

Bu çalışma, 2014-2015 akademik yılında kişisel ve ailevi hastalık ve kazaların gölgesinde zor koşullar altında yazıldı. Bu nedenle de KHP'nin temel ilkesi olan, sunumların en az bir ay önceden katılımcılara gönderilmesi kuralına uyulamamasına neden oldu.

Kitabın basımı aşamasında esaslı şekilde gözden geçirilecek olan bu metni, kalan kısa sürede okuyacak olan bütün katılımcıların affına sığınarak KHP'nin internet sitesine sunuyorum.

ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Ece Göztepe¹

Not: Kamu Hukukçuları Platformu'nun 30-31 Mayıs 2015 tarihlerinde Ankara'da gerçekleştireceği "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru" konulu 5. toplantısında sunulmak üzere hazırlanan bu bildiri nihai metin değildir. Yazar tarafından gözden geçirilmiş nihai metin, toplantı sonrasında Kamu Hukukçuları Platformu web sitesinde ve toplantı kitabında yayımlanacaktır.

Giriş ve Yöntem

I. Türkiye'deki Anayasa Şikâyetinde Anayasa ile AİHS'nin Ortak Alanının Esas Alınmış Olmasının Yarattığı Sorunlar

- A. Ortak Kesişim Alanında En Küçük Ortak Bölün Olarak AİHS'nin Esas Alınması
- B. AYM'nin Tamamen AİHM ve Minimum Koruma Odaklı Bir İçtihadı Yönelmesi – Tutukluluk Süresinin Hesaplanması Örneği
- C. Norm ve İlke Somutlaştırmasında Somut Davanın Verilerinin Yeterince Dikkate Alınmamasından Kaynaklanan Sorunlar (Şablon Karar Sorunu) – Aile konutu² ile İcra ve İflas Kanunu'ndaki tazyik hapsi³ örnekleri
- D. AYM'nin ve Türk Hukuk Öğretisinin Kendi Temel Hak ve Özgürlükler Doktrinini Geliştirememesi

II. Federal Alman Anayasa Mahkemesi (FAYM) Kararlarıyla Tematik Bir Karşılaştırma

- A. Yaşam, Maddi ve Manevi Varlığını Geliştirme Hakkı (AY 17/I ve III; GG 2; AİHS 2)
- B. Tutuklu ve Hükümlülerin Hakları: "Bana Tutuklu ve Hükümlülerini Göster, Sana Hukuk Devletinin Derecesini Söyleyeyim"
- C. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı
- D. Ceza Muhakemesi İlkeleri (Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi)
- E. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği (AY 19; GG 2/II cümle 2 ve 3; GG 104)

Değerlendirme

¹ Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD öğretim üyesi.

² 2013-6712 (aile konutu kararı).

³ 2012-695 (İİK tazyik hapsi) kararı.

Giriş ve Yöntem

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının uygulanmaya başlandığı 23 Eylül 2012 tarihinden, bu çalışmaya esas teşkil eden bireysel başvuru kararlarının dikkate alındığı **30 Nisan 2015 tarihine kadar** Anayasa Mahkemesi'nin 800 adet kararı yayınlanmıştır. Ancak bu kararların tamamına Mahkeme'nin internet sitesinden ulaşmak mümkün değildir, çünkü Resmi Gazete'de yayınlanmış olup henüz Mahkeme'nin internet sitesindeki Bilgi Bankası'na eklenmemiş 16 adet karar mevcuttur.

Bu kararların 400 tanesi, ihlal kararıyla sonuçlandırılmıştır. İhlal kararlarının dayandırıldığı Anayasa maddelerine bakıldığında, en büyük yoğunlaşmanın Anayasa'nın 36. maddesindeki "Hak Arama Hürriyeti" / AİHS madde 6'daki "Adil Yargılanma Hakkı"nda olduğu tespit edilmektedir. Bunu "Kişi Hürriyeti ve Güvenliği" (Anayasa madde 19) / AİHS madde "Özgürlük ve Güvenlik Hakkı" maddesi izlemektedir.

İLGİLİ ANAYASA MADDESİNE GÖRE İHLAL KARARLARI

Anayasa Maddesi	İhlal Kararı Sayısı (TOPLAM: 400)
Madde 17	11
Madde 19	39
Madde 20	2
Madde 24	1
Madde 26	8
Madde 28	2
Madde 35	8
Madde 36	301
Madde 38	4
Madde 51	24

Bu çalışmanın amacı, ne tek başına bu 800 kararın analizini yapmak, ne de salt Alman Anayasa Mahkemesi'nin bazı (ünlü) kararlarını herhangi bir karşılaştırma unsuru olmaksızın değerlendirmektir. Amaç, karşılaştırmalı hukuk yoluyla Türk Anayasa Mahkemesi'nin gelecekteki içtihatları için yön gösterici olabilecek nitelikte karar analizleri yapmaktır. Bu nedenle tercih edilen çalışma yöntemi şöyle belirlenmiştir:

1. Öncelikle Türk Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) verdiği ihlal (ve bazı ret) kararlarının dayandığı Anayasa maddelerinin karşılığı olan Alman Anayasası'nın ilgili maddeleri tespit edilmiştir. İkinci adımda, bu maddelerle ilgili Alman Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadını oluşturan kararlar bulunmuştur.

2. Temel sorun, iki Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarını yanyana koymak değil, argümantasyonlarını karşılaştırarak hüküm tesisindeki "ilkeleri" karşılaştırmak ve tartışmak olduğundan, bu kararlar toplamında bir eleme yapılmıştır. Bu çerçevede, Türkiye'deki hukukçulara yön gösterici olacağı düşünülen ve Alman hukuk literatüründe de Alman Anayasa Mahkemesi'nin profili çıkarılırken⁴ atıf yapılan kararlar seçilmiştir.

⁴ Örneğin Ralf Lamprecht, *Ich gehe bis nach Karlsruhe. Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts*, München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2011; Ralf Lamprecht, *Vom Untertan zum Bürger. Die Erfolgsgeschichte der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 1999; Jörg Menzel/Ralf Müller-Terpitz (Hrsg.),

3. AYM'nin verdiği kararlarda hukuk dogmatigi bakımından sorunlu görülen hususlar ile ihlal kararı verilmiş olsa bile kamuoyunda tepki toplayan/dikkat çeken/sorunlu görülen kararlardaki temel tartışma noktaları öne çıkarılmıştır.

Ancak karşılaştırma çalışmasına başlamadan önce, Türkiye'de kabul edilen bireysel başvururu hakkının yapısal sorunlarına kısaca dikkat çekmek yerinde olacaktır. Bu konuda daha önceden kapsamlı bir çalışma yapılmış olduğundan⁵, burada sadece somut çalışmayla doğrudan ilgili değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. Türkiye'deki Anayasa Şikâyetinde Anayasa ile AIHS'nin Ortak Alanının Esas Alınmış Olmasının Yarattığı Sorunlar

7 Mayıs 2010 tarihinde TBMM tarafından kabul edilip 13 Mayıs 2010 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan, ancak 12 Eylül 2010 tarihli halkoylaması sonucunda yürürlüğe giren 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanununun Anayasa'nın 148/III maddesine getirdiği yeni düzenlemeye göre, "Herkes, *Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin* kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır". 6216 sayılı Kanununun 45. maddesiyle "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve *buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller*" ifadesi eklenerek, Anayasa'nın lafzındaki boşluk doldurulmuştur.

Anayasa değişikliğinin asıl amacının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AIHM) yapılan ve çoğunlukla da ihlal kararıyla sonuçlanan bireysel başvuruların sayısını azaltmak ve Türkiye'nin insan hakları sicilini düzeltmek olduğu, anayasa değişikliği kanununun gerekçesinde açıkça ortaya konmaktadır⁶. Her ne kadar Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklerin daha etkili biçimde korunması amacına daha sonra değinilse de, ilk elde Anayasa Mahkemesi'ne Strazburg öncesi bir bariyer işlevi atfedildiğini söylemek yanlış olmayacaktır⁷. Her ne kadar 2004 yılında Anayasa Mahkemesi'nin anayasa şikâyetinin kabul

Verfassungsrechtsprechung, 2. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011; Maximilian Steinbeis/Marion Detjen/Stephan Detjen, *Die Deutschen und das Grundgesetz. Geschichte und Grenzen unserer Verfassung*, München: Pantheon, 2009; Uwe Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, München: Blessing Verlag, 2004; Michael Stolleis (Hrsg.), *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, München: C.H.Beck, 2011; Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius u.a., *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2011; Christian Rath, *Der Schiedsrichterstaat. Die Macht des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin: Wagenbach, 2013.

⁵ Bkz. Ece Göztepe, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 95, 2011, S. 13-40; Ece Göztepe, "Die Einführung der Verfassungsbeschwerde in der Türkei. Eine Zwischenbilanz (2012-2014)", *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Band 63, 2015 (basılıyor).

⁶ 5 Nisan 2010 tarihli 2/656 numaralı kanun teklifi, s. 10 vd.

⁷ İzmir Barosu'nun daveti üzerine, 4 Şubat 2011 Cuma günü Prof. Dr. Fazıl Sağlam (Anayasa Mahkemesi eski üyesi), Doç. Dr. Ece Göztepe (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi), Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi öğretim üyesi), Av. Serkan Cengiz (Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu üyesi) ve Av. Zeynep Sedef Özdoğan'ın (İzmir Barosu üyesi) katılımıyla gerçekleştirilen ve "Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Kanun Tasarısı'nın bireysel başvuruya ilgili 45 ila 51. maddelerinin değerlendirildiği yuvarlak masa toplantısına ilişkin raporda, "VII. Aslında doğru kullanıldığı takdirde Türkiye'nin AIHM'deki kötü karnesine neden olan sorunları ülke içinde çözmeye potansiyeli taşıyan anayasa şikâyeti yolu, vatandaşın AIHM'ye başvurma hakkını etkisizleştiren karşıt bir işleve dönüşmemelidir. Aksine bu yol, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AIHS) ve uygulamasının Türkiye'ye getirdiği kazanımları koruyan ve geliştiren bir anlayış içinde uygulanmalıdır. Esasen anayasa şikâyetinin "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerle"

edilmesi için TBMM'ye sunduğu öneride ve 2007 TBB Anayasa Önerisi'nde benzer bir düzenleme yer almışsa da, bu önerilerin saikiyle anayasakoyucunun saikinin örtüştüğünü söylemek mümkün değildir⁸.

Anayasa'nın lafzına rağmen dikkat çekilmesi gereken en önemli husus, AİHS ile kurulan bağa ve hedeflenen kesişim alanına rağmen, anayasa şikâyetinde esas ölçü normun Anayasa olduğudur. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede hak ihlalini AİHS'nin değil, Anayasa'nın bir maddesine dayandırmak zorundadır. O halde yanıtlanması gereken soru, Anayasa'nın işaret ettiği kesişim alanının nasıl belirlenmesi gerektiğidir.

A. Ortak Kesişim Alanında En Küçük Ortak Bölen Olarak AİHS'nin Esas Alınması

Mahkeme'nin elinde denetime esas teşkil edecek normu belirlerken üç olasılık vardı:

- a. Ya hem Anayasa, hem de AİHS'de düzenlenen hakkı tespit ederek, en kapsamlı koruma sağlayan normu esas almak,
- b. Ya ilgili hakkın tespitinden sonra esas ölçü norm olarak salt Anayasa hükmüne göre karar vermek,
- c. Ya da AİHS (ve AİHM) odaklı düşünerek, AİHS metnin esas ölçü norma dönüştürmek.

Anayasa Mahkemesi, Eylül 2012'den itibaren anayasakoyucunun ilksel amacını - yani Strazburg'a gidildiği takdirde AİHM'nin verebileceği ihlal kararlarının yeni iç hukuk mekanizmasıyla önlenmesinin sağlanması - içselleştirmiş görünmektedir. AYM birçok başvuruda ileri sürülen hak ihlali iddiasını, AİHS ile Anayasa'nın kesişim alanında "norm alanı"ni esas alarak değil, AİHS'nin "lafzı"ni esas alarak daraltma yoluna gitmiştir.

Bu çerçevede Türkiye'nin taraf olmadığı 4.⁹, 7. ve 12. Protokoller, Anayasa'nın ve 6216 sayılı yasanın lafzından doğan ilk sınırlama alanları olarak karşımıza çıkmaktadır:

sınırlı tutulması, bu anlayışla uygulandığı takdirde anlamlı bir içerik kazanmış olur. Bu nedenle, hem gerekçede hem de ilgili maddelerde AİHM içtihatlarına yollama yapılmasında fayda vardır" denmektedir. Ancak şimdiye dek Anayasa Mahkemesi'nin bu işlevsel bakış açısını benimsediği söylenemez. (Çalıştay raporu, İzmir Barosu Başkanlığı'ndan edinilebilir).

⁸ Her iki çalışmanın da içinde yer almış olan Prof. Dr. Fazıl Sağlam bu tercihi şöyle açıklamaktadır:

"Aslında bu formül, Türk Anayasası'nda yer alan haklar kataloğundaki uyumsuzlukların zorladığı pratik bir çözümdür. Çünkü Anayasa'mızda yer alan sosyal ve ekonomik haklardan, kullanılmaları devletin olumlu bir edimine bağlı olanlar, ilke olarak anayasa şikâyeti kurumu ile korunmaya elverişli değildir. Çünkü bu tür sosyal haklar, genellikle doğrudan talep edilebilir nitelikte asgari koruma alanları olarak düzenlenmemiştir. İlköğretimin zorunlu ve devlet okullarında parasız olması, bunun ender istisnalarından biridir. Buna karşılık Anayasa'mızın sosyal ve iktisadi haklar bölümünde yer alan sendika, grev ve toplu sözleşme gibi hakların kullanımı, ilke olarak devletin olumlu bir edimine bağlı olmayıp, bu tür haklar, yapıları itibarıyla klasik haklardan farksızdır. Bunların ya anayasa şikâyeti ile bağlantılı olarak tek tek sayılması ya da AİHS'deki haklarla paralellik kurularak genel bir formülle açıklanması gerekiyordu. Yukarıda anılan taslaklarda ikinci yol daha pratik ve esnek olduğu düşüncesiyle tercih edilmiş, anayasa koyucu da aynı çözümü benimsemiştir. **Bu formülle kastedilen, AİHS'deki hakların ihlâli değil, Türk Anayasası'nda bunlara tekabül eden (bunların karşılığı olan) hak ve özgürlüklerin ihlâlidir**". Bkz. Fazıl Sağlam, "Anayasa Şikâyeti. Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar, Ece Göztepe/Aykut Çelebi (Haz.), *Demokratik Anayasa. Görüşler ve Öneriler*, İstanbul: Metis, 2012 içinde, s. 429-430.

⁹ 4. Protokol'ün ilginç statüsü ve iç hukuk yollarında farklı bir çözümün mümkün olabileceğine dair bir doktrin tartışması için bkz. Ece Göztepe, "Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4. Protokolle Bağlı mıdır? Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Bir Değerlendirme", *Legal Hukuk Dergisi*

4. Protokol: Başvuru No. 2012-695: Mahkeme her ne kadar burada ileri sürülen AY madde 38/8'in ihlali iddiasını, AIHS 4. Ek Protokol'e (madde 1) taraf olunmadığı gerekçesiyle reddetmemişse de, kararın yazılış biçiminden, eğer 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 340. maddesindeki düzenleme AY 38/8 kapsamında yorumlanmış olsaydı da, red kararının bu gerekçeye dayandırılacağına açık ipuçları mevcuttur (§25-28).

Başvuru No. 2012-1051 (Sebahat Tuncel): Mahkeme Protokol'ün 2. maddesinde ve Anayasa'nın 23. maddesinde güvence altına alınan seyahat özgürlüğünün ihlali iddiasını incelemiş; Protokol hükmüyle AIHS madde 5'in ilişkisini, ülkeden ayrılma hakkıyla normun ilişkisini AIHM'nin içtihatları doğrultusunda açıklamış (§ 44 vd.), ama son kerte de “seyahat özgürlüğüne yönelik şikâyetle ilgili olarak bireysel başvuruda bulunulamaz” diyerek (§53) hak daraltıcı bir yorumu tercih etmiştir¹⁰.

7. Protokol:

Başvuru No. 2012-799 (§20)'de karar doğrudan ilgili olmasa da (*cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı*), 7. Protokol'ün henüz Türkiye tarafından onaylanmadığı belirtilerek, iç hukuktaki düzenlemenin anayasaya uygunluk denetiminde Mahkeme kendi norm denetimi kararına atıf yapmakla yetinmektedir¹¹.

12. Protokol:

Başvuru No. 2012-1049: Burada da açıkça 12 nolu Ayrımcılık Protokolü'ne açıkça atıfta bulunulmasa da,

“Başvurucunun, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı ile Anayasa'nın 40. ve Sözleşme'nin 13. maddelerinde düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine yönelik iddialarının, bahsi geçen maddelerdeki ifadeler dikkate alındığında, **soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp**, mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir. Bir başka ifadeyle ayrımcılık yasağı ve etkili başvuru hakkının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için, ihlal iddiasının, kişinin hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda ayrımcılığa maruz kaldığı ve hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda etkili başvuru hakkının kısıtlandığı sorularına cevap verebilmesi gerekmektedir” (§33). “Başvurucunun, eşitlik ilkesinin ihlali ve etkili başvuru hakkının sağlanmadığı iddialarının, başvurunun temelini oluşturan adil yargılanma hakkı çerçevesinde ve bu hakla bağlantılı olarak ele alınması zorunluluğu vardır. Dolayısıyla ayrımcılık yasağı ve etkili başvuru hakkı, **bağımsız nitelikte koruma işlevine sahip olmayıp**, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını, korunmasını ve başvuru yollarını güvence altına alan tamamlayıcı nitelikte haklardandır. Bu çerçevede, başvurucunun adil yargılanma hakkı kapsamına giren bir hakkına yönelik müdahale bulunmaması nedeniyle ayrımcılık yasağı ve etkili başvuru hakkının somut başvuru açısından uygulanabilmesi mümkün değildir (§34)” denilerek, AIHS kapsamındaki bir hakkın bağımsız olarak ayrımcılık iddialarına konu edilemeyeceği, dolayısıyla 12. Protokol'ün sağladığı hukuki dayanaktan yoksun olduğu belirtilmektedir.

(*Akademik Yaşamının 55. Yılı Onuruna Rona Aybay'a Armağan – Özel Sayı*), Aralık 2014, s. 1121-1150; Rona Aybay, “Taraf mıyız, değil miyiz? Tuhaf Bir Durum: Türkiye ve AIHS'ye Ek 4. Protokol, *Açık Sayfa*, Haziran 2003, s. 16-17; Rona Aybay, *İnsan Hakları Hukuku*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 112.

¹⁰ Aynı hususta bkz. 2012-782, §44.

¹¹ AYMK E.2006/65, K.2009/114 (23.07.2009). Aynı şekilde bkz. 2013-3912, §60; 2012-1097, §44; 2013-2507, §45; 2012-1334, §40; 2013-500, §46;

En sorunlu ve geniş etkili sınırlama ise, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen "hak arama hürriyeti" ile AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen "adil yargılanma hakkı"nın kesişim alanının belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. AYM tarafından verilen ihlal kararlarının en çok bu maddelere dayanılarak verildiği dikkate alındığında, bu sınırlayıcı yorumun çok da etkili olmadığı düşünülebilir. Oysa burada asıl belirleyici olan husus, Anayasa madde 36 kapsamında değerlendirilebilecekken, AİHS'nin dar lafzı nedeniyle hakkında "açıkça dayanaktan yoksun"luk kararı verilen başvuruların sayısal ve niteliksel yoğunluğunda somutlaşmaktadır.

Yerleşik içtihat olarak daha sonra verilen birçok kararda atıf yapılan ilk kararlardan olan **Başvuru No. 2012-1049**'da temel tercih şöyle açıklanmaktadır:

"22. Anayasa'da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, Sözleşme'nin "*Adil yargılanma hakkı*" kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir.

23. Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin "*medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların*" ve bir "*suç isnadının*" esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Bu ifadeden, hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için, başvuru ya da medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyumsuzluğun tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır. ***Dolayısıyla bahsedilen hâller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına dayanan başvurular Anayasa ve Sözleşme kapsamı dışında kalacağından, bireysel başvuruya konu olamaz.***

24. ***Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre***, bir ceza davasında üçüncü kişilerin suçlanması veya cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişiler, Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı dışında kalmaktadır (...).

26. Başvurucu, suç işlediğini düşündüğü bir üçüncü kişi hakkında soruşturma açılmasını sağlamak amacıyla suç duyurusunda bulunmuş olup, talebi üçüncü kişinin cezalandırılmasıyla sınırlıdır. Başvurucu, üçüncü kişinin fiili nedeniyle medeni haklarına yönelik bir müdahalenin bulunduğunu düşünüyor ve buna ilişkin zararının giderilmesini istiyorsa, hukuk mahkemeleri önünde dava açma imkânı vardır. (...).

27. Sonuç itibarıyla, ***başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesine dayanan ihlal iddiasının konusu, Anayasa'da güvence altına alınmış ve Sözleşme kapsamında olan temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı dışında kalmaktadır***¹².

Kararın 22. paragrafında dile getirilen "Anayasa'da adil yargılanma hakkının kapsamının düzenlenmemiş" olduğu iddiası, AİHS madde 6'nın daha kapsamlı düzenlemesine rağmen bu madde için de geçerlidir. Çünkü bu maddenin lafzında açıkça yer almayan pek çok unsur, AİHM içtihadıyla maddenin kapsamına dahil edilmiş, yani içtihat yoluyla hakkın "kapsamı" somutlaştırılmıştır. Anayasa Mahkemesi, en çok başvurduğu bu

¹² Bu içtihadın kemikleşmesine ilişkin sayısız örnek arasından bkz. 2012-917; 2013-1134; 2012-12; 2012-13; 2013-1613; 2013-514; 2013-1718; 2012-660; 2013-1845; 2013-772; 2013-9559; 2012-1213; 2012-848 (Hrant Dink); 2013-3175; 2013-4784; 2013-5680; 2013-8175; 2013-5956; 2013-695.

hak bakımından AİHS ile Anayasa'nın kesişim alanını değil, AİHS'nin "davacı" olma hakkını kapsamına almayan dar lafzını ve sadece AİHM'nin somutlaştırıcı içtihatlarını esas almayı tercih etmiştir. Mahkeme, kendisinin AY madde 36 ile ilgili olarak hakkın kapsamını genişletme olasılığını içeren bir içtihat geliştirme olasılığı üzerinde düşünmeyi dahi gerekli görmemiştir.

Türkiye'nin siyaset ve hukuk gündemini 10 Ağustos 2014 cumhurbaşkanı ve 31 Mart 2014 yerel seçimleri dolayısıyla uzun süre meşgul eden ve birçok bireysel başvuruya da konu olan seçme ve seçilme hakkı ise, daraltıcı yorumun Anayasa'da yargısal güvenceye kavuşturulan bir hakkın AYM eliyle nasıl korunmasız bırakılabileceğinin bir başka önemli örneğini oluşturmaktadır. Türkiye'nin taraf olduğu 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesinde düzenlenen seçim hakkı "*Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler*" hükmünü içermektedir. AYM'nin önüne gelen meslek odaları seçimleri, yerel seçimler ve cumhurbaşkanı seçimleri dolayısıyla yapılan başvuruların tamamı, 1. Protokol'deki seçimlerin sadece "**yasama organına**" yapılan seçimleri kapsadığı ve Anayasa'da ayırım yapılmaksızın güvence altına alınan seçme ve seçilme hakkının bu nedenle sadece yasama organına yapılan seçimlerle sınırlı olarak bireysel başvuru konusu yapılacağı belirtilerek reddedilmiştir¹³.

Seçimlerle ilgili verilen bireysel başvuru kararlarındaki tek teselli ve umut, AYM'nin 1992 tarihinde verdiği, İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının "*bir davaya bakmakta olan mahkeme*" olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin kararından¹⁴ vazgeçmiş olmasıdır. Mahkeme, her ne kadar somut başvuruyu reddetmişse de, AİHM'nin içtihatları doğrultusunda İlçe Seçim Kurullarını "yargı yeri" (*tribunal*) olarak kabul etmiştir¹⁵. Bu kararın gerekçesinden Yüksek Seçim Kurulu'na ilişkin bir istisna çıkarılabileceğini düşünmek için bir neden olmadığından, en azından bundan sonra, Yüksek Seçim Kurulu'nun "davaya bakmakta olan mahkeme" sıfatıyla seçim hukuku düzenlemelerinin anayasaya uygunluk denetimini somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürebileceği umudu doğmuştur. Bu da yaklaşık yirmi yıllık bir engellemeden sonra azımsanmayacak bir umut ışığıdır.

Bunun yanında Anayasa Mahkemesi'nin Türk hukukunun AİHS düzenlemelerinden ve AİHM içtihadından daha geniş koruma sağlayan normlarını esas alabileceğini dolaylı da olsa ifade eden bir kararı da mevcuttur¹⁶. Genel Kurul'un 12 Kasım 2014 tarihli kararının başvuru sahibi, Türkiye İş Bankası A.Ş.'dir ve başvuru sahibi, çalışanlarına çeşitli menfaatler sağlamak üzere kurulmuş olan "Türkiye İş Bankası AŞ Mensupları Munzam Sosyal Güvenlik ve Yardımlaşma Sandığı Vakfına" şubeleri itibarıyla yaptığı katkı payı ödemelerinin, vergi müfettişlerince yapılan vergi incelemesi sonucunda ücret olarak değerlendirilmesi dolayısıyla adına tarh edilen gelir vergisi ve damga vergisi ile kesilen vergi ziyayı cezalarına karşı açtığı davanın reddi nedeniyle mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkemeye göre,

"AİHM, yasada öngörülen koşulları, bir diğer ifadeyle hukukiliği geniş yorumlayarak, kanun altı düzenlemelerin, istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan içtihat yoluyla

¹³ 2014-184 (Nejdet Atalay/KCK davası), §60-63; 2014-5425 (CHP-Mansur Yavaş), §32-37; 2014-1944 (Otomobilciler ve Şoförler Odası seçimleri), §22-24; 2014-13675 (cumhurbaşkanı seçimleri), §17-19; 2014-11717 (cumhurbaşkanı seçimleri), §20-24.

¹⁴ AYMK E.1992/12, K.1992/2 (18.02.1992). 2013-3912, §30.

¹⁵ 2013-3912, §30-32, 38 ve 48.

¹⁶ 2014-6192 (İş Bankası), §47. Karar tarihi: 12.11.2014 (RG: 21.02.2015, Sayı:29274).

geliştirilmiş ilkelerin ve hatta örf ve adet hukukunun da hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul ederken (bkz. *Malonei/İngiltere*, B. No: 8691/79, 2/8/1984, § 66-68; *The Sunday Times/Birleşik Krallık*, B. No: 6538/74, 26/4/1979, § 47; *Spaček, s.r.o./Çek Cumhuriyeti*, B. No: 26449/95, 9/11/1999, § 57) **Anayasa, tüm sınırlandırmaların mutlak manada kanunla yapılacağını öngörerek Sözleşme'den daha güvenceli bir koruma sağlamaktadır** (Bkz. B. No: 2013/817, 19/12/2013, §31)".

Bu saptamadan hareketle Mahkeme, başvuru konusu vergilendirme işleminin ilişkin olduğu vergilendirme dönemi (2007 yılı) itibariyle, Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "verginin kanuniliği ilkesi" gereği kanuni düzeyde sağlanması gereken öngörülebilirliğin sağlanamadığı, kanun hükümlerindeki öngörülemezliğin kanun altı idari uygulamalar ve düzenlemeler veya yargısal içtihatlarla giderilemediği gerekçesiyle, Vakfa yaptığı katkı payı ödemeleri üzerinden vergi ve ceza tahsil edilmesi nedeniyle başvurunun, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (§61). Dileğimiz, Mahkeme'nin bu yöndeki eğilimini bütün temel hak ve özgürlük düzenlemelerini kapsayacak şekilde genişletmesi ve anayasa şikâyetininin esas ölçü normu olarak Anayasa'nın daha fazla koruma sağlayan hükümlerini kullanmaya yönelmesidir.

B. AYM'nin Tamamen AİHM ve Minimum Koruma Odaklı Bir İçtihadı Yönelmesi – Tutukluluk Süresinin Hesaplanması Örneği

AİHS'nin 53. maddesi "Tanınmış insan haklarının korunması"¹⁷ kenar başlığı altında, Sözleşme'yle düzenlenen koruma mekanizmasının ikincilliğini (subsidiarity/Subsidiarität) vurgulamaktadır. Buna göre taraf devletler, Sözleşme'nin koruma hükümlerinin çok üstünde, bu düzenlemelerin uygulanmasına hiç ihtiyaç duymaksızın kendi ulusal koruma mekanizmalarını uygulamakta ve geliştirmekte serbesttirler. AİHS ve AİHM, ancak bu minimum korumanın sağlanamadığı hallerde bir "son çare" olarak devreye girmesi öngörülen bir mekanizmadır. Bu nedenle ulusal düzeyde olağanüstü bir kanun yolu olarak düzenlenen anayasa şikâyetinde Anayasa Mahkemesi'nin ulusal hukuk normlarıyla AİHS ve AİHM içtihadı arasında bir karşılaştırma yaparak, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında daha fazla güvence sağlayan norm ve içtihadı tercih etmesinin zorunlu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

1) Uygulamaya bakıldığında özellikle diğer temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ön koşullarından birisini oluşturan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkıyla ilgili olarak AY madde 19'un, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki (CMK) normatif güvencelerin altında kalan bir yorumla, AİHM'nin daha daraltıcı yorumuna paralel şekilde uygulandığı görülmektedir. AİHM'nin içtihat yoluyla AİHS madde 5/I a'ya dayanarak geliştirdiği "suç isnadına bağlı tutukluluk" ve "hükmen tutukluluk" ayrımı, yasada öngörülen azami tutukluluk süresinin hesaplanmasında ilk hükümden sonra temyiz aşamasında geçen sürenin ne şekilde dikkate alınacağı hususunda Türk hukukundan daha alt derecede bir koruma sağlamaktadır. Buna rağmen AYM, CMK'nin ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (İnfaz Kanunu) olanaklı kıldığı daha özgürlükçü yorum ve uygulama olanağından vazgeçmiş görünmektedir. İlgili mevzuat hükümlerinin tamamına bakılacak olursa, AİHM'nin içtihadından kavramsal olarak farklılaşan ve özgürlük hakkını daha fazla koruyan düzenlemelerin mevcut olduğu görülecektir:

AY madde 38/4: "Suçluluğu ***hükmen sabit*** oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz". Anayasa maddesindeki "hükmen sabit", literatürde istisnasız şekilde "kesinleşmiş hüküm"

¹⁷ "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz".

olarak anlaşılmaktadır. Masumiyet karinesiyle korunan hukuki yarar da bunu gerektirmektedir. Anayasa hükmünü somutlaştıran kanuni düzenlemelere bakıldığında, CMK ve diğer kanunların da özgürlüğü esas, sınırlandırmayı istisna sayan bir anlayışla anayasaya uygun hükümler içerdiği görülmektedir.

CMK madde 2/I e) ve f) bentlerine göre soruşturma, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi; kovuşturma ise iddianamenin kabulüyle başlayıp **hükmün kesinleşmesine kadar** geçen evreyi” ifade eder. Dolayısıyla CMK 223’teki “hüküm”, ilk derece mahkemesi tarafından duruşmanın sonunda verilen beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararına verilen isim olmakla birlikte, kesinleşmiş hüküm anlamında anlaşılabilir. Çünkü CMK 260 vd.’da bu hükme karşı kanun yolları düzenlenerek, sistematik olarak ilk derece mahkemesinin kararının henüz kesinleşmiş hüküm olmadığı sonucuna varılmalıdır¹⁸.

Bunun yanında tutukluluğu düzenleyen CMK 104/I’e göre (ve AY 19/7’ye göre), şüpheli veya sanık “soruşturma ve **kovuşturma evrelerinin her aşamasında** salıverilmesini isteyebilir”¹⁹. Dolayısıyla hüküm kesinleşinceye kadar tutuklu yargılanmak yasal bir zorunluluk değil, bir istisnadır. İlk derece mahkemesi hapis cezasına hükmetmiş olsa bile, sanığın temyiz aşamasını tutuksuz geçirmesine herhangi bir anayasal ve yasal engel yoktur. 5275 sayılı İnfaz Kanunu madde 4’e göre ise infazın koşulu, **mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesidir**. Yani Türk hukuk sisteminde tutuklu yargılanan bir sanık hakkında ilk derece mahkemesinin verdiği hapis cezasına ilişkin karar, henüz kesinleşmemiş olduğundan infazı söz konusu değildir ve ilk karar öncesinde tutuklu yargılama yapılmış olsa bile, temyiz sürecini tutuksuz geçirmek mümkündür²⁰.

CMK ve İnfaz Kanunu’ndaki bu düzenlemelere karşılık AYM, azami tutukluluk süresinin hesaplanmasında “suç isnadına bağlı tutukluluk” ve “hükmen tutukluluk” ayrımına dayanarak, azami sürenin önemli bir kısmını oluşturabilen temyiz sürecini tutukluluk süresinin hesaplanmasında göz ardı etmektedir. Mahkeme’nin yerleşik içtihadının ana hatları şöyle özetlenebilir:

- a) “Kişi serbest bırakılmadan yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olmuşsa, mahkûmiyet tarihi itibarıyla de tutukluluk hali sona erer. Çünkü bu durumda kişinin hukuki durumu '*bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu*' olma kapsamından çıkmaktadır. Bireysel başvuru incelemesi açısından, tutuklamanın şartları ile mahkûmiyete hükmedilmesi arasındaki esaslı fark bunu gerektirir. Zira mahkûmiyete karar verilmiş olmakla, isnat olunan suçun işlendiği,

¹⁸ CMK 287: (1) Hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları da hükümle beraber temyiz olunabilir.

CMK 288: (1) Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır.

CMK 293: (1) Süresi içinde yapılan temyiz başvurusu, hükmün kesinleşmesini engeller.

¹⁹ Literatürde de ilgili maddenin kapsamı bu şekilde kabul edilmektedir: “Sürelerin hesabında soruşturma ve kovuşturma evreleri birlikte değerlendirilir. Başka bir anlatımla soruşturma evresi için ayrı, kovuşturma evresi için ayrı süreler yoktur”. Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Savaş Yayınevi, 2013, s. 228.

²⁰ 2014-912 (İlker Başbuğ) kararında AY 19/8’e dayanılarak verilen ihlal kararı sonrasında eski Genelkurmay başkanı İlker Başbuğ cezaevinden tahliye edilmiştir ve temyiz sürecini özgür şekilde geçirmektedir.

Oysa AYM’ye göre, “Başvurucu hakkındaki davanın karara bağlanmış olması nedeniyle tutukluluk halinin **hükmen tutukluluğa** dönüştüğü, dolayısıyla her ne kadar başvuru anındaki talebi tahliye ise de, kararla birlikte bunun **mümkün olamaması dikkate alındığında** şikâyet konusu anayasal hakların ihlaline dair bir tespit ve tazminata hükmedilmesi hâlinde ihlalin giderilmesi mümkündür (...).” (2012-239, §34).

Aynı yönde bkz. 2012-999, §32; 2012-899, §32; 2012-521, §33.

bundan failin sorumlu olduğunun sübuta erdiği kabul edilmekte ve bu nedenle sanık hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya ve/veya para cezasına hükmedilmektedir. Mahkûmiyetle birlikte kişinin kuvvetli suç şüphesi ve bir tutuklama nedenine bağlı olarak tutukluluk hali sona ermektedir. ***Bu açıdan mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması ayrıca gerekmez***”²¹.

- b) “Gerek AİHM, gerekse Yargıtay, ***mahkûmiyet kararı sonrası tutulma halini tutukluluk olarak nitelendirmemektedir***. AİHM, ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olan bir sanığın, söz konusu mahkûmiyet kararından sonraki tutulmasını Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hükmü uyarınca '*mahkûmiyet sonrası tutulma*' olarak değerlendirmekte ve tutukluluk süresinin hesabında dikkate almamaktadır (Bkz. *Solmaz / Türkiye*, no. 27561/02, 16 Ocak 2007, §§ 23,24; *Şahap Doğan / Türkiye*, no.29361/07, 27 Mayıs 2010, § 26). Aynı yaklaşım Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından da benimsenmektedir. Kurul, 12 Nisan 2011 tarihli ve E. 2011/1-51, K. 2011/42 sayılı kararında, '*hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmakla sanığın atılı suçu işlediği yerel mahkeme tarafından sabit görülmekte ve bu aşamadan sonra tutukluluğun dayanağı mahkûmiyet hükmü olmaktadır.*' gerekçesiyle, temyizde geçen sürenin tutukluluk süresine dâhil edilmeyeceğine karar vermiştir”²².

AİHS'nin içtihadının doğruluğunu, hangi ihtiyaçtan doğduğunu vb. tartışmalara girmeden, sadece şu tespitte bulunmak ve soruları sormak, ana hatları yukarıda açıklanan içtihadın yerindeliğini düşünmek için bir başlangıç noktası oluşturabilir:

- AİHS madde 5/1 a) özgürlük hakkını esas almaktadır ve 1. fıkradan itibaren sayılan koşullar, asıl olan özgürlüğün hukuka uygun olarak sınırlandırılmasının numerus clausus koşullarıdır. Dolayısıyla madde, neyin tutukluluk sayılmayacağını değil, özgürlüğün sınırlandırılmasının ne zaman hukuka uygun olduğunu düzenlemektedir. Bu anlamda da “özgürlükten yoksun bırakmanın tutukluluk sayılmayacağı” gibi bir sonuca varmak, en azından maddenin istisnayı düzenleyen doğasına aykırılık oluşturmaktadır.

- “AYM ve Yargıtay, mahkûmiyet kararı sonrası tutulma halini tutukluluk olarak nitelendirmemektedir” cümlesine AY 19 ve AİHS 5'teki temel özgürlük ilkesi ve istisnai olan sınırlama koşulları çerçevesinde yöneltilmesi gereken en önemli soru, temyiz sürecinde cezaevinde geçirilen sürenin hangi kavramla ifade edileceğidir? Türk hukuk sistemine göre ilk derece mahkemesi kararının infazı söz konusu olamayacağına göre, süresi önceden kesin olarak bilinemeyecek temyiz süresince özgürlük hakkının olmamasının adının konmadan özgürlükten yoksun bırakılma halini yokmuş gibi davranılması hukuk devleti ilkesi çerçevesinde nasıl açıklanacaktır?

2) Bu olumsuz yerleşik içtihadı karşılık tutuklulukta azami sürenin hesaplanmasında Anayasa Mahkemesi derece mahkemelerinin ve Yargıtay'ın bu yöndeki yerleşik içtihadını reddeden ve azami beş yıllık sürenin hesaplanmasında tutuklu lehine özgürlükçü bir yorumu yerleşik içtihat olarak kabul etmeyi başarmıştır. AYM'nin verdiği ilk ihlal kararında²³ Mahkeme, “bireyler hakkındaki birden fazla suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların bir dosya üzerinden yürütülmesi veya bir dosyada birleştirilmiş olması halinde bu soruşturma ve

²¹ 2012-239, §67.

²² 2012-239, §67. Bu içtihadın kararlı şekilde şablon kararlarla sürdürüldüğü diğer karar örnekleri için bkz. 2012-726, §33; 2012, 391, §35; 2012-338, §41; 2012-152, §48-52; 2012-142, §25-26; 2013-6065, §21-22; 2013-6099, §40; 2013-69, §32; 2013-5267, §26-28; 2013-5278, §41; 2013-2642, §27; 2014-7204, §23; 2014-9725, §20; 2014-14580, §22; 2014-912, §49; 2014-16355, §24.

²³ 2012-239 (yerleşik içtihat) (2.7.2013).

kovuşturmaların belli bir bütünlük içinde yürütüleceği göz önüne alındığında, uygulanan bir **tutuklama tedbirinin soruşturma ve kovuşturmaların tamamı açısından sonuç doğuracağı** açıktır. Bu nedenle azami tutukluluk süresinin kişinin yargılandığı **dosya kapsamındaki tüm suçlar açısından en fazla beş yıl** olması gerektiği²⁴ ne karar vermiştir.

Somut olayda başvuru 4.2.2007 tarihinde gözaltına alınmış ve 8.2.2007 tarihinde tutuklanmıştır. Savcılık başvuru ile birlikte beş kişi hakkında dava açmış ve iddianamede başvurunun çıkar amacı ile silahlı suç örgütü kurma ve yönetme, nitelikli yağma, hırsızlık ve mala zarar verme, konut dokunulmazlığını ihlal ve ruhsatsız silah bulundurma suçlarından cezalandırılması talep edilmiştir. Başvurucunun beş yıllık azami tutukluluk süresi aşıldığından dolayı 27 Eylül 2012 tarihinde yaptığı tahliye başvurusu ve ret kararlarına itirazları reddedilmiş, 25 Aralık 2012 tarihinde de başvurunun 27 ayrı suçtan toplam 76 yıl 8 ay 10 gün hapis ve 16.000 Türk Lirası adli para cezası ile cezalandırılmasına ve tutukluluk hâlinin devamına karar verilmiştir. AYM, “tutuklama tedbirinin ceza adalet sistemi içerisindeki yeri ve 5271 sayılı Kanun’un 102. maddesindeki düzenleme ile kişi özgürlüğüne yönelik sınırlamaların dar yorumlanması hususları birlikte değerlendirildiğinde aksine bir sonuca varmanın mümkün olmadığını (§50); kanundaki sürenin öngörülebilir olduğunu, ama derece mahkemelerinin kanuni tutukluluk süresinin her suç için ayrı ayrı hesaplanması gerektiği yönündeki yorumunun, bireylerin tutuklu olarak yargılanabileceği azami süreyi **belirsiz ve öngörülemez** bir şekilde uzatmaya elverişli olması nedeniyle bir hukuk devletinde henüz suçluluğu sabit hale gelmemiş bir bireyin mahkemenin benimsediği yorum nedeniyle belirsiz bir süre boyunca özgürlüğünden yoksun bırakılması düşünülemeyeceğinden, bu yöndeki yorumunu AY 19/3’ün ihlali anlamına geleceğine hükmetmiştir (§54).

Literatürde, AYM’nin bu yorumunun derece mahkemeleri ya da Yargıtay tarafından kabul edilip edilmediği, eski yorumda ısrar edilip edilmediği yönünde bir bilgiye ulaşılamamıştır. Ancak AYM’nin bu yönde pek çok kararla²⁵ yerleşik içtihadının yaklaşık iki yıldır olduğu göz önüne alındığında, aksi yönde bir direncin kabul edilemez olduğu ortadadır.

C. Norm ve İlke Somutlaştırmasında Somut Davanın Verilerinin Yeterince Dikkate Alınmamasından Kaynaklanan Sorunlar (Şablon Karar Sorunu) – Aile konutu²⁶ ile İcra ve İflas Kanunu’ndaki tazyik hapsi²⁷ örnekleri

Anayasa şikâyeti davaları, özellikle soyut norm denetimi davalarından farklı olarak, normların somut olaya uygulanmasından kaynaklanan özgül durumların dikkatle incelenmesini gerekli kılan, bir hakkın sınırlanmasına ilişkin anayasal ilkelerin genelliğinden, somut olayın özelliğine geçişte tekil durumdaki özelliklerin bütün olası sonuçlarıyla düşünülmesini gerektiren bir dava türüdür. Anayasa Mahkemesi şimdiye kadar birçok davada sözü edilen, soyutluktan somut olaya geçişi başarıyla uygulamıştır. Ancak dikkatle bakıldığında, bunların genellikle kamuoyunun yakından takip ettiği²⁸ ya da AİHM’nin genel kabul gören yerleşik bir içtihadının bulunduğu²⁹ haklara ilişkin olduğu görülmektedir. Bu özenin her davada mutlak anlamda gösterilmesi, başvuru sayısının çokluğu karşısında

²⁴ 2012-239, §50.

²⁵ Bkz. 2012-521; 2012-999; 2012-1137; 2012-1303; 2013-496; 2013-736; 2013-1420; 2013-1782; 2013-2056;

²⁶ 2013-6712 (aile konutu kararı).

²⁷ 2012-695 (İİK tazyik hapsi) kararı).

²⁸ 2014/3986 (Twitter), 2014/4705 (Youtube), 2013/409 (Öcalan), 2013/1481 (DTP), 2012/1272 (Balbay), 2012/849 (Haberal), 2013/9894 (Yıldırım), 2013/9895 (Ayhan), 2014/85 (Aktaş ve İrmak).

²⁹ 2013/8463, 2013/8517 ve aynı doğrultuda 21 karar (sendika hakkı); 2013/6319, 2013/293, 2012/848, 2013/6585, 2013/2515, 2013/6359, 2012/752, 2012/850 (yaşam hakkı ve işkence yasağı); 2012/1269, 2013/2294, 2013/7800 (Balyoz), 2013/2744, 2013/8492, 2013/7017, 2014/1440 (Tuncel), 2014/253 (askeri casusluk davası); 2013/533 (Av. Ercan Kanar).

beklenemezse de, Mahkeme'nin "kendi" hak yorumu yöntemleri üzerinde düşünmesi gerektiği, iki "sessiz" dava örneği üzerinden gösterilebilir:

1) "Aile konutu"³⁰ kavramının somutlaştırılmasına ilişkin davada başvuru, aile konutu olan taşınmaz üzerindeki ipoteğin kaldırılması talebiyle açılan davanın reddedilmesi neticesinde, adil yargılanma ve ailenin korunması hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Kayseri 3. Aile Mahkemesi, "Mahkemenin 22/12/2011 tarih ve E.2010/1258, K.2011/1246 sayılı kararı ile, her ne kadar dava konusu taşınmazın aile konutu olduğu Kayseri 3. Aile Mahkemesinin 12/10/2010 tarih ve E.2010/388, K.2010/1020 sayılı kararı ile hüküm altına alınmış ise de, ipoteğin kurulduğu aşamada konutun tapu kaydı üzerinde aile konutu şerhi bulunmadığı gibi, belirtilen süreçte ilgili taşınmazın başvuru ve eşinin aile konutu olmadığı tespit edildiğini" belirterek davanın reddine karar vermiştir. Başvurucunun dava konusu konutunun aile konutu olmadığı tespiti, "dosya kapsamında yapılan keşif ve toplanan sair deliller uyarınca, dava konusu taşınmazın Kayseri ilinin sayfiye yerlerinden olan Gesi mahallesinde bulunduğu, tarafların keşif ve karar tarihi itibarıyla bu **konutta oturuyor olmalarına rağmen**, daha önceden birlikte oturdukları ve adlarına adli tebligatların yapıldığı bir diğer konutun da ipotek nedeniyle satıldığı ve belirtilen **satış üzerine başvuru ve eşinin dava konusu konuta geçtiklerinin** anlaşıldığı, aile konutunun tarafların birlikte yaşamak için belirledikleri ve **yıllarını geçirdikleri** konut olması gerektiği, (...)" saptamasının sonucunda ortaya çıkmıştır. İpoteğin tesis edildiği aşamada dava konusu taşınmazın tarafların aile konutu olmadığı, daha sonradan satılan ve aile konutu şerhi konulmuş olan konutun aile konutu olarak saptanmış olması nedeniyle davanın reddine karar verildiği görülmektedir" (§18).

Başvuru her ne kadar kanun yollarında gerekçeli karar hakkının ihlal edilmemiş olduğu gerekçesiyle "açıkça dayanaktan yoksun olduğu" için reddedilmişse de, bu "sessiz" dava kanuni bir kavramın norm somutlaştırmasında taşıdığı önemi gösterdiği için dikkat çekicidir.

TMK'nin 194. maddesinde düzenlenen aile konutu kavramı, aile konutunu ve ev eşyasını, buna bağlı olarak eşlere tanınan hakları düzenlemektedir. İsviçre Medeni Kanunu'na 1984 yılındaki değişikliklerle giren bu kavram, aile birliğinin devamını ve belli bazı güvenceler sağlamak için düşünülen, süreklilik arz eden, yani geçici önlem niteliğinde olmayan tedbirlere ilişkin bir maddedir³¹. Literatürde yapılan tanımlar şöyledir: "Konut, eşlerin düzenli olarak yerleşim amacıyla kullandıkları kapalı mekânları ifade eder. Eşlerin düzenli olarak birlikte yaşantılarını geçirmediği, zaman zaman ya da hafta sonları kullandıkları, yazlık, hafta sonu ya da dağ evi gibi konutlar da buraya girmezler"³². Daha kapsayıcı bir tanıma göre ise aile konutu, "eşlerin evlilik birliğinin devamı sırasında ortak yaşamı sürdürmenin gerekli kıldığı 'bir yerde ortak olarak oturma ihtiyacının' giderilmesinde

³⁰ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 194: "Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.

Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir.

Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilir.(1)

Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur."

³¹ Aile konutu ve ev eşyasıyla ilgili açıklamalar için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi: Ankara, 2015, s. 239 vd. Aile konutuyla ilgili diğer önemli düzenlemeler TMK 197, 240, 254, 279 ve 652. maddede yer almaktadır.

³² Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 241-242. Bu türden konutlara "ikincil nitelikte konutlar" da denmektedir. Bkz. Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, S. 162.

kullanmak üzere sürekli olarak seçtikleri, kısaca aile yaşamlarının merkezi durumuna getirdikleri konut olarak kullanmaya elverişli taşınır veya taşınmaz yerdir”³³.

Bu iki tanımdan da anlaşılacağı üzere, aile konutuyla ilgili düzenlemenin amacı, her halde aile birliğini korumak ve eşlerin bir arada yaşamlarını sağlayacak tedbirleri olanaklı kılmaktır. Aile konutunun önemi nedeniyle TMK 194/I eşlerden birinin diğer eşin rızası olmadıkça aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceğini düzenlemektedir. 194. madde sadece aile konutundan bahsederken, TMK 240 “eşlerin birlikte yaşadıkları konut”tan söz etmektedir. Yine 194/I’ e göre eşlerden biri, diğer eşin açık rızası olmadıkça “aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz”. Bundan anlaşılansa, ipotek, başkası lehine intifa, üst hakkı ya da oturma hakkı gibi hakların tesis edilmesidir³⁴.

Somut olayda, olağan olarak oturlan evin haciz işlemleri sonucunda satılmasından sonra ailenin, yazlık evlerine (asıl evin varlığı halinde aile konutu olarak kabul edilmeyen, ama diğer ev satıldıktan sonra birlikte yaşayabilecekleri tek mekân haline gelen) taşındığı ve aile birliğinin bu evde sağlandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla hem derece mahkemeleri, hem de AYM aile konutuyla ilgili TMK düzenlemesinin “düzenleme amaç ve işlevi”ni tamamen göz ardı ederek, sadece kanunun lafzına odaklanmışlardır. Bunun da ötesinde derece mahkemesi aile konutunun “eşlerin yıllarını geçirdikleri” bir mekân olması gerektiğini vurgulamıştır. Oysa ne kanunun lafzında, ne de gerekçesinde bu genişletici koşul yer almamaktadır. Bunun da ötesinde bu yorumun kabulü halinde, yeni evli çiftlerin aile konutunun varlığının reddedilmesi gerekecektir.

Anayasa şikâyeti yoluyla lafzı anayasaya aykırı olmasa bile, somut duruma uygulanması halinde bir hak ihlaline yol açacak bir uygulama tespit edilebilir ve salt o olayla sınırlı olmak üzere ihlal kararı verilebilir. AYM ise aile birliğinin sağlanabileceği tek mekân olan yazlık evin somut durumdaki önem ve işlevini tartışmayı ihmal etmiş ve derece mahkemesinin kanunu keyfi ve açıkça lafza aykırı yorumlayan kararını anayasaya uygun yorum yoluyla düzeltme fırsatını kaçırmıştır.

2) İkinci davada ise başvuru, taahhüdü ihlal eylemi nedeniyle mahkeme tarafından hakkında üç aya kadar hapsen tazyikine karar verildiğini, oysa aynı icra dosyasında yer alan ve kendisiyle aynı durumda olan bazı kişilere ceza verilmediğini, bu nedenle adil yargılanma hakkının ve sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilememesinden dolayı özgürlüğü kısıtlama yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür³⁵. İcra ve İflas Kanunu’nun 340. maddesi "icra dairesinde kararlaştırılan borcu ödeme şartını, makbul bir sebep olmaksızın ihlal eden borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Ancak, bir borçtan dolayı tazyik hapsinin süresi üç ayı geçemez” hükmünü içermektedir. Somut olayda da hakkında icra takibi yapılan başvuru, borcunu taksitler hâlinde ödeyeceğine dair taahhütte bulunmuş, taahhüdün yerine getirilmemesi hâlinde karşılaşacağı hukuki ve cezai sonuçlar kendisine ihtar edilmiş ve başvuruçunun imzası alınmıştır. Ödemeyi taahhüt ettiği taksidi ödememesi üzerine, taahhüdün ihlal edildiği gerekçesiyle üç aya kadar “hapsen tazyikine” karar verilmiştir. İtirazları üzerine yapılan incelemeler sonucunda yine üç aya kadar hapsen tazyikine karar verilmiştir (§5-10). Başvuruçunun iddialarından birisi de, AY 38/8 ve AİHS’ye Ek 4. Protokol’de tanımlanan sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilememesinden dolayı özgürlüğü kısıtlama yasağının ihlal edilmiştir.

³³ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, S. 165.

³⁴ Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 252.

³⁵ 2012-695.

AYM'nin bu bireysel başvuru kapsamında yapması gereken şey, AY 38/8 ile İcra ve İflas Kanunu'nun 340. maddesi arasındaki genel ilişkiyi ve uyum(suzluğ)u incelemek, normun lafzının anayasaya uygun olduğuna hükmetse bile, somut olayda normun uygulanmasından kaynaklanan bir hak ihlali olup olmadığını incelemektir. Mahkeme, bireysel başvuruya ilişkin kararında, 21.11.2002 tarihinde itiraz yoluyla önüne gelen ve İİK madde 340'ın anayasaya aykırı olmadığına oybirliğiyle verdiği karara atıfta bulunarak başvuruyu "açıkça dayanaktan yoksunluk" nedeniyle kabul edilemez bulmuştur³⁶. Oysa AYM'nin norm denetiminde verdiği ret kararında da, AY 38/8'deki amaçla ile yasa ilişkisi anayasaya uygun şekilde kavranmamıştır. Mahkeme'nin argümanı, itiraz konusu kuralın doğrudan sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi olmayıp kamu otoritesince yürütülen cebri icranın etkinliğinin sağlanması olduğu; yani yükümlülüğün sözleşmeden değil, yasadan kaynaklandığıdır. Burada AY 19/II ile pratik uyum ilkesi çerçevesinde sorulması gereken soru, AY 38/8'in bu denli dar anlaşılması halinde, herhangi bir güvence sağlayabilecek bir norm olmaya devam edip etmediğidir. AY 19/II'ye göre, her türlü hürriyeti kısıtlayıcı yaptırım kanunla düzenlenmek zorunda olduğuna göre, iki gerçek kişi arasındaki bir borç ilişkisinin araya devletin bir işlemi girmeksizin bir zorlayıcı bir işlemle tahsili hukuken mümkün müdür?

AY 38/8'in konuluş amacını bulma konusunda 4709 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanuna ilişkin Anayasa Komisyonu Raporu³⁷ hemen hiçbir bilgi içermemektedir. Ancak son derece kısa olan gerekçedeki bir cümle, normun özünü anlamak için yeterlidir: "Sözleşmeden doğan yükümlülük içinde borçlar da vardır". Yani anayasa koyucu, kişilerin malvarlığına ilişkin borçlarıyla kişi özgürlüğü arasında bir tercihte bulunarak, kişi özgürlüğünü borcun ifasının önüne koymuştur.

Somut olayda başvurucunun tazyik hapsine neden olan borcun kaynağı, sözleşmeye dayalı bir borçtur. Bu borcun ödenmemesi üzerine yasada verilen yetkiye dayanarak devlet, borçlunun haczedilen malının satışının taksitle ödeme teklif ve taahhüdü gerçekleşene kadar ertelenmesine ilişkin bir taahhüdün alacaklıya verilmesine *aracılık* etmektedir. Yani devlet borcun alacaklısı değil, sadece tarafların uzlaştırıcısıdır. Oysa AYM bu maddeyle korunan hukuki yararın, "kişilerce devlet kurumlarına verilen sözlerin tutulması ve kamu otoritesine olan itimadın sarsılmaması" olduğunu belirterek, "taahhüdü ihlal eylemlerinin konusunun sözleşmeden kaynaklanmadığını" kabul etmektedir (§28-29). Oysa borçlunun ve alacaklının böyle bir anlaşmayı yapması halinde devlet ne alacağın tarafı olmakta, ne de borcun ödenmemesi halinde alacaklı hakkını kaybetmektedir. Borçlunun taksitleri geciktirmesi/ödememesi halinde zaten başlanmış olan, borçlunun haczedilen malının satışı tedbirine başvurulabilecektir. Görüldüğü üzere, AYM daha önce somut norm denetiminde ortaya koyduğu gerekçenin somut bir olayda ortaya çıkardığı sonuçları anayasaya uygun yorum ve pratik uyum ilkesi çerçevesinde tekrar gözden geçirmedeği için, AY 38/8'in koruma alanı yok edilmiştir.

³⁶ AYM'nin bireysel başvuru kararında da atıf yapılan kararın künyesi yanlış verilmiştir. Doğrusu E. 2001/415, K. 2002/166'dır. Mahkeme bu kararında AY 38/8'i şöyle yorumlamıştır:

"Alacaklının muvafakatı ile icra dairesinde borcun ödenmesinin kararlaştırılması, alacaklı ve borçlunun icra memurunun huzurunda takibe konu borcun ödenme şeklinin belirlenmesidir.

İtiraz konusu kuralda, düzenlenen eylem Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasında sözü edilen, doğrudan **sözleşmeden doğan** yükümlülüğün yerine getirilememesi olmayıp, **kamu otoritesince yürütülen cebri icranın etkinliğinin sağlanmasıdır**.

Bu nedenlerle, Yasa'da öngörülen **yükümlülük sözleşmeden değil, yasadan kaynaklandığından** kural, Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir".

³⁷ Anayasa Komisyonu Raporu, Dönem: 21, Yılı: 3, S. Sayısı: 737 (2/803).

C. AYM'nin ve Türk Hukuk Öğretisinin Kendi Temel Hak ve Özgürlükler Doktrini Geliştirememesi

Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşık üç yıllık karar pratiğine bakıldığında Mahkeme'ye yöneltilen eleştirilerin kökeninde Türk anayasa hukuku öğretisinin büyük eksikliklerinin yattığını kabul etmek gerekir. Hukuk fakültelerinde okutulan Anayasa Hukuku ders kitaplarına bakıldığında, bunların çoğunun kurumsal anayasa hukukunu ele alan bir içeriğe sahip olduğu görülmektedir. Temel hak ve özgürlükler teorisini ele alan ve Anayasa'nın güvence altına aldığı hakları bu teori ışığında yorumlayan "Temel Hak ve Özgürlükler Hukuku"na ilişkin ders kitaplarının bulunmadığı ne yazık ki bir gerçektir. Bazı kitaplar bu başlığı taşısa da içerikleri, gerçek bir hak ve özgürlük öğretisi geliştirmekten ya da bunları somutlaştırmaktan uzaktır.

Bunun yanı sıra, 2010 yılı anayasa değişikliğinden bu yana Türk hukuk sistemine eklenen yeni bir olağanüstü kanun yolunun tesis edildiği bilinmesine rağmen, 2015 yılına kadar bu kanun yolunu ders programı içinde ele alan çok az sayıda hukuk fakültesi mevcuttur. Bu yapısal sorunlar ışığında Anayasa Mahkemesi'nin AİHM içtihadına odaklanması en azından güvenilir bir yol gösterici bulma çabası olarak değerlendirilmelidir. Bu anlamda Türkiye'deki anayasa hukukçularını temel hak ve özgürlükler konusunda çeşitli eserler verme konusunda tarihsel bir sorumluluğun beklediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

II. Federal Alman Anayasa Mahkemesi (FAYM) Kararlarıyla Tematik Bir Karşılaştırma

Bu başlık altında ele alınan kararlar, FAYM'nin temel hak ve özgürlükler öğretisinin ve felsefesinin temel taşı olarak kabul edilen kararlardır. Birçok davada başvuru talebi reddedilmiş olsa da, arkadan gelen kuşakların önünü açan ilkeler bu kararlarda yazılmış, temel hak ve özgürlüklerin içerik ve kapsamı bu kararlarda somutlaştırılmıştır. Amaç, FAYM'nin içtihadının ana hatlarını açıklamak olduğundan, ele alınan hakla ilgili AYM kararının mümkün olduğunca kısa şekilde açıklanmasıyla yetinilecektir.

A. Yaşam, Maddi ve Manevi Varlığını Geliştirme Hakkı (AY 17/I ve III; GG 2; AİHS 2)

Türkiye'de, AİHM'nin verdiği pek çok ihlal kararında dayandığı AİHS 2 ve 3'ün AY'deki karşılığı olan AY 17/I ve III, hukuk literatüründe daha çok yaşam hakkı, işkence, eziyet ve insan onuruyla bağdaşmayan ceza ya da muamele yasağı çerçevesinde ele alınmaktadır. AY 17/I'de düzenlenen "maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı" ise bağımsız bir hak olarak değil, 3. fıkradaki davranışlardan devletin negatif yükümlülüğü kapsamında sakınılması halinde korunan bir hak olarak anlaşılmaktadır.

Almanya'da ise yaşam hakkı açık bir sınırlama düzenlemesi olmaksızın düzenlenmiştir. Alman hukuk sistemindeki yaşam hakkı tartışmalarının konusu daha çok kürtaj³⁸, embriyonların korunması, ötenazi ve ölüm anının tespitine odaklanmıştır. Bu hakkın ihlal edildiği iddiasıyla Almanya aleyhine AİHM'de yapılan ve kabul edilebilir bulunan tek başvuruda başvuru, partnerinin AIDS'li olduğunu kendisinden gizleyen doktora karşı devletin kendisini koruma yükümlülüğünü yerine getirmediğini³⁹ ileri sürmüştür. Ancak

³⁸ BVerfGE 39, 1 (Schwangerschaftsabbruch I); 88, 203 (Schwangerschaftsabbruch II). Embriyonların korunmasına ilişkin ilkeler de bu kararlar kapsamında tartışılmıştır.

³⁹ Colak ve Tsakiridis v. Germany (77144/01 ve 35493/05) (5.6.2009), §5, 22-36.

AİHM AİHS 2/I, 6 ve 8'in ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Dolayısıyla Türkiye aleyhine Strasburg'da yapılan başvuruların daha çok kolluk güçlerinin orantısız ya da yasaya aykırı güç kullanımı sonucunda meydana gelen ölümler ve bu ölümler hakkında etkili soruşturma yapılmamış olmasından kaynaklandığı göz önüne alındığında, karşılaştırmaya konu olabilecek bir karar bulunmamaktadır.

AYM ise 17/I'in koruma alanını, hep 17/III ile ilişkilendirmekte, ikisi arasındaki bağı kopartmadan 17. maddeyi bir bütün olarak ele almaktadır:

“Devletin, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü, öncelikle kamu otoritelerinin bu hakka müdahale etmemelerini, yani anılan maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şekillerde kişilerin fiziksel ve ruhsal zarar görmelerine neden olmamalarını gerektirir. Bu, devletin vücut ve ruh sağlığını korumadan kaynaklanan negatif ödevidir (B.No: 2013/293, 17/7/2014, .§ 81). Diğer taraftan Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen hak kapsamında, devletin, pozitif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan tüm bireylerin maddi ve manevi varlığını koruma hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Devlet, bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten korumakla yükümlüdür (B.No: 2012/752, 17/9/2013, § 51)”⁴⁰.

Bu karara konu olan somut olayda başvurucu, tutuklu olarak bulunduğu F Tipi cezaevinde diğer hükümlülerle sohbet hakkının **Adalet Bakanlığının genelgesi** kapsamında **haftada 10 saati** aşmamak üzere verilebileceğinin belirtildiğini, buna rağmen cezaevi idaresinin bu hakkını kısıtladığını, bu şekilde tecrit edilmiş halde tutulduğunu ve sohbet hakkının kısıtlanmasının kendisine işkence niteliğinde olduğunu yaklaşık beş aydır sadece on yedi buçuk saat sohbet imkânı sağlandığını, sohbet dışı etkinliklere dâhil edilmediğini, daha önce kaldığı cezaevinde daha fazla süreyle sohbet imkânına sahip olduğunu ancak infaz kurumunda keyfi olarak sürenin kısıtlandığını ileri sürmüştür.

AYM ise verdiği ret kararında, önce başvurucuya tanınan sınırlı iletişim haklarını tespit etmiş (başvurucu cezaevinde üç kişilik koğuştaki tecrit kabul edilmeyecek bir durumda kalmakta, kendisine cezaevindeki imkânlar kapsamında aylık 5 saat süre ile sohbet ve aylık 2,5 saat kapalı spor salonu ve 2,5 saat çim sahadan yararlanma imkânı tanınmaktadır), ama Adalet Bakanlığı Genelgesi'ndeki haftalık maksimum 10 saatlik sürenin neden bu kadar altında kalınmış olduğunu tartışmadığı gibi, cezaevi güvenliğini genel bir sınırlama gerekçesi olarak ele almıştır. Buna göre, “Bu hususun güvenlik gibi cezaevi için kaçınılmaz gerekçelerle kısıtlanmasının tek başına başvurucunun "*insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye*" tabi tutulduğu veya tek başına kalma tedbirinin işlediği suçun niteliği nedeniyle yüksek güvenliğin bir cezaevinde tutulmanın pratik gerekleri çerçevesinde başvurucunun katlanması gereken elem seviyesinden daha fazla bir eziyet seviyesine ulaştığı söylenemez” denerek, 17/I'deki kendini geliştirme hakkına dayanmaksızın, III. fıkradaki yasaklara ilişkin bir değerlendirme yolu seçilmektedir (§46). Başvurucunun bu imkânlardan yararlanırken diğer mahkûmlardan farklı bir muameleye tabi tutulmaması da, 17/I'deki “özgürlük hakkı”nın sadece III. fıkradaki ihlal hakkı kapsamında, son derece dar biçimde ele alındığı gerçeğini değiştirmemektedir (§47)⁴¹.

Telefon hırsızlığı şüphesiyle gözaltına alındıktan sonra işkence gördüklerini iddia eden başvuruculara ilişkin olarak verilen ihlal kararında AYM, 17/I'in amacını “insan onurunun

⁴⁰ 2013-3550 (diğer hükümlülerle sohbet hakkı), §32. Ayrıca bkz. 2012-752, §50-51; 2013-6585, §39; 2013-6319, §42; 2013-1123, §32; 2013-5356, §42.

⁴¹ 2013-3550, §46-49.

korunması” olarak tespit ettikten sonra, “devletin, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü, öncelikle kamu otoritelerinin bu hakka müdahale etmemelerini, yani anılan maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şekillerde kişilerin fiziksel ve ruhsal zarar görmelerine neden olmalarını gerektirir. Bu, devletin bireyin vücut ve ruh bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünden kaynaklanan negatif ödevidir”⁴² demektir. Ancak AYM, devletin müdahale etmeme yükümlülüğü dışında, bu fıkrayı özellikle AY 5. madde kapsamındaki devletin temel ve amaç görevleri arasında sayılan “kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” hükmüyle ilişkilendirme gereği duymamaktadır. Çünkü devletin negatif ve pozitif yükümlülüğü, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi için saldırıdan koruma dışında, bu gelişimin sağlanabileceği bir toplumsal-hukuki ortamın yaratılmasını gerektirmektedir.

Alman Anayasa Mahkemesi’nin AY 17/I’in yorumunda örnek alınabilecek önemli içtihatları, GG 2/I’de⁴³ düzenlenen “kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı”nın kapsamının belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Davanın sonucu itibariyle kaybeden tarafı olmasına rağmen 1956 yılında Hıristiyan Demokrat Parti’nin (CDU) kurucularından olan Wilhelm Elfes’in FAYM’ye taşıdığı davası, Alman devletinin temel hak ve özgürlük felsefesinin temel kararlarından birisinin verilmesine vesile olmuştur⁴⁴. Sadece on dört sayfada Mahkeme, daha sonra literatürde “Auffanggrundrecht”⁴⁵ olarak nitelendirilecek AY madde 2/I’in kapsayıcı anlamını ortaya koymayı başarmıştır.

Elfes CDU’nun kuruluş aşamasında pazar ekonomisine karşı Katolik bir sosyalizm ütopyasını koruyan kişilerden birisiydi. Partisinin yeni kurulan devletin ilk döneminden sonra en büyük kitle partisi olmasıyla ve Sovyet etkisindeki Doğu Almanya’ya karşı hem Hıristiyan demokratların, hem de sosyal demokratların Batı yanlısı bir tutum takınmasıyla birlikte Elfes parti içinde marjinalleşmeye mahkum edilmişti. Almanya’nın siyasal tarafsızlığını savunan ve silahsızlanma propagandası yapan bir siyasetçi ve yazar olarak Elfes, istemeden de olsa Doğu Alman partisi SED’nin yandaşı gibi görülmeye başlanmıştır. Elfes’in FAYM’ye kadar giden hukuk mücadelesi, pasaportunun yenilenmesi talebinin idare tarafından herhangi bir gerekçe bildirilmeksizin reddedilmesiyle 1953 yılında başlamıştır. Başvurucu gerekçeyi eyalet idare mahkemesinde dava açtığına öğrenmiştir: Pasaport Kanununun 7/I maddesinde öngörülen, pasaport vermeyi ret gerekçesinin unsurları, Elfes’in 1952’nin Aralık ayında Viyana’da katıldığı “Halkların Barış Kongresi”nde “Birleşik Almanya Deklarasyonu”nu okuması, daha sonra Paris, Budapeşte ve Doğu Berlin’deki benzer etkinliklere katılarak “dış güvenliği ya da Federal Almanya’nın tamamının ya da bir eyaletinin önemli çıkarlarını tehdit etmesiyle” gerçekleşmiştir⁴⁶. FAYM’nin kişilerin herhangi bir hak kapsamına girmeyen eylemlerini korumaya olanak tanıyan bu kararı, ne yazık ki Elfes’in pasaport alma mücadelesinde olumlu sonuçlanmamıştır. Soğuk Savaş’ın gölgesinde FAYM Pasaport Kanunundaki sınırlamanın anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.

Alman Anayasası’nda yurtdışına çıkma hakkı açıkça güvence altına alınmamıştır; madde 11/I’de dolaşım özgürlüğü sadece Almanya toprakları içinde öngörülmüştür.

⁴² 2013-293 (telefon teli hırsızlığı), §80 ve 81 (yerleşik içtihat). Aynı şekilde devletin negatif ve pozitif yükümlülüğüne birlikte atıf yapan kararlar için bkz. 2013-6359, §60-61; 2013-7526, §39-40.

⁴³ Alman AY madde 2/I: “Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı olmamak koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir”.

⁴⁴ BVerfGE 6, 32 (Elfes) (16.1.1957).

⁴⁵ “Tamamlayıcı, kapsayıcı hak” olarak çevrilebilir.

⁴⁶ Davanın arka plan bilgisi için bkz. Maximilian Steinbeis/Marion Detjen/Stephan Detjen, Die Deutschen und das Grundgesetz. Geschichte und Grenzen unserer Verfassung, München: Pantheon, 2009, s. 78 vd.

Dolayısıyla Pasaport Kanunu Anayasa'nın lafzına açıkça aykırılık teşkil etmemektedir. Ama FAYM yargıçları anayasa yapım sürecinde madde 2/I'in yazımında etkili olan "kişilik haklarının özü" teorisinin⁴⁷ ötesine geçilip geçilemeyeceğini tartışmış ve hakkı bu teorisinin ötesine geçen, özgürlükçü bir şekilde yorumlamışlardır. Bunun sonucunda 2. madde, AİHS madde 8'de olduğu gibi, diğer spesifik hakların kapsamına girmeyen eylemleri kapsamına alan tamamlayıcı bir hakka dönüştürülmüştür⁴⁸.

FAYM 1. maddedeki insan onuru kavramıyla kişilik hakkının geliştirilmesi arasındaki ilişkiyi de kurmaktadır (36), ama bu içsel ve ayrılmaz bağlantıya rağmen 2. maddenin bağımsız niteliği özellikle vurgulanmaktadır. Bu içtihadı önemli kılan husus, özgürlüğün hem içsel, hem de dışsal boyutunu kapsayan ve davranış özgürlüğünü, insan olmanın merkezine oturtmasıdır. Bu özgürlük odaklı yaklaşım, devlete sadece negatif anlamda müdahale etmeme ya da pozitif anlamda koruma değil, her türlü sınırlayıcı eylem ya da işlemi dar bir alanda tutmayı zorunlu kılmaktadır.

FAYM'nin AY 2/I'den çıkardığı bir başka alt ilke, "enformasyonel kendini belirleme hakkıdır" (*informationelle Selbstbestimmung*)⁴⁹. 1983 tarihli Nüfus Sayımı Yasası'nda öngörülen, verilerin otomatik olarak işlenmesi kuralı nedeniyle kişinin modern teknolojiler karşısında kişiliğini serbestçe geliştirme hakkının nasıl değiştiği ve yorumlanması gerektiği sorusundan hareketle geliştirilen bu ilke, yeni bilgisayar teknolojileri yardımıyla kişisel verilerin sınırsız şekilde elde edilmesi, depolanması, kullanılması ve başkalarına iletilebilmesinin, bireylerin korunma ihtiyacını da beraberinde getirdiğini belirtmektedir. Buna göre bireylerin, kendilerine ilişkin verilerin ne zaman ve hangi sınırlar çerçevesinde kullanılabileceğine karar verebilmesi gerekir⁵⁰. FAYM'nin binin üzerinde anayasa şikâyeti başvurusuna ilişkin olarak verdiği kararlar, Nüfus Sayımı Yasası'nın öngördüğü şekilde nüfus kayıt verilerinin kurumlar arasında paylaşılması ve verilerin karşılaştırılması için başka kurumların da kullanımına açılması, ihlal kararının en önemli gerekçesini oluşturmaktadır. Çünkü bireylerin kendilerine ilişkin verilerin kullanılması üzerinde karar ve belirleme hakları bulunmalıdır. Bu hakkın sınırlandırılabilmesi içinse daha ağır basan bir kamu yararının varlığı gerekmektedir (s. 41-46).

FAYM'nin insanları "camdan insanlar" (s. 17) olmaktan koruyacak tedbirleri ve ölçütleri ortaya koyduğu bu karar, bilişim teknolojilerinin henüz gelişmeye başladığı bir dönemde verilmekle birlikte, günümüzün dijital çağındaki pek çok meselenin çözümü için gerekli olan ilkeleri içinde barındırmaktadır. Bu karardan sonra yasama organı ve idare, o güne kadar yürürlükte olan mevzuatı ve idari uygulamaları gözden geçirmişler ve kararda belirtilen ilkelerle uyumlu hale getirmeye çalışmışlardır. Bu doğrultuda, polislerin herhangi bir somut görev ve yetkisi söz konusu olmaksızın, genel bir yetkilendirmeye kişiler hakkında veri toplayamayacağı görüşü benimsenmiştir. Özellikle 11 Eylül 2001 saldırılarından sonra yasakoyucunun yürürlüğe soktuğu özel ceza normları da bu karar ışığında değerlendirilmiştir⁵¹. Yargı organları da yasaları ve idari uygulamaları bu karar ışığında

⁴⁷ Bu teoriye göre madde 2/I kapsamında kişilik haklarının korunması, ancak bireylerin "iç dünyasına" ilişkin inanç, vicdan, din gibi hususları kapsar

⁴⁸ Bu karardan önce verilen ve sözü edilen teorisinin kapsamının tartışıldığı bir başka karar için bkz. BVerfGE 4, 7 (15). Mahkeme'nin ormanda ata binme hakkının da genel davranış özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin kararına karşı oy yazan yargıç Dieter Grimm, 2. maddenin bu denli genişletilmesinin hakkı banalize etmesi ve yargı denetiminin sınırsız bir alana yayılması tehlikesini içinde barındırdığına dikkat çekmektedir. Bkz. BVerfGE 80, 137 (164 vd.).

⁴⁹ BVerfGE 65, 1 (Volkszählung) (15.12.1983).

⁵⁰ BVerfGE 65, 1 (41 vd.).

⁵¹ BVerfGE 109, 279 (Großer Lauschangriff / büyük dinleme saldırısı); 112, 304 (GPS); 113, 29 (Zugriff auf den elektronischen Datenbestand einer Rechtsanwaltskanzlei / bir avukatlık bürosunun elektronik veri bankasına girme); 115, 166 (Durchsuchung zum Zweck der Ermittlung von Kommunikationsverbindungsdaten auf dem

değerlendirerek, örneğin Türkiye ile düzenli biçimde gerçekleştirilen ceza veri bankasına ilişkin bilgilerin paylaşılmasının yeterli yasal dayanağa sahip olmadığına karar vermiş ya da Medeni Usul Kanununda yer alan, müsriflik ya da alkol bağımlılığı nedeniyle vesayet altına alınanların isimlerinin kamuya açıklanmasını AY 2/I'e aykırı bulmuştur⁵².

Türkiye'de nüfus cüzdanlarındaki zorunlu din hanesinin devlet açısından ne tür bir bilgi kaynağı olduğunun bilinmediği, Facebook gibi sosyal paylaşım sitelerinin ve online bankacılığın kullanım yoğunluğunun Avrupa ortalamasının çok üstünde olduğu, sokaklardaki ve binalardaki güvenlik kameralarının hemen hiç tartışılmadığı bir ülkede, kişisel verilerin korunmasıyla ilgili anayasal ilkelerin somutlaştırılması özel bir önem taşımaktadır. Bu nedenle bütün bu soruların sadece başlangıç noktasını oluşturan bu karar, FAYM'nin 2000'li yıllarda verdiği birçok destekleyici, somutlaştırıcı ve koruyucu diğer kararlarıyla birlikte okunmalıdır.

B. Tutuklu ve Hükümlülerin Hakları: “Bana Tutuklu ve Hükümlülerini Göster, Sana Hukuk Devletin Derecesini Söyleyeyim”

AYM'nin basına da yansıyan kararlarından birisi, cezaevindeki bir hükümlünün mevzuatta bir sınırlama olmadığı halde, odasında 10'dan daha fazla kitap bulundurmasına izin verilmemesi üzerine yaptığı başvurunun reddedilmesidir⁵³. Başvurucu okuma ihtiyacının tam olarak karşılanamadığını belirterek, yanında bulundurabileceği kitap sayısının artırılması için Ankara Ankara İnfaz Hâkimliğine şikâyette bulunmuş, son derece itiraz merciince de talebi “”Ceza İnfaz Kurumları Kütüphane ve Kitaplık Yönergesi”nin 30. maddesine dayanılarak, hükümlülere yeteri kadar okuma olanağı verildiği ve verilen kitapların yenisiyle değiştirilmesi olanağı bulunduğu şikâyeti reddedilmiştir. İlgili mercilerin dayandığı 5275 sayılı İnfaz Kanunu madde 60-62 ile sözü edilen Yönerge'nin 30. maddesinde herhangi bir sayı sınırlaması yer almamaktadır. Sadece Yönerge'nin 30/II maddesinde “Verilecek yayın sayısı, kütüphane ve kitaplık hizmetlerini aksatmayacak, oda veya koğuş düzenini bozmayacak şekilde, oda veya koğuştaki hükümlü ve tutuklu mevcudu ile kütüphane ya da kitaplıkta bulunan yayın sayısı dikkate alınarak eğitim kurulu kararıyla belirlenir” denmektedir. Yani normdaki ölçütlerin her bir cezaevinin maddi koşulları doğrultusunda kişiselleştirilmesi gerekmektedir. Oysa AYM kararında özetlenen olaylardan anlaşıldığı üzere, derece mahkemeleri bu kişiselleştirmenin yapıp yapılmadığını kontrol etmemişlerdir. AYM de bu somutlaştırmayı yapmaktan kaçınarak başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle yaptığı başvuruyu reddetmiştir.

AYM 26. maddede öngörülen sınırlama nedenlerinin AY 13'teki ilkelere uygun şekilde uygulanıp uygulanmadığını incelerken, kitap sayısı sınırlamasının başvurunun bilgi ve düşünceleri edinme özgürlüğüne, bu kapsamda ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturduğunu tespit etmiş, ardından da haklı sebep olup olmadığı ve AY 13'teki diğer koşullara uygunluğu incelemiştir (§33-36). AYM özellikle kanunilik koşulunda minimum AİHM ölçütlerine sadık kalarak,

Personalcomputer und dem Mobiltelefon / kovuşturma kapsamında iletişim bilgilerine ulaşmak için kişisel bilgisayarın ve cep telefonunun taranması); 120, 274 (Online-Durchsuchung / online arama); 103, 21 (genetischer Fingerabdruck / genetik parmak izi); 124, 299 (Vorratsdatenspeicherung / kişisel verilerin önleyici denetim kapsamında depolanması). Kararın etkileri hakkında bkz. Andreas Peikert, in: Menzel/Müller-Terpitz, Verfassungsrechtsprechung, 2. Auflage, 2011, s. 370 vd.

⁵² BVerfGE 78, 77 vd. Bkz. Andreas Peikert, in: Menzel/Müller-Terpitz, Verfassungsrechtsprechung, 2. Auflage, 2011, s. 372.

⁵³ 2013-1821 (Özkan Kart) (5.11.2014).

“Anayasa'nın 13. maddesi ile 26. maddenin beşinci fıkrasında yer alan, müdahalenin "kanun"la yapılması şartına aykırılık bulunduğu ilişkin bir iddiada bulunulmamıştır. Yapılan değerlendirmeler neticesinde, 5275 sayılı Kanun'un 60. maddesinin (4) numaralı fıkrası ile 61. ve 62. maddeleri ve 12.7.2005 tarihli Ceza İnfaz Kurumları Kütüphane ve Kitaplık **Yönergesi**'nin "Oda veya koğuşa verilecek yayın ve süresi" başlıklı 30. maddesinin "kanunilik" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır”

demektedir (§37). Mahkeme kendi norm denetimi kararlarındaki şekli kanun koşulunu tartışmaya ya da bunlara atıf yapmaya bile gerek görmeksizin bir yönergeyle yapılan hak sınırlamasını, AY 13'ün öngördüğü güvenceler bakımından yeterli görmüştür.

Meşru amaç olarak oda veya koğu düzeninin bozulmasının önlenmesi ve kamu düzeninin ağlanması kapsamında Devlet tarafından belirlenen amaçların ve faaliyetlerin uzantısı niteliğinde olduğu kanaatine ulaşılmıştır (§39). Demokratik toplumunun gerekleri ve ölçülülük ilkesinin uygulanmasında ise Mahkeme, demokratik toplum ölçütünün, çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik ve tolerans temelinde yorumlanması (43-44); gereklilik ve ölçülülük, amaç ile araç arasındaki makul ilişki ve dengenin bulunması gerekliliğine işaret edip son derece özgürlükçü ilkeleri sıraladıktan sonra (45-48), norm somutlaştırmasında ilkeyle somut olay arasında büyük bir uçurum yaratmıştır. AYM, kitap sayısının on ile sınırlandırılması ile elde edilmek istenen oda ve koğu düzeninin sağlanması amacına ulaşmak için yapılan sınırlama işleminin tartışılmasından sonra ölçüsüz bir sınırlandırma olmadığına karar vermiştir. Kitap sayısının artırılmasının kamu düzeni bakımından nasıl bir sorun yaratacağı, diğer hükümlülerin haklarına/yaşam alanlarına bir müdahale olacağı için mi bu değerlendirmenin yapıldığı, kararın gerekçesinden anlaşılamamaktadır. AY 17/I'deki maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının kapsamına tutuklu ve hükümlülerin de girdiğı kabul edildiğı takdirde, ölçülülük testinin bu kadar kolay ve ilgisizce sonuçlandırılmayacağı ortadadır.

Mahkeme FAYM kadar olmasa da, tutuklu ve hükümlülerin hak süjesi olarak özelliklerine kısa da olsa değinmiştir: “Yapılacak değerlendirmelerde ifade özgürlüğünün "herkes"e tanındığının hatırda tutulması gerekir. Yüksek güvenlikli bir cezaevinde kapatılmış bulunan bir hükümlü olan başvuruçunun da, herkes gibi, Anayasa'nın 26. maddesi hükmünden yararlanacağı hususu her türlü tartışmanın dışındadır” (50).

FAYM'nin hükümlülere ilişkin bir başka önemli kararında⁵⁴ ise, asıl önemli olan husus, temel hak süjelerinin sahip oldukları hakların kamu gücüyle özel bir ilişki içinde bulunduğunda dahi (*besonderes Gewaltverhältnis/Sonderstatusverhältnis*) ne oranda korunması gerektiğini etraflıca tartışmış olmasıdır. Mahkeme, Alman öğretisinde o zamana dek hâkim olan, cezaevlerinin kamu gücünün özel bir kullanım alanı olduğu, buradaki tutuklu ve hükümlülerin daha fazla sınırlanmış bir temel hak ve özgürlük alanı içinde yaşadığı anlayışının 1949 Anayasa'nın temel değerler tercihi ışığında artık kabul edilemeyeceğini belirtmektedir⁵⁵. Çünkü “Anayasa, özgürlüğün ve insan onurunun korunmasını hukukun en üstün amacı olarak belirlemiş ve bu değerlere bağlı bir hukuk düzenini öngörmüştür” (s. 10). “Anayasa'nın öngördüğü birey salt kendine odaklanan, bencil bir insan değil, toplumun bir parçası olan ve topluma karşı yükümlülüklerini üstlenen bireydir. AY madde 1/III doğrultusunda temel hak ve özgürlüklerle bağlı yasama, yürütme ve yargı organlarının varlığına rağmen ceza infaz kurumlarında bu hakların keyfi olarak ya da taktiren sınırlanabileceğini düşünmek, hukuk düzeninin temel unsurlarıyla çelişecektir. Sınırlama

⁵⁴ BVerfGE 33,1 (Strafgefangene) (14.3.1972).

⁵⁵ BVerfGE 33, 1 (10).

ancak Anayasa tarafından düzenlenmiş toplumsal amacı gerçekleştirmek için ve yine Anayasada öngörülen usullere uygun olarak yapılabilir”⁵⁶.

Somut olayda başvuru olan hükümlü, cezaevinde bulunanlara destek olan bir sivil toplum kuruluşuna yazdığı mektupta cezaevi müdürüyle ilgili aşağılayıcı şeyler yazmış ve onun “birilerinin kuklası ya da sözde erdemli ya da üçkağıtçı olduğunu” belirtmiştir. Bunun dışında müdür için verilen veda partisinde servis edilen yiyeceklerin muhtemelen hükümlülere yollanan yılbaşı hediye paketlerine el konularak hazırlandığından kuşkulandığını yazmıştır. Bunun üzerine cezaevi müdürü yazışmaların denetimine ilişkin yönetmeliğe⁵⁷ dayanarak mektubun yollanmasını, “mektubun içeriği hakaretamiz ifadeler ve infaz kurumunun iç işleyişine ilişkin bilgilere yer verdiğinden” dolayı engellemiştir. Başvurucunun yargısal başvuru yolları da bir sonuç vermemiştir.

FAYM öncelikle tutuklu ve hükümlülerin temel hak ve özgürlüklerinin de ancak yasayla sınırlanabileceğini, özgürlüğün istisnai olarak hangi koşullarda sınırlandırılabilceğini düzenleyen anayasa hükümlerinde aksi yönde bir istisna öngörülmediğini belirtmektedir. Davanın Mahkeme’nin önüne geldiği tarihte infaz hukukuna ilişkin bütün yasal mevzuat yasa koyucu tarafından hayata geçirilmemiş olsa bile, eksik düzenleme, tutuklu ve hükümlülerin temel hak ve özgürlüklerinin anayasada öngörülenden daha fazla sınırlandırılmasının nedeni olamaz (6, 14). Sınırlamalar ancak cezalandırmanın hedefi ve amacını gerçekleştirmek için zorunlu olan tedbirleri kapsayabilir (7). Mahkeme, hükümlünün mektuplarının cezaevi yönetimi tarafından kontrol edilmesini, kaçma planları yapılması ya da başka suçların işlenmesini önleme amacına yönelik olduğundan anayasaya aykırı görmemiştir. Ama mektubunun içeriğindeki hakaret içeren ifadelerden dolayı alıkonulmasını ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir. Çünkü “AY 5/I 1. cümledeki “fikir” kavramının kapsamına değer yargıları da girer; yani bundan anlaşılması gereken, olgu, davranış ya da ilişkilere dair değerlendirici gözlemlerdir. Bu türden değer yargıları doğası gereği subjektiftir. Dolayısıyla “doğru” ya da “yanlış”, duygusal” ya da “rasyonel” bakımdan gerekçelendirilebilir olmasının bir önemi yoktur. Başvurucunun mektupta yazdıkları da infaz kurumundaki değişik kişilere ilişkin değer yargılarını içermektedir ve bu anlamda da bir fikrin dışı vurulması olarak madde 5’in koruması altındadır (...). Anayasa’nın lafzından sadece “değerli” fikirlerin korunacağına ilişkin bir sonuç çıkartmak mümkün değildir. Güvence altına alınan serbest ifade özgürlüğü özgürlükçü demokrasinin kurucu unsurlarından birisidir”(14-15).

“Hapis cezalarının mantıklı şekilde infazı, hükümlülerin infaz kurumundaki koşullara ya da kişilere karşı - doğası gereği -çoğunlukla aşağılayıcı ya da düşmanca fikirlerinin üçüncü kişilere karşı dışı vurulmasını tamamen sınırlandırmayı zorunlu kılmaz. Kurum içinde düzenin sağlanması için gerekli önlemlerin alınması zorunlu olmakla birlikte, dış dünyaya yönelik olan mektupların kurum içi düzeni bozduğundan söz edilemez. Kurum dışından birisinin ya da basın eline geçebilecek ve kurum hakkında olumsuz bir içeriğe sahip olan mektupların yasaklanması, kurumun düzeninin sağlanması gerekçesine dayandırılmaz. Bu durumda kurumun bu fikir ve iddialarla yüzleşmesi gerekecektir” (15-16).

Mahkeme bu saptamalarını esasen Anayasa’yla kurulan objektif hukuk düzenine ilişkin değerler sistemine ve madde 1/I’deki insan onuruna dayandırmaktadır. Kararın diğer önemli yönü ise, temel hak ve özgürlük sınırlamalarında süjenin kimliğinden, kamu gücüyle ilişkisinden bağımsız, anayasal düzenin temel değerler tercihine dayanılarak karar verilmiş olmasıdır. Dolayısıyla güncel hukuk politikaları, infaz kurumlarındaki olası kötü koşullar ya

⁵⁶ BVerfGE 33, 1 (11).

⁵⁷ Yönetmelik, infazın amacını, infaz kurumunun güvenlik ya da düzenini tehlikeye düşüren ya da kamu düzenini bozan yazışmaların engellenebileceğini öngörmektedir.

da zorunluluklar vb. olgular, bir değer sistemi olarak anayasal düzenin temel felsefesinden sapmanın gerekçesi/özü olarak kabul edilmemektedir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin önüne somut norm denetimi yoluyla gelmiş olsa da, ömür boyu hapis cezasının insan onuruyla bağdaşıp bağdaşmadığı sorusuna cevap verirken Mahkeme'nin hükümlülerin insan onuruna ve cezalandırmanın temel felsefesine ilişkin söyledikleri, bireysel başvuru kapsamındaki norm somutlaştırmasına yol gösterecek niteliktedir⁵⁸. Mahkeme, insan onurunun suç ile ceza arasında bir orantı gerektirdiğini ve eziyet verici, insanlık dışı, aşağılayıcı cezaların yasak olduğunu belirttikten sonra, "hükümlünün salt bir suçla mücadele objesine indirgenemeyeceğini, insan olarak bireysel ve sosyal varlığının korunması gerektiğini" vurgulamıştır. Bu nedenle de "devlet, bir kişinin herhangi bir şekilde tekrar özgürlüğüne kavuşma umudunu ortadan kaldıracak şekilde cezalandırma yolunu seçmemelidir"⁵⁹. Aksi takdirde insan onurunun özü zedelenecektir (245).

15.7.2010 tarihli daha yeni bir karara⁶⁰ konu başvuruda ise, bir hükümlü bir hapisshaneden diğerine nakledilmeden önce, günlerce Hannover Hapishanesi'nin nakil evinde (*Transporthaus*) tutulmuştur. Duvarları insan dışıysıyla kirletilmiş ve aşırı sağ sloganlarla donatılmış olan bu hücrede kapalı tutulmaktan dolayı psikolojik ve fiziki olarak zarar gördüğü iddiasıyla idare mahkemelerinde dava açan hükümlünün talepleri, artık bu hücrede tutulmadığı, dolayısıyla güncel bir zarar mevcut olmadığı için reddedilmiştir. Ancak FAYM, burada zorla tutulan hükümlünün insan onurunun zedelendiğine ve güncel zararın mevcut olmadığı gerekçesiyle derece mahkemelerinin ret kararı vermelerinin de hak arama özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, AY madde 1/I uyarınca bir kişi toplumsal statüsünden, topluma katkılarından ya da suçlarından bağımsız olarak, salt birey olmasından dolayı insan onuruna sahiptir⁶¹. "Bu ilke uyarınca, tutuklu ve hükümlülerin genel olarak hijyen olmayan ve tiksindirici ortamlarda alıkonmaları da yasaktır. Aynı yasak, alıkonulan kişinin birarada tutulduğu kişilerle ilgili bir katlanılmaz durum varsa ya da fiziki ya da sözel "dışkı"yla kirletilmiş duvarlar için de geçerlidir. Her ne kadar infaz kurumlarında bu ilkenin her zaman istisnasız olarak uygulanması güvencesi verilemese de, somut olayda ilgili makamların başvuru tarafından ortaya konan koşulları ortadan kaldırmaya elverişli araçları kullanmak için bir girişimde bulunmadıkları görülmektedir"⁶².

C. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı

Anayasa Mahkemesi toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkıyla ilgili olarak bugüne kadar sadece Taksim'de 1 Mayıs kutlanmasıyla ilgili bir karar yayınlamıştır⁶³. Bu başvuru, başvuru yolları tüketilmediği gerekçesiyle reddedilmiştir. Ancak AYM'den edinilen bilgiye göre, bu konuyla ilgili verilmiş pek çok karar yayınlanmayı beklemektedir.

FAYM'nin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının demokratik bir toplumdaki yerini yargısal düzeyde açıklığa kavuşturan üç kararı⁶⁴, bugünkü demokratik düzenin köşe taşlarını oluşturmaktadır. Bu kararların ilki olan 14.5.1985 tarihli "Brokdorf" kararı, Almanya'nın en küçük eyaletlerinden birisi olan Schleswig-Holstein'in Brokdorf ilçesinde, yapılması

⁵⁸ BVerfGE 45, 187 (Lebenslange Haftstrafe) (21.6.1977).

⁵⁹ BVerfGE 45, 187 (228 vd.).

⁶⁰ 2 BvR 1023/08, kn. 34.

⁶¹ Ayrıca bkz. 1, 97 (104); 107, 275 (284); 109, 279 (313).

⁶² 2 BvR 1023/08, kn. 34.

⁶³ 2014-5559 (1 Mayıs 2014 kararı).

⁶⁴ BVerfGE 69, 315 (Brokdorf) (14.5.1985); BVerfGE 73, 206 (Mutlangen); BVerfGE 92, 1 (Sitzblockade).

1970'lerin sonunda planlanan ve sonra da gerçekleştirilen nükleer enerji santraline yönelik kitlesel protesto eylemlerine ilişkindir. O dönemde yükselen Yeşiller hareketi ve yerel halkın büyük katılımıyla gerçekleştirilen eylemler hemen hiçbir zaman barışçıl bir şekilde sürdürülemiyor ve olaysız geçmiyordu. Davaya konu olan Brokdorf gösterisi 28.2.1981'de gerçekleştiği halde, FAYM'nin kararı olaydan yaklaşık dört yıl sonra verilmiştir. Karardan kısa bir süre önce yasakoyucu da Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanunu ile Ceza Kanunu'nda değişiklik yaparak gösteriler sırasında yüzünü kapatmayı ve koruyucu silah taşımayı yasaklamış, ülkede barışı bozma suçunun kapsamını genişletmiştir.

1970'lerin sonunda planlanan ama yoğun protestolar üzerine inşaatı dört yıllığına durdurulan nükleer enerji santrali inşaatına devam edileceğinin, 1980 yılı sonunda ilan edilmesiyle birlikte çevreci örgütler ve yerel halk 28.2.1981 günü için büyük bir protesto yürüyüşü için çağrı yapmışlar, gazetelerde ve el ilanları yoluyla yürüyüşünü geniş çaplı duyurmuşlardır. Gösteriden beş gün öncesine kadar herhangi bir izin başvurusu yapılmadığı gerekçesiyle kaymakam, 27.2. ile 1.3.1985 tarihleri arasında nükleer santrale karşı her türlü gösteri ve yürüyüşün yasaklandığına ve bu yasağın santral inşaat alanının 201 km²'lik bir alanı kapsadığına ilişkin bir karar yayınlamıştır. Kararın gerekçesinde ise hem başvuru yapılmamış olması, hem de başvuru yapılsa bile, 50.000 kişinin beklendiği göstericiler arasında barışçıl olmayan, hem insanlara, hem de inşaat alanına yönelik şiddet hareketlerinde bulunabilecek kişiler bulunması ihtimalinden söz edilerek ağır kamu düzeni ihlallerinden ve suç işlenmesinden endişe edildiği belirtilmektedir. Göstericilerin idari ve yargısal mercilere yaptıkları başvurular reddedildiği halde planlanan günde 50.000 kişilik protesto gösterisi gerçekleştirilmiş ve çıkan olaylarda çok sayıda gösterici ve polis yaralanmıştır⁶⁵.

FAYM kararda gösteri yürüyüşü hakkında ilgili onca açıklamadan sonra şaşırtıcı biçimde doğrudan bu hakkın ihlal edildiği gerekçesiyle değil, hukuk devleti ilkesine dayanarak usul yönünden ihlal olduğuna karar vermiştir. Bu anlamda hakla ilgili ilkelerin somut davada uygulanmasının güzel bir örneğinden bahsetmek mümkün değildir. Yine de her ne kadar literatürde kararın bugün hâlâ önem taşıyan kısımlarının somut davanın esasına ilişkin olmayan, *obiter dictum* niteliğindeki açıklamalar olduğu yönünde eleştiriler yapılsa da⁶⁶, Brokdorf kararı hem idare mahkemelerinin, hem de ceza mahkemelerinin gösteri ve yürüyüş hakkıyla ilgili içtihatlarını önemli ölçüde etkilemiştir. Günümüzde güvenlik güçlerinin aldığı önlemler, göstericilerle işbirliği stratejileri, ölçülülük ilkesinin uygulanması vb. tedbirlerin tamamına bu karar yol göstermektedir.

Almanya'da da idarenin gerekli güvenlik önlemlerini alabilmesini sağlamak için Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu bildirim yükümlülüğünü öngörmektedir. Ancak FAYM'nin Brokdorf kararından sonra, idarenin bu bildirim yükümlülüğünü nasıl uygulayacağı ve diğer idari işlem ve eylemlerin anayasaya uygun olarak nasıl yorumlanması gerektiği bu karara göre belirlenmektedir. FAYM'nin kararlarının başına konan "kararın özü"ndeki (*Leitsätze / LS*) ilkeler şöyle özetlenmiştir:

1. Yurttaşların toplantı ve gösteri yürüyüşü yoluyla demokratik fikir oluşturma ve karar alma süreçlerine aktif şekilde katılma hakkı, demokratik düzenin vazgeçilmez işlevsel unsurlarından birisidir. Bu özgürlüğün asli anlamı ve önemi, özgürlüğü sınırlandıran yasama faaliyetlerinde yasakoyucu, bu normları uygular ve

⁶⁵ Kararın tarihsel arka planı için bkz. Katharina Pabel, in: Menzel/Müller-Terpitz, Verfassungsrechtsprechung, 2. Auflage, 2011, s. 396 vd.

⁶⁶ Pabel, in: Menzel/Müller-Terpitz, Verfassungsrechtsprechung, 2. Auflage, 2011, s. 398 vd.; Hatta bir yazar, FAYM metninin bir mahkeme kararı değil de, toplantı ve gösteri yürüyüşü ders kitabı olduğuna yönelik bir eleştiride bulunmaktadır. Bkz. Christoph Gusy, "Lehrbuch der Versammlungsfreiheit", in: JuS 1986, S. 608 vd.

yorumlarken idare ve yargı organları tarafından dikkate alınmak zorundadır (LS 1)⁶⁷.

2. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanununun açık havada yapılacak gösteriler için öngördüğü bildirim yükümlülüğü ve bu gösterilerin ne zaman dağıtılabileceğine ya da yasaklanabileceğine ilişkin hükümleri, ancak aşağıdaki yorum ve uygulama ilkeleri doğrultusunda anayasaya uygun kabul edilebilir:
 - a) Bildirim yükümlülüğünün kendiliğinden gelişen (spontan) gösterilerde yerine getirilmemiş olması, gösterinin otomatik olarak dağıtılması ya da yasaklanması sonucunu doğurmayacaksa,
 - b) Bir gösterinin dağıtılması ya da yasaklanması ancak ölçülülük ilkesinin kati şekilde uygulanması sonucunda, eşit değerdeki hakların korunması ve bu haklara yönelik doğrudan, öngörülebilir koşullardan kaynaklanan bir tehlikenin önlenmesi amacına yönelikse.
3. Kamu makamları barışçıl şekilde gerçekleştirilen büyük gösterileri emsal almak ve yeterli sebep mevcut olmadıkça bu emsalin gerisine düşecek şekilde hareket etmemekle yükümlüdür. Gösteriyi düzenleyenlerin tek taraflı güven oluşturma çabaları ya da işbirliğine yönelik davranışları arttıkça, kamu makamlarının kamu güvenliğinin tehdit edildiği gerekçesiyle gösteriye müdahale etme ölçütleri de yükselmektedir.
4. Gösteride yer alan bazı kişilerin ya da bir azınlığın barışçıl amaçlardan sapacağı varsayılsa bile, gösterinin büyük ölçüde barışçıl şekilde sürdürüleceği ya da gösteriyi düzenleyenlerin bu yönde bir niyet ve çabalarının olduğu tespit ediliyorsa, bu amacı taşıyan diğer katılımcılar açısından anayasayla güvence altına alınmış gösteri yürüyüşü yapma hakkı ortadan kalkmaz. Gösterinin tamamına yönelik önleyici nitelikte bir yasak, barışçıl göstericilerin haklarını kullanmalarına olanak sağlayacak olası bütün araçların tüketilip tüketilmediğinin denetlenmesinde ve olası doğrudan tehlikenin tespitinde çok sıkı ölçütlerin kullanılmasını zorunlu kılar.

Görüldüğü üzere ilke olarak FAYM, barışçıl gösteriyi ve bu yöndeki gösterici iradesini esas alarak, büyük gösterilerde araya karışan ve olay çıkaranların varlığını, gösteri yapma hakkının sınırlandırılmasının ya da tamamen yasaklanmasının yeterli sebebi olarak görmemektedir. Bugün Almanya'daki toplantı ve gösteri yürüyüşleri bu kararda anılan ilkelerin ışığı altında gerçekleştirilmektedir ve Alman polisi aldığı bütün tedbirler de bu ilkelere uygun hareket etmektedir.

Bunun yanı sıra FAYM, ifade özgürlüğünün toplu şekilde kullanılmasının bir biçimi olarak gördüğü toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkının, tıpkı ifade özgürlüğünde olduğu gibi, sadece genel kabul gören, beğenilen fikirler için değil, anayasal düzenin temel değerlerini benimsemeyen fikirler için de geçerli olduğunu kabul etmektedir. Almanya'da hem şiddete eğilimli göstericilerin katılımıyla gerçekleşmesi, hem de Nazilerin gerçekleştirdikleri soykırım kurbanlarının ve ailelerinin acısını artırıp bugün Almanya'da yaşayan azınlıklara yönelik bir nefret söylemini pekiştirdiği için en çok tepki gören Nazi göstericilerinin hakları da yine FAYM tarafından Brokdorf kararının ışığında güvence altına alınmıştır⁶⁸.

2004 tarihli karar, uzun yıllar boyunca FAYM'nin yerleşik içtihadındaki ilkeleri Neonazilerin gösterilerine uygulamayı reddeden Münster Eyalet İdare Mahkemesi'nin kararlarına karşı yapılan anayasa şikâyeti sonucunda verilmiştir. Münster Eyalet Mahkemesi,

⁶⁷ Bu ilke daha sonra bu ilkeyle ilgili olarak, acil toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde bu bildirim yükümlülüğünün mümkün olan ilk anda yerine getirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. BVerfGE 85, 69 (76 vd.)

⁶⁸ BVerfGE 111, 147 (NPD-Demonstrationsverbot) (23.6.2004).

Anayasanın dayandığı temel değerlerin, Neonazi gösterilerinin kamu düzeni açısından tehlike oluşturduğu gerekçesiyle yasaklanmasına olanak tanıdığı belirtilerek yıllar boyunca FAYM'nin yerleşik içtihadını uygulamayı reddetmiş ve kararlarının FAYM tarafından bozulması sonrasında da bu görüşünden vazgeçmemiştir. FAYM'nin önüne gelen en son davada Neonazi Partisi NPD'nin (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands/Alman Milliyetçi Demokrasi Partisi*) “Sinagog İnşasını Durdurun – 4 Milyonu Halka Verin” ve “Sinagog İnşası İçin Vergileri Kullanmayın. İfade Özgürlüğü İçin” sloganlarıyla duyurulan iki gösterinin yasaklanmasına ilişkin idari kararların iptali davalarında, kamu düzenini tehdit ettikleri gerekçesiyle ret kararı vermiştir.

FAYM kararında AY 5/I, 1. cümle ile 8'i⁶⁹ bir arada değerlendirerek, ifade özgürlüğünü düzenleyen maddede yer almayan bir sınırlandırma nedeninin, bu hakkın toplu şekilde kullanılmasından başka bir şey olmayan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı için kullanılmayacağını belirtip⁷⁰ Neonazilerin gösterilerinde kamu düzeni tehdit edildiği için gösterinin yasaklanmasının ancak üç halde söz konusu olabileceğini belirtmiştir:

1. Diğer yurttaşları korkutup sindirmeye elverişli, potansiyel olarak şiddete eğilimli bir atmosferin yaratılması,
2. Gösteri günü olarak seçilen günün, Nazi kurbanlarını anma günlerinden birisi olması dolayısıyla açık bir provokasyon niteliği taşıması ve bu yolla diğer yurttaşların ahlaki duygularını önemli ölçüde incitecek olması,
3. Gösteri yürüyüşünün genel havasının Nazi rejimiyle özdeşlemeye işaret etmesi ve bu anıların çağrışımı nedeniyle diğer yurttaşların korkuyla sindirilmesi sonucunu doğurması (157) .

FAYM bunun yanında Anayasa'daki mücadeleci demokrasi anlayışının bazı düşüncelerin içeriği nedeniyle yasaklanmasına gerekçe oluşturamayacağını, her ne kadar Anayasa nasyonal sosyalist ideolojiyle mücadele etmeyi esas alsada, hukuk devletine içkin hukuki mekanizmalarla bu ideolojiyle mücadele olanaklarını sunmuştur. Özellikle ceza normları hukuk devletinin en önemli mücadele araçlarını teşkil etmektedir (158).

Şiddete eğilimin, göstericilerin neredeyse tamamına yakınında varsayıldığı Neonazi ve holigan gösterilerinde, hem de Nazi karşıtlarının gösterilerinin aynı anda ve ortamda yapılmaya çalışılacağı bilindiği durumda bile polis, olağanın çok üstündeki polis ekipleriyle gösterilere izin vermekte, maddi zararı ve fiziksel saldırıları önlemeye çalışmaktadır⁷¹. Sıkça görüldüğü üzere, yaralananların çoğunluğunu güvenlik güçleri mensupları oluşturmaktadır. Bu anlamda Almanya'daki gösteri yürüyüşü yapma hakkı, demokratik hak bilincinin ve buna saygının en doğrudan ve kitlesel halidir.

D. Ceza Muhakemesi İlkeleri (Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi)

AY madde 38/6'ya göre, “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez”. Bu anayasal ilke hem HMK, hem de CMK'de somutlaştırılmıştır. HMK madde 189/II (ispat hakkı), “Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir

⁶⁹ Madde 5/I cümle 1:” Herkes düşüncesini söz, yazı ve resimle serbestçe açıklayıp yayma ve herkese açık olan kaynaklardan, hiçbir engele uğramadan, bilgi edinme hakkına sahiptir. (...)

Madde 8: (I) Bütün Almanlar, önceden bildirimde bulunmadan ve izin almaksızın barışçıl şekilde ve silahsız olarak toplanma hakkına sahiptir.

(II) Açık havada yapılan toplantılar için, bu hak yasayla veya bir yasaya dayanarak sınırlandırılabilir.

⁷⁰ BVerfGE 111, 147 (154 vd.).

⁷¹ Neonazilerin gösteri yapma hakkıyla ilgili olarak bkz. Hoffmann-Riem, Demonstrationsfreiheit auch für Rechtsextremisten?, NJW 2004, s. 2777 vd.

vakianın ispatında dikkate alınamaz” hükmüyle; CMK madde 217/II’de ise “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir” düzenlemesiyle anayasadaki güvenceyi somutlaştırmıştır. Bunun yanı sıra CMK 230/I b) “Mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde aşağıdaki hususlar gösterilir:

b) Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi” hükmüyle, bu türden delillerin kararda kullanılmamasının güvencesini pekiştirmektedir.

Yasal mevzuattaki bu düzenlemeler Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yüce Divan kararlarıyla da uygulama bulmuştur. Normların nasıl yorumlandığını daha iyi anlamak için bu birbirinden sonuçta farklılık gösteren kararların ilgili kısımları şöyle özetlenebilir:

"Bir delilin mahkemece kabul edilebilmesi için, gerek öğretide yer alan ağırlıklı görüş, gerekse de Hukuk Genel Kurulu Kararlarında ortaya konulan ölçüt; o delilin usulsüz olarak yaratılmamış olması ve hukuka aykırı biçimde elde edilmemesidir.

Vurgulanmalıdır ki, bir delilin usulsüz olarak elde edilmesi ayrı, usulsüz olarak yaratılması ayrı bir olaydır. Usulsüz olarak elde edilen bir delil somut olayın özelliğine göre değerlendirilebilirse de; usulsüz olarak yaratılan bir delilin hiçbir şekilde delil olarak kabulü olanaklı değildir"⁷².

Görüldüğü üzere YHGK, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin davada değerlendirilmesini, HMK ve CMK’nin lafzında mevcut olmayan ve öngörülmemiş şekilde görecelileştirmekte, somut olayın özelliklerine göre bu türden delillerin değerlendirilmesi olasılığını saklı tutmaktadır.

Bir Yüce Divan kararında ise,

"Çağdaş hukuk sistemlerinde, hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında hükme esas alınıp alınmayacağı hususunda iki ayrı görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisine göre, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki kamu yararı ile kişinin hukuka aykırı olarak delil toplanması sırasında ihlal edilen hakkının dengelenmesi, kamu yararının ağır basması hâlinde hukuka aykırı olarak toplanmış olan delillerin hükme esas alınması, aksi hâlde bunların hükme esas alınmaması gerekir. İkinci görüşe göre ise delillerin hukuka aykırı olarak toplanması sırasında kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilip edilmediği, maddi gerçeğin araştırılmasındaki kamu yararının ağırlığı dikkate alınmaksızın elde edilen hukuka aykırı deliller hükme esas alınmamalıdır.

Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında, "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak değerlendirilemez."; 5271 sayılı Kanun'un 217. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, "Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" denilmiştir. Aynı Kanun'un 206. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, ortaya konulması istenilen bir delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması hâlinde reddolunacağı; 230. maddesinde (1) numaralı fıkrasında ise mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtileceği, bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterileceği kurala bağlanmıştır. Söz konusu kurallar dikkate alındığında, hukukumuzda toplanmaları sırasında kişilerin temel hak

⁷² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15/2/2012 tarih ve E.2011/2-703, K.2012/70 sayılı kararı. Atıf yapılan AYM kararı, 2013-6183, §25.

ve özgürlüklerinin ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında kullanılması yasaklanarak ikinci görüşün benimsendiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte doktrinde ve kimi Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında belirtildiği üzere, delillerin toplanması için yapılan işlemlerin geçerliliğini etkilemeyen şekle ilişkin basit usul hatalarının bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekir”⁷³.

Yüce Divan’ın Yargıtay içtihadındaki göreceleştirme eğilimini paylaşmadığı görülmektedir. Oysa bireysel başvurular kapsamında AYM, AİHM’nin hukuka aykırı deliller konusundaki içtihadını aynen devralmış (hemen belirtmek gerekir ki, kararların ilgili kısımlarının çevirisi doğru olmakla birlikte, cümleden çıkan sonuç AİHM’nin niyaz ettiği kadar oldukça farklılaşmaktadır), böylelikle iç hukukun daha çok güvence sağlayan korumasından vazgeçmiştir. AYM’nin yerleşik içtihat olarak nitelendirilebilecek karar paragrafı şöyledir:

“AİHM, bariz bir şekilde keyfi olmadıkça, belirli bir kanıt türünün -iç hukuk açısından hukuka aykırı olarak elde edilmiş kanıtlar da dâhil olmak üzere- kabul edilebilir olup olmadığına veya aslında başvuruçunun suçlu olup olmadığına karar vermenin kendi görevi olmadığını kararlarında ifade etmektedir. AİHM, kanıtların elde edilme yöntemi de dâhil olmak üzere yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını ve AİHS'teki bir hakkın ihlali söz konusu ise tespit edilen ihlalin niteliğini inceleme konusu yapmaktadır (Jalloh/Almanya [BD], B.No: 54810/00, 11/07/2006, § 95; Desde/Türkiye, B.No: 23909/03, 1/2/2011, § 125; Khodorkovskiy ve Lebedev/Rusya, B.No: 11082/06, 13772/05, 25/7/2013, § 699) AİHM'e göre, delillerle ilgili esas olarak başvuruçuya, delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediği incelenmelidir (Bykov/Rusya [BD], B.No: 4378/02, 10/3/2009, § 90; Khodorkovskiy ve Lebedev/Rusya, B.No: 11082/06, 13772/05, 25/7/2013, § 700)”⁷⁴.

“AİHM'e göre, iç hukukta yeterli hukuki temeli bulunmadan veya hukuka aykırı vasıtalar kullanılarak elde edilmiş materyallerin yargılamada kanıt olarak kullanılması, başvuruçuya gerekli usuli güvencelerin sağlanmış olması ve materyalin baskı, zorlama ve tuzak gibi yargılamayı lekeleyebilecek nitelikli ve kaynaklı olmaması halinde, genellikle Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki adil yargılanma standartlarına aykırılık oluşturmaz (Chalkley/Birleşik Krallık [k.k.], B. No: 63831/00, 26/9/2002). Delillerle ilgili olarak başvuruçuya, delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediği ve mahkemece değerlendirmeye alınıp alınmadığı incelenmelidir.

Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bahsi geçen anayasal kural, temel olarak ceza yargılaması hukukuna ilişkin olmakla birlikte, uygulanabildiği ölçüde hukuk yargılaması bakımından da dikkate alınmalıdır. Nitekim 6100 sayılı Kanun'un 189. maddesinin (2) numaralı fıkrasında hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmayacağı hükmüne yer verilmiştir. Madde gerekçesinde de, bir davada ileri sürülebilecek her türlü delilin mutlaka hukuka uygun yollardan elde edilmiş olması gerektiği; hukuka aykırı olarak elde edildiği anlaşılan delillerin,

⁷³ Yüce Divan'ın 19.12.2012 tarih ve E.2011/1, K.2012/1 sayılı kararı. Atıf yapılan AYM kararı için bkz. 2013-6183, §26.

⁷⁴ 2014-10531, §31; 2014-5844, §46; 2014-5532, 26; 2014-4327, §28; 2014-3836, §45; 2014-2860, §29; 2014-366, §24; 2013-7582, §62; 2013-6183, §49.

mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağı düzenlenmek suretiyle, yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde edilmiş biçiminin mahkeme tarafından resen göz önüne alınması ve delilin her ne suretle olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi halinde diğer tarafça bir itiraz ileri sürülmesi dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek dosya kapsamında değerlendirilmemesi ilkesinin kabul edildiği ifade edilmiştir”. (...)

Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olmakla birlikte, somut olayda, koruma tedbiri niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği ve aramanın icrasındaki "*kanuna aykırılığın*" yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır. Bu sebeplerle başvurunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına adil yargılanma hakkını ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir⁷⁵.

Özellikle son paragraftan anlaşılması gereken, Mahkeme'ye göre, eğer hukuka aykırı delillerin yanı sıra başka delillerle de desteklenmiş bir karar varsa, hukuka aykırı delillerin esasa etki etmesinde bir sakınca olmadığıdır. Oysa yukarıda görüldüğü üzere, ne Anayasa'da, ne de anayasal ilkeyi usul hukukuna aktaran kanun düzenlemelerinde bu görecelileştirmeyi haklı kılacak bir istisna hükmü mevcut değildir. Özellikle ceza yargılamasında, "diğer" delillere ancak ilk olarak elde edilen hukuka aykırı delil yoluyla ulaşılmış olması hali özel bir önem arz etmektedir. Anglo-Amerikan hukuk öğretisinden gelen "zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir" (*fruits of the poisonous tree-doctrine*) ilkesi, bu dolaylı yasak olmadığı takdirde, delil yasaklarının anlamsız hale geleceğini, bu nedenle de delil yasaklarının doğrudan ve dolaylı bütün yasaklar için uygulanması gerektiğini ortaya koymaktadır⁷⁶.

Bunun yanı sıra, AİHM'nin kararlarında kullandığı ifadelerin ceza hukukunun temel ilkeleri, koruduğu değerler ve felsefesi ışığında çevrilmesi ve anlaşılması özel bir önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin de birçok kararda atıf yaptığı "Jalloh" kararında⁷⁷ Mahkeme "AİHM, bariz bir şekilde keyfi olmadıkça, belirli bir kanıt türünün -iç hukuk açısından hukuka aykırı olarak elde edilmiş kanıtlar da dâhil olmak üzere- kabul edilebilir olup olmadığına veya aslında başvurunun suçlu olup olmadığına karar vermenin kendi görevi olmadığını kararlarında ifade etmektedir. AİHM, kanıtların elde edilme yöntemi de dâhil olmak üzere yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını ve AİHS'teki bir hakkın ihlali söz konusu ise tespit edilen ihlalin niteliğini inceleme konusu yapmaktadır" denmektedir.

Bu ilkenin tekrarlandığı başka bir kararda ise AİHM, AİHS 6. maddenin delillerin elde edilmesiyle ilgili bir düzenleme içermediğini, bunun öncelikle taraf devletin görevi olduğunu belirttikten sonra, "Jalloh" kararındaki standart saptamayı yapmaktadır⁷⁸. Dolayısıyla

⁷⁵ 2013-6183, §50-51; 59.

⁷⁶ Hans-Heiner Kühne, *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, Heidelberg: C.F. Müller, 2007, s. 525 kn. 912.

⁷⁷ Jalloh v. Germany, 54810/00 (Büyük Daire), 11/07/2006, §95.

⁷⁸ "While Article 6 guarantees the right to a fair hearing, **it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law** (see *Schenk v. Switzerland*, judgment of 12 July 1988, Series A no. 140, p. 29, §§ 45-46, and, for a more recent example in a different context, *Teixeira de Castro v. Portugal*, judgment of 9 June 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV, p. 1462, § 34). It is not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, unlawfully obtained evidence – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the

Mahkeme'nin cümleleri bağlamı içinde düşünüldüğünde, AİHM'nin yasadışı elde edilen delilleri kabul etme konusunda neredeyse var olmayan bir eşik öngördüğü sonucunun çıkarılması, cümleleri bağlamından kopartmak anlamına gelecektir. Mahkeme'nin daha çok vurguladığı husus, kendi ölçü normunun (AİHS) bu türden bir düzenleme içermemesinden dolayı, kendi yapacağı incelemenin davanın bir bütün olarak değerlendirildiğinde adil olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğiyle sınırlı olacaktır. Yoksa bu açıklamalardan, iç hukuktaki delil yasaklarının AİHM'yi bağlamayacağı sonucunu çıkartmak, temel hak ve özgürlüklerin maksimum koruma mekanizmasını güvence altına almayı amaçlayan bir Mahkeme için büyük bir çelişki oluştururdu.

Alman ceza usul hukukunda hukuka aykırı delil kullanma yasağı, “Alman Yargıtayı'nın şu kısa ama keskin cümlesiyle açıklanmaktadır: “Gerçeğin her ne pahasına olursa olsun ortaya çıkarılması, Ceza Usul Kanunu bakımından temel bir ilke **değildir**”⁷⁹. Yerleşik içtihadta somutlaşan bu rafine cümle, Alman Anayasası'nın hukuk devleti anlayışının ceza hukukuna yansımaları olarak görülmektedir. Şöyle ki, bu hukuk devleti suçla mücadelede, devlet eliyle suçluların yöntemlerine başvurarak suçla mücadele etme yolunu seçmemektedir. Suçla mücadele ederken, suçlunun topluma verdiği zararlar, devletin suçu kovuştururken verebileceği zarar arasında bir tartma işlemi yapılmasının gerekli olduğu anlayışı, ceza hukukunun temel ilkesi olarak benimsenmiştir. O halde hukuk devleti bir değer tercihinde bulunmuş ve suçsuz birisine cezalandırmaktansa, suçlu birisinin cezasız kalmasını göze almıştır⁸⁰.

Alman Yargıtayı AY 2/I, 1/I ve AİHS 8'i bir arada düşünerek, yazan kişinin saklı tutmak istediği günlüklerin ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasıyla ilgili özel bir içtihat geliştirmiştir. Buna göre sadece çok ağır suçlarda suçların kovuşturulmasına ilişkin hukuki yarar, genel kişilik haklarının önüne geçebilir. Bu nedenle işlenmiş ya da işlenmesi planlanan suçlar bu kapsamda değerlendirilemez, çünkü Yargıtayı'ya göre madde 2/I sadece “kişiliğin geliştirilmesini koruma altına almaktadır, ama kişiliğin çöküşü bu kapsamda değerlendirilemez”⁸¹. Anayasa Mahkemesi de bu ölçütleri günlükler ve gizli ses kayıtlarıyla ilgili iki kararında⁸², özel hukuktaki “alan teorisi”ne dayanarak (*Sphärentheorie*) benimsemiş ve uygulamıştır.

Bu tarihsel süreç bağlamında FAYM 14.9.1989 tarihinde bir anayasa şikâyeti başvurusunu reddetmiştir. Başvurucu dört yıl önce bir kadını öldürmekten dolayı ömür boyu hapse mahkum edilmişti ve mahkeme hükmünü büyük ölçüde karşı cinsle ilişkide sorun yaşayan failin kişilik özelliklerine, bu sorunundan kaynaklanan agresif ruh haline ve günlüklerinde dile getirdiği kadınlara yönelik şiddet suçu işleme arzusuna dayandırmıştı. Yani hüküm kesin delillerden çok emarelere dayanılarak tesis edilmişti. Başvurucu bu günlükleri, gittiği psikoloğun tavsiyesi üzerine tutmaya başlamış ve değişik defterlere, parça parça kağıtlara yazılı olan duyguları, kovuşturma sırasında ailesinin evinde yapılan aramada ele geçirilmiş ve savunmanın itirazına rağmen mahkeme tarafından hüküm tesisinde kullanılmıştı. Kovuşturma sırasında başvuru günlüklerinin içeriğini bilirkişiyle konuşmuş ve bunlara ilişkin açıklamalarda bulunmuştur (s. 368). Başvurucu, günlüklerin hükme esas alınmasını mutlak anlamda korunan kişilik alanının ihlali olarak değerlendirmiştir.

“unlawfulness” in question and, where a violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found”.

⁷⁹ BGHSt 14, 358 (365).

⁸⁰ Hans-Heiner Kühne, *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, Heidelberg: C.F. Müller, 2007, s. 503 vd.

⁸¹ BGHSt 19, 325 (331); BGHSt 14, 358.

⁸² BVerfGE 18, 146 ve E 34, 238 (heimliche Tonbandaufnahmen/gizli ses kayıtları).

Ancak somut başvuru, Alman AYM Kanunu madde 15/III 3 uyarınca, sekiz kişilik Senato'da oybirliği durumu gerçekleştiğinden, Mahkeme'nin kararı genel kişilik hakkının ihlali iddiasının reddiyle sonuçlanmıştır. Ret kararı veren dört yargıca göre, bireyler ilke olarak ne zaman ve ne oranda kendi yaşam alanlarını başkalarına açacaklarına karar verebilme hakkına sahip iseler de, bu hak mutlak değildir. Toplumsal bir varlık olarak kişi, toplumun daha üstün çıkarları söz konusu ise, toplumun diğer bireyleriyle iletişime geçiyorsa ve davranışları üçüncü kişileri de etkiliyorsa, bu hakkın sınırlandırılması mümkündür. AYM buna karşılık kamu gücünün hiçbir zaman müdahale edemeyeceği bir çekirdek alanın da varlığını kabul etmekteyse de, bunun ölçütlerinin tüketici şekilde sayılması yoluna gidilmemiştir. Bu anlamda günlükler, anayasaya göre mutlak müdahale yasağı kapsamında değerlendirilemez ve ceza davasında delil olarak kullanılmaya elverişlidir. Çünkü buradaki bilgiler başvuru alanının dokunulamaz kişilik alanına ilişkin olmayıp toplumun genel çıkarlarına ilişkin olabilir. Gerçekleştirilmiş ya da planlanan bir suça ilişkin bilgiler ya da ağır suçların kovuşturulmasında yardımcı olacak bir içerik, bu müdahale hakkının gerekçeleri olabilir (s. 376-380).

Diğer dört yargıç ise günlük yazılarının mutlak anlamda korunan ve müdahaleye açık olmayan çekirdek alana ait olduğunu ileri sürerek, günlüklerin yazıya dökülmüş olsa bile, kişinin kendi kendisiyle yaptığı bir konuşmadan başka bir şey olmadığını belirtmektedirler. Bu anlamda düşüncelerin yazıya dökülmüş olması, bu sözcüklerin toplumla kurulan bir ilişki olarak kavranmasını gerektirmez (s. 380-383).

FAYM'nin kararı beklendiği üzere literatürde de bölünmelere neden olmuştur. Yargıtay da yerleşik içtihadının FAYM tarafından kabul görmesinden hareketle, içtihadını korumuştur. Ama 2005 yılında bir failin işlediği suç hakkında kendi kendine konuşması sırasında duyulan bilgilerin, delil olarak kullanılamayacağına, çünkü günlüklerden farklı olarak bu konuşmanın, failin iç dünyasından çıkıp üçüncü kişilere iletilmesi iradesinin hiçbir şekilde mevcut olmadığına karar vermiştir⁸³. En önemli eleştiri, her bir tekil olayda yeniden tartışılması gereken, dokunulmaz kişilik alanının tespitine dair somut bir ölçüt geliştirilememiş olmasıdır⁸⁴. Çünkü ceza davasında delil olarak kullanılabilmenin koşulu eğer delil olabilecek şeyin dış dünyayla, sosyal alanla bir ilişkisinin bulunmasıysa, suç için her koşulda böyle bir dış dünyaya yansıma söz konusu olduğu için, delil yasağı olabilecek bir alanın tanımlanması neredeyse olanaksız hale gelmektedir. Bu nedenle öğretilde, mutlak korunacak kişilik alanının ancak bir olumsuzlamayla tespit edileceği yönünde bir görüş oluşmuştur. Nüfus sayımı kararında⁸⁵ olduğu gibi, kişilere ilişkin verilerin korunma ihtiyacının tespitinde bu verilerin kullanım amacının esas alınması daha somut bir ölçüt geliştirmeye elverişlidir. Bu anlamda "özel olan", işlevsel anlamda, sosyal açıdan kullanılabilir olmayanla tanımlanabilir. Yani hukuki bakımdan özel alan, devlet tarafından müdahale talebini gerektirecek bir nedenin olmaması anlamında olumsuz şekilde belirlenebilir⁸⁶. Bütün bu ölçüt keskinleştirme çabalarına rağmen delil yasakları konusunda gerçekten tatmin edici bir cevap bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak FAYM'nin AY 2/I ve AY 1/I'de güvence altına alan koruma alanlarına müdahaleyi son derece sıkı bir ölçülülük testine tabi tuttuğu dikkate alındığında, delil yasaklarının uygulama alanının geniş, müdahale alanının ise dar ve iyi bir gerekçeye ihtiyaç duyuyor olması AYM için yine de iyi bir örnek oluşturmaktadır.

⁸³ BGHSt 50, 206 (212 vd.).

⁸⁴ Carl-Friedrich Stuckenberg, in: Menzel/Müller-Terpitz Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 2. Auflage, 2011, s. 438; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 415???

⁸⁵ BVerfGE 65, 1 (45 vd.).

⁸⁶ Carl-Friedrich Stuckenberg, in: Menzel/Müller-Terpitz Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 2. Auflage, 2011, s. 439 vd.

E. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği (AY 19; GG 2/II cümle 2 ve 3; GG 104)

Kişi hürriyeti, insanın yaşam ve vücut bütünlüğü hakkının en önemli unsuru ve diğer hakların kullanılabilmesinin koşulu olduğundan, AİHM'nin de belirttiği gibi, en "asli" haklardan (*core rights*) birisidir⁸⁷. FAYM de kişi özgürlüğünün "insanın özgür davranışlarını olanaklı kılan esas koşul olduğu"nu belirterek, bu hakkın diğer hakları kullanılabilir hale getirdiğini belirtmiştir⁸⁸. Bu nedenle de yukarıda (I.B.) salt Türkiye örneğinde gösterildiği gibi, özgürlüğün değerinin FAYM tarafından nasıl ifade edildiğini görmek önem taşımaktadır.

FAYM pek çok kararında hapis cezasının infazının ertelenmesine ihtiyati tedbir yoluyla karar verirken, kişi özgürlüğünün anayasal düzen içindeki değer ve önemini sürekli vurgulamıştır⁸⁹. Mahkeme'ye göre, eğer bir kişi hakkında hukuk devleti ilkesine uygun olmayan bir şekilde, anayasal hakları ihlal edilerek bir mahkumiyet kararı ve hapis cezası verildiği iddiası varsa, bu kuşku giderilinceye kadar bu kişi hakkında verilecek infazın ertelenmesine ilişkin kararlar, bu kişinin daha fazla mağdur olmasının önüne geçilecektir⁹⁰. Ayrıca infazın derhal gerçekleştirilmesi yönündeki kamu yararı, bireye yönelik giderilemez zarar olasılığı karşısında geri çekilmek zorundadır. İnfazın ertelenmesi, kamu yararına aykırı aynı derecede ağır bir zarar doğurmamaktadır⁹¹.

Örneğin Mahkeme, bir trafik suçu sonucunda anayasaya ve kanunlara uygunluğu konusunda öğretide ve yargıda ciddi kuşku bulunan bir yönetmelik hükmüne dayanılarak verilen hapis cezasının infazının ertelenmesine karar vermiş, infazın hükümlü bakımından sonradan giderilemeyecek zararlar doğuracağı gibi, infazın ertelenmemesinin, kamuoyunun hukuk düzeninin korunmasına ve yargıya olan güvenini de sarsacağını belirtmiştir⁹².

FAYM ayrıca başvuru ile kamunun muhtemel zararlarını karşılaştırırken, infazın derhal gerçekleştirilmesi, ama sonradan ihlal kararı verilmesi halinde başvuru bakımından giderilemez ağır zararın meydana geldiğini, oysa esas hakkında ret kararı verildiği takdirde infazın gecikmeli de olsa gerçekleştirilmesinin her zaman mümkün olduğuna dikkat çekerek, **kişi özgürlüğünün sınırlandırılmasının istisnai niteliğini** vurgulamaktadır⁹³.

Almanya, tutuklu yargılamalarda Avrupa ortalamasının biraz altında, yargılama ekonomisi ile hızı konusunda ise öncü ülkelerden birisidir⁹⁴. Alman CMK (StPO) madde 121 ve 122a'ya göre, tutukluluk süresi 6 ay ilâ bir yıl arasında bir süre için öngörülebilir. Her ne kadar 121. madde 6 aylık sürenin uzatılabilme koşullarını düzenlese de, 122a bir yıllık maksimum süreyi düzenlemektedir. Hızlı ve kesintisiz dava süreci de dikkate alındığında, özgürlüğün esas olmasının ne anlama geldiği daha iyi anlaşılmaktadır.

Değerlendirme

⁸⁷ Kallweit v. Germany (17792/07), 13.1.2011, §83; Schummer v. Germany (27360/04 ve 42225/07) (13.2.011), § 57.

⁸⁸ BVerfGE 10, 302 (322); 109, 133 (157). Kişi hürriyetinin "haklar hiyerarşisinde üst birde" bulunduğu ilişkin 130, 372 (388); 2 BvR 1048/11, § 80.

⁸⁹ Bkz. BVerfGE 6, 443, (445); 7, 86 (87); 7, 367 (363); 8, 102 (103); 14, 11 (12); 15, 223 (226); 18, 146; 22, 178 (180); 36, 137.

⁹⁰ BVerfGE 8, 102 (103) (yerleşik içtihat).

⁹¹ BVerfGE 15, 223 (226); 18, 146 (147).

⁹² BVerfGE 14, 11 (12). Ayrıca bkz. 22, 178 (180).

⁹³ BVerfGE 18, 146 (147); 36, 137

⁹⁴ Kühne, a.g.e., s. 247 kn. 415 vd.

İki devletin Anayasa Mahkemesi'ni, anayasa ve yasalarla düzenlenmiş yetki ve görevleri birbirine çok benzese de, bütün Anayasa altı mevzuat mutlak anlamda örtüşmediği, yüksek mahkemelerin içtihatları ile hukuk öğretisi birbirine benzemediği, aralarında bir yoğunluk ve nitelik farkı olduğu sürece, mutlak bir karşılaştırma yapmak söz konusu değildir. Ancak bu engeller, karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde bir başka ülkenin yargı organının “asli karar felsefesini” kavramaya çalışmaya, hemen hemen aynı sınırlama sebeplerini içeren ve aynı uluslararası yargısal koruma mekanizmasının parçası olan iki devlette, anayasa normlarının yorum seçeneklerini karşılaştırmaya engel teşkil etmemektedir.

Bu bağlamda FAYM de tıpkı AYM, tek tip bir anlatının süjesi olamaz. FAYM 65 yıllık varlığında fazlasıyla eleştirilmiş kararlar verdiği gibi, demokrasinin gelişmesine paralel şekilde bu içtihatlarını gözden geçirme becerisini de gösterebilmiş bir mahkeme olarak karşımıza çıkmaktadır. Toplumsal değerlerin dönüşümü, demokrasinin niteliğinin toplumun desteğiyle ve bilinciyle pekişmesi, Mahkeme'nin siyasal partiler üstü bir demokrasi bekçisi olmasını sağlamıştır. FAYM'yi bugün dünyanın en güçlü ve prestijli anayasa mahkemelerinden birisi yapan şey, kuşkusuz bu özelliğidir. AYM açısından da FAYM'nin bu bağımsız rolü örnek niteliği taşımaktadır.

Bireysel başvuru hakkının kabul edilmesiyle birlikte, AYM'nin karar içeriklerinde belirgin bir değişiklik gözlenmektedir. Norm denetimi davalarında daha çok değişmez ilkeler ekseninde kararlar veren AYM, bireysel başvuru kararlarında Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler kataloğunu, AİHS ve Protokoller ışığında incelemeye başlamıştır. Ancak bu yapılırken, Mahkeme'nin özgün bir temel hak öğretisi geliştirdiğini söylemek mümkün değildir. AYM daha çok Avrupa Konseyi üyesi devletlerin en küçük ortak bölüni olarak AİHM içtihatlarına odaklanmakta ve bunu yaparken de daha fazla koruma sağlayan Türk hukuk mevzuatını öne çıkartmayı, AİHM içtihadından daha fazla koruma sağlayabilecek bir yorumu hayata geçirme yolunu tercih eder görünmemektedir. Bireysel başvuru bakımından “çocukluk hastalığı” denebilecek bu tercihin süreklilik kazanması, bu yeni olağanüstü hukuki çareyle hedeflenen hak odaklı, gelişmiş bir hukuk devleti amacını gerçekleştirmekte eksik kalacaktır. Bunun yanında bireysel başvuru kararlarında yönelinen temel hak ve özgürlük anlayışının, norm denetimi davalarına da yansıdığını söylemek çok mümkün değildir. 2012 Eylülünden bu yana verilen ve hukuk devleti ilkesi doğrultusunda tartışılan pek çok norm denetimi davasında, eski anlayışın halen devam ettirildiği, yeni karar ve yorum yönteminin bu alana da sirayet etmesinde olanak tanınmadığı gözlenmektedir.

Bu çalışmanın kapsamı bir kitap boyutuna da ulaşabilirdi. Ancak iyi bir karşılaştırmalı hukuk çalışması yapılacaksa, tekil hakların derinlemesine ele alınması, kararların içerik ve gerekçelerini daha nitelikli hale getirmede daha fazla yardımcı olacak bir yöntemdir. Bu çerçevede bu çalışmanın daha fazla genişlemesine olanak vermemek için dışarıda bırakılan, kamu çalışanlarının pozitif din özgürlüğü, devletin tarafsızlık yükümlülüğü ve başörtüsü yasağı⁹⁵, ifade ve basın özgürlüğü⁹⁶ konularının etraflıca ele alınıp karşılaştırmalı olarak tartışılması, AYM içtihatları bakımından büyük yarar sağlayacaktır.

⁹⁵ BVerfGE 108, 282 (Ludin) (24.9.2003); 1 BvR 471/10; 1 BvR 1181/10 (27.1.2015); 2 BvR 1657/05 (22.6.2006) (Stajyer öğretmeni); 1 BvR 961/99 (22.6.1999) (Anaokulu öğretmeni) kararları.

⁹⁶ BVerfGE 20, 162 (Spiegel); BVerfGE 93, 266 (Soldaten sind Mörder); BVerfGE 101, 361 (Caroline I); BVerfGE 120, 180 (Caroline II); BVerfGE 117, 244 (Pressefreiheit).