

GÖZALTI BAĞLAMINDA KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUNMASINDA BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN ETKİSİZLİĞİ*

Prof. Dr. O. Korkut KANADOĞLU**

Dr. Öğr. Üyesi Uğur URUŞAK***

Özet

Bu çalışmada, kişi özgürlüğünden mahrum etmeye yönelik koruma tedbirlerinden gözaltı ve tutuklamaya ilişkin bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesi'nin farklı yaklaşımı ve CMK md. 141'de öngörülen tazminat davasının öncelikle tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edip kişi özgürlüğüne yapılan müdahalenin hukuka uygunluğunun anayasal olarak açıklığa kavuşturulmasını ötelemesinin Anayasanın garanti ettiği korumayı etkisiz hale getirmesi irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kişi Özgürlüğü, Yakalama, Gözaltı, Tutuklama, Koruma Tedbirleri Sebebiyle Tazminat, Etkisiz Koruma

INEFFECTIVENESS OF THE INDIVIDUAL APPLICATION TO TURKEY'S CONSTITUTIONAL COURT IN THE PROTECTION OF PERSONAL FREEDOM WITHIN THE CONTEXT OF DETENTION

Abstract

In this study, the different approach of the Constitutional Court and the CMK article have been scrutinized. The fact that the compensation lawsuit foreseen in article 141 was accepted as a way

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 03/05/2021. İlk hakem raporu tarihi: 03/06/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 14/06/2021.

** Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD Öğretim Üyesi, osman.kanadoglu@okan.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0499-5856.

*** Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Üyesi, ugururusak@klu.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2078-4186.

to be exhausted and postponed the constitutional clarification of the lawfulness of the intervention regarding detention and arrest made to the freedom of the person makes the protection guaranteed by the Constitution ineffective.

Keywords: Freedom of Person, Detention, Arrest, Compensation for Protection Measures, Ineffective Protection

I. Giriş

Anayasa Mahkemesi içtihadı özellikle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik kamu gücü tarafından yapılan gözaltına alma şeklindeki müdahalelerde, etkin bir anayasal koruma sağlayamamaktadır. Kişi özgürlüğünün hukuka aykırı gözaltı nedeniyle ihlali halinde, bu ihlalin nedenlerinin açıklanması, bireysel başvuru yoluyla önüne getirilen her somut olayda Anayasa Mahkemesi'nin görevi olmalıdır. Ancak Anayasa Mahkemesi, yaptığı ilk inceleme sonucunda, CMK md. 141'de öngörülen tazminat davasını¹ öncelikle tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul etmekle, temel hak ihlallerini giderme görevini etkin biçimde yerine getirememektedir.

Gözaltına ilişkin başvurularda Anayasa Mahkemesi'nin etkin bir koruma sağlayamadığı iddiasına yol açan içtihadına (III) değinmeden önce kişi özgürlüğün koruma alanı ve alana yapılan müdahalelerin meşruluğunun tespiti (II) önem taşımaktadır. Yine kişi özgürlüğüne bir müdahale oluşturan tutuklama tedbirine karşı yapılan şikayetlerde Anayasa Mahkemesi'nin oluşturduğu içtihatla (IV) karşılaştırıldığında gözaltına ilişkin anayasal korumanın bu açıdan da eksik kaldığı açık biçimde anlaşılabacaktır.

II. Gözaltı Halinde - Kişi Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvenceler

Kişi özgürlüğü, özel ve yüksek bir anayasal değere sahiptir. Anayasa Mahkemesi'ne göre de²; “Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı

1 5271 sayılı Kanun'un 141 maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca “Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında; Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen... Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.”

2 AYM, E.2017/21, K.2020/77, 24/12/2020, § 93; Erdem Gül ve Can Dündar [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 62.

devletin bireylerin özgürlüğüne keyfi olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir haktır. Kişilerin keyfi olarak hürriyetinden yoksun bırakılmaması, hukukun üstünlüğüyle bağlı olan bütün siyasal sistemlerin merkezinde yer alan en önemli güvenceler arasındadır.” Bu nedenle ancak yalnızca Anayasa’da belirtilen önemli nedenlerle sınırlanabilir. Geçerli genel hukuk düzeni çerçevesinde tanınan fiziksel hareket özgürlüğü, tutuklama, gözaltı ve doğrudan güç kullanımı gerektiren benzeri devlet müdahalelerine karşı korunur.

Kişi özgürlüğüne ilişkin Anayasa’nın 19. maddesinin sözü izole edilmiş biçimde yorumlanırsa çok geniş bir koruma alanına sahip olduğu algısı doğabilir. Kişi özgürlüğünün, kişiye ait tüm özgürlükleri kapsamlı biçimde koruduğu izlenimi doğru değildir. Anayasa’nın sistematiğinden de anlaşılabileceği gibi II. Kısımın 2. Bölümü, kişi özgürlükleri ve ödevlerine ayrılmıştır, klasik özgürlükleri koruyan temel haklara ilişkindir ve hareket özgürlüğüne ilişkin kişi özgürlüğü de bunlardan birisidir. Bu nedenle kişi özgürlüğü tüzel kişilere ait olamaz, tam bir birey özgürlüğüdür. Hukuka aykırı ve özellikle orantısız kamusal her türlü zorlamaya karşı koruma sağlayan bir özgürlüktür. Bu zorlama en basit biçimde şöyle ifade edilebilir; “kişinin farklı bir mekânda kendi isteği dışında tutulması”. Böylelikle İngiliz anayasal geleneğinden gelen “Habeas Corpus” düşüncesine bağlanılmış olur.

Kişi özgürlüğü fiziksel hareket özgürlüğüyle ilgidir ve hali hazırda bulunulan mekânı terk etme özgürlüğüne yönelik doğrudan ve zorlayıcı müdahalelere karşı bir koruma sağlarken³, seyahat özgürlüğü diğer bir mekâna gidebilme (mekan değiştirme) özgürlüğünü korumaktadır. Her iki özgürlüğün de koruma alanına girmeyen müdahaleler (trafik lambasında durma görevi veya eğitim kursuna gitme görevi) olduğu için kişi özgürlüğünü, seyahat özgürlüğü karşısında “lex specialis” olarak nitelendirmek yanıltıcı olacaktır.⁴

3 Kişi özgürlüğü, hareket serbestisinin kısıtlanıp, istediği yere gidip gelebilme, dolaşabilme olanağının ortadan kaldırılamamasını güvence altına alır, Serap Keskin, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler,” İÜHFİM, C. 60, S. 1-2, 2002, s. 49.

4 Von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1992, s. 696.

Belirtmek gerekir ki, Anayasa’da sözü edilen yakalama kavramı özerk bir anlama sahip olup 5271 sayılı Kanun’da düzenlenen yakalama müessesinden daha geniş bir içeriğe sahiptir. Anayasa Mahkemesi’ne göre; “Anayasal anlamda suç isnadına bağlı yakalama, kişinin fiziksel özgürlüğünden yoksun bırakıldığı andan tutuklandığı veya tutuklanmaksızın serbest bırakıldığı ana kadar devam eden tüm süreci kapsamaktadır. Bu bağlamda Anayasa’nın 19. maddesinde düzenlenen yakalama kurumunun 5271 sayılı Kanun’daki *gözaltı*’nı da kapsadığı söylenebilir.”⁵ Öğretide de yakalama ile gözaltı arasında bir mahiyet farkı bulunmadığı belirtilmiştir. Bu yönüyle gözaltı tedbirinin yakalamanın özel bir görünümü olduğu söylenebilir.⁶ Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 5. maddesinin tüm hükümlerinde sık sık kullanılan yakalama ve alıkoyma terimleri – ulusal hukuktaki anlamları ne olursa olsun – temelde kişiyi özgürlüğünden mahrum etmeye yönelik her tür tedbir olarak değerlendirilmektedir.

Kişî özgürlüğü yine Anayasa’nın 19. maddesi gereği şekli bir kanuna dayalı olarak ve yine bu maddede belirtilerin usule uygun biçimde sınırlandırılabilir. Kişî özgürlüğünü sınırlandıran yasaların içeriği ve kapsamı mahkemeler tarafından temel hakkın anlamına uygun etki gösterecek biçimde yorumlanmalıdır.⁷ Sınırlamanın kanun tarafından öngörülmesi yanında, Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanması (hâkim önüne çıkarılma ve soruşturma işlemlerinin yürütülmesi amacı) ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekir. Suç isnadına bağlı olarak yakalama tedbirinin uygulanabilmesi için ön koşul ise suç işlendiğine dair belirtinin varlığıdır.

Kamu gücü tarafından herhangi bir kişinin özgürlüğü iradesi dışında kendisi için fiilen ve hukuken ulaşılabilir olan belirli bir yere gitmesi veya orada kalması engellenirse, kişî özgürlüğü sınırlandırılmış olur. Kişî özgürlüğünün sınırlandırılmasının en yoğun hali özgürlükten yoksun bırakılmadır. Fiilen ve hukuken tanınmış olan hareket özgürlüğü her yöne olacak biçimde ortadan kaldırılmışsa, kişî öz-

5 Hasan Akboğa [GK], B. No: 2016/10380, 27/3/2019, § 49.

6 AYM, E.2015/41, K.2017/98, 04/05/2017, § 138.

7 BVerfGE 65, 317, 322; 96, 68, 97.

gürlükten yoksun bırakılmış olur. Anayasa Mahkemesi'ne göre de hürriyetten yoksun bırakma, bir kimsenin kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre için tutulması ve bu kişinin söz konusu tutmaya rıza göstermemiş olması şeklinde ifade edilebilecek iki unsuru içermektedir.⁸

Kişi özgürlüğüne yapılacak bu en ağır müdahale olan yoksun bırakmada, Anayasa şekli yasa kaydına ek olarak hâkim kararı kaydını da açıkça öngörmüştür (md. 19/4). Yasa koyucunun tasarruf alanı dışına çıkarılmış bu hâkim kaydı⁹, kişi özgürlüğü için en önemli güvencedir. Tüm anayasa organları, hâkim kaydını temel hak güvencesi olarak uygulamada etkin kılmakla yükümlüdür. Yine Anayasa'ya göre hâkim kararı olmadan yakalama ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir. Ancak suçüstü hali dışında gecikmesinde sakınca bulunan haller dar yorumlanmalıdır ve hâkim kararı, maddi nedenlerin haklı kılmadığı her türlü gecikme olmaksızın alınmalıdır. Yolun uzaklığı, ulaşımındaki zorluklar ve yakalananın isteksiz davranışları gibi maddi nedenler bu gecikmeyi haklı kılabilir. Anayasa'ya göre bu istisna bağlamında devlet ilgili kişiyi, en geç 48 saat içinde yetkili hâkime ulaştırmalıdır.¹⁰ Dolayısıyla maddi nedenlerin yol açtığı gecikme bu süreyi aşamayacaktır. Buna göre anayasal düzenlemenin, 48 saat boyunca hâkim kaydının aranmayacağı şeklinde yorumlanması, kişi özgürlüğünün korumasını anlamsız kılabilir.

CMK'da ise gözaltı süresi en çok 36 saate indirilmiş olsa da kişi özgürlüğü için getirilmiş bu en önemli güvenceyi zayıflatabilecek bir ifade kullanılmıştır. Zira bu 36 saatlik sürenin en çok 12 saati, yakalanana en yakın yetkili hâkime ulaştırmak için öngörülen zorunlu süredir. Yine CMK'nın 91. maddesine göre yol için öngörülen ve gecikmeyi haklı kılan bu maddi neden dışında yakalama anından itibaren 24 saat içinde hâkim kararı alınmalıdır. Hâkime ulaşmak için bu kaydın anlamına uygun idari tedbirlerin alınmamasından kaynak-

8 Cüneyt Kartal, B. No: 2013/6572, 20/3/2014, § 17.

9 Ceza muhakemesinde soruşturmada verilen kararlar hâkimlik kararlarıdır. Dolayısıyla gözaltı ve tutuklamaya ilişkin kararlar da hâkim kararıdır, Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, 9. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., s. 500

10 CMK'da kural olarak gözaltı süresi 24 saattir (md. 91).

lanan eksiklikler, yargı kararının gecikmeksizin alınması için kaçınılmaz bir engel olarak görülemez. Bu açıdan kişinin özgürlüğünden yoksunluğunun, CMK md. 91'deki süreden önce sona ermesi, yargı kararının yetiştirilmesi gereğini ortadan kaldırmaz. Bu hüküm, bir kişinin yargıç kararı olmaksızın gözaltına alınmasına, müdahaleyi izleyen günle birlikte bir dış sınır çizmektedir, fakat bu kararın gecikmeksizin alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu bakımdan anayasal bu güvenceye uyulması için devletin her somut olayda yapacağı fiili tespitlerle gecikmeyi haklı kılan maddi nedenleri ispatlaması bir yükümlülüktür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de 5. maddede yer alan yargı gözetimi teminatı şartını kişinin özgürlüğünden mahrum edildiği ilk andan itibaren aramaktadır. Bunun aksi bir yaklaşım Sözleşme'nin ihlâli anlamına gelir.¹¹

Son dönemdeki bazı düzenlemelerde, yargıç kaydı koşulu göz ardı edilmiştir. Örneğin 27.03.2015 tarih ve 6638 sayılı Kanun ile CMK md. 91'e eklenen fıkra ile suçüstü halleriyle sınırlı kalmak suretiyle kolluk amirlerine de gözaltı yetkisi verilmesini, Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nce, "hâkim kararı olmaksızın kişinin yakalanabileceği, ancak serbest bırakılmaması hâlinde en geç kırk sekiz saate, toplu suçlarda ise dört güne kadar tutulabileceği ifade edilerek anılan hâllerde bu yetkinin hâkim ve mahkemeler dışındaki merciler tarafından kullanılabilmesine izin verilmiştir."¹² Mahkeme'nin bu tespitiyle, yürütmenin ceza muhakemesine zemin hazırlaması ve sınırlı bazı suçlar için gözaltını kötüye kullanabilmesi¹³ yanında Anayasa'nın 19. maddesine göre kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği maksimum süre (dış sınır), somut olayın özellikleri dikkate alınmaksızın her zaman başvurulabilecek genel bir düzenlemeye dönüştürülmüştür.

11 Monica Mocoevi, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz, İnsan hakları kitapçıları, No. 5, s. 30, https://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad5OzgurlukveGuvencilik.pdf.

12 AYM, E.2015/41, K.2017/98, 04/05/2017, § 161.

13 Gözde İbicioğlu, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının Bir İstisnası Olarak Yakalama, Gözaltı ve Tutuklama Tedbirleri, <https://blog.lexpera.com.tr/kisi-ozgurlugu-ve-guvenligi-hakkinin-bir-istisnasi-olarak/#fn2>; ayrıca bkz. Gözde İbicioğlu, Türk Anayasalarında Yakalama, Gözaltı Ve Tutuklama, On İki levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 121-122.

Anayasal bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zararların tazminat hukukunun genel prensiplerine göre devlet tarafından ödenecektir (Anayasa md. 19/9). Buna göre maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen güvenceden yararlandırılmaması hâlinde uğranılan zararlar da devlet tarafından ödenecektir.¹⁴

III. Gözaltına İlişkin Bireysel Başvurularda Anayasa Mahkemesi İçtihadı

Gözaltına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yoluyla verdiği kararlar, denetime ilişkin iki ayrı aşama dikkate alınarak incelenebilir. Bu aşamalardan ilki kabul edilebilirlik incelemesidir. İlk inceleme sonucunda, Anayasa Mahkemesi'nin birbirinden farklı kararlar verdiği görülmektedir. Bu kararlar şöyle tasnif edilebilir:

Kural olarak Anayasa Mahkemesi, kanunda öngörülen gözaltı süresinin aşıldığı veya yakalama ve gözaltına alınmanın hukuka aykırı olduğu iddialarına ilişkin olarak bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl dava sonuçlanmamış da olsa -ilgili Yargıtay içtihatlarına atıf yaparak- 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat davası açma imkânının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğu sonucuna varmıştır.¹⁵ Aynı sonuç, olağanüstü hâl ilanı sonrasında uygulanan gözaltı tedbirleri yönünden de geçerlidir.¹⁶

Anayasa Mahkemesi'nin atıf yaptığı¹⁷ Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 1/10/2012 tarihli ve E. 2012/21752, K.2012/20353 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

5271 sayılı CMK'nın; "Tazminat istemi" başlıklı 141. maddesi incelendiğinde, bir kısım tazminat nedenleri konusunda karar verilme-

¹⁴ Hasan Akboğa [GK], B. No: 2016/10380, 27/3/2019, § 48.

¹⁵ Emre Altındağ, B. No: 2017/7726, 10/3/2021, § 51; S.Z., B. No: 2017/5934, 11/2/2021, § 29; Ayşegül Çağatay ve diğerleri, B. No: 2019/28236, 10/3/2021, § 72; E.S.K., B. No: 2017/20801, 19/11/2020, § 70; Osman Karaca, B. No: 2019/41752, 13/1/2021, § 45; Zafer Yılmaz, B. No: 2017/14317, 28/1/2021, § 35; Mustafa Österzi [GK], B. No: 2016/14597, 31/10/2019, § 66; Hikmet Kopar ve diğerleri [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, §§ 64-72; Metin Baştürk, B. No: 2015/10942, 9/1/2019, § 33; Hidayet Karaca [GK], B. No: 2015/144, 14/7/2015, §§ 53-64; Günay Dağ ve diğerleri [GK], B. No: 2013/1631, 17/12/2015, §§ 141-150.

¹⁶ Neslihan Aksakal, B. No: 2016/42456, 26/12/2017, §§ 30-37; Mehmet Hasan Altan (2) [GK], B. No: 2016/23672, 11/1/2018, §§ 84-93.

¹⁷ İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya, B. No: 2013/3193, 15/10/2015, § 42.

si için, davanın esasıyla ilgili bir kararın verilmesi zorunluluğunun bulunmadığı dolayısıyla bu nedenlere dayalı istemlerde, davanın sonuçlanmasına gerek bulunmadığı yasal düzenlemeden açıkça anlaşılmaktadır. Bu kapsamda somut olay incelendiğinde, talebin dava sonucuyla veya verilecek hükümle bir ilgisi bulunmamaktadır. Gözaltında veya tutuklulukta geçen sürelerin, sanıkların mahkumiyeti halinde bu cezalarından mahsubu imkanının bulunması da ulaşılan bu sonucu değiştirmeyecektir. Hal böyle iken, davanın esasıyla ilgili henüz hüküm verilmediği ve derdest davalarda koruma tedbirlerine dayalı olarak dava açılmayacağına ilişkin gerekçenin yasal bir dayanağı bulunmadığı gibi mahkemenin bu yöndeki değerlendirmesi de isabetsiz olup, davanın kabulü yerine, yazılı gerekçelerle reddine karar verilmesi,

Kanuna aykırı olup...”

Yargıtay içtihadında yakalama veya gözaltı işlemlerine yönelik tazminat talepleri bakımından “dava sonucuyla veya verilecek hükümle” bir ilgisi olup olmadığı bakımından yapılan ayırımın, Anayasa Mahkemesi tarafından dikkate alınmadığı kolaylıkla tespit edilebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, davanın sonucuna bir etkisi olmayacağı ön kabulüyle gözaltının süresi, ön koşulu ve ölçülülüğü gibi bir değerlendirmeye gerek görmeksizin, gözaltının genel olarak hukuka aykırı olması hâlinde, asıl davanın sonuçlanması beklenmeden, 5271 sayılı Kanun’un 141. maddesi hükümlerine göre tazminat talep edilmesini mümkün görmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin tutuklama bakımından aşağıda ayrıca belirtilecek olan kararlarında dikkate aldığı bu ayırma, gözaltı bakımından uymamış olması, bu konudaki içtihadını öngörülebilir olmaktan uzaklaştırdığı gibi ihlal iddialarının esasına ilişkin incelemeye geçilmesini de oldukça zorlaştırmaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre, gözaltına alınan kişinin daha sonra tutuklanması halinde bu kişinin gözaltına alınmasının hukuka aykırı olduğu veya gözaltında tutulma süresinin uzun olduğu iddiasıyla yaptığı bireysel başvuruda ihlal sonucuna varılmış olmasının da başvuru kişinin kişisel durumuna bir etkisi olmayacaktır. Zira bireysel başvuru sonucunda gözaltına alma kararının hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesi, *tutuklu* kişinin serbest kalmasını

tek başına sağlamayacaktır. Dolayısıyla da bireysel başvuru kapsamında verilecek muhtemel bir ihlal kararı ancak başvuru lehine tazminata hükmedilmesi sonucunu doğurabilecektir.¹⁸ Anayasa Mahkemesi'nin bu çıkarımı, kişi özgürlüğünü, haksız gözültüne karşı yeterli derecede koruyamayacaktır. Bir önlemin anayasallığının bir diğerinin sonucuna bağlanması, kişi özgürlüğünün koruma alanının ve bu alana yapılacak müdahalelerin meşruluğunun her somut olaya özgü tespitini engelleyeceği gibi ihlalin ortadan kaldırılmasını sadece tazminatla özdeşleştirerek bireysel başvurunun nesnel işlevini de göz ardı edecektir.

Üstelik Anayasa Mahkemesi, başvuru sahiplerinin tahliyeleri sonrasında, uygulanan yakalama ve gözültü tedbirlerinin hukuki olmadığından bahisle 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesine dayanarak tazminat davası açmış olmaları halinde de başvuru yolları tüketilmeden bireysel başvuru yapıldığı için kabul edilmezlik kararı vermektedir.¹⁹ Mahkeme'ye göre, başvuru lehine tazminata hükmedilmemiş ve -bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla- henüz kesinleşmemiş böyle bir dava²⁰, Anayasa Mahkemesi'nce varılacak sonuç üzerinde etkili değildir. Böyle bir dava Anayasa Mahkemesi'ne bildirilmiş olsa da Anayasa Mahkemesi'nin varacağı sonuç değişmeyecektir.²¹

Buna karşılık açılan tazminat davasında tazminat kararı verilmiş olması ya da tazminat kararı verilmemiş olsa bile bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla davanın kesinleşmiş olması, Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karar üzerinde etkili olabilmektedir. Kesinleşen dava sonucunda tazminat verilmiş olması mağdur statüsünün ortadan kalktığı gerekçesiyle kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmesini, tazminat verilmemiş olsa bile -bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla- davanın kesinleşmiş olması ise başvuru yolları tüketilmiş olduğundan bireysel başvurunun esasının incelenmesini gerektirebilir. Bu bağ-

18 İlker Deniz Yücel, B. No: 2017/16589, 28/5/2019, § 57; Neslihan Aksakal, B. No: 2016/42456, 26/12/2017, § 35.

19 Ali İpekli ve diğerleri [GK], B. No: 2017/30997, 22/1/2021, § 43.

20 Tazminat davası istinaf aşamasında derdest durumdaysa kesinleşmemiştir, bkz. İlknur Üstün, B. No: 2017/34570, 25/2/2021, § 37.

21 Özlem Dalkıran [GK], B. No: 2017/35203, 21/1/2021, § 58.

lamda gözaltının hukuki olmadığı ve gözaltı süresinin makul süreyi aştığı şikâyetleriyle açılan tazminat davasının kesinleşmesi durumunda Anayasa Mahkemesi'ne bildirilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin varacağı sonuçlar üzerinde etkili olabilmektedir.²²

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruda bulunulduktan sonra açılan tazminat davasının kesinleşmesinin başvuru yollarının tüketilmesi için yeterli görmesi, bu kez süre bakımından kabul edilebilirlik koşulu açısından belirsizlik yaratacaktır. Başvuru yollarının tüketilmesinden itibaren 30 gün olan başvuru süresinin, işlemeye başladığı tarihin belirlenmesinin, Mahkeme'nin bu yorumuna göre, artık bir önemi kalmayacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki son dönemde Anayasa Mahkemesi'nin gözaltına ilişkin başvurularda kabul edilebilirlik bakımından geliştirdiği bu içtihadını esnettiği kararlara da rastlanmaktadır. Bu kez Anayasa Mahkemesi, gözaltının hukuka aykırılığı iddiasıyla CMK'nın 141. maddesi uyarınca tazminat davası açılmamış ve bu dava da kesinleşmemiş olsa da bireysel başvuruyu kabul edilebilir olarak esas incelemesine geçmektedir. Anayasa Mahkemesi, somut olayda hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşen başvurunun bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla (kararın tebliğ süresi de dikkat alındığında) tazminat talebinde bulunması için 5271 sayılı Kanun'un 142. maddesinde öngörülen dava açma süresi geçmiş bulunmasını dikkate alarak gözaltı tedbiri için 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat yolunun başvuru yönünden ulaşılabılır olmadığı ve dolayısıyla başvurunun mağduriyetini giderebilecek nitelikte, tüketilmesi gereken bir başvuru yolu olmadığı sonucuna varmaktadır.²³

Yukarıda belirtilen ve Anayasa Mahkemesi'nin gözaltının hukuka aykırılığı iddiasıyla yapılan başvurularda kabul edilebilirlik açısından belirlediği ölçütler esas alındığında, Mahkeme'nin son dönem kararlarında yer alan bu istisnanın hangi hallerde uygulanacağını tespit etmek mümkün görünmemektedir. Zira kural olarak Anayasa Mah-

22 Özlem Dalkıran [GK], § 59.

23 Hüseyin Talaz, B. No: 2017/26769, 15/12/2020, § 42; İlhami İzmirli, B. No: 2017/21175, 23/6/2020, § 38; Emre Soncan, B. No: 2016/73490, 11/3/2020, § 46.

kemesi'ne göre "asıl dava sonuçlanmamış da olsa" bireysel başvurudan önce CMK'nın 141. maddesinde öngörülen tazminat davası açılmalıdır. Buna göre asıl dava sonuçlanmış ise tazminat davası yolu haydi haydi tüketilmelidir. Bu yol tüketilmeden bireysel başvuru yapıp, başvuru sonuçlanmadan asıl davanın kesinleşmesi halinde, 5271 sayılı Kanun'un 142. maddesindeki üç aylık tazminat davası açma süresinin geçtiğinden²⁴ söz ederek bu kez tazminat davasının ulaşılır bir yol olmadığına karar vermek, bireysel başvurunun ikincil niteliğine²⁵ uygun olmadığı gibi başvuru koşullarının başvurunun yapıldığı ana göre belirlenmesini öngören temel ilkeyle de çelişmektedir.

IV. Tutuklamada Tüketilmesi Gerekli Yargı Yolu

Aslında geçici hukuki korumaya (tedbire) ilişkin başvurularda, eğer başvuru yargılama yapan ilk makamın geçici hukuki korumayı sağlamadığına yönelik bir şikâyetle bulunuyorsa, geçici hukuki korumaya ilişkin başvuru yolu, davanın esasına ilişkin kanun yolundan bağımsız olarak tüketilebilir. Zira burada ayrı (bağımsız) bir şikâyet bulunmaktadır. Geçici hukuki koruma, kendine özgü bir hukuki özelliği (çizgiyi) ifade etmektedir. Bu da davanın esasına ilişkin usulden bağımsız olarak, bireysel başvuru yoluyla ileri sürülebilmelidir.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin aşırı iş yükünü engellemek için benimsenen şekli ikincillik ilkesi gereği başvuranın temel hak ihlali ni giderecek mahkeme ve mahkeme dışı tüm olanakları kullanması beklenmektedir. Geçici hukuki korumada, henüz ana davada temel hak korumasının sağlanabildiği ve başvuru yolunun beklemesinin kabul edilebileceği hallerde yalnızca bu tedbire ilişkin kanun yollarının tüketilmesi de yeterli olmayacaktır.²⁶

Bir hukuki (koruma) tedbiri olarak verilen tutukluluk kararına karşı yapılan bireysel başvurularda da şikâyetlerin temel amacı, tutukluluğun hukuka aykırı olduğunun ya da devamını haklı kılan sebep veya sebeplerin bulunmadığının tespitidir. Dolayısıyla belirtilen

24 Bu süreler, birer hak düşürücü süredir; mahkemece re'sen incelenmeleri gerekmektedir, Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 337.

25 Bkz. Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt, B. No: 2012/403, 26/3/2013, §§ 16, 17.

26 Alman anayasa hukuku açısından bkz. BVerfGE 80, 40, 45.

nedenlerle ve serbest bırakılmayı temin edebilecek bir karar alma amacıyla yapılacak bireysel başvuruların, olağan kanun yolları tüketilmek şartıyla, tutukluluk hali devam ettiği sürece yapılabilmesi mümkündür.²⁷ Burada tüketilmesi gereken kanun yolu, yalnızca 5271 sayılı Kanun'da öngörülen itiraz kanun yolunun kullanılmış olmasıdır.²⁸ Kural olarak başvurusunun tutukluluk nedeniyle 5271 sayılı Kanun'un 141. ve devamı maddelerinde belirtilen yola öncelikle başvurarak tazminat davası açmaması, başvuru yollarını tüketmemesi sonucunu doğurmaz.²⁹ Bu nedenle - tutukluluk hâli sona ermediği sürece³⁰ - tazminat davası başvuru yollarının mağduriyetini giderebilecek nitelikte tüketilmesi gereken bir başvuru yolu değildir.”³¹

Geçici ya da ara kararlar³² da (örneğin davayı sürdüren tasarruflar, ertelemeye veya delil sunmaya ilişkin kararlar) ancak istisnai olarak bireysel başvuru konusu olabilir. Bu nitelikteki kararlarla davanın devamı için önemli bir hukuki sorun hakkında hüküm veriliyor

- 27 İkinci Bölüm, B. No: 2012/726, 2/7/2013, prg. 30; İkinci Bölüm, B. No: 2012/142, 9/1/2014, prg. 23; İkinci Bölüm, B. No: 2013/6398, 3/4/2014, prg. 30; Birinci Bölüm, B. No: 2013/6149, 6/3/2014, prg. 43, Birinci Bölüm, B. No: 2013/5278, 15/4/2014, prg. 38.
- 28 CMK md. 267 gereği gözaltı ve tutuklamaya ilişkin kararlar itiraza tabidir.
- 29 Birinci Bölüm, B. No: 2012/899, 9/1/2014, prg. 32-34; Birinci Bölüm, B. No: 2012/999, 9/1/2014, prg. 34; Birinci Bölüm, B. No: 2013/496, 3/4/2014, prg. 25; Birinci Bölüm, B. No: 2013/843, 3/4/2014, prg. 31. İkinci Bölüm bu konudaki ilk kararında 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat yoluna başvurulmayarak 'başvuru yolları tüketilmediği için kabul edilemezliğine kararı vermiştir (B. No: 2012/338, 2/7/2013, prg. 33). Sonraki kararlarında ise kabul edilebilirlik yönünden yaptığı incelemede Bakanlık görüşünde değinilmesine rağmen bu sorunu tartışma konusu bile yapmamıştır (B. No: 2012/1303, 21/11/2013, prg. 21-22; B. No: 2013/736, 3/4/2014, prg. 23).
- 30 "Tutukluluk hâli sona ermiş olan bir başvurusunun, devam eden tutukluluk hâlinde farklı olarak, tutuklama nedenlerinin bulunmadığı yönünde bir iddiayı ileri sürmesi halinde, iddia edilen ihlalin tespitini ve tazminat ödenmesini sağlayabilecek bir hukuk yolu mevcut ise öncelikle bu yolu tüketmesi gerekir. Bu nedenle, 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi ile öngörülen hukuk yolu, başvurusunun şikâyetleri açısından erişilebilir ve elverişli bir çözüm olanağı ve makul ölçüde bir başarı imkânı sunmaktadır.", Birinci Bölüm, B. No: 2012/1205, 8/5/2014, prg. 32 ve 34; Birinci Bölüm, B. No: 2013/1912, 17/9/2014, prg. 30; İkinci Bölüm, B. No: 2013/8521, 18/9/2014, prg. 41; Birinci Bölüm, B. No: 2012/1225, 15/10/2014, prg. 32; Birinci Bölüm, B. No: 2013/9303, 19/11/2014, prg. 36.
- 31 Birinci Bölüm, Başvuru No: 2012/1158, 21/11/2013, prg. 38; İkinci Bölüm, B. No: 2012/1094, 7/3/2014, prg. 30; İkinci Bölüm, B. No: 2012/348, 4/12/2013, prg. 32; İkinci Bölüm, B. No: 2012/1094, 7/3/2014, prg. 30.
- 32 Hâkimin reddi ve mahkemenin görevsizliğine (Birinci Bölüm, B. No: 2012/670, 26/3/2013, prg. 20-21) ile bilirkişi atanması talebinin reddine (Birinci Bölüm, B. No: 2013/6183, 19/11/2014, prg. 35) ilişkin ara kararlar, temyiz yolunda incelenmeden doğrudan bireysel başvuruda bulunulamaz. Alman hukukunda ise ayrı olarak hakim reddi istemini kabul eden kesin karara karşı anayasa şikâyeti dikkate alınmaktadır, Jahn M., "Die Zulaessigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde in Strafsachen", in: Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, C.F Müller, Heidelberg 2011, s. 51.

ve bunlar diğer merciler tarafından denetlenemiyor veya değiştirilemiyor ve böylece düzeltilemez bir temel hak ihlaline yol açılıyorsa, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilmelidir.³³

Anayasa Mahkemesi, somut olayda hem tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulmuş, hem de bireysel başvuruda bulunduktan sonra da 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesine dayanarak tazminat davası açılmış olması halinde, tazminat davasının bireysel başvurunun incelenmesine engel oluşturup oluşturmadığını tespit etmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre “etkili olduğu kabul edilecek olan başvuru yolu, Anayasa’da öngörülmüş güvencelere aykırılık nedeniyle hakkın ihlal edildiğini özü itibarıyla tespit etme ve yeterli giderim sağlama imkânı sunan bir yol olmalıdır.”³⁴ Buna göre tutuklama kararının Anayasa’nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiğine ilişkin şikâyetlerde, derece mahkemesinde açılacak tazminat davasının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olarak görülebilmesi için ilk olarak tutuklama hâlinin sona ermiş olması gerekir. “Zira tazminat davası sonucunda verilecek karar, niteliği gereği tutuklama hâlini sona erdiremez ancak hukuka aykırılığın saptandığı hâllerde tutuklu kalan süreyi de gözетerek geçmişe dönük belli bir tazminata hükmedebilir.”³⁵

Tutukluluk hâlinin sona ermiş olması durumunda, Anayasa Mahkemesi kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamındaki bazı şikâyetler yönünden 5271 sayılı Kanun’un 141. maddesi uyarınca açılacak tazminat davasını tüketilmesi gereken bir hukuk yolu olarak görmek için ikinci bir koşul daha aramaktadır. Anayasa Mahkemesi bu koşulu belirlerken Yargıtay uygulamasını dikkate almaktadır. 5271 sayılı Kanun’da öngörülen koruma tedbirleriyle ilgili tazminat davalarının temyiz mercii olan Yargıtay 12. Ceza Dairesi, belirli tazminat nedenleri bakımından dava açılabilmesi için asıl davanın sonuçlanmasının gerekmediğine, diğer bir kısım tazminat nedenleri için ise hükmün

33 Bu yöndeki Alman Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. BVerfGE 16, 283, 285; 24, 56, 61; 101, 106, 120; 119, 309, 317. Ayrıca bkz. Bastı S., Die sachliche Erledigung der Verfassungsbeschwerde, s. 28.

34 Ramazan Aras, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 29.

35 Ali İpekli ve diğerleri [GK], B. No: 2017/30997, 22/1/2021, § 61.

kesinleşmesinin zorunlu olduğuna işaret etmiştir.³⁶ Bu kapsamda Daire, bu ayrımı yaparken tazminat istemine konu taleplerin (incelenenin) asıl davanın sonucunu etkileyip etkilememesi veya onun sonucuna bağlı olup olmaması ölçütlerini esas almaktadır. Daire asıl davanın sonucuna bağlı veya asıl davada verilecek kararları etkileyici talepler yönünden mutlaka davanın esasıyla ilgili verilen karar veya hükmün kesinleşmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir.³⁷ Yargıtay'a göre, tutuklamanın hukuki olmadığına yönelik iddialar, asıl davada verilecek kararı etkileyecek nitelikte olduğu için tazminat davasının reddedilmesi gerekmektedir.³⁸ Sonuç olarak, bu yolun bir başarı şansı sunmayacağını gösteren bu Yargıtay içtihadı karşısında Anayasa Mahkemesi, başvurucunun tazminat yoluna hiç başvurmamış olması durumunda başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermemektedir.³⁹

AİHM de benzer yönde kararlar vermektedir. AİHM, CMK'nın yürürlüğe yeni girdiği dönemde, Hükümetin 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen hukuk yolunun bir neticeye ulaşabildiğini gösteren, iç hukukta verilen herhangi bir karar sunmadığı, yalnızca tazminat ödenmesine ilişkin bir hukuk yolunun tüketilmesi gereken bir hukuk yolu olabileceği konusunda ikna olmadığı hallerde, iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazı kabul etmemekteydi.⁴⁰ Ancak zamanla AİHM bu tutumunu değiştirmiş ve so-

36 Yargıtay içtihadı için bkz. Özlem Dalkıran [GK], B. No: 2017/35203, 21/1/2021, §§ 41-43.

37 Yargıtay içtihadındaki, uzun tutukluluk şikâyetine ilişkin tazminat davasının esas dava sonuçlanmadan da görülebileceği yönünde değişimi de dikkate alan Anayasa Mahkemesi uzun tutukluluk şikâyetinde esas dava henüz sonuçlanmamış olsa da tazminat davasını etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmiş ve önceki içtihadından (Burak Döner, B. No: 2012/521, 2/7/2013, § 35) dönmüştür (İrfan Gerçek, B. No: 2014/6500, 29/9/2016, § 41). Mahkeme'nin tutumundaki bu değişiklikte, Yargıtay kararlarının yanında, 15.07.2016'da yaşanan darbe teşebbüsü, peşi sıra gelen OHAL ve temel hak ve özgürlüklere kapsamlı sınırlamalar getiren KHK'lar sebebiyle artan bireysel başvuruların etkili olabileceği görüşü için bkz. Duygu Aksünger, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, İstanbul 2017, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 261.

38 Anayasa Mahkemesi'ne göre CMK md. 141 yolunun tüketilmesi gerekli olduğu haller için bkz. Duygu Aksünger, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, s. 236-245.

39 Zehra Perk, B. No: 2017/25979, 10/6/2020; Mustafa Mutlu, B. No: 2017/3121, 10/6/2020, Ersin Kızılay, B. No: 2016/28555, 10/6/2020. Hatta Anayasa Mahkemesi, hâlihazırda derece mahkemelerinde derdest bulunan tazminat davasının sonucunun beklenmesine gerek olmadığı, başka bir ifadeyle başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermemektedir, Ali İpeklî ve diğerleri [GK], B. No: 2017/30997, 22/1/2021, § 67.

40 Lütfiye Zengin ve diğerleri/Türkiye, B. No: 36443/06, 14/4/2015, 61-68; Hakim Aydın/Türkiye, B. No: 4048/09, 26/5/2020, §§ 26-31; Ragıp Zarakolu/Türkiye, B. No: 15064/12, 15/9/2020, §§ 31-33.

ruşturması/kovuşturması tamamlanmış başvurular açısından, CMK md. 141'i tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olarak görmeye başlamış ve bu yönde içtihadına süreklilik kazandırmıştır.⁴¹

Özellikle bu ikinci koşul bakımından gözaltı tedbirinin hukuka aykırılığı iddiasıyla yapılan başvurularda, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki ayrıma giderek, Yargıtay içtihadını da gözeterek, tazminat yoluna hiç başvurulmamış olunması durumunda, başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermeme- si; diğer kabul edilebilirlik koşullarının varlığı halinde esasa ilişkin denetime geçmesi, kararlarının tutarlılığı ve kişi özgürlüğünün etkin biçimde korunabilmesi bakımından uygun olacaktır. Fakat Anayasa Mahkemesi, tutmanın kanuna uygun olmadığı iddiaları yönünden de CMK md. 141 yolunu çok daha kolaylıkla etkili görmektedir.⁴² Nitekim kendilerine çağrı yapılsa ifade vermek için yetkili makamlara gidebilecek olmalarına rağmen hukuka aykırı şekilde yakalanma ve gözaltına alınmaya ilişkin iddiaların gündeme geldiği bir kararında Anayasa Mahkemesi, CMK md. 141 yolu tüketilmediği gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁴³

Bu konuda AİHM içtihadı ise belirgin olmaktan uzaktır. AİHM, kanuni gözaltı süresinin aşılması söz konusu olduğunda CMK md. 141'deki yolun tüketilmesi gerektiği savını kabul etmekteyken⁴⁴ gözaltına alınmalarının yasaya aykırı olduğu ve bilhassa Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c) bendinin gerektirdiği şekilde, suç işlediklerine dair haklarında şüphelenilmesini gerektiren inandırıcı sebeplerin bulunmadığı iddiasını içeren bir başvuruda, gözaltına alma kararının kanuni olmadığı haller için CMK md. 141 yolunun tüketilmesinin gerekli olmadığını kabul etmiştir.⁴⁵ Bu içtihada göre, örneğin bir kişi gözaltına alınmasını gerektirecek bir şüphe olmama-

41 Demir/Türkiye, B. No: 51770/07, 16.10.2012, §§ 24-28; Balca/Türkiye, B. No: 41843/07, 22.01.2013, § 17; Aydın Dağlı/Türkiye, B. No: 18386/07, 17/05/2016; Beştaş/Türkiye, B. No: 16857/12, 17.05.2016.

42 Tolga Şirin, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Yönelik Önemli Gelişmeler (1): CMK md. 141 Etkili Bir Hukuk Yolu, <https://www.tolgasinir.com/post/cmkm141>.

43 İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya, B. No: 2013/3193, 15/10/2015, § 47. Aynı yönde bkz. Ahmet Hüsrev Altan [GK], B. No: 2016/23668, 3/5/2019, § 72; Mehmet Hasan Altan (2) [GK], B. No: 2016/23672, 11/1/2018, § 90.

44 Paşa Bayraktar ve Aydınkaya/ Türkiye, İHAM, 38337/12, 16/05/2017, §§ 24-31.

45 Mergen ve diğerleri/Türkiye, B. No: 44062/09, 31/05/2016, §§ 33-38.

sına rağmen yakalanmış ve gözaltına alınmış ise bu kişinin CMK md. 141 yoluna başvurmaya gerek yoktur.

Ancak aynı dönemde verdiği bir başka kararında AİHM, biraz da tartışmalı şekilde, başvurusunun yakalamasının usûli güvencelere uymaksızın yapılması ve kanuna aykırı olarak gözaltında tutulması şikâyetine ilişkin olarak CMK md. 141 yolunun tüketilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.⁴⁶ Sözü edilen bu kararlar ışığında, AİHM'in CMK md. 141 konusunda yaklaşımının değişkenlik gösterdiği görülmektedir.⁴⁷

Ayrıca vurgulamak gerekir ki tutuklama tedbirine karşı bireysel başvuruda bulunabilmesi için aranan tedbirin sona ermesi koşulunun, gözaltı bakımından aranmaması gerekir. Usule ilişkin böyle bir koşul, karşılaştırmalı hukuk verileriyle de örtüşmemektedir. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi, vereceği esasa ilişkin bir karara bağlı ve gerekli hukuksal korumaya yönelik olan kamusal çıkarın, kişi özgürlüğüne yapılan müdahale sona erdiği için ortadan kalkmayacağını açıkça belirtmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre; "kişi özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin hukuka uygunluğunun anayasal olarak açıklığa kavuşturulması hakkının kolaylıkla ihmal edilmesi, kişi özgürlüğünün Alman Anayasası'nın garanti ettiği korumasının anlamına uygun düşmemektedir."⁴⁸

Bu anayasal tespit, müdahalenin bireysel başvurunun yapıldığı anda halen devam edip etmediğinden ve Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama sürerken sona erip ermemesinden bağımsız olarak geçerlidir. Aynı şekilde ilgilinin bireysel başvuru anında artık gözaltında bulunup bulunmadığına bağlı olmaksızın kişi özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir.⁴⁹

⁴⁶ Mustafa Avcı/Türkiye, B. No: 39322/12, 23/05/2017, §§ 58-67.

⁴⁷ Tolga Şirin, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 1, https://www.anayasa.gov.tr/media/3544/01_ozgurlik_guvenlik_hakki.pdf, s. 263.

⁴⁸ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Mai 2002 - 2 BvR 2292/00 -, Rn. 1-36, http://www.bverfg.de/e/rs20020515_2bvr229200.html.

⁴⁹ BVerfGE 9, 89 <93 f.>; 10, 302 <308>; 53, 152 <157 f.>; 58, 208 <219>; 83, 24 <29 f.>; Beschlüsse der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Januar 1992 - 2 BvR 658/90 -, NVwZ 1992, S. 767, der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 11. März 1996 - 2 BvR 927/95 -, NVwZ-Beilage 1996, S. 49, und der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 4. Februar 2000 - 2 BvR 453/99 -, NJW 2000, S. 1401.

V. Sonuç

Derece mahkemelerinin gözaltına ilişkin kararlarında, Anayasa'nın 19. maddesinin gerektirdiği seviyede bir inceleme yapip yapmadıklarının Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira derece mahkemeleri tarafından bu konuda gösterilecek hassasiyet, yürürlükteki yargı sisteminin daha sonra ortaya çıkabilecek benzer hak ihlallerinin önlenmesinde sahip olduğu önemli rolün zarar görmesine engel olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin kişi özgürlüğünün ihlaline yönelik başvurularda usule ilişkin katı koşullar öngörmesi, esasa ilişkin karar vermekten kaçındığı izlenimi doğurmaktadır. Aralarında bir kanun yolu ilişkisi olmayan ceza yargılaması ve tazminat davasına yönelik iki ayrı yargı kolunu bir bütün olarak algılayan böyle bir içtihat, ceza yargılamasına ilişkin başvuru yollarının tüketilmesini, medeni yargılama sonucu verilen kararın olağan kanun yolları sonunda kesinleşmesi koşuluna bağlayabilmektedir. Bu koşulun aranması, ceza yargılaması sürerken temel hakların etkisinin dikkate alınması zorunluluğunun göz ardı edilmesi riskini yaratabileceği gibi ceza yargılamasını temel hakların korunması bakımından etkisiz bir yol haline de getirilebilir.

Diğer taraftan, etkili bir başvurudan söz edebilmek için başvuru yolunun sadece hukuken mevcut bulunması yeterli olmayıp bu yolun uygulamada fiilen de etkili olması ve başvurulacak makamın ihlal iddiasının özünü ele alma yetkisine sahip bulunması gerekir. Yine vuku bulmuş bir hak ihlali iddiası söz konusu olduğunda tazminat ödenmesinin yanı sıra sorumluların ortaya çıkarılması bakımından da yeterli usule ilişkin güvencelerin sağlanması gerekir.⁵⁰ Sorumluların ortaya çıkarılması bakımından tazminat davası yolunun yeterli usulü güvence içerdiği de söylenemez.

Bu durumda Alman Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan kararında da belirtildiği gibi “kişi özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin hukuka uygunluğunun anayasal olarak açıklığa kavuşturulması hakkı” ancak bireysel başvuruda esasa ilişkin bir inceleme yapılarak etkin biçimde korunabilecektir.

50 S.S.A., B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 28; benzer yöndeki AIHM kararı için bkz. *Ramirez Sanchez/Fransa*, B. No: 59450/2000, 4/7/2006, §§ 157-160.

KAYNAKÇA

- Basty S., Die sachliche Erledigung der Verfassungsbeschwerde, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2010
- Duygu Aksünger, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, İstanbul 2017, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi
- Gözde İbicioğlu, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının Bir İstisnası Olarak Yakalama, Gözaltı ve Tutuklama Tedbirleri, <https://blog.lexpera.com.tr/kisi-ozgurlugu-ve-guvenligi-hakkinin-bir-istisnasi-olarak/#fn2>
- Gözde İbicioğlu, Türk Anayasalarında Yakalama, Gözaltı Ve Tutuklama, On İki levha Yayıncılık, İstanbul 2019
- Jahn M., “Die Zulaessigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde in Strafsachen”, in: Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, C.F Müller, Heidelberg 2011
- Monica Mocoevi, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz, İnsan hakları kitapçıkları, No. 5, https://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad5OzgurlukveGuvencilik.pdf.
- Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, 9. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., s. 500
- Serap Keskin, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler,” İÜHFM, C. 60, S. 1-2, 2002
- Tolga Şirin, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Yönelik Önemli Gelişmeler (1): CMK md. 141 Etkili Bir Hukuk Yolu, <https://www.tolgaserin.com/post/cmcmd141>.
- Tolga Şirin, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1, https://www.anayasa.gov.tr/media/3544/01_ozgurluk_guvenlik_hakki.pdf
- Von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1992