



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Fatih AKYOL

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ  
YARGITAY CEZA DAİRELERİNİN KARARLARINA ETKİSİ

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı  
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2019



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Fatih AKYOL

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ  
YARGITAY CEZA DAİRELERİNİN KARARLARINA ETKİSİ

Danışman

Doç. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2019

**Akdeniz Üniversitesi**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,**

Fatih AKYOL'un bu çalışması, jürimiz tarafından Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Dr. Öğr. Üyesi Süleyman DOST (İmza)

Üye (Danışmanı) : Doç. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN (İmza)

Tez Başlığı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yargıtay Ceza Dairelerinin Kararlarına Etkisi

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylıyorum.

Tez Savunma Tarihi : 18/06/2019

Mezuniyet Tarihi : 25/07/2019

(İmza)  
Prof. Dr. İhsan BULUT  
Müdür

## AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yargıtay Ceza Dairelerinin Kararlarına Etkisi” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımda yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

İmza

**Fatih AKYOL**





T.C.  
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU  
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Fatih AKYOL
Öğrenci Numarası	20108519206
Enstitü Ana Bilim Dalı	Kamu Hukuku
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Programın Türü	(X) Tezli Yüksek Lisans ( ) Doktora ( ) Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Doç. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM
Tez Başlığı	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yargıtay Ceza Dairelerinin Kararlarına Etkisi
Turnitin Ödev Numarası	1150973113

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 115 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 11/07/2019 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 14

alıntılar dahil % 22'dir.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(x) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

( ) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdeleri aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

...../...../.....

(imzası)  
Danışmanın Unvanı-Adı-Soyadı  
Doç. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM

## İÇİNDEKİLER

<b>KISALTMALAR LİSTESİ</b> .....	<b>iii</b>
<b>ÖZET</b> .....	<b>v</b>
<b>SUMMARY</b> .....	<b>vi</b>
<b>TEŞEKKÜR</b> .....	<b>vii</b>
<b>ÖNSÖZ</b> .....	<b>viii</b>
<b>GİRİŞ</b> .....	<b>2</b>

## BİRİNCİ BÖLÜM

### AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE MAHKEMESİ

1.1. Genel Olarak İnsan Hakları .....	4
1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	9
1.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.....	12
1.3.1. Kuruluşu ve İşleyişi .....	12
1.3.2. Genel Kurul .....	15
1.3.3. Tek Yargıç Düzeni.....	15
1.3.4. Komiteler .....	15
1.3.5. Daireler .....	15
1.3.6. Büyük Daire.....	16
1.4. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi.....	16
1.5. AİHM Kararlarının İcrası .....	18
1.6. 15 ve 16 No.lu Protokoller .....	19
1.7. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk İç Hukukuna Etkisi.....	20
1.7.1. Teoride Uluslararası Sözleşmeler ve İç Hukuk İlişkisi .....	20
1.7.2. İkici (Düalist) Görüş .....	21
1.7.3. Tekçi (Monist) Görüş .....	21
1.7.4. Eş Güdüm Teorileri .....	22
1.7.5. Sözleşmenin Türk Hukukundaki Yeri .....	23
1.7.5.1. Genel Olarak Antlaşmaların Yeri .....	23
1.7.5.2. AİHS'nin İç Hukuktaki Yeri .....	26
1.7.5.2.1. Doktrinindeki Görüşler .....	26
1.7.5.2.2. Yüksek Yargı Kararlarındaki Yansıma .....	31

## İKİNCİ BÖLÜM

### AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ YARGITAY CEZA DAİRELERİNİN KARARLARINA ETKİSİ

2.1.	Yargıtay .....	34
2.1.1.	Yargıtayın Kısa Tarihçesi .....	34
2.1.2.	Yargıtayın Yapısı .....	35
2.1.3.	Yargıtay Ceza Dairelerinin Yapısı ve Çalışma Şekli .....	36
2.1.4.	Yargıtay Ceza Genel Kurulu .....	40
2.1.4.1.	Kurulun oluşumu ve Yapısı .....	40
2.1.4.2.	Kurulun Görevleri .....	41
2.1.4.3.	Çalışma Şekli ve Kararlar .....	42
2.1.5.	Yargıtay Kararlarının Yayınlanması ve Erişim .....	44
2.2.	Yargıtay Ceza Dairelerinin İçtihatlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi .....	46
2.2.1.	Yaşama Hakkı .....	53
2.2.2.	İşkence Yasağı .....	57
2.2.3.	Özgürlük ve Güvenlik Hakkı .....	62
2.2.4.	Adil Yargılanma Hakkı .....	69
2.2.4.1.	Adil Yargılanma Hakkının Unsurları .....	71
2.2.4.1.1.	Yasayla Kurulmuş, Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkemede Yargılanma ..	71
2.2.4.1.2.	Makul Bir Süre İçinde Yargılanma Hakkı .....	72
2.2.4.1.3.	Açık Yargılanma ve Ateni Karar Hakkı .....	73
2.2.4.1.4.	Adil Muhakeme Hakkı .....	73
2.2.4.1.5.	Suçsuzluk Karinesi .....	74
2.2.4.1.6.	Ceza Davalarındaki Diğer Güvenceler .....	75
2.2.4.1.7.	Ek 7 No'lu Protokol .....	76
2.2.4.1.8.	Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi .....	77
2.2.4.2.	AİHM ve Yargıtay Kararlarında Adil Yargılanma Hakkının Görünümü ....	78
2.2.5.	Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü .....	83
2.2.6.	İfade Özgürlüğü .....	86
	<b>SONUÇ .....</b>	<b>95</b>
	<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>97</b>
	<b>ÖZGEÇMİŞ .....</b>	<b>104</b>

**KISALTMALAR LİSTESİ**

age.	Adı Geçen Eser
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	Avrupa Konseyi
Any.	Anayasa
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
CD	Ceza Dairesi
CGK	Ceza Genel Kurulu
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
CYY	Ceza Yargılama Yasası
Çev.	Çeviren
E.	Esas
ECHR	European Convention on Human Rights
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
Mah.	Mahkeme
md.	Madde
no.	Numara
PVSK	Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
s.	Sayfa
SEGBİS	Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi
T.	Tarih
TAA	Türkiye Adalet Akademisi
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TCY	Türk Ceza Yasası
vd.	Ve diğerleri



YK Yargıtay Kanunu  
Yön. Yönetmelik



## ÖZET

İnsan hakları alanında en önemli uluslararası sözleşmelerden birisi olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile bu sözleşmedeki temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) verdiği kararlar iç hukuku uzun yıllardır güçlü bir şekilde etkilemektedir. Bu bağlamda Yargıtay'ın Sözleşme ile olan etkileşimi gerek öğreti gerekse uygulayıcılar açısından büyük önem arz etmektedir.

Çalışmada öncelikli olarak insan hakları kavramı ile AİHS ve AİHM üzerinde durulmuştur. Ardından genelde uluslararası sözleşmelerin, özel anlamda ise AİHS'nin Türk hukukuna etkisine değinildikten sonra asıl çalışma konusu irdelenmiştir. Mümkün olduğunca güncel kararlar doğrultusunda Yargıtay Ceza Dairelerinin konuya ilişkin bakış açısı yansıtılmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** İç Hukuk, İnsan Hakları, AİHM, AİHS, Yargıtay, Ceza Daireleri.

## SUMMARY

### THE IMPACT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DECISIONS ON THE CASE LAW OF THE COURT OF CASSATION CRIMINAL CHAMBERS

As one of the most important international convention in the field of human rights, The European Convention on Human Rights (ECHR) and the decisions of the European Court of Human Rights regarding fundamental rights and freedoms in this convention have strongly influenced internal law for many years. In this sense, the interaction between the Court of Cassation and the Convention has a significant role in doctrine and practitioners.

First of all, the concept of human rights, The European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights are emphasized in this study. Then, the main issue of the study is examined after referring to impact of the international conventions, particularly the ECHR, on Turkish law. The point of view of the Court of Cassation's Criminal Chambers regarding the subject is tried to be reflected from the current leading case law as much as possible.

**Keywords:** Internal Law, Human Rights, ECHR, Court of Cassation, Criminal Chambers.

## TEŞEKKÜR

Çalışmanın hazırlanıőı sırasında bana her konuda anlayış ve yol gosteren, katkılarını, hoőgörüőünü ve nezaketini asla eksik etmeyen değerli hocam sayın Doç. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM ile bu süreçteki destek ve teşvikleriyle yorgun düşen kıymetli eőim Nevra Atış Akyol'a sonsuz őükranlarımı sunarım.

**Fatih AKYOL**  
**Antalya, 2019**



## ÖNSÖZ

Anayasamıza göre yasalara eş değer olarak kabul ettiğimiz ve sağladığı ikincil yargı yetkisi ile de etkili bir denetim mekanizması öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, pek çok alanda hukukumuza doğrudan ya da dolaylı yollarla etkide bulunmaktadır. Sözleşme'nin yorumlayıcısı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları da yargı organlarının giderek daha fazla dikkate alması gereken asli kaynakları haline gelmektedir.

Ülkemizin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi karnesinde yer tutan başlıca temel hak ve özgürlüklerin, Yargıtay Ceza Daireleri ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararlarına etkisine ve kararlarda ne şekilde yer aldığına bir nebze ışık tutabilmek amacıyla bu çalışma yapılmıştır.

**Fatih AKYOL**  
**Antalya, 2019**

## GİRİŞ

Anayasamızın 90. maddesi uyarınca Türk Hukuku'nun bir parçası hâline gelen ve müstesna bir konuma sahip olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), taraf olduğundan bu yana her yönüyle ve güçlü bir şekilde hukukumuzu etkilemiştir. Başta AİHS olmak üzere uluslararası sözleşmelerin yeri sorunu, daima tartışmalı bir mesele olmuştur. Ülkemizin Sözleşme kapsamında son yıllara kadar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde (AİHM) aleyhine en fazla dava edilen ve ihlal kararı verilen taraf devletlerden biri olması bu ilişkiyi çok daha önemli bir hâle getirmektedir.<sup>1</sup>

AİHS, “Ortak bir Avrupa kamu düzeni” kurma hedefiyle taraf devletlere önemli sınırlama ve yükümlülükler ile bireylere birtakım haklar getirmektedir. Sözleşme, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi kabul edildikten sonra bu bildirdedeki bazı ilkelerin Avrupa Konseyine üye devletlerin hukuklarında “Kanun gibi” uygulanması amacıyla hazırlanmıştır.<sup>2</sup> Sözleşmenin birinci maddesinde yer alan ve Taraf Devletlerin “*Kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanurlar*” hükmü ile 46. maddesinde yer alan “*Yüksek Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler*” düzenlemesi, Sözleşme'nin ve denetim organı olan AİHM kararlarının bağlayıcılığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla Sözleşme hükümleri ve Mahkeme kararlarının iç hukuktaki yetkili yargı organlarınınca göz önünde bulundurulması kaçınılmazdır.

Uluslararası sözleşmelerin iç hukukta uygulanması ve iç hukukla çatışması sorunu sözleşmelerin normlar hiyerarşisinde konumlandırılmasıyla ilgilidir. Bu hususta temel olarak iki sistemin varlığından söz edilebilir; monist (tekçi) ve düalist (ikici) sistem. Bunlardan düalist görüş, iç hukuk ve uluslararası hukukun birbirinden tamamen ayrı ve bağımsız iki hukuki sistem olduğunu, her bir hukuk düzeninin kendine içinde hiyerarşisi bulunduğunu dolayısıyla aralarında çatışma söz konusu olamayacağını ileri sürer. Monist sistemde ise uluslararası hukuk ile iç hukuk bir tek hukuk sisteminin farklı parçaları olarak kabul görmekte, uluslararası hukukun iç hukuka aktarılması için ayrı bir işlem yapmaya gerek duyulmamaktadır. Monist sistemde, uluslararası hukukun ulusal hukukla çatışması mümkündür. Böylesi bir durumda hangi normun öncelikli olduğunun (kanunla eş değer mi, anayasa gücünde mi yoksa her ikisinden de üstün mü gibi) üstlük-altlık ilişkisine göre,

<sup>1</sup> 1 Ocak 2019 tarihi itibarıyla AİHM önünde bekleyen derdest başvuru sayılarında Türkiye 7100 başvuru sayısı ile Rusya, Romanya ve Ukrayna'nın ardından aleyhine en fazla başvuru bulunan dördüncü ülke durumundadır. Bkz. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistik/2018/21.pdf> (e.t. 19.06.2019).

<sup>2</sup> Bilge, 1989:980.

normların eşit güçte olması hâlinde ise öncelik-sonralık ya da özellik-genellik ilişkisine göre belirlenmesi gerekir.<sup>3</sup>

Hukumumuzda sözleşmelerin Anayasa ve kanunlar karşısındaki yeri hususundaki düzenleme Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında yer almakta olup, anılan fıkra 07.05.2004 tarihinde eklenen son cümle nedeniyle ileride değinileceği üzere iki farklı dönem değerlendirmelere konu edilmektedir. Özünde, eklenen bu cümle ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin konumu uygulayıcılar açısından, diğer uluslararası sözleşmelere nazaran çözülmüş durmaktadır. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere kanunlarla temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir sözleşme hükmünün çatışması hâlinde, uygulayıcılar sözleşmedeki düzenlemeyi esas alacaktır.

Öte yandan uluslararası normların, yerel bir hukuk sisteminde görülebilmesi, yasama işlemi veya yargı kararlarıyla (içtihatlarla) mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda “İçtihat hukuku”, benzer davalarda, önceden verilmiş mahkeme kararlarından faydalanma yöntemiyle oluşmaktadır. Hukukumuzda, yüksek yargı mercileri tarafından verilen kararlar-bağlayıcı özelliği bulunan içtihadı birleştirme kararları hariç- hukukun asli kaynakları arasında yer almayıp tali özellik göstermektedir. Buna mukabil, ülkemizde taşra olarak da adlandırılan ilk derece mahkemeleri, uygulamada yüksek mahkemelerin kararlarından yola çıkıp emsal olaylarda aynı yönde karar çıkarma eğilimi göstermektedir. Bu durumun ortaya çıkmasında, Hakimler ve Savcılar Kanunu’ndan kaynaklanan not sisteminin etkisi olduğu gibi<sup>4</sup>, içtihatlardan faydalanılmasının davalarda zaman ve emek tasarrufu sağlayarak karar sürecini hızlandırması ve kararlarda birlik ve uyumun sağlanması gibi düşünceler de bulunmaktadır.<sup>5</sup> Dolayısıyla hem ilk derece mahkemelerinin yüksek yargı kararlarına yaklaşımı hem de AİHM’in önünde hâlihazırda bekleyen veya şimdye kadar sonuçlandırdığı başvurular bir arada değerlendirildiğinde ceza davalarının temyiz mercisi olan Yargıtay’ın Sözleşmeyi ve AİHM kararlarını ele alışı büyük önem taşımaktadır.

Asıl inceleme konusuna geçilmeden önce çalışmanın temelini oluşturan insan hakları kavramına ve elbette Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine değinilmesinde gereklilik bulunmaktadır. Ardından uluslararası sözleşmelerin ve bu bağlamda temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin genel olarak iç hukuktaki konumuna ilişkin tartışma ve değerlendirmelere yer verilerek, Yargıtay’ın milyonlarca içtihadı arasından benzer konularda mümkün olduğunca yakın tarihli olanları seçilerek ilgili hususlarda Yargıtay’ın bakış açısı ve Sözleşme’ye yaklaşımı yansıtılmaya çalışılmıştır. Yine 2010 yılında

<sup>3</sup> Apaydın, 2018: 532-533.

<sup>4</sup> İçel ve Donay, 1987: 120.

<sup>5</sup> Gedik ve Koç, 2009: 157-160.

gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri doğrultusunda bireysel başvuru hakkının Yargıtay kararlarına yansımaya da kısaca değinilmiştir.





## BİRİNCİ BÖLÜM

### AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE MAHKEMESİ

#### 1.1. Genel Olarak İnsan Hakları

İnsan haklarının anlamı ve içeriği konusunda tam bir uzlaşının varlığından söz etmek mümkün olmamakla birlikte, insan haklarının, salt insan olarak doğmakla sahip olunan en üstün değerler olduğu hususunda büyük ölçekte bir kabul bulunduğunu söyleyebiliriz. Diğer bir tanımlamaya göreyse insan hakları, “*Pozitif hukuk tarafından tanınmış olsun olmasın, belli bir tarihsel aşamada insanların sahip olmaları gerekli sayılan bütün hak ve özgürlükleri ifade eder*”<sup>6</sup>. İnsan haklarının pozitif hukuktan önde gittiğini net bir şekilde ortaya koyan bu tanımdan anlaşılacağı üzere, bir hakkın, insan hakkı olarak kabul görmesi için mutlaka hukuksal zeminde düzenlenmiş olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Dünyada modern devlet ile kapitalizmin neden olduğu tehditlerden korunabilmiş bir yer bulmak neredeyse mümkün değilken; insan hakları, hem devletin meşru faaliyet alanlarını sınırlamakta, hem de iktisadi, sosyal ve politik belirsizliklere karşı olumlu koruma imkânları yaratarak, bu tehditleri defetmeyi ya da en azından zararlarını yumuşatmaya yönelik bir işleyiş olarak biçimlenmiştir.<sup>7</sup>

İnsan hakları kavramı, felsefi anlamda doğal hukuk yaklaşımının bir tezahürüdür. Jean-Jacques Rousseau’nun, “*Toplum Sözleşmesi*” adlı eserinin birinci faslında dediği gibi, “*İnsan hür olarak doğar, oysa her yerde zincire vurulmuştur.*”<sup>8</sup> Tabiatı gereği özgürlüğe meyilli insanoğlu, toplumsal yaşamda pek çok alanda kısıtlamalarla yüzleşmek durumunda kalır. Doğal hukuk teorisinde de ona zarar verilmeden insan haklarının tanımazlık edilemeyeceği düşüncesi vardır. Bu sebeple doğal hukuk yaklaşımında insan haklarının, aslında bir “Hak” değil “İdeal” olduğu<sup>9</sup> ve insan hakları devletten önce varolduğundan ya da devlet eliyle konulmadıkları için bu haklara dokunulamayacağı ileri sürülmektedir.<sup>10</sup>

İnsan doğasının vazgeçilmez bir parçası olan insan hakları kavramı, yerel ve uluslararası boyutta, pozitif hukuka *henüz* taşınmamış olan hak ve özgürlükleri de kapsamaktadır. Gerçekte insan hakları, ahlaki temelleri olan iddia ve/veya taleplerden müteşekkil olup, hukuki haklara dönüştürülmesi arzulanmaktadır.<sup>11</sup> Günümüzde insan hakları düşüncesini güçlendiren gelişmeler, insan haklarına artık kolaylıkla inkâr edilemeyecek bir

<sup>6</sup> Tanör, 1994: 14.

<sup>7</sup> Donnelly, 1995: 130.

<sup>8</sup> Rousseau, 2006: 4.

<sup>9</sup> Surlu, 2010: 50.

<sup>10</sup> Akıllıoğlu, 2010: 1.

<sup>11</sup> Erdoğan, 2007: 19.

konum kazandırmıştır. İnsan haklarını temel değerler olarak benimsemek, siyasi iktidarların meşruiyetlerinin de bir ölçütü haline gelmiş; uluslararası toplumda kabul görmeyen ve bir yer edinmenin koşulu haline almıştır.<sup>12</sup>

Hukuki hakların kaynağı hukuk, akdi taleplerin kaynağı sözleşmeler olduğu gibi, insan haklarının temelleri, salt insan olmaya dayanmaktadır. İnsan haklarına sadece hayatın idamesi için değil, insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürmek için de gereksinim duyulur. Bu sebeple insan haklarını hedef alan ihlaller, öncelikle bir kimsenin insanlığını inkâr eder.<sup>13</sup>

İnsan hakları, “İnsan” ve “Hak” kavramları üzerine kurulmuş bir alan olup, “insan” deyiimiyle genellikle gerçek kişiler ifade edilmektedir. Dernek, şirket, vakıf gibi tüzel kişilikler ise doğrudan insan haklarına ilişkin düzenlemelerden yararlanamasa da niteliklerine göre dolaylı ve sınırlı bir ölçüde bu haklar içerisinde değerlendirilmeleri mümkündür. Ayrıca insan hakları, kolektif hak veya özgürlükler bakımından insan topluluklarına tanınmasında zorunluluk bulunan ve giderek daha çok farklı toplumda çeşitli ölçülerde tanınıp, korunan ve geliştirilen hak ve/veya hürriyetlerde oluşan bir alandır.<sup>14</sup>

“Hak” kavramının ise “Doğruluk” ve “Yetki” olmak üzere iki temel ahlaki ve siyasi anlam taşıdığı söylenmektedir. Hak, hukuk düzenince tanınıp, sınırı, konusu, kullanılma biçimi ve koşulları tayin edilmiş, bütün toplum tarafından faydalanılması sağlanmış özgürlük veya hukuk düzenince kişilere verilmiş yetkidir.<sup>15</sup> Birbirinden farklılığının ortaya konulması hukukun son derece güç sorunlarından bir tanesine vücut veren hak ve özgürlük terimleri, çoğunlukla bir arada ve aynı amaçla kullanılsa da, birbirine eşit kavramlar olmadıkları ileri sürülmekte, özgürlüklerin, kaynağını insanın doğumunda bulan, sözleşme ile toplumsal yaşama aktarılan değerleri ifade ettiği; hakların ise özgürlüklerin hayata geçirilmesini sağlamak üzere, yasalarla devlet iktidarının tanıdığı olanaklar olduğu ifade edilmektedir. Özgürlük, herkese tanınmış, tüm hakların ortak kökenini oluşturan, oldukça geniş kapsamlı ve soyut nitelikte olmasına rağmen, ondan faydalananlar için somutlaştırılmış bir hak’tır; oysa her hak, özgürlük anlamına gelmemektedir. Özgürlüğün bir hak olduğu kabulünde ittifak olduğu kuşkusuzdur. Özgürlüklerle doğrudan bağlantılı haklar ise, özgürlüklerin hayata geçirilmesi için hukuk mekanizmasının kişilere tanıdığı meşru yetkililerdir.<sup>16</sup>

Burada “Temel haklar” kavramına da değinmekte fayda vardır. Hukukumuzda 1961 Anayasası döneminden beri temel haklar deyiimi kullanılmaktadır.<sup>17</sup> İnsan haklarının temel

<sup>12</sup> Donnelly, 1995: 25.

<sup>13</sup> Donnelly, 1995: 27-28.

<sup>14</sup> Ögütçü, 2005: 556.

<sup>15</sup> Tezcan vd., 2010: 30-31.

<sup>16</sup> Ögütçü, 2005: 558-559.

<sup>17</sup> Kapani, 1993: 14.

olmasıyla kastedilen, onların anayasal sistemin esasını oluşturdukları veya oluşturmaları gerekliliğidir.<sup>18</sup> Temel haklar iç hukukumuz bakımından artık yerleşmiş bulunan anayasal terim olup, anayasada düzenlenmiş bulunan insan haklarını ifade eder.<sup>19</sup>

Haklar, soyut nitelikteki felsefi ve siyasi bir kavram olmaktan, ancak pozitif hukuk içerisinde yer alıp hukuksal zemin bularak, yani yargısal güvence sağlanmasıyla çıkarlar. Yargı teminatı ise, kişilerin öncelikle iç hukuk öznesi olması nedeniyle yerel düzeyde sağlanabildiği gibi, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaşanan gelişmeler doğrultusunda, kişilerin milletlerarası hukukun da süjesi durumuna gelmeye başlamasıyla, insan haklarını bu seviyede koruyan; milletlerarası hukuktaki yargı koruması ile de olabilir.<sup>20</sup> Zira İkinci Dünya Savaşı'nın, insan haklarını uluslararası düzeyde korunması fikri üzerinde büyük etkisi olduğu yadsınamaz. Savaş öncesi ve savaş döneminde yaşanan soykırım, sürgün, toplama kamplarının oluşturulması ve işkence gibi olaylar insan haklarının uluslararası alanda korunması zorunluluğunu göstermiş, insanlık tarihinin en kanlı ve vahşi çatışmaları sonrası insan hakları alanında evrensel modeller şekillenmeye başlamış ve insan hakları bir iç mesele olmaktan çıkarak insanlığın birleştiği ortak payda olmuştur.

Batıda insan hakları kavramının kökleri 1215 tarihli *Magna Carta Libertatum*'a (Büyük Özgürlük Fermanı) kadar dayandırılmakla beraber, 1945'de San Francisco'da düzenlenen konferansla kabul edilen Birleşmiş Milletler Şartı (Antlaşması), insan hakları ve temel özgürlüklere evrensel değer tanıyarak ilk kez sistematik biçimde uluslararası hukuk konusu haline getirmiştir. Bu konferansa katılan Türkiye, BM Şartı'nı kabul ederek, 15.8.1945 günlü ve 4801 sayılı "*San Fransisko'da 26 Haziran 1945 tarihinde yapılmış ve imzalanmış olan Birleşmiş Milletler Antlaşması ile Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün Onanması Hakkında Kanun*" ile onaylamıştır. Küresel anlamda siyasal örgütlenmenin temel belgesi olarak kabul gören BM Şartı, insan hakları (human rights; droits de l'homme) ve temel özgürlükler (fundamental freedoms; libertés fondamentales) kavramlarına pek çok kez doğrudan yer vermesine karşın, bunları somutlaştırarak içeriğini doldurmadığı gibi, hak ve özgürlükleri tek tek sayma ve kapsama alanlarını belirleme yöntemini de seçmemiştir.<sup>21</sup>

Bir mihenk taşı olarak, İkinci Dünya Savaşı sonrasında 10 Aralık 1948 günü Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun kabul ve ilan ettiği *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB)*, oldukça kapsamlı bir insan hakları listesi içeriyordu, öyle ki bazı toplumsal grupların sosyal ve iktisadi talepleri bile "insan hakkı" onuruyla taçlandırılmıştı. Bununla birlikte hukuki

<sup>18</sup> Erdoğan, 2007: 88.

<sup>19</sup> Akıllıoğlu, 2010: 24.

<sup>20</sup> Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 4

<sup>21</sup> Ögütçü, 2005: 561-562.

bağlayıcılığının ve uygulamaya zorlayan bir sistem kurulmamış oluşu Sözleşme'nin belki de en önemli eksikliği olarak göze çarpmaktadır. Bu bildiriye, imzalayan veya ona katılan ülkeler için ahlaki bir taahhüd veya iyi niyet beyanı olarak yorumlamak mümkündür.<sup>22</sup> Adından anlaşılacağı gibi bu sadece bir bildiri (beyanname) olup, belki bir ölçüde platonik sayılabilecek bir haklar listesidir. Ve böyle olduğu içindir ki siyasal sistemleri ve dünya görüşleri birbirinden hayli farklı devletler tarafından kolayca kabul edilmiştir.<sup>23</sup> Bildiri, kişinin klasik temel hak ve özgürlüklerini saydıktan sonra, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları açıklamaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin bir önsöz ve toplam otuz maddeden oluşan metni incelendiğinde, içeriğinin modern anayasalarda yer bulan insan hak ve hürriyetlerini geniş bir şekilde kapsadığı ve yine modern görüşlere paralel olarak klasik hürriyetlerle yeni (sosyal ve ekonomik) hakların bir sentezini oluşturmaya çalıştığı anlaşılmaktadır.<sup>24</sup>

BM Şartı ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin haricinde, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Sözleşme de insan haklarının alanında evrensel nitelikteki diğer belgelerdir.

İnsan haklarıyla ilgili evrensel nitelikteki belgeler ile kurumsal düzenlemelerin yanısıra, dünyanın farklı bölgelerinde de uluslararası insan hakları belge ve kurumlarının şekillendiği görülmektedir. Pek çok unsurun yanı sıra, coğrafi, kültürel, ekonomik, uluslararası ve hukuki ilişkiler anlamında bizi en çok ilgilendiren bölge olan Avrupa'da da, özellikle "Avrupa'nın birleştirilmesi" düşüncesinin filizlenmesiyle, bu anlayış temelinde Avrupa'nın ilk ortak siyasi kuruluşu olan Avrupa Konseyi, ülkemizin de kurucu üye sıfatıyla, insan hakları, medya, hukuki işbirliği, sosyal dayanışma, sağlık, eğitim, kültür, spor, gençlik,

<sup>22</sup> Erdoğan, 2007: 97-98.

Toplam 30 maddeden oluşan Sözleşmenin, örneğin 24 ve 25. maddelerinin bu anlamda geçmişe kıyasla son derece radikal getirileri vardır: "Madde 24: Her şahsın dinlenmeye, eğlenmeye, bilhassa çalışma müddetinin makul surette sınırlandırılmasına ve muayyen devrelerde ücretli tatillere hakkı vardır. Madde 25: 1) Her şahsın, gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkânlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır. 2) Ana ve çocuk özel ihtimam ve yardım görmek hakkını haizdir. Bütün çocuklar, evlilik içinde veya dışında doğsunlar, aynı sosyal korunmadan faydalanırlar."

Sözleşmenin tam metni için: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=trk> (erişim tarihi: 21.03.2018)

<sup>23</sup> Kapani, 1993: 62.

<sup>24</sup> Kapani, 1993: 63.

yerel demokrasiler, sınır ötesi işbirliği, çevre ve bölgesel planlamalar konularında çalışma yapmak üzere 5 Mayıs 1949'da kurulmuştur. İnsan hakları, Konsey üyesi devletler tarafından korunması ve geliştirilmesi gereken değerler olarak kabul edilmiş, insan haklarına saygı yükümlülüğü üyelik şartı olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte insan haklarının içeriği Statü'de tanımlanmamış ve yükümlülüğü denetleyecek bir sistem getirilmemiştir. Bu eksiklik ancak 4 Kasım 1950 günü Roma'da imzaya açılan *İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına Dair Sözleşme* ile giderilecektir.<sup>25</sup>

## 1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Antlaşma ya da eski tabirle muahede (treaty; traité), genel anlamda bir irade uyuşmasını, daha özel olarak ise onaylamaya ihtiyaç duyulan antlaşma türünü ifade etmektedir. Sözleşme ya da eski adıyla mukavelename (convention, Konvention) ise genellikle önemli ve kural koyucu çok taraflı antlaşma anlamına gelmektedir.<sup>26</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de (AİHS), adı "sözleşme" olmakla birlikte, teknik olarak bir uluslararası antlaşmadır. Sözleşmeye ek olarak kabul edilen protokoller açısından da aynı durum geçerli olup, bunların da uluslararası antlaşma kategorisinde değerlendirildiğini görmekteyiz.<sup>27</sup>

Avrupa Konseyi; aynı coğrafyayı paylaşan, sosyal, siyasal ve kültürel olarak birbirine benzerlik gösteren uluslar tarafından, Birleşmiş Milletler'in teşvikleriyle de insan haklarını bölgesel seviyede tanıyıp ve güvence altına alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni kabul etmiştir. Sözleşme'nin kabul edilmesinde en güçlü etken, Birleşmiş Milletlere üye devletlerin, sosyal ve siyasal sistemler yönünden çok farklı bir yapıya sahip olmaları nedeniyle bu nitelikte bir sözleşme yapılmasının zor olacağı ve uzun zaman alacağını düşünülmesidir. Halbuki Konsey üyesi devletlerin ortak değerleri paylaşması ve Batı demokrasisine ait ilkelere bağlılık yönünden ideolojik bütünlük içinde olmaları, aralarında hukuken bağlayıcı nitelikte bir antlaşma yapabilmelerini kolaylaştırmış olup bu konuya Konsey Statüsü'nde de değinilmiştir.<sup>28</sup>

AİHS'ye taraf olunması için gerekli prosedür, Sözleşme'nin 59. maddesinde açıklanmıştır. Yalnızca Avrupa Konseyine üye olan devletlerin taraf olması mümkün olup bunun için öncelikle ilgili devletin Sözleşmeyi imzalaması gerekir. Ayrıca imzalayan devletin iç hukukunda da sözleşmeye kabul etmesi gerekmektedir. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne onaylama belgesinin verilmesi ile süreç tamamlanır. Sözleşmeye yeni haklar getiren ek protokoller, sadece bu protokolleri imzalayan ve onaylayan devlete karşı ileri sürülebilir.

<sup>25</sup> Arslan, 2012: 82-83,

<sup>26</sup> Pazarıcı, 2005: 47.

<sup>27</sup> Aybay, 2010: 232.

<sup>28</sup> Surlu, 2010: 159.

Yürürlük için onaylama süreci gerektiğinden yalnızca imzalanmış protokollerin devletleri bağlayıcı özelliği yoktur.

Türkiye Avrupa Konseyi'ne 13 Nisan 1950'de üye olmuştur. AİHS'yi ise 4 Kasım 1950'de imzalamış ve 1954'te onaylamıştır. Sözleşme, Türkiye için 18 Mayıs 1954'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye, bireysel başvuru hakkını ilk kez 28 Ocak 1987'de üç yıllık bir süre için tanımış ve 11 numaralı Protokol yürürlüğe girene kadar üçer yıllık sürelerle uzatmış, daha sonra 14 Mayıs 1997'de onaylanan 11 no'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle herhangi bir süre kısıtlaması olmaksızın tanımıştır. 25 Eylül 1989 tarihinde, 14563 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) yargı yetkisi kabul edilmiştir.

AİHS'nin "Başlangıç" kısmında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ne göndermede bulunularak, bu Bildiri'de ilan edilen hakların evrensel ve etkin olarak tanınip uygulanmasının ve temel hak ve özgürlüklerin daha da geliştirilmesinin Avrupa Konseyi'nin hedefleri arasında olduğuna işaret edilmiştir. AİHS'nin koruma alanına giren hak ve özgürlüklerin, ekonomik ve sosyal haklar gibi alanları da kapsayan Bildirideki haklardan daha az olması dikkat çekici bir özelliktir. Bildirinin, yaşama hakkı, kölelik yasağı, eşitlik, kişi güvenliği vb. "klasik" haklar yanında "çalışma hakkı", "sağlık hakkı", "sosyal güvenlik" gibi ekonomik-sosyal nitelikli haklara da yer vermesine karşılık, bu ikinci tür haklar AİHS'nin güvencesi dışında tutulmuştur. Bununla birlikte, AİHM'in kararlarında dikkatli bir şekilde temel hak ve özgürlüklere ilişkin yaptığı genişletici yorumlarla, bu eksikliklerin giderilmesi yönünde çabaladığı görülüyor.<sup>29</sup>

AİHS üç ana fasıldan oluşmaktadır. Sözleşmenin ilk bölümünde hak ve hürriyetler, ikinci bölümde denetim mekanizması, üçüncü bölümde ise sözleşmeye taraf olma, imza ve onay işlemleri, beyan ve çekincelerin ne şekilde olacağı düzenlenmektedir. Toplam 59 maddeden oluşan sözleşmede güvence altına alınan temel haklar ve özgürlükler 2-14. maddeler arasındadır. Bunları başlıklar halinde;

- Yaşam hakkı,
- İşkence ve kötü muamele yasağı,
- Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı,
- Kişi güvenliği ve özgürlük hakkı,
- Adil yargılanma hakkı,
- Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi,
- Özel yaşam ve aile yaşamına saygı ilkesi,

<sup>29</sup> Aybay, 2010: 236-237.

- Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü,
- İfade özgürlüğü
- Toplanma ve dernek kurma özgürlüğü
- Evlenme hakkı
- Etkili bir hukuksal tazmin yolu hakkı
- Ayrımcılık yasağı

Şeklinde sıralanabilir.

Ayrıca sözleşmeye EK 1. Protokolle;

- Mülkiyet Hakkı
- Eğitim ve Öğretim Hakkı.
- Serbest Seçim Yapma Hakkı, düzenlenmiştir.

EK 4. Protokolle;

- Sözleşmeyle, kişi özgürlüğünün kısıtlanamayacağı,
- Serbest dolaşım ve konut seçme hakkı,
- Vatandaşların sınır dışı edilmesi ve ülkeye girmelerinin engellenmesi yasağı,
- Yabancıların topluca sınır dışı edilme yasağı, getirilmiştir.

EK 6. Protokolle:

- Ölüm cezasına mahkûm etme ve yerine getirme yasaklanmıştır.

EK 7. Protokolle:

- Yabancıların keyfi olarak sınır dışı edilemeyeceği
- Mahkûmiyet verilen kimsenin üst mahkemeye başvurma hakkı
- Haksız hüküm giyen kişiye tazminat ödenmesi
- Aynı suçtan dolayı yeniden yargılanma yasağı
- Evlilikte hak eşitliği, düzenlenmiştir.

EK 13. Protokolde:

- Ölüm cezası her koşulda yasaklanmıştır.

AİHS’de hak ve özgürlüklerin bir kısmı mutlak nitelikte iken (işkence yasağı gibi) diğer bir kısmı ise sınırlamalara tabidir. Sözleşmede genel bir sınırlandırma hükmü bulunmamakla birlikte, sınırlandırılabilir haklar bakımından ölçütler şunlardır:

“Kamu düzeni (m.6/1, 9/2)”, “Kamu güvenliği (m.8/2, 10/2, 11/2)”, “Ulusal güvenlik (m.6/1, 8/2, 10/2, 11/2)”, “Ülke bütünlüğü (m.10/2)”, “Sağlığın korunması (m. 8/2, 9/2, 10/2, 11/2)”, “Ahlâkın korunması ya da ahlâkın gereği (m. 6/1, 8/2, 9/2, 10/2, 11/2)”, “Özel yaşamın korunması (m.6/1)”, “Çocukların/gençlerin menfaatleri (m.6/1)”, “Adaletin yararı (m.6/1)”, “Yargının yetki ve tarafsızlığının korunması (m.10/2)”, “Ülkenin ekonomik

refahının gereği (m.8/2)”, “Başkalarının haklarının korunması (m.10/2)”, “Başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması (m.8/2, 9/2, 11/2)”, “Başkalarının şöhretinin korunması (m.10/2)”, “Suçun önlenmesi (m. 8/2, 10/2, 11/2)”, “Düzensizliğin önlenmesi (m. 8/2, 10/2, 11/2)”, “Gizli bilginin açığa çıkmasının önlenmesi (m.10/2)”.

Bu ölçütlere bağlı olarak getirilebilecek “Sınırlamanın tekniği ve koşulları” bağlamında ise “Yasaya uygun olarak (m. 8/2, 9/2, 10/2, 11/2)” ve “Mahkemenin görüşü uyarınca (m.6/1)” şeklinde ifade edilen ölçütlere yer verilmiştir. Nihayet sınırlamaların demokratik toplumun gereklerine uygunluğu sınır ölçütü olarak alınmıştır.<sup>30</sup>

Sözleşme en önemli özelliğini, kapsama alanındaki hakların korunmasını sağlamak amacıyla getirdiği denetim sisteminde göstermektedir. Bu mekanizma içerisinde iki organ yer almaktadır: Bunlar; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Bakanlar Komitesi’dir. 1998 yılında yürürlüğe giren 11 No.lu Protokol, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nu kaldırarak mahkemeyi genişletmiş ve doğrudan başvurularda bulunmaya imkân vermiştir.

### 1.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

#### 1.3.1. Kuruluşu ve İşleyişi

1 Kasım 1998 tarihinden önce insan haklarının, üye devletlerce uygulamada sağlanıp sağlanmadığını iki organ denetlemekteydi. Bunlar, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı’ydı. 1998 yılında bu iki organ birleştirilip, 11 No.lu protokolle bu denetim görevi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne verilmiştir.<sup>31</sup>

AİHM, Avrupa Konseyine üye olan devletlerin sayısı kadar hâkimden (her devlet için bir hâkim olmak üzere) oluşur ve sözleşmenin ihlali sebebiyle önüne getirilen uyuşmazlıkları kesin olarak karara bağlayan bir yargı organı niteliğindedir. *Bakanlar Komitesi* de Konsey üyesi devletlerin Dışişleri Bakanlarından kurulu olup, Sözleşme ile getirilen sistem içinde siyasal karar organı durumundadır.

Sözleşmede sayılan insan haklarının ihlal edilmesi halinde AİHM’e iki türlü başvuru yolu mevcuttur: *Devletlerarası Başvuru* ve *Kişisel Başvuru*. Devletlerarası başvuru, sözleşmeye taraf tüm devletlere karşılıklı olarak tanınmıştır. Bir veya birkaç devlet, insan haklarının çiğnendiği iddiasıyla taraf devletlerden birisini Komisyona şikâyet edebilir. Bireysel başvuru ise, Sözleşme veya Protokoller’de tanınan hakların, taraf devletlerden birisince ihlal edilmesi nedeniyle mağdur olduğunu ileri süren bütün gerçek kişiler ile hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları için ön görülmüştür.

<sup>30</sup> Gemalmaz, 2012: 21-22.

<sup>31</sup> Muratoğlu, 2016: 313-316.



Sözleşme'nin 32. maddesi, Sözleşme ve Protokoller ile ilgili her türlü yorum ve uygulamayı AİHM'in yetkisine bırakmaktadır. Mahkeme'nin, ihlal iddialarına dair aldığı mahkûmiyet kararları, uygulamadan veya mevzuattan kaynaklanan aksaklıklara dayanmakta olup ya iç hukuk mekanizmalarının uyuşmazlık konusu somut olayda Sözleşme'ye aykırı hareket etmelerinden veya iç hukukta hukuki boşluk ya da Sözleşme'yle çatışan hukuki düzenlemeler nedeniyledir.<sup>32</sup>

AİHM, Sözleşmeyi “Yaşayan belge” olarak değerlendirdiği için, Sözleşme'de yer alan hakları, kaleme alındığı koşullarla değil, bugünün şartları altında yorumlar.<sup>33</sup> İlk kez Tyrer/Birleşik Krallık dâvasında (25.04.1978) bu durumu belirten mahkemenin görüşü içtihatlarına yerleşmiş durumdadır. Mahkemeye göre bu yaklaşım Sözleşme'nin yalnızca normatif kurallarıyla sınırlı olmayıp, uygulama mekanizmasının işleyişine ilişkin 25. ve 46. maddeleri için de geçerlidir.<sup>34</sup> Somut olayın özelliklerine göre Mahkemenin aldığı kararlarla, Sözleşme tarafından güvenceye bağlanan hak ve özgürlükler genişletilip, Sözleşme'nin kabul edildiği tarihte öngörülemeyen olaylara tatbiki sağlanır. Bunun yanı sıra Sözleşme iç hukukta uygulanma özelliğini de haiz olup öngörülen haklara saygı duymak zorunda olan Taraf Devletlerce bir şekilde iç hukuka aktarılmalı gerekir. Bu sebeple yerel mahkemeler Sözleşme'yi doğrudan uygulamak yükümlülüğüyle karşı karşıyadır. Aksi takdirde, hakların korunmamasından dolayı bir şikâyet Mahkeme önüne getirildiği vakit, devletler, mahkûm edilme durumunda kalabilir.<sup>35</sup>

Sözleşmeye aykırılığın yasal bir düzenlemeden kaynaklanması durumunda, uygulamacıların AİHM içtihadı doğrultusunda kanunu yorumlaması gerekmektedir. Ancak ilgili yasanın kesin hükümler getirmesi halinde yorum genişletme yoluna gidilemiyorsa, yasanın değiştirilmesinden başka çare kalmayacaktır.<sup>36</sup>

14. No.lu Protokol ile AİHM tarafından incelenmeye değer görülmeyen önemsiz nitelikteki başvuruların ilk incelemelerinin daha hızlı bir şekilde sonuçlandırılması öngörülmüştür. Bu doğrultuda, başvurucunun öncemli oranda zarar görmüş olması, kabul edilebilirlik şartlarına eklenmiş, Mahkeme'ye gelen başvuruların ilk incelemesinin tek yargıç tarafından yapılması sistemiyle daha az yargıç ile başvuruların incelenebilmesine imkân tanınmıştır.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 126-127.

<sup>33</sup> Arslan, 2012: 83.

<sup>34</sup> Metin, 2008: 117.

<sup>35</sup> Doğru ve Nalbant, 2012: 2.

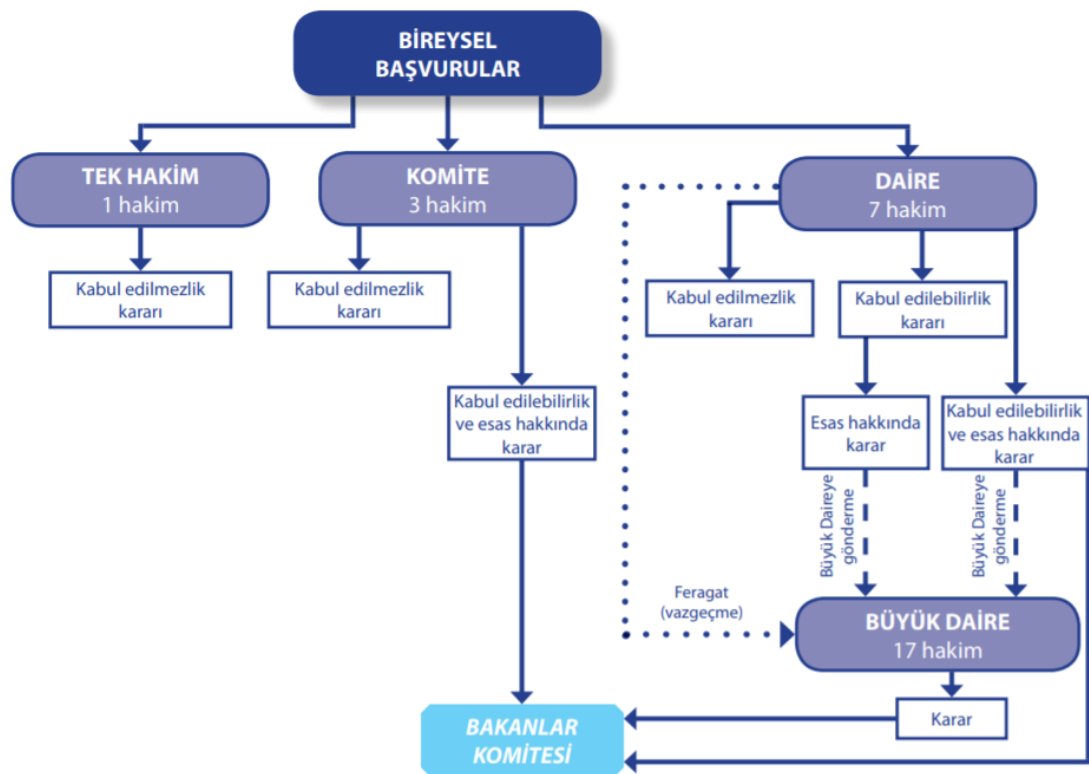
<sup>36</sup> Ünal, 2000: 68.

<sup>37</sup> Doğan, 2015:720.

AİHS'nin 14 No.lu Protokol ile değişik son haline göre AİHM, Sözleşmeye taraf devlet sayısı kadar hâkimden oluşur (m. 20). Hâkimler, taraf devletlerin önerecekleri üç kişi arasından Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından oy çokluğuyla seçilir (m. 22). AİHM farklı organlardan oluşmaktadır. Bunlar Genel Kurul (Plenary Court), Komiteler (Committees), Bölümler (Sections), Daireler (Chambers) ve Büyük Daire (Grand Chamber) şeklindedir. Normal Çalışma düzeni "Daire" düzeyindedir. Mahkeme'nin içyapısı kendisinin çıkardığı Mahkeme İç Tüzüğünde düzenlenmiştir.<sup>38</sup>

Bir başvurunun, Mahkemenin hangi çalışma sistemi içerisinde görüleceği, dava geldiğinde yapılacak olan ön inceleme aşamasında belirlenir. Ancak, dosyaya yeni bilgi ve belgelerin gönderilmesi yahut Mahkemenin görüş değiştirmesi gibi sebeplerle, bu düzenini değiştirmesi mümkündür.<sup>39</sup>

Mahkeme önünde bireysel başvuruların geçirdiği süreç basitçe şu şekilde şematize edilebilir<sup>40</sup>;



Tablo 1. Adli Kurulumu göre Mahkeme'nin kolaylaştırılmış dava akış şeması.

<sup>38</sup> Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 27.

<sup>39</sup> Doğru ve Nalbant, 2012: 3.

<sup>40</sup> [https://www.echr.coe.int/Documents/Case\\_processing\\_Court\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Case_processing_Court_TUR.pdf) (erişim tarihi. 19.06.2019).

### 1.3.2. Genel Kurul

Genel kurul AİHM’de görev alan tüm hâkimlerin katılımıyla oluşmaktadır. Genel kurul belirli zamanlarda toplandığından sürekliliği olan bir oluşum değildir. Sözleşmenin 26. maddesinde belirlendiği üzere genel kurulun görevleri şunlardır:

- a) Üç yıllık bir sürede görev yapacak Başkan ile Başkan Yardımcısını seçmek
- b) Belirli süreler için görev yapacak Daireler kurmak
- c) Dairelerin başkanlarını seçmek
- d) İçtüzüğü kabul etmek
- e) Yazı işleri Müdürünü ve yardımcılarını seçmek.

### 1.3.3. Tek Yargıç Düzeni

Tek yargıç, usulüne uygun olarak Mahkeme’ye yapılan bir başvurunun, ek bir incelemeye gerek olmaksızın alınabilecek bir karar olması halinde kabul edilemez olduğuna yahut işlemden kaldırılmasına hükmedebilir. Verilen karar kesindir. Tek yargıç sisteminde görev alan hâkim, adına seçilmiş bulunduğu devlet aleyhine yapılan herhangi bir talebi inceleyemez. Eğer bir başvurunun kabul edilemez olduğu veya işlemden kaldırılması yönünde karar verilmez ise, ek tahkikat için bunu bir komite veya daireye gönderir (m.26-27). Tek yargıç düzeninde amaç Mahkemenin gereksiz başvuruları inceleyerek zaman kaybına neden olunmasının önüne geçmektir.<sup>41</sup>

### 1.3.4. Komiteler

Mahkeme’nin görüşlerini ortaya koyduğu kararların esasını oluşturan davalar ise, 3 hâkimden oluşan bir komite tarafından incelenir. Davadaki temel mesele, Sözleşme ve Protokollerin uygulanması ya da yorumlanmasına ilişkin olup, Mahkemenin yerleşmiş içtihatlarını konu alıyorsa, komite formasyonu davayı kabul edilebilir bulup aynı zamanda davanın esası hakkında da karar verir. Kararlar kesin nitelikte olup oy birliğiyle alınır (m.28).

Mahkeme başkanı her bölümde kaç komite olması gerektiğini, ilgili bölüm başkanına danışarak tayin etmektedir. Komiteler, bölüm başkanı dışarıda tutularak, bölümdeki üyeler arasından yapılacak rotasyonla on iki ay için kurulur (İç tüzük m.27).

### 1.3.5. Daireler

Yukarıda anlatılan düzenlerin yetki alanına girmeyen dâvalar ise, yedi yargıçtan oluşan bir Daire’ye (Chamber) yönlendirilir. Daireler, önlerine gelen başvuruların hem usuli açısından kabul edilebilirliğini değerlendirme, hem de esasına yönelik incelemede bulunarak

<sup>41</sup> Doğan, 2015: 542.

karar verme yetkisini haizdir. (m.29). İstisnai durumlarda, eğer dava, Sözleşme ve Protokollerinin yorumlanması noktasında ciddi bir sorun içeriyorsa ya da karşılaşılan bir sorunun çözümü Mahkeme tarafından daha önceden verilmiş bir kararla çelişkiye düşürecekse, Daire, karar vermeden önce dosyadan el çekerek davayı görüşülmek üzere Büyük Daire'ye gönderebilir (m.30).<sup>42</sup>

### 1.3.6. Büyük Daire

İstisnai durumlarda, bir dairenin kararı üzerine taraflar, davanın on yedi üyeden oluşan Büyük Daire'de görüşülmesini isteyebilir. Davanın, yeniden incelenmesi amacıyla Büyük Daire'nin huzuruna gelip gelmeyeceğine, Büyük Daire içerisinde oluşturulan ayrı bir kurul karar verir. Yine istisnai durumlarda, bir dairenin aldığı karar doğrultusunda dosyadan el çekilmesi sonucu Büyük Daire davayı inceleyebilir. Aleyhine başvuru ülkenin hâkimi de Büyük Daire'de görev alır. Büyük Daire, Sözleşmeyle ilgili ciddi yorum ve uygulama farklılığı içeren başvuruları inceler (m.31).

### 1.4. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi

AİHM'nin oluşturduğu özgürlükleri koruma mekanizması, "Subsidiarite" adı verilen *ikincillik* (yetki ikâmesi) ilkesine dayanır. Türkçe de tam karşılığı olmayan subsidiarity prensibi, Katolik felsefesinden kaynaklanmaktadır. Papa 11. Pius, 1931 yılında, daha ufak ve alt topluluklarca yapılabilecek işlerin, gerekenden daha geniş ve üst topluluklarca yapılmasının haksız, şeytanca ve hakları ihlal edecek nitelikte olduğu düşüncesini ileri sürer.<sup>43</sup> İlke günümüzde daha çok Avrupa Birliği hukukunun genel bir prensibi olarak bilinir ve 1992 Avrupa Birliği Andlaşması ile koyulmuştur.<sup>44</sup>

Kökenleri bir yana, AİHS anlamında ikincillik ilkesine göre, Sözleşme'nin iç hukukta tatbiki, öncelikle "Sözleşme'ye Taraf Devletlerin" yükümlülüğüdür. Taraf Devletler, insan haklarına ilişkin sorunlarını belirleyip çözüm üretmek bakımından AİHM'e göre daha avantajlıdır. İkincillik prensibi gereği Mahkeme, taraf devletlerin temel hak ve özgürlüklere ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda devreye girer. Mahkemenin denetim mekanizması, bir Taraf Devletin egemenliği altında bulunan herhangi bir birey veya tüzel kişinin yaptığı bireysel veya devletlerarası başvuru sonucu harekete geçer. Mahkeme re'sen hareket edemediği gibi ikincil bir yargı yeri olarak, ulusal mahkeme kararlarını denetleyen

<sup>42</sup> Doğru ve Nalbant, 2012: 4.

<sup>43</sup> Özkan, 2006: 281.

<sup>44</sup> Shelton, 2003: 135.

“Süper yetkili temyiz mercisi” gibi de davranamaz.<sup>45</sup> Tamamlayıcılığın arka planında ulusal makamların etkinliğinin devam ettirilmesi düşüncesi yatmaktadır. İnsan hakları en etkili ve hızlı şekilde ancak ulusal makamlarca korunabilir. AİHM aracılığıyla korumanın gerçekleşmesi uzun vadede etkisini gösterir.<sup>46</sup>

AİHM ile ulusal mahkemeler arasında karşılıklı ilişkinin güçlendirilmesi ve yargısal iş birliğinin kurulması, Sözleşme denetim sisteminin etkili işleyişi bakımından önemli görülmektedir. Sözleşme hukukunun ardındaki mantıkta iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı belirleyici bir unsurdur. Zira etkin iç hukuk yollarının bulunması, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının ulusal yargı mercilerince öncelikle ve daha çabuk bir biçimde incelenerek sonuçlandırılması imkânını sağlamanın yanında, bireylerin, hak ihlalini öne sürerek AİHM’e başvurmaları durumunda AİHM’in ulusal yargı organlarının yerine geçerek araştırma yapıp soruşturma yürütme zorunda kalmasını engelleyici bir etki gösterir.<sup>47</sup>

İç hukuk yollarının tüketilmesi şartı, her bir uyumsuzluğun kendine özgü koşulları içerisinde ve devletlerin sağladığı imkanlar doğrultusunda farklılıklar gösterir. Mahkemeye başvurmadan önce bu yolların tüketilmesi gerekmele beraber, eğer iç hukuk yolu, etkisiz ise veya açık bir yasal düzenlemeyle Sözleşme’ye aykırılık, yerleşik bir yargısal içtihat ya da idari uygulamalar nedeniyle sonuç almanın beklenmeyeceği durumlar söz konusuysa, dava sürüncemede kalmış ya da kişinin iç hukuku yolunu tüketmesi engellenmiş ise artık iç hukuk yolunun tüketilmesi şartı Mahkemece gözetilmez.<sup>48</sup>

12 Eylül 2010 günü gerçekleştirilen referandum sonucu Anayasa’nın yargıya ilişkin düzenlemelerinde önemli hükümler içeren 5982 sayılı Kanun doğrultusunda, Anayasa mahkemesine bireysel başvuru imkânı da ülkemiz açısından tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu haline gelmiştir. Ayrıca yargısal niteliği bulunmayan bazı ara yolların tüketilmesi de duruma göre gereklilik arz edebilir. Örneğin, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe teşebbüsü sonrası yaşanan gelişmeler doğrultusunda, 685 sayılı KHK ile kurulan “Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu”, geçilmesi ya da tüketilmesi gereken, bir iç hukuk yoludur. Ayrıca istisnai olarak tüketilecek iç hukuk yolunun sonradan ortaya çıkması da mümkün görülmüştür. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun olağanüstü hâl tedbirleri doğrultusunda meslekten ihracına karar verilen yargı mensupları, 685 sayılı KHK ile getirilen düzenlemeye göre 60 gün içinde Danıştay’da dava açabileceklerinden, önceden kapalı olan yargı yolu açılarak, yeni bir iç hukuk yolunun yaratılmış olduğu dikkate alınmış ve bir

<sup>45</sup> Doğru ve Nalbant, 2012: 2-3.

<sup>46</sup> Doğan, 2015: 325.

<sup>47</sup> Çavuşoğlu, 2009: 21.

<sup>48</sup> Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 71-72

hâkimin, bu iç hukuk yolunu tüketmemiş olması sebebiyle, başvurusu kabul edilemez bulunmuştur.<sup>49</sup>

İç hukuk yolunun tüketilmemesi nedeniyle başvurunun reddedilmesi sonrasında, iç hukuk yolu tüketilerek yeniden başvuruda bulunulması mümkündür.<sup>50</sup>

### 1.5. AİHM Kararlarının İcrası

Sözleşmenin 46. maddesinden anlaşılacağı üzere, Mahkeme'nin kararları üye ülkeler açısından bağlayıcı niteliktedir. Ancak Mahkeme'nin bir temyiz mahkemesi niteliğinde olmadığını, ulusal yargı organlarının vermiş olduğu kararları ortadan kaldırıp, değiştiremeyeceğini unutmamak gerekir. Mahkeme'nin görevi, Sözleşme tarafından sağlanan güvenceye uygun olarak önüne gelen uyuşmazlıkta varsa ihlâli saptamaktır. Dolayısıyla, hak ihlallerinin ortadan kaldırılması ilgili devletin yükümlülüğüdür. Devletlerin gereken tedbirleri alıp almadığı hususunu denetleme yetkisi ise Bakanlar Komitesine aittir. Sözleşmecî Devlet, ihlâli sona erdirme ve eğer mümkünse durumu eski haline getirmekle mükellef olup, Mahkeme kararlarının ne şekilde icra edileceği hususunda takdir hakkı vardır.<sup>51</sup> İhlâlin ortadan kaldırılması hususunda Sözleşmecî Devlet'e yüklenen yükümlülükler üç kategori de değerlendirilmektedir. Bunlar; zarar gören lehine adil bir tazmin, maddi olmayan bireysel önlemler (ceza hukuku anlamında yargılamanın yenilenmesi gibi) ve genel önlemler (yasal ya da içtihadi değişiklikler gibi) şeklinde sayılabilir.<sup>52</sup>

AİHM kararlarının icrasının temin edilmesinden Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve onun alt düzeyli eşdeğeri olan Delegation Komitesi siyasi olarak sorumlu birimdir. Teknik anlamda bu denetim ile yetkili birim, AK İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü bünyesinde yer alan İnsan Hakları Direktörlüğü altında yapılandırılan AİHM Kararlarının İcrası Dairesi (Department for the Execution of Judgments of the ECtHR) olup uzmanlar vasıtasıyla bu takibi gerçekleştirmektedir.<sup>53</sup>

Bakanlar Komitesi Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca kendisine gelen AİHM kararı üzerine önce davalı devletten bu kararın yerine getirilmesi noktasında ne tür önlemler alındığının kendisine bildirilmesini ister. Önlemler bildirilinceye kadar dava Bakanlar Komitesi'nin gündeminde durmaya devam eder. Önlemler bildirildikten sonra değerlendirmeye alınır ve yeterli görülmezlerse tatmin edici önlemler alınıncaya kadar konu gündemde kalır. Komite tarafından alınan bir ara karar ile (interim resolutions) davalı devlet

<sup>49</sup> Özmen, [http://d.barobirlik.org.tr/2017/20171206\\_ahm.pdf](http://d.barobirlik.org.tr/2017/20171206_ahm.pdf), (erişim tarihi: 21.03.2018).

<sup>50</sup> Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011:69.

<sup>51</sup> Bilir, 2006: 153.

<sup>52</sup> Karaman, 2014: 415-424.

<sup>53</sup> [http://www.inhak.adalet.gov.tr/kararlarin\\_icrasi/kararlarinircasi\\_bilgi.html#](http://www.inhak.adalet.gov.tr/kararlarin_icrasi/kararlarinircasi_bilgi.html#) (19.06.2019).

AIHM kararını yerine getirmeye zorlanır. Tüm önlemler alınıp Bakanlar Komitesi ikna olduktan sonra ise nihai bir kararla (final resolution) dava gündemden çıkarılır.<sup>54</sup>

Mahkeme kararlarının icra edilmemesi durumunda Avrupa Konseyi Statüsü'nün 8. maddesi işletilerek ilgili Devlet'in Konsey'de temsil hakkı askıya alınabilir veya üyeliği sona erdirilebilir.<sup>55</sup> Sözleşme'de AIHM kararlarının icra edilmemesi durumundan uygulanacak bir yaptırım öngörülmemesi Sözleşme'nin önemli bir eksiği olarak değerlendirilmektedir.<sup>56</sup>

### 1.6. 15 ve 16 No.lu Protokoller

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Değişiklik Getiren 15 No.lu protokol, 13.09.2013 tarihinde ülkemiz tarafından imzalanmış, bu Protokol'ün Onaylanmasının Uygun Bulunmasına Dair Kanun, 18.02.2016 tarihli ve 29628 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Ancak Protokol'ün 6. ve 7. maddelerinde de belirtildiği üzere Protokol'ün yürürlüğe girebilmesi için, Sözleşme'ye bağlı tüm taraf devletlerce onaylanması ve onay belgelerinin Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne gönderilmesi gerekiyor.

Onaylanmanın uygun bulunmasına dair Kanun tasarısının gerekçesinde bakıldığında, Protokolle genel olarak, AIHM'in insan haklarının korunması konusunda Avrupa'daki egemen rolünün devamı ve daha etkin olarak çalışması amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, Sözleşme'nin önsözüne eklenen metinle Sözleşme sisteminin ikincil niteliği (subsidiarity principle) ile devletlerin belirli bir takdir hakkına (margin of appreciation) sahip oldukları vurgulanarak, ulusal mekanizmaların asıllığı teyit edilmiştir. Bu durum, insan haklarının korunmasında millî otoritelerin, yerel koşulları ve ihtiyaçları değerlendirmede uluslararası bir mahkemeden daha iyi pozisyonda bulunduğunu yansıtmaktadır. AIHM'in rolü, ulusal otoriteler tarafından alınan karar ve icra edilen uygulamaların, devletlerin takdir alanı kapsamında AIHS ile uyumlu olup olmadığını incelemektir.<sup>57</sup>

Protokolle iç hukuk yollarının tüketilmesi için öngörülen 6 aylık süre 4 aya indirilmekte, ayrıca AIHM'e yapılan başvuruların kabul edilebilirlik şartlarına ilişkin Sözleşme'nin 35/3-b maddesinden yer alan "*Ancak ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş hiçbir dava bu gerekçe ile reddedilemez.*" şeklindeki cümle kaldırılmaktadır. Dolayısıyla ulusal bir mahkeme tarafından "*Gereği gibi incelenmemiş*" bir davanın reddedilebilmesi mümkün olmaktadır. Bu değişiklik, "*Bir mahkeme önemsiz*

<sup>54</sup> Özdek, 2004: 73-74.

<sup>55</sup> Bilir, 2006: 153-154.

<sup>56</sup> Özdek, 2004: 74.

<sup>57</sup> Gözlügül-Poyraz, 2015: 73.

*konularla ilgilenmez*” (de minimis non curat praetor) kavramına etkinlik tanımını amaçlamaktadır.<sup>58</sup>

16 No.lu Protokol ise, 2 Ekim 2013 tarihinde imzaya açılmış ve Türkiye tarafından 20 Aralık 2013 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşmeyi onuncu Taraf Devlet olarak (Protokol’ün 8. maddesine göre on Yüksek Sözleşmeci Devlet’in imzalaması gerekmektedir) Fransa’nın imzasıyla 01.08.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak Türkiye henüz onaylama işlemini yerine getirmediğinden Protokol ülkemiz açısından yürürlükte değildir.

16 No.lu Protokol ile Taraf Devletlerin bu Protokol’ün 10. maddesi hükmüne uygun olarak yapacakları bildirimde belirttikleri yüksek mahkemeleri veya yargı kurumları, yalnızca, önünde derdest olan bir dava çerçevesinde AİHS ve Ek Protokoller’de tanımlanan temel hak ve özgürlüklerin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili ilke sorunları üzerine AİHM’den danışma görüşü isteyebilir. Danışma görüşleri bağlayıcı olmayıp gerekselidir.

16 No.lu Protokol’ün ülkemizde yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, Türkiye’nin hangi mahkemeleri seçtiğine dair Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne göndereceği bir bildirim doğrultusunda, Anayasa Mahkemesi, Danıştay veya Yargıtay’ın, önünde bulunan bir dava için, AİHS ve Ek Protokoller’de koruma altına alınmış bulunan temel hak ve özgürlüklerin yorumlanması veya uygulanmasına dair ilkeler hakkında AİHM’den danışma yoluyla görüş alabilmesi mümkün olacaktır. Bu yenilikle Avrupa İnsan Hakları Hukuku’nun ulusal düzeyde etkin bir biçimde uygulanmasına imkân sağlanmakta ve Sözleşme’yle güvence altına alınan insan hak ve özgürlüklerinin tam ve anlamlarına uygun biçimde korunması ve geliştirilmesi bakımından AİHM’nin rehberliğinden yararlanabilme imkânına kavuşulmaktadır.<sup>59</sup>

## **1.7. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk İç Hukukuna Etkisi**

### **1.7.1. Teoride Uluslararası Sözleşmeler ve İç Hukuk İlişkisi**

Uluslararası hukuk ve ulusal hukuk arasındaki karşılıklı etkileşim devlet egemenliği ile uluslararası hukuk düzeni arasındaki mücadeleyi açıkça göstermektedir. Bir yandan uluslararası hukuk, devletler arasındaki düzeni sağlamaya çalışırken devlet egemenliği ise uluslararası hukukun ulusal hukuka müdahale etmesine karşı koymaya çalışmaktadır. Modern toplumlarda bu çatışmaya ilişkin kuralları anayasalar düzenlemektedir. Ancak her devletin anayasası ve hukuk düzenleri birbirlerinden farklı olduğundan ulusal hukuk ve uluslararası hukuk ilişkisi de farklılıklar göstermektedir.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Gözlüğü-Poyraz, 2015: 75.

<sup>59</sup> Gözlüğü-Poyraz, 2015: 78-79.

<sup>60</sup> Ünal, 2005: 81.



Uluslararası hukukun iç hukuk düzenleriyle ilişkisinde, birinin diğerine göre yeri konusu değerlendirilirken kuramsal düzeyde genellikle iki olasılıktan bahsedilmektedir: a) bağımsız, ayrı iki düzen; b) farklılıklarına rağmen birbirini tamamlayan.<sup>61</sup> Bunlar doktrinde ikici ve tekçi görüş olarak adlandırılmaktadır.

### 1.7.2. İkici (Düalist) Görüş

Bu yaklaşımda, uluslararası hukuk ile iç hukukun birbirinden farklı iki ayrı düzen olduğu görüşü hakimdir. İç hukuk özellikle ulusal düzeyde yer alan kamusal veya bireysel ilişkileri düzenlerken uluslararası hukuk büyük ölçüde devletlerarası ilişkileri düzenler. Her iki hukuk birbirinden sert bir şekilde ayrıldığı için kuralların çatışması söz konusu değildir. Bir hukuk düzeninde geçerli kuralların diğerinde etki doğurabilmesi için açık bir yollamada bulunulması veya aktarılma yapması gerekir. Danimarka, Norveç, Malta, İzlanda ve İngiltere’de bu anlayış uygulanmaktadır. Bu sistemde, uluslararası bir sözleşmenin iç hukuka aktarılması bir yasama işlemi ile gerçekleştirilmektedir.<sup>62</sup> Demek oluyor ki bir uluslararası antlaşma hiçbir zaman kendiliğinden bir iç hukuk yaratma aracı değildir. Ancak bir antlaşma devleti hukuku ihdasa (kurmaya) davet edebilir fakat hukukun ortaya çıkarılması her zaman devletin iradesindedir.<sup>63</sup> İç hukuku etkileyen antlaşma hükmü değil, onun hükümlerini aktaran anayasa, kanun veya idari düzenlemelerin içeriğidir. Antlaşmanın sona ermesi halinde dahi iç hukuk düzenlemesinin yürürlüğü devam eder. Farklı bir işlem bulunmuyorsa, hâkim iç hukuku uygulamaya devam eder.<sup>64</sup>

### 1.7.3. Tekçi (Monist) Görüş

Kelsen’in başlıca savunucusu olduğu bu teoriye göre iki hukuk sisteminin yan yana yürürlüğe sahip olduklarını söyleyebilmek tamamen imkânsızdır. Bu yüzden iç hukuk ikiliği yanlış bir fikirdir. Uluslararası hukukla iç hukukun bütünlük teşkil ettiklerini kabul lâzımdır, ikici teori yerine tekçi bir teori koymak zaruridir. Kelsen bu iki hukuk kolunun birbirinden ayrı birer hukuk sistemleri olmadıklarını fakat bir tek sistemin kısımları olduklarını öne sürer. Zira hukukun kendisi bizatihi iradedir. Hukuku yaratan bir insan iradesi değildir. Bunun içindir ki çatışma halinde olmaları mümkün değildir. İhtilaf halinde ya uluslararası kural ya da iç hukuk kaidesi hükümsüz sayılmalıdır. İç hukuk ya da uluslararası hukuk birbirinden önce

<sup>61</sup> Pazarcı, 2005: 18

<sup>62</sup> Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 19.

<sup>63</sup> Triepel, 1937: 13.

<sup>64</sup> Gözlügöl, 2014: 444.

gelebilir.<sup>65</sup> Bu evrensel hukuk anlayışının altında ideal bir uluslararası düzen yaratma isteği yer almaktadır.<sup>66</sup>

Tekçi hukuk düzeni doğal olarak kurallar kademelenmesi sorunu içerir. Hangi hukuk düzeninin diğerine üstün olduğu sorusuna yanıt veren doktrinde ulusal hukuku savunanlar, uluslararası alanda devletler üstü otorite yokluğu ve antlaşma yapma yetkisinin Anayasalarca tanınmış olduğu tezini savunur. Uluslararası hukukun üstünlüğünü savunanlar ise her uluslararası kuralın kendisiyle çelişen bütün iç hukuk düzenlemelerine üstün olduğu görüşündedir. Normcu yaklaşım ise (Kelsen) hiyerarşik bakımdan üstün olan hukukun uluslararası hukuk olduğuna işaret eder.<sup>67</sup> Fransa, İsviçre ve Hollanda gibi Avrupa ülkeleri tekçi sistemi benimsemiştir.<sup>68</sup>

#### 1.7.4. Eş Güdüm Teorileri

Pek çok hukukçu tekçi ve ikici görüşler arasındaki çatışmadan kaçınmak için uluslararası ve ulusal organ ve mahkemelerin kullanmakta olduğu her iki yaklaşımın mantığa yatkın ve pratik sonuçlarını tercih etmektedirler. Fitzmaurice'e göre, bu iki sistem farklı alanlarda çalıştıkları için birbiriyle çatışma içinde değildir ve her birinin kendi alanında üstünlüğü bulunmaktadır. Bununla birlikte, devletin yerel planda uluslararası hukukun istemlerini yerine getirememesi sorumluluk açısından bir çatışmaya yol açabilir. Bu durum dolayısıyla, ulusal hukukun geçersizliği değil, devletin uluslararası alanda sorumluluğu doğar.<sup>69</sup>

Rousseau da benzer bir görüşü savunur. Uluslararası hukukun bir koordinasyon (eş güdüm, bağlantı) hukuku olmasının sonucu olarak, uluslararası alanda sorumluluk doğuran çatışma halindeki iç hukuk kuralının otomatikman ortadan kaldırılması sonucu çıkarılamaz. Rousseau, tekçi veya ikici görüşü teyit eden uluslararası bir pratik bulmanın zorluğundan söz ederek, genel hukuk düzeninde kesin bir biçimde iki sistemden herhangi birine bağlı kalan bir uygulama bulunmadığına işaret eder.<sup>70</sup>

Her iki hukuk düzeni, benzer özellikler taşımakla beraber, kuşkusuz birbirlerinden farklı yapıya sahiptirler. Uluslararası hukuk, yalnızca uluslararası hukuk öznelerinin (özellikle de egemen devletler) arasındaki ilişkileri düzenlemeyi sürdürmektedir. Yine de uluslararası hukuk, devletlere kendi ülkelerinde yerine getirmek zorunda kalacakları bazı yükümlülükler

<sup>65</sup> Triepel, 1937: 13-15.

<sup>66</sup> Ünal, 2005: 83.

<sup>67</sup> Memiş, 2004: 19.

<sup>68</sup> Türmen, 2000: 32-33.

<sup>69</sup> Özkan, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/1-I-%C5%9F%C4%B1I-%C3%96ZKAN.pdf>: 2135, (erişim tarihi: 20.03.2018).

<sup>70</sup> Özkan, 2136.

de yükleyebilir. Ancak bundan uluslararası hukuk kurallarının devletlerin içerdeki yetkilerini sınırladığı sonucu değil; bu yükümlülükler aykırılık halinde uluslararası hukukun ihlal edileceği sonucu çıkarılabilir. Dolayısıyla uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü yerine; her iki hukuk düzeninin tanzim ettikleri ilişkiler alanında farklı önceliğinin bulunduğu; daha doğrusu yalnızca kendi alanlarında tatbik edilen sistemler olduğu anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle; burada, hiyerarşik bir ilişkiden ziyade, sadece, farklı ilişkileri düzenleyen kurallardan kaynaklanan çatışma durumları söz konusu olabilir.<sup>71</sup>

## 1.7.5. Sözleşmenin Türk Hukukundaki Yeri

### 1.7.5.1. Genel Olarak Antlaşmaların Yeri

Uluslararası alanda güçlü bir etkiye sahip oldukları görülen antlaşmaların iç düzende etkisi hukuk sistemlerine göre farklılıklar göstermektedir. Gerçekte antlaşmalar devletlerarasında düzenlemeler getirirler. Kültürel ve teknik konularda iş birliği, ekonomik yardımlar, askeri ittifak gibi konularda yapılan antlaşmalar devletlerin kendi düzenlerinde bireyleri muhatap almazlar. Ancak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlarda olduğu gibi bazı antlaşmaların iç hukuka etki sorunu ortaya çıkabilir. İç hukukla uluslararası hukukun etkileşimi söz konusu olduğunda iki temel sorunun birbirinden ayrılması gerekmektedir: birinci olarak uluslararası hukukla ulusal hukuk farklı hukuk düzenleri mi oluştururlar, yoksa aynı düzenin parçaları mıdır? İkinci olarak ise normların çatışması halinde hangisine üstünlük tanınacaktır.<sup>72</sup>

1961 ve 1982 Anayasalarının, uluslararası antlaşmaların Türk hukukundaki yeri hususunda iki temel kural koyduğu göze çarpmaktadır. Bunlardan birisi “Uluslararası antlaşmalar yasa gücündedir” diğeri ise “Uluslararası antlaşmaların Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülemez”.<sup>73</sup>

Uluslararası antlaşmaların Türk Hukukundaki yerini belirlememize yardımcı olacak hüküm Anayasa’nın 90. maddesinde yer almaktadır. Bunun yanı sıra Anayasa’nın 15, 16, 42 ve 92. maddelerinde de uluslararası hukuka, dolayısıyla uluslararası sözleşmelere atıflar yapıldığı görülmektedir.<sup>74</sup>

Anayasanın 90. maddesine göre;

<sup>71</sup> Can, 2009: 12.

<sup>72</sup> Sur, 2014: 57.

<sup>73</sup> Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 19. (1961 Anayasası m. 65: “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149 uncu ve 151 inci maddeler gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.*”, 1982 Anayasası m. 90/son).

<sup>74</sup> Tunç, 2000: 175.

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”

Maddeden anlaşılacağı üzere, ulusal hukukumuz, sözleşmelerin yasa gücünde olduklarını kabul etmektedir. Yine bu düzenleme ile anlaşılacağı üzere usulüne uygun olarak yürürlüğe konan ve bu sayede iç hukukun bir parçası haline gelen uluslararası bir anlaşmanın iç hukuktaki yeri de o anlaşmanın temel hak ve hürriyetlere ilişkin olup olmadığına göre tayin edilecektir.<sup>75</sup> Anayasa, sözleşmelerin Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini belirterek bir tartışma başlatmaktadır. Zira kanun hükmünde olduğu kabul edilen bir uluslararası sözleşmenin, Anayasa’ya aykırılığının iddia edilemeyecek olması, bu sözleşmenin yasalardan üstün olduğu sonucunu mu doğurur? Bunun yanısıra söz konusu düzenlemenin beraberinde başka pek çok sorunu getirdiği de ileri sürülmüştür.<sup>76</sup>

Lafzi yorumla 90. maddede *tekçi* görüşün benimsendiği düşünülebilir. Zira TBMM’ce onaylanmış bir uluslararası antlaşmanın iç hukukta uygulanabilmesi için başka bir hukuki tasarrufa gerek bulunmamaktadır. Böylelikle iç hukuk ve uluslararası hukuk tek bir hukuki

<sup>75</sup> Bilgin, 2016: 90-99:

<sup>76</sup> “Birinci sorun, 'temel' sıfatına ilişkindir. Bilindiği gibi, insan hakları öğretisinde, temel/temel olmayan haklar ayrımı giderek terk edilmektedir. Konumuz açısından temel hak ve özgürlükler, bütün anayasal hak ve özgürlükleri kapsar. Çünkü, Anayasa'nın II. Kısmı, 'Temel Hak ve Ödevler' ana başlığını taşımaktadır. Bu kısım, gerek 'Genel Hükümler' başlıklı Birinci Bölümü, gerek hak ve özgürlükleri teker teker düzenleyen sonraki üç bölümü kapsamına almaktadır.

İkinci olarak, konuya 'uluslararası antlaşma' açısından bakıldığında öncelikle şu sorulabilir. Sadece antlaşmalar mı, yoksa başka adlarla anılan insan hakları belgeleri de bu kategoriye girer mi? Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir 'kanunla uygun' bulduğu bütün uluslararası belgeler (andlaşma, sözleşme, pakt, protokol...), 'uluslararası antlaşma' kapsamında düşünülmelidir. Sonra, uluslararası belgenin adı ile içeriği arasındaki bağlantıyı göz önüne almak gerekir. Onaylanan metnin adı, insan haklarını doğrudan yansıtmamakla birlikte, bazı maddeleri hak ve özgürlüklere ilişkin olabilir. Bunlar da 90. maddenin son cümlesi kapsamına girer mi? Antlaşma 'hükümleri' dendiğine göre, bu soruya da olumlu yanıt vermek gerekir. Çünkü, Anayasa'nın yeni hükmüne göre, belirleyici ölçüt, çatışmanın 'temel hak ve özgürlük' alanına ilişkin olmasıdır. 'Usulüne göre yürürlüğe konulmuş' kaydı, TBMM tarafından bir kanunla kabul edilmiş olan antlaşmalar şeklinde anlaşılabilir. Uyuşmazlıkta ne olacak?

Üçüncüsü, 'esas alma' deyimine ilişkindir. Buna göre, uluslararası sözleşme hükmü, ilgili uyuşmazlığın çözümünde 'belirleyici' olacaktır. Gerçekten 'esas alma', öncelik taşıma ya da uygulanma biçiminde anlaşılabilir. Bununla birlikte bu deyim, yorumlama sorunlarını beraberinde getireceğe benziyor.

Dördüncü sorun, 'uyuşmazlık' ve bunun 'muhatapı' ile ilgilidir. Hak ve özgürlüğün uygulanmasına ilişkin her türlü uyuşmazlık, yeni düzenlemenin alanına girer. Bu hükmün öncelikli muhatapı yargıçtır; sonra, savcılar ve avukatlar. İdari makamlar da insan hakları uygulamalarında muhataplar arasında yer alırlar. Uluslararası insan hakları belgelerine aykırı yasal düzenlemeleri değiştirme ödevi göz önüne alınırsa, yasama organının da yeni düzenlemenin dolaylı muhatapı olduğu öne sürülebilir.

Beşinci sorun, içerik bakımından 'her iki norm arasındaki ilişki'dir. 90. maddeye eklenen cümle, yasa/uluslararası antlaşma ilişkisi ile sınırlı tutulmuş olup, uluslararası antlaşmanın yasadan daha güvenceli bir düzenleme yansıttığı varsayımına dayanıyor.” Kaboğlu, <http://www.radikal.com.tr/yorum/hukuka-yeni-duzenleme-717771/>, (erişim tarihi: 21.03.2018).

mekanizma oluşturmaktadır.<sup>77</sup> Yani uluslararası antlaşmalar, aynı içerikli yasal bir düzenlemeye gerek kalmadan Türk hukuk sisteminde normatif etki göstererek kişileri, idari kurumları ve mahkemeleri bağlayabilecek ve ilgililer için hak ve yükümlülükler yaratabilecektir.<sup>78</sup>

Anayasa maddesinden açıkça anlaşıldığı gibi Türk Hukuku'nda uluslararası antlaşmalar kanun gücündedir ve doğrudan sonuç doğurur. Bu noktada doktrinde bir görüş birliği olduğu söylenebilir. Yukarıda da belirtildiği üzere öğretilerde ve uygulamada sorun olan husus “*Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.*” cümlesinden çıkmaktadır.<sup>79</sup> Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi kanunları ve kanun hükmünde kararnameleri şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluğunu denetlemektedir. Her iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, kanunların ve kanun hükmündeki kararnamelerin anayasaya uygunluğunun denetlendiği bir hukuk sisteminde, antlaşmaların açıkça kanun hükmünde olduğu belirtilmesine karşın Anayasa Mahkemesinde denetime tabi tutulamayacağına ifade etmesi, uluslararası antlaşmaların kanunlara ve kanun hükmünde kararnamelere göre üstün bir pozisyonda bulunup bulunmadığı tartışmasına neden olmaktadır.

Uluslararası hukukun, Türk iç hukukunun bir parçası olduğu, Anayasada açık olarak belirtilmese de antlaşmaların yasa gücünde olmasının bir sonucu olarak Türk mahkemeleri, her yasal düzenlemede olduğu gibi, antlaşmaları da gözetmek durumundadır. Bir kanun ile antlaşmanın çatışması durumunda *lex posterior (sonraki kanun)* veya *lex specialis (özel kanun)* kurallarına göre değerlendirme gerekliliği ortaya çıkabilir. Uluslararası teamül kurallarını Türk mahkemeleri göz önünde tutmak zorundadır. Kuramsal görüşlerden hiçbiri uygulamanın niteliğini tam olarak yansıtmamaktadır. Monist veya düalist görüşlerden birinin diğerine tercih edildiğini söyleyemeyiz.<sup>80</sup>

Anayasanın 90. Maddesinin son fıkrasına eklenen düzenlemeye ilişkin gerekçe de bu hususta yol göstericilikten uzaktır. Gerekçede;

*“Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyumsuzluğun hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.”* denilmekte olup, açıkçası tartışmaya bir katkı sunduğu söylenemez.

<sup>77</sup> Türmen, 2000: 33.

<sup>78</sup> Can, 2009: 15.

<sup>79</sup> Pazarıcı, 2004: 652; Başlar, 2004: 279 vd.; Aybay, 2007: 187 vd.; Gülmez 2004: 147 vd; Türmen, 2000: 32 vd.; Gözübüyük ve Gölçüklü, 2011: 19; Tunç, 2000:174 vd.; Memiş, 2004: 21 vd.

<sup>80</sup> Özkan, 2149-2150

Doktrindeki bazı görüşler, yasalar için var olan Anayasaya başvuru yolunun antlaşmalar açısından kapalı olması durumunu göz önünde bulundurarak, uluslararası hukukun iç hukukumuzdan üstün bir konumda olduğu düşüncesini bildirmekte, dolayısıyla uluslararası antlaşmaların yasalardan üstün olduğu çıkarımını kabul etmiş olmaktadır. Buna karşılık, genel kural olarak antlaşmaların yasalara göre yerini değerlendiren kimi yazarlar usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan antlaşmaların yasa gücünde olduğu temel hükmünün anlamının Anayasanın öteki hükümlerine bakılarak değiştirilemeyeceğini, dolayısıyla antlaşmalar ile yasaların aynı değerde olduğunu kaydetmektedirler.<sup>81</sup>

Öte yandan diğer bazı görüşler ise, genel olarak antlaşmaları değerlendirmekte, antlaşmaların yasa hükmünde olması hükmünün kuşkuları ortadan kaldırmaya yönelik bulunduğu işaret ederek, Anayasa Mahkemesine başvurulamaması hükmünün çeşitli yorumlara olanak tanıdığı düşüncesiyle kesin bir sonuca varamazken başka yazarlarda bu kuşkuları paylaşmakla birlikte, antlaşmalar ile yasaların çatışması durumuna ilişkin olarak doğrudan hiçbir hüküm içermemesi nedeniyle 90. maddenin ilk cümlesine ağırlık vererek antlaşmalar ile yasaların eş değerde olduğunu açıklamaktadırlar.<sup>82</sup>

## **1.7.5.2. AİHS'nin İç Hukuktaki Yeri**

### **1.7.5.2.1. Doktrindeki Görüşler**

Yukarıda antlaşmalara ilişkin olarak değinilen düşünce ve tespitler bir antlaşma olan AİHS için de söz konusudur. Uluslararası antlaşmaların konusunu genellikle uluslararası hukuk özneleri arasındaki ilişkiler oluşturmaya karşın, insan haklarına ilişkin sözleşmelerin kapsamını insanlar oluşturmaya, devletlerin menfaat ilişkilerini düzenlemekten ziyade kişilerin hak ve özgürlüklerinin belirlenmesi ve duyurulması amacına yöneliktir. Böylelikle insan haklarının bir iç mesele olmasının yanısıra uluslararası bir güvenceye de kavuşturulması istenmiştir.<sup>83</sup>

AİHS'nin 1. maddesinde, Sözleşme'ye taraf olan devletlere, yetki alanları içerisinde bulunan her bireye karşı Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden faydalandırılma yükümlülüğünü düzenler. Ancak bu yükümlülüğün ne şekilde gerçekleştirileceği taraf devlete bırakılmıştır. Başka bir deyişle Sözleşme'nin iç hukuka entegrasyonunu sağlama ya da Sözleşme'nin iç hukukta doğrudan uygulanmasının yöntemi taraf devletin belirleyeceği ilkelere bağlıdır.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Pazarcı, 2004: 652-653; Özkan, 2150-2151; Başlar, 2004: 298-299.

<sup>82</sup> Pazarcı, 2004: 653; Özkan, 2151; Başlar, 2004: 298-299.

<sup>83</sup> Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 21.

<sup>84</sup> Türmen, 2000: 32.

İç hukuk normlarının hiyerarşik düzeni içinde Sözleşme'nin yeri ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Örneğin Hollanda'da "Anayasa üstünde" bulunan AİHS'ye, taraf devletlerin büyük çoğunluğunun (Danimarka, Finlandiya, Almanya, İzlanda, İtalya, İsveç vs.) "Anayasanın altında" ancak "Yasaların üstünde" bir yer tanıdığı görülmektedir.<sup>85</sup>

AİHM'in görüşü AİHS'nin iç hukuka doğrudan etkiye sahip olduğu yönündedir. Van Oosterwijk v. Belçika kararında (Başvuru no:7654/76, 1 Mart 1979) Komisyon'a yapılan başvurunun yegâne hukuki dayanağının AİHS'de bulunduğunu ifade ederek, AİHS hükümlerinin iç hukukta doğrudan uygulanması gerektiği ve bireylerin doğrudan AİHS'ye dayanabilecekleri sonucuna ulaşmıştır.<sup>86</sup>

Türk hukukunda, Anayasa'nın 90. maddesindeki eklemelerden önce (2004 öncesi), Sözleşmenin insan haklarını düzenleyen ulusüstü bir belge olması sebebiyle, diğer sözleşmelerden farklı olarak, ulusal hukuktan üstün tutulması gerektiği yönünde güçlü bir eğilim mevcuttu. Bu yaklaşım, sözleşmeleri yasa gücünde kabul etmekle beraber, AİHS'nin, insan hakları konusunda uluslararası güvence getirmesi nedeniyle diğerlerinden farklı olduğunu ve yürürlükte bulunduğu süreçte Sözleşmeyle çatışan yasal hatta Anayasal düzenleme çıkarılmayacağı savunulmaktaydı. Yasalara karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilmesi mümkün olmasına rağmen, temel hak ve hürriyetlere özgü sözleşmeler için bu yolun kapalı tutulması, bu sözleşmelerin Anayasa'ya aykırı olsalar dahi uygulanacağını, önceki kanun-sonraki kanun ayrımı yapılarak yasayla iç hukukta uygulanmasının engellenemeyeceğini, Anayasa'ya aykırılıklarının öne sürülemeyecek olmasının, sözleşmelerin usulüne uygun şekilde yürürlüğe girmiş olması kaydıyla, herhangi bir engelle karşılaşmadan uygulanacakları değerlendirilmekteydi.<sup>87</sup>

Sözleşme hükümlerinin, yasa gücünde veya yasa üstü değil, Anayasa üstü olduğunu savunan görüş ise, Anayasa, sözleşmeleri tıpkı bir yasa gibi görmesine karşın, AİHS'nin Anayasa'dan bile üstün tutulduğu fikrine dayanır. Bu görüş, AİHS'nin Anayasa ile göz önüne alınması ve yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. Zira AİHS yasa ve Anayasa üstü kabul edilmezse, AİHS'nin 1. maddesinde yer alan, taraf ülkenin "Yetki alanları içinde bulunan herkese bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri" tanıyacağına ilişkin düzenlemenin bir anlamı kalmayacaktır. Bu düzenleme bize, ülkenin Anayasa'sı da dahil iç hukukunun AİHS'ye aykırı olamayacağını söylemektedir.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> Özdek, 2004: 84.

<sup>86</sup> Gözlügül, 2014: 448.

<sup>87</sup> Şahbaz, 2004: 190.

<sup>88</sup> Şahbaz, 2004: 191.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türk kanunlarından üstün mü sorusuna yanıt veren *Bilge*, konunun bir üstünlük sorunu olmadığını belirterek, Türk kanunlarının Sözleşmeye aykırı hükümler getiremeyeceğini gerek Anayasamızdaki ilkelerin varlığı ve gerekse sözleşmenin özel niteliği gereği, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idari makamları ve diğer kurum ve kuruluşları bağladığını söylemekteydi.<sup>89</sup>

Yine 2004 öncesine ilişkin olarak *Yüzbaşıoğlu'na* göre ise, 1961 ve 1982 Anayasa'larındaki “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir*” kuralı ile hedeflenen nokta kurallar kademelenmesinde antlaşmaların yerini belirlemek değildir. Buradaki asıl gaye Türk Hukuk Düzeninde tekçi görüşün benimsendiğini ve antlaşmaların başka bir işleme gerek kalmaksızın doğrudan uygulanabileceğine dair kuşkuları ortadan kaldırmaktır. Kanunlar ile sözleşme arasında *lex posterior* (sonraki kanun) prensibinin uygulanması da anlamsızdır. Zira, bu tür sözleşmeler öncelik veya sonralıklarına bakılmaksızın hiyerarşide anayasa ve kanunların üstündedir.<sup>90</sup>

*Akıllıoğlu*, Sözleşme'nin, taraf devletleri gerektiğinde anayasa değişikliği yoluyla Sözleşme organlarının kararlarına uyma zorunluluğu getirmesi nedeniyle anayasal değer taşıdığını ileri sürmüştür.<sup>91</sup>

AİHS'nin Türk yasalarına ve hatta Anayasa'ya üstünlüğünü savunan görüşleri eleştiren *Pazarıcı*, uluslararası hukuk kurallarına uyulması sorunu ile bu normların iç hukuktaki değeri ayırımının yapılamadığını düşünmektedir. Zira uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler uyulmamasının yaptırımı devletin uluslararası sorumluluğunun doğmasıdır. Devletlerin bir antlaşmadan doğan yükümlülüklerini çıkardıkları bir yasayla ihlal etmelerinde de durum böyledir. Antlaşmaların herhangi bir iç hukuk sisteminde yasaların üstünde olduğunu ve bunlara aykırı nitelikteki yasaların uygulanamayacağını ileri sürmek ya uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünü kabul eden monist görüşü açıkça kabul eden devletler bakımından ya da antlaşmaların yasalara üstünlüğünü anayasal düzeyde benimsemiş devletler için geçerli olacaktır. İç hukukunda sayılan prensipleri kabul etmeyen devletler için bir antlaşmaya uyulması gerektiği görüşü, yalnızca uluslararası hukuk seviyesinde geçerli olup, aykırılığın yaptırımı da uluslararası sorumluluktan doğmakta, ancak antlaşmaları otomatik olarak iç hukukta yasaların üstüne yerleştirmemektedir.<sup>92</sup>

*Çolaker'e* göre Anayasanın 90. maddesine yapılan eklemeye getirilen düzenlemenin amacı temel hak ve özgürlüklere ilişkin hak ihlalleri konusundaki uyuşmazlıkların iç hukukta

<sup>89</sup> Bilge, 1989: 986-987.

<sup>90</sup> Yüzbaşıoğlu, 2004: 789.

<sup>91</sup> Akıllıoğlu, 1995: 51.

<sup>92</sup> Pazarıcı, 2004: 655-656.



çözümlemesinin sağlanması ve uyuşmazlığın uluslararası yargı organlarına giderek devletin bir yaptırımla karşılaşması ihtimalinin bertaraf edilmesidir.<sup>93</sup>

*Bilir*, temel hak ve hürriyetlere dair antlaşmaların, Türk hukukunda normlar hiyerarşisinde yasa üstü bir değerde olduğu, bu nedenle de fonksiyonel olarak anayasal değere sahip olduğu kanaatindedir.<sup>94</sup>

Anayasanın 90. maddesinde yapılan değişiklikle “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*” esası hukukumuzda girmiştir. Bu değişiklikten anlaşıldığı üzere uluslararası antlaşmaların yasaların üstünde tutulduğu yegâne nokta temel hak ve özgürlüklere ilişkindir. Diğer konulardaki antlaşmalarda üstünlük söz konusu değildir. Uluslararası antlaşmaların kanunlara karşı üstünlüğünden bahsedilebilmesi için aynı konuda çatışan kanun ve temel hak ve özgürlüklere dair antlaşma bulunması gerekir. Antlaşma ile düzenlenen hususlarda Anayasa ve kanunlarda bir düzenleme bulunmaması halinde bir çatışmadan söz edilemeyeceği için uluslararası antlaşma tüm Devlet organları ve idari makamlar tarafından doğrudan uygulanabilecektir.<sup>95</sup>

*Gözler*, getirilen bu düzenlemenin eksik olduğunu şu görüşlerle dile getirmektedir:

*“Türkiye’de milletlerarası andlaşma ile kanun arasında hiyerarşi kurulamaz; çünkü her ikisi de Meclisin adı çoğunluğuyla kabul edilirler. Eğer milletlerarası andlaşmalara kanun üstü ve dolayısıyla anayasal bir değer tanınacaksa, yapılması gereken şey, milletlerarası andlaşmaların Meclisin adı çoğunluğu tarafından değil, Meclisin üçte iki çoğunluğuyla uygun bulunmasını öngörmektir. Mantık ve normlar hiyerarşisi bunu gerektirir. Bu yapılmazsa, bu şu anlama gelir ki, meclisin adı çoğunluğu normalde dokunamayacağı Anayasaya, milletlerarası andlaşmaları uygun bulmak suretiyle dokunabilecektir. Bu ise, Türkiye’de Anayasanın üstünlüğünün çiğnenmesi demektir. Katı bir Anayasa sistemine sahip ülkemizde Anayasa, Meclisin adı çoğunluğu tarafından değil, ancak nitelikli çoğunluğu tarafından değiştirilebilir.”*<sup>96</sup>

*Öztürk ve Erdem*, Anayasa’nın 90. maddesinin son fırcasından hareketle AİHS’nin kanun üstü bir konumda olduğunu, bu durumun, milli hukukun Sözleşme’ye uygun olmasında etkili olduğunu belirtmektedir.<sup>97</sup>

Türk hukuku açısından uygulamada ortaya çıkması muhtemel en sorunlu durum, Anayasa’ya aykırılık teşkil eden temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası sözleşmenin

<sup>93</sup> Çolak, 2010: 36.

<sup>94</sup> Bilir, 2005: 237-238.

<sup>95</sup> Bilir, 2012: 119-122.

<sup>96</sup> Gözler, <http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm>, (erişim tarihi: 20.01.2018).

<sup>97</sup> Öztürk ve Erdem, 2008:153.

usulüne göre iç hukukta yürürlüğe girmesi durumunda ne olacaktır. Bu ihtimalde, uygulamaya giren uluslararası sözleşmenin, 90. maddenin açık hükmü uyarınca Anayasa'ya uygunluğu denetlenemeyecek ve Anayasa'ya uygun olarak çıkarılmış başka bir kanunla çatışması durumunda uluslararası antlaşma hükümleri uygulamada esas alınacaktır.<sup>98</sup>

Bu açıklamalar ışığında, Sözleşmenin özellikleri ve Anayasanın 90. maddesindeki düzenlemeler göz önüne alındığında, AİHS'nin Türk hukukundaki yeri ve değeri konusunda şu çıkarımlara ulaşılabilir:

a) İç hukukumuzun önemli bir parçasıdır ve imtiyazlı bir yerde durmaktadır.

b) Farklı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaksızın iç hukukta doğrudan uygulanır.

c) Anayasa'ya aykırı olsa bile uygulanacaktır.

d) Uluslararası hukuk bakımından Sözleşme Türkiye'yi bağlar. Uluslararası antlaşmaların ancak kendi koyduğu kurallara göre değiştirilmesi mümkün olduğundan kanun ile değişiklik yapılamaz. Dolayısıyla antlaşmanın yasa hükmünde olduğunun belirtilmesi onun bir yasa olduğu anlamına gelmez.<sup>99</sup>

Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme bir bütün hâlinde ele alındığında, usulüne göre yürürlüğe girmiş temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası bir sözleşmenin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru söz konusu olmayıp, aynı konuda herhangi bir kanunla çatışması durumunda da esas alınması gereken norm niteliğinde olduğundan, bu özellikteki bir sözleşmenin kanun üstü ve Anayasa'ya eş değer bir konumda bulunduğu kabul edilmelidir. İç hukukumuzda, AİHS'nin Anayasa'dan üstün olduğu sonucuna götürecek somut herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte AİHS söz konusu olduğunda bu tartışmalar teorik ve akademik düzeyde kalmaktadır. Zira Sözleşme'ye taraf devletler bütün organlarıyla Sözleşme'ye uygun işlemde bulunmayı garanti etmektedir. Herhangi bir şekilde Sözleşme hükümlerinden birisine aykırı durum ortaya çıktığı Mahkemece saptanırsa, davalı devlet mevzuat değişikliği de dahil olmak üzere kararın gereğini yerine getirmekle sorumludur. Bu değişiklik anayasa hükmü olsa bile.<sup>100</sup>

Burada ayrıca, Anayasanın 90. maddesine eklenen cümledeki "kanunlar" kavramını geniş anlamda algılamak gerekir. Kanun hükmünde kararnameler, tüzük, yönetmelik ve idari makamların diğer düzenleyici işlemlerinin de kapsandığı ve aksi yöndeki bir yorumun normlar hiyerarşisine ve düzenlemenin amacına aykırı düşeceği açıktır.<sup>101</sup>

<sup>98</sup> Akkutay, 2007: 441.

<sup>99</sup> Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 21.

<sup>100</sup> Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 22.

<sup>101</sup> Gülmez, 2005: 69.

### 1.7.5.2.2. Yüksek Yargı Kararlarındaki Yansıma

Anayasa Mahkemesinin, kararlarda uluslararası antlaşmaları (ve dolayısıyla AİHS’yi), tek başına bağımsız bir ölçü (referans) norm olarak değil, Anayasa’nın 2. maddesindeki insan haklarına saygılı devlet ile hukuk devleti ilkelerinden hareketle destek ölçü norm olarak kullandığı görülüyor. Her ne kadar, Mahkeme’nin 2004 öncesi kararlarında, anlaşmaları, "Anayasaüstü normlar" olarak niteleyen bir eğilimi varsa da<sup>102</sup>; Mahkeme’nin genel tavrı, Anayasa’nın üstünde kabul etmemek ve destek ölçü norm olarak kullanmaktır. Mahkeme, uluslararası anlaşmaların iç hukukta kurallar kademelenmesindeki yeri konusunda tavrını 1997 yılında verdiği bir kararında açık bir şekilde ortaya koymuş ve Anayasa’nın m. 90/5 hükmünden hareketle, (tüm) uluslararası anlaşmaların yasalarla eş değerde olup, bir çatışma halinde, uygun yorum yoluyla bir çözüm de bulunamıyorsa, sorunun, iki kanun arasındaki çatışma kurallarına göre çözüleceğini ifade etmiştir.<sup>103</sup> Anayasa Mahkemesi kararlarında sık sık, Türkiye’nin insan haklarına saygılı bir devlet olduğunu, çağımızda insan hak ve özgürlüklerinin iç hukukları aşan evrensel bir nitelik kazandığını belirtip Sözleşmeyi destek (ölçü norm) olarak kullanmıştır. 2004 sonrası getirilen düzenleme sonrası süreçte, Mahkeme’nin duruma açık yaklaşımını ortaya koyan bir kararına rastlanmamaktadır. Mahkeme Sözleşmeyi, destek ölçü norm olarak kullanmaya devam ederken Sözleşmenin iç hukuktaki yerine ilişkin açık bir ifade kullanmaktan da kaçınmıştır.<sup>104</sup>

Danıştay, uluslararası anlaşmaların Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülebilmesi kuralından hareketle, kanunlar ile Sözleşme arasındaki bir çatışmada açıkça Sözleşmeye üstünlük tanıyarak AİHS’nin Anayasal değerde olduğunu belirtmektedir.<sup>105</sup> Danıştay 8.

<sup>102</sup> "... Uygur ülkeler, ... Anayasa üstü normlar olarak niteleyebileceğimiz sözleşmelerde çocuklar arasında her türlü ayrımcılığa son vermişlerdir." (Any. Mah. T. 28.2.1991, E.1990/15, K.1991/5).

<sup>103</sup> "Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilmiş ve bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı kurala bağlanmıştır. Kimi ülkelerde, uluslararası anlaşmaların yasaüstü ve hatta Anayasaüstü normlar olduğunun kabul edilmiş olmasına ve öğretide de bu görüşün savunulmasına karşın, Anayasa’nın 90. maddesinden bu sonucu çıkarmak olanaklı değildir. Anayasa’da, çıkarılacak bir yasanın yürürlükte bulunan bir anlaşmaya aykırı olamayacağı yolunda bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle, anlaşma kuralın aykırı bir yasa çıkarılması olanaklıdır. Böyle bir yasanın, uluslararası sorumluluğu gerektirse dahi, iç hukuk bakımından geçerli olacağı da kuşkusuzdur. İç hukuk yönünden; anlaşmalar ile yasalar arasında herhangi bir çatışma olması ve yorum yoluyla çözüm bulunamaması durumunda, iç hukuka ait iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurallarla sorunun çözümü gerekir." (Any. Mah. T. 27.2.1997E. 1996/55 – K. 1997/33,).

<sup>104</sup> Bilgin, 2016: 96-111.

Fendoğlu, [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anayargi/fendoglu.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/fendoglu.pdf) (erişim tarihi: 22.03.2018).

<sup>105</sup> "Uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülebilmesine ve bu sözleşmelerle bir devlet diğer devletlere karşı sözleşmede yer alan hak ve hürriyetlerden kendi vatandaşlarını da yararlandırmak konusunda diğer devletlere karşı uluslararası yükümlülük altına girmiş olduğuna göre, usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş bu nitelikte bir sözleşmenin Anayasa’ya aykırı hüküm taşısa bile uygulanmaktan alıkonulamayacağı, kendisinden önce veya sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı, ya da sonradan çıkan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulanmasının saksaklanamayacağı Türk Hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, anlaşmaların Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülebilmesini açıklamak suretiyle, iç hukuk yönünden anlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır. Nitekim uygulamada Devletin bir anlaşma yaparken, eğer anlaşma ile Anayasa çatışıyorsa, bunu önlemek için çekince koyduğu, iç

Dairesi bu nitelikteki sözleşmelerin, Türk iç hukukunun bir parçası olarak yürütmeyi ve yargıyı bağladığını vurgularken, Danıştay 10. Dairesi memurların sendika kurmasını engelleyen bir genelgeye ilişkin kararında AİHS'nin 11. maddesine dayanarak, Anayasa'da yer almasa da sendika kurma ve sendikal faaliyetlerde bulunma hakkının temel hak ve özgürlükler içerisinde yer alması nedeniyle iptal kararı vermiştir.<sup>106</sup>

Yargıtay, 2004 öncesi dönemde, Anayasa Mahkemesine paralel bir yaklaşım sergileyerek uluslararası anlaşmaların yasalarla aynı düzeyde olduğu önceki-sonraki, özel-genel kanun değerlendirmesi çerçevesinde ve çatışmanın çözüleceği yönünde kararlar vermişti. 2004 sonrası ise, insan haklarıyla ilgili uluslararası anlaşmaları, kanunların üstünde; diğer anlaşmaları ise, kanunlarla eşdeğerde ve her ikisini de, Anayasa'nın altında bir yerde konumlandırmıştır. Diğer bir deyişle, 2004 değişikliğinin Yargıtay'a yansımalarının, insan haklarına ilişkin anlaşmaların da, diğerleri gibi, genel çatışma kurallarına tabi olmaktan "kurtulması" olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır.<sup>107</sup> Bu hususta Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2013 yılında vermiş olduğu bir kararında AİHS'nin yeri konusunda oldukça net bir tavır ortaya koyarak, 2004 değişikliği sonrası monist sisteme geçildiği, Kanun ile sözleşme ve ek protokollerin çatışması halinde, sözleşmenin esas alınacağı vurgulanmıştır.<sup>108</sup> 5. Hukuk

---

hukuk ile dış hukuk arasındaki çelişkiyi bu şekilde önlediği bilinmektedir. Örneğin Türkiye, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin Birinci Protokolü'nü onaylarken, çekince koyarak 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanununun uygulanmasını sağlamıştır. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında yer alan 'kanun hükmünde' sözcüklerinin, usulüne göre onaylanarak yürürlüğe konulan sözleşmelerin hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesi yönelik olduğunu da belirtmek gerekir. Söz konusu hükme göre iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslararası sözleşmelerin yukarıda belirtilen niteliği ve bunlara karşı Anayasa Mahkemesine başvurulamaması ve böylece bu sözleşmelerin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması yolunun kapatılmış olması bu sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu ve yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını apaçık ortaya koymaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, pek çok kararında, örneğin 274 sayılı Sendikalar Yasası ile ilgili 1967/29 sayılı kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesini bir Anayasa kuralı olarak değerlendirmiş ve böylece Sözleşme'nin Anayasal değer taşıdığını kabul etmiştir." (Danıştay 5. D., T. 22.5.1991, E. 1986/1923 – K. 1991/933).

<sup>106</sup> Erdem ve Korkmaz, 2003: 190.

<sup>107</sup> Bilgin, 2016: 112.

<sup>108</sup> "...2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği öncesinde, 1982 Anayasasında uluslararası sözleşmelerin, iç hukuktaki yeri konusunda açık hükümler olmadığından, uygulamada belirsizlikler yaşanmıştır. Anayasa Mahkemesi (AYM) çeşitli kararlarında, uluslararası sözleşme hükümlerinin, iç hukuktaki yasalarla eş değerde olduğunu kabul etmiştir. Sözleşmeleri, yasaların üstünde görmemiştir. Uluslararası anlaşmaların yasa ile eş değerde olduğu, iki yasa kuralının çatışması halinde, hangi ilkeler uygulanıyor ise uluslararası sözleşme ile bir yasa kuralı çatıştığında aynı kuralların uygulanacağını öngörmüştür. 2004 Anayasa değişikliği ile temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmeler, yasalara nazaran öncelikle uygulama imkanı bulmuştur. 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 90. maddesine yapılan ekleme ile; temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde, ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası anlaşmaların esas alınacağını öngörmüştür. Böylece, bu düzenlemeye kadar uluslararası sözleşme ile getirilen hükümlerin ulusal mahkemelerce uygulanabilmesi için ayrıca TBMM tarafından kanunlaştırılması gerekirken, düzenlemeden sonra bu ikici (düalist) sistem terkedilerek, sözleşmenin doğrudan uygulanabilmesine imkân sağlayan tekli (monist) sistem getirilmiştir. Anayasa'nın 138. maddesine göre, hakimler kararlarında Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun hüküm vermektedirler. Anayasa'nın 90/5 maddesine göre ise, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir." Bu sebeple; hakimler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini, ulusal kanun gibi kabul etmek ve ona göre karar vermek durumundadırlar. 07.05.2009 tarihinde kabul edilen 5170 sayılı Kanunla Anayasa'nın 90/5 fıkrasına eklenen 3.

Dairesi de yakın tarihte verdiği bir kararında açıkça sözleşmenin iç hukukun üstünde olduğu yönünde bir yorumda bulunmuştur.<sup>109</sup>

Aşağıda ikinci bölümde sözleşmenin kararlarda ne şekilde yansıdığı incelenecektir.

---

tümceye göre, uluslararası andlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde çıkabilecek uyuşmazlıklarda; milletlerarası andlaşmaların uygulanacağı yönündeki düzenleme, uygulamada doğan tereddütleri, belirsizlikleri ortadan kaldırmıştır. Bu durum karşısında, "özel kanun, genel kanun; önceki kanun, sonraki kanun" gibi ilkeler artık önemini yitirmiştir. Bu düzenlemelerden sonra, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gereğince usulüne göre onaylanmış AİHS ve Eki protokollerin hükümlerinin kanun ile çatışması halinde artık sözleşme ve ek protokollerin esas alınacağı netleşmiştir. (Yargıtay 1. CD, T. 04.12.2013, 2656-7378).

<sup>109</sup> "...Mülkiyet hakkı gerek Anayasa ve yasalarla iç hukuk yönünden, gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleri ile kabul edilmiş temel haklardandır. (Anayasa Md. 35/1, AİHS Ek Prot. 1-1) Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinde de bir şeye malik olan kimsenin hukuk düzeninin sınırları içerisinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi belirtilmiş, malikin malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava konusu edebileceği hüküm altına alınmıştır. Mülkiyet hakkı, ancak kamu yararının bulunduğu hallerde sınırlandırılabilir veya tamamen kaldırılabilir. Ne var ki, bu sınırlandırma veya kaldırma gerçekleştirilirken; T.C.Anayasasının 90/5.maddesi ile iç hukukun üstünde sayılan AİHS Hükümleri gereğince AİHM tarafından oluşturulan 30.5.2006 tarih 1262/02 sayılı kararda ifade edildiği üzere; "... bir kişiyi mülkünden yoksun bırakan bir önlemin...", "kamu yararına meşru bir amaç gütmeye gerektiği...", bu önlem alınırken "... başvuru yollar ve gerçekleştirilmesi amaçlanan hedef arasında makul bir oransallık ilişkisi olması gerektiği...", kişinin "... kişisel ve haddinden fazla yük taşıma zorunda kalması halinde gerekli dengenin kurulamayacağı..." açıktır..." (Yargıtay 5. HD, T. 07.02.2018, E. 2016/20926, K. 2018/1069).

## İKİNCİ BÖLÜM

### AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ YARGITAY CEZA DAİRELERİNİN KARARLARINA ETKİSİ

#### 2.1. Yargıtay

##### 2.1.1. Yargıtayın Kısa Tarihçesi

Osmanlı dönemi yargı süreç ve organlarına bakıldığında, 19. Yüzyıla kadar yüksek mahkemeye rastlanmadığı görülüyor. 6 Mart 1868 Cuma günü “Divan-ı Ahkâm-ı Adliye” ismiyle temelleri atılan Yargıtay, Nizami Mahkemeler Kuruluş Kanunu ile 18.06.1879 tarihinde “Mahkeme-i Temyiz” ismini alır. Adli mahkemelerce verilen ve yasaların başka bir adli merciye bırakmadığı hükümleri son olarak incelemekle görevlendirilen mahkeme, Padişah Abdülaziz'in iradesi ile kurulmuştur.<sup>110</sup> Bu mahkemenin kuruluş, görev ve yetkilerini düzenleyen 1868 tarihli nizamnamenin giriş bölümünde “*Umur-i hukukiyenin hükümet-i icraiyyeden tümüyle tefriki*” yani, yargı ve yürütme erklerinin birbirinden bütünüyle ayrılması için, devletin en yüksek mahkemesi olmak üzere kurulduğu belirtilmektedir. Aynı nizamnamede on madde halinde mahkemenin kuruluşu, vazife ve yetkileri düzenlenmiştir.<sup>111</sup>

Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye'nin kuruluşuna özellikle iki önemli unsurun tesir ettiğini söylenebilir. Öncelikle, böyle bir mahkemeye hukukî anlamda ihtiyaç bulunmaktaydı. 19. yüzyılın başlarından itibaren Osmanlı Devleti'nde toplumsal ve ekonomik faaliyetlerde yaşanan canlılık, mahkemelere intikal eden hukukî sorunların artmasına yol açmıştır. Devletin kuruluşundan itibaren yargı görevini yerine getirmekte olan tek hâkimli ve tek dereceli mahkemeler, sayısı giderek artan bütün bu davalara yetişmekte zorlanmaktaydı. Bunun neticesinde 1860 yılında karma ticaret mahkemeleri, 1864'te de Vilâyet Nizamnamesi ile nizâmiye mahkemeleri (Tanzimat'tan sonra kurulan ve şer'î meseleler dışındaki davalara bakan mahkemeler) kurulmuştur. Nizâmiye mahkemelerinin vermiş olduğu kararları temyizen denetleyecek bir mahkemeye gittikçe ihtiyaç duyulması, Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliye'nin kurulmasının başlıca nedeninin oluşturmuştur. İkinci faktör ise tıpkı nizamiye mahkemelerinde olduğu gibi Batılı devletlerin etki ve baskısıdır. Paris Konferansı'nda Osmanlı Devleti'ne mahkemeleri -kendi istekleri doğrultusunda- yeniden düzenlenmesi için baskı yapan Batılı devletler, 1867 yılında sözü verilen hukukî ve adlî ıslahatların ne ölçüde gerçekleştirildiğini belirlemek için bir tahkikat yaptılar. Ancak ticaret mahkemeleriyle nizâmiye mahkemelerinin kuruluşunu ve işleyiş esaslarını yetersiz bularak daha köklü

<sup>110</sup> <https://www.yargitay.gov.tr/sayfa/tarihce/563> (erişim tarihi: 19.04.2018).

<sup>111</sup> Durhan, 2008: 88-89.

değişikliklerin gerçekleştirilmesi için Osmanlı Devleti'ne baskı kurmaya başladılar. Sonuçta adli ve idari yapıda gerçekleştirilen çeşitli düzenlemelerle Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliye ile Şûrâ-yı Devlet (Danıştay) tesis edildi. Birincisinin başına Halep valisi Ahmed Cevdet Paşa, diğerine ise Tuna valisi Mithat Paşa getirildi.<sup>112</sup> Tanzimat Dönemi'nde 1837'de kurulan Meclisi Valayı Ahkam-ı Adliye'nin bu şekilde ikiye ayrılması sonucu yargı birliği ilkesi de terk edilerek, yargı ayrılığı ilkesi de uygulamaya geçmiş olur.

Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliye'nin iç tüzüğüne göre Nizami mahkemeler dört kademeye ayrılmış olup, birincisi ilçelerde bulunan Daavi Meclisleri, ikincisi Livalarda bulunan Temyiz-i Hukuk Meclisleri, üçüncüsü il merkezlerindeki Temyiz Divanları, dördüncüsü ise İstanbul'da bulunan ve nizami mahkemelerin en yükseği olan Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliye'dir.<sup>113</sup> Nizamiye Mahkemeleri Kuruluş Kanunu ile Yargıtay, Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliye içerisinde bir mahkeme olmaktan çıkarak, bir birinci başkanının bulunduğu, hukuk ve ceza dairesi olarak iki daireden ibaret ve bir Başsavcasının bulunduğu (ki savcılık da ilk kez bu yasada yer almıştır), başlı başına bir mahkeme halini alır.<sup>114</sup>

Divanı Ahkâmı Adliye hem bazı hukuk ve ceza davalarına ilk derece mahkemesi olarak bakmış, hem de istinaf ve temyiz mercii olarak çalışmıştır.<sup>115</sup>

Temyiz Mahkemesi 1888 yılından 1922 yılına kadar İstanbul'da, TBMM hükümeti döneminde 1920-1923 yıllarında "Muvakkat Temyiz Heyeti" adı altında Sivas'ta, 1923-1935 yıllarında ise Eskişehir'de faaliyette bulduktan sonra 1935 yılından itibaren Ankara'ya nakledilir.<sup>116</sup>

### 2.1.2. Yargıtayın Yapısı

Ülkemizde adli yargı, ilk derece (bidayet), ikinci derece (istinaf) ve üst derece (temyiz) mahkemeleri şeklinde üç kademeli bir yargılama sistemi üzerine kuruludur. İkinci derecede istinaf mahkemeleri (bölge adliye mahkemeleri)'ne ilişkin düzenlemeler 2004 yılında getirilmiş, 2016 yılında ise bu mahkemeler resmen faaliyete geçmiştir.

Olağan kanun yolları ile henüz kesinleşmemiş yargısal kararların üst derecedeki bir mahkeme tarafından denetlenmesi sağlanmaktadır. İstinaf veya temyiz hükmün kesinleşmesini ve yerine getirilmesini engellerken kural olarak itiraz yerien getirmeyi engellemez.<sup>117</sup>

<sup>112</sup> Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, 2008: 387-388.

<sup>113</sup> Seçkin, 1967: 13.

<sup>114</sup> Seçkin, 1967: 27-29.

<sup>115</sup> Onar, 1956, 29-30.

<sup>116</sup> Karayalçın, 1992: 6.

<sup>117</sup> Yenisey ve Nuhoglu, 2013: 21.

1868 yılından beri hukuk ve ceza mahkemelerinin en tepesinde Yargıtay bulunmaktadır. 1982 Anayasası da Yargıtay'a yüksek yargı organları içinde yer vererek 154. maddesinde düzenlemiştir. Yargıtayın yapısı, kuruluş, işleyişi ve diğer hususlar hakkında iki temel düzenleme bulunur. Bunlar 2797 sayılı Yargıtay Kanunu ve bu kanuna dayalı olarak çıkarılan (md.57) Yargıtay İç Yönetmeliği'dir.

Yargıtay; Birinci Başkanlık, daireler, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, bürolar ve idari birimlerden oluşur. (YK. md.2)

Yargıtay, adli mahkemelerce verilen kararların son inceleme yeri olup, kanunla gösterilen bazı davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmaktadır. Yargıtay üyeleri, birinci sınıfa ayrılan adli yargıda görevli hâkim ve Cumhuriyet savcıları arasından, Hâkimler ve Savcılar Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ile gizli oylama sonucu seçilir. Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri ve daire başkanları, Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulu tarafından üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla dört yıl süreyle seçilirler; süresi sona erenlerin yeniden seçilebilmesi mümkündür. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Başsavcıvekili, yine Yargıtay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından gizli oyla belirleyeceği beşer aday arasından Cumhurbaşkanı tarafından dört yıl için seçilirler. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler. (Any. md. 154)

Yargıtay Kanununun 13.maddesinde Yargıtay'ın görevleri şu şekilde sıralanmıştır:

*“1. Adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümleri ilk ve son merci olarak inceleyip karara bağlamak,*

*2. Yargıtay Başkan ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcıvekili ve özel kanunlarında belirtilen kişiler aleyhindeki görevden doğan tazminat davalarına ve bunların kişisel suçlarına ait ceza davalarına ve kanunlarda gösterilen diğer davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmak,*

*3. Kanunlarla verilen diğer işleri görmek.”*

Yargıtay'da halen yirmi ceza ve yirmi de hukuk dairesi olmak üzere toplam kırk daire faaliyet göstermektedir. Ancak 1/7/2016 tarihli ve 6723 sayılı Kanununun 15. maddesi uyarınca daire sayılarının on iki ceza ve on iki hukuk olarak yirmi dörde indirilmesi öngörülmüştür.

### **2.1.3. Yargıtay Ceza Dairelerinin Yapısı ve Çalışma Şekli**

Ceza dairelerine dosyalar önce Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca incelenerek, Başsavcılığın temyiz edilen hükümler hakkındaki görüşünü yansıtan (onanması, bozulması, ret vs.) tebliğname ile gelmektedir. (İleride dairesince yapılan inceleme sırasında temyiz edilmesine karşın tebliğnamede bir hüküm hakkında görüş bulunmadığı tespit edilirse dosya



Başsavcılığa iade dilerek ek tebliğname düzenlenmesi yoluna gidilmektedir). Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında ilgili bölüm tarafından düzenlenen tebliğname, hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi durumunda, temyiz incelemesini gerçekleştirecek daire tarafından ilgililere tebliğ olunur. Bir hafta içerisinde tebliğnameye yazılı olarak cevap verilebilir. (CMK m.297)

Yargıtay'da temyiz mercisi olarak incelemeler, Başkanlar Kurulu tarafından düzenlenen iş bölümü esasına göre önceden görevleri belirlenen dairelerce yerine getirilmektedir. (YK m.18)

İş bölümü uyarınca ceza davalarında görevli daire, mahkeme kararındaki hukuki nitelendirme, mahkûmiyet dışındaki kararlarda ise (beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, düşme, davanın reddi, karar verilmesine yer olmadığı) iddianamede veya iddianame yerine geçen belgedeki suçun hukuki nitelendirmesi esas alınır. Birden fazla suçlara ait davalarda, atılı suçlardan kanundaki cezası en ağır olan suçu incelemeye yetkili olan daire görevlidir. (YK m. 14)

Yargıtay incelemesi için dairelere gelen dosyalar görev ve iş bölümü, temyiz kabiliyetinin bulunup bulunmadığı, temyiz isteminin süresi içinde olup olmadığı, temyiz şartı ve diğer usuli yönlerden ön incelemeye tabi tutulur. (YK. m. 40, Yön. m.18) Ön inceleme sırasında, temyiz incelemesinin başka bir dairenin görevinde olduğu, temyiz edilebilir nitelikte bulunmadığı, temyiz isteğinin süresinde olmadığı, temyiz şartının yerine getirilmediği ve diğer usul eksiklikler içerdiği saptanan dosyalar dairede öncelikle incelenip karara bağlanır. (Yön. m.18)

Bu bağlamda temyiz edilebilirlik yönünden CMK'nın 298. ve hüküm tarihine göre yürürlükte bulunması nedeniyle hâlen uygulanma imkânı bulunan 1412 sayılı CMUK'nın 317. maddesindeki temyiz istemlerinin değerlendirilmesine ilişkin düzenlemelerin ve dolayısıyla Yargıtay'ın ön inceleme usulünün Ek 7 No.lu protokole bir aykırılı olmadığı görülmektedir. Zira anılan protokolle yasa yolu incelemesinin bazı istisnalara tabi tutulabileceği belirtilmiş olup, anılan Kanun'larda da temyiz isteminin hangi hallerde reddedileceği açık, öngörülebilir ve hakkın özünü zedelemeyecek nitelikte düzenlenmiştir. Dolayısıyla Yargıtay'da temyiz istemlerinin ön incelemesinin AİHS ile uyumlu olduğu söylenebilir.

Görevli daireye sevk edilen dosyalar, acele işler (örneğin zamanaşımı süresi yaklaşan veya uzun süredir tutuklu sanığı bulunan dosyalar gibi) ve başkanın yaptığı değişiklikler dışında esas numarasına göre tetkik hakimlerine teslim edilir.

Tetkik hâkimi, kendilerine verilen işi niteliğine göre, belirli bir süre içerisinde haftanın daha önceden saptanan bir gününde (müzakere günü) daire kuruluna taktir eder (anlatır). O hafta müzakeresi yapılacak olan dosyaların listesi, dairenin esas numarasına göre önceden tetkik hâkimi tarafından hazırlanır. Tetkik hâkimi, dosya kapsamına göre uygun bir süre içerisinde incelemelerini tamamlayarak, uyuşmazlıkla ilgili iddia ve savunmaları, kararın dayandığı gerekçeleri, mevcut delilleri, temyiz ya da karar düzeltme nedenlerini ve kişisel görüşlerini kapsayan raporlarını düzenlerler. Tetkik hakimleri müzakerede raporunu okuyup, gerekli açıklamayı yaparak, raporuna yazdığı karar ve yapılacak işlere ilişkin düşüncesini açıklamakla yetinir. (YK. m. 26, Yön.m.58)

Daireler kendi içerisinde oluşturduğu heyet(ler) hâlinde çalışır. Heyet bir başkan ve dört üyenin katılımıyla toplanır. Yeterli üyenin bulunması durumunda birden fazla heyet oluşturulabilir. Bu durumda, diğer heyette yer alan en kıdemli üye heyetine başkanlık eder. Heyetler müzakere sonucu salt çoğunlukla karar verirler. Müzakereler gizlidir. Karar eğer çoğunlukla verilmişse karşı oya ilişkin düşünce, kararların aslı ve suretlerinde gösterilir. (YK m. 40)

Daire kurulunda görüşmeler başkan tarafından yönetilir. Görevliler (tetkik hâkimleri) raporlarını okur ve gerekli açıklamaları yaptıktan sonra konu hakkındaki düşüncesini gerekçesi ile kurula bildirirler. Eksik kalan yönler görevliye tamamlattırılır (Yön. m.21).

Dairede yürütülen müzakereler sonucunda verilen karar, başkan tarafından yazdırılarak veya kararın niteliği (onama, bozma, ret, inceleme, iade gibi) ile kararda bulunması gereken hususlar saptanarak bu kararı kimin yazacağı tayin edilir. Ayrıca, taktir çizelgesinin içeriğinde kararın niteliği başkan (veya başka bir üye) tarafından yazılarak altı heyeti oluşturan üyeler ve tetkik hâkimi tarafından imzalanır. Maddi hatalar ve eksikliklerin sonradan düzeltilebilmesi mümkündür. Bu çizelge (ayrıca tetkik hâkiminin düzenlediği raporlar) özel kartonunda saklanır. (Yön. m.20)

Bir dairenin ilamına yönelik olarak yerel mahkemece verilen direnme kararları ya da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz talepleri, dairesince yerinde görülmez ise Hukuk ve Ceza Genel Kurulları'nın asıl gündemini oluşturmaktadır.

Dairelerin veya genel kurulların başkan ve üyeleri reddolunabilir. Ret hususundaki istemler, reddedilen başkan veya üyenin bulunmadığı toplantıda ilgili daire veya genel kurulca incelenerek kesin olarak sonuçlandırılır. Daire ve kurulların toplantılarını engelleyen toplu ret istemleri dinlenmez. (YK m.39)

İstatistiklere göre, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na 2008 yılında geçen yıllardan devreden ve yeni gelen toplam dosya sayısı 627.637 iken, bu sayı 2017 yılında %12,5'lik artış

oranı ile 705.910'a ulaşmıştır. Bu dosyalardan 192.567'si karara bağlanmış, 513.343 dosya 2018 yılına devretmiştir. Ceza Dairelerine ve Ceza Genel Kurulna bakıldığında ise 2017 yılı itibariyle toplam 619.865 dosya bulunmakta olup, yıl içerisinde 277.090 (%44,7) dosya sonuçlandırılmıştır. 2008-2017 yılları arasında geçen yıllardan devreden ve yıl içerisinde toplam gelen dosya sayısı %40,9 oranında artmıştır.<sup>118</sup>

Türk yargısının en önemli sorunlarından bir tanesinin de kararlardaki kalite düşüklüğü olduğu vurgulanmakta temyiz incelemelerinde onama oranlarının düşük olması, dolayısıyla bozma, geri çevirme, gönderme şeklindeki kararlar ile dosyaların adli sistem içerisinde dolaşmaya devam etmesi, makul sürede yargılama yapılmasının önündeki en büyük engellerden biri olarak değerlendirilmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra çoğu ilk iki yılda olmak üzere pek çok değişiklik yapılmış, üçte birinden fazlası değişmiştir. Anayasa Mahkemesinin ise TCK ile ilgili toplam beş iptal kararı bulunmaktadır. Bu kanun değişiklikleri, çoğunlukla uyarılama yapılmasını gerektirdiğinden dosyaların önemli bir kısmı sırf bu nedenle bozulmuş, 2005 yılında bozma oranı %65'e kadar ulaşmıştır. 2010 yılında ise bozma oranı %54,6'dır.<sup>119</sup> 2017 yılı istatistiklerine göre ise Ceza Dairelerinde yalnızca %34,5 oranında bir onama istatistiği yakalandığı görülmektedir.<sup>120</sup>

Ceza Dairelerinde 2010-2017 yılları arasında ortalama görülme süreleri incelendiğinde, 2010 yılı itibariyle 503 gün olan ortalama görülme süresi, 2012-2015 yıllarında 306 güne kadar düşmüş, 2017 yılında ise tekrar çıkış göstererek 505 güne yükselmiştir. Ceza Genel Kurulunda ise ortalama görülme süresi 2017 yılında 2016 yılına göre %100, 2010 yılına göre ise %782,1 oranında artış göstererek 494 güne ulaşmıştır.<sup>121</sup>

Avrupa Birliği İstisari Ziyaret Raporlarında, Yargıtay'ın iş yükü hafifletilerek daha etkin bir temyiz incelemesi yapılması gerekliliği öteden beri vurgulanmaktadır. *Yargıtay İş Süreçlerinin Yeniden Yapılandırılması ve Verimlilik Kontrolü Projesi* ile öngörülen amaçlar ve hedeflenen sonuçlar istisari ziyaret raporlarında vurgulanan sorunlara bu yönüyle değinmektedir. 2016 yılı Avrupa Birliği İlerleme Raporunda, Türk yargı sisteminde etkili bir insan kaynakları yönetimi bulunmadığına yönelik bir eleştiri de getirilmiş olup, Proje ile Yargıtay'ın iş yükünün hafifletilmesi, insan hakları standartlarına uyum kapasitesinin geliştirilmesi, ortalama yargılama süresinin kısaltılması, geri çevirme ve görevsizlik nedeniyle gönderme kararlarının azaltılması gibi hedeflerle bu eleştirilerde karşılanmak istenmektedir.<sup>122</sup>

<sup>118</sup> <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/pdf/bulten2017.pdf> (erişim tarihi: 13.05.2018).

<sup>119</sup> Saldırım, 2016: 167.

<sup>120</sup> [http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik\\_2017/istatistik2017.pdf](http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf) (erişim tarihi: 10.11.2018).

<sup>121</sup> [http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik\\_2017/istatistik2017.pdf](http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf) (erişim tarihi: 10.11.2018).

<sup>122</sup> Saldırım, M., "Yargıtay İş Süreçlerinin Yeniden Yapılandırılması ve Verimlilik Kontrolü Projesi Açılış

Adil yargılanma hakkı çerçevesinde “Makul süre”ye ilişkin risklerin kontrol edilmesi amacıyla Yargıtay daireleri, zamanaşımına uğraması yakın olan, bozmadan geçen, usulden temyiz edilen ve daireler arasında gönderme kararı verilen dosyaların öncelikli olarak incelenmesi şeklinde yöntemler geliştirmişlerdir.<sup>123</sup> Bu bağlamda tetkik hakimlerinin elinde incelenmek için bekleyen dosyalar düzenli olarak hem Dairesince hem de Yargıtay Birinci Başkanlığınca kontrol edilmekte, gereğinden fazla beklediği değerlendirilen dosyalar için uyarılarda bulunmaktadır.

## **2.1.4. Yargıtay Ceza Genel Kurulu**

### **2.1.4.1. Kurulun oluşumu ve Yapısı**

Yargıtay Kanununun 7. maddesi ile Yargıtay Yönetmeliği, Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının ne şekilde teşekkül edeceğine dair düzenlemeleri içermektedir. Buna göre, Hukuk Genel Kurulu, hukuk dairelerinin başkan ve üyelerinden; Ceza Genel Kurulu, ceza dairelerinin başkan ve üyelerinden oluşur. Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının içtihadı birleştirme toplantılarında; bu kurullara bağlı dairelerin her birinin mevcudu üç itibar edilerek toplamının en az üçte ikisi kadar üyenin, diğer toplantılarında, işi görüşme konusu olan daireden üçten fazla üyenin katılmaması koşuluyla bu kurullara bağlı her daireden en az bir üyenin bulunması zorunludur. Genel kurul toplantısına katılan üye sayısının çift olması hâlinde, ilgili kurul başkanı tarafından belirlenecek daireden bir üye daha Kurula katılır.

Toplantılar daire başkanlarının yarısından fazlasının bulunmadığı halde gerçekleştirilemez.

Ceza Genel Kurulunun içtihadı birleştirme toplantılarına ayrıca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili de katılır.

İtiraz ettiği konularda görüşünü açıklamak üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcivekili de Ceza Genel Kuruluna bizzat katılabilir. Ancak müzakere ve oylamaya katılamazlar.

Birinci Başkanın başkanlık etmediği veya bulunmadığı zamanlarda Hukuk Genel Kuruluna hukuk dairelerinden, Ceza Genel Kuruluna ise ceza dairelerinden seçilmiş olan başkanvekili başkanlık eder.

İcra ve İflas Kanunundaki ceza hükümlerinin uygulanmasına ilişkin daire kararlarının Ceza Genel Kurulunda incelenmesi sırasında ilgili dairenin başkan ve en az bir üyesi de Ceza Genel Kuruluna katılır.

---

Sempozyumu”, <https://www.yargitay.gov.tr/icerik/1213> (erişim tarihi: 15.11.2018).

<sup>123</sup> Saldırım, 2016: 168.

### 2.1.4.2. Kurulun Görevleri

Kurulun görevleri Yargıtay Kanununu 15. maddesinde şu şekilde açıklanmaktadır:

1- Yargıtay dairelerinin bozma kararlarına karşı mahkemelerce verilen direnme kararlarını inceleyerek karar vermek,

2. Hukuk veya ceza daireleri arasında içtihat uyumsuzlukları bulunursa veya Yargıtay dairelerinden biri; yerleşmiş içtihadından dönmek isterse, benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa, bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlamak,

3. İlk derece mahkemesi olarak ilgili dairelerce verilen hükümlerin temyiz yoluyla incelemesini yapmak,

4. Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek.

Hukuk ve Ceza Genel Kurullarına katılmak zorunda olan Başkan ve üyelerin belirlenmesine ilişkin esaslar, görüşmelerin gündemi, yönetimi, çalışma gün ve saatleri, oylama ve karar, ön sorun ve öncelikle karara bağlanacak hususlar, kararın çıkmış sayılması, kanun hükümleri çerçevesinde Yargıtay İç Yönetmeliği ile düzenlenir.

### 2.1.4.3. Çalışma Şekli ve Kararlar<sup>124</sup>

Kurul oylamaya katılacakların tümünün hazır bulunması veya Kanun'da gösterilen çoğunluğun sağlanması halinde toplanır.

Görüşmeler gizli yürütülüp, başkan, üyeler ve görevli tetkik hâkimleri dışında kimse bulunamaz. Ancak hâkim adayları bu görüşmelerde bulundurulabilir. (Yön. m.12)

Özel dairenin ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararın temyiz veya itiraz yoluyla incelenmesinde, özel dairelerde duruşmaya katılıp da hükme müessir olacak hukuki işlemlerin yapıldığı oturumda bulunmuş veya karara katılmış olanlar genel kurullarda bulunamazlar.

Bir işin daha önce duruşmasında katılmış olan başkan ve üyelerin çoğunluğunun kurul kadrolarında meydana gelen değişiklik, izin veya hastalık gibi nedenler dışında, o işin görüşülmesinin yapıldığı genel kurula katılması zorunludur. (YK. m. 41)

Genel Kurulun gündemi bu başkan tarafından toplantı gününden en az bir hafta önce düzenletirilerek, dairelere üye sayısına dağıtılır, itiraz ettiği işlerde gündem ayrıca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına da gönderilir. Gündeme konu dosyalardaki maddî olay, bozma ve direnme kararları ile temyiz sebepleri özet olarak anlaşılır biçimde belli edilir. Başkan ve üyeler, isterlerse dosyayı inceleyebilirler. Gündem düzenlenirken, görüşülecek işlerin, kurula ait esas defterindeki sıra numarası göz önüne alınır. Ancak, kurul başkanının takdiriyle bu sıra

<sup>124</sup> Yargıtay Kanuna, 24.12.2017 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 696 sayılı KHK doğrultusunda eklenen iki geçici madde ile kurulların oluşumu ve çalışma usullerinden 31.12.2022 tarihine kadar değişikliğe gidilmiştir. Bu düzenlemelere göre:

#### **Geçici Madde 16-(Ek: 20/11/2017-KHK-696/45 md.)**

Hukuk Genel Kurulu ve Ceza Genel Kurulunun içtihadı birleştirme toplantılarına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, 31/12/2022 tarihine kadar bu kurulların oluşumu ve çalışma usulü hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır.

a) Hukuk Genel Kurulu ve Ceza Genel Kurulu, her hukuk ve ceza dairesinden en az bir üye olmak kaydıyla Birinci Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilen yirmişer üyeden oluşur. Bu kurullara, Birinci Başkan veya ilgili başkanvekili, bunların bulunmaması halinde kurulların en kıdemli üyesi başkanlık eder.

b) Üyeler Hukuk Genel Kurulu ve Ceza Genel Kurulunda sürekli olarak görev yaparlar. Ancak, iş durumu göz önüne alınmak suretiyle üyelerin daire çalışmalarına katılmalarına Büyük Genel Kurul tarafından karar verilebilir.

c) Kurullarda toplantı ve görüşme yeter sayısı onbeştir. Toplantıda bulunanların üçte ikisinin oyu ile karar verilir. Birinci toplantıda üçte iki oy çoğunluğu sağlanamazsa ikinci toplantıda bulunanların çoğunluğuyla karar verilir.

Bu maddede hüküm bulunmayan hallerde, Hukuk Genel Kurulu ve Ceza Genel Kurulunun çalışmasına ilişkin bu Kanunun mevcut hükümleri uygulanmaya devam olunur.

#### **Geçici Madde 17-(Ek: 20/11/2017-KHK-696/45 md.)**

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte yeni ihdas edilen yüz Yargıtay üyeliği kadrosunun tamamı için bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren en geç altı ay içinde seçim yapılır.

Birinci fıkra uyarınca yapılan seçimin tamamlanmasından itibaren beş gün içinde Birinci Başkanlık Kurulu yeniden belirlenir.

Yeni oluşan Birinci Başkanlık Kurulu, on gün içinde dairelerin iş durumunu ve ihtiyaçlarını gözönünde bulundurarak yeni seçilen üyelerin hangi dairelerde görev yapacağını belirler ve Hukuk Genel Kurulu ve Ceza Genel Kurulu üyelerini görevlendirir. Bu görevlendirme yapılmaya kadar mevcut Hukuk Genel Kurulu ve Ceza Genel Kurulu çalışmaya devam eder.

Yargıtay Büyük Genel Kurulunun üye tamsayısının hesabında, birinci fıkra uyarınca üye seçimi yapılmaya kadar yeni ihdas edilen kadrolar dikkate alınmaz.

değiştirilebilir. Kanunların belli ettiği acele işler dışında, dairesinde acele görüşülmesi kabul edilen işler de genel kurulda aynı nitelikte sayılır (Yön. m.24)

Kuruldaki görüşmeler, tetkik hakiminin önceden hazırladığı raporu okuyup gerekli açıklamayı yapması ve düşüncesini bildirmesiyle başlar. (Yön. m.25)

Kurulda öncelikle usule ilişkin olarak konuşmak isteyene söz verilir. Daha sonra o işle ilgili bulunan dairenin başkanı veya daire başkanının uygun göreceği ve karşı oyu olmayan bir üye, daire kararındaki görüşü açıklar. Ardından eğer kurula katılmış ise karşı oyu temsil eden üye söz alır. (Yön. m.25)

İşin esasına girmeden evvel, konuyla ilgili olarak çözülmesi gereken bir ön sorun ortaya çıkarsa öncelikle o yönden görüşme ve oylama yapılır. Oylama sonucu eğer ön sorun karara bağlanabilirse, işin esasına geçilerek görüşmesi yapılır ve oylama gerçekleştirilir. Ön sorun oylaması sonucu, bir üyenin düşüncesine aykırı düşmüş olsa dahi o üye de işin esası hakkında oy vermek zorundadır. (Yön. m.27)

Konu hakkında eksik görülen hususların tamamlanması ve gerekli açıklamaların yapılması amacıyla üyelerin sormak istedikleri sorular kurul başkanına yöneltilir. Kurul başkanı, tetkik hakimine gerekli açıklamaları yaptırır. Üyeler tarafından doğrudan doğruya tetkik hakimine soru yöneltilemez. Başkandan söz alınmadıkça konuşulamaz. Konuşmalar, başkana karşı yapılır, karşılıklı tartışma yapılamaz ve konuşmakta olan üyenin sözü kesilemez. Konu dışında veya tekrar niteliğinde konuşma yapılamaz. Uyarılmasına rağmen bu tutumunu sürdüren üyenin sözü başkan tarafından kesilir. Birden çok üyenin söz istemesi halinde istek sırasına göre söz verilir. Bir konu üzerinde aynı üyeye ancak iki kez söz verilebilir. Daha çok söz verilmesi kurul kararına bağlıdır. (Yön. m.25)

Görüşmelerin yeterliliğini kurul başkanı takdir eder. Ancak, konunun aydınlığa kavuşması için görüşmelerin sürdürülmesi üyeler tarafından istenildiği takdirde kurul başkanı bu isteğe katılmaz ise, bu durum kurulda bulunanların çoğunluk oyları ile çözülür. (Yön. m.25)

Oylamadan önce son söz, işi görüşülen daire kararındaki çoğunluk görüşünü temsil eden başkan veya üyeye verilir. (Yön. m.25)

Toplantıda bulunanların üçte ikisinin oyu ile karar verilir. Birinci toplantıda üçte iki oy çoğunluğu sağlanamazsa ikinci toplantıda bulunanların çoğunluğu ile karar verilir. Ancak, içtihadı birleştirme toplantılarında birinci ve ikinci toplantıda üçte iki çoğunluk sağlanamazsa üçüncü toplantıdakilerin çoğunluğu ile karar verilir. (YK m.41)

Görüşmeler tamamlandıktan sonra oylama, başkan tarafından en kıdemsiz üyeden başlanarak kıdem sırasına göre yapılır. Üyeler, oya sunulan her karar hakkında oy kullanmak

zorundadırlar. Çekimser oy kullanılamaz. Oyların toplanmasında kurul başkanı kâtip bulundurabilir. Kurullarda görüşmeler tutanakla saptanmaz. Ancak, görüşmeler sonunda oylama sonucu, kurulun vardığı karar ve çoğunluğu sağlayan gerekçe başkan tarafından kurula hemen açıklanır; bu gerekçe yazılacak kurul kararında belirtilir. Üyelerce, yanlış anlama gibi nedenlere dayanan oy düzeltmeleri ancak sonucun açıklanmasından önce yapılır. Başkan tarafından sonucun açıklanmasıyla o iş hakkında görüşme bitirilmiş olur. (Yön. m.26)

Kararın en geç bir ay içinde yazılarak mahalline gönderilmesi zorunludur. (Yön.m.28)

Kararda çoğunluk düşüncesi yanında azınlık düşüncesi de gösterilir. Karşı oy yazısını yazmak isteyen üye, bu yazısını en geç bir hafta içinde kurul başkanlığına vermek zorundadır. Çoğunluk ve azınlık görüşlerinde karşı düşüncüyü küçültücü nitelikte üslup kullanılamaz. Görüşmeye katılanların ad ve soyadları ile oylarının niteliği, mahalline gidecek karar örneklerinin altında da gösterilir. (Yön. m.30)

### **2.1.5. Yargıtay Kararlarının Yayınlanması ve Erişim**

İçtihatların yayımlanması, eleştirme olanağını beraberinde getirir. Daha da önemlisi bilimsel denetimi mümkün kılar ve karar mercii benzer olaylarda tutarlı olmaya zorlayarak yerleşik içtihatların oluşmasına katkı sağlar, dolayısıyla kararın normatif etkisi güçlenir.<sup>125</sup>

Kararlarının hangilerinin ne şekilde kamuya paylaşılacağı konusunda Yüksek Mahkeme kanunlarında bir kısım özel düzenlemeler bulunmaktadır. Ayrıca icra iflas hukukuyla sınırlı olarak Yargıtay kararlarının yayımlanması noktasında İcra ve İflas Kanunu'nda da özel düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda, Yargıtay Kanununun 58. maddesi uyarınca, Yargıtay Kanunu hükümlerine göre alınacak ilke kararları, içtihadı birleştirme kararları, Birinci Başkanlıkça emsal teşkil edebileceği belirlenen Hukuk ve Ceza Genel Kurul Kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanacağı hususu düzenlenmiştir. 17/7/2003 tarihli ve 4949 sayılı kanun ile ise İcra ve İflas Kanunu'nun 14. maddesine bir fıkra eklemek suretiyle Yargıtay'ın, icra ve iflâs işlerine ait kararlarının tamamını düzenli olarak yayımlayacağı kabul edilmiştir.

Yargıtay Kanunu ile Yargıtay'da “Yayın İşleri Müdürlüğü” kurulmuş olup, Yargıtay Kararları'nın yayımlanması görevi bu müdürlüğe verilmiştir (m. 50). Yayın İşleri Müdürlüğünün görevlerinin yerine getirilebilmesi amacıyla kurulmuş bulunan “Yargıtay Yayınları Döner Sermayesi” 1/7/2016 tarihli ve 6723 sayılı Kanunun 20. maddesiyle elli bin liradan on milyon liraya çıkarılmıştır.

<sup>125</sup> Kayhan, 1999: 353.



2015 yılı Yargı Reformu Stratejisi'nde, kişisel verilerin korunması kaydıyla yüksek mahkeme kararlarının tümüne erişim imkânının kolaylaştırılmasının; başta davaların tarafları olmak üzere kullanıcıların hem içtihatları öğrenmek suretiyle dava süreçlerinde doğru adımlar atmasını, hem de yargısal süreçlerin daha şeffaf hâle gelmesini sağlayacağına vurgu yapılmıştır.<sup>126</sup>

Danıştay 10. Dairesinin Yargıtay kararlarının yayımlanmasıyla alakalı vermiş olduğu bir karara da değinmekte fayda vardır. Yargıçlar ve Savcılar Birliği, Yargıtay'ın tüm kararlarının, herhangi bir ayırım yapılmadan, elektronik ortamda ücretsiz olarak herkesin erişimine açılması talebiyle başvuruda bulunmuş, ancak bu talebe olumsuz cevap verilmesi üzerine dava açmıştır. Davaya bakan Ankara 1. İdare Mahkemesi 27.11.2008 tarihli ve 379-1993 sayılı kararında,

*“... İç hukukun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen adil yargılanma hakkına ilişkin olarak ...mahkeme kararlarının hiçbir istisna olmaksızın kamu denetimi sağlanacak şekilde yayımlanması gerektiği ...kararların herkesçe erişilebilir kılınarak, değerlendirilmelerine, karşılaştırılmalarına, eleştirilmelerine imkân yaratmanın, kişilerin bilgilenmesine, yargıda iç denetimin sağlanmasına ve yargıya güven duygusunun artmasına katkısının olacağı...”*

Gerekçesiyle, işlemi iptal etmiştir.

Kararın temyizi üzerine Danıştay 10. Dairesi ise 8.10.2013 tarihli ve 3337-7110 sayılı kararıyla bu hükmü;

*“Yargıtay Kanunu'nda veya başkaca bir kanunda, davacının başvurusuna konu talebin karşılanmasını, Yargıtay Başkanlığına görev olarak yükleyen bir kural bulunmamaktadır.*

*Buna göre, davalı idarenin, başvuru konusu talebi karşılamaya yargı kararıyla zorlanamayacağı açıktır.*

*Öte yandan, Yargıtay'ca verilen bütün kararların, hiçbir ayırım ve ayıklama yapılmadan, herkesin erişimine açılması, taraflara ait kişisel bilgilerin ifşasına neden olarak, T.C. Anayasası'nın 20. maddesinin "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." kuralını içeren 1. fıkrasına aykırılık oluşturabilecektir. Çok sayıda kararın ayırım ve ayıklama yapılarak erişime açılması ise, yüksek düzeyde mali ve personel altyapısını gerektireceği için, idarenin takdir yetkisi kapsamında alacağı karara bağlıdır.*

*Kaldı ki, imkanlar dahilinde, Yargıtay'ca verilen bazı kararlar, ayırım ve ayıklama yapılarak, elektronik (Yargıtay web sitesi) ve basılı (Yargıtay kararları dergisi) ortamda halen erişime açık tutulmaktadır.*

*Esasen, Türk Milleti adına verildiği için kamuya ait nitelik taşıyan Yargıtay kararlarınının, 492 sayılı Harçlar Kanunu uyarınca harçlandırılmak suretiyle, onaylı örneklerinin alınmasına hukuki bir engel de bulunmamaktadır.”*

<sup>126</sup> [http://www.sgb.adalet.gov.tr/yargi\\_reformu\\_stratejisi.pdf](http://www.sgb.adalet.gov.tr/yargi_reformu_stratejisi.pdf) (erişim tarihi: 07.11.2018).

Gerekçeleriyle Yerel Mahkeme hükmünü bozmuştur.

Hukukun gelişimi ve adalete erişim anlamında yargı kararlarının ve özellikle Yargıtay kararlarının eş zamanlı olarak herkese açılması ve artık Yargıtay kararlarının “Yayımlanmamış kararlar” adı ile sadece bazı kitap ve dergilerde yer almaması gerekir.<sup>127</sup>

## 2.2. Yargıtay Ceza Dairelerinin İçtihatlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Türkiye, Kara Avrupası hukuk sistemini benimsediğinde, Anglo-Sakson hukuk düzeninin aksine içtihatlar asli değil, yardımcı kaynaklardandır. Kural olarak bir mahkemenin vermiş olduğu diğeri için bağlayıcı değildir.<sup>128</sup> Ancak uygulamada içtihatlar (özellikle Yüksek Mahkeme kararları) hem hâkimler hem de avukatlar için en az birincil kaynak kadar önem arz etmektedir. Çünkü soyut kuralların somutlaşarak, bir olay ekseninde ifade bulmuş halini ancak kararlarda görürüz. Ayrıca, yasada içi doldurulmayan hükümler, kararla şekil bularak diğer davalarda da ilgili hükmün uygulama yönü belirlenmektedir. Dolayısıyla, yasal bir düzenlemenin uygulamada nasıl anlaşıldığını, nasıl yorumlandığını, yani ihtilafın çözümlenmesi hususunda kanun hükümlerinden ne şekilde istifade edildiğini belirlemek için, mahkemeler daha önce verilmiş bulunan mahkeme kararlarını incelemekten geri kalmaz. Lakin, uygulamada bu kadar önemli yer tutsa da ülkemizde içtihat meselesinde yapılmış olan araştırmalar, Yargıtay’ın verdiği kararların derlenmesinden öteye gitmediği görülmektedir. İçtihatların bağlayıcılığı ve kapsamının ne olması gerektiği konusunda yapılmış doyurucu bir araştırma bulunmamaktadır.<sup>129</sup>

Temel görevi yargılama olan Yargıtay, uyuşmazlıkların çözümünde ve tüm faaliyetlerinde Anayasa ve başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere, temel hak ve özgürlüklere ilişkin tüm uluslararası antlaşmaları temel norm olarak uygulamaktadır.<sup>130</sup> Bu bağlamda, Yargıtay Başkanlar Kurulu’nun 11.01.2019 tarihli ve 3 sayılı kararı uyarınca, Yargıtay dairelerinde İç Yönetmeliğin 19. maddesi uyarınca<sup>131</sup> dosyaların tetkik hakimlerine

<sup>127</sup> <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1076578-yargi-kararlari-herkese-acilsin> (erişim tarihi: 06.11.2018).

<sup>128</sup> “Anglo-Amerikan hukukundaki içtihatların bağlayıcılığı öğretisi, hukuken ya da fiilen, az veya çok, bütün hukuk sistemlerinde geçerlidir. Hatta, hukukun çağdaş gelişiminin, deneysel ve yargısal içtihatlara dayalı hukuka eğilimli olduğu söylenmektedir. Gerçekten de, hiç bir yargıç, benzer konuda daha önce verilmiş bir kararı yok sayamaz; çünkü, bu pratikte hukuk düzeninin ve mahkemenin kendisini yok sayması anlamına gelir. Ancak kendisini o kararda yer alan ilkelerden ayrılmaya icbar eden gerekçeleri belirterek (Önceki kararın farklı somut özellikleri olduğu, büyük yanlışlıkları içerdiği vs.), önceki karardan farklı bir karar verebilir. Bu nedenle, içtihadın bağlayıcılığı kural; içtihattan ayrılma istisnadır.” (Kayhan F., “Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının Ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü”, *TBB Dergisi*, 1999/2, s.346).

<sup>129</sup> Gedik ve Koç, 2009: 158.

<sup>130</sup> <https://www.yargitay.gov.tr/documents/2015-2019-yargitay-stratejik-plan.pdf> (erişim tarihi: 14.07.2018).

<sup>131</sup> Dosyanın görevlilere verilmesi Madde 19- Dosyalar, görevlilere daire esas defterindeki sıra numaralarına göre verilir. Ancak başkan gerektiğinde bu sırayı değiştirmeye yetkilidir. Acele işler ve başkanın yaptığı değişiklik dışında bu sıra bozulamaz. Dosyaların görevlilere dağıtılması, daire başkanının uygun görmesine

dağıtımında, kanunlarda belirtilen hâllere ilaveten, AİHM tarafından incelenen dosyaya ilişkin olarak ihlâl kararının bulunması öncelik verilmesini gerektiren bir hâl olarak kabul edilmiştir.

Ceza davalarında Sözleşme etkisini, suç ithamının olduğu andan<sup>132</sup> hükmün kesinleştiği sürece kadar tüm yargılama safhalarında göstermektedir. Bu bağlamda her ne kadar Sözleşme temyiz hakkına yönelik bir düzenleme sağlamasa da (ancak 7 No.lu protokol ile ceza davalarında temyiz hakkı düzenlenmiş olup bu protokol ülkemiz için 1 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir) bir devlet eğer kendi iç hukukunda yerel kararlara karşı üst mahkemede temyiz hakkı tanırorsa, bu yargılamaların da 6. madde kapsamında korunduğu; *"Mahkeme kararları kişileri sürekli etkilemektedir. Özellikle ceza davalarında, hakimlerin kararı temyize neden oluyorsa, sanık gündemden düşmemektedir... Dolayısıyla beraat veya mahkûmiyet kararı kesinleşmediği sürece, ceza davası üzerinde gerçekte bir karar verilmiş olmamaktadır."* şeklinde vurgulanmıştır.<sup>133</sup>

Sözleşmenin 6/1. maddesi anlamında devletlerin temyiz mercii tesis etme mecburiyeti yok ise de bu tür mahkemeler kuran bir devletin, artık bu mahkemeler önünde de Sözleşmenin 6/1. maddesinden yararlanmayı temin etmesi gerekir.<sup>134</sup> Bununla birlikte 6/1. maddesinin temyiz mercilerine ya da Yargıtay'a nasıl tatbik edileceği, ilgili yargılamaların kendine özgü niteliklerine bağlıdır. Yargıtay'ın hukukilik denetimiyle sınırlı rolünün özel mahiyeti göz önünde bulundurulduğunda, bu mercide izlenen usulün daha şekilci olması, kabul edilebilirlik koşullarının katı olması mümkündür.<sup>135</sup> AİHM'e göre, iç hukukta yürütülen kademeli yargılamalar bir bütün olarak ele alınıp, temyiz mercisinin yasal görevleri ve uygulamaları ile yetkileri ve ilgili tarafların menfaatlerinin ne kadar temsil edildiği ve korunduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla, belirli türde bir temyiz veya itirazların ele alınış şekliyle ilgili bir hak bulunmamaktadır.<sup>136</sup> Kaldı ki, üst mahkemeye erişim hakkının, mutlaka üst bir mahkemeye başvuru imkânı sağlama zorunluluğunu içermediği, daha önemli işlere daha fazla zaman ayırarak daha nitelikli ve kaliteli kararların çıkmasını sağlamak bakımından, bazı davalar sonucu verilen kararların miktar itibarıyla kesin olarak kabul edilmesinin sözleşme hükümlerine aykırı olarak kabul edilemeyeceği söylenebilir.<sup>137</sup>

Çalışmada incelenen kararlardan, Yargıtay Ceza Dairelerinin, AİHS'nin Anayasa'ya üstün tutulduğu yönünde bir içtihadına rastlanmamaktadır. Genel Kurul ve Ceza Daireleri

---

göre yapılır. Yasaların belirledikleri dışında acele işlerin neler olduğu işlerin niteliği gözetilerek her takvim yılı başında daire kurullarınca ilke kararıyla saptanır.

<sup>132</sup> İmbrosia-İsviçre, B. No: 13972/88, T. 24.11.1993.

<sup>133</sup> Delcourt-Belçika, B. No: 2689/65, T. 17.01.1970.

<sup>134</sup> Platakou-Yunanistan, B. No: 28460/97, T. 11.01.2001.

<sup>135</sup> Levages Prestation Services-Fransa, B. No: 21920/93, T. 23.10.1996.

<sup>136</sup> Mole ve Harby, 2005: 17.

<sup>137</sup> Dirim, 2015: 168.

sözleşme hükümlerine bir yasa gibi kararlarda yer vermekte, herhangi bir yasal düzenlemeyi esas olarak verilen kararlar gibi, sözleşme hükümlerine de dayanmaktadır.<sup>138</sup> Bu yönüyle Ceza Dairelerinin, AİHS'yi yasalara eş değer saydığı görülmektedir. Ancak yasa ile Sözleşme'nin çatışması halinde ise, genel çatışma ve aleyhe değerlendirmeme kuralları uyarınca sorunun çözülmesi yoluna gidildiği gibi<sup>139</sup>, Sözleşme'nin ekseriyetle üstün tutulduğu anlaşılmıştır.<sup>140</sup> Anayasa'da 2004 yılında yapılan değişiklik öncesine ilişkin değerlendirmelerde bulunan Aktan, Yargıtay'ın insan haklarına ilişkin kararlarında, destek norm alanında uluslararası sözleşmelere ağırlıklı destek-ölçü normu olarak başvurduğunu, bağımsız norm olarak kullanmayıp iç hukukla birlikte andığını, ve bazen de henüz kabul edilmemiş olsa da gerekçeyi güçlendirmek için Sözleşme'nin referans gösterildiğini belirtmiştir. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası sözleşmelerin Yargıtay uygulamasında az da olsa bağımsız-ölçü norm olarak kabul gördüğü de vurgulanmıştır. Bu hususa örnek olarak, duruşmada kullanılan dili anlamayan sanığın ücretsiz olarak tercüman yardımından faydalandırılması yönündeki AİHS'nin 6.maddesindeki düzenlemeyi bağımsız ölçü norma olarak uygulayan CGK kararı gösterilmiştir.<sup>141</sup>

Başlar, Yargıtay'ın 2004 yılı öncesinde ve sonrasında "lex posterior" ilkesini uygulamalarında benimsediğine dair açık bir kararına rastlanmadığını, aksine geçmiş kararlarda Sözleşme'nin bağlayıcı bir norm olarak göz önüne alındığına yönelik örnekler görüldüğünü belirtmektedir. Bu hususta örnek olarak da Anayasa 90/5.maddesine dayanılıp, ülkemizin taraf olduğu AİHS ile yüklenimler altına girdiğinin vurgulandığı Ceza Genel Kurulu'nun E. 1996/1, K. 1997/1 sayılı ilamı örnek gösterilmiştir.<sup>142</sup>

AİHM kararları ile Yargıtay kararlarının birbirine uyumluluğunun sağlanması amacıyla Yargıtay bünyesinde "İnsan Hakları Komisyonu" oluşturulmuştur. Komisyon'un en

<sup>138</sup> Şahbaz, 2004: 200.

<sup>139</sup> Yargıtay 1. CD, T. 04.12.2013, E.2013/2656, K. 2013/7378 (bkz. işkence yasağı ile ilgili açıklamalar)

<sup>140</sup> "...5271 sayılı CMK'nun 324/1. maddesinde ödenmesi gereken avukatlık ücretleri yargılama giderlerinden sayılarak, cezaya veya güvenlik tedbirine hükmolunması halinde bu giderlerin sanığa yükletilmesi gerektiği bildirilmiş ise de, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin de tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3-c maddesindeki bir suç ile isnat edilen herkesin avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun olması halinde ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde re'sen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabileceği yönündeki düzenleme ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 90/5. maddesindeki usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla Kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümlerinin esas alınacağı yönündeki düzenleme karşısında, 5271 sayılı CMK'nun 324. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3-c maddesi arasında çıkan uyuşmazlıkta Milletlerarası Andlaşma hükmü olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin esas alınması gerektiği gözetilmeden, sanık için yapılan müdafilik giderinin 5271 sayılı CMK'nun 150/3. maddesi uyarınca kendisine zorunlu olarak müdafii tayin edilen sanıktan tahsiline karar verilmesi yönündeki uygulamanın hukuka aykırı olduğu..." (Yargıtay 1. CD, 08.11.2017 E. 2017/665, K. 2017/3811), aynı yönde Yargıtay 14. CD, T. 12.02.2018, E. 2017/9821, K. 2018/905, Yargıtay 8. CD, T. 04.12.2017, E. 2017/23406, K. 2017/13611).

<sup>141</sup> Aktan, 2004: 143-145.

<sup>142</sup> Başlar, 2008: 75.

önemli işlevlerinden bir tanesi de ayda en az iki AİHM kararının yüksek yargı organlarının üyeleri, akademisyenler ile hâkim ve Cumhuriyet savcılar tarafından tartışılmasını sağlamaktır. Yapılan çalışmalar sonucu, Yargıtay dairelerinin, AİHM kararlarına daha çok atıf yaptığı ve bu değişimin uluslararası alanda da olumlu yansımalara neden olduğu görülmüştür.<sup>143</sup>

Yargıtay'ın son dönem kararlarında, insan hakları kavramının gereklerine ve bu hakkı daha somut ve etkin bir koruma mekanizmasıyla düzenleyen AİHS ile ek protokollerde yer alan hususlara, daha fazla önem ve yer vermeye başladığı anlaşılmaktadır. Bu sayede, ülkemizin de taraf olduğu, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülöklere, ilgili organ ve kişilerce uyulup uyulmadığı denetlenerek, bu konular yargı güvencesi altına almaktadır.<sup>144</sup> AİHM'nin yargılanmanın yenilenmesine yol açacak nitelikteki içtihatlarıyla ilgili olarak Yargıtay; AİHM'nin tespit ettiği ihlallerin neticelerini, etkili bir şekilde ortadan kaldıracak yeni yargılama sonucunda toplanan deliller tartışılıp, suçun ne şekilde işlendiğinin açıklanması gerektiği, mevcut deliller irdelenip, delillerle sonuç arasında bağ kurulup, bu delillerle niçin bu sonuca ulaşıldığının anlatılması, suçun hukuki nitelendirmesi yapılarak, yenilenen yargılamanın daha önceki yargılamaya göre varılan sonuçları değiştirecek bir yenilik sağlayıp sağlamadığının tüm kuşkuları ortadan kaldıracak biçimde açıkça gösterilmesi gerektiği görüşündedir.<sup>145</sup>

Yargıtay kararlarında AİHS'nin, işkence yasağı (m.3), özgürlük ve güvenlik hakkı (m.5), adil yargılanma hakkı (m.6), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m.9) ve ifade özgürlüğü (m.10) düzenlemelerine atıf yapıldığı göze çarpmaktadır.

Bu noktada Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna ilişkin düzenlemelere ve getirilen sistemin etkilerine de değinilmesinde fayda bulunmaktadır.

2010 yılında 5982 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişiklikleri doğrultusunda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakkı getirilmiştir. Anılan Kanun ile Anayasa'nın 148. maddesine eklenen 3. fıkraya göre herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Bu başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması koşulu bulunmaktadır. Bireysel başvuru hakkına ilişkin usul ve esaslar, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45 ila 51. maddeleri arasında

<sup>143</sup> Saldırım, 2016: 164.

<sup>144</sup> Surlu, 2010: 191.

<sup>145</sup> Yargıtay 9.CD, T. 01.03.2007, E. 2007/5836, K.2007/1735. Karar için bkz. Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, Ankara, 2008, s.2145-2146.

düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 76. maddesi uyarınca da bireysel başvuru hakkı ile ilgili yapılan düzenlemeler 23.09.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bireysel başvuru, ikincil (tali) nitelikte bir kanun yolu olarak tasarlanmıştır. Zira insan hakları ihlallerinin engellenmesi öncelikle tüm idare ve yargı mercilerinin görevidir. Bireysel başvuru, ek bir istinaf ya da temyiz yolu değildir. Bu sisteme, kanun yollarında ileri sürülebilecek ya da ortaya çıkan her türlü hukuka aykırılığın giderilmesi değil, ancak Anayasa'da gösterilen haklardan birinin ihlal edildiği iddiası konu olabilmektedir. Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine "doğrudan" bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamamaktadır.

Anayasa'nın 153. maddesine göre; *"Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar."* Benzer düzenleme 6216 sayılı Kanunun "Mahkeme kararları" başlıklı 66. maddesinin 1. fıkrasında da yer almaktadır. 6216 sayılı Kanunun "Kararlar" başlıklı 50. maddesinin 2. fıkrasına göre ise; *"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."* düzenlemesi yer almaktadır.

6216 sayılı Kanunun 49. maddesinin 6. fıkrasında belirtildiği üzere; *"Bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz."*

Bu düzenlemeler birlikte göz önüne alındığında, Anayasa Mahkemesi bir "Süper temyiz mercisi" olarak değerlendirilemez<sup>146</sup> ve Anayasa Mahkemesi de bu şekilde bir inceleme de bulunamaz. Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişiklik ile bireysel başvuru hakkının tanınması, ancak 153. maddede ayrıca bir değişiklik olmaması sonucu bireysel başvurularda verilen kararların niteliği hususunda bazı tartışmalar yaşanmış ise de Anayasa'da bu yönde farklı bir düzenleme tercih edilmemiş oluşu ve bireysel başvurunun objektif yönü nedeniyle, bağlayıcılığı ve etkisi bakımından Anayasa Mahkemesi'nin diğer kararlarından farklı bir niteliğe sahip olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Zira

<sup>146</sup> Şen, 2018.

madde metninde yer alan “kesin” ve “bağlayıcı” ifadeleri bütün AYM kararları açısından söz konusudur. Bu nedenle bireysel başvurulara ilişkin kararlarının “erga omnes” değil sadece “inter partes” olduğu söylenemez.<sup>147</sup> Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru sonucu verdiği kararlar, Yerel Mahkemeleri olduğu kadar Yargıtay’ı da bağlamaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, başvuru üzerine Anayasa Mahkemesince davanın esası hakkında değil, anayasal temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir hakkın ihlali hâlinde başvuru lehine bir karar verilmektedir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü olan mahkeme, Anayasa Mahkemesinin kararında açıkladığı ihlali ve bunun sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde yeni bir yargılama sonucu karar verecektir. Bu karar da koşulları varsa yine temyiz mercisi olan Yargıtay tarafından incelenip denetlenecek ve nihai bir sonuca ulaşılabacaktır.

Dolayısıyla bireysel başvuru ile ihlal edilen hakkın onarılması ve gerekli önlemlerin alınması için Anayasa Mahkemesine tanınan yetki, diğer yüksek mahkemeler açısından kararlarına yönelik bir denetim mekanizması olarak anlaşılmalıdır.<sup>148</sup>

Bu bağlamda 2014 yılında Avrupa Konseyi İnsan Hakları Güven Fonu tarafından finanse edilen ve “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sistemini Destekleme Projesi” kapsamında hazırlanan “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sistemi İhtiyaç Analizi Raporu”nda yargıçların duruma bakış açılarıyla ilgili olarak dikkat çekici tespitlere yer verilmiştir. Buna göre; ilk derece hukuk mahkemeleri hâkimleri, bireysel başvuru kararlarının kesinlikle benzer davalar açısından da bağlayıcı olduğu yorumunda bulunmuşlardır. Ancak ceza mahkemeleri hâkimleri AYM tarafından belirlenen ilkelerin davanın kendine has özellikleri ile yakından bağlantılı olabileceğini, dolayısıyla gerektiğinde AYM kararlarının dışına çıkacaklarını belirtmişlerdir. Yüksek yargı üyelerinin ise benzer davalarda bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığı hakkındaki görüşlerinin oldukça farklılıklar gösterdiği ileri sürülmüştür. Danıştay üyeleri AİHM kararlarında olduğu gibi AYM içtihadlarından yola çıkarak benzer davalarda bu içtihaddan faydalandıklarını belirtirken Yargıtay’ın pek çok üyesi bu kararların genel bir etkiye sahip olduğunu gösteren açık bir yasal düzenleme bulunmadığından bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığının başvuru sahibinin kendi davasının ötesinde ele alınması gerektiği görüşüne karşı çıktığı ileri sürülmüştür.<sup>149</sup>

Yargıtay kararlarına bakıldığında, örneğin, Ceza Genel Kurulu’nun kararların gerekçeli olması gerektiğine, bunun bir hak olduğuna<sup>150</sup>, silahların eşitliği ilkesine<sup>151</sup>,

<sup>147</sup> Karan, 2017;11-12.

<sup>148</sup> Saldırım, 2016: 170.

<sup>149</sup> Rapor için bkz: [https://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/NA\\_Report\\_CC\\_Turkey\\_2014\\_tur.pdf](https://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/NA_Report_CC_Turkey_2014_tur.pdf) (erişim tarihi 11.04.2018).

<sup>150</sup> Yargıtay CGK, T. 26.02.2019, E. 2017/3-230, K. 2019/129.

<sup>151</sup> Yargıtay CGK, T. 24.01.2019, E. 2018/16-334, K. 2019/45.

savunma hakkına ilişkin hakların hatırlatılması gerekliliğine<sup>152</sup> ve ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelere<sup>153</sup> ilişkin değerlendirmelerinde AYM'nin bireysel başvuru kararlarındaki değerlendirmelere de atıf yapıldığı, bu kararlarla benimsenen ilkelerin destek ölçüt olarak kullanıldığı görülmektedir. Özel Daire kararlarında da (örneğin mahkemeye erişim hakkına<sup>154</sup>) benzer yaklaşım görülmektedir.

Bununla birlikte Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2015 yılında verdiği bir kararda, Anayasa Mahkemesince başvuru konutunda arama tanıkları hazır bulundurulmadan yapılan bir aramada ele geçen delillerin hükme esas alınması ile ilgili bir olayda verilen 19.11.2014 gün ve 2013/6183 numaralı Bireysel Başvuru kararındaki açıklamalara aynen yer vermiş, Anayasa Mahkemesince aramanın icrasına ilişkin CMK'nın 119/4. (CMUK 97/2) maddesine aykırılığın sadece basit şekli bir kurala aykırılık olarak telakki edilmediği, bu kurala aykırı bir arama sonucunda elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılması suretiyle hüküm kurulmasının adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğuna vurgu yaptıktan sonra;

*“Bilindiği üzere Anayasanın 148. maddesi uyarınca herkesin Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakkı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin diğer kararları gibi bireysel başvuruları inceleyen Bölüm kararları da yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlamaktadır. Bu itibarla Anayasa Mahkemesinin emsal nitelikteki bu kararı karşısında mevcut içtihatların yeniden gözden geçirilmesi gerekmiştir.”*

Değerlendirmesiyle açıkça, bireysel başvuru kararlarının Yargıtay'ı da bağladığını, bu kararlar nedeniyle içtihatların yeniden ele alınması gerektiği sonucuna ulaşmış ve dosyadaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller değerlendirme dışı tutulduğunda sanığın cezalandırılmasına yeterli delil bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.<sup>155</sup>

<sup>152</sup> Yargıtay CGK, T. 25.10.2016, E. 2014/14-728, K. 2016/389.

<sup>153</sup> Yargıtay CGK, T. 14.03.2019, E. 2018/18-492, K. 2019/213.

<sup>154</sup> Yargıtay 19. CD, T. 21.06.2018, E. 2018/2659, K. 2018/7562.

<sup>155</sup> Yargıtay CGK, T. 28.04.2015, E. 2013/9-469, K. 2015/132. Oysa Yargıtay CGK'nın, 26.06.2007 tarihli, 147-159 sayılı ve 13.03.2012 tarihli, 278-96 sayılı eski kararlarında, CMK'da öngörüldüğü gibi Cumhuriyet Savcısı hazır olmaksızın konut ve işyeri gibi kapalı yerlerde arama yapılırken, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulmaması hukuka aykırı kabul edilmiş ancak delil yasaklarına ilişkin olarak öğretideki “mutlak delil yasakları” ve “nisbi delil yasakları” ayırımıyla hareketle, somut olaylarda, sanıkların arama kararı ve işlemine, arama yapılırken haklarının ihlal edildiğine yönelik bir itiraz ve yakınmalarının bulunmaması karşısında, sırf arama işlemi sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması, sonuca etkili olmayan “şekli-nisbi hukuka aykırılık” olarak değerlendirip, şekli bir aykırılıkta, herhangi bir hakkın ihlal edildiğinin söylenemeyeceği görüşünü benimsenmişti.



Bundan sonraki bölümde, Ceza Dairelerinin, AİHS'yi yetki alanlarına giren suçlarda, somut olaya özgü durumlar ve ilgili insan hakkı kavramı bazında ne şekilde değerlendirdiği, mümkün mertebe güncel içtihatlarından faydalanılmak suretiyle değinilmiştir.<sup>156</sup> Bu kararlardan görüleceği üzere Genel Kurul ve Ceza Daireleri yeri geldiğinde, görüşünü yasal düzenlemeler ve AİHS hükümlerinin yanı sıra, AİHM içtihatlarına dayanmak suretiyle de güçlendirilmiştir. Daire kararlarına yansımamakla birlikte, oy çokluğuyla çıkan bazı kararlarda ise, üyelerin sözleşmeye atıf yaptıkları görülmektedir. Bu durum da müzakereler sırasında Sözleşmenin gündeme geldiği, ancak heyetin çoğunluğunun azınlıkta kalan üyelerin anladığı şekilde Sözleşmeyi yorumlamadıkları veya dikkate almadıklarını göstermektedir.<sup>157</sup>

### 2.2.1. Yaşama Hakkı

Yaşam, diğer tüm insan haklarının başlangıç noktası olup, mantıksal olarak da ön şartıdır. Çünkü önce yaşam vardır.<sup>158</sup> Eğer bir kimse yaşam hakkından keyfi olarak yoksun bırakılırsa diğer hakların bir anlamı olmayacaktır. Bu hakkın geri alınamaz olması, temel olma niteliğini sağlamaktadır: “Savaş zamanında ve ulusun varlığını tehdit eden diğer olağan üstü durumlarda” bile bu haktan vazgeçilemez – fakat “Meşru savaş filleri sonucunda meydana gelen ölümler” yaşam hakkının ihlal edildiği manasına gelmemektedir (m.15/2).<sup>159</sup>

AİHM Büyük Dairesi;

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, yaşam hakkını güvence altına alan ve ölüm cezası verilmesinin haklı olabileceği koşulları belirleyen 2. maddesi, Sözleşme'nin, askıya alınmasına izin verilmeyen en temel hükümleri arasında yer almaktadır. İşkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele veya cezayı yasaklayan 3. madde ile birlikte, Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden biri,” olduğunu vurgulamaktadır.<sup>160</sup>

AİHS'nin 2. maddesi ile yaşam hakkı koruma altına alınarak, maddede sınırlı bir biçimde sayılma suretiyle devletin sorumlu tutulamayacağı durumlar belirlenmiştir.

Düzenlemeye göre, kanunun ölüm cezası öngördüğü bir suçtan dolayı hükmedilen cezanın infazı hariç, kimsenin yaşamı kasıtlı olarak sonlandırılmaz. Ancak ölüm:

- a) Bireyin kanun dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;
- b) Bir kimsenin yasalarda öngörülen usule uygun olarak yakalanmasını sağlamak yahut usulünce tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını engelleme,

<sup>156</sup> Atıf yapılan kararlara <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp> adresinden ulaşmak mümkündür.

<sup>157</sup> Başlar, 2008: 76.

<sup>158</sup> Doğan, 2015: 409.

<sup>159</sup> Douwe, [http://www.anayasa.gov.tr/files/insan\\_haklari\\_mahkemesi/el\\_kitaplari/aihsmad2yasamhakki.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/aihsmad2yasamhakki.pdf), (erişim tarihi: 27.12.2017).

<sup>160</sup> Makaratzis-Yunansitan, B. No: 50385/99, T. 20 Aralık 2004.

c) Bir ayaklanma veya isyanın yine kanuna uygun olarak sonlandırılması, (AİHS m.2) Durumlarından birinde, zorunlu olan seviyeyi aşmayacak kadar güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu madde ihlal edilmiş sayılmaz.

Bu şartlar yerine getirilmiş olsa dahi öldürücü kuvvetin kullanımına sadece kesinlikle zorunlu/gerekli olan derecede izin verilir. Neyin kesinlikle gerekli olduğu ise vakanın şartlarına göre değişir.<sup>161</sup>

Devletin sadece insan yaşamına saygı gösterme (devlet organları aracılığıyla izin verilen istisnalar dışında, yaşamı hukuka aykırı bir şekilde sona erdirmeme) anlamında negatif bir yükümlülüğü bulunmayıp, buna paralel olarak insan yaşamını etkili bir biçimde korumak, yaşam hakkının ihlali halinde etkili bir ceza kovuşturmasını organize ederek caydırıcı cezalar vermek şeklinde pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır.<sup>162</sup>

Gerek Anayasa gerekse AİHS’de kişilere tanınan yaşama hakkı her türlü saldırıya karşı korunmakta olup yaşama hakkının olumsuz yönde yorumlanması suretiyle “Ölme hakkı” veya “İntihar hakkı”ndan söz edilmesi de hukuken mümkün gözükmemektedir.<sup>163</sup>

AİHS’nin 2. maddesinde mahkemelerce yasaya uygun olarak verilen ölüm cezalarını bu hakkın bir istisnası olarak saymakla beraber 2003 yılında yürürlüğe giren ve ülkemiz tarafından da onaylanan 13 No.lu Protokol ile ölüm cezasını mutlak olarak ortadan kaldırmıştır. AİHS açısından bu hak, gözaltında kaybolmalar, faili meçhul cinayetleri, her türlü şüpheli ölümün araştırılması ve varsa faileri olabilecek kişiler belirlenerek haklarında aynı kurallar çerçevesinde, kamu davası açılma gerekliliğini kapsamaktadır. Bu bağlamda AİHM kararlarına bakıldığında yaşama hakkının ihlali nedeniyle ülkelerin mahkûmiyetine yol açan sebepler olarak; cezaevinde yaşanan veya gözaltındaki intihar ve kaybedilme vakaları, çatışmada öldürme, faili meçhul ölümler, göstericiler dağıtılırken öldürme, gözaltına alırken öldürme ve bireylerin öldürme fiilleri ile gözaltına alırken veya cezaevinde yaralama, gözaltındayken öldürmekle tehdit etme ve sağlık hizmetlerinden faydalandırmama biçimindeki ölüm riski içeren olaylar gözükmemektedir.<sup>164</sup>

Ceninin yaşama hakkının korunması hususunda AİHM açık bir tavır almaktan kaçınmakta, hayatın başlangıcı noktasında bilimsel ve hukuki bir uzlaşma olmadığı, Taraf Devletlerin bu hususta takdir hakkı olduğu vurgulanmıştır.<sup>165</sup>

AİHS ile her durumda idam cezası yasaklanmıştır. AİHM, başvurucuların idam cezasını öngören suçlar sebebiyle başka bir ülkeye iade edilmesi halinde, insanların aşırı stres

<sup>161</sup> Garlicki, 2004: 81.

<sup>162</sup> Tezcan vd., 2010: 90.

<sup>163</sup> Koca ve Üzülmez, 2016:26.

<sup>164</sup> Özen, 2003: 129.

<sup>165</sup> Tezcan vd., 2010: 92-94.

ve psikolojik travma altında infaz edilmeyi bekledikleri "ölüm koridoru olgusu" sebebiyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesine aykırı olarak insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz kalacağını<sup>166</sup>, iade durumunda gerçek bir ölüm cezası riski nedeniyle de 2. maddenin ihlâl edileceğini<sup>167</sup> belirtmektedir. Mahkeme ölüm cezasının kaldırılarak müebbet hapis cezasına dönüştürüldüğü gerekçesiyle, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinin ihlâl edilmediğine hükmetmiştir.<sup>168</sup>

Son yıllarda görülmese de gözaltında meydana gelen ölümler ülkemizin başını çokça ağrıtmış, Türkiye AİHM önüne götürülen davaların çoğunda mahkûm olmuştur. Bu mahkûmiyet gerekçelerinin ekseriyetle "Etkili soruşturma yapılmamasına" bağlandığı görülmüştür.<sup>169</sup>

AİHM kararları incelendiğinde, güvenlik güçlerinin ölümle sonuçlanan kuvvet kullanımı, ilk olarak Mahkeme'nin 27.09.2005 tarihli McCann ve Diğerleri-Birleşik Krallık kararında detaylarıyla ele alınmıştır. Karara göre yaşam hakkı ancak "Mutlak zorunlu" hâllerde ihlâl edilebilir. Buradaki "Mutlak zorunlu hâl" in ise, normal şartlarda Sözleşme'nin 8. ve 11. maddelerinin 2. fıkraları uyarınca Devletlerin eylemlerinin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının belirlenmesine yönelik olarak uygulanan testten "daha katı ve zorlayıcı bir gereklilik testi" uygulanması gerektiğine işaret eden bir ifade olduğunun altı çizilmiştir. 2. madde uyarınca, kolluk güçlerinin ölümcül güç kullanması ancak belli durumlarda haklı görülebilir, yürütülen operasyonların iç hukuk tarafından yetkilendirilmesi ve yeterli şekilde düzenlenmesi gereklidir.<sup>170</sup>

"Mutlak zorunlu" güç kullanımıyla ilgili olarak bir cezaevinde yaşanan kargaşaları bastırma amacıyla mahkûmlara karşı kullanılan ve sekiz mahkûmun ölümüyle sonuçlanan güç kullanımı, Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında bu kapsamda olarak görülmemiş, AİHM, ölen sekiz ve sağ kurtulan altı yaralı mahkûmun yaşama hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir. Mevcut davada, güvenlik güçleri isyancı oldukları düşünülen hükümlüleri bastırmak için göz yaşartıcı gaz ya da onları etkisiz hale getirecek başka bir yöntem kullanma girişiminde bulunmamıştır. Güvenlik güçleri cop ve sopalarla vurmuşlardır. Dosyada ölenlerin ve hayatta kalan başvuranların ya da aralarından sadece bazılarının bu "isyana" aktif olarak katıldıklarını veya polis ve askerlere saldırdıklarını gösteren kanıtlanabilir herhangi bir unsur bulunmamaktadır.<sup>171</sup>

<sup>166</sup> Soering-Birleşik Krallık, B. No: 14038/88, T. 07.07.1989.

<sup>167</sup> Bader ve Diğerleri-İsveç, B. No: 13284/04, T. 08.10.2005.

<sup>168</sup> Öcalan-Türkiye, B. No: 46221/99, T. 12.05.2005.

<sup>169</sup> Öztürk ve Erdem, 2008: 157.

<sup>170</sup> [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Life\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Life_TUR.pdf) (erişim tarihi: 06.11.2018).

<sup>171</sup> Perişan ve Diğerleri-Türkiye, B. No: 12336/03, T. 20.05.2010.

Akut psikotik bozuklukları olan bir kişinin tutuklu bulunduğu sırada intihar etmesiyle ilgili olayda Mahkeme, akıl hastalarının hassas durumlarının özel korumayı gerekli kıldığını tekrarlayarak, şahsın ruhsal durumuyla ilgili teşhise ve daha önce intihara teşebbüs etmesine rağmen psikiyatrik tedavi için hiçbir görüşme yapılmaması hususunu dikkat çekici bulur. Şahsın, ilk intihar girişiminden üç gün sonra cezaevi disiplin kurulu tarafından en üst had olan 45 gün süreyle hücreye konulmasına karar verildiği davada 2. maddenin ihlâl edildiğine hükmeder.<sup>172</sup> Benzer şekilde AİHM, uyuşturucu bağımlısı olan bir mahkûmun cezaevinde intihar etmesiyle ilgili olarak, Devletin hassas durumdaki mahkûmun intihar etmesini önleme konusunda ihtimam gösterme yükümlülüğünü yerine getirmediğini belirleyerek (disiplin cezası nedeniyle hücreye konulmuştu) ikinci maddenin ihlâl edildiğini tespit etmiştir.<sup>173</sup>

Yaşama hakkı bağlamda ülkemizde temyiz mercisinin uygulamalarına bakıldığında, Sözleşme'nin 2. maddesindeki "*Meşru müdafâ durumunda kuvvete başvurma* keskin zorunluluk hâline gelmesi" yönündeki düzenleme ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 16/6. maddesi gözetilerek, maktulün, polis memurlarını hedef alarak ateş ettiği, polis memurlarının kendilerinin ve orada bulunan diğer kişilerin can güvenliğini korumak için ateşle karşılık vermesi üzerine de maktulün başından tek isabetle vurulduğu bir olaya ilişkin olarak Yargıtay 1. Ceza Dairesince, kararda somut olayın diğer özellikleri tartışıldıktan sonra polis memuru olan sanıkların eylemlerinin, 5237 sayılı TCK'nın meşru savunmaya ilişkin 25. maddesinde yer alan "Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez" şeklindeki düzenleme kapsamında kaldığı ve meşru savunmada aşırıya da kaçılmadığı görüşüyle; sanıklar hakkında 5271 sayılı CMK'nın 223/2-d maddesi uyarınca beraat kararı verilmesi gerektiği yargısına varılmıştır.<sup>174</sup>

Farklı bir olayda, yine polis memuru sanığın, kendisini kasten yaralayarak kaçan ve suçüstü halinde bulunan maktulün kaçmasını engellemek için uyarıda bulunduğu, maktulün buna rağmen kaçmaya devam etmesi nedeniyle de öldürme kastı olmaksızın maktulün ayaklarına doğru ateş ederek yakalamayı amaçladığı ancak bu sırada kendinden geçerek yere yığılması nedeniyle hedefi tam olarak ayarlayamadığı ve mermilerden bir tanesinin maktulün sırt bölgesine isabet ederek ölümüne neden olduğu olayda; Anayasanın 17, AİHS'nin 2. maddesinde yer alan "Yaşama hakkı"na ilişkin olarak, aynı maddenin b bendindeki "Usulüne uygun olarak yakalamak veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını

<sup>172</sup> Renolde-Fransa, B. No: 5608/05, T. 16.10.2008.

<sup>173</sup> Ketreb-Fransa, B. No: 38447/09, T. 19.07.2012.

<sup>174</sup> Yargıtay 1. CD, T. 25.06.2012, E. 2011/528, K. 2012/5159.

önlemek için” kuvvete başvurulmasının kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda ölüm meydana gelmişse yaşama hakkının ihlal edilmiş sayılamayacağı yönündeki düzenlemesi ve PVSK’nın 16/7-c maddelerine uygun hareket ettiği kabul edilmiş, olayın oluşu, sanığın olay anındaki durumu ve atış sayısını dikkate alarak, hukuka uygunluk nedenlerinden Kanunun emrini yerine getirmede sınırın taksirle aşılması söz konusu olduğundan, TCK’nın 24/1, 27/1 ve 85/1 maddeleri uyarınca uygulama yapılması gerektiği gözetilmeden kasten öldürme suçundan hüküm kurulması suretiyle suç vasfında yanılığa düşülmesi bozma nedeni yapılmıştır.<sup>175</sup>

### 2.2.2. İşkence Yasağı

Sözleşme’nin üçüncü maddesine göre kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz. Bu hak mutlak nitelikte olup herhangi bir istisnası sözleşmede gösterilmemiştir. Devletler 15. maddeye dayanarak bile olsa bu maddeden muaf olamazlar. Üçüncü madde ile sadece işkence değil aynı zamanda insanlık dışı veya onur kırıcı ceza veya muamele de yasaklanmıştır.

İşkence Ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani Veya Küçültücü Muamele Veya Cezaya Karşı 1984 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin 1. maddesinde tanımlandığı şekliyle işkence; *“Bir şahsa veya üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlendiğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetken herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren bir fiil”* anlamına gelir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da işkenceyi, itiraf ya da bilgi almak veya kişiyi cezalandırmak gibi özel bir amaca yönelik ve kasıtlı olarak yapılan ve genellikle insanlık dışı muamelenin daha ağır bir halini oluşturan bir vakıa olarak tespit etmiştir. Kaynaklanan ıstırapın yeterince güçlü olması halinde zihinsel acıya sebep olan diğer davranışlarında işkence sayılabileceğini vurgulamıştır.<sup>176</sup>

İşkence ile insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya ceza arasındaki fark, muamelenin seviyesinde kendisi göstermekte, nitelik olarak bir fark bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle bunların tamamı kötü muamele olmakla birlikte, kötülüğün ağırlığı ve yoğunluğu farkı ortaya çıkarmaktadır. Somut olaya göre kişinin maruz kaldığı baskının, ağırlığı ve yoğunluğu nedeniyle, işkence olmasa bile insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya ceza

<sup>175</sup> Yargıtay 1. CD, T. 29.12.2011, E. 2011/3144, K. 2012/8592.

<sup>176</sup> Tezcan vd., 2010: 137.

olarak nitelendirilebilir.<sup>177</sup> AİHM aranılan minimum yoğunluğun, her bir somut olay bakımından değiştiği ve bireyin yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, bulunulan ortam, muamelenin süresi, uygulama şekli, fiziksel ve mental yansımalarının bu duruma etki ettiği görüşündedir.<sup>178</sup>

İşkence yasağına ilişkin düzenleme devletlere yalnızca işkence etme yasağını yüklemekle kalmaz, aynı zamanda önleyici (preventive) işlev de yüklemiştir. Yani kimsenin bu tip bir muameleye maruz kalmaması için önleyici ve cezalandırıcı tedbirler almak ve etkin bir kovuşturma yürütmek de devletin sorumluluğu altındadır.<sup>179</sup>

AİHS, terör ve örgütlü suçlarla mücadele gibi en zor koşullarda bile işkenceye, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele veya cezaya izin vermemektedir. AİHS'nin üçüncü maddesi ile 1 ve 4 No.lu Ek Protokoller, hiçbir istisnaya ve 15. madde çerçevesinde ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü durumlarda bile askıya almaya veya yükümlülükleri azaltmaya (derogation) izin vermemektedir.<sup>180</sup>

Bunların yanı sıra işkenceyle alınmış ifadeler nedeniyle fertlerin gerçek dışı açıklama veya kabullerde bulunması ihtimali nedeniyle, Anayasa'nın 38/5. maddesi ile koruma altına alınan sanığın susma hakkını ve Sözleşme'nin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkını ihlal eden kovuşturma mercilerinin eylemleri adaletin yanlış tecellisi tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Bu bakımdan işkence yasağı maddi gerçeğe ulaşma amacına da hizmet etmektedir.<sup>181</sup>

AİHM kararları incelendiğinde, cezaevlerindeki fiziksel ve hijyenik olmayan uygunsuz koşullar<sup>182</sup>, hücre arkadaşları veya gardiyanlar tarafından uygulanan şiddet ve kötü muameleler<sup>183</sup>, aşırı kalabalık<sup>184</sup>, tutuklu veya hükümlülere yeterli tıbbi desteğin sağlanmaması<sup>185</sup>, cezaevinde yaşanan intiharlar<sup>186</sup>, eşcinsel bir mahkûmun diğer mahkûmların sindirici ve yıldırıcı davranışları sonrası şikayetçi olması üzerine uzun süreli hücre tecridine maruz bırakılması<sup>187</sup>, cezaevindeki her ziyaret sonrası çıplak arama yapılması<sup>188</sup>, açlık grevi yapan hükümlünün zorla beslenmesinde tıbbi gereklilik bulunduğuna dair kanıt

<sup>177</sup> Erdoğan, 2007: 145.

<sup>178</sup> Costello/Roberts-Birleşik Krallık, B. No:13134 / 87, T. 25.03.1993

<sup>179</sup> Tezcan vd., 2010: 132.

<sup>180</sup> Nal, 2007: 152-153.

<sup>181</sup> Artuk ve Gökçen, 2018: 282.

<sup>182</sup> Kalashnikov-Rusya, B. No:47095/99, T. 15.07.2002.

<sup>183</sup> Premininy-Rusya, B. No:44973/04, T. 10.02.2011.

<sup>184</sup> Ananyev ve Diğerleri-Rusya, B. No: 42525/07, T. 10.01.2012.

<sup>185</sup> Güveç-Türkiye, B. No: 70337/01, T. 20.01.2009.

<sup>186</sup> Coselav-Türkiye, B. No: 1413/07, T.17.02.2004.

<sup>187</sup> X.-Türkiye, B. No: 24626/09, T. 09.10.2012.

<sup>188</sup> Frerot-Fransa, B. No:70204/01, T. 12.06.2007.

gösterilmemesi ve kullanılan insanlık dışı yöntemler<sup>189</sup> gibi olaylarda işkence yasağına ilişkin üçüncü maddenin ihlâlüne hükmedildiği görülmektedir.

Türkiye bugüne kadar işkence yasağının ihlâlüne ilişkin olarak pek çok kez tazminat ödeme durumunda kalmıştır. Ceza Dairelerinin, işkence yasağı ile ilgili olarak önlerine gelen davalarda, ilgili daireler AİHS'yi ve AİHM içtihatlarını ciddi bir oranda kararlarında kullandığı görülüyor. Örneğin, şikayetçinin 12 Eylül 1980 tarihinde askeri darbe döneminde gözaltında iken, güvenlik güçleri tarafından işkence ve kötü muameleye maruz kaldığına ilişkin suçlamalarının 30 yıl sonra ileri sürülmesinde iç hukuk hükümleri ve AİHS hükümleri çerçevesinde suçun zamanaşımına uğrayıp uğramayacağı noktasında bir kanun yararına bozma istemine ilişkin olarak Özel Daire<sup>190</sup> kapsamlı bir değerlendirmede bulunmuştur. Kararda, uluslararası nitelikteki insan hakları belgelerine göre ceza sorumluluğunda zamanaşımı kuralının, insanlığa karşı soykırım suçları ile barışa karşı suç işleyenler ve savaş suçlarında suçlu bulunanlara uygulanamayacağı hususu vurgulandıktan sonra, iç hukuka ilişkin olarak AİHS'nin yeri ve etkisi konusunda bir dizi açıklamalarda bulunulur. Buna göre;

2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği öncesinde, 1982 Anayasasında uluslararası sözleşmelerin, iç hukuktaki yeri konusunda açık hükümler olmadığı, Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında, uluslararası sözleşme hükümlerini, iç hukuktaki yasalarla eş değerde olduğunu kabul ettiğini, yasaların üstünde görmediğini, 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesine yapılan ekleme ile ikici (düalist) sistem terkedilerek, sözleşmenin doğrudan uygulanabilmesine imkan sağlayan tekli (monist) sistemin getirildiğini, hâkimlerin Anayasa'nın 90/5. maddesine göre AİHS'yi kanun gibi kabul etmek ve ona göre karar vermek durumunda olduklarını, Anayasa'nın 90/5 fıkrasına eklenen üçüncü cümleye göre, uluslararası antlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı düzenlemeler içermesi halinde çıkabilecek uyumsuzluklarda; milletlerarası antlaşmaların uygulanacağı yönündeki düzenlemenin, uygulamada doğan tereddütleri ortadan kaldırdığını, "özel kanun, genel kanun; önceki kanun, sonraki kanun" gibi ilkelerin artık önemini kalmadığını, AİHS ve ek protokol hükümlerinin kanun ile çatışması halinde artık sözleşme ve ek protokollerin esas alınacağını belirtmiştir.

Anılan kararda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ve eki protokollerde; sözleşmenin 2. ve 3. maddelerine ilişkin ihlallerden, suçun işlenmesinden itibaren dava zamanaşımı uygulanmayacağına ilişkin açık bir hüküm mevcut olmadığı, ancak, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesinde belirtilen "Savaş suçları" ve "İnsanlığa karşı suçlar" bakımından dava zamanaşımı uygulanmayacağı öngörüldüğü, işkencenin yasaklanması ve yaşam hakkının korunması konularında; iç hukuktaki yasal düzenlemeleri, iki aşamada tespit etmek gerektiği,

<sup>189</sup> Nevmerzhitsky-Ukrayna, B. No: 54825/00 T. 05.04.2005.

<sup>190</sup> Yargıtay 1. CD, T. 04.12.2013, E. 2013/2656, K. 2013/7378.

iç hukukumuzda; 7.5.2004 tarihinde Anayasa'nın 90/5 maddesinin üçüncü cümlesine kadar olan evrede; suç ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca dava zamanaşımının uygulanamayacağına pozitif hukuk açısından ileri sürülemeyeceği, Anayasa'nın 90/5 fıkrasının üçüncü cümlesinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ise AİHS'nin 2. ve 3. maddelerindeki suçlar yönünden dava zamanaşımının uygulanamayacağına açık olduğu, bu tarihten sonra AİHM kararlarının iç hukukta da hüküm ifade ettiği, Türkiye'nin bu ve benzeri fiillerden ötürü çıkan AİHS ve protokolleri zamanında kabul etmediğini, ağırdan, alttan alarak sözleşmelerin onaylanmasını çok geciktirdiğine dikkat çekilerek, yürürlükten kaldırılan 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nun 102, 103, 104. maddelerinin dava zamanaşımına ilişkin düzenlemeler uyarınca, 7.5.2004 tarihine kadar anılan işkence ve yaşam hakkının ihlaline ilişkin, kamu görevlilerinin işlediği iddia edilen eylemlerdeki dava zamanaşımının üst sınırı olan 8 ve 20 yıllık sürelerin dolduğu, 2004 tarihine kadar iç hukuk hükümleri ile aynı derecede kabul edilen uluslararası sözleşme hükümleri ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2/2. maddesi karşısında şüphelinin lehine olan önceki kanunun uygulanacağı hükmü karşısında; suçlamalara konu edilen fiillerin, dava zamanaşımına uğradığı, uluslararası sözleşmede hükümlerin zamanaşımının dolduğu tarih itibariyle şüphelinin aleyhinde uygulanmasını zorunlu kılan bir normu ifade etmediğinden, uygulamasının mümkün olmadığı kabul edilmiş, ayrıca 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre AİHS'nin 2. ve 3. maddesinde öngörülen suçlar açısından dava zamanaşımı işlemeyeceği yönünde herhangi bir hüküm taşımadığı belirtilmiştir.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi de işkence suçuna ilişkin olarak zamanaşımı nedeniyle verilen düşme kararına yönelik bir incelemesinde, katılan tarafın, hükmün AİHS'ye aykırı olduğu yönündeki temyiz itirazlarını yerinde görmemiştir.<sup>191</sup> Ancak, aynı Dairenin 15.12.2004 tarihindeki kararında, işkence suçundan verilen hükmün zamanaşımı nedeniyle düşürülmesi nedeniyle AİHM Türkiye'yi tazminata mahkum etmiştir.<sup>192</sup> Neyseki Türk Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklik sonrası bu suçta zamanaşımının işlemeyeceği kabul edilmiştir. Düzenlemeden önceki içtihatlar, Ceza Dairelerinin, AİHS'yi tıpkı bir yasa gibi değerlendirip öncelik sonralık ilişkisi içerisinde yorumladığını göstermesi açısından önemlidir.

Yargıtay kararlarına bakıldığında işkence; “Bir kimseye yönelik maddi ve manevi mahiyette eza verici hareketler”, zalimane muameleler; “Mağdura yapılan maddi ve manevi ızdırıp verici her türlü muamele”, insani olmayan muameleler; “İnsanlık kişiliğini ve

<sup>191</sup> Yargıtay 8. CD, T. 25.09.2017, E. 2017/16614, K. 2017/10306.

<sup>192</sup> Terzi/Erkmen-Türkiye, B. No. 31300/05, T. 28.7.2009.



duygusunu öncemli derecede incitici fiiller”, haysiyet kırıcı hareketler ise “Bir kimsenin namus, şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğinde fiilleri” ifade etmektedir.<sup>193</sup>

Somut bir olayda, Hava Kuvvetleri Askeri Mahkemesinde askeri savcı olarak görev yapan sanığın yürüttüğü bir soruşturmada, gözaltındaki katılanları yönlendirerek isteği doğrultusunda ifade vermeleri için zorladığı, bunu sağlamak amacıyla çeşitli vaatlerde bulunduğu, istediği ifadeyi vermemeleri halinde kendilerini meslekten ihraç ettireceğini söylediği, katılanların istediği şekilde ifade vermemesi üzerine bu kez hipnoz ve zihin kontrolü alanında çalışmaları olan diğer sanığı başka bir ilden getirttiği, bu sanığın soruşturmada herhangi bir resmi görevi olmamasına rağmen geceleri sabaha kadar devam eden süreçte yakın mesafeden gözlerine bakmalarını isteyerek katılanlara sorular sorduğu, ayakta durmalarını sağlayıp uyutmayarak, iradelerini zayıflattığı ve suçu ikrar etmeye zorladığı, uyuduklarında ise kısa sürede tekrar kaldırıldıkları, düzenli yemek verilmeyerek açlık çektirildiği, kendilerine ve ailelerine yönelik tehdit ve hakaretlere maruz bırakıldıkları, pis kokulu tuvaleti temizlenmeyen nezarethanelerde tutuldukları, yasalara aykırı olarak gözaltı sürelerinin uzatılmasına ilişkin kararların tebliğ edilmediği ve yakınlarına bilgi verilmediği, böylece insan onuruyla bağdaşmayan fiziksel ve özellikle ruhsal yönden acı çekirilerek, algılama ve irade yeteneklerinin etkilenmesine ve aşağılanmasına yol açan davranışlara maruz kaldıkları, bunun sonucunda da katılanlarda psikolojik sorunların tespit edildiği dosyada, bu suça ilişkin iç hukuktaki durum ve uluslararası düzenlemeler etraflıca değerlendirilmiş, bu kapsamda Sözleşmenin 3.maddesine atıf yapılarak,

*“Kötü muamelenin AİHS'nin 3. maddesi kapsamına girebilmesi için asgari ciddiyet düzeyine ulaşması gerekir. Bu düzeyin değerlendirilmesi göreceli olup yapılan kötü muamelenin süresi, fiziksel ve psikolojik etkileri, gerektiğinde mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu gibi koşullar da gözetilmelidir (AİHM-Mehmet Ali Okur/Türkiye Davası-17.Ocak.2012)” ve “Özgürlüğünden mahrum bırakılmış durumda olan bir kişiye karşı, davranışı gerektirmediği halde fiziksel güç kullanılması insan onuruna saldırı ve ilkesel olarak AİHS'nin 3. maddesi ile güvence altına alınan hakkın ihlalini teşkil etmektedir. (AİHM-Labita/İtalya kararı)”*

Şeklindeki AİHM kararları da vurgulanmıştır.<sup>194</sup>

Başka bir dosyada, polis merkezine getirilen şikayetçinin, polis merkezine birlikte getirildiği diğer şahsın odaya alınıp ikramda bulunmasına itiraz etmesi kendisinin ise gözlem odasına konulmak istenmesine tepki göstermesi ve gözlem odasına gitmemek için direnmesi üzerine polis memuru sanıklar tarafından darp edildiği; daha sonra da nöbet değişimde polis memuru diğer sanık tarafında kameranın olmadığı koridora çektiği ve burada da dövüldüğü, o

<sup>193</sup> Artuk ve Gökçen; 2018: 286.

<sup>194</sup> Yargıtay 8. CD, T. 13.12.2012, E. 2012/29994, K. 2012/38227.

sırada polis merkezinin amiri olan ve darp olayını görmesine, önleme görevi bulunmasına rağmen müdahale etmeyerek suça iştirak eden sanığın ve diğer sanıkların eylemlerinin, sürekli ve sistematik bir hal alması nedeniyle işkence suçunu işledikleri iddia edilen bir olayda, yukarıda belirtilen kararda olduğu gibi AİHS'nin ilgili düzenlemesi ve belirtilen AİHM kararlarına vurgu yapılarak sanıkların atılı suçu işledikleri kabul görmüştür.<sup>195</sup>

Görüldüğü gibi, yukarıda bahsedilen ve tartışmaya açık bir konu olan zamanaşımına ilişkin kararı bir kenara bırakırsak, Yargıtay Ceza Daireleri insanlık dışı bu suçla ilgili olarak oldukça titiz davranmakta, AİHM kararlarında belirtilen kıstaslar doğrultusunda somut olaya özgü koşulları da göz önünde tutarak dosyaları değerlendirmektedir.

### 2.2.3. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

AİHS'nin 5.maddesine göre herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Anılan düzenlemede belirtilen durumlar haricinde ve yasanın öngördüğü usule uyulmaksızın kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. İstisnalar şu şekildedir:

- a) Bir kimsenin, yetkili bir mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet hükmü sonrasında tutulması;
- b) Mahkemelerce yasalara uygun olarak alınan bir karara uyulmaması nedeniyle ya da yasanın getirdiği bir sorumluluğun uygulanmasını temin için bir kimsenin yakalanması veya tutulması;
- c) Suç işlendiği şüphesi için inandırıcı nedenlerin bulunduğu ya da suç işlemesine veya suç işlendikten sonra kişinin kaçmasına engel olma zorunluluğu doğuran makul gerekçelerin mevcut olması halinde, yetkili adli merciye sevk edilmek üzere yakalama veya tutma;
- d) Bir çocuğun, yasalara uygun olarak, gözetim altında eğitim alabilmesi için yöntemince verilmiş bir karar gereği veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere tutulması;
- e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;
- f) Şahısların, kaçak yollardan ülke topraklarına girmekten alıkonulması veya hakkında bir sınır dışı edilme ya da başka bir ülkeye iade işlemlerinin olması sebebiyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması.

Sözleşme'nin 5. maddesinde belirtilen ve muhakeme hukuku amacıyla yapılmayan (bulaşıcı hastalığa yakalananların, akıl hastalarının vs. tutulması) hürriyeti kısıtlayıcı

<sup>195</sup> Yargıtay 8. CD, T. 05.04.2017, E. 2016/5680, K. 2017/3721.

tutmaların, muhakeme kurumu olan tutuklamadan ayırılması ve ayrıca düzenlenmesi gerekir. Nitekim Anayasamızda muhakeme dışı amaçlarla yapılan hürriyet kısıtlamaları ayrıca ele alınmış ve bunlara ilişkin şekli şartların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.<sup>196</sup>

Sözleşmenin 5. maddesi iki grup hükmü içerir. Bunlardan biri “Kişi özgürlüğü ve güvenliğinin tanınması”, diğeri ise “Kişi özgürlüğü ve güvenliğini korumak için alınan önlemler” yani “Güvenceler”dir. Düzenlemede özgürlük deyimini ile bireyin fiziki anlamda özgürlüğü, yani bir yere kapatılmaması, tutulu (yakalama, gözaltı) veya tutuklu olmaması kastedilmektedir.<sup>197</sup> AİHM, demokratik toplumlarda bireylerin yetkili mercilerce keyfi olarak gözaltında tutulmasını engellemek için 5. madde ile sağlanan korumanın önemini vurgulamıştır. Bu kapsamda özgürlükten yoksun kılma, iç hukukun usul ve esasları doğrultusunda bir gereklilik olmalı ve bunun yanı sıra 5. maddenin amacı -bireyin keyfi olarak gözaltına alınmaması- karşılanmalıdır. Özgürlük ve güvenlik hakkı, keyfi gözaltı risklerinin minimum seviyeye çekilmesini, özgürlükten yoksun bırakmanın adli tahkikata tabi olmasını ve yetkililerin bu konudaki güvenilirliğini güvence altına almayı amaçlar. Kişilerin onaysız olarak gözaltında tutulması söz konusu güvencelerin yok sayılarak 5. maddenin ihlali anlamını taşır.<sup>198</sup>

Yakalanan her kişinin, yakalanma nedenlerini ve yöneltilen her türlü suçlamayı en kısa sürede ve anladığı bir dilde öğrenmesi zorunludur.

Düzenlemenin birinci maddesinin (c) fıkrasında öngörülen koşullar doğrultusunda yakalanan veya tutulan herkes, en kısa sürede bir hâkim veya yasayla adli görev verilmiş başkaca bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunludur. Bu kişilerin makul bir süre içinde yargılanması ya da yargılama süresince serbest kalma hakkı bulunmaktadır. İlgilisi, duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat koşuluna bağlı olarak serbest bırakılabilir.

Yakalama veya tutulma suretiyle özgürlüğünden mahrum bırakılan herkes, tutulma işleminin yasal dayanağı hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve serbest kalmak için mahkemeye başvuruda bulunma hakkına sahiptir. Ayrıca haksız bir yakalama veya tutma işlemi, mağduruna tazminat davası açma hakkı da vermektedir.

Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ek olarak getirilen 4 No.lu Protokol’ün “Borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı” başlıklı 1. maddesine göre sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilmemesi, kişilerin özgürlüklerinden mahrumiyetine yol açamaz.

<sup>196</sup> Yenisey ve Nuhoğlu, 2013: 914.

<sup>197</sup> Gölcüklü ve Gözübüyük 2011: 221.

<sup>198</sup> İpek-Türkiye, B. No:25760 / 94, T.17.02.2004.

Bir suç işlediği yönünde makul şüphe bulunan veya suçu işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu inancını doğuran geçerli nedenlerin varlığı nedeniyle bir kimsenin yetkili mercilerin önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması hususunda şunlara dikkat edilmesi gerekir: a) Özgürlükten alıkoyma tedbiri (yakalama ve tutuklama) ceza kovuşturmasının bir parçası olmalıdır, b) Bireyin suç işlediğine dair “geçerli (makul) şüphe” veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak “zorunluluğu” inancını doğuran makul nedenler bulunmalıdır, c) Yakalamanın hedefi, en kısa sürede yakalanan kişiyi yetkili adli merci önüne çıkarmak olmalıdır, d) Tedbirde esas alınan düzenlemelerin yeterince açık olması gerekir, e) Tahliye kararı verilmesinin ardından derhal serbest bırakılma sağlanmalıdır.<sup>199</sup>

Özgürlük ve güvenlik hakkı AİHS ihlalleri dağılımında Türkiye'nin adil yargılanma hakkından sonra en fazla ihlâl ettiği hak olarak göze çarpmaktadır. Bu bağlamda, gözaltına alınan kişilerin kaybolması ile ilgili olaylar ilk kez ülkemiz sayesinde Sözleşme organlarının önüne gelmiştir. Türkiye'nin ilgili kişilerin gözaltına alınmadığını savunduğu bu davalarda AİHM deliller doğrultusunda bu savunmaya itibar etmemiş ve ülkenin “*resmi gözaltı kayıtlarının da güvenilir olmadığı*” kanısına varmıştır.<sup>200</sup>

AİHM kişi özgürlüğünü “özerk” bir kavram olarak yorumlamakta ve her bir somut olayın özelliklerine göre değerlendirmede bulunmaktadır.<sup>201</sup> Mahkeme bir kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasını belirlemede, önceki pek çok karara atıfta bulunarak altı kriter ortaya koymuştur<sup>202</sup>. Bunlar;

- a- Başlangıç noktası olarak, kişinin içinde bulunduğu somut durum, tartışma konusu tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma şekli gibi bütün faktörler dikkate alınmalıdır. Özgürlüğü kısıtlamayla özgürlükten yoksun bırakma arasındaki fark bir derece ya da yoğunluktan ileri gelmekte olup, yapısal veya içerik farkı değildir.
- b- Söz konusu tedbirin “tipini” ve “uygulama şeklini” dikkate alma zorunluluğu, Mahkemenin bir hücredeki hapsedme örneği dışındaki belirli kısıtlama türlerini ve özel bağlamı göz önünde bulundurmasını sağlamaktadır.
- c- Çoğunlukla görünüşün ve kullanılan dilin ötesine bakmak ve mevcut durumun gerçeklerine odaklanmak gerekir. Bir Devletin bir fiili duruma verdiği niteleme veya niteleme eksikliği, Mahkeme'nin özgürlüğün yoksunluğunun varlığına ilişkin sonucunu kati surette etkileyemez.

<sup>199</sup> Dutertre, [http://www.anayasa.gov.tr/files/insan\\_haklari\\_mahkemesi/kitaplar/aihmkararlarindanornekler.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/aihmkararlarindanornekler.pdf), (erişim tarihi: 25.01.2018).

<sup>200</sup> Özdek, 2004: 342.

<sup>201</sup> Şirin, 2018:22.

<sup>202</sup> Kasparov-Rusya, B. No: 53659/07, T. 11.11.2016.

- d- Tutma, gözaltına alınan kişi bunu kabul etse bile Sözleşme'nin 5. maddesini ihlal edebilir. Eğer kişi kendi serbest iradesiyle bir tutukevine ya da sorgulanmak üzere polise gitmeyi kabul etse dahi, bu durum kişinin hürriyetinden yoksun olup olmadığını belirleyici değildir.
- e- Mahkeme ayrıca, söz konusu zorlama derecesini de inceleyecektir. Davadaki olaylar incelendiğinde, başvurunun ayrılmakta serbest olduğunu varsaymak gerçekçi olmazsa, bu normal olarak özgürlüğünden mahrum olduğunu gösterir. Bu, başvuranın bir hücreye kelepçelenmesi veya yerleştirilmesi gibi doğrudan fiziksel bir kısıtlama bulunmadığı hallerde bile söz konusu olabilir.
- f- Sözleşmenin 5.maddesi, çok kısa bir süre için özgürlükten yoksun bırakılmada bile uygulanabilir.

Tutuklulukta geçen sürelerin makul olup olmadığının belirlenmesi noktasında AİHM, 1968 yılındaki bir içtihadından bu yana<sup>203</sup> kişinin gözaltına alındığı tarihten, davaya bakan derece mahkemesinin beraat veya mahkûmiyet kararı verdiği tarihe kadar geçen süreyi esas aldığı görülmektedir. Yani temyiz aşamasında geçen, Yargıtay'ın terminolojisiyle hüküm özlü tutukluluk, bu hesaba dahil edilmemektedir. Mahkeme'ye göre bu aşamadaki tutuklamalar sonuçlanmış bir mahkeme kararına dayandığından farklı bir değerlendirmeye (Sözleşme m. 5/1-a) tabi tutulmalıdır. Bu yaklaşımı Anayasa Mahkemesi de benimsemiş durumdadır.<sup>204</sup>

Bu bağlamda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan tutukluluk süreleri yönünden Ceza Genel Kurulu çokça tartışılan bir içtihadı imza atmıştır. Kurul Başkanı ve 15 üyenin karşı oyu ile verilen kararda<sup>205</sup>;

*"...Tutukluluk sürelerinin hesabında yerel mahkeme tarafından hüküm verilinceye kadar geçen süre dikkate alınmalı, buna karşın yerel mahkeme tarafından hükmün verilmesinden sonra tutuklu sanığın hükmün tutuklu hale gelmesi nedeniyle temyizde geçen süre hesaba katılmamalıdır. Zira, hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmakla sanığın altılı suçu işlediği yerel mahkeme tarafından sabit görülmekte ve bu aşamadan sonra tutukluluğun dayanağı mahkûmiyet hükmü olmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de AİHS'nin 5. maddesinin uygulamasına ilişkin olarak verdiği kararlarda tutuklulukla ilgili makul sürenin hesabında, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünden sonra geçen süreyi dikkate almamaktadır. Somut olayda, 22.04.2005 tarihinde tutuklanan sanık Doğan'ın Ceza Genel Kurulu'ndaki inceleme tarihi itibarıyla CYY'nın 102/2. maddesinde belirtilen beş yıllık tutukluluk süresinin dolduğu ve bu nedenle tahliyesine karar verilmesi gerektiği ileri sürülebilecek ise de, yerel mahkemenin hüküm tarihi olan 22.03.2010 tarihinde henüz beş yıllık sürenin dolmamış*

<sup>203</sup> Wemhoff-Almanya, B. No: 2122/64, T. 27.06.1968.

<sup>204</sup> Şirin, 2018: 177-178.

<sup>205</sup> YCGK, T. 12.04.2011, E. 2011/1-51, K.2011/42.

*bulunması ve temyiz aşamasında geçen sürenin maddede yazılı azami tutukluluk süresinin hesabında dikkate alınmayacak olması nedeniyle, yasal olarak tahliyesine karar verme zorunluluğu bulunmamaktadır.*

*Bu itibarla, hakkındaki hükmün aleyhe bozulmuş olması da göz önüne alındığında sanık Doğan'ın tutukluluk halinin devamına karar verilmelidir.”,*

Gerekçesiyle hükümlülüğüne karar verilen sanığın, bu aşamadan sonra tutukluluğunun dayanağının mahkûmiyet hükmü olacağına işaret edilmiş ve temyiz evresinde geçen sürenin tutukluluk süresine dahil edilmeyeceğine karar verilmiştir. Ancak karşı oy gerekçelerinden<sup>206</sup>

<sup>206</sup> Tutukluluğun devamına ilişkin çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Üyesi H. Y. Aktan; “Koruma tedbirlerinden tutuklamanın süresi Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 102. maddesinde düzenlenmiştir. Madde ‘Tutuklulukta geçecek süre’ başlığını taşımaktadır. Ağır Cezalı suçlara ilişkin süre, maddenin ikinci fıkrasında ‘Ağır Ceza Mahkemesi’ nin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçmez.’ Şeklinde dir.

Koruma tedbiri olması göz önüne alındığında tutuklamanın ancak şüpheli/ sanık statüsüyle ilgili olduğu açıktır. CMK'nın 2. maddesinin 1. fıkrası; “a ) şüpheli soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi, b )Sanık: Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi’ tanımlamaktadır.

Anılan normatif düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde tutuklama ve buna ilişkin uzatma sürelerinin içine ilk derece mahkemesi ile Yargıtay'da geçecek sürelerin dahil olduğu tartışmasızdır. Düzenlemeden de görüleceği üzere ana süre iki yıl, uzatma süresi ise üç yıldır. Tutukluluk süresi denildiğinde münhasıran ana süre anlaşılmalıdır. Maddenin yazımından çıkan budur. Öte yandan uzatma süresine ayrıca ‘zorunlu hallerde’ denilmek suretiyle ilave koşul getirilmiştir. Bu nedenle de ‘uzatma süresi’ daha sıkı koşullara bağlanmıştır. Muhakeme hukukunda kıyas olanaklı ise de özgürlükler bakımından bu kuralın sınırı vardır. Sınırlayıcı ve istisnai hükümlerde kıyas yasak olduğu gibi koruma tedbirlerinin kanuniliği ilkesi nedeniyle de kıyas olanaksızdır. ( Yener Ünver- Hakan Hakeri: Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2011, S. 26 vd. )Uzatma süresi yönünden ağırlaştırıcı kuralların konulmuş olması karşısında, bu nedenle, tutukluluk süresi dolduktan sonra verilecek uzatma kararlarında ‘gösterilecek gerekçe ilk tutuklama kararından daha kuvvetli suç şüphesi-işleme şüphesi bulunduğunun ortaya konması gerekir’ ( Ayşe Nuhoğlu: ‘Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama’ Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı, Türk Ceza Hukuk Derneği Yayını, İstanbul, 2009, S.175-191 ) Ağır Ceza Mahkemesinin görevine giren suçlardan toplam tutukluluk süresinin beş yıl kabul edilmesi halinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (Sözleşme) 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edilmiş olacağı öğretide ifade edilmektedir. (Ör. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, İstanbul, 2008, S. 887; Ünver-Hakeri, age, S. 372 vd ) Sözleşmeyi yorumlayan ve uygulayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ( AİHM ) 60 yıllık içtihadı Sözleşme ile bir bütün oluşturmakta ve W/İsviçre ( 1993 )davasındaki 4 yıllık tutukluluk süresi istisnası dışında tutukluluklar bu sürenin altında kalsa dahi ihlal kararları verilmektedir. Dahası C.Demirel/Türkiye (2009) kararında Türkiye'nin normatif düzenlemesi de sözleşmeye aykırı bulunmuştur. AİHM'nin istisna kararları gözetildiğinde Türkiye'deki uzatma süresiyle birlikte toplam tutukluluk süresinin, istisnanın da üzerinde olduğu görülmektedir. (Rıza Türmen: ‘Tutukluluk, AİHM ve 90. madde’ Milleyet, 10 Ocak 2011) Normatif düzenleme, uygulama ve AİHM'nin kararları birlikte gözetilerek öğretilde ‘Ağır Cezalı suçlardaki bu beş yıllık süre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde gösterilen makul süreyi aşar nitelikte gözükmektedir. Bu nedenle maddeyi maksada uygun şekilde yorumlamalı ve sürenin uzatma ile birlikte üç yılı geçemeyeceği anlamını maddeye vermeye çalışmalıdır’ (Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, age, s.887) değerlendirilmesi yapılmaktadır.

CMK'nın 2/1-a-b ve 102. maddelerin birlikte ele alınmasında iç hukukumuzda tutuklama ile süre getirilmiş olması ve bu sürenin kapsayıcı nitelikte bulunması karşısında da AİHS ve AİHM içtihadına göre düzenlemenin lehe olduğu kabul edilmelidir. Yeter ki AİHM içtihatlarındaki ölçütler gözetilsin! AİHM'in anılan süreye, üst mahkemede geçecek süreyi dahil etmemesi tutukluluğun 4 yılı aşmasını makul gördüğü anlamına alınma yanlışlığına düşülmemelidir. İç hukuktaki düzenleme Yargıtay'da geçecek süreyi kapsadığı için, üst mahkemede süreyi kapsadığı için, üst mahkemede süreyi dahil etmeyen AİHM'in Wemhoff v. Almanya (1968) kararının örnek alınmasını ve uygulanmasını haklı kılmaz. Normatif düzenlemeye göre Yargıtay'da geçecek süre dahil olduğu için AİHM'in anılan kararı sürenin miktarına ilişkin de değildir. Dört yıllık süreyi ancak istisnai kararında kabul ederek ve sürekli olarak bu sürenin altındaki süreleri sözleşmeye aykırı gören kararlar ve özellikle kullanılan ölçütler dikkate alınmalıdır. Wemhoff v. Almanya kararına üstünlük verilmesi Anayasa'nın 90/son maddesine de aykırıdır. Bu arada hemen ifade edilmelidir ki somut olayda yerel

mahkemedeki tutuklama süresi Wemhoff Kararına da aykırıdır. Çünkü ilk derece mahkemesinde geçmiş bulunan süre AİHM içtihadına göre de uzundur.

Öte yandan Anayasanın 90/son maddesinde, sözleşme hükümleri ile iç hukukun çatışmasında, sözleşmeye üstünlük tanınırken iç hukukun aleyhe olması hali dikkate alınmıştır. '90. maddedeki değişiklikte, değiştirme düşüncesinin arka planında temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların iç hukukta yürürlüğe konuşmuş kanunlara nazaran daha lehe hükümler getirmiş olduğu ön kabulü yatmaktadır.' ( H.Y.Aktan: 'Uluslar arası Sözleşmelerin Yargıtay Ceza Dairelerine Uygulanması' İnsan Hakları Uluslar arası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması-Anayasa, md. 90/ son, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2004, s. 141-149) Gerçekten de Anayasa değişikliğinin genel gerekçe'sinde '...diğer yandan, dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması ve bu açılıma uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normal ile Avrupa birliği kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacı temel yasamız olan Anayasa'da da değişiklikler yapma zorunluluğu doğurmuştur.' Denilmiştir, 90. maddenin (son) fıkrasına ilişkin madde gerekçesinde ise 'insan Haklarına' ilişkin uluslararası antlaşmalardan söz edilmiştir.

Düzenlemeye göre uluslararası antlaşmaların hükümleri ile iç hukukun çatışması ve antlaşma hükmünün hele olması halinde iç hukuk kuralı uygulanamayacaktır. Hatta Anayasa'nın 90/son maddesindeki düzenleme, uluslararası denetim organlarının kararlarının da göz önüne alınmasını gerektirir. (Mesut Gülmez: 'İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmenin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması' İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması-içinde-s. 38-83)

Wemhoff v. Almanya (1968) kararı uluslararası denetim organı olan AİHM tarafından verilmiş, ancak üst mahkemede süresini tutukluluk süresinden saymadığı ve CMK'nın 2 ve 102. maddeleriyle çalıştığı ve iç hukuk lehe olduğu için Anayasa'nın 90/son maddesine göre anılan karara üstünlük ve öncelik tanınmaz. Bir başka ifadeyle Wemhoff Kararı nitelik olarak insan haklarına, üst mahkemede süreyi dahil eden iç düzenlemeye göre daha geridedir. Yargıtay'da geçen süreyi dahil eden iç düzenleme, AİHM'in genel içtihadı ile birlikte düşünülmeli ve bu bağlamda dört yılı geçmemek üzere yorumlama yapılarak uygulama yapılmalıdır. Kaldı ki üst mahkemede geçecek sürenin sözleşmenin 6. maddesine göre ihlali beraberinde getireceği de unutulmamalıdır.

Çoğunluğun yorumlaması, 90/son maddenin, düzenleme gerekçesine ve içeriğine aykırı düşmektedir. 'Çatışma halinde sözleşme uygulanmalıdır' kabul edilirse bir örnek verilmelidir: Bilindiği üzere TCK'nın 80. maddesi insan ticareti suçunu düzenlemekte ve fuhuş yaptırmak amaçlı insan ticaretini yaptırım altında almaktadır. Madde gerekçesi de bu konudaki 'Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi' ve 'Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol' hükümlerinin gereğinin yerine getirilmesi için düzenleme yapıldığına işaret etmektedir. Sözleşmeye Ek Protokol'ün 3/a maddesine göre fuhuşun yanı sıra cinsel istismar'ın da cezai yaptırımı alınması öngörülmektedir. İç hukuka (TCK. m. 80) nazaran Protokol'ün kapsamı (m.3/a) daha geniştir. Sanık hakları bağlamında çatışma söz konusudur. Cinsel istismar amaçlı insan ticareti iç hukuk yönünden olanaksız olmakla birlikte çoğunluğun yorumlanmasına göre bu mümkün olacaktır. Oysa Türk Ceza Kanunu'nda (m. 80) cinsel istismar amaçlı insan ticareti düzenlenmesi bulunmadığı ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi (TCK. m. 2; Ay. M. 38) gereği mevcut madde kapsamında ceza verilmeyecektir. Keza, muhakeme hukukunda kimi zaman AİHM tarafından dikkate alınan 'delil tartımı' uygulaması iç hukuktaki düzenlemeler (A. m. 38/7; CMK. M. 271)karşısında uygulama alanı bulamayacaktır.

Bu açıklamalar ışığında;

-İç hukuktaki düzenlemenin lehe olduğu gözetilerek Yargıtay'da geçen tutukluluk süresi nazara alınmalı,

-Bu süre nazara alınırken bu kez AİHM'in bu konudaki genel içtihadı göz önünde bulundurulmalı,

-Farklı düşünüldüğünde dahi adil yargılanma hükmünün (sözleşme, m. 6) ihlal edilmiş olacağı unutulmamalıdır.

Çoğunluğun yorumlamasına/uygulanmasına bu nedenlerle katılabilmek olanaksızdır. Kaldı ki çoğunluk Singh C. Re'publique Tchèque ve Kararını da göz ardı etmiştir. Bu kararla ilgili öğretide 'Mahkeme (AİHM), kişinin özgürlük hakkını öngören korumanın sadece kısa süre'de tutukluluğun düzenlenmesine ilişkin bir yargılamayı değil, aynı zamanda, iki dereceli yargılama sistemini benimsemiş ülkeler için, ilk derece mahkemesini olduğu kadar temyiz muhakemesini de kapsadığı belirtmektedir.' (Ünver-Hakeri, age, s.372-373; kararın Fransızcası için bknz: Deuxieme Section, Affaire Singh c. Republique Tchèque, 60538/00, 25.4.2005, <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk...>) Hatta birden fazla suç için dava ve tutukluluk kararı mevcut olsa dahi süre buna göre uygulanmaktadır. (Bknz. Baltacı/Türkiye, B. No: 495/02, 18.7.2006; solmaz/Türkiye, B. No: 27561/02, Sinan Tumlukolçu: 'Tahliyeler Stresi Altında CMK'nin 102. Maddesi' Güncel Hukuk, Nisan 2011/4-88, s. 52/55)".

ve doktrindeki tepkilerden anlaşılacağı üzere<sup>207</sup>, bu kararın, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun sistematiği ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin öngördüğü özgürlükler sistemi karşısında kabul görmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.<sup>208</sup> Ne var ki Anayasa Mahkemesince verilen 4.7.2013 tarihli karar doğrultusunda, hatalı olarak görülen bu uygulamanın tersine döndürebileceği değerlendirilmektedir.<sup>209</sup>

Haksız yakalama ve tutuklama nedeniyle tazminatlara ilişkin olarak verilen kararların, AİHS ve AİHM'in belirlediği standartlar doğrultusunda yakın zamanda gelişme gösterdiği dikkat çekmektedir. Söz konusu Yargıtay kararları, CMK'nın 141 vd. maddelerini etkin kılan yorumlar içermekte olup, konuya ilişkin olarak Yargıtay tarafından atılan ilk önemli adım 2011 yılında düzenlenen yeni iş bölümü kararı olmuştur. Buna göre, daha önce haksız yakalama ve tutuklama nedeniyle tazminat davalarını, işin esasına bakmakla görevli daire tarafından incelemektedirken, artık söz konusu davaların tümünün temyiz incelemelerinin 12. Ceza Dairesinde değerlendirmesi öngörülmüştür. Bu sayede, aynı konularda farklı içtihat çıkmasının önüne geçilmek istenmiştir.<sup>210</sup>

Yargıtay, AİHS'nin 5 ve Anayasa'nın 19. maddesi ile diğer yasal düzenlemelerde aranan koşullar bulunmadığı ve uymak zorunda oldukları yasal bir zorunluluk olmadığı sürece kişilerin tutulması, alıkonulması, araçta yada karakolda bekletilmeleri haksız gözaltı olarak nitelendirmiştir.<sup>211</sup> Ceza Genel Kurulu AİHS'yi uyuşmazlık kapsamında değerlendirilmesi gereken hükümler kapsamında dikkate alarak, hukuka uygun bir şekilde yakalanan veya tutuklanan kişinin tazminata hak kazanabilmesi için, hakkında kovuşturma yapılmasına yer olmadığına yahut beraatine veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesinin yeterli olduğunu belirtmiş<sup>212</sup>, aynı gün yakalanıp serbest kalan davacı hakkındaki

<sup>207</sup> “Oysa CMK'nun 2. maddesi uyarınca kovuşturma evresi hükmün kesinleşmesine kadar devam eder. Bu hâlde 102. maddede belirtilen sürelerle, tüm kovuşturma evresi, dolayısıyla temyiz aşaması da dahildir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun belirtilen karardaki yorumu kanuna dayanmayan, yasal dayanağı olmayan özgürlük kısıtlaması sonucunu doğurmaktadır. Hükümözlü tutuklu kavramına yasal düzenlemelerde yer verilmemiştir. Kanunla yapılacak bir düzenleme ile bu ayırım hukuk hayatımıza dahil edilebilir, ancak halen bunun uygulanması mümkün değildir.” (Yenisey ve Nuhoğlu, 2013: 1018).

<sup>208</sup> Şen, <http://www.hukukihaber.net/yargitay-asamasinda-gecen-tutukluluk-suresi-makale.3187.html>, (erişim tarihi: 28.03.2018).

<sup>209</sup> Özbek vd., 2017: 348-349, “Ceza yargılamasına ilişkin kuralları ve bu kapsamda suç türlerine göre tutukluluk sürelerini belirlemek kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında bulunmakla birlikte, gerek ulusal mevzuatta ve uygulamada gerekse de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, ilk derece mahkemelerince sanığın suçlu bulunarak mahkûm edilmesinden sonraki sürecin tutukluluk olarak değerlendirilmediği de nazara alındığında, dava konusu kuralda düzenlenen azami tutukluluk süresinin demokratik bir hukuk devletinde kabul edilemeyecek kadar uzun olduğu, bu yönüyle kuralda tutuklamanın adeta bir ceza olarak uygulanabilmesine imkân tanınarak, tutuklama tedbiriyile ulaşılmak istenen hukuki yarar ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı arasındaki makul dengenin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı aleyhine bozulmasına neden olduğu görülmektedir.” (Any. Mah. T. 04.07.2013, E. 2012/100, K. 2013/84.)

<sup>210</sup> Bekri, 2013: 52-53.

<sup>211</sup> Yargıtay 4. CD, 2005/2455-1799 E.-K. sayılı kararı (akt. Başlar, 2008: 78).

<sup>212</sup> Yargıtay CGK, T. 20.03.2007, E. 2006/9-338, K. 2007/71.



soruşturmanın akıbeti araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>213</sup>

Davacının, görevli polis memuru tarafından şüphe üzerine yakalanıp, herhangi bir işlem yapılmaksızın beş buçuk saat gibi makul olarak değerlendirilmeyen bir süreyle gözaltında tutulması, Anayasa'nın 19 ve AİHS'nin 5. maddesi uyarınca hak ihlali olarak görülerek, uğranılan zararlar ilgili karar verilmesi gerektiği kabul edilmiştir.<sup>214</sup>

#### 2.2.4. Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı, taraflar arasında (hukuk davasında davacı ve davalı, ceza yargılamasında sanık, mağdur ve iddia makamı) bir fark gözetilmeksizin, karşılıklı olarak iddia ve savunmanın eşit ölçülerde yapılabilmesi anlamına gelir.<sup>215</sup> Hakkı düzenleyen 6. madde pek çok hak ve ilkeyi içeren genel bir madde olup, yargılamanın hakkaniyete uygun, adil bir biçimde yerine getirilmesini amaçlar.<sup>216</sup>

Adil yargılanma hakkı sözleşmenin 6. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir;

*"1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.*

*2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.*

*3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:*

*a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;*

*b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;*

*c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;*

*d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;*

*e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak."*

<sup>213</sup> Yargıtay CGK, T. 30.03.2010, E. 2011/11-37, K. 2010/66.

<sup>214</sup> Yargıtay 9. CD, 2004/21680-2006/9696 E.-K. sayılı kararı (akt. Başlar, 2008: 78).

<sup>215</sup> Kalabalık, 2013: 498-499.

<sup>216</sup> İnceoğlu, 2008: 4.

Düzenlemenin ilk fıkrasında genel kural koyularak, adil yargılanma kavramını oluşturan bir kısım hak ve prensipler açık bir biçimde gösterilmiştir. AİHM bu hak ve ilkeleri yorumlarken, açıkça sayılmayan başkaca zımni unsurları 6. madde kapsamına sokmaktadır. Bunlar, silahların eşitliği, kararların gerekçeli olması, susma ve kendini suçlamama hakkı, duruşmalara katılma hakkı gibi hususlardır. İkinci fıkra masumiyet karinesi, üçüncü fıkra ise suç şüphesi altında bulunan kişilerin asgari haklarına ilişkindir.<sup>217</sup>

Devlet, muhakeme söz konusu olduğunda bireylere oranla güçlü olan taraftır. Dolayısıyla adil yargılanma için, güçsüz tarafın güçlü taraf karşısında çeşitli hak ve yetkilerle güçlendirilmesi zaruridir. Bu sebeple öncelikle taraflar arasındaki kurallar adil biçimde düzenlenmelidir. Unutulmamalı ki yasaya uygun davranılması her zaman hukuka da uygun davranıldığı anlamına gelmez. Demokratik bir hukuk devletinde bütün yasaların ve diğer düzenleyici işlemlerin içeriğinin hukuk devleti ilkesine uygun olması gereklidir.<sup>218</sup>

AİHM'e göre bu hak demokratik toplumda son derece bir önemli yer tutmakta olup, Sözleşme'nin bu maddesinin dar bir yoruma tutulmasının hiçbir haklı gerekçesi olamaz.<sup>219</sup> Metinde, açık bir şekilde ifade edilen bu hakların yansıra bazı zımni güvenceler de yer almaktadır. Bu güvenceler, zamanla Mahkeme yargıçları tarafından geliştirilmiş olup, Sözleşme'nin dondurulmuş, değişmez bir araç olmadığını aksine toplumun evrimine ayak uydurduğunu göstermektedir.<sup>220</sup>

Adil yargılanma hakkı askeri, özel veya idari ayrımı olmaksızın tüm mahkemelerdeki yargılamaları kapsar.<sup>221</sup> Ceza yargılaması açısından ön soruşturma da dâhil bir kimseye suç isnat edildiği andan itibaren tüm muhakeme prosedürü bu kapsama girmektedir.<sup>222</sup>

6. madde de yer alan güvenceleri yerine getirmek için Taraf Devletler gerekleri önlemleri, kendi takdir alanları içerisinde almak zorundadır. Ancak alınan önlemler mahkeme denetimine tabi olabilecektir. Sözleşme organlarının gerçekleştirdiği denetim işin esasına, kararın doğruluğu veya yanlışlığına yönelik değildir. Sözleşme açısından denetlenen şey yargılama süreci olup, varılan sonuçtan ziyade adil bir karar verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığı, kişinin davasını savunması için uygun ve etkili imkânlar verilerek yargılama yapılıp yapılmadığı noktasındadır.<sup>223</sup>

<sup>217</sup> İncoğlu, 2018: 3.

<sup>218</sup> Centel ve Zafer, 2010: 140.

<sup>219</sup> Perez-Fransa, B. No:47287 / 99, T.12.02.2004

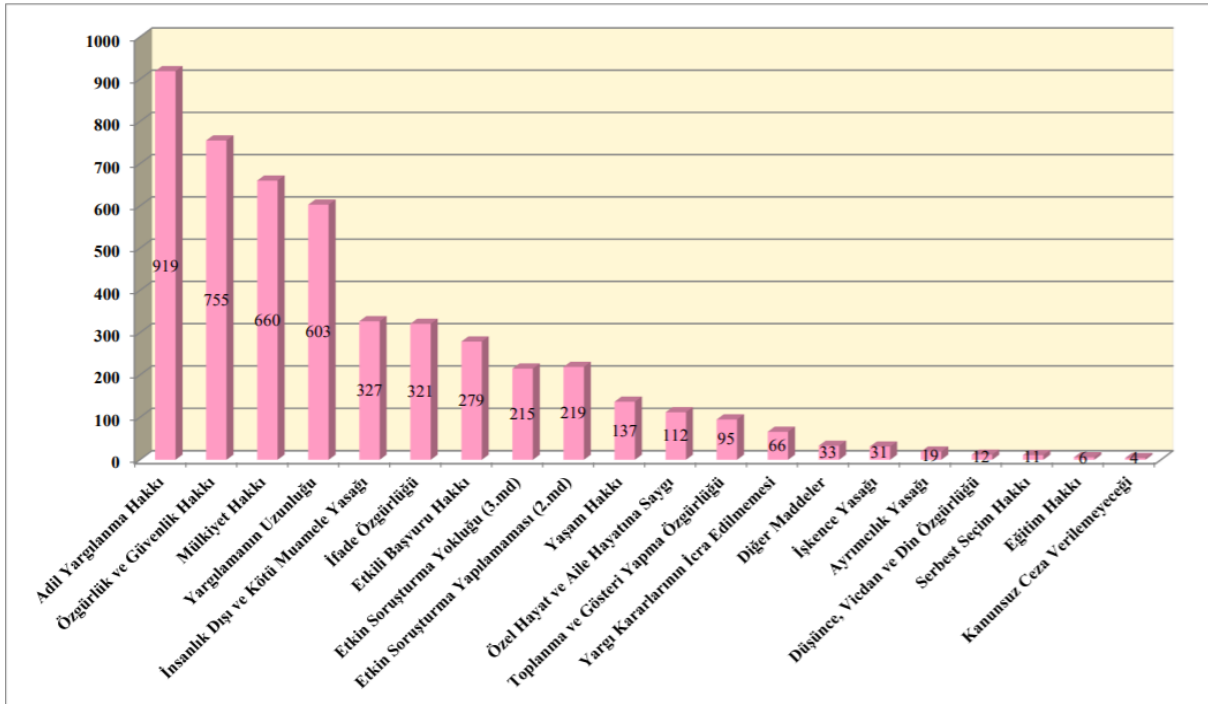
<sup>220</sup> Ambroise-Casterot, 2004: 321.

<sup>221</sup> Kalabalık, 2013: 500.

<sup>222</sup> Ünver ve Hakeri, 2011: 17.

<sup>223</sup> İncoğlu, 2008: 7-8.

Aşağıdaki tablodan da görüleceği üzere Adalet Bakanlığının istatistiklerine göre bu hak ülkemiz tarafından yıllar içerisinde en çok ihlal edilen hak olarak göze çarpmaktadır.<sup>224</sup>



Tablo 2. 1959-2018 Yılları Arası Türkiye'nin AIHS İhlalleri Dağılımı

## 2.2.4.1. Adil Yargılanma Hakkının Unsurları

### 2.2.4.1.1. Yasayla Kurulmuş, Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkemede Yargılanma Hakkı

Mahkeme, dava konusundan bağımsız, yetkileri ve usul kuralları kanunla belirlenmiş yargı organını ifade etmektedir. Doktrindeki “doğal yargıçlığı” karşılığıdır. Mahkemenin bağımsızlığı yasama ve yürütme güçleri etkisinde olmamasını, tarafsızlık ise mahkeme hâkimlerinin davanın taraflarına karşı bir önyargı sahibi olmamasını ifade eder. Devletler mahkemeye başvuru hakkını, hakkı fiilen ortadan kaldıracak veya hakkın özüne zarar verebilecek nitelikte olmadan, belirli koşullara tabi tutabilirler.<sup>225</sup>

Ayrıca mahkemelere erişimin etkili olarak sağlanması (davanın koşullarına göre adli yardım veya avukat desteğinin sağlanması, harç ve masrafların miktarı gibi) da bu hak kapsamında değerlendirilmektedir. Davalar özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkları ilgilendirebileceği gibi, idari tasarruflara yöneltilen itirazları da kapsar ve mahkemeye erişim hakkı hukuki ve fiili erişimi ifade eder.<sup>226</sup>

<sup>224</sup> <http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistik/2018/17.pdf> (erişim tarihi: 19.06.2019)

<sup>225</sup> Karaosmanoğlu, 2012: 265.

<sup>226</sup> Harris vd., 2013: 237-241.

### 2.2.4.1.2. Makul Bir Süre İçinde Yargılanma Hakkı

Makul süreyi, davanın taraflarına fazladan maliyetler getirmeyen ve yargılama sonucunda hakkın mahkeme tarafından teslimini bile manasız hale sokmayacak bir zaman dilimi olarak tanımlamak mümkündür.<sup>227</sup> Makul süre şartı ile kişinin medeni hukuka ilişkin bir hak talebi ya da hakkında yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturma nedeniyle maruz kaldığı ceza tehdidi ortamının, makul bir süre içinde verilecek adli karar yoluyla giderileceği teminat altına alınır.<sup>228</sup> Ceza davaları açısından makul süre olgusu ile masumiyet karinesi, kişi hürriyeti ve savunma hakkı doğrudan bağlantılıdır.<sup>229</sup>

AİHM, içtihatlarında her olayda geçerli sayılabilecek makul bir süre belirlememiştir. Bu husus her olayın kendine özgü niteliğine göre tespit edilmelidir. AİHM kararlarıyla içi doldurulduğu üzere makul sürenin başlangıcı, medeni yargılamalarda, davanın yetkili yargı yerine götürüldüğü tarihtir. Ceza davalarında ise başlangıç, suçun isnat edildiği, yani bireyin suç şüphesi altında olduğu tarihtir.<sup>230</sup>

AİHM, Zimmermann ve Steiner-İsviçre davasında, dava süresinin makul olup olmadığının saptanmasında kullanılacak ölçütleri şu şekilde belirlemiştir:

*“6. Madde 1. fıkra (madde 6-1) hükümlerinde belirtilen, davaların makul süre içinde görülmesi şartı, her bir davanın özel koşullarına göre değerlendirilmesi gerekir... Mahkeme'nin göz önünde bulundurduğu hususlar arasında, davadaki olaylara veya hukuka ilişkin meselelerin karmaşıklığı, başvuruçuların ve yetkili mercilerin davranışları ve başvuruçular açısından başvurunun konusunun taşıdığı önem vardır; ayrıca, sadece Devlet'in neden olduğu gecikmeler davanın “makul bir süre içinde” görülmesi şartına uyulmaması sonucunu doğurabilir...”<sup>231</sup>*

Birinci ölçüt ile ilgili olarak, davanın karışık olmasına pek çok etken sebep olabilir. Örneğin delillerin miktarı, sanıkların ya da suçlamaların sayısı, bilirkişi raporu alınması gerekliliği, yurt dışından getirilmesi gereken deliller gibi.<sup>232</sup>

Başvuruçuların ve yetkili mercilerin davranışları ile ilgili olarak ise, davanın sürüncemede kalmasında, yeterli hâkim olmaması veya haklı neden olmaksızın karar verilmemesi gibi bir nedene dayanıyor ise devletin sorumluluğu gündeme gelecektir.<sup>233</sup> Şikâyetçi kanun yollarını sonuna kadar kullanmış ve buna bağlı olarak yargılama uzamış ise

<sup>227</sup> Erdoğan, 2007: 194.

<sup>228</sup> Mole ve Harby, 2005: 22.

<sup>229</sup> Turan, 2012: 54.

<sup>230</sup> Kalabalık, 2013: 508.

<sup>231</sup> Zimmermann ve Steiner-İsviçre, B. No: 8737/79, T. 13.07.1983

<sup>232</sup> Harris vd., 2013: 282.

<sup>233</sup> Karaosmanoğlu, 2013: 265.

bu durumda şikâyetçiyi sorumlu tutmak mümkün olmamakla beraber benzeri durumlarda mahkeme sanığın kötü niyetli davranışlarını da gözönüne almaktadır.<sup>234</sup>

#### 2.2.4.1.3. Açık Yargılanma ve Aleni Karar Hakkı

Aleniyet ilkesi, halk adına verilen kararların, halkın gözü önünde verilmesi olarak tanımlanabilir.<sup>235</sup> Aleni yargılanma hakkının iki unsuru vardır: hem davadaki tarafları ve sanığı kamunun denetiminden uzak gizli bir yargılamadan korumak ve mahkemelere güven duyulmasının sağlanmasına katkıda bulunmak amacıyla yargılama açık olarak yapılmalıdır, hem de, mutlak bir yükümlülük olmamakla birlikte (meselenin niteliğine göre örneğin “Oldukça teknik” ve ya “Özellikle karmaşık olmayan” davalar) yazılı usul yeterli olmayıp duruşma açılması gerekir.<sup>236</sup> Temyiz incelemesinin duruşmalı yapılması zorunlu değildir. Ancak temyiz aşamasında sözlü duruşma (mürafaa) öngörülmüşse bunun da açık yapılması gerekmektedir.<sup>237</sup>

Maddede, istisnai durumlar da kamunun bir veya birden fazla nedenle duruşmayı takip etmesinin engellenebileceği hâller belirtilmiştir. Buna göre

*“...Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.”*

Kararların açık duruşmada verilmesi demek, hükmün her halde ve mutlaka açık duruşmada okunması gerektiğini (tefhim) ifade etmez. Kararın konusu ve amacına uygun olmak kaydıyla, aleniyetin şekli başka yollarla da sağlanabilir. Örneğin, kararın ilgilerce kolayca görülebilecek şekilde mahkeme binasına asılması ile aleniyet unsuru gerçekleşmiş olacaktır.<sup>238</sup>

#### 2.2.4.1.4. Adil Muhakeme Hakkı

Adil muhakeme hakkı ya da “Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı”, Sözleşmenin 6. maddesinde tanınan diğer güvencelerden farklı olarak açık uçlu, birçok hak ve ilkeyi kapsayan bir hak olup, maddede sayılmayan ancak hakkaniyete uygun, adil bir yargılama için olmazsa olmaz nitelikteki hakların maddeye eklenmesini sağlamakta ve belirli bir hak ihlal

<sup>234</sup> Gölcüklü Ve Gözübüyük, 2011: 286-287.

<sup>235</sup> Sevük, 2004: 749.

<sup>236</sup> Harris vd., 2013: 274-277.

<sup>237</sup> Tezcan vd., 2010: 210-211

<sup>238</sup> Gölcüklü ve Gözübüyük, 2011: 290.

edilmemiş olsa bile yargılamanın bütün olarak ele alınıp değerlendirilmesi suretiyle adil bir yargılama yapıp yapılmadığının değerlendirilmesi fırsatı sunmaktadır.<sup>239</sup> Sözleşme organlarına göre adil yargılanma hakkının incelenmesi ulusal mahkeme kararlarını bir üst derece mahkemesi gibi maddi ve hukuki açıdan doğruluğunu araştırmak anlamında olmayıp, her somut olay bağlamında muhakeme faaliyetlerini bir bütün halinde göz önüne alarak hakkaniyete uygun olup olmadığına karar vermektir.<sup>240</sup>

Adil Muhakeme hakkı kendi içerisinde;

- 1- Silahların eşitliği,
- 2- Yüz yüzelik- karşılıklılık,
- 3- Duruşmaları takip edebilme ve hazır bulunma hakkı,
- 4- Susma ve aleyhine sonuç doğurabilecek tanıklıktan kaçınma hakkı,
- 5- Kararların gerekçeli olması ilkesi,
- 6- Delillere ilişkin kurallar (hukuka uygun delil elde edilmesi)

da bulunmaktadır.<sup>241</sup>

#### 2.2.4.1.5. Suçsuzluk Karinesi

Sözleşmenin 6/2. maddesine göre “*Hakkında bir suç isnadı bulunan herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya dek masum sayılır*”. Bu hüküm hem Anglosakson hem de Kıta Avrupası hukuklarında yer almış temel bir güvencedir.<sup>242</sup> Bir kimseyi suçlayan kimse ya da makam iddiasını kanıtlamalıdır. Hukukta yerleşmiş ifadeyle “Müddei müddeasını ispatla mükelleftir”. Yani sanık suçsuzluğunu ispatlamakla yükümlü olmayıp, yeterli kanıt yoksa şüphe veya inanca dayalı olarak mahkûmiyet kararı verilemez.<sup>243</sup> Kişinin masumiyetini ispat etmesini istemek mahkemenin kişinin suçlu olduğunu kabul ettiğini gösterir ve hakkın ihlali anlamına gelir.<sup>244</sup> Suç isnadının bulunduğu kabulü için ceza davası açılması şart olmayıp, 6.maddenin sağladığı koruma, ceza davası açılmasının öncesinde başlamaktadır. Devletin, kişinin bir suç işlediği şüphesiyle yaptığı herhangi bir eylem veya işlem, kişiyi esaslı olarak etkilemiş ise, örneğin şahıs hakkında müzekkere düzenlenmesi, üstünün veya işyerinin aranması gibi, AİHS 6.madde uygulanacaktır.<sup>245</sup>

<sup>239</sup> Harris vd., 2013: 248.

<sup>240</sup> İnceoğlu, 2008: 217-218.

<sup>241</sup> Çelik, 2007: 84.

<sup>242</sup> Harris vd., 2013: 302.

<sup>243</sup> Karasomanoğlu, 2012: 266.

<sup>244</sup> Capeau-Belçika, B. No:42914/98, T. 13.01.2005

<sup>245</sup> Feyzioğlu, 1999: 145.

Suçsuzluk karinesinin anlamından yola çıkılarak, suç isnadına hedef olan kişilere kendini savunma hakkı verilmesi zorunluluğu bulunduğu sonucuna ulaşılabilir. Sanık en başta suçsuz kabul edildiği içindir ki tahkikat yapılarak maddi gerçek ortaya çıkarılmaya çalışılmaktadır.<sup>246</sup>

Bu ilkenin amaçlarından bir diğeri de sanıkla ilk temas kuran yetkili makamların sanığın suçsuz olabileceğini düşünmelerini sağlayarak ön yargılı davranış sergilemelerini engellemektir.<sup>247</sup>

#### 2.2.4.1.6. Ceza Davalarındaki Diğer Güvenceler

Adil yargılanma ile ilgili temel kavramlar 1. fıkra da sayılmış olup, bunlar bir bütün olarak adil yargılanmanın asgari şartlarını göstermektedir. 3. fıkra ise sınırlı olmayan bir sayımla savunmanın güvencelerini sıralamaktadır.<sup>248</sup>

3. fıkra da yer alan haklar yalnızca hakkında suç isnadı bulunan kişiler bakımından uygulama alanı bulur. Bu fıkradaki bir kişi hakkında suç isnadı, şüpheli olarak alınan tedbirlerden etkilendiği zaman başlar. Kendisinden şüphelenilen ancak henüz bir suç isnadı gerçekleşmemiş kişiler açısından uygulanma durumu bulunmaz. AİHM, Imbrioscia-İsviçre davasında bu durumu şu şekilde belirtmiştir:

“6. maddenin diğer güvenceleri (özellikle 6/3.maddesindekiler) de dava açılmadan önceki dönem için önem taşıyabilir çünkü bu hakların önceki aşamalarda ihlâl edilmesi dava açıldıktan sonraki aşamada zarar doğurabilmektedir.”<sup>249</sup>

AİHS’ye göre ceza yargılamasında tanınan diğer haklar şunlardır.:

- Suçlama hakkında bilgilendirilme,
- Savunma hazırlayabilmek için yeterli zaman ve imkanlara sahip olma,
- Bizzat ya da hukuki yardım alarak savunmada bulunma,
- Tanık dinletme ve çapraz sorgu hakkı
- Ücretsiz olarak tercüman yardımından faydalanma.

<sup>246</sup> Feyzioğlu, 1999: 140.

<sup>247</sup> Çelik, 2007: 133.

<sup>248</sup> Gölcüklü ve Gözübüyük, 2011: 299.

<sup>249</sup> Harris vd., 2013: 309-310.

### 2.2.4.1.7. Ek 7 No'lu Protokol

Bu protokol adil yargılanma öğretisine yeni unsurlar getirmiştir. Protokol ülkemiz tarafından 14.03.1985 yılında imzalanıp, 1 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Adil yargılanma ile ilgili getirilen haklar 3 madde olarak şu şekildedir:

#### **“Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı (m.2)**

1. Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dâhil olmak üzere, yasayla düzenlenir.

2. Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatini müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkûmiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir.

#### **Adli hata halinde tazminat hakkı (m.3)**

Bir kişinin, kesin bir kararla cezai bir suçtan mahkûm edilmesi ve sonradan yeni veya yakın zamanda keşfedilmiş bir delilin kesinlikle yanlış bir adalet uygulaması olduğunu göstermesi veya kişinin affedilmesi nedeniyle cezai kararın iptal edilmesi halinde, bilinmeyen delilin açıklanmamış olmasının tamamen veya kısmen o kişiye atfedildiğinin ispatlandığı haller dışında, böyle bir mahkûmiyet sonucunda cezaya maruz kalan kişi, ilgili devletin yasası ve uygulamasına göre tazmin edilecektir.

#### **Aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı (m.4)**

1. Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümlerle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkûm edilemez.

2. Yukarıdaki fıkra hükümleri, yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olarak davanın yeniden açılmasını engellemez.

3. Sözleşme'nin 15. maddesi çerçevesinde bu madde ile derpiş olunan yükümlülüklerle aykırı hiçbir tedbir alınamaz.”<sup>250</sup>

AİHS'nin 6. maddesi, sözleşmeciler devletlere istinaf yolunu düzenleme zorunluluğu getirmemektedir. Sözleşmeye Ek 7. No.lu Protokolün ikinci maddesindeki “Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır” şeklindeki düzenleme ile kastedilen yasa yolunun istinaf olduğu şeklinde görüşler bulunmakla birlikte, öğretinin çoğunluğu aksi yönde düşünmektedir.<sup>251</sup> Protokolden görüldüğü üzere temyiz usulünün ne şekilde gerçekleştirileceği taraf devletlere bırakılmıştır. Ancak iç hukuktaki düzenlemelerin hakkın özüne uygun, etkili, açık ve öngörülebilir olması gereklidir. Bu bağlamda, temyiz

<sup>250</sup> [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_tur.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf) (e.t. 21.06.2019).

<sup>251</sup> Kaymaz, 2016:107.



süreyle, davanın önemlilik derecesine göre veya temyiz hakkını kullanacak kişiler bakımından sınırlandırılması mümkündür.

#### 2.2.4.1.8. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi

Sözleşmenin 7. maddesi, hukukun üstünlüğü ilkesinin hayata geçirilebilmesi açısından temel bir unsur olup, maddede öngörülen ilkeler yalnızca ceza hukukunu ilgilendirmektedir. Suç ve cezaların yasal olması prensibi ile ayrıca aleyhe olan cezai düzenlemelerin geriye yürümezliği ilkesi de kapsamaktadır.<sup>252</sup> Bu madde, bir kişinin bir suç nedeniyle nihai olarak suçlu bulunduğu durumlarla sınırlı olarak yorumlanmaktadır. Mahkûmiyetle sonuçlanmayan bir soruşturma nedeniyle bireysel başvuru yoluyla 7. maddeyi ileri sürülemez, ancak 33. maddeye göre bir devlet başvurusu, ilgili düzenlemenin 7. madde ile uyumlu olup olmadığının denetlenmesini gündeme getirebilir.<sup>253</sup> Ceza yargılamasını ilgilendiren, tutukluluk hâli, temyiz talebinin reddi veya mahkûmiyetin adli sicil kaydına işlenmesi gibi tali konularda kanunların geçmişe yürütülmesi, failin eyleminin suç oluşturup oluşturmaması ile ilgisi bulunmadığından 7. maddeye aykırı görülmemektedir. Benzer şekilde, cezai olmayan özel hukuka ilişkin düzenlemeler, usul kurallarıyla ilgili değişiklikler ve ceza adaleti sisteminde uygulama alanı bulmayan kararlar da bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Örneğin devam etmekte olan bir yargılama sırasında sanığın aleyhine olarak zamanaşımı kurallarında değişiklik yapılması ya da bir kişinin başkaya bir ülkeye iadesine veya sınır dışı edilmesine ilişkin kararlar ile vicdani retçiye sivil hizmet öngörülmesi gibi.<sup>254</sup>

Sözleşmenin 7. maddesindeki ilkenin istisnası aynı maddenin 2. fıkrasında gösterilmiştir. 2. Dünya Savaşı sonrası bir kısım yargılamaların yapıldığı Nürnberg Mahkemelerinde, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi klasik anlamda yorumlanmayarak, bu hususa yeni bir bakış açısı getirilmiştir. Bu davaların da etkisi ile AİHS'nin 7/2. maddesindeki düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Buna göre, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, “İşlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.” Burada “Uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden” kasıt, insanlığa karşı işlenen soykırım ve savaş suçları gibi ağırlığından ötürü tolerans gösterilemeyecek suçlardır.<sup>255</sup>

<sup>252</sup> Doğru ve Nalbant, 2012: 857.

<sup>253</sup> Harris vd., 2013: 336.

<sup>254</sup> Harris vd., 2013: 336.

<sup>255</sup> Doğan, 2015: 583-584.

#### 2.2.4.2. AİHM ve Yargıtay Kararlarında Adil Yargılanma Hakkının Görünümü

Diğer temel hak ve hürriyetlerden farklı olarak adil yargılanma hakkı, hakkın kapsamına giren uyuşmazlıklara ilişkin yargılamalar yönünden bir takım usuli güvenceler sağlamaktadır.<sup>256</sup> Bir yargılamanın adil olup olmadığı, yargılama sürecinin tamamı göz önüne alınarak değerlendirilir.<sup>257</sup> Bu hakkın demokratik bir toplumdaki önemli yeri dolayısıyla dar yorumlanması meşru görülmez.<sup>258</sup>

Sözleşmenin 6. maddesi, soruşturma aşamasıyla başlayıp (suç isnadı veya şüphelinin isnattan ilk ve önemli bir şekilde etkilendiği -arama, el koyma gibi- andan itibaren) temyiz ve diğer üst inceleme yargılamalarında hüküm kesinleşinceye kadar uygulanabilir.<sup>259</sup> Bununla birlikte kanun yolu aşamalarında 6. maddedeki korumalar ilk derece mahkemelerindeki gibi uygulanmaz. Örneğin avukatın veya sanığın mutlaka huzurda bulunmasının temini ya da maddi vakıaların yeniden incelenmesi gerekemeyebilir.<sup>260</sup> Adil yargılama hakkıyla sorgulanan şey ulaşılan neticeden ziyade yargılama sürecidir.<sup>261</sup> Yani adil bir karar verilebilmesi için gerekli şartların sağlanıp sağlanmadığı önemlidir. Bununla birlikte ulusal mahkemelerin dosya kapsamıyla uyumsuz, açıkça hatalı bir karar alması kişilerin adil yargılanma güvencesinin mahkeme tarafından ihlal edildiğini gösterebilir.<sup>262</sup>

Sözleşmenin 6/1. maddesi kapsamında hak arama ya da mahkemeye erişim hakkının “etkili” olmasından, bu hakkın “açıkça gösterilmiş” ve “uygulanabilir” bir imkâna sahip olması<sup>263</sup> ve yargılama sonucunda gerektiğinde icra edebilmeye elverişli<sup>264</sup> “nihai bir karar” elde etmeye<sup>265</sup> yönelik olması anlaşılmalıdır.

Bireylere erişim imkânı tanınan bu mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olması adil yargılanma hakkının diğer bir yönünü oluşturmaktadır. Bir yargı organının, üyelerinin atanma yöntemi, görev süreleri, dışarıdan gelebilecek baskılara karşı güvenceye sahip olup olmadığı ve bağımsız bir görüntü verip vermediği hususları değerlendirilerek bağımsız olup olmadığı belirlenir.<sup>266</sup> Tarafsızlık kavramının ise iki yönü bulunmaktadır: Yargı mercisi, hem kişisel önyargı ve eğilimlerinden sübjektif olarak arınmalı hem de objektif bir bakış açısıyla tarafsızlığı noktasında ortaya çıkabilecek haklı kuşkuları ortadan kaldıracak görünümü

<sup>256</sup> Anghel-İtalya, B. No: 5968/09, T. 25.6.2013.

<sup>257</sup> Al-Khawaja ve Tahery-Birleşik Krallık, B. No: 26766/05, 22228/06, T.15.12.2011.

<sup>258</sup> Perez-Fransa, B. No: 47287/99, T. 12.2.2004.

<sup>259</sup> Delcourt-Belçika, B. No: 2689/65, T. 17.01.1970.

<sup>260</sup> Vitkauskas ve Dikov, 2018:28.

<sup>261</sup> İnceoğlu, 2018:1.

<sup>262</sup> Fouquet-Fransa, B. No: 20398/92, T. 12.10.1994.

<sup>263</sup> Beneficio Cappella Paolini-San Marino, B. No: 40786/98, T. 13.07.2004.

<sup>264</sup> Kravchenko-Rusya, B. No: 34615/02, T. 02.04.2009.

<sup>265</sup> Marini-Arnautluk, B. No: 3738/02, T. 18.12.2007.

<sup>266</sup> Maktouf ve Damjanović-Bosna Hersek, B. No: 2312/08 ve 34179/08, T. 18.7.2013.

sunmalıdır. Görüldüğü gibi, mahkemelerin bağımsızlığı ile tarafsızlığı arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır.<sup>267</sup>

Adil yargılama ilkesinin en önemli görünüm şekillerinden biri olan makul sürede yargılanma hakkı somut davanın şartlarına göre değerlendirilmelidir. Bu doğrultuda, “davanın karmaşıklığı”, “başvurucunun ve yargılama makamlarının tutumları” ile “uyuşmazlık kapsamında başvuru yönünden tehlikede olan şey” gibi ölçütler göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>268</sup> Ceza davalarında makul süre, çoğunlukla, ilgisinin suç şüphesi altında olduğu tarihten, yani olayın hâkim önüne götürülmesinden önce kolluk ya da savcılık makamlarınca soruşturmaya başlandığı tarihte itibaren işlemeye başlayacak ve olağan kanun yolu başvuruları dahil, yargılamanın kesin hükümle neticelendirildiği tarihte ise sona erecektir.<sup>269</sup>

6. madde gereği “Hakkaniyete uygun yargılanma”nın esaslı unsuru, “Çelişmeli” olması ve taraflar arasında “Silahların eşitliği”nin sağlanmasına dayalıdır.<sup>270</sup> Silahların eşitliği ilkesi gereği, her bir taraf, diğer tarafa nazaran önemli bir dezavantajla karşılaşmaksızın iddia ve savunmalarını ileri sürebilmelidir.<sup>271</sup> Bu bağlamda davanın tarafları, mahkeme kararlarını etkilemek amacıyla bağımsız bir yargı görevlisi tarafından bile olsa sunulan her türlü delil ve mütalaa hakkında bilgi sahibi olmasını ve bunlarla ilgili görüş bildirmesi hakkını da içinde barındırır. Dolayısıyla Başsavcılık makamının dava hakkındaki mütalaa karşılık bunun tebliğ edilmeyerek savunma hakkı tanınmaması bu hakkın ihlaline yol açabilecektir. Buna karşılık AİHM, tetkik hakiminin görüşlerinin taraflara önceden tebliğ edilmemesi noktasında bu yargı mensubunun görevinin savcılık makamıyla mukayese edilebilir olmadığına vurgu yapmaktadır. Tetkik hakimleri kendilerine verilen görevleri yerine getirmekle ve havale edilen dosyaları incelemekle sorumlu iken, savcılar Başsavcının emir ve gözetimi altında çalışmaktadırlar. Tetkik hakimleri soruşturma yapmayı önceden soruşturması tamamlanmış bir dosya hakkında görüşlerini ileri sürdüklerinden, raporlarının tebliğ edilmemesi adil yargılanma hakkının ihlaline yol açmayacaktır.<sup>272</sup>

AİHM, derece mahkemelerinin kendilerine sunulan tüm iddialara yanıt vermek zorunda olmadıklarını, ancak somut davaya özgü olarak temel sorunların incelenmiş olduğunun, anlaşılabilir bir şekilde gerekçeli kararda yer alması gerektiğine önem

<sup>267</sup> Grieves-Birleşik Krallık, B. No: 57067/00, T. 16.12.2003.

<sup>268</sup> İdalov-Rusya, B. No: 5826/03, 22.05.2012., Gölcüklü, 2003:214-215.

<sup>269</sup> Eckle-Federal Almanya Cumhuriyeti, B. No: 8130/78, T. 15.07.1982.

<sup>270</sup> Rowe ve Davis-Birleşik Krallık, B. No: 28901/95, T. 16.2.2000.

<sup>271</sup> Kress-Fransa, B. No: 39594/98, T. 07.06.2001.

<sup>272</sup> Meral-Türkiye, B. No: 33446/02, T. 27.10.2007.

vermektedir.<sup>273</sup> Diğer taraftan, temyiz mercilerinin gerekçe verme yükümlülüğü yerel mahkemelere göre daha esnekler. Temyiz mahkemesinin alt dereceli mahkeme ile aynı görüşü paylaştığı hâllerde, alt derece mahkemesinin gerekçesine gönderme yapılarak karar verilmesi gerekçeli karar hakkını ihlal etmez. Burada önem arzeden husus, alt derece mahkemesinin kararının ve temyizde ileri sürülen esaslı hususların incelendiğinin temyiz mercisince kararda gösterilmesidir.<sup>274</sup>

6. madde uyarınca davaların kural olarak açık görülmesi ve yargılama sonucu ulaşılan kararın da aleni olarak verilmesi gerekmektedir. Böylece halkın denetimine tabi olmayan gizli yargılamaların önüne geçilecek hem de halkın yargıya güven duyması sağlanacaktır.<sup>275</sup>

Masumiyet karinesi ilkesi gereği, mahkemeler sanığın itham edildiği suçu işlediğine yönelik önyargı ile hareket etmemeleri gerekir. İspat yükü iddia makamına ait olup, şüphe sanık lehine yorumlanmalıdır. Sanık, savunmasını hazırlayabilmek için aleyhine açılacak davadan bilgi sahibi olmalı, iddia makamı ise sanığın mahkûm olmasına yeterli delilleri ortaya koymalıdır.<sup>276</sup> Öğretide ilkeye hizmet etmesi için, dolaylıbaşka bazı noktalarda da dikkatli olunması, örneğin şüpheli veya sanık hakkında zarar verici yayınların yapılmaması gibi hususlardan kaçınılması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>277</sup>

Bunların yanı sıra adli yargılama hakkının ceza davalarında sanığa tanıdığı bir takım başka haklar da bulunmaktadır;

- a- Suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anlaşılabilir dilde ve ayrıntılı olarak sanığın haberdar edilmesi: Bu hak ile sanığa, itham olunan suçlamanın “nedeni” (yani işlendiği iddia olunan fiiller ve suçlamanın gerekçesi) hususunun yanı sıra, söz konusu fiilin hukuki niteliği ve mahiyeti noktasında da bilgilendirilme sağlanmalıdır.<sup>278</sup>
- b- Savunmanın hazırlanması için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak: Burada amaç sanığı aceleci yargılamalara karşı korumaktır.<sup>279</sup> Yargılama sürecinde bir takım yeni durumların ortaya çıkması hâlinde, savunmaya, kendisini bu yeni duruma karşı hazırlayabilmesi, itirazda veya talepte bulunabilmesi v.s. için ek süre tanınması gerekir.<sup>280</sup>

<sup>273</sup> Boldea-Romanya, B. No: 19997/02, T. 15.02.2007, Hiro Balani-İspanya, B. No: 18064/91, T. 09.12.1994.

<sup>274</sup> Garcia Ruiz-İspanya, B. No: 30544/96, T. 21.01.1996.

<sup>275</sup> Diennet-Fransa, B. No: 18160/91, T. 26.09.1995.

<sup>276</sup> Barberà, Messegué ve Jabardo-İspanya, B. No: 10590/83, T. 06.12.1988.

<sup>277</sup> Ünver ve Hakeri, 2011: 23.

<sup>278</sup> Mattoccia-İtalya, B. No: 23969/94, T. 25.07.2000.

<sup>279</sup> Kröcher ve Möller, B. No: 8463/78, T. 09.07.1981.

<sup>280</sup> Miminoshvili-Rusya, B. No: 20197/03, T. 28.09.2011.

- c- Bizzat, müdafii vasıtasıyla veya adli yardımla savunma hakkı: Hukuken geçerli sebepler haricinde, polis tarafından sanığın ifadesinin alındığı ilk aşamalardan itibaren bir avukat yardımından yararlanmasına izin verilmelidir.<sup>281</sup> Adli yardımdan faydalanarak ücretsiz avukat desteğinden faydalanabilmek için ise sanık, yeterli imkâna sahip olmadığını göstermelidir.<sup>282</sup> Ayrıca Mahkeme, suçun niteliği ve söz konusu cezanın ağırlığı gibi çeşitli kriterleri dikkate alarak adli yardımın gerekliliğini tespit etmekte, ilke olarak, özgürlüğü kısıtlayıcı cezaların söz konusu olduğu durumlarda avukat yardımını gerekli görmektedir.<sup>283</sup>
- d- Tanık dinletme ve tanık sorgulama hakkı; tanığın duruşmada bulunmaması için makul bir sebep gösterilmelidir. Bir mahkûmiyet hükmünün yalnızca ya da büyük oranda, sanığın yargılama aşamalarında sorgulama fırsatı bulamadığı bir tanığın beyanlarına dayandırılması, sanığın Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülen hakkının kısıtlanması anlamına gelir. Tanığın sözlü beyanı yerine yazılı bir ifadesini almak son çare olmalıdır.<sup>284</sup>
- e- Ücretsiz olarak tercümandan faydalanma hakkı; bu hak yalnızca sanığın mahkemede kullanılan dili anlayamıyor veya konuşamıyorsa uygulanır. Kullanılan dili anlayan sanık, başka bir dilde savunma yapabilme hususunda ısrarcı davranamaz.<sup>285</sup> Tercümandan faydalanma, yalnızca duruşma esnasındaki sözlü beyanlar için geçerli olmayıp, belge niteliğindeki deliller de kapsar. Ancak bu durum, tüm yazılı delillerin veya tüm resmî belgelerin çevirisinin yapılacağı anlamına gelmez. Örneğin dosyadaki bir kararın yazılı çevirisinin bulunmaması, ihlâlâle yol açmayacaktır.<sup>286</sup>

Adil yargılanma hakkı hususunda Ceza Dairelerinin ve Ceza Genel Kurulunun hassasiyeti, kararlarda Sözleşmenin sıklıkla vurgulanmasından ve ilgili madde ve fıkralara gönderme yapılmasından anlaşılmaktadır. Yargılama evrelerinde gerçekleştirilen pek çok usuli eksiklik ile maddi gerçeği ortaya çıkarma çabasında kaynaklı olarak göz ardı edilen veya dikkatlerden kaçan uygulamadaki yanlışlıklar bu hakkın ihlaline neden olmaktadır. Adil yargılanma hakkında karşılaşılabilecek pek çok somut duruma yönelik, yerel mahkemelere yol gösterici ve derinlemesine açıklamalarda bulunan zengin içtihatlar bulunmaktadır.

<sup>281</sup> Murray-Birleşik Krallık, B. No:18731/91, T. 08.02.1996.

<sup>282</sup> Pakelli-Almanya, B. No: 8398/78, T. 25.04.1983.

<sup>283</sup> Benham-Birleşik Krallık, B. No: 19380/92, T. 10.06.1996.

<sup>284</sup> Al-Khawaja ve Tahery-Birleşik Krallık, B. No: 26766/05, 22228/06, T. 15.12.2011.

<sup>285</sup> K.-Fransa, B. No: 10210/82, T. 07.12.1983.

<sup>286</sup> Kamasinski-Avusturya, B. No: 9783/82, T. 19.12.1989.

Bu kapsamda, hakkında başkaca kanıt bulunmayan sanığın, tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasında yapılan konuşmaların kayda alınması suretiyle elde edilen yasa dışı delile dayanılarak hüküm kurulması<sup>287</sup>, Cumhuriyet Savcısının CMK'nın 160 vd. maddelerine göre verdiği yazılı veya sözlü bir görevlendirme bulunmaksızın, gizli soruşturmacı usulüne aykırı olarak kolluk görevlilerinin müşteri kılığında sanıkla fuhuş için anlaşma yapması<sup>288</sup>, düzenlenen iddianameye görüldü yapan il Cumhuriyet Başsavcısının aynı davada hakim olarak görev yapması<sup>289</sup>, yakalama emrine istinaden duruşmaya çıkartılan sanığın savunması alınmadan önce iddianame, yakalama emri veya eklerinin okunmaması<sup>290</sup>, genel ahlâkın gerekli kılması nedeniyle verilen duruşmanın kapalı yapılmasına ilişkin gerekçeli kararın ve hükmün kapalı duruşmada açıklanması<sup>291</sup>, sanığın kendisine avukat görevlendirildiğinden haberinin olmaması<sup>292</sup>, sanığın iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek hakkından mahrum bırakılması<sup>293</sup>, sanığın duruşma gününden haberdar edilmesi zorunluluğuna uyulmaksızın yargılamanın yokluğunda bitirilmesi<sup>294</sup>, savunması alınmadan ve aleyhine olan bozmaya karşı diyeceği sorulmadan sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesi<sup>295</sup>, duruşmalardan başışık tutulmak istemeyen sanığın savunmasının esas mahkemesince alınması gerektiği gözetilmeden veya sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle savunmasının alınabilmesi olanağı araştırılmadan duruşmalara katılma isteğinin reddedilmesi<sup>296</sup>, doğrudan doğruyalık-vasıtasızlık ilkesine aykırı olarak SEGBİS sistemi ile savunma alınmasına itiraz eden sanığın talebinin yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle reddedilmesi<sup>297</sup>, sanığın hazır bulunmadığı son oturumda Cumhuriyet savcısının beyanı alındıktan sonra hazır bulunan müdafiyeye son sözün verilmemesi<sup>298</sup>, iddianamede açıklanan ve suç oluşturduğu ileri sürülen eylemin dışına çıkılıp, dava konusu olmayan fiil veya olaydan dolayı yargılama yapılarak hüküm kurulması<sup>299</sup>, mahkemesince Baro'ya yazı yazılarak sanığı savunmak üzere bir avukatın görevlendirilmesi nedeniyle, zorunlu müdafî için ödenen avukatlık ücretinin, mali olanaklardan yoksun olduğu anlaşılan sanığa, yargılama gideri olarak yükletilmesine karar verilmesi,<sup>300</sup> gerekçeli kararın makul sürede

<sup>287</sup> Yargıtay 1. CD, T. 13.10.2009, E. 2009/1721, K. 2009/5855.

<sup>288</sup> Yargıtay 18. CD, T. 31.10.2017, E. 2015/43513, K. 2017/12105.

<sup>289</sup> Yargıtay CGK, T. 03.03.2009, E. 2009/3-21, K. 2009/46.

<sup>290</sup> Yargıtay 15. CD, T. 08.05.2017, E. 2014/23557, K. 2017/10237.

<sup>291</sup> Yargıtay 14. CD, T. 07.03.2017, E. 2014/6345, K. 2017/1191.

<sup>292</sup> Yargıtay CGK, T. 25.06.2012, E. 2009/11-104, K. 2009/183.

<sup>293</sup> Yargıtay 20. CD, T. 16.10.2017, E. 2017/5909 E., 2017/5192.

<sup>294</sup> Yargıtay CGK, T. 17.02.2009, E. 2008/2-251, K. 2009/30.

<sup>295</sup> Yargıtay CGK, T. 15.03.2005, E. 2005/9-20, K. 2005/27.

<sup>296</sup> Yargıtay 18. CD, T. 08.02.2018, E. 2016/2152, K. 2018/1439.

<sup>297</sup> Yargıtay 1. CD, T. 23.01.2018, E. 2016/4160, K. 2018/165.

<sup>298</sup> Yargıtay CGK, T. 17.02.2009, E. 2008/1-172, K. 2009/26.

<sup>299</sup> Yargıtay 4. CD, T. 18.01.2018, E. 2017/22733, K. 2018/1104.

<sup>300</sup> Yargıtay 2. CD, T. 16.06.2011, E. 2009/48524, K. 2011/13291.

yazılmaması<sup>301</sup>, karara karşı başvurulacak yasa yolunun süresinin, merciin ve şeklinin doğru olarak belirtilmemesi<sup>302</sup> temyiz aşamasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğname tebliğ edilerek, ilgililere tebliğnamedeki görüşlerden haberdar edilme ve karşı görüşlerini bildirme olanağının tanınmaması<sup>303</sup> gibi hususlar adil yargılanma hakkının birer ihlâli olarak değerlendirilmiştir.

Bu içtihatlarda, sözleşmenin yasa maddesi gibi karara dayanak yapılmasının yanı sıra, çeşitli AİHM kararlarından örnekler de paylaşılarak, Mahkemenin sözleşmeyi yorumlayış şekli de kaynak olarak kullanılmıştır.

### 2.2.5. Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü

Bireysel düşünce, vicdan ve inanç güvenliği, çoğunlukla kişinin iç dünyasını ilgilendiren bir inanca sahip olma ve bu inancı özgürce değiştirme hakkıyla başlar. AİHS'nin 9. maddesiyle, devletin bireylere belirli bir konuda telkininin engellenmesi, bireysel düşünce, vicdan ve inancın gelişimine, tamamlamasına ve devam ettirmesine imkân tanımayı hedeflemektedir. Bu özgürlük, kişinin inancı ile bu inançla bağlantılı davranışları da güvence altına almaktadır. Tek başına yahut toplu halde, açıkça veya özel şekillerde ibadet etme, dini inançları öğretme, ritüelleri uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama hürriyetine metinde gönderme yapılarak, inancın özgürce açıklanıp tatbik edilmesinin, bu güvencenin vazgeçilmez bir parçasını oluşturduğu vurgulanmaktadır. İnançla ilgili açıklamalar, bireysel ya da toplu faaliyetler ayrımı olmaksızın Sözleşme'nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğü kapsamına dahildir. Kişinin iç dünyası ile düşünce, vicdan ve dinin bireysel olarak açıklanmasına ilişkin güvencelerin yanı sıra 9. madde, özel ve kamusal alanlarda başkalarıyla birlikte inanç açıklamasını da koruma altına almaktadır. İbadethanelere giriş ve inanç sahiplerinin ritüel ve ayinlere katılımı hususunda getirilen kısıtlamalar 9. madde kapsamında irdelenmektedir. Düzenlemenin bu özelliği “Kolektif yön” olarak tanımlanmakta olup, bu yönün, herhangi bir dini örgütün Sözleşme'nin 34. maddesi dahilinde “Mağdur” olabileceği kabulüyle altı çizilmiştir. Ancak, 9. maddenin sınırlarının çok fazla genişletilemeyeceği de ifade edilmektedir. Örneğin, evliliğin sonlandırılması imkânının tanınmaması veya kadınları kürtajdan uzak tutmak için ikna etmeye çalışan bilgilerin dağıtılması maddenin kapsamına girmemektedir.<sup>304</sup>

Madde metnindeki “Düşünce, vicdan ve din” ibareleri, güvencenin potansiyel olarak geniş bir kapsama alanına sahip olduğu fikrini uyandırabilir. Ancak uygulamada,

<sup>301</sup> Yargıtay CGK, T. 21.02.2006, E. 2005/165, K. 2006/31.

<sup>302</sup> Yargıtay CGK, T. 14.07.2009, E. 2009/7-133, K. 2009/204.

<sup>303</sup> Yargıtay CGK, T. 23.09.2008, E. 2008/9-195, K. 2008/209.

<sup>304</sup> Murdoch, 2007: 14-20.

Mahkeme'nin daha dar bir yorum yöntemini benimsediği görülmektedir. Örneğin, bir azınlık grubuna mensup olma ve dolayısıyla bir grubun kültürel kimliğini koruma hedefi 9. madde kapsamında görülmemektedir. “İnanç”, “Görüş” ile aynı anlama gelmemektedir. Maddenin korumasına giren şahsi inançlar “Belirli bir ikna edicilik, ciddiyet, bağlılık ve önem seviyesine sahip” olmalı ve insan onuruna saygıyla bağdaşmalıdır. Diğer bir ifadeyle, inanç, “İnsan yaşamı ve davranışının önemli ve temel bir yönüne” ilişkin olup aynı zamanda, demokratik bir toplum düzeninde korunmaya değer görülmelidir. Pasifizm, ateizm ve veganlık, tıpkı komünizme benzer diğer siyasi ideolojiler gibi 9. madde tarafından korunan değerlerdendir.<sup>305</sup>

Vicdanı ilgilendiren bir karardan ve buna uygun hareket edebilme özgürlüğünden bahsedebilmek için, vicdani kanaate neden olan kaynağın bir önemi yoktur. Dini, din dışı veya karşıtı bir görüşe dayansa bile vicdani kanaat, bu hakkın korumasına girer.<sup>306</sup>

Din ve inancı açıklama özgürlüğü sadece demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin ve düzeninin sağlanması, genel ahlak sağlık veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve yasayla sınırlanabilir. Kamu görevlilerinin cuma günleri iş saatlerinde namaza gitmeleri veya inançları gereği askerlik yapmayı reddetmeleri bu sınırlamalar içinde ele alınabilir.<sup>307</sup>

Okullarda belli bir doktrinin öğrencilere iradeleri hilafına zorunlu olarak dikte edilmesi, zorunlu din dersi bulunan okullarda muafiyet hakkının tanınmaması veya kişilerin sırf inançlarından dolayı farklı muamelelere tabi tutulması hakkın ihlali niteliğindedir.<sup>308</sup>

AİHM'in 9. maddeye ilişkin oldukça geniş bir yelpazeden kararları bulunmasına karşın Yargıtay Ceza Dairelerinin Sözleşme'nin doğrudan bu maddesine değindiği fazlaca kararına rastlanmamaktadır. Bu durum, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hususunda çoklukla karşılaşılan uyuşmazlık tipleri olan din özgürlüğüne ilişkin davaların, daha çok kamu organlarının taraf olması sebebiyle idari yargının, vicdani ret hususunun ise geçmişte askeri yargının görev alanında değerlendirilmesi nedenlerine bağlanabilir. Yargıtay'ın bu hakkı düşünce açıklaması bağlamında kararlarında ele aldığı gözlemlenmektedir.

AİHM kararlarına bakıldığında, kişinin din özgürlüğünün, aynı zamanda dinini açıklamaya zorunlu bırakılmama hakkını da içerdiği, başvuranın inancının kimlik kartlarında yer almasının 9. maddenin ihlali niteliğinde olduğu<sup>309</sup>, tanıklık yapabilmek için İncil üzerine yemin edilmesi zorunluluğunun din özgürlüğü hakkına bir müdahale teşkil ettiği ve söz

<sup>305</sup> Murdoch, 2007:13.

<sup>306</sup> Atalay, 2000:130.

<sup>307</sup> Tezcan vd., 2010:256

<sup>308</sup> Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011:347

<sup>309</sup> Işık-Türkiye, B. No: 21924/05, T. 02.02.2010.



konusu müdahalenin haklı ya da gözetilen amaçla orantılı olmadığı<sup>310</sup>, sınıflarda dini sembol kullanılması hususunda Avrupa'da bu konuyla alakalı herhangi bir görüş birliği bulunmadığından, uygulamanın bir tür aşılama hâline gelmemesi kaydıyla, kural olarak devletlerin takdir yetkisinde olduğu<sup>311</sup>, buna karşın Müslüman bir öğretmenin sınıfta başörtüsü takılması yasağına karşın yaptığı başvuruyu, başvuranın devletin bir temsilcisi sıfatıyla sorumlu olduğu çocukların yaşının dört ve sekiz arasında olması, yani çocukların daha büyük öğrencilere kıyasla daha kolay etkilendikleri bir yaşta olmalarından ötürü, bu tedbirin makul olmadığına söylenemeyeceğini vurgulayarak kabul edilemez bulunduğu<sup>312</sup> yönünde kararları bulunmaktadır.

Vicdani ret hususunda ise AİHS'nin 9. maddesinde, bu hakka ilişkin açık bir atıf bulunmamaktadır. Buna karşın, AİHM, askerlik hizmeti verme yükümlülüğü ile kişinin vicdani veya derin ve samimi inançları arasında ciddi ve aşılması mümkün olmayan bir çatışmanın gerekçelendirilmesi hâlinde, askerlik hizmeti karşılığının, davanın kendine özgü şartları altında, 9. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir<sup>313</sup>.

Temel hak ve özgürlükler arasında düşünce ve kanaat açıklama özgürlüğünün önemli bir yeri bulunduğunu kaydeden 19. Ceza Dairesi, ifade ve basın özgürlüğünün temelinde insan haklarına saygı ve insanın onuru, şerefi, haysiyeti gibi kavramların korunması gibi amaçlar bulunduğu, bu nedenle içinde nefret barındıran düşünce ve ifadelerin dile getirilmesinin koruma altına alınamayacağını gözeterek verdiği kararlarında, başta AİHS ve Anayasa olmak üzere ilgili mevzuat ve çeşitli yargı kararlarına yaptığı atıflar çerçevesinde konuya yaklaştığı tespit edilmiştir. Bu hususa örnek olmak üzere, Y.A. Gazetesinin 30.09.2013 tarihli nüshasının 1 ve 11. sayfalarında yer alan "A. D. Kelkit'te kimlerden olur?" başlıklı köşe yazısında, "...sahi V. amcanın cesedini kim niçin kaçırdı? cesedi kurda kuşa köpeklere yem edildi. yoksa bir genetik tahlil sonucu, birilerinin mirasçı olmayacağını anlaşılmaması, başka birilerinin ise mirasçı olabileceği gibi bir durum mu söz konusu idi..." şeklindeki ifadelerde geçen "naaşı" veya "cansız bedeni" yerine "ceset" kelimesinin, "kurda kuşa yem edilmek" deyimini yanında "köpeklere yem edilmek" deyiminin kullanılmasının, ifade ve anlam bütünlüğünde, muhatabın şeref ve haysiyetini rencide edecek, muhatabın kişiliğini hedef alacak şekilde olumsuz olarak kullanıldığı, bu yönüyle içinde saygıdan ziyade nefret içeren bir söylemin tercih edildiği saptanmasında bulunulmuştur.<sup>314</sup>

<sup>310</sup> Dimitras ve Diğerleri-Yunanistan, B. No: 42837/06, T. 03.06.2010.

<sup>311</sup> Lautsi ve Diğerleri-İtalya, B. No: 30814/06, T. 18.03.2011.

<sup>312</sup> Dahlab-İsviçre, B. No: 42393/98, T. 15.02.2001.

<sup>313</sup> Bayatyan-Ermenistan, B. No: 23459/03, T. 07.07.2011.

<sup>314</sup> Yargıtay 19. CD, T. 05.04.2018, E. 2018/660, K. 2018/4108.

Anayasa ile birlikte AİHS'nin 9/2, 10/2, 17. maddelerini birlikte değerlendiren 8. Ceza Dairesi, devlet veyahut halkın bir bölümü için rahatsız edici, hoşça gitmeyen, kural dışı, endişe verici, fakat şiddet ve şiddet kışkırtıcılığı içermeyen nitelikteki sözlerin, ifade hürriyeti kapsamında olduğunu vurgulayarak, sanığın il başkanı olduğu partisi adına yaptığı basın açıklamasında, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yaptığı bir sınır ötesi operasyon ve hükümetin politikalarını eleştirmesinin, şiddeti, silahlı direnmeyi veya ayaklanmayı teşvik eden ifadeleri kullanmaması ve işlenen bir suç yahut işlediği suç nedeniyle kişiyi övücü nitelikte bulunmayan eyleminde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Skaka/ Polonya– 27 Mayıs 2003 ve Korku/Türkiye–23 Eylül 2003 tarihli kararları da gözetildiğinde isnat olunan suçun yasal unsurları oluşmadığı görüşündedir.<sup>315</sup> Aynı daire, sözleşmenin 9, 10 ve 11.maddelerinin, sözleşmenin genel amacı olan çoğulcu demokratik rejim için toplumda hoşgörü ortamının sağlanarak çoğulcu demokrasinin yerleştirilmesi ve geliştirilmesine yönelik olduğunu belirtmiştir.<sup>316</sup>

#### 2.2.6. İfade Özgürlüğü

Sözleşmenin 10. maddesine göre herkesin, fikirlerini açıklayıp bunları anlatma özgürlüğü vardır. Bu hak, kanaat özgürlüğünü ve bir kamu otoritesinin müdahalesine maruz kalmaksızın haber veya fikir alma ve verme hürriyetini de içerir. Kullanılması için devletlere görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler; ancak mecburi hallerde, ulusal güvenliğin, ülke bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin ihdası, suç işlenmesinin önüne geçilmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması, veya yargı organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı usullere, koşullara, kısıtlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.

AİHM, eski ve yeni yapısıyla verdiği kararlarda ifade özgürlüğü bağlamında bir içtihat hukuku oluşturmuştur. Bu kararlarda dikkati çeken husus ifade özgürlüğünün esas, sınırlamaların ise istisnai olduğudur.<sup>317</sup>

AİHM kararlarıyla ifade özgürlüğü açısından kişilerin; kanaat sahibi olma, fikirlerini açıklama, bilgi ve görüş alıp verme özgürlükleri korunmaktadır. Ayrıca ifade ediliş biçimleri ve araçları da bu özgürlüğün güvencesi kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>318</sup>

<sup>315</sup> Yargıtay 8. CD, T. 14.11.2012, E. 2010/5330, K. 2012/34312.

<sup>316</sup> Yargıtay 8. CD, T. 17.02.2015, E. 2014/27832, K. 2015/9649

<sup>317</sup> Bozkurt-Dost, 2002: 69.

<sup>318</sup> Yıldırım, 2016: 447-470.

Kanaat sahibi olma özgürlüğü; ideolojik, kültürel, felsefi, dini, politik, sosyal ve ekonomik gibi her alanda edinilen bilgiler içerisinden doğru olduğuna kanaat getirilen görüşleri tercih edebilme manasındadır.

Düşünceyi açıklama hürriyeti, ifade özgürlüğünün en önemli bölümüdür. Devletle bireyi sık sık karşı karşıya getirmektedir. Düşünce özgürlüğü, ancak ifade edilebildiğinde anlamını bulur. Eğer ki birey, iç dünyasında ortaya çıkan düşünceyi ifade edemiyorsa, düşünce özgürlüğü mevzu bahis olamaz. Zira gerçek manada ifade özgürlüğü için, fikirlerin serbestçe açıklanabilmesi de gereklidir. Bilgi araştırma, elde etme, serbestçe öğrenme ve bilgi ve fikirlerin serbestçe paylaşılması, fikir alışverişinde bulunma ifade özgürlüğünün bir diğer unsuru olup özgürlüğün temelini oluşturur. Sözleşmenin 10. maddesinde ifade özgürlüğünün resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestisini de kapsadığı belirtilerek bu temel hususa işaret edilmiştir. Sözleşmede, haber alma ve vermenin ülke sınırları söz konusu olmaksızın geçerli olacağı ifade edilmiş, hakkın kapsamına uluslararası bir boyut kazandırılmıştır.<sup>319</sup>

Düşünceyi açıklama hürriyeti genel olarak iki çeşit sınırlama ile karşılaşır. Birincisi, bireyi koruma amaçlı olup, burada onur, şeref haysiyet ve güvenlik gibi değerler gündeme gelir. İkincisi ise toplumu ve devleti korumayı amaçlar.<sup>320</sup>

İfade özgürlüğüne yönelik her türlü kısıtlama, koşul ya da herhangi bir olumsuz müdahale biçimi, bu özgürlüğün yalnızca belirli bir kullanımı üzerinde uygulanabilir. İfade hürriyetinin içeriğine müdahale etmek mümkün değildi. Bu doğrultuda, 17. maddede bir düzenlemeye yer verilmiştir. Düzenlemeye göre; “*Bu AİHS hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye, AİHS’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz.*” Bir hakkın içeriğine yönelik sınırlama, o hakkın yok edilmesine yol açacaktır. Ayrıca, 2. fıkrada sayılan durumlardan herhangi biri mevcut olduğunda, ulusal otoriteler müdahale etmekle yükümlü değildir. Zira, bu durum söz konusu hakkın içeriğine bir sınırlama getirmek demektir. Örneğin, kişinin şöhretine ya da şerefine zarar verilmesi, her zaman bir suç ya da tazminat sebebi olarak yorumlanmamalıdır. Benzer olarak, kamu önünde yargıyı zor duruma sokacak türden açıklamalar her yapıldığında cezalandırılmamalıdır. Başka bir deyişle, ifade hürriyetinin kullanımı üzerinde bir sınırlandırma ya da cezai tedbir belirleme ve uygulama hususunda kamu otoritelerinin bir yükümlülüğü yoktur, sadece böyle bir olanağı vardır. Aksi bir

<sup>319</sup> Sunay, 2001: 49-63.

<sup>320</sup> Tezcan vd., 2010: 275

düşünce, haklar ile değerler ya da menfaatler arasında bir hiyerarşiye yol açarak, ifade özgürlüğünün zedelenmesiyle sonuçlanırdı.<sup>321</sup>

Demokratik bir toplumun, olmazsa olmaz esaslarında ve toplumun ilerleyip bireyin özgüveni için gerekli temel koşullardan birini oluşturan ifade hürriyeti, sadece toplumda kabul gören veya zararsız bilgi veya fikirler için değil, aynı zamanda şok edici, kırıncı veya rahatsızlık veren ifadeler için de geçerlidir. Bunlar demokratik bir toplumda mutlaka bulunması gereken tolerans ve hoşgörünün gerekleridir.<sup>322</sup> Ancak bu noktada çeşitli sınırlamalarla karşılaşılacağını da unutmamak gerekir. Örneğin, liderleri şiddete çağrısında bulunan veya demokratik ilkelere aykırı politikaları savunan ya da demokratik sistemi kaldırmayı ve sistemin güvence altına aldığı hakları ihlal etmeyi hedefleyen siyasi partilerin koruma talep edemeyeceği görülmektedir.<sup>323</sup> Benzer şekilde farklı azınlık gruplarına ilişkin nefret söylemi (örneğin homoseksüelliğin sapkın bir cinsel eğilim olduğu söylemi) ve ırkçılık da 10. madde korumasından yararlanamamaktadır. Burada şuna değinmekte fayda var ki, Holokost'un inkârı ve Nazi ideolojisine göndermelerin aksine, tarihi ve toplumsal söylemin konusu olarak görülen Ermenilere yönelik soykırım iddiasının inkârı 10. maddenin koruması kapsamında görülmüştür.<sup>324</sup>

AİHM, ulusal mahkemelerce hakaret içerikli, aşağılayıcı ya da iftira niteliğinde görülen açıklamalarla karşı karşıya geldiğinde öncelikle söz konusu ifadelerin olgusal iddialar olarak mı yoksa değer yargısı mı olarak irdelenmesi gerektiğini belirlemektedir. Zira olgu isnadı söz konusu olduğunda ispat yükü ve başvuruçular için delil standardı sorunları gündeme gelirken, değer yargılarının ispatlanmaya elverişli olmadığı kabul edilmektedir. Mahkeme, özellikle bir gazeteci veya politikacının ifade hürriyeti söz konusu olduğunda, değer yargısı kavramını geniş yorumlayarak çoğunlukla ifade hürriyetini gözetmektedir. Yargılamaya konu ifadelerin değer yargısı içerdiğinin belirlenmesinden sonra ise bu yargıları destekleyen yeterli bir olgusal temelin mevcut olup olmadığına bakılmaktadır. Zira değer yargısı bile olsa belli düzeyde olgulara dayanana alt yapısının bulunması gerekir. Ayrıca bir değer yargısı ile onu destekleyen olgular arasındaki bağlantı somut olaya özgü koşullara bağlı olarak değişebilmektedir. Örneğin *Brasilier v. Fransa* (2006) davasında, bir belediye başkanının oylamada hile yapmakla yargılanması, seçimlerde hile yapmakla itham edilmesi açısından yeterli görülmüştür. Bu bağlamda Mahkeme tarafından, siyasi ifadeler ve gazetecilik ya da basın özgürlüğü gibi önem atfedilerek ayrıcalıklı görülen ifadeler söz

<sup>321</sup> Macovei, 2005: 35-36.

<sup>322</sup> Tezcan vd., 2004: 462.

<sup>323</sup> Harris vd., 2013:470.

<sup>324</sup> Bychawska-Siniarska, 2018: 25-33.

konusu olduğunda kamu yararı kavramının kapsamını genişletmek ve değer yarguları ile onları destekleyen olgusal temelleri belirlemek için tartışmalı ifadelerin detaylarına girmekte tereddüt etmemektedir. Gazetecilerin ifade özgürlüğüne ilişkin olarak, gazetede çıkan bir yazıda yerel bir siyasetçiyi “Soyguncu belediye başkanı” olarak tanımlayan ifade, bu siyasetçinin hırsızlıktan mahkumiyetine ilişkin bir mahkeme kararı mevcut olduğu için olgusal temellere dayandığı kabul edilmiştir. Bu gibi davalarda ifadelerin keyfi bir kişisel saldırı niteliğinde olup olmadığı veya küçük düşürme amacıyla hareket edilip edilmediği hususlarında titizlikle hareket edilmelidir. Damgalama amacı taşıyan, şiddet ve nefrete kışkırtma ihtimali olduğu düşünülen ifadelere dikkat edilmelidir. Bunların yanı sıra, hakaret etmekle suçlanan gazetecilerin iddialarını desteklemek üzere en azından ilk bakışta doğru olduğu görünümü veren deliller sunması gerekmektedir. Buna karşın yayınlanan bilginin tüm yönleriyle doğruluğunun ortaya konması da gerekmez.<sup>325</sup>

İfade özgürlüğü hususu da Türkiye'nin pek çok kez AİHM önünde tazminat ödemesiyle sonuçlanan davalara konu olmuştur. Türkiye'nin AİHM önünde bugüne kadarki siciline göz atıldığında, ülkemiz, 1959 ile 2017 yılları arasında Mahkeme'nin vermiş olduğu 20,657 kararın 3386'sının (%16.36) tarafı olarak, hakkında en çok karar verilen Taraf Devlettir. 2988 ihlal kararı ile de hakkında en çok ihlal kararı verilen ülkedir. Türkiye aleyhine açılmış olan ifade özgürlüğü davalarındaki ana temalar terörizm ve şiddettir. Gerçekten de AİHM kararlarının çoğu, terör örgütlerinin propagandasını yapma; suçu veya suçluyu öven yazı ya da kitaplar yayınlamak, halkı kin veya düşmanlığa tahrik etme ve Türk milletini, Türkiye Cumhuriyeti'ni, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni ya da devletin manevi kişiliğini, devlet kurumlarını ve silahlı kuvvetleri aşağılamak ve alenen karalamaktan ötürü verilen mahkumiyetlerle beraber, bir terör örgütünün beyanlarını yayınlamaktan ötürü, söz konusu beyanların bağlamı veya içeriği dikkate alınmaksızın otomatik olarak verilen mahkumiyetler ile ilgilidir.<sup>326</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ifade özgürlüğünü;

*"Demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardan birini ve toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. maddenin 2. paragrafı saklı tutulmak üzere, ifade özgürlüğü sadece toplum tarafından kabul gören veya zararsız veya ilgisiz kabul edilen bilgi ve fikirler için değil, incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Bu, yokluğu halinde demokratik bir toplumdaki söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikriliğin bir gereğidir. 10. maddede güvence altına alınan bu hak, bazı istisnalara tabi ise de bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasının ikna edici olması gerekir"*

<sup>325</sup> Harris vd, 2013: 519-524.

<sup>326</sup> <https://www.englishpen.org/wp-content/uploads/2018/03/Turkey-Freedom-of-Expression-in-Jeopardy-TUR.pdf> (erişim tarihi 01.04.2018)

Şeklinde yorumlamaktadır.<sup>327</sup>

İfade özgürlüğü bünyesinde her türlü ifadeyi barındırmakla beraber her ifade eşit olarak koruma görmemektedir. AİHM içtihatlarında ifade özgürlüğünün sınırlanması bakımından özellikle nefret söyleminin bir istisna olarak görüldüğü söylenebilir. Bundan başka siyasetçilere ve kamu görevlilerine dönük eleştiri niteliğindeki birtakım ifadeler daha geniş yorumlanırken, sade vatandaşlara ve yargı mensuplarına yönelik eleştiriler daha az korunmaktadır.<sup>328</sup>

AİHM, yerginin, çoğunlukla özünde var olan abartma ve saptırma yoluyla, doğal olarak kışkırtmayı ve galeyana getirmeyi amaçlayan bir sanatsal ifade ve toplumsal eleştiri biçimi olduğunu belirterek, cezalandırmanın, güncel mevzular hakkında yergi niteliğinde ortaya konulan ifade biçimleri üzerinde bir soğutma etkisi yapmasının mümkün olduğu ifade etmiştir. Bu tür ifade şekilleri, kamu menfaatinin ilgilendiren sorunların serbestçe tartışılmasında oldukça önemli bir rol oynayabilmektedir ki; serbestçe tartışma olmadan demokratik toplum mümkün olamaz.<sup>329</sup>

AİHM, politikacıların kendilerine yöneltilen ağır eleştirilere tahammül etmek durumunda olduğunu, siyasetçilerin eleştirilere özel kişilerden daha fazla hoşgörü göstermesi gerektiğini belirtmektedir. Avusturya’da 1975 yılında yapılan seçimlerden sonra, bir gazetecinin, geçmişte Nazi faaliyetlerine katılan bir siyasetçi ile koalisyon kuracağını açıklayan Federal Şansölye Bruno Kereiski’yi eleştirdiği yazısında geçen, “*ahlaksızca*”, “*yüz kızartıcı*”, “*en adi türden fırsatçılık*” ifadeleri nedeniyle para cezasına mahkûm edilmesinin ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahale oluşturduğuna hükmetmiştir. Hararetli siyasi tartışmaların yaşandığı bir ortam bulunduğu da gözetildiğinde, ifadeler, saldırgan olmakla birlikte hakaret kapsamında görülmemiştir.<sup>330</sup>

AİHM, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken hoşgörü göstermeleri gereken eleştiri sınırının sıradan vatandaşlara göre daha geniş olmakla birlikte, görevlerini hakkıyla yerine getirebilmeleri için kamu güvenine ihtiyaç duyduklarını; bunun ise kamu görevlilerinin asılsız suçlamalara karşı korunmasıyla sağlanabileceğini belirtmiştir.<sup>331</sup>

Yargı görevlileri bakımından, AİHM, davanın taraflarından biri olan avukatların yargı sistemine saygılı olması ve hâkimlere karşı aşırı abartılı veya hakaret olarak

<sup>327</sup> Handyside-Birleşik Krallık, B. No: 5493, T. 07.12.1976.

<sup>328</sup> Karan, 2018:8.

<sup>329</sup> Eon-Fransa, B. No: 26118/10, T. 14.03.2013.

<sup>330</sup> Lingens-Avusturya, B. No: 9815/82, T. 08.07.1986.

<sup>331</sup> Lesnik-Slovakya, B. No: 35640/97, T. 11.03.2003.

değerlendirilebilecek bir dil kullanmamaları gerektiğini, ancak yargı hakkında aleni tartışmalarda yer alma hakkına sahip olabileceklerini belirtmiştir.<sup>332</sup>

Basın özgürlüğü açısından ise Mahkeme, yayımlanan bilgilerin tüm yönleri ile doğruluğunun kanıtlanması gerektiği görüşünde değildir. Polis şiddetine ilişkin iddiaların gerçekliğinin ortaya koyulmaması nedeniyle verilen mahkûmiyeti inceleyen AİHM, başkaları tarafından söylenenleri haberleştiren başvuruçuyu iddiaların içeriği ile ilgili olarak sorumlu görmeyerek, sert bir dille ifade ettiği birtakım iddiaların doğruluğunu ortaya koyma yükünden muaf tutmuştur. Kaldı ki dava kapsamında öne sürülen iddiaların tamamen asılsız olduğu da ortaya koyulamamıştır.<sup>333</sup>

Başka bir olayda da bir gazeteci, yerel bir siyasetçi ile ilgili devam etmekte olan ceza yargılamasına dair gazetede yazdığı yazılar nedeniyle hakaret suçundan mahkûm olmuştur. Başvuran, hakaret ettiği iddia edilen belediye başkanının, hırsızlık suçundan ceza almasının ardından, başkanı “soyguncu” olarak tanımlamıştır. AİHM, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verirken, gazetecinin bir dereceye kadar abartma hakkına sahip olmasına ve muhatabın kamuya mal olmuş bir kişi olması nedeniyle, bazıları olgusal temelden yoksun olmayan değer yargısı olarak değerlendirilebilecek eleştirilere karşı, daha fazla hoşgörü göstermek zorunda olmasına vurgu yapmıştır.<sup>334</sup>

İfade özgürlüğü ve terörle mücadele bağlamında da bazı sınırlamalar olabileceğini görüyoruz. Brind ve Diğerleri-Birleşik Krallık başvurularında (Başvuru No: 18714/91, 09.05.1994) başvuruçular, Sözleşme'nin 10. maddesine dayanarak, IRA gibi terör örgütlerini temsil eden veya destekleyen kişilerle ilgili haberlere veya bu kişilerin söylemlerine kısıtlama getiren kararlarla ilgili şikâyette bulunmuşlardır. Komisyon, ilk davada, şikâyete konu kararın ulusal güvenliğin korunması, suç ve kargaşanın önlenmesi amacına uygun olduğu; ikinci davada ise röportajların seslendirilmesinde bir oyuncunun sesinin kullanılması şartının sınırlı bir müdahale teşkil ettiği ve başvuranların ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin, ulaşılmak istenen amaçla orantısız olduğunun söylenemeyeceği kanaatine varmıştır.

Buna karşın bir kararında Mahkeme, terör örgütünün propagandasını yaptıkları gerekçesiyle, gazetelerinin yayın ve dağıtımının durdurulmasından şikâyetçi olan başvuranlar açısından Sözleşme'nin 10. maddesinin (ifade özgürlüğü) ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda, tamamen yayın ve dağıtımın durdurulması yerine, gazetelerin bazı sayılarına el konulması veya bazı yazıların yayınlanmasına kısıtlama getirilmesi gibi daha hafif tedbirlerin

<sup>332</sup> Schöpfer-İsviçre, B. No: 25405/94, T. 20.05.1998.

<sup>333</sup> Thorgeirson-İzlanda, B. No: 13778/88, T. 25.06.1992.

<sup>334</sup> Dabrowski-Polonya, B. No: 18235/02, T. 19.12.2006.

alınabileceğini belirtmiştir. Yayınların tamamının durdurulmasıyla, basının demokratik bir toplumdaki kamu bekliliği rolünün haksız bir şekilde kısıtlandığı sonucuna varılmıştır.<sup>335</sup>

Yargıtay uygulamalarına bakıldığında, 16. Ceza Dairesi ifade özgürlüğünün terörle mücadele kapsamında en fazla müdahale ve sınırlamayla karşı karşıya kalan temel haklardan olduğunu ve terörle mücadele, niteliği gereği kendine özgü bir takım zorluklar içerdiğinden devletlerin bu mücadelede daha geniş bir takdir marjına sahip olduğu kabulüyle birlikte, terörle mücadele de bir hukuk rejimi olduğundan, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin ihmal edilemeyeceğini vurgusunu yaptığı kararında, AİHS 10. maddesinin bir iç hukuk düzenlemesi haline dönüştüğünü belirtip, AİHM’de Türkiye’nin taraf olduğu bazı kararlara atıf yaptıktan sonra, sanıkların herhangi bir slogan attıkları yönünde dosya kapsamında yapılmış bir tespit bulunmadığı gibi örgütün çağrısının da bulunmadığı barışçıl gösteri niteliğindeki olayda, yalnızca terör örgütü lideri A.Ö.’nün resimlerinin bulunduğu poster ve pankartları taşıdıklarının tespit edilmesi ve topluluğun cebir ve şiddete yönelmeden dağılması nedeniyle sanıkların kanıtlanan eylemlerinin terör örgütlerinin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da teşvik edecek nitelikte olmadığı ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatine ulaşmıştır.<sup>336</sup> Yine benzer gerekçelerle sanığın nevrüz kutlamaları sırasında içinde bulunduğu aracın camından dışarıya sarkarak terör örgütü lehine sloganlar attığı, daha sonra içinde bulunduğu topluluğun herhangi bir cebir ve şiddete başvurmadan kendiliğinden dağıldığı olayda, terör örgütünün propagandası suçunun oluştuğu gerekçesiyle verilen mahkumiyet hükmü, atılan sloganların terör örgütlerinin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da teşvik edecek nitelikte olmadığından bu sözlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>337</sup>

Yargıtay 8. Ceza Dairesi, Yerel Mahkemenin, beraat kararına konu somut olayda geçen ifadeleri açıkça göstermese de, doğrudan Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca uygulanması gereken Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Skaka/Polonya – 27 Mayıs 2003, Korcu/Türkiye – 23 Eylül 2003 tarihli kararları gözetilerek, sanıkların attıkları iddia edilen sloganların, şiddeti, silahlı direnmeyi veya ayaklanmayı teşvik eden ifadelerin kullanılmadığı, işlenen bir suçu yahut işlediği suç nedeniyle kişiyi övücü nitelikte bulunmayan, bir hükümlü hakkında kendi değer yargısını

<sup>335</sup> Ürper ve Diğerleri-Türkiye, B. No: 14526/07, T. 29.10.2009.

<sup>336</sup> Yargıtay 16. CD, T. 07.12.2015, E. 2015/5812, K. 2015/4741.

<sup>337</sup> Yargıtay 16. CD, T. 17.07.2015, E. 2015/2742, K. 2015/2316.



içeren düşüncelerini açıklayan sanıkların eyleminde yüklenen suçun yasal unsurları oluşmadığı kanaatine ulaşmıştır.<sup>338</sup>

Yargıtay'ın son dört yıllık iş bölümüne göre hakaret suçlarına yönelik temyiz incelemelerini gerçekleştiren 18. Ceza Dairesi'nin de ifade özgürlüğü hususunda Sözleşmeye ve AİHM içtihatlarına büyük önem verdiği görülmektedir. İnsanın serbestçe haber, bilgi ve başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, savunabilmesi ve yayabilmesi olarak kabul edilen ifade özgürlüğü, demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardan ve toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan biri olarak değerlendirilen bu kararlarda, Sözleşme'nin 10.maddesindeki sınırlama kayıtları ve AİHM'in, Thorgeir Thorgeirson-İzlanda (13778/88, T. 25.06.1992), Dabrowski-Polonya (18235/02, T. 19.12.2006), ve Eon-Fransa, (26118/10, T. 14.03.2013) gibi çeşitli kararlarına atıflarda bulunularak bir sözün onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta kalıp kalmadığını değerlendirmektedir.<sup>339</sup> Bu kararlarda, kendilerine belirli idari yetkiler verilmiş görevlilerin, sözlerine ve eylemlerine getirilen eleştirilere daha fazla hoşgörü göstermeleri gerektiğinin AİHM içtihatlarında kabul edildiği, politikacılar, bürokratlar, diplomatlar, bilim adamları, sanatçılar, sporcular gibi kamuoyu tarafından tanınan kişilere yönelik eleştirilerin izin verilen sınırlarının, toplumda yer alan diğer kişilere oranla daha geniş olduğu ancak bu kişilerin özel hayatlarına, onur, şeref ve saygınlıklarına ağır ve haksız saldırılarda bulunulabileceği anlamına gelmediği de gerek iç hukukumuzda gerek AİHM kararlarında yerleşmiş bir ilke olarak kabul edildiğine dikkat çekilmektedir.<sup>340</sup>

Ceza Genel Kurulu, gazeteci olan müteveffa Fırat (Hrant) Dink'in bir yazısı ve bu bağlamdaki yazı dizisini irdeleyerek verdiği kararında, "Türklüğü alenen tahkir ve tezyif suçunu" düzenleyen 765 sayılı TCK'nın 159. maddesini ihlal edilip edilmediği hususunu değerlendirmeden önce konuyu ulusal ve uluslararası düzenlemeler kapsamında değerlendirme gerekliliği duyarak ifade hürriyeti ile ilgili tespitlerde bulunmuştur. Bu doğrultuda, AİHM'nin 10 ve 17.maddeleri ve AİHM'in konuya ilişkin bazı kararları, doktrindeki görüşlere de atıf yapılarak birlikte değerlendirilerek, ifade özgürlüğünün, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenilmeye değer görülmeyen haber ve düşünceler için değil, devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onları rahatsız

<sup>338</sup> Yargıtay 8. CD, T. 17.02.2015, E. 2014/27832, K. 2015/9649. Benzer şekilde bkz. Yargıtay 8. CD, T. 20.04.2017, E. 2016/10135, K. 2019/4449.

<sup>339</sup> Örneğin: 15.02.2018 tarih E. 2015/25961, K. 2018/1903, 21.02.2018 tarih E. 2016/4050, K. 2018/2266 sayılı kararlar.

<sup>340</sup> Yargıtay 18. CD, T. 14.03.2018, E. 2017/8198, K. 2018/..... K., 12. CD, T. 17.01.2018 E. 2017/1848, K. 2018/545.

eden haber ve düşünceler için de uygulanacağı, bunun demokratik toplum düzeninin ve çoğulculuğun gereği olduğu, eleştirinin kaynağını bu özgürlükten aldığını, eleştirilerdeki sertliğin suç oluşturmayacağı, sert bir üslupla yapılması, kaba olması ve nezaket sınırlarını aşması, eleştirenin eğitim ve kültür düzeyine bağlı bir olgu olduğu, ancak kurumlar eleştirilirken görüş açıklama niteliğinde bulunmayan, küçültücü, aşağılayıcı ifadelerin kullanılmaması, düşünceyi açıklama sınırları içinde kalınması gerektiği vurgulanarak, sanığın, Mustafa Kemal Atatürk'ün “Muhtaç olduğun kudret, damarlarındaki asil kanda mevcuttur” sözünden de çıkarım yaparak ve bu sözü ustaca bir üslupla değiştirerek “Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur” demek suretiyle Türklüğü aşağıladığı sonucuna ulaşılır. Kurulca bu sonuca varılırken, yalnızca bu cümleye dayanılarak değerlendirme yapılmadığı, 8 yazının birbirini takip eden seri yazılar olduğu, özellikle konuyla ilgili olarak, 6, 7 ve 8. yazıların birlikte değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiş, ayrıca Ermeni kökenli bir Türk vatandaşı olan sanığın, tarihi olaylara bakış açısı, katılmamakla birlikte ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirildiği, "zehirli kan" sözcüğü ile amaçlananın, Ermeni kimliğindeki sağlıklı yapıyı bozan “saplantı” olduğu; Türk sözcüğü ile de Ermenilerdeki “Türk olgusunun” kastedildiği görüşlerine katılmadığı vurgulanarak, diğer yazılardaki açıklamalara gönderme yapıp, "zehirli kan" sözcüğünün Türklere yönelik olduğu kötü niyetle ve tezyif amacıyla kullanıldığı, suça konu yazının yayımlandığı gazetenin, sanığın konumu, hitap edilen kitle, yazının muhatap kitle tarafından algılanma biçimi gözetilerek, kullanılan ibarenin Türklüğü tahkir ve tezyif edici nitelikte bulunduğu, esasen bu amaçla da kaleme alındığı Ermeni toplumunu yüceltirken Türk toplumunu aşağılamanın ifade özgürlüğü ve eleştiri kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucunu ulaşılmış, Yerel Mahkeme kararının gerekçesinde yetersizlik bulunmakla birlikte Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine oy çokluğuyla karar verilmiştir. İtiraz yazısında ve karşı oylarda ise yine AİHS, AİHM kararları ve doktrinindeki görüşlere yer verilerek sözlerin küçük düşürücü olmadığı ileri sürülmüştür.<sup>341</sup> Bu karar, kararın dayanağı olan itiraz yazısı ve karşı oylar, ifade hürriyetinin ne derece hassas, tartışmalı ve yoruma açık olduğunu somut bir göstergesidir.

<sup>341</sup> Yargıtay CGK, T. 11.07.2006, E. 2006/9-169, K.2006/184.

## SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokolleri, düzenlediği etkili koruma mekanizması ile temel hak ve özgürlüklere yönelik ihlallerin önlenmesi noktasında taraf devletlerin hukukunu yoğun bir şekilde biçimlendirme eğiliminde olup taraf devletler iç hukuklarını ve uygulamalarını Sözleşme ile uyumlu hâle getirmekle yükümlüdür. Bu bağlamda, başta AİHS olmak üzere temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeleri, yabancı devletlerin Türkiye'nin egemenliğini denetime açan belgeler olmaktan ziyade, insan hakları alanında kendimizi geliştirmeye yarayacak belgeler olarak görmek ve iç hukuktaki yerlerini de buna göre takdir etmekte fayda bulunmaktadır.<sup>342</sup> Kaldı ki Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki düzenlemeler uyarınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeleri, kanunların üstünde olduğunu değerlendirmeye almak gereklidir.

Sözleşme ile iç hukukun birbirine uyumlu hâle getirilmesinde yasama yürütme ve yargı organlarına ayrı ayrı görevler düşmektedir. İnsan haklarına saygının ve ihlallerin önlenmesinin temini ancak iç hukuk yollarının etkili bir biçimde işletilmesi ve yargı mercilerinin Sözleşme'yi uygulamaları ile mümkündür. Dolayısıyla, Sözleşme ile koruma kapsamına alınmış bulunan hak ve özgürlüklerin ülkemizde korunmasında asıl sorumluluk yargı yerlerine düşmektedir.<sup>343</sup> Sözleşme'nin iç hukukta uygulanması ve yorumlanmasında mutlaka AİHM içtihatlarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu bağlamda her yıl önüne gelen binlerce uyuşmazlıkla ilgili karar verip, bireylerin yaşamlarına doğrudan etkisi bulunan Yargıtay'ın, son derece önemli bir sorumluluğun bulunduğu açıktır.

2004 yılında Anayasa'da gerçekleştirilen düzenleme sonrası artık Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen ve iç hukukun göz ardı edilmesi mümkün olmayan bir parçası haline gelen Sözleşme ile etkili denetim organı olan AİHM kararlarına, son yıllarda Yargıtay Ceza Dairelerinin ve Ceza genel Kurulu'nun kararlarında artan sayıda yer verilmekle beraber, Sözleşmenin yorumu noktasında bazı olumsuz eleştirilere açık kapı bırakıldığı dikkat çekmektedir. Sözleşme'ye aykırılık hâlinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları'nın ulusal mahkeme kararlarını kendiliğinden etkisiz kılma gibi bir özelliği olmasa da benzer davalarda emsal teşkilat etmesi açısından Yargıtay'ın AİHM kararlarına özel bir önem atfettiği görülmektedir. İçtihatların, sözleşmeyle genel olarak uyumlu yürüdüğü, temel hak ve özgürlüklere yönelik bir aykırılığın tespiti halinde Ceza Dairelerinin Sözleşmeyi

<sup>342</sup> Soysal, 1985:18.

<sup>343</sup> Gözübüyük-Gölcüklü, 2011: 21-22.

destek ölçü norm olarak kullandığı, az da olsa bağımsız ölçü norm olarak kullandığı söylenebilir. Bunun yanı sıra Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru imkanının getirilmesi sonrası temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak verilen bireysel başvuru kararlarının da benzer şekilde Özel Daireler ve Ceza Genel Kurulunca mutlaka göz önüne alındığı ve içtihatların ihlal kararı doğrultusunda yön değiştirdiği anlaşılmaktadır. Yargıtay'ın kendi iç işleyişinde, faaliyetlerinde ve geleceğe dönük planlamalarında, sözgelimi daireler arası iş bölümünün belirlenmesi ve kararların yayımı gibi hususlarda, Sözleşme'nin referans alındığı görülmektedir.

Bununla birlikte Yargıtay'ın, modern emsallerine göre olağan sınırların üstünde olan iş yükünün azaltılması, insan hakları alanında çalışma yapan Yargıtay savcıları, tetkik hakimleri ve üyelerin sayısının artırılması ve tamamına yönelik olarak bu alanda nitelikli, uygulamalı eğitimler verilmesi, Yargıtay'daki İnsan Hakları Komisyonu'nun daha işlevsel hale getirilmesi gibi atılacak bir takım olumlu adımların, zamanla çok daha tatmin edici sonuçlar vereceği ve temel hak ve özgürlükler noktasında ülkemizin ihlal karnesinde eksilmeye gidileceği aşikardır.



## KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, T. (2010). *İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*. İmaj Yayınevi, Ankara.
- Akkutay, A. İ. (2007). “Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu Ve Etkileri”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (1-2): 415-447.
- Aktan, H.Y. (2004). “Uluslararası Sözleşmelerin Yargıtay Ceza Dairelerine Uygulanması”, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md. 90/ son)*, 5 Kasım 2004, Ankara, 141-150.
- Apaydın, D. T. (2018). “Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1): 529-560.
- Arslan, O. (2012). “Avrupa İnsan Hakları Sisteminin Kısa Tarihçesi”. *HUKAB*, 3.
- Artuk, M. E. ve Gökçen, A. (2018). *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Atalay, E. (2000), “Vicdan Özgürlüğü”, *İnsan Hakları Yıllığı*, 21-22: 121-143.
- Aybay, R. (2010). “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol”. *TBB Dergisi*, 88: 225-260.
- Aybay, R. (2007). “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”. *TBB Dergisi*, 70: 187-213.
- Başlar, K. (2004). “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetim Üzerine, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevil Toluner’e Armağan” 24(1-2).
- Başlar, K. (2008). *Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*. Şen Matbaa, Ankara.
- Bekri, M. N. (2013). “Yakalama ve Tutuklama Nedeniyle Tazminat Düzenlemesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Açısından Değerlendirilmesi”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 1: 37-58.
- Bilge, S. (1989). “İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri”. *Ankara Barosu Dergisi*. 6: 980-997.
- Bilgin, A. B. (2016). “AİHS’nin İç hukuktaki Yeri”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1(22): 81-129.
- Bilir, F. (2004). “Anayasa Değişiklikleri Üzerine Bir Değerlendirme”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(1-2): 239-251.

- Bilir, F. (2006). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol", *AÜHFD*, 55(1): 135-156.
- Bilir, F. (2012). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Bozkurt, E. ve Dost, S. (2002). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye". *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 7 (1): 47-74.
- Bychawska-Siniarska, D. (2018). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması*, (Çev. T. D. Köksal). MRK Baskı.
- Can, H. (2009). "Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı". *Yasama Dergisi*, 12: 5-65.
- Cengiz, S. (2011). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı", *TBB Dergisi*, 93: 383-404.
- Centel, N. Ve Zafer, H. (2010). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Beta Basım, İstanbul.
- Çelik, A. (2007). *Adil Yargılanma Hakkı*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Çolaker, M. (2010). *Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Dirim, V. (2015). "Ceza Yargılamasında Adil Yargılama İlkesi". *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 3 (2): 161-179.
- Doğan, İ. (2015). *İnsan Hakları Hukuku*. Astana Yayınevi, Ankara.
- Doğru, O. ve Nalbant A. (2012). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*. Legal Yayıncılık, Ankara.
- Donnelly, J. (1995). *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*. (çev. M. Erdoğan ve L. Korkut). Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara.
- Durhan, İ. (2008). "Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeler". *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(3-4): 55-111.
- Erdoğan, M. (2007). *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*. Orion Yayınevi, Ankara.
- Erdem, M. R. ve Korkmaz, Ö. "Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İhlali". *DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 5(2): 182-212.
- Feyzioğlu, M. (1999). "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi". *AÜHFD*, 48(1-4): 135-163
- Garlıckı, L. (2004). "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Yaşam Hakkı", *Sempozyum İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, Ankara.

- Gedik, F. ve Koç E. (2009). "Hüküm Kurma ve İçtihat". *Ankara Barosu Dergisi*, 67 (2): 157-163.
- Gemalmaz, M. S. (2012). *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*. Legal Yayıncılık, İstanbul.
- Gölcüklü, F. (2003). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılama". *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1 (49): 199-234.
- Gözlügöl, S. V. (2014). *Avrupa İnsan Hakları Hukuku*. Turhan Kitabevi, Ankara.
- Gözlügöl, S. V. ve Poyraz, Y. (2015). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında 15 ve 16 Nolu Ek Protokollerle Öngörülen Reform". *TAA Dergisi*, 6(20): 59-86.
- Gözübüyük, Ş. ve Gölcüklü F. (2011). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması*. Turhan Kitabevi, Ankara.
- Gülmez, M. (2004). "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri". *TBB Dergisi*, 17(54): 147-161.
- Gülmez, M. (2005). *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (Anayasa, md. 90/son)*. Türkiye Barolar Birliği, Ankara.
- Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E. ve Buckley, C. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*. (çev. M. Kılıcı, M. Bingöllü ve U. Karan). Şen Matbaa. Ankara.
- İçel, K. ve Donay, S. (1987). *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*. Beta Basım, İstanbul.
- İnceoğlu, S. (2008). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*. Beta Basım, İstanbul.
- İnceoğlu, S. (2018). *Adil Yargılanma Hakkı, Anaya Mahkemesine Bireysel Başvuru El kitapları Serisi-4*, MRK Baskı, Ankara.
- Kalabalık, H. (2013). *İnsan Hakları Hukuku*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Kapani M. (1993). *Kamu Hürriyetleri, Yetkin Hukuk Yayınları*, Ankara.
- Karaman, E. (2014). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk". *İÜHFİM*, 72(1): 411-434.
- Karan, U. (2018). *İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2*, MRK Baskı, Ankara.
- Karaosmanoğlu F. (2012). *İnsan Hakları*. 2. Baskı. Ankara.
- Karayalçın, Y. (1992). "Bir Hâkim Çocuğunun Anıları", *Yargıtay Dergisi*, 18(1-2): 5-18.
- Kayhan, F. (1999). "Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü", *TBB Dergisi*, 11(2): 341-363.

- Kaymaz, S. (2016). “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *İÜHFİM*, 74(1): 107-121.
- Koca, M. ve Üzülmez İ. (2016). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Macovei, M. (2005). *İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına Dair Kılavuz Kitap, İnsan Hakları El Kitapları No: 2*. Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara.
- Memiş, E. (2004). *Kanun Hükümünde Anlaşma ve Danıştay Uygulaması*. Alfa Yayınları, İstanbul.
- Metin, Y. (2008). *Anayasa'nın Yorumlanması*, Asil Yayıncılık, Ankara.
- Mole, N. ve Harby C. (2005). *Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*. TBB Yayınları, Ankara.
- Nal, S. (2007). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye'de İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(2).
- Onar, S. S. (1956). *İdare ve İdare Hukuku Bakımından Türkiye'nin İdari ve Hukuki Bünyesinin Geçirdiği İstihaleler ve Bugünkü Durum*. İstanbul.
- Öğütçü, M. (2005). “Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanında Bazı Kavramlar”. *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*. 7(Özel Sayı): 555-616.
- Özbek, V., Doğan, K., Bacaksız, P. ve Tepe İ. (2017). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özdek, Y. (2004). *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*. Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayın No: 20, Ankara.
- Özkan, I. (2006). “Avrupa Topluluğu (Birliği) Hukuku ile Üye Devletler Ulusal Hukukları Arasındaki İlişkiler”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 25(1-2): 271-300.
- Öztürk, B. ve Erdem M. R. (2008). *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Pazarıcı, H. (2004). “Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 24(1-2): 651-690.
- Pazarıcı, H. (2005). *Uluslararası Hukuk*. Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara.
- Rousseau, J. (2006). *Toplum Sözleşmesi*, (çev. V. Günyol, H. A. Yücel). Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul.
- Saldırım, M. (2016). “Bireysel Başvuru Açısından Yüksek Mahkeme Kararlarının Uyumlaştırılması Sorunu”. *Anayasa Yargısı*, 33: 159-175.



- Seçkin, A. R. (1967). *Yargıtay Tarihçesi Kuruluş ve İşleyişi*. Yarı Açık Cezaevi Basımevi, Ankara.
- Sevük, H. Y. (2004). *Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul.
- Soysal, M., (1985). Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler. *Anayasa Yargısı*, 2: 5-18.
- Sunay, R. (2001). *İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*. Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara.
- Sur, M. (2014). *Uluslararası Hukukun Esasları*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Surlu, A. Ö. (2010). “İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yargıtay İçtihatlarına Yansımaları”. *TBB Dergisi*, 87: 150-194.
- Şahbaz, İ. (2004). “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”. *TBB Dergisi*, 54: 178-216.
- Şirin, T. (2018). *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-I*, MRK Baskı, Ankara.
- Tanör, B. (1994). *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*. BDS Yayınları, İstanbul.
- Tezcan, D., Erdem M. R., ve Sancakdar, O. (2004). *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Tezcan, D., Erdem M. R., Sancakdar, O. ve Rifat, M. (2010). *İnsan Hakları El Kitabı*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Triepel, C. H. (1937). İç Hukukla Arsiulusal Hukuk Arasındaki Münasebetler. (Çev. O. Arslan). *İÜHFİM*, 3: 6-50.
- Tunç, H. (2000). “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile ilgili Örnek Karar İncelemesi”. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 17: 174-193.
- Turan, H. (2012). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 3(11): 47-75.
- Türkiye Diyanet Vakfı. (2008). *İslâm Ansiklopedisi Cilt-9, 2008*, Diyanet İşleri Yayınevi, Ankara.
- Türmen, R. (2000). “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukumuzda Etkileri”. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 17: 32-42.
- Ünal, Ş. (2005). *Uluslararası Hukuk*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Ünal, Ş. (2000). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkisi”. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 17: 63-85.

- Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2011). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Adalet Yayınevi. Ankara.
- Vitkauskas, D., Dikov G. (2018). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması*, MRK Baskı, Ankara.
- Yenisey, F. Ve Nuhoglu A. (2013). *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Beta Basım, İstanbul.
- Yıldırım, Y. (2016). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 28.
- Yüzbaşıoğlu, N. (2004). “Mayıs 2004’te Anayasa’nın 90. Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”. *Bülent Tanör Armağanı*, Legal Yayıncılık, İstanbul.

### İnternet Kaynakları

- Douwe, K. (2007). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2.maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*,  
[http://www.anayasa.gov.tr/files/insan\\_haklari\\_mahkemesi/el\\_kitaplari/aihsmad2yasam\\_hakki.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/aihsmad2yasam_hakki.pdf) (erişim tarihi: 27.02.2018).
- Dutertre, G. (2003). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Almanya”,  
[http://www.anayasa.gov.tr/files/insan\\_haklari\\_mahkemesi/kitaplar/aihmkararlarindano\\_rnekler.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/aihmkararlarindano_rnekler.pdf) (erişim tarihi: 25.01.2018).
- Fendoğlu, H. T. (2000). “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*,  
[http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anayargi/fendoglu.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/fendoglu.pdf) (erişim tarihi: 22.03.2018)
- Gözler, K. (2004). Milletlerarası Antlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi?,  
<http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm> (erişim tarihi: 20.01.2018).
- Karan, U. (2017). Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar.  
[https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2017/08/21/bireysel\\_basvuru\\_kararlarinin\\_icrasi\\_bilgi\\_universitesi.pdf](https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2017/08/21/bireysel_basvuru_kararlarinin_icrasi_bilgi_universitesi.pdf) (erişim tarihi: 15.05.2019)
- Özkan, I. (2013). Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkileri, *Journal of Yaşar University*, 2135, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/1-I%C5%9F%C4%B1I-%C3%96ZKAN.pdf> (erişim tarihi: 20.03.2018).
- Özmen A. M. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (AİHM) 1 bireysel başvuru 2, AİHM kararına karşı başvuru yolları ve AİHM kararlarının icrası ile ilgili pratik bilgiler”  
[http://d.barobirlik.org.tr/2017/20171206\\_aih.pdf](http://d.barobirlik.org.tr/2017/20171206_aih.pdf) (erişim tarihi: 21.03.2018)

- Saldırım, M. (2016). “[Bireysel Başvuru Açısından Yüksek Mahkeme Kararlarının Uyumlaştırılması Sorunu](#)”. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 33.
- Shelton, D. (2003). The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe, <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1154&context=djcil> (erişim tarihi: 20.01.2018)
- Şen, E. Yargıtay Aşamasında Geçen Tutukluluk Süresi, <http://www.hukukihaber.net/yargitay-asamasinda-gecen-tutukluluk-suresi-makale,3187.html> (erişim tarihi: 28.03.2018)
- Şen, E. Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı, <https://www.hukukihaber.net/bireysel-basvuru-kararlarinin-baglayiciligi-makale,5651.html> (erişim tarihi: 15.05.2019)
- <http://www.adliscil.adalet.gov.tr/pdf/bulten2017.pdf> (erişim tarihi: 13.05.2018)
- [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/country/TUR?p\\_auth=3Uafc3or](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/country/TUR?p_auth=3Uafc3or) (erişim tarihi: 11.02.2018)
- [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_tur.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf) (erişim tarihi: 21.06.2019)
- [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Life\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Life_TUR.pdf) (erişim tarihi: 06.11.2018)
- [https://www.englishpen.org/wp-content/uploads/2018/03/Turkey\\_Freedom\\_of\\_Expression\\_in\\_Jeopardy\\_TUR.pdf](https://www.englishpen.org/wp-content/uploads/2018/03/Turkey_Freedom_of_Expression_in_Jeopardy_TUR.pdf) (erişim tarihi: 01.04.2018)
- <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1076578-yargi-kararlari-herkese-acilsin> (erişim tarihi: 06.11.2018)
- <http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistik/2018/21.pdf> (erişim tarihi: 19.06.2019)
- <http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistik/2018/17.pdf> (erişim tarihi: 19.06.2019)
- [http://www.inhak.adalet.gov.tr/kararlarin\\_icerasi/kararlarinicerasi\\_bilgi.html#](http://www.inhak.adalet.gov.tr/kararlarin_icerasi/kararlarinicerasi_bilgi.html#) (19.06.2019)
- [https://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/NA\\_Report\\_CC\\_Turkey\\_2014\\_tur.pdf](https://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/NA_Report_CC_Turkey_2014_tur.pdf) (erişim tarihi 11.04.2018)
- [http://www.sgb.adalet.gov.tr/yargi\\_reformu\\_stratejisi.pdf](http://www.sgb.adalet.gov.tr/yargi_reformu_stratejisi.pdf) (erişim tarihi: 07.11.2018)
- <https://www.yargitay.gov.tr/sayfa/tarihce/563> (erişim tarihi: 19.04.2018)
- <https://www.yargitay.gov.tr/documents/2015-2019-yargitay-stratejik-plan.pdf> (erişim tarihi: 14.07.2018)

## ÖZGEÇMİŞ

<b>Adı ve SOYADI</b>	Fatih AKYOL
<b>EĞİTİM DURUMU</b>	
<b>Mezun Olduğu Lise</b>	Antalya 75. Yıl Cumhuriyet Lisesi, 2004
<b>Lisans Diploması</b>	Dokuz Eylül Üniveristesi, Hukuk Fakültesi, 2008, İzmir
<b>Yüksek Lisans Diploması</b>	
<b>Tez Konusu</b>	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yargıtay Ceza Dairelerinin Kararlarına Etkisi
<b>Yabancı Dil / Diller</b>	İngilizce
<b>İŞ DENEYİMİ</b>	
<b>Stajlar</b>	Antalya Adliyesi hâkimlik stajı
<b>Çalıştığı Kurumlar</b>	Osmaniye Hâkimi, Yargıtay 18. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Tetkik Hâkimi
<b>E-Posta</b>	fatihakyol@outlook.com