 95/2'nci maddelerinde yer alan erteleme kurumunun, güncellenmiş olarak yeniden yürürlüğe konmasında yarar var. HAGB kurumunu sadece itiraz yasa yolunun iyi işletilebilip işletilemediğiyle değil, birlikte suç işlemiş sanıklardan bir kısmı ile ilgili HAGB uygulanması, bir kısmı hakkında HAGB'nin uygulanmaması ve bir kısmı bakımından dosyanın ayrılması hallerinde de oldukça sıkıntı yaratan sonuçlarla karşılaşılabilmektedir.

<sup>132</sup> Eğer HAGB kararında CMK'nın 231/6-c maddesinde yer alan mağdurun mağduriyeti giderilmiş olsaydı, buna hem kararda yer verilir, hem de muhtemeldir ki mağdur konuyu itiraz ve bireysel yasa yollarına taşımazdı. Bu konuda kararda açıklık bulunmamaktadır.

<sup>133</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 15.

<sup>134</sup> Aynı yönde, Nur Centel / Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2020, s. 884.

<sup>135</sup> İtiraz merciiin HAGB kararına yönelik itirazı ret gerekçesini, AYM'nin kararından aynen aktarıyorum: “Başvurucunun karara karşı yaptığı itiraz, Trabzon 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 20/2/2014 tarihli kararıyla, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 3/2/3009 tarihli ve E. 2008/11-250, K. 2009/13, E. 2009/04-13, K. 2009/12 sayılı kararlarına atfen itiraz incelemesinin yalnızca HAGB'nin şartlarının oluşup oluşmadığı hususuyla sınırlı olduğu, HAGB kapsamında kalacak şekilde cezanın yanlış hesaplanması, HAGB dışına çıkmayacak bir biçimde takdir yetkisinin yanlış kullanılması gibi hususların itiraz aşamasında yapılan incelemenin konusunu oluşturamayacağı, bu tür hukuka aykırılıkların ancak denetim süresi içinde veya sonunda, açıklanan veya verilen hükümlerle birlikte temyiz kanun yolunda incelenebileceği belirtilerek olayda HAGB şartlarının oluştuğu, bu yönüyle kararda hukuki isabetsizlik bulunmadığı gerekçeleriyle reddedilmiştir”.

İkinci Bölümü tarafından değerlendirilmemiştir. HAGB kararının hukuka uygun olup olmadığı yasa yolu incelemesinde gözetilecek bir husus olması nedeniyle AYM bu hususu değerlendirme dışı tutabilir ise de, AYM yasa yolu incelemesinde gözetilmesi gereken esasa ilişkin konularda, açıkça keyfi bir mahkeme kararı olması halinde yasa yolu incelemesinde gözetilecek hususlarda da bireysel başvurularda inceleme yapmaktadır.<sup>136</sup> İşte bu kadar önemli bir olayda AYM, dosyadan açıkça anlaşıldığı gibi, mağdurun maddi zararının giderilmediğinin esas mahkemesinin erteleme kararı verdiği gerekçesinden anlaşılmasına karşın, itiraz merciinin incelemesinde bu kadar önemli bir hususu değerlendirmemesini, AYM'nin ihlal kararında kendi içtihatları çerçevesinde mutlaka değerlendirmesi gerekirdi. Gerçekte AYM, bireysel başvuruda nasıl ve nelere dikkat ederek inceleme yaptığını çeşitli kararlarında açıkça ortaya koymuştur. AYM'ye göre, yasa yolu incelemesinde değerlendirilmesi gereken konularda kural olarak bireysel başvuruda değerlendirme yapması söz konusu değil ise de, bunun istisnasının, “*derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık keyfîlik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olması*”<sup>137</sup> olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, sanık hakkındaki HAGB kararında bulunması gereken temel hususlarla ilgili olarak esas mahkemesi kararında hukuka aykırılık olduğu gibi, bu konuda itiraz merciinin ve AYM bölümünün de değerlendirmesi söz konusu değildir.

### **C. AYM Genel Kurulu ve Bölümünün Dava Mahkemesinin Yasa Hükmünün Anayasaya Aykırı Olduğuna İlişkin Gerekçesini Neden Dikkate Almadıkları**

AYM İkinci Bölümü tarafından verilen ihlal kararına katılan üyelerden ikisi, Genel Kurulda somut norm denetimi yapılması yönünde karşı oy yazmışlardır.<sup>138</sup>

Esasen, dava mahkemesinin sanık hakkında HAGB uygulamasının hukuka uygun olmadığına karar verilmesine rağmen, anılan 231'inci maddedeki düzen-

<sup>136</sup> AYM, B. No: 2012/989, KT: 19.12. 2013, para. 63-65; AYM, B. No: 2013/8773, KT: 20.01.2016, para. 26; AYM, B. No: 2013/2581, KT: 7.01.2016, para. 31 vd.; bkz. Köküsarı, Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi, s. 309.

<sup>137</sup> AYM'ye göre, “*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 tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık keyfîlik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır. Bu çerçevede, kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular; derece mahkemesi kararları açık keyfîlik içermedikçe Anayasa Mahkemesince incelenemez (Necati Gündüz ve Recep Gündüz, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 26)*” (AYM, Genel Kurulu, B. No: 2013/1827, KT: 25.2.2016, para. 48; R.G.: 23.3.2016, sayı: 29662).

<sup>138</sup> Üyeler Engin Yıldırım ve M. Emin Kuz.

lemede, sanığın işlediği suçla ilgili olarak istisna getirilmediği halde, AYM Genel Kurulu, bu hükmün iptalinin sağlanması yoluyla uygulama yapılmasını sağlamak yerine, sadece dava mahkemesinin önündeki davaya uygulanacak yasa kuralı olmadığı gerekçesiyle, dava mahkemesinin yetkisizliğine karar vererek, dava mahkemesi yargıcını zor durumda bırakmıştır.

Şöyle ki; AYM İkinci Bölümü verdiği ihlal kararı üzerine dava mahkemesince ne gibi işlem yapılacağı konusuna açıklık getirmemiştir. Bu durumda dava mahkemesi 231'inci maddenin anayasaya aykırılıktan iptalini sağladıktan sonra sanık hakkında 231'inci maddeyi uygulamayacağına karar verebilecekken, AYM Genel Kurulu çoğunluğunca dava mahkemesine bu olanak da verilmemiştir. Yani hem ihlal kararında dava mahkemesince yapılması gerekenin ne olduğuna açıklık getirilmemiş, hem de genel kurul kararı ile somut norm denetimi yapılması isteği geri çevrilmiştir.

Bu durumda, yürürlükte olan bir yasa hükmüne rağmen dava mahkemesi yargıcına, sanık hakkında yürürlükteki yasayı uygulamayacağını denmiş olmaktadır. Oysa, bu husus sanık hakkında HAGB kararına karşı yasa yolu incelemesinde değerlendirilecek bir husustur.

Anayasa'nın 148'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan *“bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz”* ve 6216 sayılı Yasanın 49'uncu maddesinin 6'ncı fıkrasındaki düzenlemede, *“bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz”* hükümleri dikkate alındığında,<sup>139</sup> HAGB kararı (yasa yolu incelemesinden geçiriliş) kesinleştiğine göre, bu konuda AYM'nin yeni bir değerlendirme yapmaması gerekirdi. AYM çok sayıda kararında, yasa yolu incelemesinde çok bariz hukuka aykırılık yoksa inceleme yapmayacağına işaret etmiştir. AYM bu konuda verdiği kararlarında, Anayasa'nın 148'inci maddesinin dördüncü fıkrası ile 6216 sayılı Yasa'nın 49'uncu maddesinin 6'ncı fıkrasındaki düzenlemeleri dikkate alarak, yasa yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin şikâyetlerin bireysel başvuruda incelenemeyeceğine işaret etmekte ve *“Anılan kurallar uyarınca ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu*

<sup>139</sup> Görüldüğü gibi, 148'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında, *“bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz”*; 6216 sayılı Yasanın 49'uncu maddesinin 6'ncı fıkrasında, *“bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz”* denmektedir. Bu düzenlemelerden anlaşılan yasa yolu incelemesinde dikkate alınacak hususlar bireysel başvuruda değerlendirmeye tabi tutulamaz. Ancak, uygulamada çok önemli hukuka aykırılıklar olması halinde de inceleme yapılmaması düşünülemeyeceğinden, AYM çok sayıda kararında, kimi ilkeler ortaya koyarak yasa yolu incelemesinde gözetilmesi gereken hususlarda da inceleme yapmaktadır.

*hiçe sayan tarzda açık keyfilik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır. Bu çerçevede kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular, derece mahkemesi kararları açık keyfilik içermedikçe Anayasa Mahkemesince incelenemez” demektedir.<sup>140</sup>*

Ancak AYM bir başka incelemesinde, “*Kanun yolu merciinin de bu iddiaya dair bir değerlendirme yapmadığı, başvuruçunun itirazının reddine karar verdiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvuruçunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır*” gerekçesiyle, başvuruçunun Anayasa’nın 36’ncı maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.<sup>141</sup> Bu kararda yasa yolu incelemesinde merciin iddiayı değerlendirmemesi hukuka aykırı bulunmuştur.

Mağdurun konuyu AYM’ye kadar taşıdığına ve uğranılan maddi zararın giderilmediğinin anlaşılmasına göre, AYM Bölümü HAGB kararının bu nedenle de ihlaline karar verebilirdi. Mağdurun zararının giderilmediği açıkça anlaşıldığına göre, giderilmemesine karşın sanık hakkında HAGB kararı verilmesinin dikkate alınması gerekirdi. Kaldı ki, anayasa ve yasa hükümlerinin sadece sözcüklerden hareketle değerlendirilmemesi gerekir; aksi takdirde bireysel başvurunun konusu kalmayabilir.<sup>142</sup>

## SONUÇ

Öncelikle hukukumuzda, bireysel başvuruda somut norm denetiminin kabul edilmemesi, yasaya uygun olarak yapılan işlemlerle ilgili ihlal kararı verilip yasanın yürürlüğünün sürdürülmesi çelişki oluşturmaktadır.

Özellikle somut olayımız bakımından, bireysel başvuruda somut norm denetimi yolunun açılmaması karşısında, anılan yasa hükmünün her uygulanmasında konunun bireysel başvuru yoluyla AYM’nin incelemesine sunulması ve uygulama işlemi nedeniyle ihlal kararı verilmesi yerine, CMK’nın 231’inci maddesindeki düzenlemenin hangi suçlar için uygulanmayacağına yasa koyucu tarafından açıkça yeniden tek tek belirlenmesinin sağlanması gerekir.

Çünkü, CMK’nın 231’inci maddesinin uygulanmasına engel teşkil etmeyen suçlarla ilgili verilen kararlar için, AYM bireysel başvuru üzerine ihlal kararı vermektedir. Dolayısıyla, CMK’nın 231’inci maddesindeki koşulların varlığı halin-

<sup>140</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/5444, KT: 6.1.2016, para. 67; benzeri kararlar için bkz. AYM, B. No: 2012/1027, KT: 12.2.2013, para. 26; AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2012/869, KT: 16.4.2013.

<sup>141</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2018/12600, KT: 28.1.2021, para. 39-40; R.G.: 4.3.2021, Sayı: 31413.

<sup>142</sup> Ayhan Döner / Yeşim Çelik, ‘Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruyu İnceleme Aşamaları, Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçları’, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (ERZSOSDE), IX-I, 2016, s. 290.



de sanık hakkında HAGB kararı verilmesi bakımından hukuki sorun yaratacak suç türlerinin belirlenmesi amacıyla, AİHM ve AYM kararları da dikkate alınarak yasada değişikliğe ihtiyaç bulunmaktadır.

Yasada yer alan, “yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı”na ilişkin düzenleme (6216, m.45/3), yasa için “doğrudan” bireysel başvuruya engel oluşturmakta ise de, yasanın uygulanmasıyla (somutlaştırılmasıyla) ilgili işlemin yasaya uygun, ancak yasanın anayasaya aykırı olduğu durumları içermemektedir. Çünkü, yasa koyucu, hiçbir dava veya uygulama olmaksızın yasaya karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağını kabul etmiştir.

Kaldı ki, AİHM, somut yaşanmışlıklar varsa, söz konusu yasanın uygulanması halinde yine benzeri olumsuzluklarla karşılaşılması için, yasa için doğrudan inceleme yapmıştır.<sup>143</sup>

Dolayısıyla, yukarıda belirttiğimiz AYM Genel Kurulu kararında, ihlal kararı doğrultusunda gerekli işlemin yapılması gerektiği gerekçesiyle, ihlal kararı sonrası somut norm denetimi yapılamayacağına ilişkin yetkisizlik kararı asıl sorunun çözümlenmesini sağlamamaktadır.

Yukarıda işaret ettiğimiz bireysel başvuru üzerine AYM İkinci Bölümü tarafından verilen ihlal kararının gerekçesinde, sanık hakkında HAGB kararı verilmesinde Anayasa’nın 17’nci maddesindeki düzenlemenin gözetilmediğine dikkat çekilmesi karşısında, dava mahkemesinin yeniden yargılama yaparken, önceden uyguladığı HAGB kararından vazgeçebilmesi için, CMK’nın 231’inci maddesinin ilgili fıkralarının Anayasaya aykırılığını somut norm denetimi yoluyla AYM’nin önüne götürmesinde, hem “davaya bakan mahkeme” olması, hem de AYM Bölümünün ihlal kararı çerçevesinde CMK’nın 231’inci maddesi davaya uygulanmayacak da olsa, davaya uygulamama gerekçesinin tartışılabilmesi bakımından “davaya uygulanacak yasa hükmü” olarak kabul edilmesi gerekirdi.

Bu noktada davaya uygulanmış bir yasa hükmünün davaya uygulanmayacak yasa olarak nitelendirilmesi çelişki oluşturmaktadır. Çünkü, uygulanmış bir yasa hükmünün davaya uygulanmayacak olmasından değil, AYM Bölümünün ihlal kararı vermesi nedeniyle artık CMK’nın 231’inci maddesinin o olay bakımından uygulanamayacağından söz etmek gerekir ise de; dava mahkemesinin yasa hükmünü yanlış uyguladığından değil, yasanın somut olay bakımından uygulanmasının yerinde olmadığından söz etmek gerekir.

Dolayısıyla, 231’inci maddenin bakılmakta olan davada uygulanması Anayasa’nın 17’nci maddesinin ihlalini oluşturuyorsa, davada uygulanacak yasa hükmü var demektir. Bu durumda, AYM Genel Kurulu’nun davada uygulanacak yasa hükmü olmadığı şeklindeki görüşüne iştirak etmek mümkün değildir.

<sup>143</sup> AİHM, 2. Daire Kararı, *Altuğ Taner Akçam/Türkiye*, B. No: 27520/07, KT: 25.10.2011.

Dava mahkemesinin somut norm denetimi yolunu işletmemesi, katılan veya sanık tarafından bireysel başvuru konusu yapılabilir.<sup>144</sup>

Gerçekte, dava mahkemesi, talep edildiği halde somut norm denetimi yolunu harekete geçirmez ve yasa yolu incelemesinde de talep edildiği halde bu yol işletmezse, bireysel başvuruda da bu yönde talep olsaydı AYM nasıl değerlendirmeye yapacaktı? Bir başka deyişle, AYM'nin, bireysel başvuru üzerine böyle bir durumda, özellikle somut olayımızda olduğu gibi, yasaya uygun olarak kabul edilen dava mahkemesi kararının sadece Anayasaya aykırı olduğuna karar verip, somut norm denetimi istemini yanıtızsız bırakması hukuka uygun olabilir miydi?

Temel hak ve özgürlüklerle ilgili hak ihlallerini incelemekle görevlendirilen AYM'nin, yasaya uygun işlemle temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiğini kabul ettikten sonra ilgili yasa hükmünü anayasaya uygunluk bakımından dava mahkemesinin yetkisizliği gerekçesiyle incelememesi büyük bir çelişki oluşturmaktadır. Oysa bireysel başvuru üzerine somut norm denetimi yapılmasını ya bölümün harekete geçirmesi<sup>145</sup> veya somut olayda AYM Genel Kurulu'nun incelemesi hukukumuzda büyük katkı verecekti.

AYM Bölümünün, *“Anayasa'nın 17. maddesinin amacı, kişinin maddi ve manevi varlığına ilişkin bir ölüm ya da yaralama olayında mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların tespit edilerek hesap vermelerini sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü olmayıp uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Dolayısıyla bu kapsamda açılmış olan tüm davaların mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak usul yükümlülüğünün bir unsuru olarak tespit edilen sorumlulara fiilleriyle orantılı cezalar verilmeli ve mağdur açısından uygun giderim sağlanmalıdır”*<sup>146</sup> gerekçesi karşısında, dava mahkemesinin somut norm denetimi isteminin değerlendirilmesi gerekirdi. Çünkü, bireysel başvuruda ihlale sebebiyet veren dava mahkemesinin HAGB kararı vermesi gibi gözükmekle beraber, HAGB kararı verilmesine vesile olan CMK'nın 231'inci maddesindeki düzenlemedir.

AYM Genel Kurulu cinsel saldırı suçu yönünden değerlendirmesinde şu hususlara yer vermiştir: *“Tüm bu tespitler ışığında Mahkemenin, ceza tayini ve HAGB hususunda tam bir takdir yetkisi bulunduğu halde verdiği kararlar bu yet-*

<sup>144</sup> Aydın, 2011, s. 139'da *“somut norm denetimi yoluna başvurmaması (yani işlem ya da eylemin dayandığı kanunu Anayasa Mahkemesi önüne götürmemesi) de bireysel başvuru konusu olabilir”* denmektedir.

<sup>145</sup> Bkz. İbrahim Şahbaz, *‘Adli Yargı Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru’*, Yargıtay Dergisi, Cilt: 42, Sayı: 3, Yıl: 2016, s. 558.

<sup>146</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 58; Benzeri kararlar için bkz. AYM, Birinci Bölüm, 2013/293, 17.7.2014; R.G.: 22.10.2014, Sayı: 29153, para. 127; B. No: 2013/2438, KT: 9.9.2015, para. 105.

*kisini, söz konusu eylemlere hiçbir şekilde müsamaha edilmeyeceğini göstermek için kullanmak yerine toplumca hassasiyet gösterilen cinsel saldırı eyleminin sonuçlarını hafifletmek için kullanmayı tercih ettiği izlenimi vermiştir. Olaya özgü koşullar (...) nedeniyle başvurucuya yönelik cinsel saldırının ağırlığı karşısında eylemi yapanın cezalandırılması yerine sadece ceza tehdidi altında bırakılmasına dair verilen kararın, bireylerin kötü muamele yasağına karşı korunması amacıyla alınan caydırıcı yasal önlemleri etkisiz kıldığı kanaatine varılmıştır (...) Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının öngördüğü devletin pozitif yükümlülüğünden usul yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucu na varılmıştır<sup>147</sup>.*

Görüldüğü gibi, cinsel saldırı suçuyla ilgili bireysel başvuru incelemesi yapan AYM Genel Kurulu ile somut olayımızdaki kötü muamele suçundan verilen HAGB kararıyla ilgili olarak AYM Bölümü, sanıklar haklarında CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanamayacağına karar vermişler; ancak, AYM Genel Kurulunun çoğunluğu kötü muameleyle ilgili olarak somut norm denetimi yolu ile önüne getirilen davada, 231'inci maddenin davaya uygulanacak yasa hükmü olmadığı gerekçesiyle dava mahkemesinin yetkisizliğine karar vermiştir.

Bu durumda, dava mahkemeleri yönünden, CMK'nın 231'inci maddesinde yer alan tüm koşulların oluştuğu suç ve ceza ile ilgili olarak hangi suçlar için HAGB kurumunun işletilemeyeceği konusunda, yukarıda belirttiğimiz istisnalar dışında,<sup>148</sup> belirginlik bulunmamaktadır.

Gerek AYM Genel Kurulu, gerekse bölümünün bireysel başvuru üzerine, kendi belirlediği suçlarla ilgili olarak HAGB kurumunun işletilemeyeceğine karar vermeleri AIHM kararlarıyla uyumlu ise de, CMK'nın 231'inci maddesinin hangi suçlar bakımından uygulanmayacağına sanıklar bakımından açıkça belirlenmesi gerekmektedir.<sup>149</sup> Aksi takdirde, ilk derece mahkemeleri tarafından verilecek HAGB kararından, bireysel başvuru konusu yapılan ile yapılmayanlar

<sup>147</sup> AYM, Genel Kurul, B. No: 2014/19112, KT: 17.5.2018, para. 67-68; R.G.: 1.8.2018, Sayı: 30496.

<sup>148</sup> Örneğin, HAGB kararı verilemeyecek durumlar 231'inci maddenin 14'üncü fıkrasında belirtilen inkılap (devrim) yasalarında yer alan suçlar; disiplin suçları ve cezaları (477, m.63/2); çek suçları (5941, m.5/10); disiplin ve hapsen tazyik gerektiren suçlar; sporda şiddet ve düzensizliğin önlenmesi yasasında yer alan suçlar (6222, m.11); AYM kararı ile (AYM, Genel Kurul, B. No: 2014/19112, KT: 17/5/2018, para. 67-68; R.G.: 1/8/2018, Sayı: 30496) ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı (5237 sayılı TCK'nın 184/5'inci maddesi yönünden CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanamayacağı hk. CGK, E. 2014/4-806, K. 2015/167, KT: 26.5.2015) ile getirilen yasaklar. Geniş bilgi için bkz. İbrahim Şahbaz, *Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Cilt: 2, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 2416 vd.

<sup>149</sup> Şahbaz, *Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 2416 vd.'da HAGB kararı verilmesinin mümkün olmadığı hususlara işaret edilmiştir. Buna göre; CMK, m.231/14'te sayılan devrim yasaları; disiplin suç ve cezaları; 5941 sayılı Çek Kanunundaki düzenleme (m.5); disiplin ve hapsen tazyik gerektiren yasalarda yazılı suçlar; sporda şiddet ve düzensizliğin önlenmesi (6222, m.11); mahkeme kararıyla getirilen engeller (AYM ve Yargıtay CGK kararları).

arasında farklı uygulamalar olacaktır. Hukuk devletinde böyle farklı uygulamalara meydan verilmemesi için, konunun yasama organı tarafından yeniden ele alınmasının sağlanması gerekir.

Oysa, ister bireysel başvuru yolunda, isterse yukarıda belirttiğimiz somut norm denetim yolu ile anayasaya aykırı yasanın iptalinin sağlanması ve buna göre yasama organının tüm durumları (suçları) dikkate alarak yeni bir yasal düzenleme yapmasının sağlanması gerekir.

Veya 231'inci maddenin tümünden yürürlükten kaldırılmasının sağlanması düşünülebilir. Çünkü, HAGB kurumunun işletilmesi, yargılamada işlerin uzamasına sebebiyet vermektedir.

Bir başka açıdan ise, HAGB kararına karşı yapılan itiraz kurumunun iyi işlemediği anlaşıldığından, etkili başvuru yolunu sağlayacak adımların atılması gerekir.

AİHM kararında, sanık hakkında işkence suçundan verilen HAGB kararının Sözleşme'nin 3'üncü maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.<sup>150</sup> AİHM bu ve benzeri kararlarında, somut olaylarla ilgili ilkesel sonuçlara varmaktadır. AİHM, üye ülkelerin iç hukuklarındaki eksikliklerin neler olduğunu tek tek belirtmez; sadece somut olayı sözleşme hükümleri çerçevesinde değerlendirir. Bu nedenle, CMK'nın 231'inci maddesinin bir şekilde tekrar gözden geçirilmesi ve buna göre, hukukumuzdan çıkarılarak eski cezayı erteleme (tecil) kurumu içerisinde yeniden kaleme alınması gerekir. Çünkü, Yürürlükten kaldırılan 647 sayılı Yasanın 6'ncı maddesinde yer alan erteleme (tecil) kurum ve kavramı modern ceza hukuku sisteminde yerini almış iken,<sup>151</sup> bir kurumdan iki farklı kurum ortaya çıkarılması (biri 5237 sayılı TCK'nın 51'inci maddesindeki erteleme; diğeri, 5271 sayılı CMK'nın 231'inci maddesindeki HAGB) çok sayıda hukuki soruna sebebiyet vermektedir.

Diğer yandan bizim hukukumuzda uygulama bakımından somuttan soyuta doğru, yani önce yasanın uygulanması, yasa anayasaya aykırı ise anayasadaki düzenleme çerçevesinde (Anayasa, m.152), bu hususta somut norm denetimi yolunun işletilmesi gerekir. Bireysel başvuruda açıkça somut norm yolunun işletilmesi düzenlenmemekle beraber, AYM, kamu gücü tarafından temel haklardan birinin ihlal edilmesi halinde, işlemin ihlaline karar verirken, ihlale sebebiyet veren işlemin dayanağı olan yasa hakkında karar vermemesi düşünülemez. Çünkü, kamu gücünün karar vermesine sebebiyet veren yasanın iptalini sağlayacak etkili bir mekanizmanın olmaması, hukuka aykırı yasaların yürürlüğünün sürdürülmesi sonucunu doğurur.

<sup>150</sup> AİHM, *Taylan/Türkiye*, B. No: 32051/09, KT: 3.7.2012, para. 46.

<sup>151</sup> Erdener Yurtcan, *Ceza Davalarında Seri Yargılama ve Basit Yargılama*, Aristo, İstanbul, 2020, s. 20-21.

AİHM, sadece uygulamadan değil, yasanın yeterli güvence içermemesini de gerekçesinde göstererek ihlal kararı vermektedir.<sup>152</sup> Dolayısıyla AİHM, Türkiye kararında yasanın öngörülebilir olmadığını tespit etmiştir.<sup>153</sup> Gerçekte, AYM'nin yukarıda belirttiğim ihlal kararları karşısında, HAGB kararının hangi suçlar bakımından uygulanmayacağı konusunda açık (yeterli) düzenleme olmaması, yasanın öngörülebilirliğine aykırı bir durum oluşturmaktadır.

Nihayet, AYM'nin soyut norm denetimi yoluyla yaptığı incelemelerde CMK'nın 231'inci maddesinin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir: *“Hükümün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili kurallar kurumun tamamı gözetilerek değerlendirilmelidir. (...) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması için beş yıllık bir sürenin öngörülmesi ve bu sürede uygulanmak üzere denetimli serbestlik tedbiri olarak bir kısım yükümlülükler yüklenmesine olanak sağlanması yasa koyucunun suç ve suçlulukla mücadele, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla takdir yetkisine dayanarak kabul ettiği bir sistemdir. (...) Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasa koyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılaşmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Öte yandan, (12) numaralı fıkrafta hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmekte ise de, bu kuralla temyiz incelemesi yolu kapatılmış değildir. İtiraz yolu da verilen kararın bir üst merci tarafından yeniden gözden geçirilmesini sağlayan ve kararın sağlığı bakımından güvence oluşturan kanun yollarından biridir. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararları sanık hakkında hukuki sonuç doğuran kesin hüküm niteliğinde olmadığından, deneme*

<sup>152</sup> AİHM, Ahmet Yıldırım V., 2. Dairesi, B. No: 2010/3111, KT: 18.12.2012: *“5651 sayılı Kanun internette erişimin engellemesi kararının verilmesi için sadece şu kriterleri öngörmektedir: erişime engelleme kararının verilmesine sebep olabilen ceza suçlarının niteliği, böyle bir kararın verilmesi için gerekli delillerin derecesi (“şüpheye yol açan yeterli sebepler”), erişime engelleme kararını vermek için mahkeme ile yargıcın yetkisi veya acil durumlarda, savcının yetkisi, bu karara karşı itiraz yolunun açık olması ve şüpheliyi salıvermeye veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karardan kaynaklanan tedbirin geçersizliği ve yasa dışı içeriğinin kaldırılması. Böylelikle, ulusal kanun, keyfi olmaksızın, engelleme ya da engellememe yetkisini adli yetkiye bıraktığı için oldukça yetersiz kalmaktadır: ulusal kanun, adli yetkinin icrasını bütün gerekli şartlarla ve güvencelerle kapsamamaktadır ve internet üzerinde içerik sağlayıcılara ifade özgürlüğünün temel güvencelerini sunmamaktadır”* (<https://www.eralp.av.tr/avrupa-insan-haklari-mahkemesi-2-dairesi-esas-20103111-karar-2012/>; Erişim Tarihi: 01.8.2021).

<sup>153</sup> Ayça Ece Zarifoğlu, *‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda İnternet Özgürlüğü’*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 85. (<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET000385.pdf>; Erişim Tarihi: 01.8.2021).

*süresi sonunda verilecek düşme kararı veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükmümlle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır. (...) İptal isteminin reddi gerekir”<sup>154</sup>.*

AYM, bir başka kararında, CMK'nın 231'inci maddesinin 6'ncı fıkrasının sonuna, 22.7.2010 günlü, 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen “*Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmmez.*” cümlesinin eklenmesinin, anayasaya aykırı olmadığına şu gerekçelerle ulaşmıştır: “*Hükmün açıklanmasının ertelenmesine ilişkin olarak kanunda öngörülen tüm koşulların oluşması durumunda ceza hâkiminin takdiri ile verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, itiraz konusu kuralın 231. maddeye eklenmesinden sonra sanığın talebine bağlı olarak verilebilecektir. Ceza sistemimizde yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi koşullarına ilaveten getirilen ve sanığa kararı temyiz incelemesine götürübilme hakkı tanıyan kural, Anayasanın ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olmayıp, yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.*

*İtiraz konusu kuralda sanığın kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanması söz konusu olmadığı gibi, iptali istenilen kuralın 231. maddeye eklenmesinden sonra, sanığın iradesine önem verilerek, sanığın iradesi dışında hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanması engellenmiştir. Sanığa, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla hakkında verilen kararı temyiz incelemesine götürübilme imkânı veren kural, Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak değerlendirilemez.*

*Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir”<sup>155</sup>.*

Görüldüğü gibi AYM bireysel başvuru incelemesi dışındaki incelemelerinde HAGB uygulaması bakımından, Anayasa'nın 17'nci maddesini dikkate alarak kimi suçlar bakımından HAGB kararı verilmesinin doğru olmayacağına (anayasaya uygun olmayacağına) işaret etmemiştir. Ancak AYM bireysel başvuru üzerine HAGB kararının verilemeyeceğine ilişkin kimi suçları kapsam dışı tutmaya başlamıştır.<sup>156</sup> Oysa, CMK'nın 231'inci maddesinin anayasaya uygun olduğuna ilişkin değerlendirmelerde, temel hak ve özgürlüklerle ilgili kimi suçların HAGB kapsamı dışında tutulabilmesini sağlayacak biçimde, yasama organının konuyu yeniden gözden geçirmesine olanak sağlanabilirdi.<sup>157</sup> Aksi halde adli yargıda her suç için, CMK'nın 231'inci maddesinde açık suç türü engeli bulunmadığı halde,

<sup>154</sup> Soyut norm denetimi başvurusu, AYM, Genel Kurul, E. 2007/14, K. 2009/48, KT: 12.4.2009.

<sup>155</sup> Somut norm denetimi yoluyla başvuru, AYM, Genel Kurul, E. 2011/41, K. 2012/25, KT: 16.2.2012.

<sup>156</sup> Bu makalede dikkat çektiğimiz suçlar cinsel saldırı ve kamu görevlisinin kötü muamelede bulunması suçlarıdır. Ancak bireysel başvuru kararlarında başka suçlarla ilgili olarak da aynı veya benzeri değerlendirmelerin yapılabileceği düşüncesindeyim.

<sup>157</sup> Kuşkusuz yasama organı gelişmeleri gözeterek CMK'nın 231'inci maddesini yeniden düzenleyebilir.



sanık hakkında HAGB kararı verilmesi durumunda, bireysel başvuru üzerine ihlal kararları verilebilecektir. Böyle bir durumda hukuki güvenden söz edilemez. Fransız Danıştay'ı ve Anayasa Konseyi'nin izlediği çizgiye göre, Hukuk devleti, “hukuk güvenliği ilkesine bağlılığı ifade eder ve hukuk güvenliği de yasaların ve bu yasaların tanımladığı durumların belli bir istikrarını gerektirir”.<sup>158</sup>

AYM'nin birçok kararında hukuk devleti tanımlanmıştır: “Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de belirliliktir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır”.<sup>159</sup>

Tüm bu nedenlerle, CMK'nın 231'inci maddesinin, AYM'nin bireysel başvuru üzerine verilen ve AİHM kararlarıyla uyum arz eden kararları dikkate alınarak, tüm suçlar bakımından yeniden değerlendirilmesi gerekir.

Kuşkusuz yargı organlarının AİHM ve AYM kararlarını dikkate almaları gerekmeyle beraber, bu kararlar ile henüz bireysel başvuru incelemesinden geçirilmemiş konular bakımından, AİHS ve Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak düzenlemeler getirilmesi gerekir.

AYM bir kararında CMK 231'inci maddesinin uygulanması ve beş yıllık denetim süresi içerisinde yeni bir kasıtlı suç işlenmesi halinde hükmün açıklanması sırasında HAGB kararının kesinleşmesinden önceki evrenin makul süre kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.<sup>160</sup>

AYM'nin kararında, AİHM'in bir kararına yollamada bulunulmuştur. AİHM'in söz konusu kararının birinde, “Aynı suçlamalara dayalı olarak yargılamanın yenilenmesi durumunda makul sürede yargılanma hakkı bakımından göz önüne alınacak süre yönünden önceki yargılamada geçen sürenin dikkate alınmayacağı, başvuruçunun ilk etaptaki yargılamanın çok uzun sürdüğünü düşünmesi durumunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) organlarına

<sup>158</sup> Jacques Chevallier, *Hukuk Devleti*, Çev. Ertuğrul Cenk Gürcan, 1. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010, s. 101.

<sup>159</sup> AYM, E. 2020/27, K. 2020/52, KT: 24.9.2020, para. 11; R.G.: 17.11.2020, Sayı: 31307.

<sup>160</sup> “Bununla birlikte artık bu aşamada makul sürede yargılanma hakkı yönünden inceleme yapılırken denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi üzerine başlayan yargılama sürecinin kendine özgü niteliğinin dikkate alınması gerekir. Teorik olarak söylemek gerekirse HAGB kararı verilmenden önce en azından delillerin toplandığı ve karar aşamasına geldiği açıktır. Bu sebeple denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi üzerine başlayan süreçte ilgili mahkemenin kapsamlı bir delil araştırmasına girmeyeceği söylenebilir. Dolayısıyla söz konusu sürecin makul sürede yargılanma hakkı bakımından normal bir yargılama süreci gibi ele alınması hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilecektir” (AYM, Genel Kurul, B. No: 2018/35039, KT: 15.4.2021, para. 47; R.G.: 8.6.2021, Sayı: 31505).

*zamanında başvuru yapması gerektiğine ilişkin karar için bkz. Löffler/Avusturya, B. No: 30546/96, 3/10/2000, § 19)*” denmektedir.<sup>161</sup>

AYM’in bu kararı hukuken yerinde; çünkü, yargılamanın yenilenmesinde kesin hükümle sonuçlanmış bir kararla ilgili dava var; bu kesin hükümden sonra dosyanın yeniden ele alınması halinde, elbette kesinleşmeden önceki yargılama süresinin makul süre içerisinde değerlendirilmesi düşünülemez. Ancak, HAGB kararında teknik anlamda verilmiş ve kesinleşmiş bir hükümden söz edilemeyeceği için, sanıklık sıfatı son bulmuş (hükümlülük sıfatı başlamış) değildir. Görüldüğü gibi, HAGB kurumu neresinden bakılırsa bakılsın hukuki sorunlara sebebiyet vermektedir. Elbette HAGB kararı sanıkların lehine bir düzenlemedir; ancak, birçok hukuki soruna sebebiyet verdiği için, farklı bir düzenleme getirilmesinde yarar var.

AYM bir kararında, “(...) mahkemeye erişme hakkı, niteliği gereği devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirdiğinden mutlak bir hak olmayıp sınırlamalara tabidir” demiştir.<sup>162</sup>

Oysa bireysel başvuru da bir dava olup, bakılmakta olan her dava gibi, bireysel başvuruda da somut norm denetiminin Anayasa’nın 152’nci maddesi gereğince yapılması gerekir. Çünkü, CMK’nın 231’inci maddesinin uygulanmasına ilişkin kararı bireysel başvuruda inceleyen AYM’nin belli bir suçun niteliğiyle ilgili olarak değerlendirme yapıp, o ve benzeri suçlar yönünden HAGB kararı verilemeyeceğini sağlayabilmek amacıyla CMK’nın 231’inci maddesinin iptalini sağladıktan sonra bireysel başvuru konusunda karar vermesi mümkündür. AYM’nin yüce divan<sup>163</sup> ve parti kapatma<sup>164</sup> davalarında olduğu gibi, bireysel baş-

<sup>161</sup> AYM, Genel Kurul, B. No: 2018/35039, KT: 15.4.2021, para. 19; R.G.: 8.6.2021, Sayı: 31505.

<sup>162</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/3673, KT: 11.12.2014, para. 24.

<sup>163</sup> 44 sayılı AMKYUHK ile ilgili olarak Anayasa Komisyonu raporunda şu hususa yer verilmiştir: “Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla baktığı işlerde Anayasanın 151. maddesinin nasıl uygulanması gerektiği de tesbit edilmiş ve bu takdirde, Yüce Divanın, itiraz konusunu bir meselei müste’hire telâkki ederek, dâvaya ara vermesi ve Anayasa Mahkemesi sıfatıyla Anayasaya aykırılık konusunu hallettikten sonra dâvaya Yüce Divan sıfatıyla bakmaya devam etmesi gerektiği hususu tasrih ‘olunmuştur. Bu tasrihin bir faydası da, Anayasanın 151’inci maddesinin 4’üncü fıkrasında yazılı üç aylık müddetin, ibuhalde dahi meselei müste’hirenin karara bağlanma süresi olarak tatbik edileceğini sağlamış olmasıdır” (Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 1, C. 4, Toplantı: 1, S. Sayısı: 54); aktaran, Eylem Baş, ‘Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından 1982 Anayasası’nın 152. Maddesinin 1. Fıkrasında Yer Alan “Mahkeme” Kavramı’, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, Cilt 29, Sayı 1, s. 500, dipnot: 145 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1625169>; Erişim Tarihi: 01.08.2021); AYM, Yüce Divan sıfatıyla baktığı dava ve siyasi parti kapatma davalarında davaya bakan mahkeme olduğuna karar vermiştir (AYM, E. 1971/41, K. 1971/67, KT: 17.8.1971 ve 19.8.1971, AMKD, Sayı: 11, s. 52-96); Özbudun, 2020, s. 402.

<sup>164</sup> AYM (E. 2003/21, K. 2003/13, KT: 01.04.2003), iki seçim dönemi TBMM genel seçimlerine katılmadığı gerekçesiyle açılan siyasi parti kapatılması davası üzerine, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nun 105’inci maddesindeki düzenlemeyi somut norm denetimi yoluyla iptal etmiştir.

vuru incelemesinde de somut norm denetimi yapmasını açıkça yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. AYM'nin bireysel başvuruda somut norm denetimi yapması halinde, hukuka aykırılıklar zamanında ortaya konacak ve hukuk devleti ilkesine bağlı/dayalı hareket edilmesinde gecikmeye sebebiyet verilmeyecektir. Somut norm denetiminin bu şekilde kabul edilerek uygulanması erişim hakkının etkin kullanımına da olanak verecektir.

Bu konuda AİHM'in şu içtihadından hareket edilebilir: “Sözleşme'nin tanımlamaksızın kabul ettiği bir hak olduğundan, herhangi bir hakkın gerçek kapsamını sınırlayan hudutlardan başka, örtülü olarak izin verilen sınırlandırmalara da tabidir. Uygulanacak olan sınırlandırmaların, bireylerin başvurularını bu hakkın özünü zedeleyecek şekilde ve ölçüde kısıtlamaması gerekir”<sup>165</sup>.

Bireysel başvuru, kural olarak bireylerin temel hak ve özgürlükleriyle ilgili ihlallerin ortadan kaldırılmasını sağlayan bir mekanizma olmakla beraber, verilen kararlar (içtihatlar), hak ihlallerinin sadece somut olay (işlem, karar) bakımından değil, bir bütün olarak hukuk devleti ilkesine de hizmet etmesi gerekir.

AYM'nin bireysel başvuru incelemesinde somut norm denetimi yapması halinde, hukuka aykırılıkların tamamının giderilmesi mümkün hale gelecektir. Bir başka deyişle, sadece bireyle ilgili karar vermek yerine, geneli ilgilendiren hususlarda da etkili olunabilmesi gerekir. Aksi takdirde hukukta geçici, günü birlik tedbirler bulunmuş olunacaktır. Bu noktada bireysel başvurunun böyle genel bir amacının olmadığı söylenebilir. Ancak hukuk devletini gerçekte hayata geçirmek, günü birlik veya tek tek dosya bazında tedbirlerle sağlanamaz. Yani, bireysel başvuru sadece kamu gücü tarafından ihlal edilen bir temel hakla ilgili karar vermekten ibaret denirse, her bireyin aynı hakkının ihlalinin olup olmadığını tek tek değerlendirmek gerekecektir. Oysa, geneli ilgilendiren ve çok sayıda hatalı sonuçlara sebebiyet veren yasal düzenlemelerin yürürlükten kaldırılmasının sağlanması gerekir. AYM'nin yasanın açıkça anayasaya uygun olmadığı veya aykırı olduğu hallerde sadece ihlal kararı vermesi ile yetinilmesi, etkin hukuk sisteminin değil, hukuki sorunların sürekli ötelenmesi sonucunu doğurmaktadır.

Bu konuyla ilgili olarak AİHM'in, bir uygulamanın yasadan kaynaklandığı ve yeniden benzeri sonuçların ortaya çıkma olasılığı varsa, açıkça yasa hükmü için AİHM'e başvuru mümkün olmadığı (en azından öyle kabul edildiği) halde, uygulanmamış yasanın sözleşmeye aykırılığına karar verilmesinde olduğu gibi,<sup>166</sup> örneğin, CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanmaması gereken fiiller bakımından uygulanma olasılığı varsa (ki bizde böyle uygulamanın sayısının fazla olduğu istatistiklerle sabittir), bu hallerde geneli ilgilendiren uygulama yapılması için bireysel başvuruda somut norm denetiminin yapılmasının sağlanması gerekir.

<sup>165</sup> *Golder/Birleşik Krallık*, B. No: 4451/70, KT: 21/2/1975, § 38. Aktaran AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/3673, KT: 11.12.2014, para. 24.

<sup>166</sup> AİHM, 2. Daire Kararı, *Altuğ Taner Akçam/Türkiye*, Başvuru No: 27520/07, KT: 25.10.2011.

Böyle bir uygulamanın yeri davaya bakmakta olan mahkemede somut norm denetiminin sağlanması veya bireysel başvuru üzerine AYM'nin verdiği ihlal kararlarından anlaşılıyor dolayısıyla yasa koyucu değişiklik gerçekleştirebilir denebilir. İşte bu tür yaklaşımlar hak aramayı zorlaştırıyor, zamana yayıyor, insanlar uygulamadan mağdur oluyor. Çünkü, örneğin, AYM'nin cinsel saldırı suçuyla ilgili verdiği kararda, sanığa verilen ceza için HAGB kararı verilmesi ihlal olarak kabul edildiği halde,<sup>167</sup> ihlal kararı doğrultusunda parlamento yeni bir düzenleme yapmadı. Şimdi bu makalede ele aldığımız olayda da kötü muamele suçuyla ilgili olarak sanık hakkında HAGB kararı verilmesi ihlal sayıldı,<sup>168</sup> ama aradan geçen süreye rağmen parlamento bu konuda değerlendirme yapmadı.

Yasa yolunun etkili olması sadece, teknik anlamda yasa yolları şeklinde anlaşılmamalıdır. Yasa yolu, ilk dereceden en üst yargı organına ulaşılmaya kadarki tüm evrelerde mevcut olmalıdır. Bizde, bazı konularla ilgili olarak yasa yolunun hukuka yeterince uygun işletilemediği mahkeme kararlarına yansıtılmış bir gerçek.<sup>169</sup>

Bu durumda, ana kural olarak her konuyla ilgili belli yollar olsa da, kimi durumlarda geneli ilgilendiren hukuki sorunlar varsa ve bu hukuki sorunlar uzun bir süre devam ediyor, bundan insanlar zarar görüyorsa, hukuka aykırılık hangi evrede tespit edilirse o evrede hukuk aykırılığı giderici uygulama yapılmazsa, hukuki sorunlar kartopu gibi artıyor. Böyle bir durumdan da tüm ülke zarar görüyor. Yargı reformlarının ana çizgisi, hukukun daha güvenceli hale getirilmesidir. Elbette yargı organı, anayasa, yasa ve hukuka uygun vicdani kanaatiyle karar verecek (Anayasa, m.138/1). Ancak, katı pozitivist yaklaşımdan zarar görüldüğü kadar, yasayı görmemezlikten gelerek uygulama yapılmasından da zarar görülebilmektedir. Fakat, yargı organının bir konuyla ilgili olarak onlarca, yüzlerce karar vermesine rağmen hatalı uygulama devam ediyor ve bundan tüm yurttaşlar olumsuz etkileniyorsa, yargının hakkın teslimini sağlayacak çıkış yollarını bulması gerekir. İçtihat hukukunun doğuşu böyle olmuştur.<sup>170</sup> Çünkü, "*Mahkeme*

<sup>167</sup> AYM, Genel Kurul, B. No: 2014/19112, KT: 17.5.2018, para. 67-68; R.G.: 1.8.2018, Sayı: 30496.

<sup>168</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 58; Benzeri kararlar için bkz. AYM, Birinci Bölüm, 2013/293, 17.7.2014; R.G.: 22.10.2014, Sayı: 29153, para. 127; B. No: 2013/2438, KT: 9.9.2015, para. 105.

<sup>169</sup> Bu konuda AYM ve AİHM'in ihlal kararlarına bakılabilir. Örneğin, AİHM'in Türkiye'de etkili başvuru yolu olmadığı konusunda çık sayıda kararı var. İbrahim Şahbaz, '*AİHM'nin Türkiye'de Etkin Başvuru Yolu Bulunmadığına İlişkin Kararları*', Yargıtay Dergisi, Cilt: 38, Sayı: 1-2, Yıl: 2012, s. 45-78.

<sup>170</sup> İçtihat hukukunun doğuşu ile ilgili çalışmalara göz attığımızda şunları görüyoruz: "Roma hukukundan köklerini alan Batı hukukunun içtihat hukuku olarak gelişim tarihi onuncu yüzyıla kadar gidebilmektedir. Hukuksal bir kararı ortaya koyabilmek için önceki davalarda verilen kararların esas alınması geleneğinin doğmasıyla Roma hukukunun yazılı yasa geleneğinden uzaklaşmış ve içtihat hukuku gelişmeye başlamıştır". Bkz. Ayşe Özkan Duvar, '*İnsan Hakları Hukukunun İçtihat Kaynakları*', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XX, Sayı: 4, Yıl: 2016, s. 139.

kararları mevzuatın uygulamadaki neticesi olmakla beraber, mevzuatta yer almayan, yazılı olmayan temel hak ve hürriyetlerin ve ilkelerin geliştirilmesine de hizmet eder niteliktedir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması alanındaki her bir ileri adım, tüm hukuk dallarının gelişimine katkıda bulunabilecek potansiyelindedir. Bundan yola çıkılarak yirmi birinci yüz yıl Avrupasında mahkemelerin, ülkelerin ulusal anayasalarının başgardiyani olarak işleme gerektiği” görüşünün benimsendiğine tanık olunmaktadır.<sup>171</sup>

Nihayet, AYM, 1990 yılında verdiği kararında, 743 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda yer alan ve eşitliği kadın aleyhine bozan tüm hükümleri tespit etmiş<sup>172</sup> ve yasama organı yıllar sonra 743 sayılı yasadaki değişiklik yeni yasayı kabul etmiştir.<sup>173</sup> Makalemizde dikkat çektiğimiz iki kararında da AYM, somut fiiller bakımından (cinsel saldırı ve kolluğun güç kullanması) sanık hakkında 5271 sayılı CMK’nın 231’inci maddesinin uygulanmasının Anayasa’nın 17’nci maddesinin ihlali olarak kabul ettiği halde, gerek bölüm bireysel başvuru incelemesinde, gerek genel kurul somut norm denetimi yapmayıp, 231’inci maddenin açıkça hangi suçlar bakımından uygulanabileceği konusunda yasallık ilkesine uygun yeni bir düzenleme yapılmasını sağlamak üzere yasama organına bu konuda özel bilgilendirmede de bulunmadığı anlaşılmıştır.

Ancak AYM’nin bir çok kararında yasadaki belirsizlikler veya değerlendirme yapılması için yasama organına bilgi verdiği,<sup>174</sup> çağrıda bulunduğu anlaşılmaktadır.<sup>175</sup>

AYM Genel Kurulu yeni bir kararında, Anayasanın 14, 26, 83/2 ve 67’nci maddeleri yönünden yaptığı değerlendirmede şunlara işaret etmiştir: “başvurucunun yargılama sırasında milletvekili olması, başvuruya konu olayın dokunulmazlığın istisnalarından birini oluşturması ve Anayasa Mahkemesi kararının bu

<sup>171</sup> Duvan, s. 164.

<sup>172</sup> AYM, E. 1990/30, K. 1990/31, KT: 29.11.1990; R.G.: 02.07.1992, Sayı: 21272.

<sup>173</sup> Bkz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Kabul Tarihi: 22.11.2001; R.G.: 8.12.2001, Sayı: 24607.

<sup>174</sup> AYM Genel Kurulunun bireysel başvuru kararlarını muhatabının TBMM olması sebebiyle beş bireysel başvuru kararı sonucunda konuyu TBMM başkanlığına gönderilmesi üzerinde bir çalışma için bkz. Abbas Kılıç, ‘Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirmesi’, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 38, Sayı: 1, Yıl: 2021, s. 99 vd.

<sup>175</sup> Göztepe haklı olarak şuna dikkat çekmektedir: “Anayasa Mahkemesi, peş peşe ve aynı konuda verdiği birçok ihlal kararından sonra kanundan kaynaklanan yapısal sorunların yani uygulayıcıların Anayasa’ya uygun yorum yaparak ya da takdir yetkisini kullanarak başka türlü bir sonuca ulaşma şanslarının olmadığı durumlarda kanunun değiştirilmesi için TBMM’ye çağrı yaptığı bir karar türü geliştirmiştir. Kanundan değil ama uygulamadan doğan yapısal sorunların giderilmesi için de sorumlu kurumlara “dolaylı çağrı” olarak nitelendirilebilecek yön gösterici kararlar; Mahkeme’nin Bilgi Bankası’nda giderek artmaktadır”. Ece Göztepe, ‘Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi’nin Doğrudan ve Dolaylı ‘Çağrı Kararları’ Üzerine Bir İnceleme’, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 38, Sayı 1, Yıl: 2021, s. 43–83.

*konudaki anayasal ve yasal belirsizliği ortaya koyması nedeniyle kararın bir örneğinin bilgi için yasama organına gönderilmesi gerektiği değerlendirilmiştir*.<sup>176</sup>

Gerçekte, “*AYM’nin görev ve yetkisi sadece düzeltici şekilde hak ihlallerini tespit edip onarıcı adaleti sağlamaya çalışmakla sınırlı olamaz. Mahkeme aynı zamanda mevcut deneyimlerini, önleyici bir adalet anlayışını gerçekleştirecek şekilde gelecekteki hak ihlallerini önlemek için de kullanmak zorundadır*”.<sup>177</sup>

Bence bunun en önemli yollarından biri, bireysel başvuruda, açıkça yasak olmaması da gözetilerek, anayasaya aykırı yasanın uygulanması nedeniyle ihlal kararı verilen hallerde, somut norm denetiminin işletilmesi yoluyla hukuka nefes aldırma adımını atmasıdır. Çünkü bireysel başvuru hem “sübjektif”, hem “objektif” yönü olan bir davadır.<sup>178</sup> Böyle bir davada, AYM bölümünün, mahkeme kararının anayasaya aykırılığından ihlal kararı verdiğine göre, önündeki davaya uygulanan yasanın anayasaya aykırılık ön sorununu çözümledikten sonra kararını vermesi gerekirdi. Çünkü, bu konuda açık bir düzenlemeye gerek de yoktur. Zira bireysel başvuru bir dava olduğuna göre, diğer davalar gibi, burada da anayasaya aykırılık sorununun çözümlenmesi gerekirdi. AYM bölümünün ihlal kararında, yasanın uygulanmasını gösteren dava mahkemesi kararının anayasaya aykırılığına karar verilmesine ilişkin gerekçesi (ihlal kararı verilmesi bunu gösterir) karşısında, yasa hükmünün ön sorun yoluyla anayasaya uygunluk denetiminin yapılmamasının hukuka uygun olmadığı kanısındayım. Diğer yandan bireysel başvuru öyle bir dava ki, ihlal kararı verildikten sonra, AYM’nin iptal kararından farklı olarak geriye doğru da sonuç doğurabilmektedir.<sup>179</sup>

<sup>176</sup> AYM, anayasa ve yasada “belirsizlik” olması nedeniyle ihlal kararı ile birlikte yasama organına bildirim karar vermiştir: “198. Diğer taraftan mevcut başvuruda seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı yönünden ulaşılan ihlal, yasama dokunulmazlığına ilişkin olarak Cumhuriyet savcılıklarının veya derece mahkemelerinin Anayasa’ya uygun yorum yapmalarına imkân verecek açıklıkta bir Anayasa veya kanun hükmünün bulunmamasından kaynaklanmıştır.

199. Anayasa’nın 14. maddesindeki durumlar kapsamında görülen bir suç soruşturması ve kovuşturması nedeniyle yetkili adli makamlarca yasama dokunulmazlığının bulunmadığının tespiti yönteminin hukuk alanında etkin bir şekilde uygulanabilmesi için gerek 14. maddede ki durumlar kapsamına giren suçların belirlenmesi ve gerekse de usul ve esasa ilişkin güvencelerin bulunduğu bir yasal sistemin kurulması konusunda takdir yetkisi yasama organına aittir.

200. Bununla birlikte böyle bir kanunun çıkartılmaması anayasal bir boşluk meydana getirmeyecektir. Zira Anayasa’nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan dokunulmazlıkların Meclisçe kaldırılması usulünün tüm suçlar yönünden uygulanması mümkündür.

201. Bu itibarla başvuruçunun yargılama sırasında milletvekili olması, başvuruya konu olayın dokunulmazlığın istisnalarından birini oluşturması ve Anayasa Mahkemesi kararının bu konudaki anayasal ve yasal belirsizliği ortaya koyması nedeniyle kararın bir örneğinin bilgi için yasama organına gönderilmesi gerektiği değerlendirilmiştir” (AYM, Genel Kurul, B. No: 2019/10634, KT: 01.07.2021, para. 198-201; R.G.: 8.7.2021, Sayı: 31535).

<sup>177</sup> Göztepe, 2021, s. 78.

<sup>178</sup> Karan, 2018, s. 125-126, 134, 169.

<sup>179</sup> Karan, 2018, s. 130.



İşte bu makalede üzerinde durmak ve dikkat çekmek istediğimiz husus, insan haklarına saygılı (Anayasa, m.2)/insan haklarına dayalı (Anayasa, m.14/1) hukuk devletinde, uygulanması halinde anayasaya aykırı sonuçlar ortaya çıkmasına sebebiyet veren yasaların bireysel başvuruda somut norm denetimi yolunun işletilmesi yönünde içtihat geliştirilmesi zorunluluğudur.<sup>180</sup> Aksi halde, yasanın uygulanmasıyla anayasaya aykırı uygulama yapıldığının tespiti ve sadece belli olaylar bakımından ihlal kararı verilmesi, ancak açıkça anayasaya aykırı yasaların hukuk dünyasında varlığını sürdürmesine olur verilmiş olmaktadır.<sup>181</sup>

<sup>180</sup> Almanya'daki kabulle ilgili şuna işaret edilmektedir: “Almanya’daki ‘çağrı kararları’, soyut ya da somut norm denetimi doğrudan yasaya karşı yapılan ya da mahkeme kararlarına karşı gidilmiş olan bireysel başvuru sürecinde işlemin dayanağını oluşturan kanunun anayasaya aykırılığı iddiasının incelenmesi yoluyla ortaya çıkan bir karar türüdür” (Göztepe, 2021, s. 47).

<sup>181</sup> Göztepe’nin tespit ettiği gibi, “Bireysel başvuru dolayısıyla somut norm denetimi yapılamamasının normatif olarak açıkça düzenlenmemiş olması, Türk hukuk düzeninde (...) bazı sorunların da kaynağını oluşturmaktadır” (Göztepe, 2021, s. 58 vd.); “ihlal kararının gerekçesi işleme dayanak oluşturan normun anayasaya aykırılığında kaynaklanıyorsa Mahkeme’nin normun anayasaya aykırılığını incelemesi usul ekonomisi bakımından kaçınılmaz görünmektedir. Aksi hâlde Mahkeme ya her seferinde TBMM’ye doğrudan çağrı kararı vererek düzenlemenin değiştirilmesini bekleyecek ya da kendi iş yükünü birbirini tekrar eden ihlal gerekçeleriyle artırarak yargılamanın yenilenmesi kararından sonra davaya yeniden bakmaya başlayan mahkemenin (ilk derece ya da temyiz mercii fark etmeksizin) somut norm denetimi yoluna başvurmasını bekleyecektir. Oysa bireysel başvuru dolayısıyları somut norm denetimini yapmak hem usul ekonomisi bakımından hem de hak ihlallerinin en hızlı şekilde engellenmesini sağlayacağından en etkili çaredir” (Göztepe, 2021, s. 67-68).

**KAYNAKÇA**

- ALİEFENDİOĞLU**, Yılmaz, *Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu*, Anayasa Yargısı, Ankara, 1984, s. 101-137.
- Anayasa Mahkemesi Kararları (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/anasayfa/>).
- AYDIN**, Öykü Didem, *Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Sayı: 4, Yıl: 2011, s. 121-170.
- BAŞ**, Eylem, *Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından 1982 Anayasası'nın 152. Maddesinin 1. Fıkrasında Yer Alan "Mahkeme" Kavramı*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 29, Sayı 1, Yıl: 2021, s. 469-508 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1625169>: Siteyi ziyaret tarihi: 01.08.2021).
- BAŞTÜRK**, İhsan, *Hükmün Açıklanmasının Ertelemesi*, İkinci Baskı, Bilge Yayınevi, 2021.
- CENTEL**, Nur / **ZAFER**, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2020.
- CHEVALLIER**, Jacques, *Hukuk Devleti*, Çeviren: Ertuğrul Cenk Gürcan, 1. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010.
- DÖNER**, Ayhan / **ÇELİK**, Yeşim, *Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruyu İnceleme Aşamaları, Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçları*, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (ERZSOSDE), IX-I, 2016, s. 275-294.
- DUVAN**, Ayşe Özkan, *İnsan Hakları Hukukunun İctihadî Kaynakları*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XX, Sayı: 4, Yıl: 2016, ss. 137-169.
- FALCIOĞLU**, Mete Özgür, *Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Dönemi*, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, Aralık 2015, s. 65-88.
- FEYZİOĞLU**, Turhan, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi*, 1. Baskı, AÜSBF Yayını, Ankara, 1951.
- GÖKCEN**, Ahmet / **BALCI**, Murat / **ALŞAHİN**, M. Emin / **ÇAKIR**, Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- GÖZLER**, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 25. Baskı, Ekin Yay., Bursa, Haziran 2020.
- GÖZTEPE**, Ece, *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı 'Çağrı Kararları' Üzerine Bir İnceleme*, Cilt: 38, Sayı 1, Yıl: 2021, s. 43-83.
- GÜNEŞ**, Seyithan, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Birinci Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2018.
- İBA**, Şeref / **KILIÇ**, Abbas, *Anayasa Yargısı Dersleri*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- İNCEOĞLU**, Sibel, *Norm Temelli Denetimden Olay Temelli Denetime İHAS'a Uyum Işığında Bir Değerlendirme*, Anayasa Yargısı 30, 2013, s. 83-106.
- İNCEOĞLU**, Sibel, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, XII Levha yay. İstanbul 2017.

- KABOĞLU**, İbrahim Ö., *Anayasa Yargısı*, 3. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2000.
- KANADOĞLU**, Osman Korkut / **DUYGUN**, Ahmet Mert, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 1. Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2020.
- KANADOĞLU**, O. Korkut, *Anayasa Mahkemesi*, 1. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2004.
- KAPLAN**, Recep, *Kanuna Karşı Bireysel Başvuru*, Bireysel Başvuru İncelemeleri I, Editörler: Dr. Musa Sağlam, Dr. Serdar Gülenler, Dr. Recep Kaplan, *Anayasa Mahkemesi Yayınları*, Ankara, 2013, s. 155-195.
- KARAMUSTAFAOĞLU**, Tunçer, *İtiraz Yoluna Başvuran Mahkeme ve Bakılmakta Olan Dava*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 31, Sayı 1, Yıl: 1974, s. 47-52.
- KARAN**, Ulaş, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, Birinci Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, Ekim 2018.
- KILIÇ**, Abbas, *Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirmesi*, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 38, Sayı: 1, Yıl: 2021, s. 85–126.
- KIRATLI**, Metin, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu*, 1. Baskı, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1966.
- KÖKÜSARI**, İsmail, *Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi*, *Anayasa Yargısı*, 33, 2016, s. 303-318.
- Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 1, C. 4, Toplantı: 1, S. Sayısı: 54.
- ÖZBEK**, Veli Özer / **DOĞAN**, Koray / **BACAKSIZ**, Pınar / **TEPE**, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2017.
- ÖZBEK**, Veli Özer / **MERAKLI**, Serkan, *Karar İncelemesi Hükmünün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim*, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan,, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2013, s. 221-236.
- ÖZBUDUN**, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2020.
- SAĞLAM**, Fazıl, *Anayasa Şikayetini Bekleyen Sorunlar*, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Panel, Ankara, Nisan 2011.
- ŞAHBAZ**, İbrahim, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar*, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Panel, Ankara 2011, s. 71-127.
- ŞAHBAZ**, İbrahim, *AİHM'nin Türkiye'de Etkin Başvuru Yolu Bulunmadığına İlişkin Kararları*, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 38, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 2012, s. 45-78.
- ŞAHBAZ**, İbrahim, *Adli Yargı Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru*, *Yargıtay Dergisi*, Temmuz 2016, Cilt: 42, Sayı: 3, s. 511-566.
- ŞAHBAZ**, İbrahim, *Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Cilt: 2, 1. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2020, s. 2416 vd.
- ŞAHBAZ**, İbrahim, *Sayıştay Yüksek Mahkeme Değildir*, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Sayı: 108, 15 Kasım 2000, s. 36-43.

- ŞAHBAZ**, İbrahim, *Hak Arama Özgürlüğü ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2. Cilt, 10 Ocak-14 Ocak 2012, Ankara, s. 201-242.
- ŞİRİN**, Tolga, *Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi*, s. 49 vd. (<https://docplayer.biz.tr/1198580-Ucuncu-yilda-bir-bilanco-turkiye-anayasa-mahkemesi-nin-bireysel-basvuru-anayasa-sikayeti-usulunun-ve-kararlarinin-degerlendirilmesi.html>: Erişim Tarihi: 01.8.2021).
- TANÖR**, Bülent / **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2019.
- TEZİÇ**, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 24. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2020.
- TEZİÇ**, Erdoğan, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun "Esas" Açısından Denetimi*, Anayasa Yargısı 3, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayını, 1986, s. 21-38; <https://anayasa.gov.tr/media/4842/tezic.pdf> (Erişim Tarihi: 01.8.2021).
- YALÇIN**, Can, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Birinci Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2021.
- Yargıtay Kararları (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>; siteyi ziyaret tarihi: 01.8.2021).
- YENİSEY**, Feridun / **NUHOĞLU**, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2016.
- YURTCAN**, Erdener, *Ceza Davalarında Seri Yargılama ve Basit Yargılama*, Aristo, İstanbul, 2020.
- ZARİFOĞLU**, Ayça Ece, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda İnternet Özgürlüğü*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019. (<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET000385.pdf>: Erişim Tarihi: 01.8.2021).

## İçtihatlar

### A. AYM Kararları

- AYM, Genel Kurul, 2018/8903, 15.4.2021, para. 172; R.G.: 30.6.2021, Sayı: 31527.
- AYM, Genel Kurul, 2018/8903, 15.4.2021, para. 173; R.G.: 30.6.2021, Sayı: 31527.
- AYM, Genel Kurul, 2018/8903, 15.4.2021, para. 174; R.G.: 30.6.2021, Sayı: 31527.
- AYM, İkinci Bölüm, 2016/3122, 28.5.2019.
- AYM, Genel Kurul, 2020/102, 2021/1, 14.1.2021; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406.
- AYM, Genel Kurulu, 2013/1827, 25.2.2016, par. 48; R.G.: 23.3.2016, Sayı: 29662.
- AYM, 1981/10, 1983/16, 8.12.1983.
- AYM, 1980/2, 1980/57, 18.11.1980.
- AYM, 1964/51, 1965/3, 12.1.1965, AMKD, Sayı: 3, s. 19 vd.
- AYM, 1967/15, 1967/15, 30.5.1967, AMKD, Sayı: 5, s. 119 vd.
- AYM, 1992/12, 1992/7, 18.2.1992, AMKD. Sayı: 28, Cilt: 1, Ankara 1993, (ss. 135-142).

- AYM, 1963/46, 1963/43, 28.2.1963, AMKD, Sayı: 1, s. 113-115.
- AYM, 1966/16, 1966/28, 27.6.1967, AMKD, Sayı: 4, s. 172 vd.
- AYM, 1965/18, 1965/53, 11.10.1965, AMKD, Sayı: 3, s. 242 vd.
- AYM, 1990/39, 1991/21, 11.7.1991, AMKD, Sayı: 27, Cilt: 1, s. 452 vd.
- AYM, 1969/46, 1970/2, 6.1.1970.
- AYM, 1976/9, 1976/10, 2.3.1976.
- AYM, 1963/41, 1963/94, 22.4.1963.
- AYM, E. 1971/41, K. 1971/67, KT: 17.8.1971 ve 19.8.1971, AMKD, Sayı: 11, s. 52-96.
- AYM, 2012/102, 2012/207, 27.12.2012.
- AYM, 2014/172, 2014/170, 13.11.2014; R.G.: 10.01.2014, Sayı: 29232.
- AYM, Birinci Bölüm, 2013/3912, 6.2.2014, para. 32 vd.
- AYM, Genel Kurul, 2015/6723, 14.7.2015, R.G.: 7.10.2015, Sayı: 29495.
- AYM, 2005/11, 2005/9, 10.2.2005.
- AYM, 1996/4, 1996/39, 17.10.1996, AMKD, Sayı: 32, Cilt: 2, Ankara, 1997, s. 831.
- AYM, 1970/46, 1971/24, 2.3.1971, AMKD, Sayı: 9, Ankara 1972, s. 340 vd.
- AYM, 1971/28, 1971/64, 8.7.1971.
- AYM, 2018/8, 2018/85, 11.07.2018.
- AYM, 2020/62, 2020/69, 12.11.2020, para. 2.
- AYM, 2020/92, 2020/71, 10.12.2020, para. 2.
- AYM, 1972/47, 1972/56, 21.11.1972; R.G.: 5.2.1972, Sayı: 14439.
- AYM, 1966/25, 1965/57, 26.10.1965.
- AYM, Birinci Bölüm, 2013/293, 17.07.2014; R.G.: 22.10.2014, Sayı: 29153.
- AYM, B. No: 2013/2438, 9.9.2015, para. 105.
- AYM, B. No: 2013/3017, 16.12.2015.
- AYM, İkinci Bölüm, 2014/19954, 12.6.2018, para. 27 vd.
- AYM, Genel Kurul kararı, 2014/8875, 7/6/2018; R.G.: 1/8/2018, Sayı: 30496.
- AYM, İkinci Bölüm, 2015/3324, 26.2.20120; R.G.: 14.4.2010, Sayı: 31099.
- AYM, (2) [GK], B. No: 2018/3007, 15.3.2018, para. 57.
- AYM, Genel Kurul, 2014/8875, 7.6.2018, para. 56; R.G.: 1.8.2018, Sayı: 30496.
- AYM, (2), B. No: 2016/12506, 7.11.2019, para. 59.
- AYM, 01.03.2012, 2011/59, 2012/34, 01.03.2012.
- AYM, 2012/837, 05.03.2013.
- AYM, 2013/469, 16.04.2013.
- AYM, 2012/237, 26.03.2013.
- AYM, 2011/41, 2012/25, 16.2.2012.
- AYM, 2007/14, 2009/48, 12.4.2009.

- AYM, Genel Kurul, 2013/9381, 3.3.2016.  
 AYM, Birinci Bölüm, 2015/2285, 21.3.2019, para. 23 vd.  
 AYM, Birinci Bölüm, 2013/5444, 6.1.2016, para. 67.  
 AYM, B. No: 2012/1027, 12.2.2013, para. 26.  
 AYM, Birinci Bölüm, 2012/869, 16.4.2013.  
 AYM, Birinci Bölüm, 2018/12600, 28.1.2021, para. 39-40; R.G.: 4.3.2021, Sayı: 31413.  
 AYM, Genel Kurul, 2014/19112, 17.5.2018, para. 67-68; R.G.: 1.8.2018, Sayı: 30496.  
 AYM, Genel Kurul, 2007/14, 2009/48, 12.4.2009.  
 AYM, 2020/27, 2020/52, 24.9.2020; R.G.: 17.11.2020, Sayı: 31307.  
 AYM, Genel Kurul, 2018/35039, 15.4.2021; R.G.: 8.6.2021, Sayı: 31505.  
 AYM, Birinci Bölüm, 2013/3673, 11.12.2014, para. 24.  
 AYM, E.: 2003/21, K.: 2003/13, 01.04.2003.  
 AYM, 1990/30, 1990/31, 29.11.1990; R.G.: 02.07.1992, Sayı: 21272.  
 AYM, Genel Kurul, 2019/10634, 01.07.2021, para. 201; R.G.: 8.7.2021, Sayı: 31535.

## **B. AİHM Kararları**

- AİHM, *Belilos/İsviçre*, B. No: 10328/83, 28.4.1988, para. 64 vd. ile 70.  
 AİHM, *Findlay/İngiltere*, B. No: 22107/93, 25.2.1997, para. 77.  
 AİHM, *Taylan/Türkiye*, B.No: 32051/09, 3.7.2012, para. 46.  
 AİHM, Ahmet Yıldırım V., 2. Dairesi, Esas: 2010/3111, 18.12.2012 (<https://www.eralp.av.tr/avrupa-insan-haklari-mahkemesi-2-dairesi-esas-20103111-karar-2012/>; Erişim Tarihi: 01.08.2021).  
 AİHM., *Golder/Birleşik Krallık*, B. No: 4451/70, 21/2/1975, para. 38.  
 AİHM, 2. Daire Kararı, *Altuğ Taner Akçam/Türkiye*, 25 Ekim 2011, Başvuru No: 27520/07.  
 AİHM, *Abdülşamet Yaman/Türkiye*, B. No: 32446/96, 2.11.2004, para. 55.  
 AİHM, *Eski/Türkiye*, B. No: 8354/04, 5.6.2012, para. 34.

## **C. Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları**

- CGK, 2017/12-443, 2019/4, 15.01.2019.  
 CGK, 2012/3-909, 2014/121, 11.03.2014.  
 CGK, 2014/4-806, 2015/167, 26.5.2015.  
 CGK, 2016/4-468, 2019/502, 25.6.2019.  
 CGK, 2007/9-282, 2008/44, 04.03.2008.  
 CGK, 2012/10-534, 2013/15, 22.01.2013.  
 CGK, 2009/4-13, 2009/12, 03.02.2009.