

BİREYSEL BAŞVURUDA İKİNCİLLİK İLKESİ VE DENETİM YETKİSİNİN SINIRLARI SORUNU

THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN INDIVIDUAL APPLICATION AND THE QUESTION OF LIMITS OF REVIEW

Hasan Tahsin GÖKCAN*

Özet: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde tanınan temel hakların güvence altına alınması konusunda birincil yetki, ilgili devletin idari ve yargısal mercilerine aittir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile iç hukukta bireysel başvuru tanınan ülkeler bakımından Anayasa Mahkemeleri, bu konuda ikincil olarak yetkilidirler. Bireysel başvuru denetimi, ilgili devletin kesinleşmiş mahkeme kararları/gerekçeleri üzerinden yapılmaktadır. Bireysel başvurunun amacı, kamu gücünün kullanımına bağlı olarak bir temel hakkın ihlal edildiğine ilişkin iddiayı Sözleşme/Anayasa bağlamında incelemek ve varsa ihlal tespitini yaparak mağduriyeti gidermektir. AİHM veya AYM tarafından yapılan bu denetimde, birincil yetkili mercilerin değerlendirme yetkileri dikkate alınmaktadır. Bu nedenle AİHM tarafından içtihatlarla ikincillik ilkesi ve takdir marjı doktrini ortaya konulmuştur. Bununla birlikte, ortak bir Avrupa kamu düzenine ulaşma ve bireysel başvurunun etkili bir yol olabilmesi amaçları, denetimin de etkin kullanılmasını gerekli kılmaktadır. Makalenin amacı, AİHM ve AYM kararları çerçevesinde bireysel başvuruda denetimin sınırlarını belirlemeye çalışmaktır. Bu doğrultuda kararlardan verilen örnekler, Sözleşme standardını sağlamayı gerektiren hallerde denetimin kapsamının son derece geniş olduğunu göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru Yolu, İkincillik İlkesi, Takdir Alanı Doktrini, Yerindelik Denetimi, Dördüncü Derece Yargı Yeri Doktrini, Kanun Yolu Denetimi Yasağı

Abstract: The mandate to protect the fundamental human rights enshrined in the European Convention of Human Rights (ECTHR) is primarily belong the judicial and administrative bodies of a member state. The ECTHR and constitutional courts of jurisdictions which recognize individual complaint remedy hold a secondary power in this respect. Individual complaint remedy is exercised, in principle, upon the final judgments of courts of member states. In the review exercised by ECTHR and the Turkish Constitutional Court

* Anayasa Mahkemesi Üyesi, hasan.tahsin.gokcan@anayasa.gov.tr

(TCC), the margin of appreciation of the authorities having primary power is taken into consideration. Accordingly, the ECtHR settled the principle of subsidiarity and the margin of appreciation through its case-law. However, the purpose of the Convention to reach a democratic public order in Europe and to establish an effective individual complaint mechanism require a meaningful and efficient exercise of individual remedy. This study attempts to determine the limits of review in individual application in light of ECtHR and TCC case-law. The examples provided in this respect reveal that the scope of review in cases in which the Convention standards are at stake is quite broad.

Keywords: Individual Application Remedy, Subsidiarity Principle, The doctrine of Margin of Appreciation, Substantive Review, Fourth Instance Doktrin, the Principle of Non-Appellate Review

I. GİRİŞ

A. Genel Olarak Bireysel Başvuru Yolu

Bireysel başvuru, temel hakları ihlal edilenlerin başvurabilecekleri istisnai ve usuli bir *dava yolu ve anayasal denetim* vasıtasıdır.¹ Fakat bu özel yargı yolu, iç hukuk düzenlerinde tanınmış olan esasa ilişkin davalardan ve bunların denetimini öngören olağan veya olağanüstü kanun yollarından ayrı ve onlardan bağımsızdır.

Türkiye bireysel başvuruyu, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuru yetkisini kabul ettiği 28 Ocak 1987 tarihinde tanıdı. Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın yargı yetkisi ise 22 Ocak 1990'da tanındı.

Bireysel başvuru yolu kimi ülkelerde, bizde olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS-Sözleşme) vedolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin yargı yetkisi kapsamında kabul

¹ Bireysel başvuru veya karşılaştırmalı hukuktaki adıyla anayasa şikâyeti kavramı doktrinde, "temel hak ihlallerini gidermeye yönelik hukuki çare" (bkz; Ece Göztepe, Ece, Anayasa Şikâyeti, AÜHF Yayınları, Ankara 1998, s. 20; Ergin Ergül, Anayasa Mahkemesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara 2012, s. 6) veya "temel hakların yargısal yoldan geçerli kılınması için tanınmış özel bir hukuksal koruma aracı" (bkz; Zaffer Gören, "Bireysel Başvuru Türk Anayasa Yargısında", Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Ankara 2012, s. 646) veya "anayasal hak ihlali, olağan hukuk yolları tüketildikten sonra dava edilmesi imkânı tanıyan usuli bir haktır" şeklinde (Tolga Şirin, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti, İstanbul 2013, s. 11) ya da "ikincil karakterli ve yardımcı nitelikli bir dava türü" (Koroğlu Kaya, Cezai Konularda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, 2. B. Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 38 olarak da adlandırılmaktadır.

edilmiş, kiminde ise (Örn: Federal Almanya uygulaması)²Sözleşmeden önce iç hukukta tanınan anayasal şikâyet olarak ortaya çıkmıştır.

Bireysel başvuru bir yönüyle bireysel mağduriyetleri gidermekte iken, diğer yönüyle temel hak ve özgürlükleri koruyup geliştirmektedir.³ Ayrıca anayasa yargısı yoluyla kamu gücü işlem ve eylemleri denetlenmekte, hukukun üstünlüğü ilkesi ve hukuk düzeni korunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ninyargısal organlarının yetkisini kullanmaya başlaması ile uluslararası yargı yetkisine sahip bir mahkeme ile ulusal düzeyde yargılama yapan mahkemeler arasındaki yetki çatışmasının nasıl çözümleneceği sorunu ortaya çıkmıştır. Bu sorunun çözümü amacıyla ilk olarak, Sözleşmenin 35. maddesinde bireysel başvuru yapılabilmesi için "iç hukuk yollarının tüketilmesi" şartı öngörülmüştür. Böylece başvuranın iddiaları, Sözleşmedeki güvenceleri ülkesinde gerçekleştirmekle yükümlü olan devletlerin ulusal yargı organlarında tartışılmış olacak ve mağduriyet sürmekteyse, ancak bundan sonra Strazburg'a başvurulabilecektir.

Fakat bu düzenleme, Sözleşmedeki güvenceleri denetlemeye çalışan AİHM ile ulusal hukuk kurallarının yorumu ve uygulanması üzerinde yetkiye sahip olan ulusal hâkimin yetkisinin çatışmasına engel oluşturmamıştır.

AİHM çalışmalarının ilk onlu yıllarında kesişen yetki alanlarıyla ilgili sorunları çözmeye çalışmıştır. Metninde bulunmamakla birlikte, Sözleşmenin amacından hareketle "ikincilik ilkesi"⁴ ve bununla bağlantılı olarak 'takter alanı doktrini'ni, yine bu ilkelerin sonucu olarak 'dördüncü derece yargı yeri doktrini'ni geliştirmiştir.

² Almanya'da anayasa şikâyetinin başlangıcı Sözleşmenin yürürlüğünden de önce; 7 Eylül 1951 tarihidir; Ece Göztepe, İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir, İstanbul 2017, s. 100; Gören, 2013, s. 9.

AİHS ise onuncu üye devletin onayıyla 3 Eylül 1952'de yürürlüğe girmiş; A. İnsan Hakları Komisyonu'nun ilk üyeleri 18 Mayıs 1954'te ve A. İnsan Hakları Divanı'nın üyeleri de 21 Ocak 1959'da seçilmiştir.

³ Göztepe, Anayasa Şikâyeti, s. 17.

⁴ Bu ilke uyarınca, iç hukuktaki mümkün kanun yolları (itiraz, istinaf, temyiz, karar düzeltme) tüketildikten sonra bireysel başvuruda bulunulmalıdır; Cabir Aliyev, Anayasa Şikâyeti, Beta Basın Yayın, İstanbul 2010, s. 22. Henüz yürürlüğe girmeyen Ek 15. Protokol ile ikincilik ilkesi ve takter alanı doktrini de normatif bir temele kavuşacaktır.

Makalenin kapsamı, Sözleşmenin uygulanması nedeniyle AİHM ve Anayasa Mahkemesi (AYM) ile hukuk doktrini ve Türk yargı mercileri arasında ortaya çıkan hukuki tartışmalar⁵ etrafında denetim alanının belirlenmesi ve yetki sorunu ile sınırlıdır.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Devletlerin Yükümlülükleri

AİHM'e göre Sözleşme, imzacı tarafların çıkarlarını temsil eden klasik tipte bir mukavele/sözleşme olmayıp, konusu ve amacı gereği taraf devletlere normatif mükellefiyetler yükleyen "yasa sözleşme" (traite normatif - law making treaty) niteliğindedir. Yine bu özelliği gereği Sözleşmenin, insan hakları temelinde Avrupa kamu düzenini oluşturan anayasal belge niteliğinden söz edilmektedir.⁶ Üye devletler Sözleşmeye uygun hukuki düzenleme yapma ve AİHM içti-hatlarına uyulması⁷ yükümlülüğü altındadır.⁸

AİHM, Sözleşmenin ulusal hukuk üzerindeki etkisi açısından, ulusal hukuktaki kanun veya daha alt düzeydeki kurallar ile anayasa

⁵ Nitekim bireysel başvurunun yasalasma sürecinde ve daha sonra da AYM'nin ilk kararlarını vermeye başladığı tarihlerde doktrinde, yüksek mahkemeler ile AYM arasında yetki tartışmalarının artarak sürebileceği öngörüsünde bulunulmuştur; Fazıl Sağlam, "Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması İle İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları", *Anayasa Yargısı İncelemeleri I*, AYM Yayınları, Ankara 2006, s. 96; Korkut Kanadoğlu, "Bireysel Başvuruda Mahkeme Kararlarının Denetiminin Kapsamı", *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2013, S. 9-117, (s.24-27), s. 20.

⁶ Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, AİHS ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 10. B. Ankara 2013, s. 15.

⁷ Sözleşmenin 1. maddesi ile Sözleşmedeki temel hakların tüm akit devletler tarafından güvence altına alınması yönünde getirilen yükümlülük, "Sözleşmenin mutlak üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi"ne dayandırılmaktadır; bkz. Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, Ankara 2005, s. 220. Ayrıca Sözleşmenin 46. maddesi uyarınca sözleşmeciler, bütün davalarda AİHM'nin verdiği kesin kararlara uymayı taahhüt etmişlerdir.

⁸ Devletlerin yükümlülüğü, Sözleşmedeki hakları güvence altına almak noktasındadır. Bu güvence; Sözleşmenin iç hukukun bir parçası haline getirilmesi veya bu yapılmaksızın iç hukukun Sözleşme standartlarına uygun biçimde düzenlenmesi yollarından biriyle gerçekleştirilebilir; Harris, D.J./O'Boyle, M./Bates, E.P/Buckley, C.M, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Avrupa Konseyi Yy. Şen Matbaa, Ankara 2013, s. 25. Ayrıca bkz. Varga ve diğ./Hungary, B. No: 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 ve 64586/13, 10.03.2015, par. 94. Türkiye'de ise Anayasa'nın 90/son maddesi uyarınca usulünce onaylanıp yürürlüğe giren Sözleşme hükümleri doğrudan iç hukukun parçası olmakta ve mahkemeler de bu hükümleri doğrudan uygulanabilir bulmaktadır; bkz. dipnot 16'daki kararlar.

hükümleri arasında bir fark bulunmadığını, iç hukukun tümüyle Sözleşmenin denetimine tabi olduğunu belirtmektedir.⁹ Bu niteliği gereği Sözleşme hükümleri iç hukuk kuralıyla (kanunla) değiştirilemez.¹⁰

Sözleşmenin Dibacesinde amaç; “*insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması, geliştirilmesi, özgürlüklere saygılı ve hukukun üstünlüğüne dayalı gerçekten demokratik bir siyasal rejimin kurulması*” olarak belirtilmiştir. Bu amaçtan hareketle AİHM Sözleşme hükümlerinin, “bu korumayı somut ve gerçek kılacak tarzda yorumlanıp uygulanması”¹¹ ve Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin yorumunun da “demokratik bir toplumun ideal ve değerlerini koruyup gerçekleştirme amacıyla bağdaşır” olması gerektiğini ifade etmektedir.¹²

Sözleşme, 1. maddesinde belirtildiği üzere akit devletlerin yetki alanında bulunan herkese (vatandaş-yabancı ayrımı yapılmaksızın) uygulanacaktır. Yabancılar yönünden karşılıklılık esası Sözleşme bakımından geçerli değildir.¹³

Sözleşme, bireysel başvuru yoluyla bireyi uluslararası hukukun süjesi ve hak sahibi yapmıştır. AİHM de Sözleşmenin denetimini üstlenen uluslararası yargı organıdır. Sözleşme hükümlerinin yorumlanması ve ilgili uyumsuzlukları karara bağlama konusunda AİHM nihai yargı organıdır.

Anayasanın 90/son maddesi uyarınca kanun hükmünde görülmele, Sözleşme iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Sözleşmenin iç hukuktaki yeri konusunda farklı görüşler olsa dahi, kanun niteliğinde olduğu tartışmasızdır.¹⁴ Anayasa Mahkemesi norm denetiminde Sözleşme hükümlerini Anayasa düzeyinde görmemekte, fakat destek norm olarak kabul etmektedir.¹⁵ Doktrinde de belirtildiği

⁹ Gitonas ve diğ./Yunanistan, B. No:18747/91; 19376/92 ; 19379/92, 1 Temmuz 1997; T.B.Komünist Partisi (TBKP)/Türkiye, B. No: 19392/92, 30.1.1998, par. 30.

¹⁰ Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, 2.B. Ankara 2004, s. 69.

¹¹ AİHM Artiko/İtalya, 13.5.1980, A. 37, par. 33; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 140.

¹² Soering/İngiltere, 7.7.1989, A 161, par. 87, 102; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 140.

¹³ Ünal, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Yy. Ankara (tarihsiz) no 89, s. 70.

¹⁴ Tezcan/Erdem/Sancakdar, 2004, s. 123.

¹⁵ Örneğin, TCK'nun 226. maddesindeki “doğal olmayan yol” teriminin iptali istemini incelerken AYM, demokratik toplumda geçerli genel ahlak kavramının tahlilinde AİHS ve uygulamasıyla ilgili AİHM kararlarına destek norm olarak başvurmuştur; 2014/118 -2015/35, 1.4.2015, RG. 18.4.2015 -29330.

gibi Anayasanın anılan düzenlemesi karşısında, kanun-Sözleşme arasındaki normlar çatışmasında Sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.¹⁶ Belirtilen norm çatışmasında anayasada öngörülen çözüm yöntemi Yargıtay ve Danıştay tarafından da uygulanmaktadır.¹⁷

Mahkeme, Sözleşmede tanınan hakların gerçek anlamda bir güvence teşkil edebilmesi için, *hakların etkili korunması* gerektiğini belirtmektedir. Bunun yolu da Sözleşme hükümlerinin bu etkinliği sağlayabilecek bir yaklaşımla yorumlanmasından geçmektedir.¹⁸

Temel hakların etkili biçimde korunmasını öngören Sözleşme kuralının (Söz. m. 13) ve amaca uygun yorum ilkesinin AYM'nin bireysel başvuru denetiminde de gözönünde bulundurulması gerekmektedir.

Diğer taraftan Sözleşme hükümlerinin yorumlanması bakımından AİHM'nin konumuna benzer biçimde AYM de gerek genel anayasa yargısı işlevi ve gerekse bireysel başvuru yetkisi yönünden temel hakları ve anayasa hükümlerini yorumlama noktasında en üst yargı organıdır.

II. AİHM VE AYM İÇTİHATLARINDA TAKDİR ALANI TEORİSİ VE KANUN YOLU DENETİMİ YASAĞI

A. Sözleşmeye Hâkim Olan İlkeler

1. Ölçülülük İlkesi

Sözleşmedeki hakların sınırlanabildiği durumlarda, hakka yönelik müdahalenin meşru amaca uygun ve "ölçülü" olması zorunludur.

¹⁶ Kanun-Sözleşme çatışmasında Sözleşmenin uygulanması gerektiği hakkında bkz.; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 21; Zafer, "Hamide, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuzdaki Yeri", *EÜHFD.*, Prof.Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, Kayseri 2013, s. 125.

¹⁷ Danıştay 7.12.1989 tarihli ve 6/4 sayılı İBK'da AİHM'nin anayasaya aykırılığının ileri sürülebilmesi ve yasanın Sözleşmeyi değiştirememesi nedeniyle yasalar üstü vasıfta olduğunu kabul etmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise Anayasanın 90/son maddesi uyarınca usulünce yürürlüğe giren uluslararası sözleşmelerin kanun gücünde ve iç hukukla çatışma halinde normlar hiyerarşisi yönünden uygulama önceliğini haiz olduğunu kabul etmiştir; HGK'nun 09.12.2015 gün ve 2015/10 - 1824 E., 2015/2903 K ve aynı yönde ; HGK 18.1.2017, 2016/10-2186 E.- 2017/33. Kadının soyadıyla ilgili olarak aynı yöndeki karar için bkz. HGK 30.9.2015, 014/2-889 - 2015/2011

¹⁸ "Sözleşme, hakları teorik veya soyut olarak değil, fakat pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı açıklamıştır."; Artico/İtalya, 1980, par. 33; Airey/İrlanda, 1979; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 15.

Ölçülülük, iki farklı menfaat arasındaki dengeyi ifade etmektedir. Bir temel hakka müdahale yapılırken “kamuya ait genel yarar ile bireye ait yarar arasında adil bir dengenin kurulması” (ölçülü müdahale)¹⁹ devlete yönelik pozitif bir mükellefiyettir.²⁰Somut olayda ölçülülük örneğin, örgütlenme özgürlüğü bakımından “demokratik bir toplumda gereklilik”²¹; mülkiyet hakkı yönünden ise “gereklilik” derecesinde aranacaktır.²²

AIHM ölçülülük kriterini ilgili hakka ilişkin zımnî sınırlamalar yönünden de uygulamaktadır.²³ Örneğin ayrımcılık yasağına dair 14. madde bakımından da ölçülülük ilkesi uygulanmıştır.²⁴ Yine, olağanüstü hallerde Sözleşmenin 15. maddesi gereği alınan tedbirlerin “durumun gerektirdiği ölçüde” olup olmadığı denetlenirken ölçülülük ilkesine başvurulmaktadır.²⁵ Fakat içinde bir sınırlama nedeni içermeyen işkence ve kötü muamele yasağı (Söz. m. 3) bakımından ölçülülük ilkesi kural olarak uygulanmamaktadır.²⁶

2. İkincillik İlkesi

AIHM'nin içtihatla geliştirdiği *ikincillik ilkesi* (*subsidiarity principle*) gereği, Sözleşmedeki hakların tanınıp, ihlallerin önlenmesi ve mağduriyetin giderilmesinde birincil/asıl yetki, taraf devletlerin iç hukuklarındaki ilgili idari ve adli makamlara aittir.²⁷ Sözleşme makamları ve AIHM ise bu konuda tamamlayıcı (complementarity) bir yetkiye sahiptir:

¹⁹ Fayed/İngiltere, 21.9.1994, A 294, par. 71; Sporrang ve Lönnrot/İsveç, 23.9.1982, A. 52, par. 69-73; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 145.

²⁰ Rees/İngiltere, 17.10.1986, A 106, par. 36, 37; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 146.

²¹ Anayasanın 13. maddesinde de yer alan demokratik toplum düzeni kavramı için bkz. Arslan, Anayasa Teorisi, s. 156 vd.

²² Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 146.

²³ Rees/İngiltere, 1986, A 106, par.37; PC ve Gaskin/İngiltere, 1989, A 160, par. 49; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley,2013, s. 11.

²⁴ Ayrımcılığın kabul edilebilmesi için başvuruyla amaç arasında orantılılığın olmaması gerekmektedir; Belçika Dil Davası, 1968; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 11.

²⁵ Lawless/İrlanda, 1961, A 3 ve İrlanda/Birleşik Krallık, 1978, A 25, kararlarında açıkça yazılmasa da ölçülülük ilkesine dayanıldığı belirtilmektedir; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 11.

²⁶ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 11.

²⁷ Belirtelim ki 15. Protokol yürürlüğe girdiği takdirde bu ilke Sözleşme kuralı haline gelecektir.

“Sözleşme ile ihdas edilen koruma mekanizması, insan haklarının korunması konusundaki ulusal sistemlere nazaran ikincil niteliktedir. ... Sözleşme, içerdiği hak ve özgürlüklerin kullanımını sağlama sorumluluğunu ilkin sözleşen devletlere bırakmıştır. Sözleşme kurumları da bu göreve kendi yönlerinden, ... fakat iç başvuru yollarının tüketilmesinden sonra katılmaktadır.”²⁸

Taraf devletlerin akdi yükümlülüklerine karşın iç hukukta bir hak ihlali nedeniyle oluşan mağduriyet giderilememişse, görev ikincil yetkiye sahip bireysel başvuru yolu makamına geçmektedir. Bu nedenle bireysel başvuru için iç hukuktaki başvuru yollarının tüketilmesi aranmaktadır. İç hukukta mağduriyeti giderecek bir yolun bulunmaması veya mağduriyeti gidermek için etkili olmaması durumunda AİHM’e doğrudan başvurulabilmektedir. İç hukukta başvuru yolu olmakla birlikte mağduriyet giderilememişse, AİHM tamamlayıcılık rolünü üstlenmek zorunda kalmaktadır.

İç hukuk yollarının tüketilmesi, ikincilik ilkesinin “usuli” boyutunu oluşturmaktadır. Sözleşmenin tanıdığı takdir marjı çerçevesinde iç hukukun düzenlenmesi (yasama) ile bu hukukun yorumlanması (idari ve yargısal işlem ve kararlar) ise “esasa ilişkin ikincillik” boyutunu oluşturmaktadır.²⁹ Bu noktada takdir alanı doktrini gereği, ölçülülük ilkesinin olaya uygulanmasında iç hukukun (ve ulusal hâkimin) takdir marjı gözetilmektedir. Fakat takdir marjının da istisnaları bulunmaktadır.

AİHM’in ulusal mahkemelerin kararlarını iptal etme, değiştirme veya düzeltme gibi bir yetkisi bulunmamaktadır.³⁰ Bunlar iç hukuktan kaynaklanan olağan veya olağanüstü dava ve kanun yollarına ilişkin *derece mahkemelerine* (uyuşmazlığı çözmekle görevli mahkeme ile kanun yolu denetimi yapan mahkemelere) ait yetkililerdir. Yine AİHM bireysel başvuruda, mahkemelerin kararının iç hukuka uygunluğunu ve yerindeliliğini ya da sonucu itibarıyla adil olup olmadığını kural olarak incelememektedir.³¹ Fakat AİHM, Sözleşme ile tanınan bir hakkın ihlal edildiğini tespit ettiğinde, devam eden mağduriyeti gidermeye

²⁸ Handyside/İngiltere, 7.12.1976, A 24, par. 48; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 147.

²⁹ Seçkin Erel, “Bireysel Başvuruda AYM’nin Denetim Sınırları” Sunum Notları (Ankara Swisotel 2-3 Mart 2017).

³⁰ Mehmet Öncü, “AİHM’de Usul İncelemesi ve Dördüncü Derece Türünden Şikâyetler”, *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, (s. 371-409), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2012, s. 399.

³¹ bkz. Ümmühan Kaplan / Türkiye, B. No: 24240/07, 20/03/2012.

yönelik olarak, gerektiğinde yetkili makamlara mağduriyeti giderme yolu da öneren bir karar oluşturmakla yükümlüdür.

Diğer taraftan ikincillik ilkesi gereği derece mahkemelerinde ileri sürülmeyen hak ihlali (örn. tanık dinletme veya sorgulatma imkanının tanınmadığı gibi) iddiaların bireysel başvuruda da ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir. İkincillik ilkesinin gereği olan bu sonuç da bireysel başvuruyu kanun yolundan ayıran bir unsur niteliğindedir.

İkincillik ilkesi, AYM'ne bireysel başvuru bakımından da geçerlidir. Bu ilkeye uygun olarak bireysel başvuru için olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunlu görülmüştür. Doktrinde ifade edildiği üzere aslında ikincillik ilkesi, uyuşmazlıklara uygulanan hukukun yorumunda anayasal değerlendirmeyi zorunlu kıldığı ve anayasal odaklı yorumu temin etmesi dolayısıyla temel hakların korunmasında olumlu bir rol oynamaktadır.³²

4. Takdir alanı doktrini

Takdir alanı doktrini (margin of appreciation) de ikincillik ilkesiyle bağlantılı olarak içtihatla kabul edilmiştir.³³ İkincillik ilkesi gereği ulusal makamın Sözleşmenin uygulanmasında asıl yetkili ve ulusal sorunu daha iyi değerlendirme avantajı olduğunun kabul edilmesi, ulusal makamların takdir alanı olduğu sonucunu doğurmaktadır.³⁴ Bu sonuç, Sözleşmenin *tamamlayıcılık* fonksiyonunu yansıtmaktadır.³⁵

³² Bertil Emrah Oder, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda İlk Evre, Sınırlar, Sorunlar ve Yeni İçtihat, *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2013, S. 9-117, (s. 14-19), s. 15.

³³ Doktrinde bazı yazarlar takdir alanı doktrini üzerinden konuyu inceleyip, ikincillik ilkesini bu doktrin içerisinde görmektedirler; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 146 vd.; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 12-14. Buna karşın, AİHM'nin kimi kararlarında konu ikincillik ilkesiyle birlikte açıklanmaktadır; bkz. Handyside/Birleşik Krallık, 7.12.19176, par. 48-49; Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Beta Yayınevi, C.I, İstanbul 2002, s. 170.

³⁴ Düşüncemize göre takdir alanı doktrininin en önemli dayanağı ikincillik ilkesi ve devletlerin egemenlik yetkilerine saygı ilkesi ile Sözleşme hükümlerinin "yerel gereklilikler dikkate alınarak uygulanacağına" ilişkin Sözleşmenin 56/3. maddesi hükmüdür.

Ancak bu doktrininin ortaya çıkış nedenleri için ayrıca; demokrasi ilkesi gereği kendi kendini sınırlama ilkesi, Sözleşme sisteminin devamını sağlama ihtiyacı, Sözleşme hükümlerinin gelişimini sağlama ihtiyacı ve ortak Avrupa konsensüsünün olmadığı durumda kültürel göreceliğe imkân tanıma ihtiyacı da dayanak olarak gösterilmektedir; Tolga Şirin, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C.2, S.4, 2013, (Kısaltma: "Takdir Marjı Doktrini") s. 379 vd.

³⁵ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 14.

Sözleşme devletlerin takdir alanı ilk olarak hukuk düzenlemelerini oluşturma konusunda, ikinci olarak da hukukun yorumlanıp uygulanması ve özellikle müdahalenin gerekli ve ölçülü olup olmadığı değerlendirilmesi noktasındadır. Fakat Sözleşmenin 15. maddesinde sözü edilen mutlak haklar bakımından takdir alanı kural olarak kabul edilmemektedir.³⁶

Bu doktrin özellikle ölçülülük ilkesinin açıkça öngörüldüğü Sözleşmenin 8 ila 11. maddeleri ile 14, 15 ve ek Protokol madde 1 gibi hükümler bakımından uygulanmaktadır. Fakat uygulama bunlarla sınırlı olmayıp, Sözleşmenin tümüne egemen bir ilke olarak devletin pozitif yükümlülükleri de dâhil olmak üzere tüm hükümlerde uygulanmıştır. Bu anlamda örneğin; 2. maddede güce başvurmada gereklilik; 4. maddede zorla çalıştırmanın şekli ve 5 ve 6. maddelerde makul süre ile hâkim önüne sevk, 7. maddede evlenme hakkına getirilen sınırlamalar gibi konularda uygulanabilmiştir.³⁷

Takdir alanı teorisi gereği, ulusal makamlara tanınan takdir marjı ile somut davalar özelinde ülke şartlarının gözönünde tutulması sağlanmış olur. Buna karşın ortak bir demokratik siyasal ve toplumsal düzeni oluşturma amacı çerçevesinde, takdir marjı sınırlarının Sözleşme ile bağdaşmaz derecede aşıp aşılmadığının denetlenmesi de gerekmektedir.³⁸

AİHM bir taraftan takdir alanının varlığını kabul ederken, diğer yandan da Sözleşme standardını oluşturma adına bu alanın denetimini yapmaktadır. Örneğin bu ilkenin zikredildiği ilk kararda bir taraftan *"İfade özgürlüğünü kısıtlayıcı müeyyidenin ulusal koşullarda gerekli (toplumsal bir ihtiyacın zorlaması) mahiyette olup olmadığı kararını vermenin öncelikle ulusal makamlara ait olduğu"*(par. 48) belirtilmekteken, diğer yandan ise *"10/2. madde ile devletlere sınırsız bir takdir yetkisi tanınmış da değildir ... Mahkeme (AİHM), kısıtlama ya da müeyyidenin 10. madde ile koruma altına alınan ifade özgürlüğü ile bağdaşır bağdaşmadığı hakkında kesin ve nihai olarak karar verme yetkisine sahiptir. Böylece, ulusal takdir marjı,*

³⁶ Bir görüşe göre bunun nedeni, 2. madde yönünden mutlak gereklilik ibaresinin kullanılması, 3. madde yönünden ise herhangi bir istisna öngörülmemesidir; Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 370.

³⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 149.

³⁸ AİHM'nin Sözleşme kapsamında yaptığı bu denetimin, bir nevi federal bir anayasa mahkemesinin denetim işlevine benzediğine dair yorum için bkz.;Harris/O'Boyle/Bates/Buckley,2013, s. 14.

Avrupa denetimiyle birlikte ve onunla paralel olarak işlemektedir. Bu denetim, hem alınan tedbirin amacına, hem de gerekliliğine yöneliktir."³⁹ ifadeleriyle iki yetkiyi dengelemektedir.

Ulusal makamlara tanınan takdir marjı konusuna göre değişebilmektedir. Olağanüstü hal tedbirleri (Söz. m.15) yönünden genel tehlikenin varlığı veya ulusal güvenlikle ilgili konularda⁴⁰ ya da genel ahlakın korunması⁴¹ ile sosyal ve ekonomik politikaların uygulanmasında yerel organların takdir marjı geniş tutulabilmektedir.⁴² Ayrıca, Sözleşmedeki hakların yarıştığı veya menfaatlerin dengelenmesinin gerektiği durumlarda geniş kabul edilmektedir.

Takdir alanının bulunması denetimi ortadan kaldırmamaktadır. AİHMçoğu kez devletlerin ve ulusal makamların takdir alanının bulunduğu konularda dahi Sözleşme denetimini yapması gerektiğini ifade etmektedir.⁴³ Aşağıda istisnalara değinilirken bu tür örnekler görülecektir.

Diğer taraftan cinsel davranışlar, cinsel ayrımcılık, kişisel veriler, avukat ile müvekkil arasındaki yazışmaların gizliliği gibi bireyin kim-

³⁹ Handyside/İngiltere, 7.12.1976, A 24, par. 48, 49; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 147- 148.

⁴⁰ İlgili kararlar sırasıyla; Brannigan ve McBride /İngiltere, 1993, A 258-B, par. 43; Leander/İsveç, 1987, A 116, par. 67; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 13.

⁴¹ AİHM bir kararında 10/2. maddedeki "ahlak" kavramına dayalı sınırlamayı inceleyen, Avrupa düzeyinde geçerli tek bir ahlak anlayışını kabul etmenin doğru olmadığına işaret ederek, bu konuda sözleşmeciler devletlerin takdir alanına sahip olduklarına belirtmekte, fakat Mahkemenin görevinin ulusal mahkemelerin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararları iç hukuka ilişkin argümanları da gözetenek denetlemek olduğunu ifade etmektedir; Handyside/Birleşik Krallık, 7.12.1976, par. 48, 50; Doğru, 2002, s. 170, 171.

⁴² Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 13.

⁴³ Örneğin Dudgeon başvurusunda, Kuzey İrlanda'da geçerli ahlaka aykırı cinsel davranışları cezalandıran kanun hükümleri gereği hakkında (homoseksüel kimliği nedeniyle) ceza soruşturması yapılan başvuran aleyhine dava açılmamış ise de başvuran özel hayatına yönelik bu müdahale nedeniyle şikâyetçi olmuştur. AİHM, ahlakın gerekleri, müdahalenin gerekliliği ve toplumsal ihtiyaç kavramları konusunda ve hatta çocuk ve gençlerin korunması için gereken yaş belirleme noktasında devletlerin takdir alanı bulunduğu, fakat gösterilen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı konusunda nihai değerlendirmeyi yapmanın AİHM'in görevi olduğuna işaret ettikten (par.58) sonra, yetişkin bir kişinin özel hayatının en mahrem alanıyla ilgili olan cinsel davranışlarının ceza yaptırımına tabi tutulmasını öngören kanun hükmünün demokratik bir toplumda meşru bir zorunluluk olarak görülemeyeceğini belirterek 8.maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir; Dudgeon/Birleşik Krallık, 7525/76, 22.10.1981, par. 52, 58-62; Doğru, 2002, s. 423-425.

liğine veya var oluşuna yönelik haklar söz konusu olduğunda takdir marjı**dar tutulmaktadır**.⁴⁴ Yine, evrensel bir standart haline gelen ‘demokratik toplum gerekleri’ gibi kavramlar konusunda da takdir alanı daraltılmıştır.⁴⁵

Takdir marjını**ndar kabul edildiği** konularda AİHM, denetimini daha sıkı koşullarda gerçekleştirmektedir.

Takdir alanı doktrininin bireysel başvurunun sonucu üzerindeki etkisine de değinilmelidir. AİHM, ulusal makamın takdir alanını ne şekilde kullandığını denetlemekte ve bu kullanım şeklinin Sözleşme standardına aykırı düşmediğini tespit ettiğinde ihlal bulunmadığı sonucuna ulaşmaktadır. Bu tür başvurular kabul edilemez görülmemekte, fakat esas incelemesi sonunda iddianın kanıtlanamadığı gerekçeyle ihlal bulunmadığı kararı ile sonuçlanmaktadır.⁴⁶

4. Dördüncü Derece Yargı Yeri Doktrini ve Bu Nedenle Verilen Kabul Edilemezlik Kararları

a. Genel Olarak

AİHM, ‘dördüncü derece yargı yeri doktrini’ kavramını⁴⁷ içtihatla geliştirmiştir. İkincil niteliğini gözardı edip, itiraz, istinaf, temyiz gibi bir kanun yolu derecesinde görerek yapılan bireysel başvurular bu kapsamda değerlendirilmiştir.⁴⁸ AİHM, bireysel başvuruyu yeni bir olağan ya da olağanüstü kanun yolu gibi gören başvuruları *dördüncü derece türünden* şikâyet nitelemesiyle kabul edilemez bulmaktadır.⁴⁹

⁴⁴ Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 14; Şirin, “Takdir Marjı Doktrini”, s. 373. Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 149.

⁴⁶ Bu konuda bir örnek için bkz. Handyside/Birleşik Krallık, 5493/72, 7.12.1976, par. 48, 54 ve 57-60, 67.

⁴⁷ Hukuk sisteminde istinaf öngörülen devletler yönünden bu tür başvurular 4. derece, istinaf öngörülmemeyen devletler yönünden ise 3. derece kanun yolu başvurusu vasfı taşımaktadır.

⁴⁸ Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 204.

⁴⁹ Ancak öncelikle belirtmek gerekir ki, adil yargılanma hakkına ilişkin bir başvurunun konusunun medeni hak ve yükümlülüklerle veya suç isnadıyla ilgili olması gerekir. Bu kapsama girmeyen başvurular öncelikle, Mahkemenin konu bakımından yetkisizliği nedeniyle kabul edilemez bulunur. Mahkemenin konu bakımından yetkisine girdiği halde, dört nedene dayalı olarak “açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik” kararı verilmektedir. Bu nedenler sırasıyla; 1-Şikâyetin kanıtlanamaması, 2-Açık ve bariz bir ihlalin görülmemesi, 3-

Sözü edilen niteleme, bu tür başvurularda bireysel başvurunun iç hukuktaki kanun yolu gibi görülmesinden hareketle '*kanun yolu şikâyeti*' olarak da adlandırılmaktadır:

*"AİHM'in görevi, taraf devletlerin Sözleşmeyle üstlendikleri yükümlülüklerine uygun davranmalarını sağlamaktır. Ulusal mahkemeler tarafından yapılan maddi vakıalara ilişkin hatalar ve hukuki hataları ele almak Mahkemenin görevi değildir. Bu bağlamda AİHM, ulusal mahkemelerin aldığı kararlarla ilgili olarak bir temyiz merci veya dördüncü derece mahkemesi gibi hareket edemez."*⁵⁰

Takdir alanı doktrini ve ikincillik ilkesi gereği, iç hukukta görülen bir davada uygulanacak kanun hükmünün yorumu, delillerin değerlendirilmesi, davaya bağlı bir maddi olgunun kanıtlanması ve sonucun ne şekilde olacağı hususlarında kural olarak ulusal mahkemeler yetkilidir. Yargılama sürecinde mahkemeler hata yapmış da olabilir. AİHM, iç hukuktaki hukuka aykırılıkları düzeltme organı değildir. Bu noktada konu Sözleşmenin 6. maddesine gelmektedir.

AİHM kararlarında, adil yargılanma hakkının uyumsuzluğun esası ve sonucuyla ilgili değil, usule dair bir hak tesis ettiği kabul edilmektedir.⁵¹ Diğer bir anlatımla, Sözleşmenin 6. maddesi yönünden yargılamanın sonucunu ilgilendiren maddi adillik değil, sonuca ulaşırlarken yargılama sürecinde izlenen yöntemin adil olup olmadığı (usuli adillik) konusu güvence içinde görülmektedir.⁵² Milli mahkeme kararındaki hukukun uygulanması veya vakanın tespitine ilişkin hatalar, Sözleşmede tanınan *usuli güvencelerin* üzerinde etkili olmadığı takdir-

Karmaşık ve zorlama şikâyetler, 4- Dördüncü derece türü (kanun Yolu) şikâyetler şeklinde belirtilebilir. Dolayısıyla, dördüncü derece türü şikâyet olmasa dahi bir başvuru, kanıtlanamadığı için de "açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik" kararı ile sonuçlanabilir. Bu nedenle, aslında adil yargılanma hakkının usulüne (örneğin çelişmeli yargılanma hakkı veya aleni yargılanma ilkesine) ilişkin bir başvuru olmakla birlikte, içerik olarak iddialar temelsiz ise, dördüncü derece türü başvuru olarak değil, kanıtlanamamış başvuru olması nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilir.

⁵⁰ Kemmache/Fransa, B. No: 17621/91, 24.11.1994, par. 44; Melnychuk/Ukrayna, B. No: 28743/03, 5.7.2005; Salim Küçük, "Açıkça Dayanaktan Yoksunluk", Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, (Editörler: Hüseyin Turan, Recep Kaplan, s. 187 - 234) AYM Yayınları Ankara 2015, s. 197.

⁵¹ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 204.

⁵² Serdar Güleler, "Mukayeseli İnsan Hakları Hukukunda Temyiz Mercii Şikâyetlerinin İstisnai Bir Alanı Olarak Keyfilik Kriteri", *Bireysel Başvuru İncelemeleri 1*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, (s. 53-87), Ankara 2013, s. 68.

de AİHM tarafından dikkate alınmaz. Ayrıca üzerinde etkili olduğu durumda dahi bunların dikkate alınabilmesi için, başvurunun usuli güvencelerin ihlal edildiği iddiasıyla yapılmış olması gerekir.

Dördüncü derece şikâyet olarak nitelenen başvurular, yargılama usulü, delil değerlendirmesi ve sonucun adilliğine yönelik olduğundan, niteliği gereği adil yargılanma hakkıyla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır.⁵³ Bu tür başvuruların ortak özelliği, adil yargılanma hakkının yanlış algılanmasından kaynaklanmasıdır. Bu teori 6. madde kapsamında geliştirilmekle birlikte, başvurunun iç hukuktaki bir yargılamanın sonucu ile bağlantılı olduğu diğer hak alanlarında da kıyasen uygulanmaktadır.⁵⁴

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru incelemesinde denetimden feragat ile temyiz denetimi yapıyor olma ikilemi karşısında dengeyi Lüth kararında belirlediği esaslar ile sağladığı belirtilmektedir. Belirtilen kararın AİHM içtihatlarından da önceye tekabül ettiği söylenebilir. Mahkeme bu kararında, temel hakların vatandaşların devlete karşı savunma hakları niteliğinde olduğunu ve bireysel başvuruda mahkemelerce verilen kararlardaki hukuki hataların denetlenmeyip, yalnızca onlardaki temel hak ihlallerinin denetlendiğine vurgu yapmıştır.⁵⁵ Mahkeme ayrıca, derece mahkemelerinin hukukun yorumunda anayasadaki ilkeleri gözetmedikleri takdirde temel hak normlarını ihlal etmiş olacaklarını belirtmiştir.⁵⁶ Mahkemenin diğer kararlarında da bireysel başvuruda mahkeme hükümlerinin kanuna uygunluğunun incelenmeyip, yalnızca kanunun yorumu ve uygulamasında anayasa ilkelerinin ihlal edilip edilmediğinin ve özellikle keyfilik yasağının dikkate alınıp alınmadığının denetlendiği ifade

⁵³ Öncü, 2012, s. 400.

⁵⁴ Erel, Sunum Notları. Ancak, yazar kanun yolu şikâyeti nitelemesinin dikkatli yapılması gerektiğine, aksi takdirde bireysel başvurunun işlevini çok daraltacak bir eğilime yol açabileceğine dikkat çekmektedir.

⁵⁵ 15.1.1958 tarihli karar, BVerfGE 7, 198 vd.; Nevhis Deren Yıldırım, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruları Esas Bakımından İncelemesi", *Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan*, MÜHF HAD İstanbul 2013, C.19, S. 2, (Özel Sayı), s. 486, 487. Yazar bu kararda belirlenen esaslarla, basit hukuka aykırılık ile özgül anayasa hukukuna aykırılık kavramlarının da birbirinden ayrılmış olduğuna işaret etmektedir.

⁵⁶ Yıldırım, 2013, s. 488.

edilmiştir.⁵⁷ Ancak denetim yetkisinin öngörülebilirliğini zorlaştıran yönü, bazı kanuna aykırı yorum ve uygulamaların da kimi zaman temel hak ihlali olarak değerlendirilebilmesidir.⁵⁸ Alman Federal AYM bu sorunu, bireysel başvuruyu özgül anayasal aykırılık halleriyle sınırlandırmak suretiyle çözmeye çalışmıştır.⁵⁹

Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru için etkili başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun aranması (Anayasa 148/3; 6216-45/2) nedeniyle ikincillik ilkesinin geçerli olduğunu kabul etmektedir. Anayasadaki temel haklara güvence sağlama hususunda asli yetkili ve görevli olanlar, ilgili idari ve adli mercilerdir. AYM ise bireysel başvuru sırasında temel hakka ilişkin nihai yorum yetkisiyle denetim yapmaktadır. Bu nedenle AYM ikincillik ilkesi uyarınca kural olarak, esas mahkemelerinin vakayı tespitlerine veya hukuku yorum şekline ya da delil değerlendirmesine yönelik bir hukuka uygunluk denetimi yapılamayacağı görüşündedir.⁶⁰ Dolayısıyla, bireysel başvuruda genel olarak sonucun adil olmadığına, suçsuz olduğu halde mahkûm edildiğine, delil değerlendirmesinin veya kanunun uygulanmasının hukuka aykırı yapıldığına yönelik başvurular ikincillik ilkesi (ya da dördüncü derece doktrini) gereği kanun yolu başvurusu vasfında görülerek, Anayasa Mahkemesince açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemez bulunmaktadır.

b. Adil Yargılanma Hakkının Usuli Güvencelerine İlişkin Başvurular

Bireysel başvuruda kural olarak bir mahkeme hükmünün kanuna uygunluğu değil, anayasaya uygunluğu denetlenmektedir. Diğer taraftan kamu gücü müdahalesinin kanuna uygunluğu da denetim konularından biri olmakla birlikte, her kanuna aykırılık değil, anayasal hak ihlaline neden olan aykırılıklar denetim konusu yapılmaktadır.

Adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına dayalı bireysel başvurunun, kanun yolu şikâyeti olduğu gerekçesiyle kabul edilemezliğine karar verilebilmesi için, Sözleşmenin 6. maddesinde güvence al-

⁵⁷ BVerfGE 62, 338, 342 ve 65, 317, 322; Kanadoğlu, 2013, s. 21.

⁵⁸ Bkz. Elfes kararı, BVerfGE 6, 32; Kanadoğlu, 2013, s. 21.

⁵⁹ Yıldırım, 2013, s. 487; Gören, s. 668.

⁶⁰ AYM B. B. No: 2013/1728, 12.11.2014.

tına alınan hak ve ilkelere (usuli güvenceler)⁶¹ yönelik olmadan, doğrudan kanun yolu başvurusu tarzında yapılmış olması gerekir.

Diğer bir anlatımla, 6. maddede güvence altına alınan usuli hakların ihlal edildiği iddiasına dayalı bir başvurunun kanun yolu şikâyeti vasfında olduğu ileri sürülemez. Aksine, bireysel başvurunun konusu tam da bunlardır. Bu anlamda örneğin, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesinin (vb.) ihlal edildiği iddiaları, kanun yolu başvurusu olarak kabul edilemez. Bu tür şikâyetler hakkında temellendirilemesi veya karmaşık olmaları nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilebilir ise de, kanun yolu başvurusu olduğu gerekçesiyle kabul edilemezlik kararına konu yapılamaz.⁶²

Anayasa Mahkemesi yönünden de Anayasanın 36 ve Sözleşmenin 6. maddesinde tanınan usuli yargılama güvencelerine aykırılıkları denetlemek bireysel başvuruya ilişkin görevi kapsamındadır. Fakat bu denetimin yapılabilmesi için, sözü edilen usuli güvencelere başvuru dilekçesinde yer verilmiş olmalıdır. Diğer taraftan başvuruda usuli güvencelerin ihlal edildiği iddialarının bir kavramsal değiniden ibaret kalmaması ve dayanaklarıyla birlikte açıklanması icap eder. Sözgelimi başvuru dilekçesinde gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği ileri sürülmemekteyse, gerekçede neticeyi etkileyen hangi iddiaya cevap verilmediğinin izah edilmesi de gerekir.

AYM'nin Sabahat Tuncel ve Rahmi Özgenç kararları, usuli güvencelere yönelik dayanaklı iddialar içeren başvuruların, kanun yolu şikâyeti kapsamında görülemeyeceğine ilişkin örnek teşkil eder :

"Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında kalan hak ve özgürlüklere müdahale edilmedikçe, derece mahkemelerinin maddi vakaları ve delilleri

⁶¹ Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının usuli güvenceleri şöyle sıralanabilir: Mahkemeye erişim hakkı, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, aleni yargılanma hakkı, aleni karar hakkı, Duruşmada hazır bulunma hakkı, duruşmaya etkili olarak katılma hakkı, silahların eşitliği hakkı, çekişmeli (çelişmeli) yargılanma hakkı, masumiyet karinesinden yararlanma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, gerekçeli karar hakkı, kesin hüküm hakkı. Sözleşmenin 6/3. maddesi kapsamında ceza davalarındaki diğer güvenceler; savunma için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı, hukuki yardım olarak savunma hakkı, adli yardım hakkı, tanık dinletme ve çapraz sorgu hakkı, tercüman hakkı'dır; bkz.Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 237 vd. ve s. 309 vd.

⁶² Öncü, 2012, s. 400.

değerlendirmesi, hukuk kurallarını yorumlaması ve uygulaması ile uyumsuzluğun sonucunun esas yönünden adil olup olmaması Anayasa Mahkemesinde bireysel başvuru incelemesine konu olmayacaktır ... Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, görevi gereği Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında bulunan adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan usule ilişkin güvencelerin asgari standartlarda sağlanıp sağlanmadığını denetlemek zorundadır. Bu durum salt kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapıldığı şeklinde yorumlanamayacağı gibi Anayasa Mahkemesinin, Anayasa ile verilen temel haklardan birinin ihlal edilip edilmediğini incelemek görevinin yerine getirilmesi anlamını taşımaktadır."⁶³

Nitekim AYM çelişmeli yargılanma hakkı, silahların eşitliği ilkesi ve gerekçeli karar hakkı ihlali iddialarına ilişkin olarak verdiği kararlarında derece mahkemesinin hükme esas aldığı delili tartışarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁶⁴

c. Kanun Yolu Şikayeti Niteliğinde Görülen Bireysel Başvurular

Kanun yolu (dördüncü derece türü) şikayetiniteliğinde görülüp kabul edilmezlik kararı ile sonuçlandırılan başvuruları dört başlık altında tasnif edip açıklamak mümkündür⁶⁵:

aa- Davaya konu maddi vakanın tespiti: Kural olarak, bir uyumsuzluğa konu maddi vakanın hangi şekilde gerçekleşmiş olduğuna ilişkin tespiti davadaki kanıtlara dayanarak ulusal mahkemeler takdir eder. AİHM, olayın gerçekleşme biçimine ilişkin vicdani kanaati yansıtan bu tespiti esas alır, vakanın başka şekilde gerçekleşmiş olduğuna yönelik iddiaları inceleyemez, bunları kanun yolu şikâyeti olarak değerlendirir.

bb- Ulusal hukukun yorumlanması ve uygulanması: Bireysel başvuruda, açık keyfilik veya bariz takdir hatası içermedikçe, ulusal huku-

⁶³ Hasan Rahmi Özgeç, B. No: 2013/2418, 16.12.2015, par. 38; Sebahat Tuncel, B. No: 2014/1440, 26.2.2015, par. 53,54.

⁶⁴ Dijital delile ilişkin gerekçeli karar hakkı ihlali için bkz. AYMB. No: 2014/4991, 20.6.2014 (Balyoz Davası), par. 49-52. Aynı kararda tanık dinletme hakkı yönünden de ihlal kararı verilmiştir; par. 64-81. Ayrıca bkz. silahların eşitliği ilkesi yönünden ihlal içeren Yankı Bağcıoğlu ve Diğ. B. No: 2014/253, 9.1.2015; çelişmeli yargılama ilkesi yönünden Cezair Akgül, B. No: 2014/10634, 26.10.2016; Kanıtların kabul ve değerlendirmesiyle (hukuka aykırı delil) ilgili ihlal içeren Yaşar Yılmaz B. No: 2013/6183, 19.11.2014.

⁶⁵ Tasnif ve açıklamalar için bkz. Küçük, 2015, s. 200-202.

kun yorumlanıp uygulanmasıyla ilgili hukuki sorunlar incelenemez. AİHM, kural olarak ulusal mahkemenin bu konudaki yorumunu temel alarak başvuruyu değerlendirir. Bu nedenle, mevzuatın yanlış yorumlandığına yönelik başvurular, AİHM tarafından kanun yolu şikâyeti niteliğinde görülür.⁶⁶

cc- Delillerin değerlendirilmesi: Başvuruya konu davada ileri sürülen delillerin kabul edilebilirliğine veya değerlendiriliş biçimine ilişkin ulusal mahkemenin kabulü, maddi vakanın oluş biçimiyle ilgili kanıyı ve davanın sonucunu etkilemektedir. Fakat takdir alanı ve ikincilik ilkesi gereği bu konudaki ulusal mahkemenin takdiri, bireysel başvuruda denetlenemez. Aslında burada denetlenemez olan hakimin değerlendirme yetkisi değil, vicdani delil sistemine bağlı olarak ortaya çıkan hakimin vicdani kanaatidir.⁶⁷Nitekim vicdani kanaat yargılaması yapma yetkisi yalnızca maddi sorunu çözmeye yetkili mahkemeye aittir. Bu nedenle temyiz denetiminde dahi vicdani kanaat denetimi yapılamaz. Buna karşın vicdani kanaata ulaşma sürecinde delil araçlarının ikamesinde ortaya çıkan usul hataları veya delillerin değerlendirilmesinde yapılan mantık/gerekçe hataları ise tutanak üzerinden kanun yolunda denetlenebilir.⁶⁸Bu durumda hakimin vicdani kanaati, bireysel başvuru denetimini sınırlayan bir etkiye sahiptir. Delil değerlendirmesinin hukuka aykırı ve hatalı biçimde yapıldığına ilişkin bireysel başvurular da AİHM tarafından, (başvurucunun yargılama sürecinde delil ileri sürme ve karşı delile itiraz etme imkânı bulmuş olması şartıyla)kanun yolu şikâyeti olarak değerlendirilmektedir.⁶⁹

⁶⁶ bkz.Göktaş /Türkiye, B. No : 66446/01, 29 Kasım 2007, par. 32-34,

⁶⁷ Hukukumuzda ceza yargılamasında vicdani delil sistemi (CMK 217/1), hukuk yargılamasında ise kanundaki istisnalar (HMK 200, 205) dışında serbest delil sistemi (HMK 198) kabul edilmiştir. Vicdani delil sisteminde hakimin yargılama sonunda tüm delilleri değerlendirip (suçsuzluk karinesi ve şüphenin sanık lehine yorumlanması ilkeleri doğrultusunda) şüphesini yenerek ulaştığı kanaat, vicdani kanıyı oluşturur. Bu anlamda Feyzioğlu'nun ifade ettiği üzere AİHS kapsamında masumiyet karinesi ve adil/dürüst yargılama ilkelerinin benimsenmesi, sözleşme devletleri vicdani kanaatin de içinde olduğu dürüst yargılama hakkı ortak paydasında buluşturmuştur; Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, İstanbul 2015, s. 78. Yazar vicdani kanaat kavramının günümüzde evrenselleştiğini ve hukukun genel ilkesi niteliğini kazandığını belirtmektedir; Feyzioğlu, s. 79. Hukuk yargılamasında geçerli serbest delil sisteminde de hakimin delilleri değerlendirme sürecinin adil yargılama hakkı ilkeleri doğrultusunda gerçekleşmesi gerekmektedir.

⁶⁸ Feyzioğlu, s. 182, 303.

⁶⁹ Barbera Messegue ve Jabardo/İspanya, B. No: 10590/83, 6.12.1988, par. 68.

dd- Davanın sonucunun adilliği : Yukarıda belirtildiği üzere Sözleşmenin 6. maddesi dava sonucuna değil, yargılama usulüne dair bir güvence teşkil etmektedir. Açık keyfilik veya bariz takdir hatası içermedikçe, ilgili ulusal mahkemenin vicdani ve hukuki kanatı doğrultusunda yaptığı değerlendirme ve sonuç, bireysel başvuruda incelenmemektedir. Başvuruya konu yargılamanın *usuli adilliği* gerçekleşmişse (veya usuli adilliğe yönelik bir başvuru yapılmadan sonuçtan şikâyet edilmişse), AİHM, bu tür başvuruyu kanun yolu şikâyeti niteliğinde görerek kabul edilemez bulmaktadır.⁷⁰

Sonuç olarak; iç hukukun yanlış yorumlandığını,⁷¹ delillerin yanlış değerlendirildiğini ve uyuşmazlık sonucunun adil olmadığını ileri süren başvurular kural olarak AİHM tarafından ‘kanun yolu şikâyeti’ nitelmesiyle kabul edilemez bulunmaktadır. Bunun istisnası, keyfi uygulama veya açık ve bariz kanuna aykırılık halleridir.⁷² Böyle bir durum varsa 6. maddenin ihlal edildiği kabul edilmektedir.⁷³

Uygulamada AİHM tarafından verilen kararlarda örneğin, ulusal mahkemenin bilirkişi raporu almadan ve bir delile dayanmadan, lehe delilleri de dikkate almadan hukuka aykırı karar vermesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası, dördüncü derece türü şikâyet nitelmesiyle ve açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur.⁷⁴

Diğer taraftan kanun yolu şikâyeti nitelmesi yapılan başvurularda

⁷⁰ AİHM çoğu kararında, Sözleşmenin 19. maddesine atf yaparak; “Mahkemenin görevinin Sözleşmeciler devletlerin Sözleşmeye dair üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirip getirmediğini denetlemek olduğunu” açıklamış ve “bunun ulusal makamların yetkisinde olduğuna» işaret ettikten sonra Mahkemenin, “ulusal makamların yaptığı yargılamaların hatalı olduğu iddiasıyla yapılacak olan bir başvuruyu, Sözleşme’de tanınan bir hak ve özgürlükleri ihlal etmediği sürece denetleyemeyeceğini” ifade etmiştir; bkz., GarciaRuiz - İspanya (GC), B. No : 30544/96, 21.1.1999, prg. 28, 29; Shenk - Switzerland, B. No : 10862/84, 12.7.1988, prg. 45; Güleler, 2013, s. 78.

⁷¹ İç hukukun hatalı yorumlandığı veya uygulandığı yönündeki şikâyetler kural olarak dördüncü derece şikâyet vasfında görülmekte ise de, kimi zaman dava açma süresi gibi bazı usul kurallarının aşırı katı şekilde yorumlanması, AİHM tarafından mahkemeye erişim hakkı kapsamında görülebilmektedir; Öncü, 2012, s. 402.

⁷² Açık ve bariz keyfilik kavramı ; “bir yasa metninin, hukuk bilgisine sahip ortalama bir kimsenin baktığında lafzından çıkartacağı anlamın tam tersi mahiyette yorumlanıp uygulanması” şeklinde açıklanmaktadır; Öncü, 2012, s. 402.

⁷³ Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s 2013, s. 204.

⁷⁴ Bkz., Nane ve Diğ. – Türkiye kararı, B. No: 41192/04, 24.11.2009, prg. 30-33; Öncü, 2013, s. 401.

dahi usuli güvencelerin sağlanması hususu denetlenmektedir. AİHM genel anlamda adil yargılanma hakkının ihlal edildiği veya hakkaniyetsiz yargılama yapıldığına ilişkin şikâyetleri değerlendirirken, 6. maddenin usule ilişkin güvencelerinin olayda gerçekleştiğine işaret ederek,⁷⁵ başvuruyu dördüncü derece türü şikâyet vasfında görüp açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemez bulmaktadır.

Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuruyu kanun yolu (istinaf-temyiz) gibi görerek yapılan başvuruları ‘kanun yolu başvurusu’ niteliğinde değerlendirerek kabul edilemez bulmaktadır. Gerçekten, olgusal bir temeli bulunmayan, delil değerlendirmesini veya karar sonucunu hukuka aykırı görerek ya da soyut olarak yargılamanın hakkaniyetli olmadığını ileri sürerek yapılan başvurular bu niteliktedir. Buna karşın AYM bu tür başvuruları incelerken de ilgili usuli güvencelere yönelik bir hak ihlalinin olup olmadığını denetlemektedir:

“Başvurucu, yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığına, kendi delillerini ve iddialarını sunma olanağı bulamadığına, karşı tarafça sunulan delillere ve iddialara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığına ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediğine veya kararın gerekçesiz olduğuna ilişkin bir bilgi ya da kanıt sunmadığı gibi mahkemenin kararında bariz takdir hatası veya açık keyfilik oluşturan herhangi bir durum da tespit edilmemiştir. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun yargılamanın hakkaniyete aykırı olduğu yönündeki şikâyetine ilişkin olarak delilleri inceleme ve değerlendirme fırsatı bulunduğu ve derece mahkemesi kararlarının bariz takdir hatası veya açık keyfilik içermediği anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizinaçıkça

⁷⁵ AİHM’nin benzer başvurulardaki gerekçesi şöyledir: “Başvurucu çekişmeli yargılama ilkesinden yararlanmış olup, iddialarını sunabilmiş; yargılamanın değişik aşamalarında davasıyla ilgili olduğunu düşündüğü delil ve itirazlarını sunabilmiş; karşı tarafça sunulan delil ve iddialara etkili bir şekilde itiraz edebilme fırsatını bulabilmiş; objektif bir bakışla, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili bütün iddiaları mahkemeler tarafından gereği gibi dinlenmiş ve incelenmiş; tartışma konusu karar için ayrıntılı olarak maddi olay ve olgularla hukuki nitelendirmeye ilişkin gerekçeler gösterilmiş olduğundan, yargılama prosedürü bir bütün olarak değerlendirildiğinde adil yargılanma ilkesine uygundur. Somut olayda herhangi bir keyfi durum da saptanmamış olup, dördüncü derece temyiz incelemesi niteliğindeki söz konusu şikâyet, Sözleşmenin 35/3a-4 hükmü gereğince reddedilmiştir.”; Akbayır ve diğ. - Türkiye, B. No: 30415/08, 28.6.2011; Valencia Diaz - İspanya, B. No: 22557/09, 23.8.2011; Topa - Moldova, B. No: 12495/05, 6.9.2011; Öncü, 2013. s.403.

dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.”⁷⁶

Doktrinde AYM'nin, bariz hata ve keyfilik dışında kanunun yorumuna, delil değerlendirilmesine veya yargılamanın sonucuna ilişkin bireysel başvuruları kanun yolu niteliğiyle kabul edilemez bulmasına yönelik kararları, temyiz kanun yolu ile arasındaki sınırı çizmesi ve kendisini temyiz organı konumuna düşürmeyeceği anlamına geldiği belirtilerek olumlu yönde değerlendirilmiştir.⁷⁷Buna karşın bu konudaki denetimin salt keyfilikle sınırlandırılmasının, temel hakların güvencesini zayıflatacağı eleştirisi de yapılmış ve kanunun temel haklara aykırı yorumlanmasının da denetlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁷⁸

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin kararlarında da mahkeme hükümlerinin kanunlara uygunluğunun kural olarak denetlenmeyeceği, fakat başvuruya konu mahkeme hükmünde anayasal sınırın aşılması durumunda AYM'nin düzeltici olarak faaliyete geçeceği belirtilmiştir.⁷⁹

B. Takdir Alanı Teorisi ve Kanun Yolu Şikâyeti Yasağının İstisnaları

1. Genel olarak

a. AİHM Yönünden Genel Açıklama

Yukarıda açıklandığı üzere AİHM kural olarak, adil yargılanma hakkı kapsamında yapılan başvurularda kendisini temyiz mercii (4.

⁷⁶ AYM B. No: 2014/10531, 30.12.2014, prg. 36, 37. Benzer şekilde, “başvurucunun iddialarının kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu ve derece mahkemeleri kararlarının bariz takdir hatası veya açık keyfilik de içermediği anlaşıldığından başvurunun bu kısmının “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna” gerekçesiyle verilen kararlar için bkz. AYM B. No: 2014/5532, 17.11.2014, par. 28-30; AYM B. No: 2014/10531, 30.12.2014, par. 29; AYM B.No: 2013/2767, 2.10.2013, par. 22.

⁷⁷ Oder, s. 15.

⁷⁸ Korkut Kanadoğlu, “Bireysel Başvuruda Mahkeme Kararlarının Denetiminin Kapsamı”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2013, 9-117, (s. 20-23), 22. Yazar ayrıca, AYM'nin hükmün yasaya uygunluğunun denetlenmesinin mahkemenin yerine geçme anlamına geleceğini, bunun yerine AYM'nin denetimini yalnızca temel haklara aykırılıkla sınırlaması gerektiğini belirtmekte ve Federal Alman AYM örneğinde temel hak ölçütlerinin incelenen karar için önemi bulunduğu durumda denetim alanının sınırlandırılmadığını ifade etmektedir; Kanadoğlu, s. 23.

⁷⁹ Kanadoğlu, s. 21.

derece yargı yeri) gibi gören şikâyetleri, *dördüncü derece türü şikâyet* niteliğiyle kabul edilemez bulmaktadır. Ancak bu kuralın istisnaları bulunmaktadır. Dolayısıyla bunlar, kanun yolu denetimi yapılması yasağının istisnalarını oluşturmaktadır. İstisna teşkil eden hallerde AİHM, ulusal mahkemenin tespit, yorum veya uygulamasını esas almayıp, yerine göre ulusal hukuku yorumlayıp, kanıtlara dayalı vaka tespiti yaparak, yargılama usulünün veya dava sonucunun adil olup olmadığına karar vermektedir.

Diğer taraftan takdir alanı teorisi bakımından da AİHM kural olarak Sözleşmenin tamamlayıcı niteliği gereği, ulusal yargı makamlarının olguya ilişkin tespiti veya iç hukuk kuralına dair yorumunu esas almaktadır. Fakat istisnai hallerde AİHM iç hukukta görülen dava ile ilgili vakanın tespitini veya iç hukuk kuralının yorumunu adeta ulusal derece mahkemeleri gibi doğrudan inceleyip, delilleri değerlendirmekte ve iç hukuka ait bir yasayı yorumlamaktadır. Hatta AİHM İçtüzüğünden aldığı yetkiyle⁸⁰ maddi olayla ilgili belgeleri isteyebilmekte veya örneğin yaşama hakkı veya işkence-kötü muamele yasağının ya da olumsuz cezaevi koşullarının tespiti amacıyla tanık dinleme veya Mahkeme üyelerini olay yerinde soruşturma yapmak için görevlendirme yoluna da gidebilmektedir.

Örneğin İrlanda- Birleşik Krallık davasında (1978) Komisyon, Strazburg, Norveç ve Birleşik Krallıkta 100'den fazla tanık dinlemiştir. İlascu-Moldava ve Rusya davasında 4 hâkimden oluşan bir heyet Trisapol ve Chişinau'da 43 tanık dinlemiştir.⁸¹ AİHM, re'sen davanın

⁸⁰ AİHM İçtüzüğü Madde 49/3-a: Raportör Yargıçlar başvuruları incelerken, (a) taraflardan, maddi bir olayla ilgili olduğunu düşündükleri bilgi, belge veya materyalleri, belirlenen süre içinde sunmalarını isteyebilirler; Madde 54/2 : "Daire veya Daire başkanı, (a) taraflardan, maddi olaylarla ilgili olduğunu düşündüğü bilgi, belge veya materyalleri sunmalarını isteyebilir; 3. Daire, kabul edilebilirlik kararı vermeden önce, gerekli gördüğü takdirde duruşma yapmaya karar verebilir. Bu durumda Daire istisnai olarak aksine karar vermedikçe, taraflar başvurunun esasıyla ilgili sorunlar hakkında görüşlerini bildirmeye de davet edilirler." *İçtüzüğe Ek Madde 1 (Soruşturma Tedbirleri)* : 1. Daire...ifadelerinin ...yardımcı olacağını düşündüğü bir kimseyi tanık veya uzman veya başka bir sıfatla dinlemeye karar verebilir. 3. Daire, ... üyelerinden birini veya birkaçını veya Mahkemenin diğer yargıçlarını, yerinde inceleme veya soruşturma yapmaları veya başka bir biçimde delil toplamları için görevlendirebilir... dışarıdan bağımsız uzmanlar atayabilir."; Osman Doğru, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 156, 158, 173.

⁸¹ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s 2013, s. 872.

kanıtını oluşturan eksik belgelerin temini için de devletlerden talepte bulunmuş, belgeler gönderilmemişse, ispat yükünün ilgili devlet üzerinde olduğunu belirterek, ihlal sonucuna ulaşmıştır.⁸²

Aşağıda, her iki ilke bakımından denetimi gerektiren istisnalar incelenmektedir.

b. AYM Yönünden Genel Açıklama

Anayasanın 148/3. maddesinde başvurunun konusu AİHS ile tanınan haklarla sınırlı tutulduğu gibi, olağan kanun yollarının tüketilmesi şartının getirilmesi de bireysel başvurunun *ikincil/tamamlayıcı niteliğini* göstermektedir. Anayasanın 148. maddesinin 4. fıkrası ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 49/6. maddesinde yer alan “*kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz*” hükmünde bireysel başvuru ile yapılacak denetimin sınırı belirtilmek istenilmiştir.

AİHM yönünden geçerli olan takdir alanı doktrininin temelini, ortak Avrupa konsensüsünün sağlanması amacı ve ülkeler bazında kültürel farklılığın dikkate alınması ihtiyacına dayandığına değinmişti. AYM bakımından ise aynı ülke içerisindeki kültürel koşulların dikkate alınması gerektiği ve devletle egemenlik çatışmasının söz konusu olmadığı söylenmelidir. Millete ait olan egemenliği anayasadan aldığı (AY 6, 9) yetkiyle kullanan AYM’nin, denetlediği yürütme, yasa ve diğer mahkemeler karşısında takdir yetkisinin olmadığı söylenemez. Fakat anayasal yargı yetkisini kullanan diğer mahkemelerle arasında yetki alanı çatışmasından söz edilebilir. Bu nedenle doktrinde belirtildiği üzere anayasallık denetimi sırasında, denetlenen mercilerin takdir yetkisine gönderme yapılması yerinde olmaz.⁸³

Diğer taraftan anayasal yorum noktasında son sözü söyleme yetkisi her ikisinde de kendisine ait ise de AYM’nin norm denetimi işlevi ile bireysel başvurudaki denetim yetkisi arasında önemli bir fark bulunmaktadır. İlkinde Mahkeme konuya özgü ilk ve tek yetkili konum-

⁸² Bkz.; Akkum ve diğ./Türkiye kararı, (2005), par. 211; Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s 2013, s. 873.

⁸³ Şirin, “Takdir Marjı Doktrini”, 390. Yazar ayrıca, hakları güvence altına alma bakımından Sözleşmenin yaşayan bir sistem olması işleviyle de savunulan takdir yetkisi doktrininin, insan haklarının sınırlandırılması amacıyla iç hukukta kullanılmaması gerektiğini ifade etmektedir; Şirin, s. 392-394.

dadır. Buna karşın bireysel başvuruda AYM'nin güvenceleri sağlama yetkisi ikincil niteliktedir. Bu bakımdan, bireysel başvuruda AYM'nin yetki alanının çizilmesinde takdir alanı doktrini yerine ikincillik ilkesinden hareket edilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir. Bu anlamda ikincillik ilkesi bağlamında mahkemelerin 'yetki alanı'ndan söz edilebilir.

Bireysel başvuruya iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra başvurulabilmesinin (ikincillik ilkesi) gereği olarak, anayasallık denetiminde elbette derece mahkemelerinin hukuku yorumlama, delil değerlendirme ve uyuşmazlığın sonucu hakkında karar verme yetkisi esastır. Anayasa Mahkemesi de kural olarak derece mahkemesinin bu konulardaki tespit ve kararlarını esas almalıdır. Nitekim uygulamada AYM tarafından kabul edilemez bulunan başvuruların büyük bir çoğunluğunda esas mahkemelerinin kabul ve tespitleri temel alınarak, kanun yolu şikâyeti niteliğiyle başvuru reddedilmektedir.

AYM ile adli-idari yargı yerleri arasındaki yetki sınırının belirlenmesi sorunu Alman doktrinini de meşgul etmiştir. Alman doktrininde Schuman ve Starck tarafından önerilen ölçüte göre, anayasa şikayetine konu norm denetimine benzetilerek bir yasa gibi değerlendirilmelidir. Bu anlamda nasıl ki norm denetiminde yasa koyucunun genel yetkisi kapsamında anayasaya aykırı bulunmayan yasa yapma yetkisi bulunmakta ve denetimde anayasaya uygunluğun değil, aykırılığın tespiti yapılmaktaysa, kişisel başvurular incelenirken de her türlü hukuk hataları değil, yalnızca anayasaya aykırılık oluşturanlar incelenebilir ve ihlal edilebilir bulunmalıdır. Anayasaya aykırılığın bulunmadığı haller mahkemelerin yetki alanı içinde görülmelidir. Diğer bir görüşe göre yetki sınırının, mahkemeler ile anayasa şikayetini inceleyen AYM'nin işlevleri açısından tayin edilmesi sorunu daha iyi çözebilecektir. Belirtilen mercilerin yetki alanları çerçevesinde ne kadar yetkili oldukları tayin edilmelidir.⁸⁴

Alman Federal Anayasa Mahkemesi de 1952 ila 1958 yılları arasında verdiği kararlarda Henk Formülü olarak adlandırılan bir ölçütü kullanmıştır. Mahkeme kimi kararlarında bu sınırı çizmek için işlevsel yaklaşımla "anayasa şikayetine anlamı", "Anayasa Mahkemesinin özel görevi" gibi ifadeler kullanmış, kimi zaman da anılan formülü içeren; "Anayasa Mahkemesinin bir mahkemece verilmiş yanlış bir

⁸⁴ Sağlam, 2006, s. 96-100.

kararı salt taraflardan birinin temel hakkına dokunma olasılığı taşıdığı için bir temyiz mercii gibi sınırsız hukuki denetimden geçirmesi, anayasa şikayetinin anlamına ve Anayasa Mahkemesinin bu alandaki özel görevine uygun düşmez.” şeklindeki açıklamalarla sınır çizmeye çalışmıştır.⁸⁵

Doktrinde “kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz” ve “yerindelik denetimi yapılamaz” biçimindeki hükümlerin yersiz olduğu ve bunların mutlak olarak anlaşılması durumunda bireysel başvuru yolunun işletilemez hale geleceği eleştirisi yapılmıştır.⁸⁶ Bir yazarın da işaret ettiği üzere, anayasal hak ve özgürlüklerin yorumu konusunda nihai yetkiye sahip olan AYM’nin gerektiğinde anayasaya uygun yorum yaparak, mahkemelerin yasayı yorumlayış biçimine müdahale etmesi bireysel başvuru açısından bir zorunluluktur.⁸⁷ Bu anlamda çeşitli kararlarda derece mahkemelerinin yorum alanına AYM’nin ‘haklı müdahalesi’ görülebilmektedir.⁸⁸

Bu noktada 6216 sayılı Kanununun 50/1. maddesinde yer alan; “*yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez*” hükmünün anlamına da değinilmelidir. Anılan kural uyarınca AYM örneğin, denetlediği mahkemenin kararını iptal edemez, değiştiremez veya onun yerine geçerek nihai kararı veremez. Yine, bireysel başvuruda idari bir eylem veya işlem niteliğinde karar verilemez.

Yerindelik denetimi yapılamayacağı kuralı, denetlenen idari işlem veya yargı kararının somut olaydaki isabetinin (hukukiliğinin) tartışılmayacağı anlamında da yorumlanabilir. Esasen ikincillik ilkesi gereği zatenderece mahkemelerinin hukuku yorumlaması, vaka tespiti ve nihai kararının isabeti ve yerinde olup olmadığı denetlenemez. Fa-

⁸⁵ Sağlam, 2006, s. 100.

⁸⁶ Aliyev, Türk sisteminde kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağına ilişkin yasağın isabetli olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, çoğu kez temyiz merciiinden geçip kesinleşen kararlar aleyhine yapılacak başvurularla tam da temyizde dikkate alınmayan (örneğin silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğine yönelik) bir savunmanın incelenmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır; Aliyev, 2010, s. 41, 42.

⁸⁷ Sibel İnceoğlu, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, (Kısaltma: Türkiye ve Latin Modelleri) İstanbul, 2017, s. 225.

⁸⁸ Birden fazla suç isnadıyla tutuklanan kişiler yönünden kanundaki (CMK 102) azami tutukluluk süresinin anayasaya (m.19) uygun yorumuna ilişkin olarak bkz: Ramazan Aras Başvurusu, par. 51,54, 60-70; tutukluluğun yasallığı ve makullüğü yönünden bkz. Murat Narman başvurusu, par. 72. İnceoğlu, bu örneklerin AYM’nin haklı müdahalesi niteliğinde olduğunu ifade etmektedir; İnceoğlu, Türkiye ve Latin Modelleri, s. 229 vd.

kat zorunlu Anayasallık denetiminin gereklerinin de yerindelik denetimi yasağına gireceğine dair bir yorum, bireysel başvurunun amacı ve Anayasa Mahkemesine verilen yetkinin içeriği ile bağdaşmaz. Bu kural denetim yetkisinin doğasına uygun olarak yorumlanmalıdır. Daha önce örnekleri verildiği ve doktrinde de belirtildiği üzere AİHM kararlarında Sözleşme standardını sağlamak amacıyla gerektiğinde yerindelik denetimi de yapılmaktadır.⁸⁹ Ayrıca bireysel başvuruda temel hakka ilişkin anayasal uyumsuzluğu nihai olarak karara bağlama yetkisinin yalnızca AYM’de olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Sınırlayıcı kuralların katı şekilde yorumlanması durumunda AYM’ne bireysel başvuruya verilen denetim yetkisinin kullanılması önlenmiş ve bu özel yargı yolu etkisiz hale getirilmiş olur. Örneğin iç hukukun açıkça anayasaya aykırı yorumlandığı veya işkence yaptığı iddia edilen kamu görevlileri hakkında etkin soruşturma yapılmadığı durumda, AYM’nin hukukun yorumlanması veya delillerin değerlendirilmesini denetleyemeyeceğini kabul etmek, hak ihlalinin ve mağduriyetin sürdürülmesini tercih anlamına gelir.⁹⁰ Gerçekten de böyle bir durumda AYM hak ihlalinin gideremeyecek ve ihlal tespiti AİHM’nin kararına ertelenmiş olacaktır.

Diğer taraftan, Anayasanın 148/3. maddesinde yer alan ölçü norm ile iç hukukta etkili bir bireysel başvuru yolunun öngörüldüğü açıktır. Bundan başka, Anayasanın 148/3. maddesi ile AİHS’ne yapılan atıf ve Anayasanın destek norm olan 90/son maddesi ile Sözleşmenin iç hukuk düzeni üzerindeki etkisi ve Devletin bu kapsamdaki yükümlülükleri gözetildiğinde, bir anlamda 6216 sayılı Kanunun başvuruya ilişkin hükümleri gibi, başvurunun etkinliği ve usulüyle ilgili Sözleşme kurallarının da bireysel başvuruda uygulanması gereken normlar olduğu düşünülmelidir. Bu kurallar örneğin Sözleşmenin 3. maddesinde yer alan işkence yasağı ihlal edildiğinde, etkin soruşturma yükümlülüğü derece mahkemelerine hitap ettiği gibi, bireysel başvuruyu inceleyen AYM’ne de hitap etmekte ve denetleme yükümlülüğü getirmektedir. Aynı örneği kişi özgürlüğü (Söz. 5) hakkı ve diğer haklar yönünden de vermek mümkündür.

AYM bazı kararlarında bireysel başvurunun amacı ve sınırlayıcı

⁸⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, AİH Sözleşmesi ve Uygulaması, 2013, s. 428.

⁹⁰ Bu yöndeki eleştiri ve örnekler için bkz. İnceoğlu, Türkiye ve Latin Modelleri, s. 227, 228.

hükümler arasındaki çatışmayı ne şekilde yorumladığını açıklamaya çalışmıştır:

“Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz... Ancak kanun veya Anayasaya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik halinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren bu tür kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerekir. Aksinin kabulü bireysel başvurunun getiriliş amacıyla bağdaşmaz.”⁹¹

AYM son olarak Şahin Alpay (2) kararında bu konuya değinmiştir. Kararda, kanunyolu ve yerindelik denetimi yasağına ilişkin kuralların, Anayasanın 148/3. maddesi doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiğine işaret edilmiştir(par. 49-52). Anılan hüküm ile Anayasadaki güvencelere uygun biçimde bireysel başvuruların incelenmesi ve etkili bir denetim yapma görevi AYM’ne verilmiştir. Mahkeme değerlendirmesi sonunda şunları da ifade etmiştir;

“Anayasa ve Kanun’da bireysel başvuruda inceleme yasağı getirilen alanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Anayasa’da öngörülen güvencelerle ilgili olduğu düşünülemez. Bu alan, bireysel başvuru kapsamı dışındaki hukuka aykırılık iddialarına ilişkindir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da ifade edildiği üzere temel hak ve özgürlüklere müdahale söz konusu olmadıkça hukuk kurallarının uygulanması ve yorumlanması ile delillerin takdiri ve değerlendirilmesi derece mahkemelerine aittir. Ancak temel hak ve özgürlüklere müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda derece mahkemelerinin takdir ve değerlendirmelerinin Anayasa’daki güvencelere etkisini nihai olarak değerlendirecek merci Anayasa Mahkemesidir. Bu itibarla Anayasa’da öngörülen güvenceler dikkate alınarak bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğine ilişkin herhangi bir inceleme “kanun yolunda gözetilmesi gereken hususun incelenmesi” veya “yerindelik denetimi” olarak nitelendirilemez.

Aksinin kabulü durumunda Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları karara bağlama yetki ve görevinin işlevsiz hale geleceği, bunun da bireysel başvurunun etkili bir hak arama yolu olarak öngörülmüş olması amacıyla (bkz. §§ 40, 48) bağdaşmayacağı ortadadır.”⁹²

⁹¹ Murat Narman başvurusu, par. 48; Ramazan Aras başvurusu, par. 49.

⁹² Şahin Alpay (2), B. No: 2018/3007, 15.3.2018, par. 53-54.

2. Denetimi Gerektiren İstisnalar

a. Mutlak Hakların Varlığı

Sözleşmenin 15/1. maddesi uyarınca; savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde Devlet, "durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek şartıyla, Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir." Bu hüküm gereği Devletler, demokratik devlet düzenini korumak amacıyla ve belirtilen şartlar oluştuğunda 2. fıkrada belirtilenler hariç olmak üzere Sözleşmedeki hakları sınırlayıcı müdahalelerde bulunabileceklerdir.⁹³ Buna karşın, olağanüstü durumlarda sınırlanabilen haklarda dahi hakka vaki müdahalenin *ölçülü* olması zorunludur. AİHM Aksoy kararında, Güneydoğu Anadolu Bölgesine ilişkin olağanüstü hal uygulaması kapsamında terör suçu iddiasıyla 14 gün gözaltında tutulma işleminin ölçülü olmaması nedeniyle 15. madde şartlarına uyulmadığına ve 5. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁴ Dolayısıyla ölçülülüğün takdiri de AİHM tarafından denetlenmektedir.

Fakat 2. fıkra gereği, savaş veya diğer olağanüstü hallerde dahi; (meşru savaş fiillerinden kaynaklanan ölüm müstesna olmak üzere) yaşama hakkı (m.2), işkence ve kötü muamele yasağı(m.3), kölelik ve kulluk yasağı (m.4/1) ve kanunsuz ceza olmaz ilkesine (m.7) aykırı tedbirlere cevaz verilemez. Dolayısıyla mutlak veya sert çekirdek haklar adı verilen bu haklar bakımından Devletlere hiçbir durumda takdir alanı tanınmamaktadır.⁹⁵ Buna karşın bu hakların kapsamıyla ilgili bazı konularda devletlerin takdir alanı vardır.⁹⁶

Sözleşmenin 15/2. maddesinde belirtilmemekle birlikte, 14. maddede düzenlenen ayrımcılık yasağının da bu kapsamda istisna getirilemeyen haklardan olduğu kabul edilmiştir (bkz. AİHM İrlanda/İngiltere, 18.1.1978, par. 225). Ayrıca doktrinde, adil yargılanma hakkının temel unsuru olan bağımsız ve tarafsız mahkeme güvencesine de istisna tanınmaması gerektiği belirtilmiştir.⁹⁷

⁹³ bkz.Brannigan ve McBride/İngiltere, 26.5.1993, par.43,68

⁹⁴ Aksoy/Türkiye, 18.12.1996, par. 83-87; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013,s. 411.

⁹⁵ Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 369.

⁹⁶ Örneğin yaşamın başlangıç anı, ceninin yaşam hakkı, ötenazi ve yaşam hakkıyla bağlantılı sosyal ve sağlık politikaları gibi konularda devletlerin takdir hakkı bulunmaktadır; Şirin, Takdir Marjı Doktrini, s. 369.

⁹⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, 2013,s. 409.

Diğer yandan, mutlak nitelikte olmayan haklar hakkında Sözleşmenin izin verdiği müdahaleler yönünden de 'hak ve özgürlüğün kural', müdahale ve kısıtlamanın ise 'istisna' olduğu ve bu nedenle dar yorumu tabi tutulmaları gerektiği kabul edilmektedir.⁹⁸

Türkiye'de 20 Temmuz 2016 tarihinde başlayan OHAL dönemindeki kararlarında AYM'deAY'nın 15. maddesinin 2. fıkrasındaki haklara dokunulamayacağına işaret etmiş ve durumun gerektirdiği ölçüde' kriterini esas almıştır. Mahkeme AY'nın 15. maddesinde sayılmamakla birlikte kişi özgürlüğüne keyfi müdahalede bulunulmaması güvencesinin OHAL döneminde de geçerli olduğunu belirtmiştir.⁹⁹

b. Geçici Tedbirler

Tedbir kararları da aslında devlet makamlarının eylem ve işlemlerinde söz konusu egemenlik ve takdir yetkisine Sözleşmenin müdahalesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla tedbir kararları, takdir alanı doktrininin istisnası mahiyetindedir.

AIHM İç Tüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca Daire veya Başkan, tarafın yararı veya davanın şartları gerektirdiğinde geçici tedbir kararı alıp, taraflara bildirebilir. Örneğin tedbir kararı ile ilgili devletten, başvuranın başka bir ülkeye sınırdışı veya iade edilme işleminin durdurulması talep edilmektedir. Konunun aciliyeti gereği tedbir kararları çok kısa bir sürede verilmektedir.¹⁰⁰ Geçici tedbir başvurularında da ikincillik ilkesi geçerlidir. İç hukukta yürütmeyi durdurucu yollar varsa öncelikle bu yollar tüketilmelidir.¹⁰¹ Fakat iç hukuktaki yol etkisizse doğrudan AIHM'nden tedbir talebinde bulunulabilir.

Tedbir konusu özellikle sınırdışı işlemlerinde ve tutuklu-hükümlülerin sağlık yardımından yararlanmalarını gerektiren ciddi durumlarda söz konusu olmaktadır.¹⁰²

⁹⁸ Klass ve diğ./Almanya, 6.9.1978, par. 41; Handyside/İngiltere, 7.12.1976; Observer ve Guardian/incildere, 26.11.1991, par. 59; Sunday Times/İngiltere, 26.11.1991, par. 50; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013,s. 373.

⁹⁹ AYM Aydın Yavuz vd. B. No: 2016/22169, 20.6.2017, par. 344, 347; Turhan Günay, B. No: 2016/50972, 11.1.2018, par. 87,88.

¹⁰⁰ Ünal, s. 415.

¹⁰¹ Ece Göztepe, İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir, AIHM, Almanya ve Türkiye Örnekleri, İstanbul 2017, (Kısaltma Geçici Tedbir), s. 45.

¹⁰² Tedbir konusu yapılabilecek haklar için bkz. Göztepe, Geçici Tedbir, s. 61 vd.-241 vd.

Geçici tedbir kararları doğrudan Sözleşme’de yer almayıp, Sözleşmenin verdiği yetki ile İç Tüzük’te düzenlendiğinden, taraf devletleri bağlayıcılığı noktasında tartışmalara neden olmuştur. Ancak doktrinde farklı temellere dayanılsa da AİHM’in tedbir kararlarının devletleri bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir.¹⁰³ AİHM de kararlarında bağlayıcılığın temellerini Sözleşmenin 13. maddesindeki etkili yol kavramı ile 1 ve 34. maddeleri gereği devletlerin bu şekilde etkili bir yolu temin etme yükümlülüğüne dayandırmaktadır. Etkili başvuru yolu güvenesi, gecikmesinde önemli zararın bulunduğu halde acil kararların alınması ve bunlara uyulmasını da gerekli kılmaktadır.¹⁰⁴

Sınırdışı kararları bakımından Sözleşme hükümleri, bir devletin uluslararası hukuka göre yabancıların ülkeye girişini kabul etmeme hakkına mani teşkil etmemektedir (bkz. Chahal/Birleşik Krallık, 1996). Yine Sözleşme, ülkeye girişine izin verilen yabancılara iltica veya sınırdışı edilmeme hakkı vermez. AİHM sınırdışı işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetlemediği gibi, siyasi bir suçtan aranan kişinin iade edilmesi de Sözleşmeyi ihlal etmez.¹⁰⁵Başka deyişle sınırdışı ve iade konuları devletlerin egemenlik yetkisi ve uluslararası hukuk çerçevesinde takdir alanı içerisindedir. Fakat başka bir ülkeye gönderilen yabancının, gideceği ülkede 3. maddeyi ihlal edecek biçimde işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ile karşılaşma riskinin varlığı, bu genel kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Böyle gerçek bir risk bulunduğu Sözleşmeciler devletlerin sınırdışı veya iade etmeme yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülüğe (ve tedbir kararlarına) aykırılık, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlaliyle sonuçlanmaktadır.¹⁰⁶

¹⁰³ Tedbir kararlarının bağlayıcılığı konusunda; 1- Sözleşmedeki hakların etkili korunması bakımından bağlayıcılığın kaçınılmaz olduğu, 2-AİHM’in genel yargı yetkisinin içinde olduğu için ayrı bir yetkilendirmeye gerek olmadığı, 3- Uluslararası hukukun iyi niyet ilkesi (Viyana Söz. 31/1) gereği devletlerin tedbir kararına uymakla yükümlü oldukları, şeklinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Göztepe, Geçici Tedbir, s. 69,70.

¹⁰⁴ AİHM Mamatkulov ve Askarov/Türkiye, B. No: 468/27/99, 4.2.2005, par. 123-129; Olaechae Cahuas/İspanya, B. No: 24668/03, 10.8.2006, nihai karar 11.12.2006, par. 81.

¹⁰⁵ Ek 4 No’lu Protokol’un 4. maddesinde istisnai olarak, yabancıların toplu halde sınırdışı edilmeleri yasaklanmaktadır. Bu tür işlemlerde 8. Maddenin ihlali söz konusu olabilir; Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, 2013,s. 82. Ayrıca konuyla ilgili olarak, 1951 Tarihli BM Mülteciler Sözleşmesinin 33. maddesindeki geri gönderme yasağı ile 1984 tarihli BM İşkence Sözleşmesinin 3. maddesi zikredilmelidir.

¹⁰⁶ Bkz. Soering/Birleşik Krallık, A 161, 1989; Cruz Varas/İsveç, A 201, 1991; Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, 2013,s. 84. Ayrıca bkz. Paladi c. Moldova [GC], B. No: 39806/05, 10 Mart 2009.

Benzer bir yorum, tutuklu veya hükümlünün hayatı veya sağlığı için çok ciddi riskin bulunduğu durumda gerekli tedbirlerin alınmaması ya da uygulanmaması nedeniyle yapılmakta ve yine bu durumda 3. maddenin ihlal edildiğine karar verilmektedir.¹⁰⁷

Tedbir kararına uyulmaması Sözleşmenin 34. maddesini de ihlal edebilmektedir (bkz. Tedbir kararına uyulmaması sebebiyle 34. madde ihlali (3. madde ihlali yok) - Mamatkulov ve Askarov /Türkiye [GC], no. 46827/99 ve 46951/99, ECHR 2005-I)

Türkiye ile ilgili olarak da sınırdışı işlemleri ve cezaevinde tedaviye ulaşım gibi nedenlerle çok sayıda tedbir kararı verilmiştir. Öcalan başvurusunda ölüm cezasının infaz edilmemesi amacıyla 21.11.2000 tarihinde tedbir kararı alınmıştır.¹⁰⁸

Türk bireysel başvuru sisteminde de 6216 sayılı Kanunun 49/5. maddesinde, esas inceleme sırasında Bölümlerin başvuruçunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere re'sen veya başvuruçunun talebi üzerine karar verebileceği belirtilmektedir. AYM İç Tüzüğü'nün 73. maddesi uyarınca, başvuruçunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike halinde geçici tedbir kararı verilebilmektedir.

¹⁰⁷ Lavrov kararında, cezaevinde olan başvuruçunun ilerlemiş kanser hastalığından acı çekmesine ve cezaevinde tedavi ve ağrıların giderilmesini sağlayacak ilaçların bulunmaması nedeniyle tedbirle tahliye edilmesi talebinde bulunulması üzerine AİHM aldığı geçici tedbir kararında; Rusya Hükümetinden, başvuruçunun cezaevinden bağımsız bir onkolog da dâhil olmak üzere tıbbi uzmanlar tarafından derhal muayene edilerek; (1) tutma koşullarının tedavi için yeterli olup olmadığı; (2) mevcut sağlık durumunun cezaevi hastanesi koşullarında tutma ile uyumlu olup olmadığı; (3) mevcut durumunun ihtisaslaşmış bir hastaneye yerleştirilmesini veya serbest bırakılmasını gerektirip gerektirmediği hususlarında rapor talep edilmiştir. Tıp uzmanlarının başvuruçunun böyle bir hastaneye yerleştirilmesi gerektiğine karar vermesi durumunda, Rus Hükümetinden başvuruçunun özel bir hastaneye derhal transferini sağlaması" (par. 19) istenmiştir. Bu karar üzerine alınan tıbbi raporda başvuruçunun tedavi edilemez kanser hastası olduğu ve ölebiyeceği belirtilmesine karşın Rus mahkemeleri başvuruçunu serbest bırakmayı kabul etmemişlerdir (par. 24).

AİHM bu davada, cezaevinde kapsamlı ve yeterli tıbbi tedavi (ve acıları dindirecek uyuşturucu ilaç) imkânı olmamasının, başvuru sahibini uzun süre zihinsel ve fiziksel acıya maruz bırakma etkisine sahip olduğunu ve bu durumda yetkililerin başvuruçuna, ihtiyaç duyduğu tıbbi bakımı sağlamamalarının, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele anlamına geldiğini belirterek, AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (par. 61-63); Andrey Lavrov/Rusya, No: 2016/26503, 1.3.2016.

¹⁰⁸ Ünal, s. 417.

3. Açık Keyfilik veya Bariz Takdir Hatasının Bulunması

İstisnaya değinmeden önce adil yargılanma hakkı yönünden milli idari ve yargı mercilerinin takdir yetkisi üzerinde durmak da gerekebilir. Sözleşmenin devlete getirdiği yükümlülükler 6. madde yönünden de söz konusudur. Bu anlamda 6. maddenin ilk fıkrası ile 3/b,c fıkra ve bentlerindeki adil yargılanma hakkı güvencelerinin hangi araçlarla sağlanacağı hususunda devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.¹⁰⁹ Fakat bu araçların 'etkili' olup olmadığı konusunda AİHM'nin denetim yetkisi vardır. Ayrıca iç hukukun yorumlanması ve delillerin takdiri de milli mahkemelerin takdir alanı içerisinde kalmaktadır. Böylece kural olarak adil yargılanma hakkı yönünden belirtilen hususlarda takdir alanı doktrininin uygulandığı söylenmelidir. Buna karşın her kural için söz konusu olan istisnalar burada da geçerlidir.

AİHM'ne göre kanun yolu şikâyeti teorisinin ilk istisnasını, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarında kanunun yorumu veya takdir hakkının kullanımında *açık keyfilik ya da bariz hatanın* varlığı oluşturmaktadır.¹¹⁰

Keyfilik terimi, hangi usul veya gerekçeyle o sonuca ulaşıldığı anlaşılmayan,¹¹¹ makul ve mantıklı bir dayanağı görülemeyen yorum ve uygulamaları içermektedir. Hukuki bir dayanağı bulunmayan veya kuralın açık anlamına ters uygulamalar keyfi nitelikte görülmelidir. Yine, gerekçesiz olup niteliği gereği de makul bir temele dayandığı anlaşılmayan kararların keyfi nitelikte olduğu düşünülmelidir.

AİHM'nin keyfilik istisnasına işaret ettiğine ilişkin olarak Almanya'ya karşı Van Kuck ve Von Hannover kararları örnek gösterilebilir.¹¹²

¹⁰⁹ Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 371.

¹¹⁰ GarciaRuiz/İspanya, par. 28;Sisojeva ve diğ./Letonya, B. No: 60654/00, 15.1.2007, par. 89; Miroljbovs ve diğ./Letonya, B. No: 798/05, 15.9.2009, par. 91; Wegera/Polonya, B. No: 14107, 19.1.2010, par. 73; Öncü, 2012, s. 402.

¹¹¹ Açık keyfilik, "adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan bir keyfiliktir" açıklaması için bkz; Öncü, 2012, s. 402;

keyfi karar, "hangi nedenle verildiği hususunda hiçbir gerekçe içermeyen karardır" tanımı için bkz.;Küçük, 2015, s. 206; açık keyfilik, "ortalama bir yasa metninin ortalama hukuk bilgisine sahip bir kimsenin anlayacağı anlamın tam tersi mahiyetinde yorumlanıp uygulanmasıdır" tanımı için bkz.; Güleler, 2013,s. 79.

¹¹² Örn.; Van Kuck/Almanya, B. No : 35968/97, 2003, ve Von Hannover/Almanya, B. No : 59320/00, 24.6.2004 ; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 15. Van Kuck davasında, cinsiyet değişikliği için ameliyat ve hormon tedavisi olan

Bariz takdir hatası, hukuk kuralının yorumu ve uygulanmasında hak ihlaline neden olan belirgin bir hataya düşülmesini ifade etmektedir. Hukukun uygulanmasında, maddi olayla bağdaşmayan yoruma dayalı uygulama halinde açık takdir yanılığısından söz edilir. Yargılama usulünü adil olmaktan çıkartan bu tür bariz hataların bireysel başvuru yoluyla giderilmesi gerekmektedir.¹¹³

Bir konuda iç hukukun yorumuyla ilgili olarak (yüksek mahkeme kararları ile belirginleşmiş) istikrarlı bir yorum şekli bulunmakta (ve AİHM'nin deyimiyile bu yorum şekli 'hukuk' haline gelmiş) iken, mesnetsiz farklı bir karar verilmesi de takdir hatasına veya yerine göre keyfiliğe işaret edebilir.

AİHM kararlarında, "açık bir şekilde keyfi olmadıkça, belirli bir kanıt türünün kabul edilebilir olup olmadığına veya aslında başvuruçunun suçlu olup olmadığına karar vermenin kendi görevi olmadığını" ifade etmektedir."¹¹⁴Fakat bu kararlarda, bariz hata veya keyfiliğin bulunduğu durumda denetim görevinin olduğu da ifade edilmektedir. Dolayısıyla keyfiliğin bulunduğu yerde ulusal hâkimin takdir alanı sona ermekte ve AİHM iç hukuktaki davanın sonucuyla ilgili olarak da değerlendirme yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi yönünden de kanun yolu denetimi yasağının istisnası, derece mahkemelerince verilen kararların keyfi olması veya açık ve bariz bir kanuna aykırılığa dayanmasıdır. Temel hakları keyfi veya bariz hatalı yorumla ihlal eden karar ve işlemlerde ikincillik ilkesinden söz edilemez, Mahkemenin hakka ilişkin anayasal yorum yetkisi öne çıkar. Nitekim AYM de kararlarında bu hususa işaret et-

başvuruçunun, tedavi giderlerini geri ödemeyi kabul etmeyen özel sigorta şirketine karşı açtığı davada Temyiz Mahkemesi, söz konusu tedavinin 'sigorta sözleşmesi' bakımından gerekli olmaması nedeniyle davanın reddine karar vermiştir. AİHM ise, toplumsal cinsiyet kimliğinin mahiyetini ve geri dönülemez tıbbi işlemlerden geçme kararının ciddiyetini dikkate alarak, başvuruçunun adil bir yargılama görmesini sağlamayan ulusal mahkemenin yaklaşımının Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal ettiğine karar vermiştir; Osman Doğru/ Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, Avrupa Konseyi Yy. Ankara 2013, C.2, İHAS C.2, s. 613.

¹¹³ Mellinshof, Rudolf, Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikayeti, Anayasa Dergisi, AYM Yayınları, Ankara 2009, C 26, (s. 32-44), s. 34.

¹¹⁴ AİHM Kazım Albayrak/Türkiye, B. No: 2014/3836/, 17.9.2014, par. 45; Küçük, 2015, s. 204. Yine gözetiminde insanlık dışı muamele sonucu elde edilen ikrara dayalı karar nedeniyle 6. madde ihlaliyle sonuçlanan bir başvuru örneği için bkz: Söylemez/Türkiye, B. No: 46661/99, 21 Eylül 2006, par. 123-125.

mektedir: *“Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınmaz.”*¹¹⁵

Gerçekten de bu tür iddiaların hiçbir şekilde denetlenemeyeceği ileri sürülürse, bireysel başvurunun bir anlamı kalmayacak, hak ihlali bulunduğu halde suskun kalınacaktır.¹¹⁶ Dolayısıyla AYM’nin denetimi, gerektiğinde hem derece mahkemesinin uyuşmazlığın sonucuyla ilgili değerlendirmesini hem de hukuku yorumlama biçimini kapsaması zorunludur.¹¹⁷ Bu bakımdan AİHM ve AYM kararlarında, Anayasa ve Sözleşme’de tanınan bir hakkın ihlaliyle sonuçlanan hukuka aykırılıklar kanun yolu şikâyeti olarak nitelenmemektedir.

AYM beş yıllık uygulamasında bariz takdir hatası gerekçesiyle altı başvuruda ihlal kararı vermiştir.¹¹⁸

Anayasa Mahkemesi, yargılamanın ve sonucunun adil olmadığı ya da delil değerlendirmesinin yanlış yapıldığı iddialarını incelerken; başvuru kenden kendi delillerini ve iddialarını sunma olanağı bulamadığına, karşı tarafça sunulan delillere ve iddialara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığına ya da iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediğine veya kararın gerekçesiz olduğuna ilişkin bir bilgi ya da kanıt sunup sunmadığı gibi hususları değerlendirerek bir karara varmaktadır. Dolayısıyla bu tür başvurularda, ileri sürülen hususlarla ilgili usuli güvencelere yönelik bir hak ihlalinin olup olmadığı denetlenmektedir:

“Başvurucu, yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığına, kendi delillerini ve iddialarını sunma olanağı bulamadığına, karşı tarafça sunulan delillere ve iddialara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığına ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla

¹¹⁵ AYM B. No: 2012/1027, 12.2.2013, prg. 26; AYM B. No: 2012/1056, 16.4.2013.

¹¹⁶ Krş.; Fazıl Sağlam, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar, *Türkiye Barolar Birliği Paneli*, TBB yy. Ankara 2011, s. 22; Mustafa Kuş, “Örnek Uygulamalar Işığında Bireysel Başvuru ve Geleceği”, *Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti)*, Editör: Sevtap Yokuş, 2.B. Ankara 2015, s. 98.

¹¹⁷ İnceoğlu, *Türkiye ve Latin Modelleri*, s. 225, 227.

¹¹⁸ AYM tarafından bariz takdir hatası nedeniyle ihlal tespiti yapılan kararlar: Kenan Özteriş, B. No: 2012/989, 19.12.2013; Şahin Erol, B. No: 2013/2539, 7.7.2015; Süleyman Bargın, B. No: 2014/6096, 12.7.2016; Mehmet Sıddık Güneşoğlu, B. No: 2014/7571, 12.7.2016; Aydın Öner, B. No: 2014/13415, 13.7.2016; Askeri Karakaş, B. No: 2014/19705, 30.6.2016.

ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediğine veya kararın gereksiz olduğuna ilişkin bir bilgi ya da kanıt sunmadığı gibi mahkemenin kararında bariz takdir hatası veya açık keyfilik oluşturan herhangi bir durum da tespit edilmemiştir. Açıklanan nedenlerle, başvuruçunun yargılamanın hakkaniyete aykırı olduğu yönündeki şikâyetine ilişkin olarak delilleri inceleme ve değerlendirme fırsatı bulduğu ve derece mahkemesi kararlarının bariz takdir hatası veya açık keyfilik içermediği anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin” açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.”¹¹⁹

4. Sözleşmenin 3. Maddesine Aykırı Olarak Delil Elde Edilmesi

Bireysel başvuruda delillerle ilgili olarak çekişmeli yargılanma, silahlara eşitliği hakkı veya tanığa soru sorma hakkı gibi usuli güvencelerden şikâyet edilmeksizin, soyut biçimde delil değerlendirilmesinin hukuka aykırı yapıldığından söz edilmesi durumunda, kanun yolu şikâyeti nitelemesi ve dolayısıyla kanun yolu denetimi yasağı devreye girmektedir. Kural olarak iç hukukta görülen bir davada delillerin değerlendirilmesi ve takdiri yetkisi ulusal makamlara ait görülmektedir.¹²⁰ Hatta AİHM’ne göre Sözleşme açısından hukuka aykırı bir delile dayanılmayacağı gibi mutlak bir yasak yoktur. Başvuranın delillere itiraz etme imkânı bulabilmesi, ilgili usuli güvencelerin sağlanmış olması ve delilin baskı, cebir, tuzak gibi bir yöntemle elde edilmemiş olması şartıyla hukuka aykırı delile dayanılmasının da yargılamanın adilliğini etkilemeyebileceği değerlendirilmektedir.¹²¹

AİHM, delilin elde edilmesinde Sözleşmedeki bir hakkın ihlal edildiği iddialarında dahi, bu delilin mahkûmiyet için tek delil olmaması durumunda, başvuranın yargılama sırasında bu delile karşı itirazlarını ileri sürme imkânı bulabilmesi ve yargılamanın bütünü açısından adil olmadığı söylenemediğinde, ihlal nedeni olarak görmemiştir.¹²² Kural

¹¹⁹ AYM B. No: 2014/10531, 30.12.2014, prg. 36, 37.

¹²⁰ Van Mechelen ve diğ./Hollanda, 30 Ekim 1997, par.50; Khan/Birleşik Krallık, B. No: 35394/97, 12.5.2000, par. 34.

¹²¹ Rachdad/Fransa, B. No : 71846/01, 13 Kasım 2003, par. 23; Gafgen/Almanya, B. No: 22978/05, 30 Haziran 2008, par. 164.

¹²² Bu örnekte, hâkim kararı olmadan dinlenen telefon kaydı tek delil olmasa da delillerden biri olarak esas alınmış ise de delile itiraz imkânı bulunduğu vs. gerekçelerle ihlal kararı verilmemiştir; Schenk/İsviçre, 12 Temmuz 1988, B. No: A 140, par. 48. AİHM haberleşme ve özel hayatın gizliliği haklarını ihlal ederek elde

olarak derece mahkemelerinin bu konudaki takdiri denetlenmemektedir. Ancak bu genel yaklaşımın istisnası bulunmaktadır.

Mahkeme adil yargılanma hakkı bakımından, ceza davalarında hükme esas alınan delilin Sözleşmenin 3. maddesine aykırı olarak elde edildiği iddialarını farklı değerlendirmekte ve delilleri değerlendirme konusunda kendisini yetkili görmektedir. Bu durumda delilin davanın sonucuna etkisi değil, elde ediliş biçimi ihlal nedeni¹²³ olmaktadır.¹²⁴

Cebir, tehdit ve hile ile şüpheliden delil elde edilmesi durumunda kişinin kendisi aleyhine delil sunmaya zorlanamaması yasağı da ihlal edilmektedir. Örneğin ceza davasında ileri sürülen delilin işkence veya kötü muamele yasağını veya özel hayatın gizliliği hakkını ihlal eder biçimde hukuka aykırı olarak elde edilmesi söz konusu olduğunda, AİHM bu olguya ilişkin delilleri bizzat değerlendirmektedir.¹²⁵ Mahkemeye göre, sanığın ikrarı kötü muamele sonucu elde edilmişse, bu ikrar hükme temel alınmasa dahi, adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir.¹²⁶ Diğer taraftan 3. maddenin ihlaliyle elde edildiği ileri sürülen deliller bakımından, iç hukukta fail işkence veya kötü muameleden mahkûm edilmese veya hakkında etkili soruşturma yapılmamış olsa dahi AİHM delil değerlendirmesi yaparak bu olguyu tespitle, 6. maddenin ihlal edildiğine karar verebilmektedir.¹²⁷

Sözleşmenin 8. maddesini ihlal eder şekilde elde edilen deliller bakımından ise mutlak bir ihlal yaklaşımı bulunmamakta, yargılamanın bütünü değerlendirilmektedir. Yargılamada kullanılan ve 8. maddeyi

edilen deliller bakımından benzer yaklaşım içindedir. Ancak bu tür delillerin mahkûmiyetin tek kanıtı olması durumunda ihlal sonucu ortaya çıkabilecektir.

¹²³ Turan, Hüseyin, Adil Yargılanma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 348.

¹²⁴ Söylemez /Türkiye, B. No : 46661/99, par. 107 ve 122-24, 21 Eylül 2006. Gäfgen/Almanya [GC], B. No : 22978/05, par. 162-188, ECHR 2010 (kararda 6. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmış)

¹²⁵ Khan/Birleşik Krallık, B. No: 35394/97, 12.5.2000, par. 34-40; O'Halloran ve Francis/Birleşik Krallık, B. No: 15809/02 ve 25624/02, 29.6.2007, par. 53-63; Heaney ve McFinnness/İrlanda, B. No: 34720/97, 21.12.2000, par. 54,55; Bykov/Rusya, B. No: 4378/02, 10.3.2009, par. 88-93; Öncü, 2012, s.402.

¹²⁶ Ashot Harutyunyan /Ermenistan, B. No: 34334/04, 15 Haziran 2010; Levința/Moldova, B. No: 17332/03,16 Aralık 2008, par. 101,106; Örs ve Autres /Türkiye, B. No : 46213/99, par. 58- 61, 20 Haziran 2006.

Mahkeme, Türkiye'ye karşı bir başvuruda, gözaltında 3. maddeye aykırı muamele sonucu elde edilen delilin dosyaya kabul edilmemesini temin edecek bir ön sorun yargılamanın bulunmamasını da eleştirmiştir; Hulki Güneş/Türkiye, B. No: 28490/95, par. 91.

¹²⁷ Doğru/Nalbant, 2013, C. 2, s.641.

ihlal eder biçimde elde edilmiş olan delil tek veya temel delil vasfında ise ve başvuru tarafından inanılabilirliğine ilişkin olarak ileri sürülmüş makul şüphe nedenleri varsa 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilir.¹²⁸

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da, işkence sonucu ve müdafii bulundurulmadan alınan ifadenin hükme esas alınması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹²⁹

5. Bir Davanın Olgularının Belirlenmesi Gerektiğinde

Sözleşmedeki bir güvencenin uygulanması dolayısıyla bir davanın olgularının belirlenmesi talep edildiğinde AİHM, ulusal mahkemelelerin olgular hakkındaki değerlendirmeleri ile bağlı değildir.¹³⁰ Örneğin, Sözleşmenin 3. maddesine aykırılık (işkence veya diğer bir insanlık dışı muamele yasağını ihlal) iddiası ileri sürüldüğünde, o dava hakkında ulusal mahkemenin yaptığı tespitle bağlı kalınmaksızın, davaya ilişkin kanıtlar incelenerek, işkence veya kötü muamele olgusunun varlığı ve bu olgunun asgari eşiği aşıp aşmadığı ortaya konulmaktadır.¹³¹

AİHM kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddialarını maddi veya usul bakımından incelerken, derece mahkemeleri veya soruşturma makamlarının iç hukuka dair tüm uygulama ve yorumlarını denetlemekte, adeta bir derece mahkemesi gibi hareket etmektedir. Dolayısıyla bu tür başvurularda ikincillik ilkesi bir dereceye kadar terk edilmektedir. AİHM'in sonraki birçok kararında atfı yaptığı İrlanda/Birleşik Krallık kararında, gerektiğinde bizzat delil elde etmeyi de kapsayan açıklamaları konuya örnek teşkil etmektedir:

"İdari pratiğin kanıtlanması: Mahkeme olayda Sözleşmenin 3. maddesine aykırı pratiklerin bulunup bulunmadığı konusunda ikna olabilmek için, ispat külfetinin sadece Hükümetin üzerinde olduğu düşüncesine dayanmaz. Mahkeme önüne gelen davalarda, ister Komisyon'dan ister taraflardan, isterse başka kaynaklardan gelsin önündeki bütün materyallere dayanır ve gerekirse kendisi materyal toplar.

¹²⁸ Sibelinceoğlu, AİHM Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınevi, 3.B. İstanbul 2008, s. 289.

¹²⁹ Müslüm Turfan, B. No: 2013/2516, 18.11.2015, par. 52-57.

¹³⁰ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013,s. 15.

¹³¹ Örn. Ribitsch/Avusturya, A 336, (1995); Harris/O'Boyle/Bates/Buckley,2013,s. 15.

*Komisyon vardığı sonuçları, dinlediği 100 tanığın ifadelerine, sağlık raporlarına 16 tamamlayıcı olaya, 41 olayla ilgili yazılı sözlü sunuşlara dayanmıştır. Kanıt standardı olarak 'makul kuşkunun bulunmaması' standardını kullanmıştır."*¹³²

Benzer biçimde, *yaşam hakkının* maddi yönden ihlal edilip edilmediği (devletin yaşama hakkını koruma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği) olgusuda AİHM tarafından bizzat delil değerlendirilmesi yapılarak incelenen konulardandır. Sözleşmenin 2. maddesinde ayrıca iç hukuktaki yasaya atıf yapıldığından, yaşama hakkına yönelik başvurularda bu nedenle de ulusal yasa doğrudan AİHM tarafından yorumlanabilmektedir.

Bu konuda Alman Federal AYM'nin de gerektiğinde 'müdahalenin yoğunluğu' ölçütünü kullanarak kendisini maddi olguları incelemeye yetkili gördüğü belirtilmektedir.¹³³

Anayasa Mahkemesi yaşam hakkı ile işkence ve diğer kötü muamele yasağının ihlaliyle ilgili başvurularda, uyumsuzluğa konu olgunun tespiti için aynı yöntemi kullanmakta, dosyadaki delilleri irdeleyerek kendi hukuki nitelmesini yapmaktadır. Örneğin İpek Deniz başvurusunda kolluk görevlilerinin güç kullanımı nedeniyle ölümün gerçekleştiği kabul edilmiş ve yaşam hakkının esastan ve usul yönünden ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹³⁴ Diğer bir başvuruya konu kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiası da Mahkemece benzer bir yöntemle yapılan incelenmiş ve yapılan muamelenin asgari ağırlık eşiğini aştığı ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele niteliğinde bulunduğu tespiti yapılarak, Anayasanın 17/3. maddesinin esas ve usul yönünden ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.¹³⁵

6.Sözleşmenin İç Hukuka Atıf Yaptığı Hallerde Takdir Alanının Denetlenmesi

a. Genel olarak

AİHM kararlarında, Sözleşme maddelerinde iç hukuka atıf yapılan hallerde Devletlerin ve ulusal makamların takdir yetkilerinin bulunduğu kabul edilmektedir. Takdir alanı doktrini gereği kural olarak

¹³² İrlanda/Birleşik Krallık, 18.1.1978, 5310/71, par. 161; Doğru, 2002, s. 215.

¹³³ BVerfGE 85, 1, 14; Kanadoğlu, s. 23.

¹³⁴ İpek Deniz ve Diğ. B. No: 2013/1595, 21.4.2016.

¹³⁵ Özlem Kır, B. B. No: 2014/5097, 28.9.2016.

ulusal hâkimin iç hukuku yorumu, uygulaması ve olgu (vaka) tespiti esas alınmaktadır. Fakat kararlarda bu takdir alanının sınırsız olmayıp, Sözleşmeye uygunluk denetiminin yapılması gerektiği de ifade edilmektedir. Bir açıdan, takdir alanının denetimiyle ilgili bu ifadelerin takdir alanı teorisinin istisnaları olmayıp, sınırının çizilmesiyle ilgili olduğu da söylenebilir. Fakat kararlarındaki kendisini sınırlayıcı açıklamalarına karşın, ulusal düzeydeki uygulamanın Sözleşmeye bağdaşmadığı hallerde AİHM'nin; "iç hukuku yorumlama, vakayı bizzat tespit ve delilleri bizzat değerlendirme" şeklindeki uygulaması düşüncemize göre, fonksiyonel olarak denetimin ötesine geçerek takdir alanı teorisinin istisnasına dönüşmektedir. Aşağıda üç ana başlık altında verilen örnekler bu fikrimizin teyit eder mahiyettedir. Nitekim AİHM eski hâkimi Gölcüklü'nün ifadesiyle, belirtilen hallerde aslında AİHM tarafından, devlet organlarının (idare-mahkeme) yaptığı müdahalenin "yerindeliği" ve "yasaya uygunluğu" Sözleşme yönünden denetlenmektedir.¹³⁶

AİHM ulusal makamın takdir alanını denetleme (fonksiyonel olarak önüne geçme) yetkisine dayanak olarak bazı kararlarında Sözleşmenin iç hukuka (yasa kavramıyla) atıf yaptığı halleri göstermektedir. Buna iki örnek, Sözleşmenin 5(1). maddesiyle ilgili Winterwerp/Hollanda ve Lukanov/Bulgaristan, kararlarıdır.¹³⁷ Benzer 'yasa' atıfları Sözleşmenin 2. maddesinde ve 8 ila 11. maddelerinin ikinci fıkralarında da yapılmaktadır. Bu atıflar, iç hukukun hakları sınırlayıcı düzenlemeleri konusunda üye devletlere takdir alanı sağlamaktadır. Fakat aynı atıflar yine belirtilen kararlarda AİHM'nin denetim yetkisine dayanak olarak kabul edilmektedir.

AİHM diğer bazı kararlarında, ulusal makamın takdir alanını denetleme konusundaki yetkisini, "takdir alanının sınırsız olmadığı ve ulusal uygulamanın Sözleşmenin standardı ile bağdaşıyor olup olmadığını denetleme yetkisinin kendisinde bulunduğu" görüşüne dayanmaktadır:

*"Madde 10(2), Sözleşmeci devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez. Devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini güvence altına almakla görevli olan AİHM, ... nihai kararı vermekle yetkilidir"*¹³⁸

¹³⁶ Gözübüyük / Gölcüklü, 2013, s. 428.

¹³⁷ Winterwerp/HollandaB. No : 6301/73, 24.10.1979, par. 46; Lukanov/Bulgaristan, B. No :21915/93, 20.3.1997, par. 41.

¹³⁸ Handyside/Birleşik Krallık, par.49.

AİHM'nin Sözleşmenin 2 ve 3. maddeleriyle ilgili davalarda, ölümün devletin yükümlülüğüne aykırı biçimde gerçekleştiği veya işkenenin varlığını tespit için tüm delilleri incelemekte, gerekirse delil elde etmeye çalışmakta ve bu olguların kanıtlanabilmesi için bir kanıt standardı ortaya koymaktadır. AİHM'ne göre bu olgular, "makul şüpheye yer bırakmayacak" bir biçimde ispatlanmalıdır. Bu düzeydeki ispat, yeterli derecede sağlam, kesin ve birbiriyle uyumlu bir ipuçları demetinden ya da inkâr edilmeyen veya çürütülememiş karinelere dayanabilir. Kimi durumda olayın özelliğine göre bir tarafın ispatla yükümlü tutulması gerekebilir. Örneğin gözaltı veya cezaevinde ölüm olayları gibi devletin kontrolü altında iken ölüm olaylarında, devletin ölümün nedenleriyle ilgili açıklama yapma yükümlülüğü bulunmaktadır.¹³⁹

b. Gözaltı ve Tutuklamanın hukuka uygunluğunun denetlenmesinde

aa. AİHM Kararlarında denetimin kapsamı

Sözleşmenin 5/1. maddesinin alt bentlerinde özgürlüğü kısıtlayan ve yasaya dayanan haklı müdahaleler düzenlenmiş ve bu arada c bendinde ise "kişinin suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması" nedeni gösterilmiştir. Yakalanan ve tutulan kişiler (yakalama-gözaltı süreci) tarafından yapılan başvuru anılan (c) bendi kapsamında incelenmektedir. Yine 5/1-c maddesindeki sebeple yakalanan veya tutulan kişinin, aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca derhal bir hakim önüne çıkarılması, makul süre içinde yargılanması ya da yargılanma süresince serbest bırakılma hakkı bulunmaktadır. Yakalanan veya tutulan kişi, 5. maddenin 4. fıkrası uyarınca; kısa bir süre içinde tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında karar verilmesi ve yasaya aykırı ise serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

¹³⁹ Doğru/Nalbant, 2013, C.2,s. 12, 13; Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 152. Bu konuda örnek kararlar için bkz; Selmouni v. France [GC], no. 25803/94, § 87, ECHR 1999-V; Salman v. Turkey [GC], no. 21986/93, § 99, ECHR 2000 VII; İpek v. Turkey, no. 25760/94, §165, 17.02.2004; Akdeniz v. Turkey, no. 25165/94, § 96, 31.05.2005.

AİHM, Sözleşmenin 5. maddesi bakımından iç hukukta askeri hizmetin gereği olarak asker kişilere farklı bir disiplin hukuku ve ceza sisteminin kabul edilmesinde¹⁴⁰ ve bir kişinin akıl hastası olması (ve hasta kategorileri olarak alkolik, uyuşturucu bağımlısı, serseri kavramlarının belirlenmesi) nedeniyle tutulmasının gerekip gerekmediğinin düzenlenmesi konularının devletlerin takdir alanı içerisinde olduğunu kabul etmektedir.¹⁴¹ Buna karşın, 1. fıkranın (c) bendinde geçen 'makul gerekçe,' 3. fıkradaki 'derhal' ve 4. fıkradaki 'kısa süre' ibareleri bakımından takdir marjı kabul edilmemektedir.¹⁴² Özgürlüğün asıl, tutmanın yasal sebebe bağlı ve istisna oluşu karşısında, kişinin hukuka uygun olarak tutulduğunun (tutmanın zorunluluğunun) ulusal makamlar (derece mahkemesi) tarafından kanıtlanması gerekir.¹⁴³ Kanıtlamanın yöntemi, ilgili ve yeterli gerekçe gösterilmesidir.

Sözleşmenin 5. maddesinde iç hukuktaki 'yasa'ya atıf yapıldığından, 5/1. madde gereği yapılan başvurularda, ulusal makamın yargısal kanaati denetlenmekte, deliller AİHM tarafından tekrar değerlendirilerek tutuklamanın hukuka uygun olduğu veya olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Mahkeme, Sözleşmenin 5. maddesinde iç hukuka gönderme yapılması nedeniyle denetim yetkisinin bulunduğunu kabul etmektedir:

*"Mahkemeye (AİHM) göre Sözleşmenin 5(1). maddesindeki hukukun öngördüğü bir usule uygun tutma deyimi, iç hukuktaki usule göndermede bulunmakta ve bu iç hukukta öngörülen usule uygun davranmayı öngörmektedir. ... Mahkeme olayda iç hukukta öngörülen usule uygunluk bulunup bulunmadığını inceleme yetkisine sahiptir. Çünkü burada Sözleşme doğrudan iç hukuka atıfta bulunmaktadır."*¹⁴⁴

AİHM benzer kararlarında, ulusal makamların yorum yetkisini gözetmekle birlikte, ilgili iç hukuk kuralını bizzat yorumlayıp, bir taraftan kuralın ve diğer taraftan da kurala ilişkin ulusal makamın yoru-

¹⁴⁰ Engel ve diğ./Hollanda, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8.6.1976, par. 59.

¹⁴¹ Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 370.

¹⁴² Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 370.

¹⁴³ HutchisonReid/Birleşik Krallık, 2003 IV; 37 ECHR 211, par. 71; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 186.

¹⁴⁴ Winterwerp/Hollanda B. No: 6301/73, 24.10.1979, par. 46; Doğru, 2002, s. 328. Aynı yönde bkz.; AİHM Lukanov/Bulgaristan, B. No : 21915/93, 20 Mart 1997, par. 41.

munun Sözleşmenin ilgili maddesindeki standardı sağlayıp sağlamadığını kontrol etmektedir.

Örneğin Sözleşmenin 5/1-c maddesi bakımından bir suç isnadıyla kişinin yetkili hâkim önüne çıkarılmak amacıyla tutulabilmesi için ‘makul şüphenin varlığı’ gerekli görülmektedir.¹⁴⁵ Anayasamızda bu hükmün karşılığı “kuvvetli belirti” ibaresini içeren 19/3. maddedir. AİHM makul şüphe kavramını; “kişinin suç işlemiş olabileceğine dair tarafsız bir gözlemciyi tatmin edecek olgu ve bilgilerin varlığını gerektirir düzeyde bir şüphe hali” olarak anlamaktadır.¹⁴⁶ Aynı şekilde, bu gerekçeyle hâkim tarafından tutuklandıktan sonra da tutukluluğun devamının hukuka uygunluğu açısından şüphelinin müsnet suçu işlediğine dair makul şüphenin devam ediyor olması da şarttır.¹⁴⁷ Başka deyişle, ilk yakalama ve tutuklama anında var olması zorunlu olan makul şüphenin, tutukluluk boyunca devam ettiğinin ve halen var olduğunun gösterilmesi gerekir.¹⁴⁸ Dolayısıyla AİHM, ulusal hâkimin makul şüphenin varlığına ilişkin kanaatini esas almayıp, gerekçede gösterilen kanıtlar bağlamında bu kanaatin şüpheyi ispat bakımından *yerinde olup olmadığını* ayrıca değerlendirmektedir.

Lukanov kararında, halen milletvekili olan başvuruçunun, başbakan olarak görevdeyken aldığı kararları suç olarak değerlendiren ulusal mahkeme kararının aksine, AİHM tarafından bizzat yapılan delil değerlendirmesi sonunda, başvuruçunun kararlarının hukuka aykırı olduğuna ilişkin dosyada ‘hiçbir delil olmadığı’ tespitini yaparak tutuklamanın hukuka aykırı olduğuna ve 5(1). maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Bkz.:Jecius/Litvanya, B. No: 34578/97, 31.7.2000, par. 50. Bu durumda sorgu için tutmanın amacı şüpheyi teyit etme veya ortadan kaldırmak suretiyle ceza soruşturmasını yürütmek olduğundan, makul şüphe şartı gerçekleşmek kaydıyla bu esnada suçlamak için yeterli delil elde edilmiş olması da gerekli görülmemektedir (Brogan ve diğ./Birleşik Krallık, 29.11.1988, par. 53).

Ayrıca, Madde 5/1 kapsamında suç isnadıyla tutma için suçla şüpheliyi irtibatlı ve dolayısıyla şüpheyi makul kılan bazı olgu ve bilgilerin var olması gerekli olduğu gibi, isnat edilen eylemin iç hukukta suç teşkil etmesi veya edebileceğinin makul bir biçimde değerlendirilebilir olması da gereklidir. İç hukukta suç oluşturmayan bir eylem hakkında makul şüpheden söz edilemez (Woch/Polonya, B. No: 27785/95, 19.10.2000, par. 108-109).

¹⁴⁶ Tanım için bkz. Fox, Cambell ve Harley-Birleşik Krallık, 30.8.1990, B. No: 9, par. 32.

¹⁴⁷ Bkz.:Stögmüller/Avusturya, 10.11.1969, par. 40; McKay/Birleşik Krallık (GC), B. No: 543/03, 3.10.2006, par. 44.

¹⁴⁸ Bkz. Ilgar Mammadov/Azərbaycan, B. No: 15172/13, 22.5.2014, par. 90.

¹⁴⁹ AİHM Lukanov/Bulgaristan, B. No: 21915/93, 20 Mart 1997, par. 41-46.

Hukuka aykırı tutuklama nedeniyle Sözleşmenin 5(1). maddesinin ihlal edildiği kararı verilen diğer bir başvuruda da hüküm fıkrasında derhal tahliye anlamına gelen; “davalı *Devletin başvurusunun mümkün olan en kısa tarihte salıverilmesini sağlaması gerektiğine*” kararı verilmiştir.¹⁵⁰

Gözaltı ve tutuklama kararını veren milli mahkeme ve hâkimin makul şüpheye ilişkin kanısının denetlenip, delillerin tartışıldığı diğer bir karar *Ayşe Yüksel kararı*dır.¹⁵¹ Kararda Çağdaş Yaşamı Destekleme Derneği'nin faaliyeti nedeniyle gözaltına alınıp bunlardan birinin tutuklanmasıyla sonuçlanan süreç incelenmiştir. Mahkeme, incelediği mevcut deliller karşısında tutuklamaya esas iddiaların ve tutuklama gerekçelerinin objektif bir gözlemciyi, başvuranların yasadışı bir örgüte üye olma suçunu işlemiş olacakları konusunda ikna etmek için yeterli kabul edilemeyeceğini belirterek Sözleşmenin 5(1). maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Diğerlerinde olduğu gibi bu kararda da AİHM gözaltı-tutuklama gerekçesi olarak gösterilen *delilleri isnat edilen suç bağlamında* bizzat kendisi değerlendirmiştir.

*Buzadji-Moldova kararı*nda (No: 23755/07, 5.7.2016-BD) önceki içtihatlarda ortaya konulan kriterler geliştirilmiş; ilk tutulma (yakalama-gözaltı) anında makul şüphe yeterli sayılabilir ise de tutulma kararının ilk yargısal denetimi (tutuklama kararı) sırasında ve tutukluluğun uzatılmasına ilişkin sonraki kararlarda makul şüphenin varlığı ile diğer tutma nedenleri konusunda ilgili ve yeterli gerekçenin aranması gerektiği belirtilmiştir (par.86-88 ve 96-97). Karardaki bu yaklaşım doktrinde, tutuklama konusunda hakime tanınan takdir yetkisinin daraltılması anlamına geldiği şeklinde yorumlanmıştır.¹⁵² Kararda ayrıca özgürlüğü kısıtlama için 5. maddede aranan güvenceler bakımından hapis ile *ev hapsinin* aynı şekilde değerlendirilmesi gerektiği (par. 104) ve başvurusunun ev hapsini kendisinin istemesinin de özgürlükten ferat olarak yorumlanamayacağı (par. 108-113) ifade edilmiştir.

¹⁵⁰ Bkz. Assanidze/Gürcistan, B. No: 71503/01, 8 Nisan 2004, par. 202, 203, hüküm fıkrası 5, 7/a.

¹⁵¹ AİHM Ayşe Yüksel ve diğ./Türkiye, B. No: 55835/09, 55836/09 ve 55839/09, 31.5.2016, par. 16,17.

¹⁵² Ersan Şen, Tutuklulukta İlgili ve Yeterli Gerekçe ve Geçici Tedbir, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2164081-tutuklulukta-ilgili-ve-yeterli-gerekce-ve-gecici-tedbir> (erişim tar.15.3.2018).

Görüldüğü gibi AHİM ilk tutuklama kararından itibaren ilgili ve yeterli gerekçeyi zorunlu görmekte ve tutuklamaya karar veren yerel makamların gerekçesinde dayanan delilleri tartışıp, *yerel hâkimin makul şüpheye dair takdirini* ve (bazı yazarların ifadesiyle)¹⁵³ *kararın yerindeliğini* denetlemekte ve makul şüphenin bulunmadığı sonucuna ulaşabilmektedir.

Mergen davasında, örgüt üyesi olarak gözaltına alınan dernek üyelerinin başvurularını inceleyen AİHM, makul şüphe için dayanak olarak gösterilen tüm delilleri kararda tartışarak Türk makamlarının gözaltı kararlarının yerinde olmadığını tespit etmiştir:

*“Hükümetin, başvuranlarla Ergenekon örgütü arasında bir ilişki bulunduğu dair delil unsuru sunmamış olması sebebiyle, Mahkeme bu gerekçeyle ikna olmamıştır. Söz konusu derneğin bazı üyelerinin de yasadışı bir örgüte mensup oldukları yönündeki iddia, tek başına, tarafsız bir gözlemcinin, başvuranların yasadışı bir örgüte mensup olma suçunu işlemiş olabileceklerine dair ikna edilmesi için yeterli olarak değerlendirilemeyecektir. Mahkeme, bu değerlendirmeler ışığında, somut olayda, ulusal makamlar tarafından ileri sürülen yasal hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasının, başvuranların yakalanmaları ve gözaltına alınmalarının kanuna aykırı ve keyfi bir nitelik taşıması bakımından makul olmadığı kanısı (ile) ... Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır.”*¹⁵⁴

AİHM ceza kararının infazı yönünden iç hukukun yorumlanmasıyla ilgili olarak da denetim yapmıştır. İspanya'ya karşı yapılan bir başvuruda, terör suçundan mahkum olan başvuranın cezasının infazıyla ilgili kanunun yorumunun (ceza indiriminde uygulanan yöntem konusundaki içtihat değişikliğinin) neden olduğu belirsizlik nedeniyle, belirsizliğin ortaya çıktığı tarihten sonraki tutmanın 'hukuka uygun olmadığına' ve Sözleşmenin 5(1). maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹⁵⁵ Kararda takdir alanı doktrini yönünden önemli noktalardan biri, başvuruçunun tahliyesine karar verilmesinin istenmesidir. Mahkeme tutuklamanın hukuka uygun olmadığı gerekçesine dayalı ihlal tespitinden sonra kararın 3 numaralı hüküm fıkrasında, *“davalı Devletin başvuruçunun mümkün olan en kısa tarihte salıverilmesini sağlaması gerektiğine”* karar vermiştir.

¹⁵³ Gözübüyük/Gölcüklü, 2013, s. 428.

¹⁵⁴ AİHM Mergen Ve Diğerleri/Türkiye, 31.5.2016, B. No: 44062/09, 55832-34-41-44/09, par. 52-55.

¹⁵⁵ AİHM Del Rio Prada/İspanya, B. No: 42750/09, 21 Ekim 2013, par. 127-132.

Tutuklama dolayısıyla makul şüphe bağlamında iç hukuku detaylı bir şekilde yorumlamaya ilişkin diğer bir örneği Azarbeycan'a karşı *Jafarov kararında* görmekteyiz. Bu davada başvuran, ülkesinde resmi bir kaydı olmayan İnsan Hakları Kulübünü işletmek ve bu faaliyetler kapsamında topladığı bağışları yasadışı kazanç kabul edilip, vergi kaçırma suçunu işlediği iddiasıyla tutuklanmıştır. AİHM bu davada ulusal hukuku inceleyerek, bağışların Azerbaycan Bağışlar Kanununa uygun toplandığını, bağışları bildirim zorunluluğuna uymamanın yaptırımının da İdari Suçlar Kanunu uyarınca idari para cezasını gerektirdiğini, fiilin ulusal hukukta özgürlüğü bağlayıcı bir cezanın gerektirmediğini, ticari kazanç sayılamayacak olan bağışlar nedeniyle vergi tahsili gerekmediğinden vergi kaçırma suçunun oluştuğuna dair bir bilgi ve bulgunun bulunmadığını, bunun dışında başvuranın bağış paralarını amacı dışında kullandığına dair bir kanıtın da ortaya konulmadığını ve ayrıca Ceza Kanununun 308. maddesi kapsamında yetki suiistimali suçu kapsamında 'kanunsuz avantaj elde etmek' suçunun işlendiğini gösterir bilgi, olgu veya kanıt bulunmadığını belirtmek (par.130) suretiyle, başvurana yapılan suçlamaların makuliyetten uzak ve 'uydurma' olduğu tespitini yapmıştır(par. 132). Ayrıca hernekadar başvuran hakkında ceza davası açılmış ise de tutukluluk incelemesi bakımından Mahkemenin görevinin de, "yargılamadan önceki duruma göre tutukluluğun haklılığını değerlendirmek" olması karşısında, başvuranın "makul şüphe olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakıldığı" belirtilerek **5/1. maddenin** ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹⁵⁶ Bu kararda AİHM'nin tutuklamaya temel olan suçlamaya konu eylemi ulusal hukuk yönünden niteleyip, vergi kaçırma veya özgürlüğü bağlayıcı bir ceza gerektiren bir suçu oluşturmadığı ve ayrıca isnat edilen suça ilişkin bir kanıtın da bulunmadığı tespitlerini yaptığına dikkat edilmelidir.

Takdir alanı doktrininin istisnalarına ilişkin başka örnekler de bulunmaktadır. Azarbeycan'a karşı *Fatullayev davasında* AİHM, gazeteci olan başvurucunun gazetede yazısı nedeniyle tutuklu yargılanması dolayısıyla ilk ve ikinci ceza mahkûmiyeti nedeniyle Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verdi. Mahkeme, gazete yazısında ABD ve İran ilişkileri incelenip, etnik azınlığın bulunduğu bölgedeki işsizlik, uyuşturucu kullanımı, sosyal ve ekonomik nedenlerin tar-

¹⁵⁶ AİHM RasulJafarov/Azerbaycan, B. No: 69981/14, 17.3.2016, par. 114-134.

tışıldığını ve yazıda şiddet vurgusu veya etnik bir grubu aşağılayıcı bir unsur bulunmadığı gibi milli mahkemenin bu konuda yeterince gerekçe sunmadığı halde başvurunun yazısının terör tehdidi ve etnik düşmanlığı kışkırtma şeklinde yorumlanarak başvurunun 8 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasının demokratik bir ihtiyaca cevap vermediğini ve hukukun keyfi biçimde yorumlanarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini kabul etmiştir (par. 124-131). Kararda ayrıca, ceza mahkemesi hâkiminin aynı olay nedeniyle hukuk yargılaması hâkimi olarak da görev yapmış olmasının bağımsız mahkeme önünde yargılanma hakkını (Söz. 6/2) ihlal ettiği belirtildi (par. 139, 140). Bu kararda yine, savcılığın başvuru hakkında terör suçu işlediğine ilişkin basın açıklamasının da masumiyet karinesini (Söz. 6/2) ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

Fatullayev kararının 176 ve 177. paragraflarında, Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği durumda başvuranın halen hapsedilmeye devam edilmesinin kabul edilemez bir durum olduğu ifade edilmiş ve davanın şartları ve 10. madde ihlalini gidermeye yönelik acil ihtiyaç dikkate alındığında Mahkemenin (AİHM) Sözleşmenin 46. maddesi uyarınca davalı Devletin başvurunun derhal serbest bırakılmasını güvenceye almasını değerlendirdiği belirtilmiştir. Mahkeme bu tespitle yetinmemiş ve 6 numaralı hüküm fıkrasında “davalı Devletin başvurunu *derhal serbest bırakılmasını sağlaması* gerektiğine” karar vermiştir.¹⁵⁷

Tutukluluk süresinin makul olmadığı iddiaları yönünden de AİHM tarafından milli mahkemenin karar gerekçeleri denetlenmektedir. Tutukluluğu devam ettiren kararların, özgürlükten yoksun kılmayı gerektiren önemli toplumsal yararı ve ölçülülüğü, ilgili ve yeterli gerekçeyle gösterememeleri durumunda Sözleşmenin 5(3). maddesinin ihlal edildiğine karar verilmektedir.¹⁵⁸

Ahmet Şık kararında AİHM, terör örgütüne yardım amacıyla kitap yazdırılmakta olduğuna dair ciddi bir suça dayalı isnat üzerine başvuranın tutuklanmasından sonra, ele geçen kitabın serbestçe satılmakta olduğu da dikkate alınmak suretiyle, içeriği itibarıyla bazı kısımlarının

¹⁵⁷ AİHM Fatullayev/Azarbeycan, B. No : 40984/07, 22 Nisan 2010.

¹⁵⁸ Örneğin; AİHM Mansur-Türkiye kararı, 8 Haziran 1995, seri A no 319-B, § 52, Ali Hıdır Polat-Türkiye kararı, no: 61446/00, 5 Nisan 2005); Yakışan/Türkiye, B. No: 11339/03, 6 Mart 2007.

hakaret veya adli makamlara baskı suçunu oluştursa dahi tutuklamayı gerektirir ağırlıkta olmadığını değerlendirip ihlal sonucuna ulaşmıştır. Kararda ulaşılan kanaat; "... böylesi bir işlem, terör eylemleri yaptıkları iddia edilen sorumluları yargı önüne çıkarma amacından daha çok, Ergenekon davasına karşı yöneltilen ve soruşturma makamları tarafından haksız olarak değerlendirilen eleştirilerin cezalandırılması iradesinden esinlenmiş olarak gözükmektedir. Mahkeme, başvurana atfedilen fiilleri soruşturmanın daha en başında ciddi terör suçu olarak nitelendirerek ve dolayısıyla tutukluluğa dair yasal karineyi uygulayarak yerel makamların, başvuramı böylesine uzun süren bir dönem boyunca "ikna edici" ve "yeterli" olarak nitelendirilemeyecek gerekçelerle tutuklu olarak bulundurduklarını değerlendirmektedir. Dolayısıyla Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrası ihlal edilmiştir." ifadeleriyle açıklanmıştır. Mahkeme ayrıca, başvurucunun yazdığı kitap nedeniyle hukuka aykırı olarak tutuklanmasının ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etkisi bulunduğunu belirtmiş ve Hükümetin başvuru yollarının tüketilmediğine yönelik itirazlarını reddederek (daha önce verdiği Yılmaz ve Kılıç/Türkiye, No. 68514/01, par. 37-44, 17 Temmuz 2008-kararına atıfla), Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine de karar vermiştir.¹⁵⁹

Diğer taraftan makul şüphe ile yakalanıp hâkim önüne çıkartıldıktan sonra (5/1-c, 5/3)hâkim kararıyla tutuklanan kişinin, 5. maddenin 4. fıkrası gereği kısa bir süre içinde tutuklamanın hukuka uygunluğunu inceletebileceği bir mahkemeye başvuru hakkının da tanınması gerekmektedir. Sözleşme gereği, tahliye istemini reddeden hâkimin kararına karşı kanun yolu tanınması zorunlu değil ise de, iç hukukta bu yol öngörülümüşse, itirazı inceleyen mahkemenin de 4. fıkranın gereklerine uygun bir inceleme yapması ve yetkisinin bu incelemeyi kapsamaması zorunludur.¹⁶⁰ Başka deyişle, itirazı inceleyen hâkim, tutmanın hukukiliği konusunda şüphe yaratan maddi vakıaları usulünce incelemek zorunda olup, tutmanın 'makul şüphe' şartını taşıyıp taşımadığının incelenmemesi halinde 5/4. madde ihlal edilmiş olacaktır.¹⁶¹

¹⁵⁹ AİHM Şık/Türkiye, 8 Temmuz 2014, B. No: 53413/11, par. 64, 65, 85,111.

¹⁶⁰ Toth/Avusturya, A 224, 1991, EHRR 551, par. 84; Grauzinis/Litvanya, 2000, 35 EHRR 144; Aerts/Belçika, 1996-V, 29 EHRR 50, par. 46; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley,2013, s. 185.

¹⁶¹ Bu zorunluluk için bkz. Nikolova/Bulgaristan, 1999-II, 31 EHRR 64, par. 61;Jecius/Litvanya, 2000-IX, 35 EHRR 400; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, 2013, s. 187.

bb. AYM Kararlarında özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin denetimin kapsamı

Kişi özgürlüğü ve güvenli hakkının ihlal edildiği iddiaları Anayasanın 19. maddesi kapsamında incelenmektedir. AYM tutukluluğun hukuki olmadığı iddialarını bu maddenin 3. fıkrası, tutukluluğun makul süreyi aştığı (uzun tutukluluk) iddialarını ise 7. fıkrası üzerinden incelemektedir.

Tutuklama ya da tutukluluğun devamına ilişkin bireysel başvurulara, ilk derece mahkemesinin kararı ile AYM'nin denetim yetkisi arasında çatışma olduğu ileri sürülebilir. Fakat aslında iki mahkemeye kanunlarla verilen yetkiler farklıdır. Bu konuda daha önceki bölümde, Sözleşmenin 5/1. maddesi yönünden AİHM'nin yaptığı denetimin, tutuklanan kişi hakkında 'makul şüphe'nin ve tutuklama nedenlerinin varlığı ile ölçülülüğünü kapsadığına değinilmişti. AYM'de aynı doğrultuda inceleme yapmaktadır.

Öncelikle ifade edilmelidir ki tutuklamaya veya devamına ya da bunlara itirazın reddine karar veren mahkeme de Anayasa ve CMK'da yer alan kişi özgürlüğüne ilişkin güvenceleri temin etmekle yükümlüdür. Özgürlüğün asıl, tutuklamanın istisna olduğu anılan güvence sistemi bakımından Mahkemeler kararlarında, tutuklanmasına karar verilen kişinin suç işlediğine ilişkin "kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin" bulunduğunu ve tutuklama tedbirinin 'ölçülü' olduğunu, dosyadaki delillerle ilişkilendirerek "ilgili ve yeterli gerekçeyle" göstermek zorundadır. Dolayısıyla mahkemenin göstereceği gerekçe suçun sübutu ile ilgili olmayıp, yalnızca tutuklamayı gerektiren şüpheyi kanıtlamaya yönelik olacağından, ihsası rey sorunu da söz konusu değildir.

Bu kapsamda derece mahkemesinin tutuklama koşullarını ve ilgili hukuk normunu yorumlama ve olaya özgü ölçülülüğünü belirlenme konusunda değerlendirme yetkisi bulunmaktadır.¹⁶² Ne var ki bireysel

¹⁶² Bu noktada doktrinde kimi zaman tutuklama merciinin 'takdir yetkisinden' söz edilmekte ise de düşüncemize göre takdir yetkisi, iki şeyden birini tercih yetkisini içerir. Buna karşın tutuklama konusunda kanunun (CMK m.100) hakime tanıdığı husus, tutuklama koşullarının somut olaya uygulanması ve şartlarının bulunduğu durumda ölçülü olduğu da belirlenebiliyor ve kamu yararı tutuklama yönünde ise bu tedbire, aksi durumda tutuklamama veya daha hafif bir tedbire karar vermeyi kapsamaktadır. Bu bakımdan hakimin takdir yetkisinden değil, yorumlama ve değerlendirme yetkisinden söz edilebilir.

başvuruda bu yetki denetime tabidir ve tutuklamaya ilişkin başvuru- nun konusu tam budur. Bu nedenle tutuklama kararının denetlenmesi ‘hakimin takdir alanına girilmesi’ veya ‘uyuşmazlığın esasını incele- me’ olarak nitelenemez. Zira hak ihlali söz konusu olduğunda bireysel başvuru yolu zorunlu olarak hakimin değerlendirme yetkisini sınırla- ma etkisine sahiptir.¹⁶³

Tutuklamanın hukuki olmadığı iddiaları AYM tarafından, tutuklama ve itirazı reddeden mahkeme-hakim kararlarındaki gerekçeler esas alınarak denetlenmektedir. AYM denetimini Anayasanın 19/3. maddesi çerçevesinde yapmaktadır. Anılan hüküm uyarınca tutuklama tedbirine ancak, ‘suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler’ hakkında ve kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla başvurulabilir. Ayrıca aynı fıkra uyarınca, ‘bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan’ diğer bir sebeple tutuklamanın zorunlu olduğunun kanunda gösterilmiş olması da gerekir. Dolayısıyla, 19/3. maddeye bağlı olarak AYM denetiminde öncelikle tutuklanan kişi hakkındaki iddianın kanunlara göre suç niteliği taşıyıp taşımadığını ve tutuklama şartları ile tutuklama yasağı veya engeli olup olmadığını dikkate almak zorundadır. İkinci olarak, isnat edilen eylemi sanığın işlediğine ilişkin olarak gösterilen olgu veya belirtilerin, tutuklamayı gerektirebilecek derecede ‘kuvvetli belirti’ niteliğinde olup olmadığını incelemelidir.¹⁶⁴ “Bunun için, suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır.”¹⁶⁵ Denetimde üçüncü aşama, kaçma veya delilleri karartma gibi tutuklama nedenlerinin varlığıdır. Son aşamada ise tutuklamanın ölçülülüğü değerlendirilmektedir. Tutuklama tedbirinin uygulanması bu olay bakımından ‘gerekli’ olmalı ve tutuklamayla sağlanabilecek kamu yararının daha hafif bir (adli kontrol gibi) tedbirle temini mümkün olmamalıdır (bkz. Engin Demir, B. No: 2013/2947, par. 69).

¹⁶³ Ulaş Karan, “Bireysel Başvuru Usulünün ilk Dokuz Ayına Dair Kısa Bir Değerlendirme”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2013, S. 9-117, (s.24-27), s. 27.

¹⁶⁴ AYM’nin tutukluluğun hukukiliğini incelerken, ‘kuvvetli belirti’ konusundaki gerekçeyi, tutukluluğu gerektiren şüphenin kanıtlanması boyutuyla denetlemesi gerektiği görüşü için bkz. Osman Doğru, “Bireysel Başvurunun Embriyon Çağı”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2013, S. 9-117, (s.28-32), s. 30.

¹⁶⁵ Hanefi Avcı, B. No: 2013/2814, 18.6.2014, par. 46. Kararın 48. paragrafında 5271 sayılı CMK’nın 100 vd. maddelerindeki tutuklama koşulları da dikkate alınmıştır.

AYM bu denetimi sonunda her bir aşamayla ilgili olarak tutuklamayı hukuki kılan unsurun yokluğu nedeniyle ihlal kararı verebilir. Örneğin suçluluğa ilişkin kuvvetli belirtinin olmadığı anlaşılmış ya da tutuklama nedeni gerekçede gösterilememişse, tutuklamanın ölçülülüğünün tartışılmasına gerek yoktur. AYM ilk bu güne kadar tutuklamanın hukuki olmadığı gerekçesiyle dört başvuru hakkında ihlal kararı vermiştir.¹⁶⁶

Kimi durumda denetimin, gerekçede yer alan delilin müstet suç yönünden uygunluğunu ve hatta delil sayılıp sayılmadığının değerlendirilmesini kapsaması da zorunludur.¹⁶⁷ Örneğin ifade açıklamasına yönelik suç isnatlarında denetim zorunlu olarak, söz konusu açıklamanın isnat edilen suçu oluşturup oluşturmayacağını da kapsayacak ve konu hakka ilişkin anayasal ilkeler çerçevesinde değerlendirilecektir. Suç tipi bakımından başka bir delil veya belirti gerektiği halde eylemin kendisi suçun kanıtı olarak gösterilmişse, denetimde zorunlu olarak tutuklamayı gerektiren delilin olmadığı tespitin yapılması icap eder.¹⁶⁸ Örneğin bir kişinin özel bir araziye girmesinin askeri yasak bölgeye girme suçunu (TCK m. 332) teşkil ettiği ileri sürülmekteyse, kişinin girdiği yerin askeri yasak bölge olduğuna ilişkin kanıtların da gösterilmesi gerekir. Bu yapılmayıp, soyut şekilde askeri yasak bölgede görüldüğüne ilişkin iddiaya dayalı olarak yapılan tutuklamanın hukuki olduğu söylenemez.

Bireysel başvuruya ilişkin denetim yetkisi AYM'ne sadece hukuk kuralının olaya uygulanmasını denetlemeyi değil, kuralın Anayasal yorumu yönünden de son sözü söyleme yetkisini vermektedir.¹⁶⁹ Nitekim Mahkeme Burak Döner kararında, CMK'nın 102. maddesinde ağır cezalı suçlar için öngörülen azami 5 yıllık tutukluluk süresini, kişinin

¹⁶⁶ Can Dünder-Erdem Gül, B. No: 2015/18567, 25.2.2016; Ayhan Bilgen, B. No: 2017/5974, 21.12.2017; Turhan Günay, B. No: 2016/50972, 11.1.2018; Mehmet Hasan Altan, B. No: 2016/23672, 11.1.2018; Şahin Alpay, B. No: 2016/1692, 11.1.2018.

¹⁶⁷ AYM bir kararında, başvuranın gazete yazısına konu haberin başka gazetelerde yayınlanmış olması karşısında, milli güvenlik açısından sakıncanın halen devam edip etmediğinin ve ölçülülük açısından da tutuklama tedbirine yayın tarihinden yaklaşık 6 ay sonra başvurulmuş olmasının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir; Can Dünder-Erdem Gül, B. No: 2015/18567, par. 78, 80.

¹⁶⁸ Kimi suçlar bakımından eylemin kendisi de suçun tek kanıtı olabilir. Örneğin hakaret veya tehdit suçu, tahkir eden ya da korkutan bir irade açıklamasıyla gerçekleşir. Bu tür suçlarda irade açıklamasını içeren gazete yazısı veya video görüntüsü hem eylemi hem de kanıtı içinde barındırmaktadır.

¹⁶⁹ Inceoğlu, Türkiye ve Latin Modelleri, s. 225; Sağlam, 2011, s. 22.

yargılandığı her bir suç için ayrı şekilde değerlendiren derece mahkemelerinin yorumunun, kanun hükmünü belirsizleştirdiğini ve bu durumun tutukluluğu öngörülemez bir şekilde uzatmaya elverişli olduğunu belirterek, tüm suçlar yönünden sürenin tek olarak değerlendirilmemesi nedeniyle Anayasanın 19/3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁷⁰

Tutukluluk süresinin makul bulunmadığına ilişkin iddialar da bireysel başvuru konusudur. Mahkeme ‘uzun tutukluluk’ gerekçesiyle verdiği ihlal kararlarında; tutuklama kararı üzerinden uzun süre geçmesine karşın yargılamanın halen tutuklu olarak sürdürülmesinin ilgili ve yeterli gerekçelerinin gösterilmemesi ve gerekçelerin kişiselleştirilmemesi ihlal nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu anlamda delillerle ilişkilendirmeden “suçun vasıf ve mahiyetine ve suçu işlediğine ilişkin kuvvetli suç şüphesinin bulunması” gibi soyut ifadelerin “ilgili ve yeterli gerekçe” olarak kabul edilmesi mümkün görülmemektedir. Tutuklama üzerinden üç yıl geçtiği halde tutukluluğun devamı için “delillerin tam olarak toplanamadığı” gibi bir gerekçe ileri sürülmesi kabul edilebilir değildir.¹⁷¹ Mahkeme çeşitli başvurularda, 3 ila 5 yıl arasında devam eden tutukluluklar nedeniyle Anayasanın 19/7. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin kararlar vermiştir.¹⁷²

AYM tutukluluğun hukuki olmaması veya uzun tutukluluk nedeniyle ihlal kararı verdiğiğinde, bu ihlalin başvuranın diğer bir hakkı üzerindeki etkisini dikkate alarak, tutuklamaya temel olan ilgili hakkın da ihlal edilmiş olduğuna karar vermektedir. Bu durumda ikinci hak yönünden başvuru yollarının tüketilmesi şartı da aranmamaktadır. Bu uygulama AİHM içtihatlarına dayanmaktadır.¹⁷³

¹⁷⁰ Burak Döner, B. No: 2012/521, 2.7.2013, par. 51-54.

¹⁷¹ Bkz. AYM Mehmet Güneş, B. No: 2014/1268, 17.5.2016, par. 54-56.

¹⁷² Örneğin; Firas Aslan ve Hebat Aslan, B. No: 2012/1158, 21.11.2013; Mehmet Haberal, B. No: 2012/849, 4.12.2013; Hanefi Avcı, B. No: 2013/2814, 18.6.2014; Veli Küçük, B. No: 2013/6099, 16.7.2014; Levent Ersöz, B. No: 2013/5274, 16.7.2014.

¹⁷³ Bkz. AİHM Nedim Şener/Türkiye (par.96, 122) ve Ahmet Şık/Türkiye (par. 85, 111) kararları.

Türkiye hakkındaki başvurularda başvuru yollarının tüketilmemesi (BYT) itirazının incelenip reddedildiği kararlara ilk örnek Kılıç kararıdır. Bu olayda başvuranlar, siyasal bir gösteri sırasında attıkları slogan nedeniyle PKK terör örgütüne yardım suçundan yargılanıp mahkûm edilmeleri dolayısıyla Sözleşmenin 6. maddesi ile 10. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşler, Hükümet ise 10. madde yönünden iç hukukta bir başvuru yapılmaması nedeniyle başvuru yollarının tüketilmediğini iddia etmiştir. AİHM bu itirazı incelerken, BYT koşulunun her ola-

Örneğin AYM tarafından tutuklamanın hukuki olmadığı kabul edilmiş ve başvuranın tutuklanmasına dayanak olan eylem gazetecilik faaliyetiyle ilgili ise, hukuka aykırı tutuklamanın caydırıcı etkisi karşısında ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu nedenle incelenen ikinci hak yönünden başvuru yollarının tüketilmesi de aranmamaktadır.¹⁷⁴ AYM Balbay kararında uzun tutukluluk nedeniyle (AY 19/7) ihlal kararı vermiş ve başvurucunun tutuklandıktan sonra milletvekili seçilmesine karşın bu durumun demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük yönünden dikkate alınmaması nedeniyle seçilme hakkının (AY 67) da ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹⁷⁵

AYM'nin tutukluluğun hukuki olmadığı nedeniyle verdiği ihlal kararları sonrasındaki tartışmalarda başvuranın serbest bırakılmasına ilişkin de bir karar verip veremeyeceği yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Belirtilen ihlal kararlarında Mahkeme yalnızca ihlale bağlı olarak mağduriyetin giderilmesi amacıyla 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesi uyarınca kararı ilgili mahkemeye gönderme kararı vermekle yetinmiştir. Buna karşın 6216 sayılı Kanun'un 50/1. maddesinde yer alan; "İhlal kararı verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir" kuralı uyarınca doktrinde AYM'nin de AİHM'nin kimi kararlarında verdiği gibi, "başvuranın derhal salıverilmesi için gereğinin yapılması" kararı ve gerektiğinde de 'tedbiren tahliye' yönünde karar verebileceği belirtilmiştir.¹⁷⁶ AYM bu yetkisini ilk kez ihlal kararının yerine geti-

yın özelliğine göre değerlendirileceğine işaret etmiş ve olayda başvuranın ifade biçimi nedeniyle yargılanmış olması karşısında, başvuranın yargılama sırasında ifade özgürlüğü hakkını zorunlu olarak ileri sürmüş olduğunun göz ardı edilemeyeceğini belirterek itirazı reddetmiş ve esas hakkında inceleme yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir; Yılmaz ve Kılıç/Türkiye, B. No: 68514/01, 17 Temmuz 2008.

¹⁷⁴ Bkz. AİHM Ahmet Şık/Türkiye, par. 85; AYM Erdem Gül-Can Dünder, B. No: 2015/18567, 25.2.2016, par. 92-100; Şahin Alpay, B. No: 2016/1692, 11.1.2018.

¹⁷⁵ AYM Mustafa Ali Balbay, B. No: 2012/1272, 4.12.2013.

¹⁷⁶ Tolga Şirin, „AYM'nin ve Derece Mahkemelerinin Yetki Kesişimi Tartışması : Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Özelinde Bazı Notlar“, [https:// www.tolgasirin.com/blog](https://www.tolgasirin.com/blog) (erişim t.18.1.2018).

Yazar aynı yazısında AYM'nin Şahin Alpay kararını da değerlendirmiş ve kararın 103. paragrafına yaptığı atıfla ; "Söz konusu olayda AYM, Ağır Ceza Mahkemesi'nin tutuklama ve tutuklamaya devam kararlarındaki gerekçeye odaklanmış ve sadece gazete yazılarından ibaret olan bulguların kuvvetli suç şüphesinin delili olarak gerekçelendirilmiş olduğunu tespit etmiş ve tutuklama kararında, Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan suçla dair

rilmemesi üzerine yapılan başvuru nedeniyle Şahin Alpay (2) kararında kullanmıştır.¹⁷⁷

c. Yaşama hakkının ihlal edildiği iddiaları

Sözleşmenin 2. maddesi gereği devletin negatif yükümlülüğü, kimseyi öldürmemektir. Devletin pozitif yükümlülüğünün ise maddi ve usuli boyutu bulunmaktadır. Maddi boyut gereği kişilerin öldürülmelerini önlemek için gerekli idari tedbirleri almak ve bu amaçla gerekli hukuk düzenini oluşturmak yükümlülüğü bulunmaktadır. AİHM yaşam hakkının ihlali iddialarını incelerken de ikincilik ilkesini esas almakla birlikte, incelenen olayın koşullarının mecbur bıraktığı hallerde delilleri değerlendirip, ulusal hâkimin ulaştığı tespitten ayrılabilmesine işaret etmektedir;

“Mahkeme (AİHM) rolünün ikincil mahiyette olduğu hususunda çok hassastır. ... iç hukuka göre olayların değerlendirilmesi söz konusu olduğunda, iç hukuk mahkemesinin yerine geçip gerçekleri değerlendirmek Mahkemenin görevi değildir. Genel bir kural olarak, iç hukuk mahkemesine sunulan delilleri değerlendirmek iç hukuk mahkemesinin görevidir. Mahkeme, her ne kadar iç hukuk mahkemesinin bulgularıyla bağlı değilse de, normal şartlarda bu tespitlerden ayrılabilmesi için inandırıcı deliller temin etmesi gerekmektedir (Bkz. Klaas/Almanya, par. 17-30). Ancak Mahkeme (AİHM), Sözleşmenin 2. ve 3. maddeleri ile ilgili iddiaları çok dikkatli bir şekilde incelemelidir. ... Benzersuçlamalarla ilgili olarak iç hukukta ceza davası olduğu zaman, ... Mahkeme bu anlamda devletin görevlilerini ...suçsuz veya suçlu bulmakla ilgili bulgulara ulaşmakla ilgilenmez.”¹⁷⁸

Mahkeme Sözleşmenin amacı doğrultusunda delilleri değerlendirirken, makul şüphenin ötesinde bir ispat” standardını aramaktadır:

“Mahkeme, delilleri değerlendirirken, “mâkul şüphenin ötesinde” bir de-

kuvvetli belirti koşuluna uygun olarak ortaya konulmamış olmasının ihlal yaratmış olduğunu söylemiştir.” diyerek Mahkemenin delillere ve makul şüpheye yönelik incelemesini tutuklama ve devam kararlarının gerekçesine hasren yaptığına işaret etmiştir.

¹⁷⁷ Bu kararın hüküm fıkrasında; “Kararın bir örneğinin başvuruçunun tutukluluk halinin sona erdirilmesi suretiyle ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine,” ibaresi yer almıştır; Şahin Alpay (2), B.No: 2018/3007, 15.3.2018.

¹⁷⁸ Tanlı/Türkiye, B. No: 26129/95, 10.4.2001, par. 110-111; (Karar metni için bkz; Cengiz Başak, *Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi*, S. 1, Nisan 2002, s. 127)

il standardını benimsediğini hatırlatır (bkz. *Orhan v. Türkiye*, no. 25656/94, prg. 264, 18.6.2002). Bu tür deliller, yeterince güçlü, açık ve uyumlu çıkarılmaların veya olayların çürütülememiş benzer karinelerinin bir arada bulunmalarından elde edilebilir. Mahkeme, kendisinin ikincil rolü konusunda hassastır ve bir davanın şartlarının bunu kaçınılmaz kıldığı birinci dereceden olgu mahkemesinin rolünü üstlenmeme konusunda dikkatli olmak durumundadır.”¹⁷⁹

AİHM yaşama hakkıyla ilgili başvurularda iç hukuk adli makamlarının tüm uygulamalarını denetlemekte, delil değerlendirmesi yaparak farklı bir sonuca da ulaşabilmektedir. Örneğin AİHM’in Türkiye’ye karşı *İkincisoy* kararında, tanık anlatımları ve oluşa dair diğer deliller karşısında ölenin gözaltına alınmayıp, çatışmada öldürüldüğüne ilişkin hükümetin savunması ve gözaltı kararı bulunmadığına dair resmi makamların kararları kabul edilmeyip,¹⁸⁰ gözaltına alınma olgusu kabul edilmiş, daha sonra vurularak öldürüldüğü kanısına ulaşılmış ve ihlal kararı verilmiştir.¹⁸¹

Yine *Güli Zengin* kararında, başvurucunun eşinin güvenlik güçleri ile PKK mensuplarının silahlı çatışması sırasında kaynağı belirlenemeyen bir mermiye bağlı olarak ölümü olayında, eldeki delillerin, ölümün devlet görevlilerinin eyleminden kaynaklandığını göstermeye yetmediği kanısıyla 2. maddenin maddi yönden ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Fakat bu kararda yaşama hakkının usuli boyutu incelenirken, olay yerinde ölüme neden olan mermi çekirdeğinin tespitiyle ilgili çaba gösterilmemesi ve çatışmaya katılan korucuların tanık olarak dinlenmemesi gibi eksiklikler nedeniyle 2. maddenin etkili soruşturmaya ilişkin usuli yönden ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹⁸²Görüldüğü üzere AİHM yaşama hakkının maddi ve usuli boyutunun ihlali iddialarını incelerken milli makamların kanunu uygulama ve delilleri değerlendirmeye ilişkin kanaatlerini denetlemekte, gerektiğinde ikincil-

¹⁷⁹ *İkincisoy/Türkiye*, 27.7.2004, B. No: 26144/95, par. 60. Kararda Mahkemenin önceki bir kararına da (*McKerr / İngiltere*, no. 28883/95, 4.4.2000) atıf yapılmıştır.

¹⁸⁰ AİHM diğer bazı kararlarında da gözaltı kayıtlarının güvenilmez olduğu sonucuna varmış ve delilleri bizzat değerlendirmiştir; bkz., *İrfan Bilgin/Türkiye*, B. No : 25659/94, prg. 130, ECHR 2001-VIII; *Çakıcı v. Türkiye*, B. No: 23657/94, prg. 105, ECHR 1999-IV; ve *Aydın/Türkiye*, 25 Eylül 1997 tarihli karar, Reports of Judgments and Decisions 1997-VI, s. 1941, prg. 172.

¹⁸¹ *İkincisoy/Türkiye*, 27.7.2004, B. No: 26144/95, par. 76-80.

¹⁸² *Güli Zengin/Türkiye*, 28 Ekim 2004, B. No: 46928/99.

lik ilkesinden vazgeçerek taraflarca sunulan tüm delilleri kendisi de inceleyip bir sonuca varmaktadır.¹⁸³

Anayasa Mahkemesi yönünden yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağının ihlali iddialarında, Anayasanın 17. maddesi uyarınca devletin pozitif yükümlülüğünün incelenmesi gerekmektedir.

Pozitif yükümlülüğün maddi boyutu bakımından uyuşmazlığa konu olgunun tespiti ve nitelenmesi (hakkın maddi/esas yönden ihlal edilip edilmediği veya kötü muamelenin niteliğini belirleme gibi) gerekirken, usuli boyutu bakımından ise etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği hususları araştırılmaktadır. Dolayısıyla belirtilen hususların incelenmesi zorunlu olarak ilgili C. başsavcılığı ve mahkeme kararlarının ve kararlarda ulaşılan sonuçların denetlenmesini gerektirmektedir.

Görüldüğü üzere bu haklara ilişkin bireysel başvurularda da adli merci veya mahkemenin yargısal yetkileri, AYM'nin denetim yetkisi kapsamına girmektedir. Fakat daha önce belirtildiği üzere AYM'nin haklara ilişkin anayasal yorum ve uygulamada nihai karar verme yetkisi karşısında denetimin kapsamı zorunlu olarak geniştir. Fakat doktrinde, AYM'nin devletin koruma yükümlülüğünü yerine getirmediğini tespit etmesine karşın, olaydan sorumlu olanlarla ilgili kovuşturmayaya yer olmadığı kararının hiç sorgulanmaması ve bu tür kararlarda, yürütülen soruşturmalarda eksik delil toplanmış olduğuna değinilmemesi (mahkemenin kendisini kısıtlaması) eleştirilmiştir.¹⁸⁴

d. Sözleşmenin iç hukuka atıf yaptığı ve takdir alanının denetlendiği diğer haller

Sözleşmenin 5. maddesinde olduğu gibi benzer 'yasa' atıfları ayrıca, Sözleşmenin 2. maddesinde ve 8 ila 11. maddelerinin ikinci fıkralarında da yapılmaktadır. Bu atıflar, iç hukukun hakları sınırlayıcı düzenlemeleri konusunda akit devletlere takdir alanı sağlamaktadır.

¹⁸³ Nitekim Çiçek kararının 120. Paragrafında başvuru 2, 3 ve 5. maddeler yönünden incelenirken, "A. Delillerin Değerlendirilmesi ve Olayların Tespiti" alt başlığı altında, davadaki tüm deliller AİHM tarafından değerlendirilmiş ve Hükümetin iddiasının aksine, ölenlerin gözaltına alınmış olduğu olgusu tespit edilmiştir (par.141); Çiçek/Türkiye, B. No: 25704/94, 27.2.2001 (Karar metni için bkz; Beşe, Ertan, Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi, S. 1, Nisan 2002, s. 68, 73)

¹⁸⁴ Tolga Şirin, Bireysel Başvuru Hakkı, İstanbul, 2015, s. 236.

Takdir alanı özellikle, müdahalenin gerekli olduğu halleri belirleme anlamında iç hukuku oluşturma ve yorumlama bakımından geçerlidir. Somut olayda iç hukukun yorumlanarak müdahalenin toplumsal bir ihtiyacı karşıladığına ilişkin gerekçelerin ortaya konulması da takdir alanı kapsamındadır. Fakat bu takdir alanı sınırsız değildir.

Mahkeme milli mahkemelerin takdir alanının sınırlı olduğunu ve bunun de denetime tabi bulunduğunu çok sayıda kararda açıklamıştır. *Türkiye Birleşik Komünist Partisi* başvurusunu incelerken AİHM, Sözleşmenin 1. maddesi uyarınca üye devletlerin 'yetki alanının' her yönüyle Sözleşmenin denetimi altında olduğunu ve taraf devletlerin 'egemenliklerini' Sözleşmeye saygı hükümleri çerçevesinde kullanacaklarını ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca, üye devletlerin kurumlarının ve siyasal organlarının Sözleşmede öngörülen hak ve ilkelere saygı göstermeleri gerektiğini ve bu bağlamda iç hukuktaki anayasal veya yasal düzenlemelerin tamamının Sözleşme hükümlerinin denetimine tabi olduğunu açıklamıştır.¹⁸⁵

Bireysel başvuruda AİHM denetiminin milli hukuku mu yoksa milli mahkeme kararını mı kapsayacağı hususu da tartışma konusu olmuştur. Nitekim bu tartışma, çocuklara cinsel bilgiler vermeyi amaçlayan ve Avrupa'daki kimi ülkelerde iki yıldır yayımlanmakta olan "Küçük Kırmızı Ders Kitabı" isimli kitabın 1971 yılında Londra'da yayımlanma girişiminin yasaklanmasıyla ilgili Handyside kararında yapılmıştır. Kararda; İngiliz Hükümeti ve Komisyon çoğunluğunun, Mahkemenin (AİHM) sadece, Sözleşmenin 10/2. maddesi ile Sözleşmeciyi devlete bırakılan takdir alanı içinde kalıp kalınmadığını tespitle yetinmesi gerektiği görüşünde olduğu, Komisyondaki azınlık görüşüne göre ise bu görevin ulusal hâkimin kararını denetlemek olmayıp, sadece davaya konu Kitabı Sözleşme ışığında incelemek yönünde olduğu belirtilmiştir (par.47). AİHM bu tartışmayı sonuçlandıran kararında denetim yetkisinin hem ulusal hukukun yorumunu, hem de milli mahkeme kararını kapsadığını ifade etmiştir :

¹⁸⁵ TBKP/Türkiye, B. No: 19392/92, 30.1.1998, par. 29, 30. Kararda, anayasa hükümlerinin de Sözleşme denetimine tabi olduğuyula ilgili olarak Gitanas kararına da atıf yapılmıştır (bkz.Gitanas ve Diğerleri/ Yunanistan, 1 Temmuz 1997 tarihli karar, 1997-V).

"Mahkeme, Sözleşme tarafından oluşturulan koruma mekanizmasının, insan haklarının ulusal sistemlerle korunmasına getirilen ikincil bir mekanizma olduğunu belirlemiştir.Devlet yetkilileri, ... ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları 'yasak' veya 'ceza'nın 'gerekliliği' hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumdadırlar. ... bu bağlamda 'gereklilik' kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanlar, ulusal makamlardır. Sonuç olarak Sözleşmenin 10/2. maddesi Sözleşmeci Devletlere bir **takdir alanı** bırakır. Hukukun öngördüğü bu alan, hem ulusal yasakoyucuya, hem de yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş yargılama makamına da tanınmıştır. Bununla beraber, Sözleşmenin 10/2. maddesi Sözleşmeci devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez. Komisyon ile birlikte Devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini güvence altına almakla görevli olan Mahkeme (AİHM), (iç hukuktaki) bir 'yasak' veya 'ceza'nın 10. maddede korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai kararı vermekle yetkilidir. Ulusal takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir. Bu denetim hem şikâyet edilen önlemin amacıyla, hem de bunun gerekliliği ile ilgilidir; **denetim sadece milli mevzuatı değil**, bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş de olsa, bu mevzuatı uygulayan **mahkeme kararlarını da kapsar**(bkz. Engel ve Diğ. par.100) (par. 48, 49).Bundan çıkan sonuca göre Mahkemenin görevi herhangi bir biçimde yetkili ulusal mahkemenin yerini almak değil, fakat ulusal mahkemelerin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Sözleşmenin 10. maddesine uygunluğunu denetlemektir. Bununla beraber, ulusal mahkemelerin kararları verdikleri şartlardan soyutlanarak incelenirse, Mahkemenin denetimi genellikle yanaltıcı olacaktır. Mahkeme bu kararları, dava konusu yayının ve başvuruçunun ulusal hukuk ile uluslararası aşamada gösterdiği delillerin ve gerekçelerindâhil olduğu bütünlük içinde ele almalıdır. **Mahkeme**, elindeki çeşitli verilere dayanarak, **ulusal makamların müdahale biçiminde aldıkları önlemleri haklı kılmak için gösterdikleri gerekçelerin**, Sözleşmenin 10/2. maddesi bakımından **uygun ve yeterli olup olmadığına kararvermelidir**(par. 50)."¹⁸⁶

¹⁸⁶ Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 7.12.1976, par. 48; Doğru/Nalbant, 2013, C.2, s. 251, 252. Kararda aynı açıklamaların, Sözleşmenin 5/3. maddesi yönünden; Wemhoff, (par.50), Stögmüller (par.3), Ringeisen(par. 104) kararlarında da tekrar edildiği atfı yer almaktadır.

AİHM bir taraftan, müdahalenin toplumsal bir ihtiyacın zorlaması niteliğinde olup olmadığını ulusal hâkimin daha iyi belirleyebileceğini ifade ederken, diğer taraftan ise “müdahalenin bir ihtiyaca karşılık gelip gelmediği, müdahalenin izlenen amaçla orantılı olup olmadığı ve ulusal makamlara müdahaleyi haklı kılmak için gösterdikleri gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı hususunda nihai tespitite bulunmak, Mahkemeye (AİHM) düşen bir görevdir” demektedir. Nitekim alıntılanan ifadelerin geçtiği başvuruda, veteriner hekimin basın aracılığıyla mesleki sorunları adı ve resmi görünür biçimde ifade ettiği için reklam yasağını ihlal ettiği gerekçesiyle alınan tedbir kararının “ifade özgürlüğüyle bağdaşmadığı” belirtilerek ihlal kararı verilmiştir.¹⁸⁷

Diğer bir kararda AİHM'nin yetkisi; “Mahkeme denetim yaparken, yetkili ulusal makamların yerine geçmez, fakat onların takdir yetkisine dayanarak verdikleri kararları, 10. maddeye göre incelemekle görevlidir...” sözleriyle açıklanmıştır.¹⁸⁸ Başka bir kararda yalnızca gereklilik ve ölçülülük noktasında değerlendirme yapılmamış, bir gazetenin olağanüstühal bölgesine sokulmaması ve bu karara karşı yargı yolunun bulunmaması nedeniyle, ilgili Kararname hükmünün olaydaki uygulama şeklinin “demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olarak görülemeyeceği” gibi, bu durumun “izlenen *meşru amacın* gereklerinin ötesine geçtiği” de belirtilmiştir.¹⁸⁹

Bazı kararlarda ise yapılan denetim sonucunda, ulusal mahkemelerce verilen kararlarda uygulanan standardın Sözleşmenin 10. maddesindeki ilkelerle uyuşmadığı ve ulusal mahkemelerin üye devletlere tanınmış olan dar takdir alanını aştıkları belirtilmiştir.¹⁹⁰ Türkiye'ye karşı bir davada, ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı yasa hükmü gereği uygulanan yaptırımın, 10. madde ile bağdaşıp bağdaşmadığını belirlemenin AİHM'nin görevi olduğu belirtilmiş ve başvuranın ceza davasına konu ifadeleri incelendiğinde siyasi bir liderin yaptığı konuşma

¹⁸⁷ Barthold/Almanya, B. No: 8734/79, 25.3.1985, par. 55, 58; Doğru/Nalbant, 2013, C. 2, s. 284, 285.

¹⁸⁸ Guja/Moldova, B. No: 14277/04, 12.2.2008, par. 69; Doğru/Nalbant, 2013, C. 2, s. 336.

¹⁸⁹ Çetin ve diğ./Türkiye, B. No: 40153/98, 13.2.2003, par. 66; Doğru/Nalbant, 2013, C. 2, s. 358.

¹⁹⁰ Scharsachve News Verlagesellschaft/Avusturya, B. No: 39394/98, 13.11.2003, par. 46; Doğru/Nalbant, 2013, C. 2, s. 368.

nedeniyle bir yıl hapis ve para cezasına mahkûm edilmiş olmasının, demokratik bir toplumda gerekli olmadığı ve izlenen meşru amaçla orantılı bulunmadığı gerekçesiyle ihlal kararı verilmiştir.¹⁹¹

Görüldüğü üzere, AİHM bu kararlarında, ulusal makamın tespit ve değerlendirmelerini bir kenara koyup, ifade özgürlüğünü kısıtlayan müdahalenin ulusal hukuktaki yasaya uygunluğu, meşru amacının varlığı ve gerekli-ölçülü olup olmadığı hususlarını, uyuşmazlığa konu eser veya ifadeleri ve davadaki tüm delilleri bizzat değerlendirerek sonuca ulaşmaktadır. Dolayısıyla, örneğin iç hukuk gereği başvurana yayınladığı bir yazı için hapis veya para cezasına hükmeden ulusal hâkimin kararına karşın, AİHM bu yazının ifade özgürlüğünden yararlanması gerektiğine, bu nedenle ceza verilmesinin Sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiğine karar vermekle, **aslında iç hukuktaki uyuşmazlığın esası** ve sonucu hakkında bir karar vermiş olmaktadır.

Sözleşmenin 11. maddesi yönünden de aynı değerlendirmeler geçerlidir. “Mahkeme kendi görevinin... ulusal makamların takdir alanları içinde verdikleri kararları, Sözleşmenin 11. maddesine göre denetlemek olduğunu yineler.” Bu alıntının yapıldığı başvuruda, başvuran siyasi partinin kapatılmasının, ulusal mahkeme kararındaki tespitlerin aksine, “izlenen meşru amaçla orantısız olup, demokratik bir toplumda gerekli olmadığı” sonucuna ulaşarak, Sözleşmenin 11.maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹⁹²

Örgütlenme hakkıyla ilgili bir kararda Mahkemenin, milli mahkemenin takdir alanını kısıtlayan yaklaşımı şöyle açıklanmıştır:

¹⁹¹ Erbakan/Türkiye, B. No: 59405/00, 06.07.2006, par. 55, 70; Nedim Şener/Türkiye, B. No: 38270/11, par. 112-124, 8 Temmuz 2014; Şık /Türkiye, B. No: 53413/11, par. 101-112, 8 Temmuz 2014.

HADEP kongresinde yaptığı konuşma nedeniyle terör örgütünün propagandasını yapma suçundan 10 hapis cezası ile para cezasına mahkûm edilen başvuran hakkındaki kararda da, konuşma içeriğinde şiddete, ayaklanmaya çağırının bulunmaması karşısında mahkûmiyet kararı verilmesinin demokratik toplumda gerekli olmadığı belirtilerek Sözleşmenin 10. Maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir; İbrahim Ülger/Türkiye, B. No: 57250/00, 27 Nisan 2000. Kararda benzer önceki kararlara da atıf yapılmıştır; Ceylan-Türkiye, B. No: 23556/94, par.38, 1999- IV; Öztürk-Türkiye, B. No: 22479/93, par.74, 1999-VI; İbrahim Aksoy, par. 80; Karkın, par. 39, 23 Eylül 2003; Kızılyaprak-Türkiye, B. No: 27528/95, par. 43, 2 Ekim 2003; Sürek-Türkiye, B. No: 26682/95, par. 62, 1999-IV; Gerger-Türkiye, B. No: 24919/94, par. 50, 8 Temmuz 1999.

¹⁹² Sosyalist Parti ve diğ./Türkiye, B. No: 21237/93, 25.5.1998, par. 44, 54.

“Mahkeme, bir kısıtlamanın, Sözleşme tarafından korunan haklarla bağdaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai kararı vermekle yetkilidir (Gerger, par. 46). Bu denetimi yaparken Mahkeme’nin görevi ilgili ulusal makamların görüşlerinin yerine kendi görüşlerini koymak değil, fakat ulusal makamların takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararları, Sözleşmenin 11. maddesine göre denetlemektir. Bu demek değildir ki Mahkeme, davalı devletin takdir yetkisini makul olarak dikkatlice ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığını tespit etmekle yetinir. Mahkeme, şikâyet konusu müdahaleye davanın bütünlüğü içinde bakarak, müdahalenin izlenen ‘meşru amaçla orantılı’ olup olmadığını ve müdahaleyi haklı kılmak için ulusal makamlar tarafından gösterilen gerekçelerin ‘ilgili ve yeterli’ bulunup bulunmadığını belirler. Mahkeme böyle yaparken, ulusal makamların Sözleşmenin 11. maddesinde yer alan ilkelere uygun olan standartları uyguladıklarına ve ayrıca verdikleri kararları, maddi olayların kabul görülebilir bir değerlendirmeye dayandırdıklarına kanaat getirmelidir.”¹⁹³

Bu nedenle örneğin iç hukukta ifade özgürlüğünü veya toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü sınırlayan (örn. ceza hükmü öngören) yasa hükmünün yorumlanması gerektiğinde, ulusal hâkimin yorumu esas alınmayıp, AİHM tarafından bu yasal hükümlerin yorumunun, Sözleşmenin standardına uygun olup olmadığı bizzat değerlendirilmektedir. Diğer taraftan AİHM’nin iç hukuka ilişkin değerlendirmesi sadece yasanın yorumuyla sınırlı kalmamakta, örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşüne yapılan müdahalenin ihlal oluşturur nitelikte olup olmadığı olgusunun tespitini de kapsayabilmektedir.¹⁹⁴

Ek 1 no’lu Protokol’ün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkıyla ilgili sınırlama ve müdahalelerin denetiminde de, ulusal işlemin makul bir dayanağı var ya da tedbirle amaç arasındaki orantı makul görülmeğeitse, ulusal merciin takdir ve yorumu esas alınmakta, aksi durumda AİHM tarafından bizzat değerlendirilmektedir.¹⁹⁵

¹⁹³ Stankov ve Ilinden Birleşik Makedonlar Derneği/Bulgaristan, B. No: 29221/95, 2.10.2001, par.87;Hadev ve Demir/Türkiye, B. No: 28003/03, 14.12.2010, par. 58; Doğru/Nalbant, 2013,C. 2, s. 503, 533.

¹⁹⁴ Bu konuda bkz. Gün ve diğ./Türkiye, B. No: 8029/07, par. 77-85, 18.06.2013; Oya Ataman/Türkiye, B. No: 74552/01, par. 33-34, 05.12.2006.

¹⁹⁵ Örnekler için bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, 2013,s. 428.

Verilen örneklerden de görüleceği üzere AİHM'nin Sözleşmenin uygulanması amacıyla, 8 ila 11. maddeler ve mülkiyet hakkı yönünden yaptığı denetim, hakka yapılan müdahalenin 'gerekliliği' üzerinde değil, fakat ulusal yargı yerindeki değerlendirmenin makuliyeti, yani "yasallığı" ile "yerindeliği" üzerinde yoğunlaşmaktadır.¹⁹⁶

AİHM bazı konuları takdir alanı içinde görmekte, bazı konularda takdir alanını dar kabul etmekte ve bazı konularda da takdir alanının bulunmadığı görüşüyle hareket etmektedir. Örneğin mağdurun rızasının bulunduğu halde şiddet kullanımı nedeniyle cezanın belirlenmesi (Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık, no 21627/93, 20.1.1997); terörle mücadele kapsamında gizli denetleme sistemi ve şartlarının belirlenmesi (Klass ve Diğ./Almanya, No: 5029/71, 6.9.1978, par. 49) ; kürtaja ne zamana kadar izin verileceği (R.H. Norveç, No: 17004/90, 19.5.1992); isim ve soyisim değişiklikleri (Salonen/Finlandiya, No: 27868/95, 2.7.1997); zorunlu cezaevi kıyafeti uygulamaları (Thomas McFeeleyve Diğ./Birleşik Krallık, No: 8317/78, 15.5.1980); zorunlu nedenlerle köyün tehirci usulü (Noak ve Diğ./Almanya, No: 46346/99, 25.5.2000); çocukların bakım ve korunması usulü (Marckx/Belçika, No: 6833/74, 13.6.1979, par. 36); ensest ilişkinin cezalandırılması (Stubing/Almanya, No: 43547/08, 12.4.2012, par. 60); hapis hane kurallarının belirlenmesi, konularında devletlerin takdir alanının geniş olduğu kabul edilmektedir.¹⁹⁷

Takdir alanının geniş olduğu kabul edilen 'ahlak' kavramı; özel yaşamın gizliliğinin korunması, ifade özgürlüğü ve toplantı-dernek kurma özgürlüğü bakımından meşru sınırlama nedenleri arasında yer almaktadır. AİHM genel ahlak kavramının ulusal hukuktaki anlamını belirleme konusunda devletlerin geniş takdire sahip olduğunu kabul etmekte, ancak o alanda Sözleşme standardının veya ortak Avrupa konsensüsünün olduğu durumda bu kavrama da müdahil olmaktadır. Bu anlamda örneğin homoseksüel ilişkilerin cezalandırılmaması gerektiği veya transseksüellerin hukuki durumlarının kabul edilmesinin gerekli olduğu ya da soyadı hakkı konusunda cinsiyete dayalı ay-

¹⁹⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, 2013,s. 428.

¹⁹⁷ Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 373 - 375.

rımcılık yapılmaması yönünde oluşan Avrupa konsensüsü nedeniyle, aksi yöndeki ulusal düzenlemeleri takdir marjı içinde görmemektedir. Buna karşın, özel yaşamın dâhili öğeleri, konut dokunulmazlığı, kişisel verilerin korunması, avukat-müvekkil arasındaki yazışmaların mahremiyeti, eşcinsellerin evlat edinmesi; gibi konularda ulusal makamların sınırlı da olsa takdir marjına sahip olduğu kabul edilmektedir.¹⁹⁸

Din ve inanç özgürlüğü konusu da salt özgürlük alanı bakımından devletlere takdir alanı bırakmamaktadır. Bu anlamda örneğin; kişilere iradeleri dışında baskı yapan veya cinsiyet eşitliğine aykırı dini pratikler, dini kurallara dayalı çocuk evlilikleri (Khan/Birleşik Krallık, 1157985, 7.7.1986) ve dini nedenle askerlik hizmetinden muafiyet (vicdani ret; Bayatyan/Ermenistan, 23459/03, 7.7.2011, par. 121-123) konularında takdir marjı tanınmamakta ve Sözleşme standardı esas alınmaktadır.¹⁹⁹Fakat inancın açıklanması noktasında takdir alanı doktrini devreye girmektedir. Burada da takdir alanının dar ve geniş yorumlanması söz konusudur. AİHM dini vecibelerin yerine getirilmesine müdahale ve ibadet yerlerine izin verilmesi konularında devletlerin *takdir alanını dar tutmaktadır*.²⁰⁰

Buna karşın laiklik ilkesinin korunmasına yönelik alınacak tedbirler (Kalaç/Türkiye, No: 680/96-870/96, 23.6.1997, par. 28); bir grubun dini cemaat olarak tanınması (Kimlya ve Diğ./Rusya, No: 76836/01, 32782/03, 1.10.2009, par. 79); dinin reklamı ve finansmanının sınırlandırılması (Murphy/İrlanda, No: 4179/98, 3.12.2003, par 81); dini sembollerle işyeri sağlığı arasındaki dengenin korunması (Eweida ve Diğ./Birleşik Krallık, No: 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 15.1.2013, par. 73-88, 94-99); uygunsuz nitelikteki mühtediliğin yaptırma tabi tutulması (Kokkinakis/Yunanistan, No: 14307/88, 25.5.1993, par. 47) ve devletin resmi bir din kurumu kurması, konularında *devletlerin geniş takdire sahip olduğu* kabul edilmektedir.²⁰¹

Sözleşmenin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkı yönünden, cinsiyet değişikliği geçiren kişinin karşı cinsle evlenmesi, ayırt

¹⁹⁸ Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 373.

¹⁹⁹ Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 374.

²⁰⁰ Bkz. Manoussakisve Diğ./Yunanistan, 26.9.1996, par. 44.

²⁰¹ Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 375.

etme gücüne sahip olmayan çocukların evlendirilmeleri gibi konularda devletlere takdir alanı tanınmamaktadır. Fakat eşcinsel evlilikleri tanımak, evlenme usullerini benimsemek gibi hususlarda devletlerin *geniş takdir alanı* bulunmaktadır.²⁰²

İç hukukumuzdaki bireysel başvuru yönünden ilk derece, üst ve yüksek mahkemelerle AYM arasında yetki kesişimi olan diğer bir hak türü *düşünceyi açıklama ve basın özgürlüğü*dür. Özgürlük kapsamında görülmesi gereken bir düşünce açıklamasının tazminat veya ceza yaptırımına tabi kılınması, kişiler üzerinde düşüncesini ifade etmekten kaçınmaya yönelik caydırıcı bir etkiye de neden olmaktadır. Buna karşın kişilerin onur ve şerefine korunması da düşünce açıklaması ve basın özgürlüğü hakkının sınırlandırılmasına ilişkin meşru nedenler arasındadır. Bu hakların ihlal edildiği iddialarında başvuranın hakkı ile şeref ve onuru korunmak istenen muhatabın hakları arasında uygun dengenin kurulması gerekmektedir. Bu denge kurulurken, açıklanan düşüncenin kamusal tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı da dikkate alınmaktadır. Bireysel başvuruda öncelikle müdahalenin mevcudiyeti ile kanuni dayanağının ve meşru amacın varlığı tespit edildikten sonra müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli ve ölçülü olup olmadığı incelenmektedir.

Bireysel başvuru sonunda AİHM ve AYM uygulamasında düşünce açıklamalarının yaptırıma bağlanması nedeniyle ihlal tespiti yapıldığında, ilgili mahkeme kararlarının nihai sonucu bakımından yerinde olmadığı da söylenmiş olmaktadır. Bu nedenle düşünce açıklaması nedeniyle tazminata veya cezaya hükmeden mahkemenin yargı yetkisi ile AİHM ve AYM'nin yetkisi çatışmaktadır. Gerçekten bu tür başvurularda tam da hukuka aykırılığı veya suçu tespit yetkisinin isabeti, yerindeliği denetlenmektedir. Ancak düşünce açıklaması ve basın özgürlüğü haklarında anayasal hakkın ihlal edildiği incelemesinin temeli zorunlu olarak uyuşmazlığın merkezini içine almaktadır. Somut olaylar üzerinde Anayasanın 26 ve 28. maddelerinde sözü edilen meşru sınırlama nedeninin varlığını ve müdahalenin demokratik toplum düzeni açısından gerekli ve ölçülü olup olmadığını nihai olarak yorumlama ve karara bağlama yetkisi AYM'ne verilmiştir.

²⁰² Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s. 377.

AYM çeşitli başvurularda düşüncüyü açıklama ve basın özgürlüğü haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁰³ İhlal kararlarının gereği, mahkemesince yeniden yargılama yapılarak ihlal nedeninin ortadan kaldırılması suretiyle yerine getirilmektedir. İhlal, yaptırımın demokratik toplumda gerekli olmadığı nedenine dayanıyorsa yaptırım veya mahkûmiyet kararının kaldırılması gerekir. İhlal nedeni müdahalenin ölçüsüzlüğü ise, yaptırımın ölçülü olarak yeniden belirlenmesi icap eder.²⁰⁴

Bireysel başvuruda AYM'nin yetki alanıyla ilgili olarak benzer değerlendirmenin, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı,²⁰⁵ siyasi örgütlenme hakkı,²⁰⁶ özel hayatın gizliliği hakkı²⁰⁷ veya mülkiyet hakkı²⁰⁸ ile ilgili kararlar üzerinden yapılması da mümkündür. Belirtilen haklar bakımından da Mahkemenin denetim yetkisini anayasal ölçü normlar çerçevesinde kullandığı söylenmelidir. Ancak makalenin sınırlı kapsamı nedeniyle burada örnek olarak yapılan değerlendirmelerin yeterli olduğu düşünülmektedir.

III. SONUÇ

Ülkemizde 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe giren AYM'ne bireysel başvuru uygulaması 5 yılını doldurmuş bulunmaktadır. Bu sürede gerçekleşen bireysel başvurulara konu kamu gücü işleminin çoğunlukla mahkeme kararları olması nedeniyle, AYM ile ilk derece mahkemeleri ve yüksek mahkemeler arasında zaman zaman yetki tartışmaları

²⁰³ Bkz. örneğin AYM Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23.1.2014; Bekir Coşkun, B. No: 2014/12151, 4.6.2015.

²⁰⁴ Belirtelim ki AYM'nin Emin Aydın kararı bu açıdan sorunludur. Kararın 86. paragrafında müdahalenin haklı ve demokratik toplumda gerekli olduğunun söylenemeyeceği tespiti yapılması karşısında bu nedenle ihlal kararı verilmeli iken, sonraki paragrafta gerekmediği halde ölçülülük incelemesi yapıp, ölçüsüzlük nedeniyle ihlal kararı verilmiştir.

²⁰⁵ Örneğin bkz. Ali Rıza Özer ve Diğ. B. No: 2013/3924, 6.1.2015; Osman Erbil B. No: 2013/2394, 25.3.2015.

²⁰⁶ Bkz. Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi B. No: 2014/15220, 4.6.2015; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğ. B. No: 2014/920, 25.5.2017.

²⁰⁷ Bkz. Aslan Faruk Toprak B. No: 2013/2957, 24.3.2016; T.A.A. B. No: 2014/19081, 1.2.2017; Halime Sarı Aysal B. No: 2013/1789, 11.11.2015; Ahmet Acartürk B. No: 2013/2084, 15.10.2015.

²⁰⁸ Bkz. Yaşar Albayrak B. No: 2013.45.23, 16.9.2015; Tevfik Baltacı B. No: 2013/8074, 9.3.2016; Bekir Sağırdak B. No: 2013/5669, 24.3.2016; Mahmut Üçüncü B. No: 2014/1017, 13.7.2016.

meydana gelmiştir. Bu tür tartışmalar diğer ülkelerde de yaşanmıştır. Fakat örnekleri verilen AİHM ve AYM kararlarında görüldüğü üzere, Sözleşme standardını ve ortak demokratik kamu düzenini oluşturma amacını önceleyen bireysel başvuru denetimi gerektiğinde ilk derece mahkemesinin takdir yetkisini kapsayabilmektedir. Yine bu denetim kimi durumda hukuka uygunluğun yanı sıra Sözleşme standardını temindeki isabeti kontrol anlamında yerindelik denetimini de gerekli kılmaktadır.

Diğer taraftan, mahkemelerin yetki alanlarını korumaya çalışmaları anlaşılabilir bir durumdur. Bireysel başvuru yoluyla yargı kararları üzerinde inceleme yapan AYM'nin kimi kararlarında sınırlarını aştığı iddia edilebilir ve edilmektedir. Akademik eleştiri hukuk düşüncesini ve uygulamasını zenginleştirir. Fakat düşüncemize göre bütün bu tartışmaların hukuk düzenini sarsmayacak, mahkemeleri itibarsızlaştırmayacak düzey ve üslupta yapılması ve hukuki zeminde kalınması zorunludur. Hep söylenegeldiği üzere mülkün/devletin/barışın temeli olduğu kabul edilen 'adalete' inancın yıkılması sadece kurumlara değil bütün topluma zarar verecektir.

Sonuç olarak, bütün bu yetki tartışmalarının, bireysel başvuru yolunun Türk hukuk düzeninde temel hakların güvenceye alınması bakımından çok önemli bir işlev gördüğü gerçeğini gölgeleyemeyeceğini düşünmekteyiz.²⁰⁹

AYM beş yıllık sürede (19 Ocak 2018 itb.) 175.172 başvurudan 137.574'ünü sonuçlandırmış ve 2.489 ihlal kararı vermiştir. Federal Almanya Anayasa Mahkemesine 7 Eylül 1951 - 31 Aralık 2015 tarihleri arasında 212.827 başvurunun geldiği ve 64 yılda 4.872 ihlal kararı verildiği dikkate alındığında, Türk AYM'nin bu kısa sürede gösterdiği çabanın anlamı ortaya çıkacaktır.

²⁰⁹ Düşüncemize göre bireysel başvuru yetkisinin verilmesi norm denetimini de kapsar biçimde AYM'nin bakışını etkilemiş ve temel haklar ekseninde yoğunlaştırmıştır. Nitekim Mahkemenin norm denetimi ve siyasi partiler konularındaki önceki kararları karşılaştırıldığında bu fark açıkça görülebilecektir. Diğer taraftan AYM'nin hak ihlali kararları sonrasında adli ve idari mahkemeler ile yüksek mahkemelerin temel haklara yaklaşımının da anayasal odaklı olmaya başladığı görülmektedir. AYM ve genel mahkemeler yönünden AİHM kararları ile çatışan örnekler için bkz. Arslan, Anayasa Teorisi, s. 226 vd.; Sevtap Yokuş, Türkiye'de Çatışma Çözümünde Anayasal Arayışlar, Ankara 2013, s. 42 vd.

Bireysel başvuru yolu, devam eden mağduriyetlere karşı son bir çare olarak öngörülmektedir. Adli sistem ne kadar düzgün işlese de her nasılsa ortaya çıkan hak ihlalleri bu yolla ortadan kaldırılabilmektedir. Başvuranın ihlal kararı ile elde ettiği yarardan çok daha fazlası, ihlal kararının hukuk düzenini olumsuz etkileyen aksaklıkları gidermeye yönelik yatay etkisiyle gerçekleşmektedir. Bu açıdan, diğer anayasal demokrasilerde olduğu gibi verilen her bir ihlal kararı hukuk güvencesini artıran, demokrasi ve hukukun üstünlüğü bilincini geliştiren bir etki yaratmaktadır.

Kaynakça

- Aliyev Cabir, *Anayasa Şikâyeti*, Beta Basın Yayın, İstanbul 2010
- Arslan Zühtü, *Anayasa Teorisi*, Ankara 2005
- Osman Doğru, "Bireysel Başvurunun Embriyon Çağı", *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2013, S. 9-117, s.28-32
- Doğru Osman, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012
- Doğru Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Beta Yayınevi, C.I, İstanbul 2002
- Erel Seçkin, "Bireysel Başvuruda AYM'nin Denetim Sınırları" başlıklı *Sunum Notları* (AYM-AK Bireysel Başvurunun Desteklenmesi Projesi, Ankara Swisotel 2-3 Mart 2017).
- Ergül Ergin, *Anayasa Mahkemesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması*, Yargı Yayınevi, Ankara 2012
- Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat*, İstanbul 2015
- Göztepe Ece, *İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir*, AİHM, Almanya ve Türkiye Örnekleri, İstanbul 2017
- Göztepe Ece, *Anayasa Şikâyeti*, AÜHF Yayınları, Ankara 1998
- Zafer Gören, "Bireysel Başvuru Türk Anayasa Yargısında", *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, AYM Yayınları, (s. 645-676), Ankara 2012
- Gözübüyük Şeref/Gölcüklü Feyyaz, *AİHS ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 10. B. Ankara 2013
- Gülener Serdar, "Mukayeseli İnsan Hakları Hukukunda Temyiz Mercii Şikâyetlerinin İstisnai Bir Alanı Olarak Keyfilik Kriteri", *Bireysel Başvuru İncelemeleri 1*, AYM Yayınları, (s. 53-87), Ankara 2013
- Harris D.J./O'Boyle, M./Bates E.P/Buckley C.M, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Avrupa Konseyi, Şen Matbaa, Ankara 2013
- İnceoğlu Sibel, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, (Kısaltma: Türkiye ve Latin Modelleri) İstanbul, 2017

- İnceoğlu Sibel, AİHM Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınevi, 3.B. İstanbul 2008
- Kanadoğlu Korkut, "Bireysel Başvuruda Mahkeme Kararlarının Denetiminin Kapsamı", *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2013, 9-117, (s. 20-23)
- Karan Ulaş, "Bireysel Başvuru Usulünün ilk Dokuz Ayına Dair Kısa Bir Değerlendirme", *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2013, S. 9-117, (s.24-27)
- Kaya Köroğlu, Cezai Konularda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, 2. B. Ankara 2016
- Kuş Mustafa, "Örnek Uygulamalar Işığında Bireysel Başvuru ve Geleceği", *Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)*, (Editör Sevtap Yokuş), s. 77-113, Ankara 2015
- Küçük Salim, "Açıķça Dayanaktan Yoksunluk", *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri*, (Editörler: Hüseyin Turan, Recep Kaplan), s. 187 - 234, AYM Yayınları Ankara 2015
- Mellinghof Rudolf, Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikâyeti, *Anayasa Dergisi*, AYM Yayınları, C 26, (s. 32-44), Ankara 2009
- Oder Bertil Emrah, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda İlk Evre, Sınırlar, Sorunlar ve Yeni İçtihat", *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2013, S. 9-117, (s. 14-19)
- Öncü** Mehmet, "AİHM'de Usul İncelemesi ve Dördüncü Derece Türünden Şikâyetler", *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, s. 371-409, AYM Yayınları, Ankara 2012
- Sağlam Fazıl, "Anayasa Şikâyeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması İle İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları", *Anayasa Yargısı İncelemeleri I*, AYM Yayınları, (s. 71-112), Ankara 2006
- Sağlam Fazıl, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", *Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar*, *Türkiye Barolar Birliği Paneli*, TBB Yayınları, Ankara 2011, S. 20-30.
- Şen Ersan, Tutuklulukta İlgili ve Yeterli Gerekçe ve Geçici Tedbir, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2164081-tutuklulukta-ilgili-ve-yeterli-gerekce-ve-gecici-tedbir> (erişim tar.15.3.2018)
- Şirin** Tolga, „AYM'nin ve Derece Mahkemelerinin Yetki Kesişimi Tartışması: Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Özelinde Bazı Notlar“, <https://www.tolgasirin.com/blog> (erişim t.18.1.2018).
- Şirin** Tolga, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, İstanbul, 2015
- Şirin** Tolga, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2013, C.2, S.4, s. 359-401.
- Şirin** Tolga, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İstanbul 2013.
- Tezcan Durmuş/Erdem M. Ruhan/Sancakdar Oğuz, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2.B. Ankara 2004
- Turan Hüseyin, Adil Yargılanma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016
- Ünal Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Yy. No 89 Ankara (tarihsiz)

Yıldırım Nevhis Deren, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruları Esas Bakımından İncelemesi", *Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan*, MÜHF HAD, C.19, S. 2, (Özel Sayı), s. 481-488, İstanbul 2013.

Yokuş Sevtap, *Türkiye'de Çatışma Çözümünde Anayasal Arayışlar*, Ankara 2013

Zafer Hamide, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuzdaki Yeri", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof.Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, s. 121-148, Kayseri 2013