

# Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Yaklaşımı: Hebat Aslan ve Firas Aslan Kararı Örneği

*Yrd. Doç. Dr. Bülent Algan*  
*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

## I. Giriş

2010 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ile Anayasaya giren<sup>1</sup> Anayasa şikâyeti<sup>2</sup> ya da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu 23 Eylül 2012 tarihinde işlerlik kazandığından beri,<sup>3</sup> Anayasa Mahkemesi giderek artan bir

- 1 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı yasa ile değişik Anayasanın 148. maddesinin ilk cümlesine göre “*Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar.*”
- 2 Anayasa şikâyeti teriminin aslına uygun kullanım gerekçesiyle tercih edildiği; Alman anayasa hukuku öğretisinin kavramı bu şekilde kullanmayı tercih ettiği, ayrıca AİHS terminolojisinde de “bireysel başvuru” terimi tercih edildiğinden anayasa şikâyeti teriminin kullanılmasının karışıklığı önleyebileceği belirtilmiştir. Bkz. Sevtap YOKUŞ, “Anayasa Şikâyetini Hazırlayan Koşullar”, içinde: Sevtap YOKUŞ (Ed.), **Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, 17-42, s. 18. Anayasa şikâyetinin terminolojik anlamı, kökeni ve Türk öğretisinde ve siyasi/resmi dilde yaygın kullanımı ile neden tercih edilmesi gerektiği konusunda bkz. Tolga Şirin, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru)**, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2013, s. 5-10. Bu kurumun Almanya’daki işleyişi konusunda özlü bilgi için bkz. Ece Göztepe Çelebi, “Türkiye’de Anayasa Şikâyeti Kabul Edilmeli midir?”, içinde: Çiğdem KIRCA – Aynur YONGALIK (Ed.), **Anayasa Şikâyeti Verfassungsbeschwerde**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2010, 19-32, s. 22-27. Kanımızca, her iki terim de öğretilerde yaygın biçimde kullanıldığından, birbirlerinin yerine kullanılmalarında hiçbir sakınca ya da yanlışlık yoktur. Bununla birlikte, Anayasada ve ilgili mevzuatta “bireysel başvuru” deyimini tercih edilmektedir.
- 3 Anayasanın Geçici 18. maddesinin son fıkrasında, “*Bireysel başvuruya ilişkin gerekli düzenlemeler iki yıl içinde tamamlanır. Uygulama kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bireysel başvurular kabul edilir*” düzenlemesi yer almaktadır. 23 Eylül 2010 tarihli Resmi Gazete’de, 12 Eylül 2010’da yapılan referandum sonucunda Anayasa değişikliklerinin kabul edildiğine ilişkin YSK Bildirisi yayımlanmış; daha sonra kabul edilen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45-51. maddeleri arasında bireysel başvuru konusu düzenlenmiştir. Yasanın yürürlük maddesi olan 76. maddesinde, bireysel başvurunun düzenlendiği 45 ila 51. maddelerin 23.9.2012 tarihinde

iş yükü ile karşılaşmakla birlikte, anayasallık denetimi işlevinin yanına temel hak ve özgürlüklerin korunması işlevini de yüklenerek oldukça değerli bir görev ifa etmektedir. Sözü edilen tarihten 10 Nisan 2015'e kadar 38.067 bireysel başvuru alan Anayasa Mahkemesi, bunlardan 19.529'unu sonuçlandırmıştır.<sup>4</sup> Belirtmek gerekir ki bireysel başvurulardan kaynaklanan bu ağır iş yükü, üstlenilen işlevin ağırlığı ve önemi göz önüne alındığında katlanılması gereken bir yük olarak görülmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruları incelemesi sırasında verdiği ya da ileride vereceği kararlarla, hak ihlalleri konusunda etkili bir iç hukuk yolu niteliği kazanmasının; yasama, yürütme ve yargı organlarının yanlış tutum, işlem ve eylemleri üzerinde değiştirici etki yapmasının değeri, ağır iş yükünün doğurduğu güçlükleri mazur gösterecek niteliktedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 53 yıllık geçmişinin son 2,5 yıllık zaman diliminde bireysel başvurulara ilişkin ses getiren kararlarıyla, insan haklarının ulusal düzeyde korunmasına önemli katkılarda bulunmuştur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular nedeniyle karşı karşıya kaldığı iş yükü ile baş edebilmesini sağlayacak önlemlerin alınması son derece önemlidir; bununla birlikte ağır iş yükü gerekçesiyle bireysel başvurunun işlevselliğinin ve etkili bir iç hukuk yolu olma niteliğinin içinin boşaltılmaması daha önemlidir. Aksi takdirde, 12 Eylül 2010 referandumunun temel hak ve özgürlükler alanındaki belki de en önemli kazanımı olan bireysel başvurunun âtil hale gelmesi tehlikesi ortaya çıkacaktır.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan 38 bini aşkın başvuruda sıklıkla ihlal edildiği ileri sürülen haklardan biri de, kişi hürriyeti ve güvenliği (Anayasa, m. 19) ya da özgürlük ve güvenlik hakkıdır (AİHS, m. 5).<sup>5</sup> Mahkeme, bu konuda verdiği önemli kararlarla, özgürlükten mahrum bırakılan kişilerin hakları konusunda önemli açılımlar sağlamıştır. Bunlardan en bilinenleri tutuklu milletvekillerine ilişkin olan ve sonuçta bu kişilerin tahliye edilmelerinin önünü

---

yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Bkz. 3.4.2011 tarih ve 27894 sayılı Resmi Gazete. Sonuç olarak bireysel başvurular, 23 Eylül 2012'den sonra alınmaya başlanmıştır.

4 İstatistikler için bkz. "23 Eylül 2012 - 10 Nisan 2015 Tarihleri Arası Bireysel Başvuru İstatistikleri", [http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselBasvuru/23\\_eylul\\_2012\\_10\\_nisan\\_2015.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselBasvuru/23_eylul_2012_10_nisan_2015.pdf) (erişim tarihi: 23.4.2015).

5 Bu iki maddenin bir karşılaştırması için bkz. Serhat ALTINKÖK, **Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Bireysel Başvuru Açısından Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, yayımlanmamış doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 106-122.

açan başvurular<sup>6</sup> olsa da, Anayasa Mahkemesi 10 Nisan 2015 tarihine kadar söz konusu özgürlükle ilgili 40 ihlal kararı vermiştir. Bu sayı, açık ara diğerlerinden fazla olan adil yargılanma hakkından sonra<sup>7</sup> ikinci sırada gelmektedir. AİHM ile karşılaştırıldığında çok küçük bir sayı olarak kalsa da, ihlal tespit edilen 40 karar ve bunun yanında ihlalin yokluğuna karar verilen bu özgürlüğe ilişkin diğer kararlarla birlikte düşünüldüğünde, Anayasa Mahkemesi'nin özgürlük ve güvenlik hakkı konusundaki yaklaşımının bir ölçüde netleştiği söylenebilir. Bu çalışmada ele alınan somut başvuru ise, hem Anayasa Mahkemesi'nin, hem de AİHM'nin denetimine konu olması ve her iki Mahkemenin niteliği itibarıyla özdeş olaylara bakışını yansıtmaması nedeniyle incelenmeyi hak etmektedir.

*Hebat Aslan ile Firas Aslan* benzer şikâyetlerle önce Anayasa Mahkemesi'ne, ardından da AİHM'ye bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Bu durum, iki mahkemenin yaklaşımlarının karşılaştırılması için bir olanak sunmaktadır. Görünüşte çok yeni bir içtihadın ortaya konulmadığı bu kararlarda, AİHM'nin gözünden Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurunun değerlendirilmesi yapılabilecek, Anayasa Mahkemesi'nin tespitlerinin AİHM tarafından nasıl görüldüğü irdelenebilecektir. Anayasanın 19. maddesinde<sup>8</sup> ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde<sup>9</sup> düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiği

6 Bunlardan biri, aşağıda değinilecek olan Mustafa Balbay karardır. Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/1272, Karar Tarihi: 4.12.2013. Ayrıca bkz. Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2013/9894, Karar Tarihi: 2.1.2014 (Gülser Yıldırım Kararı); İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2013/9895, Karar Tarihi: 2.1.2014 (İbrahim Ayhan Kararı); İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2014/85, Karar Tarihi: 3.1.2014 (Kemal Aktaş & Selma Irmak Kararı); Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2014/9, Karar Tarihi: 3.1.2014 (Faysal Sarıyıldız Kararı). Bunlardan başka, kişi özgürlüğü ve güvenliği bağlamında önemli tespitlerin yapıldığı Mehmet İlker Başbuğ kararı da kamuoyunca bilinen davalardandır. İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2014/912, Karar Tarihi: 6.3.2014.

7 İstatistiklere göre adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilen dosya sayısı 393'tür.

8 Maddenin somut olayla ilgili 7. ve 8. fıkraları aşağıdaki gibidir:

*"Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.*

*Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı mercine başvurma hakkına sahiptir."*

9 Sözleşmenin 5. maddesinin somut olayla ilgili 3., 4. ve 5. fıkraları aşağıdaki gibidir:

*"3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salvoerilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.*

*4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya*

gerekçesine dayanan her iki başvuruda da söz konusu hakkın ihlal edildiği tespit edilmiştir. Somutlaştırmak gerekirse, bu iki karar birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun Anayasanın 19. maddesi bağlamında AİHM gözünde tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olduğu, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ihlal kararının AİHM'ye yapılan başvurulardaki mağdur sıfatına etkisi, her iki mahkemenin uzun tutukluluk ve savcının görüşünün başvurucuya bildirilmesi konularına yaklaşımına ilişkin sonuçlar çıkarılabilecektir. Bunun yanında, tutuklulukta geçen sürenin hesaplanması konusunda iki mahkemenin bilinen yaklaşımları ile bunun Türk hukuk düzenine yansımaları konusundaki eleştirilere bir nebze değinilmesi uygun olacaktır.

## II. Bireysel Başvurulara Konu Olaylar

Hebat Aslan ve Firas Aslan, özgürlük ve güvenlik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle önce Anayasa Mahkemesi'ne,<sup>10</sup> ardından da AİHM'ye<sup>11</sup> başvuruda bulunmuşlardır. Her iki başvurunun da konusu esas olarak, bir ceza davasında tutuklu olarak yargılanan iki kişinin tutukluluk sürelerinin uzunluğu ve tutukluluklarının devamına ilişkin karar alma sürecinin Sözleşme ve Anayasa ile ne derece uygun düştüğüdür. Başvuranlar 3 Ocak 2009 tarihinde atılı suçun niteliği, mevcut delillerin durumu ve suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphelerin varlığı gerekçe gösterilerek tutuklanmış; daha sonra çeşitli tarihlerde yapılan incelemeler sonucunda tutukluluk hallerinin aynı gerekçelerle devam etmesine karar verilmiş; nihayet başvuranlardan Firas ASLAN 27 Kasım 2012 tarihli duruşmada, Hebat ASLAN ise 19 Şubat 2013 tarihinde tahliye edilmişlerdir.

---

*uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.*

*5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir."*

10 Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/1158, Karar Tarihi: 21.11.2013 (Hebat Aslan & Firas Aslan Kararı).

11 Hebat Aslan ve Firas Aslan / Türkiye, Başvuru Numarası: 15048/09, Karar Tarihi: 28/10/2014. (Hebat Aslan and Firas Aslan v. Turkey). Karar yalnızca Fransızca dilinde mevcut olup, bu çalışmada kararın Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılan Türkçe çevirisi esas alınmıştır. Çeviri için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx-#{\"languageisocode\":\"TUR\"},\"appno\":\"15048/09\"},\"documentcollectionid2\":\"CHAMBER\"},\"itemid\":\"001-153162\"}\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx-#{\) (erişim tarihi: 14.4.2015).

Başvurucular, Anayasa Mahkemesi'ne yaptıkları bireysel başvuruda tutukluluk hallerinin devamına ilişkin kararların formül gerekçelere dayandığını, gerek kendilerinin itirazı üzerine gerekse 5271 sayılı Kanununun 108. maddesi<sup>12</sup> gereğince resen gerçekleştirilen incelemelerin duruşmasız olarak dosya üzerinden yapıldığını, mahkemece Cumhuriyet Savcısından alınan mütalaanın kendilerine bildirilmemesi sonucunda çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine riayet edilmediğini, sonuç olarak Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.<sup>13</sup> Başvurucular, AİHM'ye yaptıkları bireysel başvuruda ise Sözleşmenin 5. maddesinin çeşitli yönlerden ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bunu yaparken, Anayasa Mahkemesi'ne yaptıkları başvuruda uzun tutukluluk süresinden ya da Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğinden söz etmediklerini; 4. fıkranın ihlal edildiğini ileri sürmelerine karşın her iki başvuru yolunda farklı kararlara dayanarak ihlal iddiasında bulduklarını belirtmişlerdir. Dolayısıyla Sözleşmedeki karşılıklarıyla başvurucular Anayasa Mahkemesi'ne yalnızca 5. maddenin 4. fıkrasına, AİHM'ye ise 5. maddenin 3. ve -ilk başvurudan farklı kararlara dayanarak- 4. ve 5. fıkralarına dayanarak başvuru yaptıklarını ileri sürmüşlerdir.

### III. Anayasa Mahkemesi'nin İhlal Kararının AİHM Önündeki "Mağdur" Sıfatına Etkisi

#### A. AİHS'nin 5. Maddesinin 3. Fıkrası Bakımından

AİHM, başvurucuların Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasına ilişkin şikâyetini Sözleşme hükümleriyle kişi bakımından (*ratione personae*) bağdaşmaz olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur. Mahkemenin buradaki gerekçesi, özetle, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel

12 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 108. maddesi aşağıdaki gibidir:

"(1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100 üncü madde hükümleri göz önünde bulundurulurken, şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verilir.

(2) Tutukluluk durumunun incelenmesi, yukarıdaki fıkra da öngörülen süre içinde şüpheli tarafından da istenebilir.

(3) Hâkim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da birinci fıkra da öngörülen süre içinde de re'sen karar verir."

13 Hebat Aslan & Firas Aslan Kararı, para. 7-16, 24; Hebat Aslan and Firas Aslan v. Turkey, para. 1-20.

başvuruda Anayasa Mahkemesi'nin ihlali tespit edip etmediği ve buna bağlı olarak da kişilerin uğradığı zararı giderme yolunu araştırıp araştırmadığına dayandırılmıştır. Sözü edilen ilk nokta açısından AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin hakkını teslim etmiştir denilebilir. AİHM'ye göre, her ne kadar başvuranlar Anayasa Mahkemesi'ne yaptıkları bireysel başvuruda 5. maddenin 3. fıkrasına dayandırılacak olan şikâyeti açıkça sunmamış olsalar da, Anayasa Mahkemesi, kişilerin tutukluluklarının devamına karar verilirken ortaya konulan gerekçelerin yetersizliği bağlamındaki şikâyetin tutukluluk süresi açısından incelenmesinin uygun olduğu kanısına ulaşarak başvuruyu bu açıdan da ele almaktan çekinmemiştir. Bu incelemenin sonucunda gerekçelerin basmakalıp ifadelere dayandırıldığını tespit eden Anayasa Mahkemesi, tutuklulukta makul sürenin aşıldığını ve söz konusu hükmün ihlal edildiğini tespit etmiştir. Bu noktaya dikkati çeken AİHM de, Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edilip edilmediğini daha fazla araştırmaya gerek görmemiş ve Anayasa Mahkemesi tarafından kişilere ödenmesine hükmedilen tazminatın yeterli bir tedbir olup olmadığı noktasına odaklanmıştır. AİHM, sonuçta tazminatları da “*yeterli ve uygun*” görerek başvuru sahiplerinin Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrası nedeniyle mağdur olduklarını iddia edemeyecekleri sonucuna ulaşmıştır.<sup>14</sup>

AİHM'nin, 5. maddenin 3. fıkrasına ilişkin şikâyet bakımından kendini kişi bakımından yetkisiz görmesi, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuş kişilerin AİHM'ye gidebilmeleri konusunda önemli bir ipucu vermektedir. Mağdur sıfatını taşımaları zorunlu olan kişilerin iç başvuru yolları aşamasında mağduriyetlerinin giderilmiş olması, onların ikincil bir yol olan AİHM'ye başvurularının da önünde engeldir. Bu kararın gösterdiği gibi, Anayasa Mahkemesi'nin kendi önüne gelen bir başvuruda ihlali tespit ettikten sonra ihlalin sonuçlarını giderecek ya da zararı tazmin

14 AİHM'ye göre, idarenin vermiş olduğu zararı uygun biçimde tazmin etmesi durumunda başvuru sahibinin mağdurluk statüsü ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle artık “mağdur” sayılmayan kişinin AİHM'ye başvurusu kişi yönünden bağdaşmazlık gerekçesiyle reddedilir. Bkz. Case of Eckle v. Germany, judgment of 15.7.1982, para. 66; Case of Preikzhas v. Germany, no. 6504/74, judgment of 13.12.1978. Mahkeme kararı ile tazminat ödenmesi halinde de sonuç aynıdır. Bkz. Case of Bazhenov v. Russia, no. 37930/02, judgment of 20.10.2005. AİHS bağlamında mağdur kavramı hakkında bkz. İbrahim ÇINAR, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü”, içinde: Musa SAĞLAM (Ed.), **Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi)**, Avrupa Konseyi, Şen Matbaa, Ankara, 2013, 165-224, s. 198-221.

edecek tedbirlere başvurması, bu kişilerin AİHM'ye başvurmalarını gereksiz kılacak ve buna karşın yapılan başvurular da Avrupa Mahkemesi tarafından kabul edilemez bulunacaktır. AİHM, *Hebat Aslan ve Firas Aslan*'ın yaptıkları başvuruda da Anayasa Mahkemesi'nin bunu gerçekleştirdiğini tespit ederek hükümetin itirazını yerinde bulmuş; başvurunun bu kısmını reddetmiştir. AİHM, ilgililere tazminat ödenmesinin tercih edildiği durumlarda, tazminat miktarının inceleme konusu davanın koşulları bakımından açıkça yetersiz olmaması gereğini vurgulamış (para. 40); ödenmesi düşünülen tazminatın yine ikincillik ilkesinden hareketle ülkenin yaşam düzeyiyle uyumlu olarak belirlenmesi konusunda yerel makamların oldukça geniş bir takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmiştir. Belirlenen meblağ bu koşulu taşıdığı takdirde AİHM'nin benzer durumlar için belirlediği meblağdan aşağı olsa bile bu durum tek başına onu açıkça yetersiz kılmaz (para. 43). AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin *Hebat ve Firas Aslan* adlı başvurucuların şikâyetlerini telafi etmedeki çabukluğunu da takdir etmiş ve kişilere tazminat ödenmesinin yeterli bir tedbir olduğunun belirlenmesinde buna da dikkati çekmiştir (para. 46). Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin zaman bakımından yetkisinin kısıtlı olduğu bu başvuruda kişilere ödenmesine karar verdiği tazminatı AİHM'nin kişilerin tüm mağduriyetini giderecek nitelikte bulması, tazminatın etkili bir giderim vasıtası olarak görüldüğünün de kanıtıdır.

AİHM'nin Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiği iddiasına ilişkin somut olaydaki bu tespitleri, Anayasa Mahkemesi'nin "*ilgililer tarafından açıkça ileri sürülmesi bile*" ihlalin tespiti ve uğranılan zararın giderilmesi konusunda ileri bir noktada olduğunu düşündüğünü de ortaya koymaktadır. Bu tespitin, iç hukuktaki bireysel başvuru yolunun etkililiği bakımından önemli ve değerli bir tespit olduğu kuşkusuzdur. Gerçekten de başvuranlar, Anayasa Mahkemesi'ne yaptıkları başvuruda Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası bağlamında yalnızca "*tutukluluk hallerinin devamına dair kararların formül gerekçelere dayandığı*" üzerinde durmuşlar; hatta Adalet Bakanlığı'nun konuya ilişkin görüşleri üzerine de bu görüşlerini tekrarlamakla yetinmişlerdir.<sup>15</sup> Mahkemenin konuyu bu şekilde ele almasının, AİHM'nin başvuruyu bu yönden kabul edilemez bulmasına katkıda bulunduğu kuşkusuzdur.

---

15 Hebat Aslan & Firas Aslan Kararı, para. 24, 27, 33.

### B. AİHS'nin 5. Maddesinin 4. Fıkrası Bakımından

Ancak 5. maddenin 4. fıkrası bakımından konuya yaklaşıldığında durum değişmektedir. AİHM, dayanılan olayların farklı olduğundan hareketle, Hebat ve Firas Aslan'ın başvurusunu kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle reddetmeyecektir. Başvurucular AİHM önünde yerel mahkemenin 9 Ocak 2009, 30 Nisan 2012 ve 18 Mayıs 2012 tarihli kararlarının bu fıkrayı ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi önündeki başvuruda ise 23 Eylül 2012 tarihinden sonra verilmiş olan 15 Ekim 2012 tarihli kararın Anayasa'nın 19. maddesine aykırılığı ileri sürülmüştü.<sup>16</sup> Söz konusu kararlar, başvuru sahiplerinin tutukluluklarının devamına karar verilmesine ilişkin itirazlarının reddi kararlarıdır. İki mahkemenin değerlendirmesine sunulan kararların farklı olması, AİHM'nin başvuruyu bu yönden kabul edilemez bulmamasının önünü açmıştır. Gerçi AİHM, başvuru sahiplerinin bu fıkra bağlamındaki şikâyetlerinden yalnızca *"savcının görüşünün kendilerine tebliğ edilmemiş olmasını"* kabul edilebilir bularak esastan incelemeye geçmiştir. Başvuranların soruşturma dosyasına erişimlerinin mümkün olmadığı ve tutukluluğa yapılan itirazın incelenmesi sırasında duruşma yapılmamış olması biçimindeki şikâyetlerini açıkça dayanaktan yoksunluk gerekçesiyle reddetmiştir (para. 57-63). Anayasa Mahkemesi ise, başvuru sahiplerinin, Cumhuriyet savcısının görüşünün kendilerine tebliğ edilmediği ve kendilerinin başvurusu üzerine gerçekleştirilen tutukluluğa itiraz incelemesinin dosya üzerinden duruşmasız olarak gerçekleştirildiği yönündeki iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve başka bir kabul edilemezlik nedeni görülmediğinden başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

Sonuç olarak, her iki Mahkemenin de sorunlu bularak esastan incelemeye geçtikleri iddia aynıdır. Her iki Mahkeme de, bu uygulamayı taraflar arasında silahların eşitliği ve çekişmeli yargı ilkelerine riayet edilmediği ve itiraz başvurusunun Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrasının ya da Anayasanın 19. maddesinin 8. fıkrasının gereklerini karşılamadığı gerekçesiyle ihlal tespit etmiştir. Bu bakımdan da Anayasa Mahkemesi ile AİHM arasında bir yaklaşım farklılığı söz konusu değildir. AİHM'nin 5. maddenin 4. fıkrasının ihlalini tespit etmesinin nedeni her iki mahkeme

<sup>16</sup> Hebat Aslan and Firas Aslan v. Turkey, para. 49; Hebat Aslan & Firas Aslan Kararı, para. 13, 53.



önünde ileri sürülen olayların farklı olmasıdır; bu nedenle de AİHM'nin söz konusu ihlal kararının Anayasa Mahkemesi'ne atfedilebilecek bir yönü bulunmamaktadır.

#### IV. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasanın 19. Maddesinin 7. Fıkrasının İhlal Edildiğine İlişkin Gerekçesi ve AİHM'nin Konuya Bakışı

Anayasa Mahkemesi, *Hebat ve Firas Aslan*'ın başvurusunda Anayasa'nın 19. maddesinin 7. fıkrasının ihlal edildiği kararını gerekçelendirirken, Mahkemenin önemli kararları arasında yerini çoktan almış olan *Mustafa Balbay*<sup>17</sup> kararındaki görüşlerini yinelemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin Balbay kararında yaptığı tutukluluğun devamı kararlarının tümü için geçerli olarak görülmesi gereken önemli bir tespit, “[t]utuklamanın devamına karar verilirken, davanın genel durumu yanında, tahliyesini talep eden kişinin özel durumunun dikkate alınması ve bu anlamda tutukluluk gerekçelerinin kişiselleştirilmesi”nin<sup>18</sup> zorunlu görülmesi gerektiği idi.<sup>19</sup> Mahkeme, söz konusu kararında aynı zamanda milletvekili seçilmiş olan başvurusunun tahliye taleplerini inceleyen mahkemelerin, bu talepleri reddederken gerekçelerini yeterince kişiselleştirmemiş ve başvurusunun kaçacağına ya da delilleri karartacağına dair inandırıcı somut olgular ortaya koyamamış olduğunu belirterek<sup>20</sup> bu tespitini somutlaştırmıştı. Mahkeme aynı kararında, tutuklama tedbirine, kişilerin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmasının yanı sıra bu kişilerin kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla başvurulabileceğini; ayrıca başlangıçtaki bu tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için yeterli görülebilse de bu süre geçtikten sonra, uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hâlâ devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerektiğini belirtmişti. Mahkeme, bu gerekçelerin “ilgili” ve “yeterli” görülmesi halinde, tutukluluğun haklılığı

17 Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/1272, Karar Tarihi: 4.12.2013 (Balbay Kararı).

18 Balbay Kararı, para. 116.

19 Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumu, AİHM'nin yaklaşımıyla örtüşmektedir. AİHM de, tutuklunun salıverilmesinin lehinde ya da aleyhindeki gerekçelerin “genel ve soyut” nitelikte olmaması, aksine somut olaya ilişkin özel durumlarla başvurusunun tutulmasını haklı gösterecek kişisel koşullarına atf yapılmasını aramaktadır. Bkz. *Case of Aleksanyan v. Russia*, no. 46468/06, judgment of 22.12.2008, para. 179; *Case of Clooth v. Belgium*, judgment of 12.12.1991, para. 44; *Case of Panchenko v. Russia*, no. 45100/98, judgment of 8.2.2005, para. 107.

20 Balbay Kararı, para. 116.

için yargılama sürecinin özenli yürütülüp yürütülmediğinin de incelenmesi gereğine vurgu yapıyordu.<sup>21</sup> Bu ifadeler, *Hebat ve Firas Aslan* kararında da yerini almıştır.<sup>22</sup> Yine bu gerekçelere, benzer ifadelerle AİHM kararlarında da rastlanmaktadır; nitekim Anayasa Mahkemesi de kendisine ilham kaynağı olan bu kararları *Balbay* kararında zikretmektedir.<sup>23</sup> Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, *Hebat ve Firas Aslan*'ın başvurusunda, derece mahkemelerince verilen tutukluluğa itiraz ve itirazın reddine ilişkin kararların gerekçelerinin tutuklulukların devamının “*hukuka uygunluğu ve tutulmanın meşruluğunu haklı gösterecek özen ve içerikte olmadığı ve aynı hususların tekrarı niteliğinde olduğu*”nu tespit ederek, tutukluluk halinin devamına ilişkin bu gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğunun söylenemeyeceğini belirtmiştir.<sup>24</sup>

AİHM'nin Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımına verdiği karşılık, ihlalin varlığına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin tespitini tartışma konusu bile etmeyerek tümüyle benimseme yönünde olmuştur. Zira AİHM, yukarıda da belirtildiği gibi, tutukluluğun devamı kararlarındaki gerekçelerin yetersizliği bağlamındaki şikâyetin Anayasa Mahkemesi tarafından –kendisine açıkça bu yönde şikâyette bulunulmamış olmasına karşın- tutukluluk süresi açısından incelenmesinin uygun olduğunu belirtmesinin ardından, ilgililerin tutuklulukta geçirdikleri toplam sürenin uzun olduğu sonucuna ulaştığını belirtmekle yetinmiş ve incelemesini de Anayasa Mahkemesi'nin belirlediği tazminatın yeterliliğiyle sınırlı tutmayı yeğlemiştir.<sup>25</sup>

## V. Tutuklulukta Makul Sürenin Tespiti ve Tutukluluk Süresinin Hesaplanması Konularında Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi bu başvuruda da, tutukluluk süresinin hesaplanmasındaki bilinen içtihadını<sup>26</sup> yinelemiştir. Mahkemeye göre

21 Balbay Kararı, para. 104.

22 Hebat Aslan & Firas Aslan Kararı, para. 48.

23 Balbay Kararı, para. 104. Bu kararlar şunlardır: Case of Contrada v. Italy, no. 27143/95, judgment of 24.8.1998, para. 66-67; Case of Chraidi v. Germany, no. 65655/01, judgment of 26.10.2006, para. 42-45.

24 Hebat Aslan & Firas Aslan Kararı, para. 56.

25 Hebat Aslan and Firas Aslan v. Turkey, para. 39.

26 Bu konuda bkz. İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/1137, Karar Tarihi: 2.7.2013, para. 66. Bu içtihadın istikrarlı olarak uygulandığı bilinmektedir. Çok sayıda karar arasında örnek olarak bkz. İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2014/2159, Karar Tarihi: 16.10.2014, para. 48; İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/1303, Karar Tarihi: 21.11.2013, para. 56; İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2012/1220, Karar Tarihi: 10.12.2014, para. 41.

tutuklulukta makul sürenin hesabı için dikkate alınacak sürenin başlangıcı, başvurucuların ilk kez yakalanıp gözaltına alındığı durumlarda bu tarih, doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklama tarihi olarak kabul edilecektir. Sürenin sonu ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı ya da ilk derece mahkemesi tarafından hüküm verildiği tarih olacaktır. İlk derece mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet hükmü üzerine artık kişinin tutuklu olduğundan söz edilemeyeceğinden, temyiz aşamasında geçen süre tutuklulukta makul sürenin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır.

Somut olayda başvuruçulardan Firas ASLAN 3 yıl 11 ay 24 gün, Hebat ASLAN ise 4 yıl 1 ay 16 günlük sürelerle özgürlüklerinden yoksun kalmışlardır.<sup>27</sup> Ayrıca başvuruçuların her ikisi de, ilk derece mahkemesi olan İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından hüküm açıklanmadan önce tahliye edilmişlerdir. Bu nedenle kişilerin özgürlüklerinden mahrum kaldıkları sürelerin tümü, haklarında verilmiş bir mahkûmiyet hükmü olmaksızın “*tutuklu*” kaldıkları süreye karşılık gelmektedir. Bu başvuruda, 4 yılın biraz altında ve üstünde iki tutukluluk süresinin de Anayasanın 19. maddesinin 7. fıkrasını ihlal ettiği sonucuna ulaşıldığına yukarıda değinilmişti.

Kararın ilgili kısımlarından hareketle aşağıda, Anayasa Mahkemesi'nin başvuruçuların şikâyetleri karşısında ihlal tespit ederken nasıl bir gerekçe ürettiği ve tutukluluk süresini hesaplarken neleri dikkate aldığı konularında olmak üzere iki noktaya temas edilecek, bu iki konuda bazı önerilerde bulunulacaktır.

### **A. Anayasa Mahkemesi'nin Tutuklulukta Makul Sürenin Tespitine İlişkin Yaklaşımı**

Bu ilk konuda Anayasa Mahkemesi, başvuruçuların tutukluluklarının devamına ilişkin derece mahkemelerinin gerekçelerinin “*formül gerekçe*” niteliğinde olması şikâyetinden hareketle “*tutuklulukta makul süre*” konusunu tartışmaya geçmiş, ihlal tespit ettiği sonuç kısmında “*ilgili ve yeterli olmayan gerekçe*”<sup>28</sup> nedeniyle makul sürenin aşılmış olduğu yargısına ulaşmıştır.

27 Hebat Aslan & Firas Aslan Kararı, para. 50-55.

28 AİHM'ye göre de, ilgili ve yeterli gerekçe gösterilemeyen durumlarda kişilerin salıverilmesi gerekir. Örnek olarak bkz. Case of Wemhoff v. Germany, no. 2122/64, judgment of 27.6.1968, para. 12; Case of Yağcı and Sargın v. Turkey, no. 16419/90 and 16426/90, judgment of 10.7.1991, para. 52.

Anayasa Mahkemesi'nin, başvurucuların açık talebi olmamasına karşın tutuklulukta geçen sürenin makul olup olmadığını tartışması, şüphesiz taleple ya da ihlal iddialarıyla bağlı olması karşı karşıya kaldığı iş yükü düşünülduğünde normal karşılanabilecek iken bunu yapmaması yönüyle takdir edilmelidir.<sup>29</sup>

Kararda, tutuklulukta geçen sürenin makul olmamasının nedeni olarak, tutukluluğun devamına ilişkin gerekçelerin zayıflığına dayanılmıştır. Aslında böyle bir sonuca, çok daha kısa süren tutukluluklar için de ulaşılabilirdi.<sup>30</sup> Gerçekten de, gerek tutukluluğa ilk kez karar verilirken, gerekse daha sonra tutukluluğun devamına karar verilirken ya da tutukluluğa itiraz reddedilirken, mahkemelerin somut olayda tutuklamanın ve tutukluluğun devamının zorunlu bir tedbir olduğunu somut olarak ortaya koyabilmeleri gerekir. Bunun gerekçelendirilemediği her tutuklama ya da tutukluluğun devamına ilişkin karar, tutukluluğu kısa bir süre bile uzatsa, Anayasaya ve Sözleşmeye aykırıdır.<sup>31</sup> Böyle bir tutuklamanın iç hukukumuz bakımından yasaya aykırılık, hatta "*keyfilik unsuru*"<sup>32</sup> barındırdığı; dolayısıyla sürenin makul olup olmadığı tartışmasına girilmesine bile gerek olmayabileceği düşünülmelidir.<sup>33</sup>

29 Karardan, Adalet Bakanlığı'nın başvuruya ilişkin görüşünde somut olayda toplam tutukluluk süresi ve tutukluluk konusundaki yerel mahkeme kararlarının gerekçelerinin, tutukluluğun devamına etkili diğer unsurlarla birlikte dikkate alınması gerektiği biçimindeki yorumunun da etkili olduğu düşünülebilir. Bkz. Hebat Aslan & Firas Aslan Kararı, para. 42.

30 Örneğin Shiskov / Bulgaristan davasında Mahkeme, 7 ay 3 hafta süren tutukluluğu Sözleşmeye aykırı bulmuştu. Mahkeme, bu davada belirli bir asgari süreyi aşmayan gerekçesiz tutuklama kararlarını sırf kısa süreli olduğu için tolere etmeyeceğini, ne kadar kısa süreli olursa olsun tutukluluğun gerekçelendirilmesinin yetkili makamlar tarafından ikna edici biçimde ortaya konulması gerektiğini belirtmiştir. Case of Shiskov v. Bulgaria, no. 38822/97, judgment of 9.1.2003, para. 66.

31 Karan'ın da aktardığı gibi, AİHM'nin güncel kararlarına ilişkin yapılan bir incelemede iki yılı aşan tutukluluk sürelerinin büyük oranda Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasını ihlal ettiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, oldukça kısa süreli tutukluluk süreleri bile davanın somut özelliklerinden dolayı Sözleşmeye aykırı bulunabileceği gibi, uzun tutukluluk süreleri ise otomatik olarak Sözleşmeye aykırı bulunmamaktadır. Bkz. Ulaş Karan, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", içinde: Sibel İNCEOĞLU (Ed.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 3. Baskı, İstanbul, 2013, 179-208, s. 202.

32 Tutmanın keyfi olmamasının anlamı konusunda bkz. ALTINKÖK, 2014, s. 188-194.

33 Gerçekten de CMK m. 101/1'de Cumhuriyet Savcısının tutuklama taleplerinde mutlaka gerekçe gösterilmesi ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasında da tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda tutuklamanın haklılığını ve gerekliliğini gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi zorunlu tutulmuştur. Bu düzenlemeler, ikna edici gerekçeler ortaya konulamayan tutuklamaların açıkça yasaya aykırı olacağını

Buna karşın en güçlü gerekçelere dayanan tutuklamalar bile, makul sürenin aşılmasıyla birlikte ayrı bir ihlal konusu oluştururlar. Bir başka anlatımla, bir somut olayda tutuklama tümüyle meşru ve gerekli görülse de, yargılama sürüncemede bırakılmış ve böylece sanıkların tutukluluk süresi gereksiz yere uzamışsa, makul sürenin aşılması nedeniyle ihlal gerçekleşmiş olur. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin kararında, 4 yıldan biraz az ve biraz fazla süren iki tutukluluğun makul sürenin ötesine geçmesine ilişkin olarak yargı organlarının ya da kamu makamlarının başka türlü tutumlarının dayanak gösterilmesi ya da bu olasılığın sorgulanması daha uygun olabilirdi. Oysa kararda böyle bir unsura yer verilmemiş, tutukluluğun makul süreyi aşması yalnızca ilgili ve yeterli olmayan gerekçelerin varlığına dayandırılmıştır. Yine Mahkeme, aynı kararda, tutukluluğu haklı kılan koşulların tutukluluk süresince devam ediyor olmasının, “*tutukluluğun devamının hukuka uygunluğu ve meşruiyeti bakımından olmazsa olmaz bir koşul*” olduğunu da belirtmektedir.<sup>34</sup> Mahkemenin bu tespiti yapmasının ardından, tutukluluk süresinin makuliyet ölçüsünden çok tutukluluğun meşruiyeti ile doğrudan bağlantı kurması daha doğru olabilirdi.

Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı ile tutukluluğun meşruluğunun tümüyle örtüşen kavramlar olmadığını göz ardı etmemek gerekir. Makul süreyi aşan tutukluluklar elbette meşru görülemez; ancak devamı için ikna edici bir gerekçenin ortaya konulmadığı bir tutukluluk, sürenin makul olup olmamasından daha farklı ve belki daha ciddi sorunlar barındırmaktadır. Tutukluluğun meşru olup olmaması sorunu, onun süresini de kapsayan, ama onu da aşan bir anlam ve içeriğe sahiptir. Bu bağlamda, yukarıda belirtilmekle yetinilen “*keyfilik*” unsurunun formül

---

göstermektedir. Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasında kişiyi özgürlüğünden yoksun kılan her türlü işlemin hukuka uygunluğunun bir önkoşul niteliğinde olduğu düşünüldüğünde, gerekçe koşulunu sağlamayan tutuklamaların hukuka uygun olmadığı sonucuna doğrudan ulaşılması gerekir. Gözübüyük – Gölcüklü'nün de belirttiği gibi, kişi özgürlüğünü kısıtlayan işlemler yapılırken “*yürürlükteki mevzuatın öngördüğü usul izlenecek (usule ilişkin koşullar)* ve aynı zamanda işlem, tüm yönleriyle, gene mevcut hukuk kurallarına (esasa ilişkin koşullar) uygun olarak gerçekleştirilecektir. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK – Feyyaz GÖLCÜKLÜ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, 8. Baskı, Ankara, 2009, s. 224. Vurgu, alıntı yapılan yazarlara aittir. Konuya ilişkin olarak bkz. Case of Van der Leer v. The Netherlands, no. 11509/85, judgment of 21.2.1990. Bu kararda yasaya uygun (lawful) bir tutukluluktan söz edilmesi için mevzuata hem usul, hem de esas yönüyle uygun bir işlem yapılmış olması gerektiğini belirten Mahkeme, bunun amacının da bireyleri keyfilikten korumak olduğunu belirtmiştir. Bkz. para. 22 ve orada belirtilen diğer kararlar.

34 Hebat Aslan & Firas Aslan Kararı, para. 54.

gerekçelere dayanan tutuklamalarda söz konusu olup olmadığını Anayasa Mahkemesi'nin tartışması bu tür kararların önlenmesi konusunda yeni bir açılım sağlayabilirdi.<sup>35</sup>

Bununla birlikte, AİHM'nin de 5. maddenin 3. fıkrasına ilişkin ihlal iddialarında Anayasa Mahkemesi ile oldukça benzer bir yöntem izlediği bilinmektedir. AİHM, söz konusu hükmün çeşitli yönlerden ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü durumlarda, bunlardan birine öncelik vermeyi yeterli görebilmektedir. Örneğin *Aleksanyan / Rusya* davasında Mahkeme, başvuruçunun özgürlüğünden mahrum bırakılmasının yasaya aykırı, gerekçesiz ve aşırı uzun süreli olduğu gerekçesiyle şikâyetçi olmasına karşın incelemesini yalnızca makul sürenin aşıp aşılmadığının tespit edilmesi ile sınırlı tutmuştur.<sup>36</sup> AİHM, tutukluluğun devamına ilişkin kararların gerekçelerinin zayıflığını tespit ettiği durumlarda, tutukluluk süresinin makul süreyi aştığı sonucuna ulaşmakta,<sup>37</sup> Anayasa Mahkemesi de benzer bir muhakeme yürütmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin ve AİHM'nin bu yaklaşımına usul ekonomisi gereğince anlayışla yaklaşılabilir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin tabir yerindeyse henüz "yolun başında" sayıldığı bir dönemde kararlarının öğretici ve yol gösterici nitelik taşıması da

35 Anayasa Mahkemesi'nin yasaya ya da Anayasaya açıkça aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik olması halinde hak ve özgürlük ihlaline sebep olan kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerektiği ve aksinin kabulünün bireysel başvurunun getiriliş amacıyla bağdaşmayacağı yönünde karar vererek, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda dahi inceleme yapabileceğini Balbay kararı gibi pek çok kararda da ortaya koymuştur. Bkz. ALTINKÖK, 2014, s. 189. AİHM de ulusal makamların eylem ve işlemlerinde keyfilik tespitinde üç kriterden söz etmektedir. Bireyin tutulması ulusal hukukun lafzına uygun olmasına karşın kamu makamlarının kötü niyeti ya da hilesi varsa, tutma kararı ve bu kararın icrası 5. maddede sayılan tutma nedenlerinden amaçlarına uygun düşmüyorsa ya da dayanılan tutma sebebi ile tutma yeri ve koşulları arasında bir ilişki bulunmuyorsa keyfilikten söz edilebilecektir. Örnek kararlar için bkz. ALTINKÖK, 2014, s. 190. AİHM, oldukça yeni bir kararında da keyfilik kavramına ne anlam verdiğini aşağıdaki şekilde açıklamıştır: "Keyfi olan hiçbir tutma madde 5 § 1 ile uyumlu olamaz, "keyfilik" kavramı bu bağlamda ulusal hukuka uygun olmamanın ötesine geçmektedir. Sonuç olarak, ulusal hukuka uygun olan bir özgürlükten yoksun bırakma, özellikle de kamu otoritelerinde bir kötü niyet ya da hile unsuru söz konusu olduğunda... ya da mevcut koşullarda özgürlükten yoksun bırakma gerekli olmadığında... yine de keyfi ve böylece Sözleşmeye aykırı olabilir." Case of Gal v. Ukraine, no. 6759/11, judgment of 16.4.2015, para. 26.

36 *Aleksanyan / Rusya*, para. 176.

37 AİHM tutuklulukta makul sürenin aşıp aşılmadığını değerlendirirken önündeki somut dava özelinde tutukluluğa ilişkin gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı ve sanığın tutuklu yargılandığı davaya özen gösterilip gösterilmediği biçiminde iki ölçüt uygulamaktadır. Bunlardan birine verilen yanı olumsuz olduğunda makul sürenin aşıldığı sonucuna ulaşmaktadır. KARAN, 2013, s. 202.

beklenebilir ve ihlale yol açan tüm olasılıkların tartışılarak tüketilmesi daha uygun bir yaklaşım olabilir.<sup>38</sup>

Öte yandan belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını gerekçelendirirken AİHM'yi takip etmesi gibi bir zorunluluğu yoktur. Her ne kadar bireysel başvuruya konu hak ve özgürlükler anlamında Anayasa Mahkemesi ile AİHM arasında bir örtüşme varsa da, Anayasa Mahkemesi bireysel başvurularda bir ihlalin olup olmadığını Anayasadaki düzenlemeler üzerinden denetlemektedir. AİHM'nin karar gerekçelerinde eski içtihatlarını yineleme ve Sözleşmeye taraf tüm ülkeleri ilgilendiren genel tespitlerde bulunma gibi kaygıları söz konusu olabilir ve bu durum, Mahkemenin uluslararası bir denetim organı olması nedeniyle doğal karşılanmalıdır. Oysa Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru sistemindeki kimi benzerliklere karşılık AİHM'den farklı olarak ulusal düzeyde faaliyet gösterir ve aldığı kararlar ve bunların gerekçeleri –AİHS'ye aykırı olmamak koşuluyla- yerel özellikler taşır –ve aslında taşımaktadır-. Bu açıdan somut olaya yaklaşıldığında da, Türkiye'de sistematik bir sorun haline geldiği AİHM tarafından da tespit edilen<sup>39</sup> uzun tutukluluk konusunda Anayasa Mahkemesi'nin söyleyecek daha fazla sözü olduğu açıktır.

Gerekçenin zayıflığı nedeniyle tutukluluğun uzun sürmesi durumları özelinde, Anayasa Mahkemesi'nin ileride vereceği kararlarda bir ayrıma gitmesi daha doğru bir yaklaşım olarak önerilebilir. Buna göre, hiçbir ayrıntı içermeyen, tümüyle soyut basmakalıp (stereotyped) gerekçelerle tutukluluğun sürmesi ile aslında somut olayı bir ölçüde dikkate alan ve tutukluluğu haklı göstermeyi amaçlayan bazı gerekçelerin ortaya konulmaya çalışıldığı durumları aynı kefeye koymamak gerekir. Birincisi açıkça keyfi

38 Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sistemini Destekleme Projesi kapsamında hazırlanan ve bu bildirin yazarının da katkı sağlayanlar arasında bulunduğu Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sistemi İhtiyaç Analizi Raporu'nda da belirtildiği gibi, kimi hâkim ve savcılar, Anayasa Mahkemesi'nin uzun tutuklulukla ilgili verdikleri kararları yeterince açıklayıcı ve yol gösterici bulmamaktadırlar: “*Danışmanların bir araya geldiği ceza hâkimleri ve savcılar AYM'nin Balbay kararı ve terörle ilgili davalarda uzun tutukluluk hakkındaki 4 Temmuz 2013 tarihli kararları gibi uzun tutuklulukla ilgili son kararlarının tam olarak açık ve net olmadığını ve hangi durumlarda tutukluluğun temel hakları ihlal ettiğini tespit etme açısından yeterli rehberlik sağlamadığını belirtmişlerdir*”. Luca PERILLI (Raportör), **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sistemi İhtiyaç Analizi Raporu**, Avrupa Konseyi, 2014, s. 48. Raporun Türkçe metni için [http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/documentation/NA\\_Report\\_CC\\_Turkey\\_2014\\_tur.pdf](http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/documentation/NA_Report_CC_Turkey_2014_tur.pdf) (erişim tarihi: 25.4.2015).

39 Bkz. Case of Cahit Demirel v. Turkey, no. 18623/03, judgment of 7.7.2009, para. 45-46.

olarak nitelendirilebilir; ikincisinde ise gerekçelerin tutukluluğu ya da tutukluluğun devamını haklı gösterecek ölçüde yeterli ve ilgili olmadığı sonucuna varılabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 101. maddesinin<sup>40</sup> böyle bir ayrıma ve böyle bir yorum yöntemine izin verdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bunun, tutukluluk konusunda talepte bulunan ya da bu konuda karar veren hakim ve savcılar için yol gösterici olacağı ve tutukluluğa ilişkin kararları daha somut ve güçlü gerekçelere dayandırma konusunda teşvik edeceği kuşkusuzdur.

### **B. Anayasa Mahkemesi'nin Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Yaklaşımı**

İkinci olarak değinilmesi gereken konu ise, Anayasa Mahkemesi'nin tutukluluk süresinin hesaplanmasında temyizde geçen süreyi dikkate almama konusunda AİHM'nin yaklaşımını benimsemesidir.<sup>41</sup> Bu durum, tüm tutukluluklar için önemli olmakla birlikte, Türk Hukukunda özellikle azami tutukluluk süresinin hesaplanmasında daha büyük önem taşımaktadır.

AİHM, Sözleşmenin 5-1(a) ile 5-1(c) düzenlemeleri arasındaki ilişkiyi de kendi bakış açısıyla ortaya koymuş olduğu kararlarında, derece mahkemesinin tutuklu kişi hakkında verdiği mahkûmiyet hükmüne kadar olan süreyi 5-1(c), mahkûmiyet hükmünden sonraki süreyi ise 5-1(a) hükmü kapsamında değerlendirmektedir.<sup>42</sup> Bir başka anlatımla kişi derece mahkemesi tarafından mahkûm edilene kadar tutuklu sayılmakta iken, mahkûmiyet kararı ile birlikte artık tutukluluğu sona ermiş olmaktadır. Bu andan başlayarak temyiz sonuçlanmasına kadar geçen sürenin tutukluluğun hesaplanmasında dikkate alınması da mümkün değildir. Mahkeme, 1968 yılında verdiği bir kararında<sup>43</sup> açıkladığı gibi, tutukluluk süresinin sonunu mahkûmiyet hükmünün kesinleştiği tarih değil, (kişi eğer salıverilmemiş ise) derece mahkemesi tarafından cezanın verildiği tarih olarak kabul etmektedir.

40 Bkz. yukarıda, 33 no'lu dipnot.

41 Somut başvuruda tutukluluk süresinin hesaplanmasına ilişkin açıklamanın herhangi bir uygulaması yoktur, çünkü bireyse başvuru yapıldığı sırada başvuru sahiplerinin ilk derece mahkemesinde yargılanmaları sürmekte idi. Somut başvuruya ilişkin olmayan unsurlara yer verilmesinden kaçınılması, karar yazımında daha uygun olabilir.

42 KARAN, 2013, s. 187, 192; D.J. HARRIS – M. O'BOYLE – E.P. BATES – C.M. BUCKLEY, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (Çev: Mehveş Bingöllü Kılıcı – Ulaş Karan), Şen Matbaa, Ankara, 2013, s. 140.

43 Wemhoff v. Germany, para. 9.



Bu yorum, Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrası bakımından sonuçlar doğurmaktadır.

Yukarıda özetlenen AİHM'nin yaklaşımının Türkiye'de de aynı biçimde uygulanabileceği konusunda Türk öğretisinde fikir birliği yoktur. Azımsanmayacak sayıda yazar tarafından, AİHM'nin tutukluluk süresini hesaplamayönteminin Türkiye'de uygulanamayacağı savunulmaktadır. Bunun nedeninin, AİHM'nin "hükümlü" kavramına verdiği anlamdan kaynaklandığı, Türk Hukukunda ise hükümlülüğün bu şekilde anlaşılacağı;<sup>44</sup> Ceza Muhakemesi Hukukunda sanık sıfatının hükmün kesinleşmesine kadar sürdüğü,<sup>45</sup> ceza infazının da ancak mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesiyle mümkün olabileceği<sup>46</sup> belirtilerek, Türk Hukuku açısından AİHM'nin yorumunun geçerli kabul edilemeyeceği savunulmuştur.<sup>47</sup> Benzer bir sonuca, Ceza Hukuku öğretisinde önerilen "tutuklu" ve "tutuklama" tanımlarından da ulaşılabilir. Buna göre, tutuklama, kişi hürriyetinin kesin hükümden önce hâkim ya da mahkeme kararıyla sınırlandırılmasına ilişkin bir tedbirdir.<sup>48</sup>

44 Kunter – Yenisey – Nuhoglu'na göre de "Sanık, hükümlü yani suçlu olmadığından, ancak sanık olmanın gerektirdiği ve Muhakeme Hukukunun zaruretleri ile kabul olunan kayıtlamalara tâbi tutulabilir. Bu kayıtlamalar, Muhakeme Hukuku tedbiri olup ceza niteliğinde değildir. Aksini düşünmek, suçlu olduğu mahkûmiyet yargısı da sabit olmayan bir kimseyi peşin hükümlü cezalandırmak demek olur ki, ceza davası açıp mahkemeye başvurmakla bağdaşamaz". Nurullah KUNTER – Feridun YENİSEY – Ayşe NUHOĞLU, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 15. Baskı, İstanbul, 2006, s. 448.

45 Ceza Muhakemesi Kanununun 2-1(b) düzenlemesine göre sanık, "Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişi" olarak tanımlanmıştır. Şüpheli ve sanık kavramları için bkz. Yener ÜNVER – Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2010, s. 203-205. Kısaca belirtmek gerekirse, CMK m. 2'ye göre suç şüphesi altında bulunan bir kişi soruşturma evresinde şüpheli, kovuşturma evresinde ise sanık olarak kabul edilir. Faruk TURHAN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara, 2006, s. 101. Yazar, sanık sıfatının sona ermesi, hükmün kesinleşmesiyle mümkün olabilir. Bkz. aynı yer, s. 102. Ayrıca bkz. Özer ÖZBEK – M. Nihat KANBUR – Koray DOĞAN – Pınar BACAĞIZ – İlker TEPE, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, 2014, s. 234-235.

46 Bkz. 5275 sayılı Kanun, m. 4.

47 Bu görüş için bkz. Muharrem ÖZEN – Devrim GÜNGÖR – Güneş OKUYUCU ERGÜN, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 68, Sayı 4, 2010, 181-187, s. 185-187.

48 Bahri ÖZTÜRK - Behiye Eker KAZANCI – Sesim Soyer GÜLEÇ, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.46; Ersan ŞEN – Bilgehan ÖZDEMİR, **Tutuklama Uygulamada Şüpheli ve Sanık Haklarının Korunması**, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2011, s. 19; Mustafa Tarık ŞENTUNA, **Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Ulusal ve Ulus Üstü İnsan Hakları, Anayasa ve Ceza Yargılaması Hukuku Açısından Tutuklama ve Adli Kontrol**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 25-26; ÜNVER – HAKERİ, 2010, s. 351.

Tutuklama, sonuç olarak hakkında henüz kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü verilmeden önceki aşamada, soruşturma aşamasında şüphelinin, kovuşturma aşamasında sanığın Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belirtilen koşulların oluşmasıyla birlikte hâkim kararıyla özgürlüğünün kısıtlanıp tutukevine konulmasıdır. Somut başvuruda başvuru derecesi mahkemesi tarafından yargılamaları sürerken salıverildikleri için temyiz sırasında özgürlüklerinden mahrum kalmaları durumu ortaya çıkmamıştır. Yine de Mahkeme, yukarıda belirtildiği gibi söz konusu sürenin hesaplanmasına ilişkin benimsediği formüle bu kararında da yer vererek öğretilen tartışılan bu hususta nerede durduğunu teyit etmiştir. Yargı kararlarıyla<sup>49</sup> istikrar kazanan bu yaklaşımın, öğretilen eleştirildiği bilinmektedir.<sup>50</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin bu eleştiriler karşısında neden AİHM'nin yaklaşımını tercih ettiğini net biçimde ortaya koyması gerekir. Kaldı ki, AİHM'nin bu yaklaşımının da Avrupa öğretisinde sorgulanmadığı ve eleştirilmediği söylenemez. Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasının temyiz

49 Anayasa Mahkemesi'nden başka, Yargıtay da tutukluluk süresini aynı şekilde hesaplamaktadır. Bkz. ÖZTÜRK – KAZANCI – GÜLEÇ, 2013, s. 65-66. Yargıtay'ın örnek bir kararı için bkz. Yargıtay CGK, E. 2011/1-51, K. 2011/42, K.T. 14.2.2011.

50 Örnek olarak bkz. ŞEN – ÖZDEMİR, 2011, s. 188: "...hatalı bir yorumla, "sanık" sıfatı ile "kovuşturma" aşamasının devam ettiği temyiz sürecini, CMK m.102'de aksine hüküm olmadığı halde azami tutukluluk süresinin dışında tutulabileceği ileri sürülmektedir. Oysa bu uygulama, Ülkemizdeki temyizde geçen süreyi soruşturma ve yerel mahkemede geçen yargılama süresine dahil eden İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 30.06.2009 tarihli Mehmet Fırat-Türkiye kararına aykırıdır. Bu konu ile ilgili CMK m.102'de özel bir düzenleme öngörülmedikçe, temyiz aşaması da -olağan kanun yolu aşaması- kovuşturmayla dahil olduğundan, bu sırada geçen tutukluluk süresi CMK m.102'de öngörülen sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmalıdır".

[Belirtmek gerekir ki yazarların sözünü ettiği Fırat/Türkiye kararında AİHM, bilinen içtihadını uygulamış ve temyizde geçen süreyi dikkate almamıştır. Söz konusu kararda, başvuranın 4 yıl 21 gün tutuklu kaldığı belirtilmektedir. Karar incelendiğinde 5 Eylül 2000 tarihinde tutuklanan Fırat hakkında mahkûmiyet hükmü 11 Mart 2004 tarihinde verilmiştir. Yargıtay'ın bozma kararı 13 ay sonra, 20 Nisan 2005'de çıkmış;1 Ağustos 2005 tarihinde dosya kendisine gelen İstanbul Mahkemesi de 10 Kasım 2005'de salıvermiştir. Yargıtay'da geçen süre AİHM tarafından tutukluluğa sayılsa idi tutukluluk süresi 5 yıl 2 ay 6 gün olarak hesaplanacaktı. 4 yıl 21 gün olarak hesaplanması, temyizde geçen yaklaşık 13 ayın dikkate alınmadığını ortaya koymaktadır. Kararın 21. paragrafında da "Mahkeme, başvuranın tutuklu yargılanma sürecinin iki dönemden oluştuğunu ve toplamı dört yıl yirmi günden fazla sürdüğünü kaydeder" ifadesiyle temyizde geçen süreyi kişi cezaevinde olmasına karşın dikkate almadığını ortaya koymaktadır. Bkz. Case of Fırat v. Turkey, no. 37291/04, judgment of 30.6.2009. Dolayısıyla yukarıdaki görüş bir yana bırakılırsa, dayanak olarak gösterilen AİHM kararı yeni bir şey söylememektedir.] ÖZTÜRK – KAZANCI – GÜLEÇ de Türk yargısının bu uygulamasına karşı çıkar. Yazarlara göre AİHS'ye asgari standartları oluşturur ve iç hukukta daha geniş biçimde koruma getiren hükümleri AİHS'ye aykırılık oluşturacağı biçiminde yorumlamak doğru değildir. AİHS'nin 17. maddesi de böyle bir yoruma kapı aralamamaktadır. ÖZTÜRK – KAZANCI – GÜLEÇ, 2013, s. 66.

aşamasındaki tutulmayı kapsamaması nedeniyle mahkûm olmuş bir kişinin temyiz aşamasındaki tutulma sebeplerinin denetimini bu fıkra kapsamında ileri sürememesinin, 5. maddenin “özgürlük hakkı” lehine eğilimi ile hemen hemen hiç uyuşmadığı eleştirisi yöneltilmiştir.<sup>51</sup> Bu nedenle, ulusal yargı yerlerinin AİHM’nin bu yaklaşımını tartışmasız benimsemek gibi bir zorunlulukları olduğundan söz edilemez.

Bilindiği gibi AİHS, insan hakları alanında oluşturmak istediği Avrupa ortak kamu düzeni<sup>52</sup> içerisinde bir asgari standart getirmeyi amaçlar. Bu gereklilik, AİHS ve onu yorumlayan AİHM’nin belirlediği standartların altına düşmemeyi ve onları ihlal etmemeyi gerektirir<sup>53</sup> ve doğal olarak bu standartların üstüne çıkılmasının Sözleşmenin amaçlamadığı bir husus olduğu ileri sürülemez. Diğer yandan, AİHS’nin hakların kötüye kullanılması yasağını düzenleyen 17. maddesi<sup>54</sup> ile Sözleşmede tanınmış hakların en geniş şekilde korunmasını amaçlayan 53. maddesi,<sup>55</sup> ulusal ya da uluslararası herhangi bir başka düzenlemenin Sözleşmede tanınan hakları Sözleşmenin

51 Bkz. HARRIS – O’BOYLE – BATES – BUCKLEY, 2013, s. 170 ve aynı yer, 486 no’lu dipnot.

52 Kavram için bkz. GÖZÜBÜYÜK – GÖLCÜKLÜ, 2009, s. 14; Emin MEMİŞ, “İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri”, *Anayasa Yargısı*, C. 17, 2000, 130-172, s. 143; Said Vakkas GÖZLÜGÖL, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 157; Cem ŞENOL, “AİHS Hükümleri ve AİHM Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi”, *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2012, Sayı 1, 259-288, s. 261.

53 “...Sözleşmenin kendine özgü niteliği, Sözleşme ile iç hukuk ilişkisinin andlaşmaların genel düzeni çerçevesinde anlaşılmasını engellemektedir. Çünkü devletler, Sözleşmeyi onaylamakla klasik milletlerarası andlaşmalardan farklı olarak karşılıklılık ilkesine dayanmayan, Avrupa ortak kamu düzeni kurma amaçlı yeni bir hukukla bağlanmışlardır. Ayrıca Sözleşmenin 1. maddesinde yer alan, devletlerin yetki alanları içindeki herkese Sözleşmede yer alan hak ve hürriyetleri tanınlar şeklindeki ifade, Sözleşme organlarının kararlarında, hak ve hürriyetleri ihlal etmeme ve bunların etkili kullanımını sağlama yükümlülüğüne dönüştürülmüştür. Sözleşmenin hem Avrupa kamu düzenininin Anayasal belgesi, hem de devletlere yükümlülükler getiren bir belge olarak yorumlanması, iç hukukun Sözleşmeye uygunluğunu gerektirmesinin yanında, ulusal yargı yerlerini de Sözleşmeyi uygulamaya ve Sözleşmeye uygun yorum yapmaya zorlamaktadır.” Reyhan SUNAY, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Liberal Düşünce Topluluğu, Pano Ofset, Ankara, 2001, s. 304.

54 Sözleşmenin “Hakları kötüye kullanma yasağı” başlıklı 17. maddesi aşağıdaki gibidir: “Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”

55 Sözleşmenin 53. maddesi aşağıdaki gibidir: “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirini, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf’ın yasalarna ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz.”

öngörmediği biçimde sınırlandırmasına gerekçe oluşturmasını açıkça yasaklamaktadır. Öte yandan, Anayasanın 90. maddesinin de başka türlü bir yoruma meydan verir şekilde yorumlanması düşünülemez.<sup>56</sup> Anayasanın 90. maddesinde sözü edilen uyumsuzluk halinde uluslararası insan hakları normunun esas alınması, ancak uluslararası sözleşme hükmünün daha geniş özgürlük tanınması durumunda geçerlidir. İç hukukun daha fazla özgürlük tanıdığı durumlarda iç hukuk normunun uygulanacağı açıktır.<sup>57</sup>

Tutukluluk süresinin hesaplanmasına ilişkin yukarıda özetlenen eleştiriler AİHS'nin 17. ve 53. maddeleri ve Anayasanın 90. maddesi ile birlikte düşünüldüğünde, Türkiye'de neden AİHM'nin yorumunun tercih edildiğinin tatmin edici biçimde açıklanmasını zorunlu kılmaktadır. AİHM'nin yerleşik içtihadının bu yönde olduğunu belirtmekle yetinmek ise bu nitelikte bir açıklama olmaktan uzaktır. AİHM'nin belirlediği standartlar alt eşik olmakla birlikte, ulusal hukuk düzenlerinde bunların üzerine çıkılması gerekirken daha ileride olan ulusal standartların AİHS düzeyine "çekilmesi" kabul edilemez. Anayasanın 90. maddesinde yapılan 2004 değişikliğinin ardında yatan nedenin, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde –özellikle de AİHS'de- öngörülen insan haklarının korunmasına ilişkin standartların ulusal hukuk düzenimizin üzerinde olduğunun varsayılmasıydı. Ne yazık ki büyük oranda doğru olan bu yargı, –yukarıda aktarılan itirazların doğru olduğu varsayıldığında- tutukluluk süresinin hesaplanmasında temyizde geçen sürenin dikkate alınıp alınmayacağı konusunda değişmektedir. En azından, Ceza Muhakemesi Hukuku'nda sanık, tutuklama, tutuklu, hüküm ve hükümlü kavramlarına yasada ve/veya öğretide verilen anlamların hepsinde kesinleşmiş yargı kararını dikkate alma ortak noktası düşünüldüğünde, bunun neden yüksek yargı kararlarına yansıtılmadığı en azından doyurucu bir açıklamayı hak etmektedir.

## VI. Sonuç

*Hebat Aslan ve Firas Aslan*'ın Anayasa Mahkemesi'ne ve daha sonra AİHM'ye yaptıkları başvurular birlikte incelendiğinde, özgürlük ve güvenlik

56 90. maddenin son cümlesine göre "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

57 Bu konuda bkz. Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 304.

hakının çeşitli unsurları konusunda iki mahkeme arasında esaslı bir yaklaşım farkı olmadığı ortaya çıkmaktadır. AİHM, önüne gelen başvuruda Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı değerlendirmeleri, sorunları ele alma tarz ve gerekçelerini, son olarak da başvuranların zararlarını gidermek için hükmettiği tazminatı yerinde ve yeterli bulmuş; farklı gerekçelerle maddenin çeşitli yönlerden ihlal edildiğini tespit etmesine karşın ayrıca bir tazminat ödenmesine gerek görmemiştir. Bu kararda yetkili makamların dikkate alınması gereken en önemli tespit olarak, olayın meydana geldiği dönemdeki şekliyle CMK'nın 141. maddesinin etkin bir hukuk yolu öngörmediği tespitidir.<sup>58</sup> Bunun dışında, AİHM'nin bakış açısından, ihlal iddiasına konu olan olayları tıpkı kendisi gibi değerlendirmeyi tercih eden Anayasa Mahkemesi önünde görülmüş olan başvuru büyük ölçüde sorunsuzdur. Bu nedenle AİHM başvurunun önemli bir bölümünü çeşitli gerekçelerle kabul edilemez bulmuş, ihlal tespit ettiği 5. maddenin 4. fıkrasına ilişkin kararında da aslında Anayasa Mahkemesi'ni teyit etmiştir.

Bireysel başvuruya konu hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasının son inceleme mercii olarak öngörülen Anayasa Mahkemesi'nin sonuçta bir ulusal insan hakları koruma organı olduğu, bireysel başvurunun yeni bir yol olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar ve bunların gerekçeleriyle yasama, yürütme ve yargı organlarına yol gösterme misyonunu da halen üzerinde taşıdığı ve sonuçta AİHS'nin yanında Anayasa ve ulusal mevzuatla da bağlı olduğu düşünüldüğünde, kararlarını ve bunların gerekçelerini yalnızca AİHM odaklı ortaya koyması zaman zaman sorunlara yol açabilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruları karara bağlarken Türkiye'nin kendine özgü koşullarını, sorunlarını ve beklentilerini dikkate alma ve karşılama sorumluluğunun AİHM'ye kıyasla çok daha fazla olduğunun altını çizmek gerekir. AİHS'nin ve AİHM'nin Sözleşmede koruma altına alınan hak ve özgürlüklere ilişkin Avrupa ortak kamu düzenini yansıtan asgari düzeyi belirlediği göz önünde bulundurulduğunda, bu düzey Sözleşmeye taraf ülkeler için üst sınır değil, tam tersine bir alt sınırdır. Kaldı ki AİHM'nin, pek çok hak ve özgürlüğün korunma tarz ve yöntemi konusunda devletlere önemli bir takdir marjı tanıdığı da bilinmektedir. Öte yandan, AİHM'nin Sözleşmede korunan hak ve özgürlüklere ilişkin yorumlarının ve gerekçelerinin sorgulanamaz olmadıkları; özellikle ulusal

---

58 Hebat Aslan and Firas Aslan v. Turkey, para. 93-94.

hukuk düzeninin Sözleşmeye göre daha etkili koruma sağladığı durumlarda hatırdan tutulmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin de, önüne gelen başvuruları değerlendirirken Sözleşmeye aykırı olmamak koşuluyla serbest bir hareket alanı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu hareket alanını kullanmadığı söylenemez; aksine tutuklu milletvekillerine ilişkin verdikleri kararlarda olduğu gibi özgürlük ve güvenlik hakkına yeni açılımlar getirdikleri kararlar da bulunmaktadır. Ne var ki, AİHS ile tümüyle uyumlu görünen kararlarında bile aslında kamuoyunun, hukuk uygulayıcılarının ve öğretinin yanıt bekleyen önemli sorularına yanıt verilmesi de haklı bir beklentidir. Bu çalışmada, özellikle tutukluluk gerekçeleri ile tutuklulukta makul sürenin belirlenmesi konularında, Anayasa Mahkemesi'nin daha önce AİHM'nin belirlemiş olduğu şablonların dışına çıkmasının yararlı olmanın ötesinde bu hakkın Türkiye'de daha etkili biçimde korunması için gerekli de olduğu; ille de bu şablonlara bağlı kalmıyorsa bunun kendisine yönelen itirazları karşılayacak bir içerikle gerekçelendirilmesi gerektiği savunulmuştur. Bunun gerçekleştirilmesi durumunda, 53. kuruluş yıldönümünü kutlayan Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşık 2,5 yıldır üstlendiği Türkiye'de temel hak ve özgürlüklerin korunması işlevine gelecekte çok daha fazla katkı sağlayacağı rahatlıkla söylenebilir.