

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**BİREYSEL BAŞVURU (ANAYASA ŞİKÂYESİ) USULÜNDE
CMK MD. 141'DEKİ HUKUK YOLUNUN ETKİLİLİĞİ SORUNU**

Yüksek Lisans Tezi

ABDULKADİR SULTANOĞLU

İSTANBUL, 2020

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**BİREYSEL BAŞVURU (ANAYASA ŞİKÂYESİ) USULÜNDE
CMK MD. 141'DEKİ HUKUK YOLUNUN ETKİLİLİĞİ SORUNU**

Yüksek Lisans Tezi

ABDULKADİR SULTANOĞLU

Danışman: DOÇ. DR. TOLGA ŞİRİN

İstanbul, 2020

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyisim : Abdulkadir Sultanoğlu
Anabilim Dalı : Kamu Hukuku
Programı : Kamu Hukuku
Tez Danışmanı : Doç. Dr. Tolga Şirin
Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans, 2020

ÖZET

BİREYSEL BAŞVURU (ANAYASA ŞİKÂyeti) USULÜNDE CMK MD. 141'DEKİ HUKUK YOLUNUN ETKİLİLİĞİ SORUNU

Çalışmada, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinde yer alan hukuk yolunun, bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) mekanizması bakımından, etkili bir hukuk yolu olup olmadığı veya hangi durumlarda etkili olabileceği incelenmiştir. Bu kapsamda çalışmanın ilk bölümünde, olağan kanun yollarının tüketilmesi koşulu irdelenerek etkili hukuk yoluna ilişkin ölçütler belirlenmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise etkili hukuk yoluna ilişkin ölçütler ışığında, söz konusu başvuru yolunun etkililiği sınanmış ve hangi durumlarda etkili kabul edilebileceği belirlenmeye çalışılmıştır. Ayrıca konuya ilişkin mahkemelerin yaklaşımlarına yer verilerek hukuk yoluna ilişkin sorunlu alanlara dikkat çekilmiştir. Sonuç olarak ise söz konusu başvuru yolunun, birçok ihlal iddiası bakımından etkili bir hukuk yolu niteliğinde kabul edilemeyeceği ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler : Bireysel Başvuru, Anayasa Şikâyeti, Olağan Kanun Yollarının Tüketilmesi, Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 141, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat.

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname : Abdulkadir Sultanoğlu
Field : Public Law
Programme : Public Law
Supervisor : Assoc. Prof. Tolga Şirin
Degree Awarded and Date : Master-2020

ABSTRACT

THE PROBLEM OF THE EFFECTIVENESS OF THE REMEDY IN ARTICLE 141 OF THE CRIMINAL PROCEDURES ACT IN THE INDIVIDUAL APPLICATION (CONSTITUTIONAL COMPLAINT) PROCEDURE

In this study, it is examined whether the remedy included in the Article 141 of the Criminal Procedure Law No. 5271 is an effective remedy in terms of the individual application (constitutional complaint) mechanism or in which cases it can be effective. In this context; in the first part of the study, the condition of the exhaustion of remedies are examined and criteria of effective remedies are determined. In the second part of the study, the effectiveness of the relevant remedy has been tested in the light of the criteria of the regarding the effective remedy and it has been tried to be determined in which cases it can be considered effective. In addition to these, the problematic areas of the remedy are highlighted by including the approaches of the courts on the issues. In conclusion, it has been shown that the remedy in question cannot be accepted as an effective remedy with regard to the numerous being alleged violations.

Keywords : Individual Application, Constitutional Complaint, Exhaustion of Remedies, Article 141 Of The Criminal Procedure Act, Compensation Due To Measures Of Protection.

ÖNSÖZ

İHAM ve AYM'nin güncel içtihatlarına göre, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinde yer alan hukuk yolu, birçok temel hak ve özgürlüğe yönelik ihlal iddiaları bakımından, bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu niteliğindedir. Mahkemeler tarafından söz konusu başvuru yolunun etkili olduğuna yönelik ulaşılan bu sonuç, pek çok açıdan tartışmalı olduğu gibi yeni sorunlara da gebe dir. Bu çalışmada da CMK 141 yolunun etkili bir hukuk yolu niteliğinde olup olmadığı sı nı narak; mahkemeler tarafından ulaşılan bu sonucun, isabetli olup olmadığı tespit edilmeye çalışılmaktadır. Ayrıca her iki mahkemenin, hukuk yolunun etkililiği konusunda, ortaklaşan ve farklılaşan görüşlerine yer verilerek başvuruçular açısından konunun daha net bir hâle getirilmesi amaçlanmaktadır.

İçtihat analinize dayanan bu çalışmanın tamamlanmasında birçok kişinin desteği bulunmaktadır: Pandeminin neden olduğu zorlu koşullara rağmen her zaman desteğini sunan, çok yönlü bakış açısı ile beni aydınlatan ve çalışmanın zenginleşerek anlam kazanmasını sağlayan danışmanım ve değerli hocam Doç. Dr. Tolga Şirin'e teşekkürlerimi sunarım. Yine jüri üyesi olma nezaketini göstererek değerli görüş ve önerileriyle çalışmanın eksikliklerinin giderilmesine katkı sunan Prof. Dr. Osman Can ve Dr. Öğr. Üyesi Barış Erman'a şükranlarımı sunuyorum.

Ayrıca çalışmamı defalarca okuma zahmetinde bulunarak değerli görüşlerini sunan ve metnin redaksiyonunda yardımcı olan Ar. Gör. Egemen Esen'e, İrlanda'da olmasına rağmen her zaman fikri ve manevini desteği sunan değerli dostum Av. Altuğ Atalay'a, beni sürekli motive ederek bıkmadan ve yorulmadan dinleyen Av. Eşe Nur Özdemir'e ve manevi desteğini esirgemeyen tüm dostlarım ile aileme teşekkürü bir borç bilirim.

Abdulkadir Sultanoğlu

Zeynep Kamil, Aralık 2020

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	iii
KISALTMALAR.....	x
GİRİŞ.....	1
I. ÇALIŞMANIN ÜZERİNDE DURACAĞI TEMEL SORULAR.....	1
II. METODOLOJİ.....	5
III. TERMİNOLOJİ	6

BİRİNCİ BÖLÜM

OLAĞAN KANUN YOLLARININ TÜKETİLMESİ KOŞULU İLE ETKİLİ BİR HUKUK YOLUNA BAŞVURU HAKKI

I. OLAĞAN KANUN YOLLARININ TÜKETİLMESİ KOŞULU	11
A. KANUN YOLU KAVRAMI	11
1. Kavramsal Çerçeve	11
2. Sınıflandırma.....	12
a. Dar/Geniş.....	12
b. Olağan/Olağanüstü	12
B. TÜKETİLMESİ GEREKLİ KANUN YOLU	14
C. KURALIN AMACI.....	19
D. TÜKETME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI.....	21
1. Şeklî Anlamda Tüketme.....	22
a. Yeni Bir Hukuk Yolu	25
b. Birden Fazla Başvuru Yolu	27
c. Hangi Anda Tüketme?.....	32
2. Maddi Anlamda Tüketme.....	34
E. TÜKETİLMESİ GEREKLİ KANUN YOLUNUN NİTELİKLERİ	38
1. Erişilebilirlik.....	39

2.	Etkililik.....	44
3.	Yeterlilik.....	48
4.	Makul Bir Başarı Şansı Tanıma	51
5.	“Etkililiği” Ölçme Aracı: “Somut İctihat”	54
a.	Somut İctihat Aynı veya Benzer Nitelikte Olmalıdır	58
b.	Somut İctihat “Nihai” Nitelikte Olmalıdır.....	59
c.	Hangi Andaki Somut İctihat?	60
d.	Somut İctihatların “Niceliği”	61
F.	İSTİSNALAR.....	62
1.	Etkili Bir Hukuk Yolu Niteliğinde Olmama	64
2.	Süregelen İhlal.....	66
3.	Başvuru Yolunun Olmaması	66
4.	Yüksek Mahkemelerin Öngörülebilir İctihadı	67
5.	Özel Koşulların Varlığı	69
a.	İdari Pratik Hâline Dönüşme	69
b.	Ciddi ve Geri Dönülemez Bir Zarara Uğrama İhtimali	70
c.	Başvurucunun İçinde Bulunduğu Özel Durum	71
G.	FERAGAT VE İSPAT SORUNU.....	73
II.	ETKİLİ BİR HUKUK YOLUNA BAŞVURU HAKKI	76
A.	SÖZLEŞME	76
1.	Hakkın Kapsamı ve Özellikleri	77
2.	Hakkın Gereklilikleri.....	79
B.	ANAYASA	81
1.	Hakkın Kapsamı ve Özellikleri	82
2.	Hakkın Gereklilikleri ve Ek Güvencesi	84

İKİNCİ BÖLÜM

ETKİLİ BİR HUKUK YOLUNA İLİŞKİN ÖLÇÜTLER IŞIĞINDA CMK 141

I.	SÖZLEŞME VE ANAYASA’NIN GEREĞİ OLARAK CMK 141	91
A.	SÖZLEŞME’YLE İLİŞKİ.....	91
B.	ANAYASA’YLA İLİŞKİ	97
II.	CMK 141’İN BİREYSEL BAŞVURU MEKANİZMASINDA DEĞİŞEN ÖNEMİ	100
A.	CMK 141 ÖNCESİ	100
B.	CMK 141 DÖNEMİ.....	102
III.	TAZMİNATA KONU HÂLLER.....	105
A.	ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKINA İLİŞKİN TAZMİNAT NEDENLERİ	106
1.	Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Yakalama, Tutuklama veya Tutukluluğun Devamına Karar Verme (CMK 141/1-a)	107
a.	Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Yakalama	108
i.	Teori.....	108
ii.	Yargısal Pratik	116
iii.	Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması	119
b.	Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Tutuklama veya Tutukluluğun Devamına Karar Verme	123
i.	Teori.....	123
ii.	Yargısal Pratik	132
iii.	Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması	134
c.	Açıkça Madde Kapsamında Belirtilmeyen Bir Hâl: “ <i>Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Gözaltına Alma</i> ”	143
i.	Teori.....	146
ii.	Yargısal Pratik	147
iii.	Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması	148
2.	Kanuni Gözaltı Süresi İçinde Hâkim Önüne Çıkarılmama (CMK 141/1-b)....	152
a.	Teori.....	152

b.	Yargısal Pratik	157
c.	Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması.....	158
3.	Kanunî Hakları Hatırlatmadan veya Hatırlatılan Haklardan Yararlanma İsteği Yeline Getirilmeden Tutuklama (CMK 141/1-c).....	160
a.	Teori.....	160
b.	Yargısal Pratik	163
c.	Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması.....	164
4.	Kanuna Uygun Olarak Tutuklandığı Hâlde Makul Sürede Yargılama Mercii Huzuruna Çıkarılmama ve Bu Süre İçerisinde Hakkında Hüküm Verilmeme (CMK 141/1-d)	166
a.	Tutuklunun Makul Sürede Yargılama Mercii Huzuruna Çıkarılmaması	167
i.	Teori.....	167
ii.	Yargısal Pratik	169
iii.	Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması	171
b.	Tutuklu Hakkında Makul Sürede Hüküm Verilmemesi.....	174
i.	Teori.....	174
ii.	Yargısal Pratik	177
iii.	Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması	179
5.	Kanuna Uygun Yakalamadan veya Tutuklamadan Sonra Kovuşturmayla Yer Olmadığına Dair Karar veya Beraat Kararı Verilmesi (CMK 141/1-e).....	190
a.	Teori.....	190
b.	Yargısal Pratik	193
c.	Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması.....	197
6.	Gözaltı ve Tutuklulukta Geçirilen Sürenin, Hükümlülük Süresinden Fazla Olması veya İşlenen Suç İçin Kanunda Öngörülen Cezanın Sadece Para Cezası Olması Nedeniyle Zorunlu Olarak Bu Cezayla Cezalandırılma (CMK 141/1-f)	200
a.	Teori.....	200
b.	Yargısal Pratik	201
c.	Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması.....	205

7. Yakalama veya Tutuklama Nedenleri ve Suçlamaların Kendilerine, Yazıyla veya Bunun Hemen Olanaklı Bulunmadığı Hâllerde Sözle Açıklanmaması (CMK 141/1-g)	206
a. Teori.....	206
b. Yargısal Pratik	209
c. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması.....	211
8. Yakalama veya Tutuklamanın Yakınlarına Bildirilmemesi (CMK 141/1-h)...	212
a. Teori.....	212
b. Yargısal Pratik	214
c. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması.....	214
9. Yakalama veya Tutuklama İşlemine Karşı Kanunda Öngörülen Başvuru İmkânlarından Yararlandırılmama (CMK 141/1-k).....	215
a. Teori.....	215
b. Yargısal Pratik	222
c. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması.....	223
B. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKINA İLİŞKİN TAZMİNAT NEDENİ.....	229
1. Arama Kararının Ölçsüz Bir Şekilde Gerçekleştirilmesi (CMK 141/1-i).....	232
a. Teori.....	232
b. Yargısal Pratik	234
c. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması.....	238
C. MÜLKİYET HAKKINA İLİŞKİN TAZMİNAT NEDENLERİ.....	241
1. Eşyaya veya Diğer Malvarlığı Değerlerine Koşulları Oluşmadan El Konulması, Korunması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmaması, Amaç Dışı Kullanılması, Zamanında Geri Verilmemesi (CMK 141/1-j).....	244
a. Teori.....	245
i. Koşulları Oluşmadan El Konulması	245
ii. Korunması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmaması	246
iii. Amaç Dışı Kullanım	247
iv. Zamanında Geri Verilmeme	248

b. Yargısal Pratik	249
c. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması.....	251
D. “TORBA” TAZMİNAT NEDENİ: HÂKİM VE SAVCILARIN KARAR VEYA İŞLEMLERİ NEDENİYLE TAZMİNAT	255
1. Teori	256
2. Yargısal Pratik.....	258
3. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması	261
E. MAHKEMELERİN YAKLAŞIMLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....	268
IV. TEORİ VE UYGULAMADAKİ SORUNLU ALANLAR	273
A. DAVA AÇMA SÜRESİNİN BAŞLANGICI VE KESİNLEŞME ŞARTINA İLİŞKİN SORUNLAR.....	273
B. TAZMİNAT MİKTARLARININ “YETERLİLİĞİ” SORUNU	280
C. ŞEKLÎ VE MADDİ OLARAK TÜKETMEYE İLİŞKİN SORUNLAR.....	286
DEĞERLENDİRME VE BULGULAR	291
KAYNAKÇA	304

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz	: Bakınız
C.	: Cilt
C.D.	: Ceza Dairesi
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CHKD	: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Dip.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
E.T.	: Erişim Tarihi
ed.	: Editör
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İKÜSBD	: İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
in	: İçinde
K.	: Karar Numarası

KHÜHFD	: Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
OEYBD	: Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SÜHFD	: Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih Numarası
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
vd.	: Ve devamı
Yay.	: Yayınları ya da Yayınevi
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Çalışma kapsamında, 04.12.2004 tarihli 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun¹ 141. maddesinde yer verilen hukuk yolunun, bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) mekanizması bakımından, etkili bir hukuk yolu olup olmadığı değerlendirilmektedir. Değerlendirme öncesinde, bazı hususların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu nedenle ilk başlıkta, çalışmanın kapsamı, hangi temel sorulara yanıt aranıldığı ve çalışmanın gerekliliği ortaya konulacak; ikinci başlıkta, bu sorulara yanıt aramak adına, nasıl bir metot izlendiği ifade edilecek; nihayet üçüncü başlıkta ise çalışmada sıklıkla yer verilecek kavramların taşıdığı anlam ve bu kavramlara, hangi yönde başvurulduğuna dair açıklamalara yer verilecektir.

I. ÇALIŞMANIN ÜZERİNDE DURACAĞI TEMEL SORULAR

Bireysel başvuru usulünde başvuru sahiplerinin temel gayesi, esas incelemesi sonucunda iddialarına ilişkin ihlal tespiti sağlayıp bunun sonucunda da ihlalin giderilmesini sağlamaktır. Ancak birçok başvurunun bu aşamaya gel(e)meden kabul edilebilir bulunamadığı ve bu sebeple ihlal iddialarının esasının mahkemelerce incelen(e)mediği de malûmdur. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne² (bundan sonra kısaca “İHAM” şeklinde anılacaktır) yapılan başvuruların %94,18'i³ ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'ne (bundan sonra kısaca “AYM” şeklinde anılacaktır) yapılan başvuruların %88,4'ünde⁴ esas incelemesi yapılmadığı yönündeki veri, kabul edilebilirlik aşamasının başvurular bakımından hayati önem taşıdığını

¹ Resmî Gazete, 17.12.2004 Tarih, 25673 Sayı.

² Çalışmada, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” ve “AİHM” şeklindeki kullanım yerine telaffuz ve dilsel anlamda daha uygun olacağı düşünülen, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi” ve “İHAM” şeklindeki kullanım tercih edilmiştir. Şirin'e göre “AİHM” yerine “İHAM” şeklinde kısaltma üç nedenden dolayı kullanılmalıdır. Bunlar: Mahkemenin İngilizce dilindeki karşılığının “European Human Rights Court” olmaması, “AİHM” şeklindeki kısaltmanın telaffuzunun zor olması ve sıklıkla “AHİM” şeklinde kısaltılmasına rağmen böyle bir mahkemenin olmaması ve son olarak, “AİHM” şeklindeki kısaltmanın Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kısaltması niteliğinde olan “AYİM” ile karıştırılabilir nitelikte olmasıdır. Ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Tolga Şirin, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yay., 2015, s.9. Üstelik bu kullanım kendisine Türkçe literatürde istikrarlı bir şekilde yer bulmaktadır. Bu yönde kullanım için ayrıca bkz. Osman Doğru, Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1**, 1. Baskı, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2012, s.1 vd.; Sibel İnceoğlu (Ed.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 1. Baskı, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2013, s.7 vd.

³1959-2018 yılları arasında İHAM'a yapılan bireysel başvurulara ilişkin detaylı analizler için ayrıca bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592018_ENG.pdf, (E.T. 01.09.2020)

⁴ 31.12.2018 tarihi itibarıyla AYM'ye yapılan bireysel başvurulara ilişkin detaylı analizler için ayrıca bkz. Bireysel Başvuru İstatistikleri, https://www.anayasa.gov.tr/media/5601/bb_istatistik_2018.pdf, (E.T. 01.09.2020)

gözler önüne sermektedir. Bu hâlde hiç şüphesiz başvurucuların temel hak yargılamasında kabul edilebilirlik koşullarını iyi analiz etmiş olmaları, ihlal iddialarının esastan incelenebilmesini sağlayacaktır.

Bireysel başvuruların “*kabul edilebilir*” bulunarak başvuruların esasına geçilebilmesi için, olağan kanun yollarının/iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Olağan kanun yollarının tüketilmesi koşulu, kısaca, ihlal iddiası bakımından “etkili” sayılabilecek yetkili ulusal mercilere başvuru yapılmış olması şeklinde tanımlanabilir. Bu kısa tanımın hem tüketilmesi gereken kanun yollarının niteliklerini ortaya koyduğu hem de bu koşulun sıkı sıkıya aranan bir koşul niteliğinde olmadığını ve dahası, bazı hâllerde bu koşulun esnetilebileceği sonucunu bünyesinde barındırdığı söylenebilir. Bu tanımlı biraz daha açmak gerekirse, tüketilmesi gerekli kanun yolu, “etkili bir hukuk yolu” olmalıdır. Etkili bir hukuk yolu ise şikâyetin giderilmesine imkân sağlayıp başvurucusuna makul ölçüde bir başarı şansı sunmalıdır. Bunun yanında fiilen erişilebilir, yeterli ve etkili olmalıdır.⁵

Olağan kanun yollarının tüketilmesi koşulu, “etkili bir hukuk yolu” kavramına içkindir. Zira bu koşul, ancak etkili bir hukuk yolunun varlığı ile bir anlam ifade etmektedir. Etkili bir hukuk yolunun ise yalnızca kavramsal bir boyutta olmadığı, aynı zamanda, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi⁶ (bundan sonra kısaca “**Sözleşme**” şeklinde ifade edilecektir) md. 13’te kendisine yer edinmiş bir hak niteliğinde olduğu önemle vurgulanmalıdır. İHAM’a göre tüketme kuralı, iç hukukta etkili bir hukuk yolunun var olduğu- Sözleşme’nin 13. maddesi ile taraf devletlere Sözleşme’deki hakların güvence altına alınması için etkili bir iç hukuk yolu kurma

⁵ Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 10. Bası, Ankara: Turhan Yayıncılık, 2013, s.64.

⁶ Birinci dipnotta belirtilen aynı gerekçelerle “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*” yerine “*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*” kullanımı tercih edilmiştir.

yükümlülüğü öngörüldüğünden- varsayımına dayanmaktadır.⁷ Bu hakkın olağan kanun yollarının tüketilmesi koşuluyla sıkı bir ilişkisi bulunması nedeniyle, koşulun daha iyi anlaşılabilmesi ve değerlendirilmesi bakımından çalışmada “*etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkı*” ele alınmaktadır.

Bu doğrultuda çalışmanın birinci bölümünde;

- a- Olağan kanun yollarının tüketilmesi koşulu neyi ifade etmektedir?
- b- “Etkili bir hukuk yolu” nedir?
- c- Hukuk yolunun “erişilebilir (ulaşılabilir)”, “yeterli”, “etkili” ve “makul bir başarı şansı sunması” neyi ifade etmektedir?
- d- Bir hukuk yolunun, “Etkili bir hukuk yolu” olup olmadığı nasıl tespit edilebilir? Somut içtihatlar, etkili bir hukuk yolunun varlığını ortaya koyabilir mi?
- e- Etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkı ile olağan kanun yollarının tüketilmesi koşulu arasında bir ilişki var mıdır? Bu hakkın kapsamı ve özelliği nedir?

sorularına cevaplar aranılacaktır.

Bu cevapların aranması faaliyeti çerçevesinde, çalışmanın sınırlandırılması gerekliliği doğacaktır. Böylelikle, olağan kanun yollarının tüketilmesi koşulu ile etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkı çok sayıda inceleme konusu edildiğinden, çalışmanın hacminin artmasına ve odağının geri planda kalmasına sebebiyet verebileceği ihtimali göz önünde bulundurularak, birinci bölümde bu konuların yalnızca ilkesel olarak ve gerektiği ölçüde ortaya konulması yönünde sınırlama yapılması yoluna gidilecektir.

Etkili bir hukuk yolunun taşıdığı anlam ve gereklilikler ilkesel olarak ortaya konulduktan sonra, çalışmanın odağını teşkil eden, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 141.

⁷ Akdivar ve Diğerleri/Türkiye, İHAM, 21893/93, 16.09.2019, § 65; Philip Leach, **Taking A Case To The European Court Of Human Rights**, Fourth Edition, Oxford: Oxford University Press, 2017, s.142; Leo Zwaak, Yves Haeck, Clara Burbano Herrera “Procedure Before The Court”, in: **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed: Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak , Fifth Edition, Cambridge: Intersentia, 2018, s.106; William Schabas, **The European Convention on Human Rights: A Commentary**, First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2015, s.765, David Harris, Michael O’Boyle, Ed Bates, Carla Buckley, **Law of the European Convention on Human Rights**, Fourth Edition, Oxford: Oxford University Press, 2018, s.50; Osman Doğru, Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-2**, 1. Baskı, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2013, s.565.

maddesinde (bundan sonra kısaca “**CMK 141**” olarak anılacaktır) yer verilen hukuk yolunun, bireysel başvuru mekanizması bakımından etkili bir hukuk yolu olup olmadığı sınanacaktır. Bu sınama, gerekliliğini İHAM’ın ve AYM’nin CMK 141’in etkililiği konusunda farklılık taşıyan bakış açılarına ve içtihatlarının sürekli olarak değişkenlik göstermesi sebebiyle, konunun başvuru açılarından karmaşık bir hâl almış olmasına borçludur. Özellikle AYM’nin, CMK 141’in etkililiğine ilişkin katı ve şekilci yorumuyla başvuru aşılmaz bir CMK 141 duvarı inşa etmesi riski, değerlendirmenin gerekliliğini perçinlemiştir. Mahkemelerce her bir başvuru yolu bakımından yapılması gereken “etkililik” değerlendirmesinin, CMK 141 konusunda ne ölçüde ve nasıl yapıldığı büyük bir belirsizlik taşımaktadır. Yine ihlal iddiası veya kamuoyunda gündem olması itibarıyla “önemli” olarak görülebilecek birçok başvurunun CMK 141 duvarını aşmadığı gerçeği karşısında, mahkemelerce değerlendirmenin nasıl yapıldığı veya tutarlı bir şekilde yapılıp yapılmadığı ele alınmaya değerdir.

Bu doğrultuda öncelikle CMK 141’de belirtilen hukuk yolunun niteliği ve kapsamı ortaya konulduktan sonra mahkemelerin, CMK 141’i etkili bir hukuk yolu olarak kabul edip etmedikleri veya hangi hâl ve koşullarda etkili bir hukuk yolu olarak kabul ettikleri ortaya konulacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde:

- a- CMK 141’de belirtilen hukuk yolu nedir ve bu kapsamda tazminata konu hâller nelerdir?
- b- Yargıtay’ın, CMK 141’de belirtilen hukuk yoluna ilişkin bakış açısı nasıldır?
- c- AYM’nin, CMK 141’de belirtilen hukuk yoluna ilişkin bakış açısı nasıldır? AYM, hangi durumlarda CMK 141’i etkili bir hukuk yolu olarak görmektedir?
- d- İHAM’ın, CMK 141’de belirtilen hukuk yoluna ilişkin bakış açısı nasıldır? İHAM, hangi durumlarda CMK 141’i etkili bir hukuk yolu olarak görmektedir?

sorularına cevaplar aranılacaktır.

CMK 141’in birçok hakka değen boyutu bulunuyorsa da pratikte yalnızca özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında kendisinden söz ettirdiği görülmektedir. Ancak çalışmada CMK 141, bu yönde bir sınırlama yapılmaksızın, değindiği tüm haklar bakımından detaylı olarak ele alınacaktır.

II. METODOLOJİ

Çalışma, içtihat analizine dayalı nitelikte olup odağını oluşturan CMK 141’e ilişkin tüm içtihadı tüketmiş olma iddiasındadır. Bu sebeple, önem ayrımı yapılmaksızın, İHAM’ın ve AYM’nin, 01.09.2020 tarihi itibarıyla yayımlanan CMK 141’e ilişkin tüm kararları değerlendirilme konusu edilecektir. Bunun için, “HUDOC”⁸ adlı veri tabanında konuyla ilgili yer alan 252 kararın tamamı tüketilerek İHAM’ın CMK 141’e ilişkin bakışı sunulacaktır.⁹ Yine AYM’nin CMK 141’e ilişkin bakış açısının sunulması için, “KARARLAR BİLGİ BANKASI”¹⁰ adlı veri tabanında yer alan 1054 kararının tamamı tüketilecektir.¹¹ Çalışmanın tüm içtihadı tüketmiş olma iddiasını taşıması nedeniyle bu aramayla yetinilmeyerek, konu kapsamında arama sonucunda bulunamayan kararlara da ulaşmaya çalışıldığı ifade edilmelidir. Ayrıca hem AYM’nin hem de İHAM’ın veri tabanında, her ne kadar belirtilen sayıda kararın olduğu görülmekteyse de konuyla ilgisi bulunmayan ancak filtreleme sonucunda ortaya çıkan kararların çalışmaya dahil edilmediği belirtilmelidir.

Bununla birlikte 1982 Anayasası (bundan sonra kısaca “**Anayasa**” şeklinde anılacaktır) md. 153/6 düzenlemesinde, AYM kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanması zorunluluğu konusunda verilen kararlar bakımından herhangi bir ayrım yapılmamışsa da AYM İçtüzüğü¹²’nün 81/4-5 fıkrasında yer alan;

“(4) Bölüm kararlarının tümü ile Komisyon kararlarından kabul edilebilirlik açısından ilkesel önem taşıyanları Mahkemenin internet sitesinde yayımlanır.

⁸ <https://hudoc.echr.coe.int/> (E.T. 01.09.2020)

⁹ Bu kararlara ulaşmak için “Hudoc” adlı veri tabanında; “State” adlı sekme vasıtasıyla Türkiye’ye karşı yapılan başvurular sınırlandırılarak “Judgments” ve “Decisions” seçenekleri işaretlenmiştir. Ayrıca “Advanced Search” seçeneğinde yer alan “Text” adlı kutucuğa İngilizce dilinde olan kararlara ulaşmak için “141 of the Code of Criminal Procedure”; Fransızca dilinde olan kararlara ulaşmak için ise “L’article 141” yazılarak ayrı ayrı filtreleme yapılarak ortaya çıkan kararlar incelenmiştir.

¹⁰ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (E.T. 01.09.2020)

¹¹ Bu kararlara ulaşmak için “Kararlar Bilgi Bankası” adlı veri tabanında: “Kelime Ara” seçeneğine “CMK”; “Sözcüklerden Herhangi Birini Ara” seçeneğine ise “141” yazılarak filtreleme yapılmıştır. Filtrelemenin bu şekilde yapılmasının sebebi, veri tabanının oldukça yetersiz ve hatalı sonuçları getirmesidir. Örneğin veri tabanında yer alan “Kelime Ara” seçeneğine veya “Sözcüklerden Herhangi Birini Ara” seçeneğine tam olarak “CMK 141” yazılarak filtreleme yapıldığı takdirde hatalı olarak toplamda 18 kararın arama sonucunda getirildiği görülmektedir.

¹² Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, Resmî Gazete, 12.07.2012 Tarih, 28351 Sayı.

(5) Bölüm Başkanının tespit ettiği, Bölüm tarafından verilen pilot karar niteliğinde ya da içtihadın ortaya konulması açısından ilkesel önemi haiz kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır.”

şeklindeki düzenlemeler nedeniyle, yalnızca bazı başvuruların Resmî Gazete’de yayımlandığı göz önünde bulundurularak, tüm kararlara ulaşmak adına, yalnızca AYM’nin resmî internet sitesinde yer alan veri tabanının kullanılması yolu tercih edilmektedir. Ne var ki düzenlemelere rağmen, AYM’nin resmî sitesinde yayımlanmayan bir karar bulunmaktaysa da bu kararlara ulaşılmasının mümkün olamayacağı ve bu sebeple, çalışmada yer verilemeyeceği belirtilmelidir.

Tüm bu hususların yanında çalışma, olağan kanun yollarının tüketilmesi koşulu ile etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkını ilkesel olarak ortaya koymaktadır. Bu kapsamda da literatürdeki temel şerhlere ve mahkemelerin konuya ilişkin ilke kararlarına ulaşılmaya çalışılmaktadır.¹³

III. TERMİNOLOJİ

Çalışma, bireysel başvuru usulünde CMK 141’de yer verilen hukuk yolunun tüketilmesi gerekli bir kanun yolu olup olmadığını ve bu kapsamda, etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilip edilemeyeceğini tartışmaktadır. Bu tartışma yapılırken bireysel başvuru, anayasa şikâyeti, kabul edilebilirlik ve olağan kanun yolları/iç hukuk yolları kavramları sıklıkla dile getirilmektedir. Bu sebeple öncesinde bu kavramların neyi ifade ettiği ve çalışmada kavramlara hangi doğrultuda, nasıl yer verileceğinin ortaya konulması gerekmektedir.

2010 Anayasa değişikliği ile Anayasa’nın 148. maddesine eklenen düzenlemelere göre¹⁴;

¹³ Çalışmada, tüketme koşuluna ilişkin İHAM kararlarına ulaşmak için “HUDOC” adlı veri tabanında şu filtreler uygulanmıştır: “(Art. 35-1) Exhaustion of domestic remedies”, “key case”, “1”, “English”, “French”, “Turkish”. İHAM’ın görüşlerini ilkesel olarak sunmak amacıyla, önem derecesi diğer kararlara nazaran daha yüksek olan yalnızca “key case” ve “1” olan kararlar incelenmiştir. Koşula ilişkin AYM kararlarına ulaşmak için ise “KARARLAR BİLGİ BANKASI” adlı veri tabanında: “Kelime Ara” seçeneğine “olağan kanun yollarının tüketilmiş olması” yazılarak filtreleme yapılmıştır. Filtrelemenin bu şekilde yapılmasının sebebi diğer alternatif arama yöntemlerine nazaran bu arama yöntemiyle, konuyla ilgisi bakımından en yüksek sayıda karar sonucuna ulaşılmasıdır. Örneğin, “Kelime Ara” seçeneğine “başvuru yollarının tüketilmesi” yazıldığı takdirde toplam 555 karar sonucuna ulaşılmaktadır. Çalışmanın ana odağının geri planda kalmaması, çalışmanın hacminin artmaması ve tekrara düşmemek adına, yalnızca mahkemelerin konuya ilişkin görüşlerini ilkesel olarak ortaya koydukları kararlarına çalışmada yer verilmiştir.

¹⁴ 07.05.2010 tarihli 5982 Sayılı Kanun md.18 için ayrıca bkz. Resmî Gazete, 13.05.2010 Tarih, 27580 Sayı.

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”

Bireysel başvuru ifadesi, esasen, iç hukuk yolları tüketildikten sonra İHAM’a yapılacak başvuruları ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak gerek değişikliğe konu Anayasa hükümlerinin lafzında “*bireysel başvuru*” ifadesine yer verilmesi, gerek uygulamada adlandırmanın yaygın şekilde bu yönde olması nedeniyle AYM’ye yapılacak anayasa şikâyetlerini karşılamak için de bu ifadenin kullanıldığı görülmektedir.

Hiç şüphesiz farklı mercilere yapılacak başvuruları ifade etmek için ortak bir adlandırmanın yapılması anlam kargaşası yaratabilmektedir. Anlam kargaşası bir kenara bırakılacak olsa dahi, bu yöndeki kullanımın terminolojik olarak sorunlu olduğu ifade edilmelidir. Zira bireysel başvuru kavramında yer alan “*birey*”in kelime anlamı itibarıyla yalnızca gerçek kişileri karşıladığı¹⁵; tüzel kişilikleri dışladığı ve bu sebeple, bireysel başvurunun öznesi “*herkes*”i içerisinde barındırmayarak daraltıcı bir özellik taşıdığı ifade edilmelidir. Bir diğer terminolojik sorun ise bu kullanımın bireysel başvuru niteliğinde olmasına karşın, anayasa şikâyeti usulünde yer almayan, halk davasını (*actio popularis*)¹⁶ da içerisinde barındırmasıdır.¹⁷ Bu sebeplerle, AYM’ye anayasa değişikliği kapsamında yapılacak başvuruları karşılamak için “*bireysel başvuru*” kullanımına yer verilmesi tartışmaya açıktır.

Literatürde bireysel başvuru kavramı yerine “*kişisel başvuru*” kavramına da yer verildiği belirtilmelidir.¹⁸ Bireysel başvuru kullanımı karşısında bu kullanımın, başvuru hakkının öznesi bakımından indirgemeci olmaması nedeniyle, daha isabetli olduğu söylenebilecekse de halk

¹⁵ Birey: kendine özgü nitelikleri yitirmeden bölünemeyen tek varlık, fert (İsim), TDK, <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 30.11.2019).

¹⁶ AYM, halk davasını (*actio popularis*) yalnızca ulusal hukukları değiştirmeyi veya toplumun menfaatinin korunmasını amaçlayan başvurular şeklinde tanımlamakta ve bu tür başvurularda, başvuru hakkının mağdur statüsünün bulunmadığı gerekçesiyle, kişi bakımından kabul edilemezlik kararı vermektedir. Bu yönde karar için bkz. *Mahmut Tanal*, AYM, 2014/11368, 23.07.2014, § 20.

¹⁷ Tolga Şirin, *Bireysel Başvuru Usul Hukuku Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7*, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2018, s.4.

¹⁸ Zafer Gören, “*Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)*”, *AYD*, 1994, C.11, s.97-134.

davasının da kişisel bir başvuru niteliğinde olduğu göz önüne alındığında, bu kullanımın da AYM'ye yapılacak başvurular için yerinde olamayacağı söylenebilir.¹⁹

Nihayet tüm bu kullanımlar yerine, AYM'ye yapılacak başvuruyu ifade etmek adına, “*anayasa şikâyeti*” kullanımına yer verilmesinin daha uygun olduğu görülmektedir. Bunun sebebi birden fazla gerekçeye dayandırılabilir: İlk olarak, karşılaştırmalı anayasa hukukunda da anayasa şikâyeti kullanımı mevcuttur.²⁰ Üstelik bu kullanım, kendisine Türkçe literatürde istikrarlı bir şekilde yer bulmuştur.²¹ Ayrıca bu kullanım, kavram karmaşasına sebebiyet vermediği gibi yeknesaklığı sağlamak bakımından da etkili olabilecektir. Bu hâlde anayasa şikâyeti kullanımının diğer kullanımlara nazaran daha yerinde olacağı belirtilmelidir.

Tüm bu sebeplere rağmen, anayasa düzenlemesinin lafzı ve pratikteki yaygın kullanım bu çalışmada da göz ardı edilemeyerek “bireysel başvuru” kullanımına yer verilmektedir. Ancak bu kullanımın karmaşaya neden olmamasına özen gösterilerek anlatımın, hangi mahkemeye yapılacak başvuru özelinde olduğu çalışmada ayrıca belirtilmektedir. Bununla birlikte kullanıma, hangi mahkemeye yapılacak başvuru olduğu belirtilmeden yer verildiği durumlarda hem AYM hem İHAM uygulamasına yönelik ortak bir değerlendirme yapıldığı belirtilmelidir.

Bireysel başvuru kavramı ve bu kullanımının yerindeliği tartışması ortaya konulduktan sonra, çalışmada özel olarak bir kabul edilebilirlik kriteri ilkesel olarak inceleneceğinden, kabul edilebilirlik kavramının da kısaca ifade edilmesi gerekmektedir. Öncelikle bireysel başvuruların esas incelemeye değer görülebilmeleri için kabul edilebilir bulunmalarının şart olduğu belirtilmelidir.²² Bu anlamda kabul edilebilirlik incelemesinin, mahkemelerin esas

¹⁹ Tolga Şirin, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, İstanbul: On İki Levha Yay., 2013, s.10.

²⁰ Ebru Karaman, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu**, İstanbul: On İki Levha Yay., 2013, s. 41 vd.

²¹ Şirin, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, s.11; Ece Göztepe, “*Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi*”, **TBB Dergisi**, 2011, Sayı 95, s. 14; Yavuz Sabuncu, Selin Esen Arnwein, “*Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu*”, **AYD**, Ankara, 2004, C.21, s.229-246; Mehmet Turhan, Burhan Kuzu, Fazıl Sağlam, Zafer Gören, Hikmet Sami Türk, “*Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Tartışma Paneli*”, **AYD**, 2004, C.21 s.248-296; Bahadır Kılınç, “*Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*”, **AYD**, 2008, C.25, s.22-23; Türkiye Barolar Birliği’nin anayasa önerisinde de bu kullanıma yer verilmiştir. TBB anayasa önerisi için ayrıca bkz. **Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi**, TBB Yay., 2007, s.289-293.

²² Şirin, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, s.12.

değerlendirmesi sonucunda bir hakkın ihlal edilip edilmediği yönünde bir tespit yapabilmeleri için başvurular hakkında bir dizi koşulun olup olmadığı yönünde yaptıkları incelemeyi karşıladığı söylenebilir.

Bireysel başvuru kavramının yerindeliği konusunda tartışmalar olduğu gibi, kabul edilebilirlik kavramının yerindeliği konusunda da tartışmalar bulunmaktadır. Bunun sebebi, kabul edilebilirlik şeklindeki adlandırmanın, İHAM’a yapılan bireysel başvurular kapsamında ifade edilen “*admissibility*”nin doğrudan çevirisi niteliğinde olmasıdır. Literatürde dikkat çekildiği üzere, kavramın doğrudan çevirisi olan “*kabul edilebilirlik*” ifadesi yanlış anlaşılmaya müsaittir.²³ Zira bireysel başvurunun kabul edilebilir bulunması yalnızca esas incelemenin yapılabileceği anlamını taşımakta, başvurunun sonucuyla ilgili olumlu bir anlam ifade etmemektedir. Doğrudan çeviri yerine Öğretide, dilsel anlamda daha uygun olabilecek, “*incelenabilir*” veya “*dinlenebilir*” kullanımları önerilmektedir.²⁴ Bunun yanı sıra “*görüşülebilir*” ifadesinin de kullanıldığı belirtilmelidir.²⁵ “*İncelenabilir*” şeklindeki kullanımın, diğer ifadelere nazaran yapılan değerlendirmeyi daha iyi karşıladığı ve anlam karmaşasının önüne geçebilecek nitelikte olduğu belirtilmelidir. Ancak yine benzer şekilde, uygulamadaki yaygın kullanım çalışmada göz ardı edilememiş ve bu yönde çalışmada “*kabul edilebilirlik*” kullanımı tercih edilmiştir.

Kabul edilebilirlik kullanımının yerindeliği tartışması ifade edildikten sonra bu kapsamda yapılan incelemeye bakıldığında; mahkemelerin, başvuruların esasına geçmeden önce bazı koşulların sağlanıp sağlanmadığı hususunda paralellik taşıyan kriterleri olduğu görülmektedir. Başvuruların her iki mahkeme tarafından da kabul edilebilir bulunabilmesi için tüm kriterlerin

²³ Gemalmaz’a göre, “*admissibility*” karşılığı olarak kullanılan “*kabuledilebilirlik*” kelimesi ve türevleri (“*inadmissible*”- “*kabuledilemez*” gibi) teknik hukuki terim niteliğinde olmasından dolayı birleşik şekilde yazılmalıdır. Aksi takdirde, “*Kabuledilebilirlik*” kelimesinin “*kabul edilebilirlik*” şeklinde ayrı yazılması, Türkçe’de çok sık kullanılan “*kabul edilir*” fiiliyle karışabilecektir. Kaldı ki böyle bir karışma tehlikesi bulunmasa dahi, bu terimler Türkçeleştirilirken aynı derecede teknik ve ayırt edici şekilde Türkçe’ye aktarılmalı veya Türkçe teknik terim geliştirilmesinde bu hususlara dikkat edilmelidir. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6**, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2018, s.3, Dip. 12.

²⁴ Rona Aybay, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Gözlemler ve 14. Protokol*”, **TBB Dergisi**, 2010, Sayı 88, s. 245; Şirin, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, s.592.

²⁵ Mehmet Turhan, Burhan Kuzu, Fazıl Sağlam, Zafer Gören, Hikmet Sami Türk, “*Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Tartışma Paneli*”, **AYD**, Ankara, 2004, C.21 s.248-296.

sağlanması gerektiği belirtilmelidir. Bu bakımdan esas incelemesi yapılabilmesi için başvuruların mahkemelerin kişi, konu, yer ve zaman bakımından yetkisi içerisinde bulunması gerekmektedir. Bunun yanında usule (olağan kanun yollarının tüketilmesi ve süre koşulu) ve esasa ilişkin (açıkça dayanaktan yoksunluk ve anayasal bir önem ile önemli bir zararın bulunması koşulu) kabul edilebilirlik kriterlerinin gereklilikleri de başvurularda sağlanmalıdır.²⁶

Çalışmada ele alınan olağan kanun yollarının tüketilmesi koşuluna ilişkin adlandırma esasen AYM uygulamasında kullanılmaktadır. Bu koşul, İHAM uygulamasında ismen farklılaşarak “*iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı*” şeklinde yer almaktadır. Bu farklılaşmanın sebebi, doğal olarak, İHAM’ın uluslararası bir mahkeme niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, haklarının ihlal edildiğini ileri süren başvuru sahiplerinin, bu iddialarını öncelikle ihlali gerçekleştirdiğini iddia ettikleri devletin ulusal mercileri önünde, ilgili devletin prosedürüne uygun olarak, ileri sürme zorunluluklarını ifade etmektedir. Olağan kanun yollarının tüketilmesi kuralı ise, AYM’ye yapılacak bireysel başvurulardan önce, “etkili” olağan kanun yollarının tüketilme zorunluluğunu belirtmektedir. Sonuç olarak, özü itibarıyla, her iki adlandırmanın da aynı anlamı taşıyarak; mahkemelere yapılacak bireysel başvurulardan önce, ihlal iddialarının “etkili” nitelikteki yetkili ulusal mercilerin önünde ileri sürülmesi zorunluluğu olduğu söylenmelidir. Nitekim tüketme kuralının taşıdığı anlam ile İHAM ve AYM uygulamasındaki yeri, çalışmanın birinci bölümünde detaylı olarak ele alınmaktadır.

²⁶ İHAM uygulamasında diğer kabul edilebilirlik kriterlerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf (E.T.30.11.2019); AYM uygulamasında diğer kabul edilebilirlik kriterlerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Şirin, **Bireysel Başvuru Usul Hukuku Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7**, s. 14 vd.; Osman Doğru, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi**, İstanbul: Legal Yay., 2012, s. 99 vd.; Ulaş Karan, **Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Rehberi**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2015, s.56 vd.

BİRİNCİ BÖLÜM

OLAĞAN KANUN YOLLARININ TÜKETİLMESİ KOŞULU İLE ETKİLİ BİR HUKUK YOLUNA BAŞVURU HAKKI

I. OLAĞAN KANUN YOLLARININ TÜKETİLMESİ KOŞULU

Bireysel başvuruların kabul edilebilir bulunabilmeleri için başvuru sahiplerinin, olağan kanun yollarının tüketilmesi koşuluna uygun olarak, ihlal iddialarına ilişkin etkili hukuk yollarını tüketmiş olmaları gerekmektedir. Bu başlık çerçevesinde de tüketme koşulu ortaya konulduktan sonra tüketilmesi gerekli etkili hukuk yoluna ilişkin ölçütler üzerinde durulacaktır.

A. KANUN YOLU KAVRAMI

Tüketme koşulu irdelenmeden önce, temel hak yargılamasında “kanun yolu” kavramının taşıdığı anlam ile kanun yollarının bir sınıflandırma dahilinde ifade edilmesi gerekmektedir.

1. Kavramsal Çerçeve

Kanun yolu kavramı, esasen, yargılama makamları tarafından verilen kararlara karşı başka bir makama başvuru yapmayı ifade etmektedir. Bu sayede aleyhine başvuru yapılan kararların yanlış veya hukuka aykırı olduğu ileri sürülebilecek ve denetimi gerçekleştirilerek, gerektiği takdirde, kararların değiştirilip düzeltilmesi sağlanabilecektir.²⁷

Kanun yoluna ilişkin adli ve idari yargılama usulünde yer alan bu klasik tanımlamanın temel hak yargılamasında daha geniş bir anlam taşıdığı ifade edilmelidir. Zira temel hak yargılamasında kanun yolu, ihlalin giderilmesine imkân sağlama odaklı, yasayla düzenlenmiş,

²⁷ Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara: Beta Yay., 16. Bası, 2019. s.853; Cumhuriyet Şahin, Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku-II**, Ankara: Seçkin Yay., 9. Baskı, 2019, s.237; Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, Ankara: Yetkin Yay., 25. Baskı, 2014, s.573; Murat Atalı, İbrahim Ermenek, **Medenî Usul Hukuku**, Ankara: Seçkin Yay., 2019, s.314. *Ersay’a göre*, kanun yolu veya daha geniş anlam taşıyan hukuki çare, davanın taraflarına sağlanan yanlış olan veya yanlış olduğu düşünülen kararlara karşı yeniden inceleme ve değiştirme imkânı sağlayan hukuksal bir yoldur. Kanun yolu ve hukuki çareye ilişkin ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Uğur Ersoy, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Kavramları Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın İtiraz Yetkisi*”, **CHD**, 2015, C.10, S.29, s.68 vd.

“etkili”, idari ve yargısal tüm başvuru mekanizmalarını ifade etmektedir.²⁸ Bu anlamda temel hak yargılaması bakımından kanun yolu, adli ve idari yargının klasik tanımında başka bir yargılama makamı olarak ifade edilen itiraz, istinaf ve temyiz makamlarının bir adım daha ötesinde, ihlalin giderilmesini sağlayabilecek, “etkili” tüm hukuki çarelerdir.

2. Sınıflandırma

Temel hak yargılaması bakımından kanun yolları ikili bir ayrım doğrultusunda sınıflandırılabilir.

a. Dar/Geniş

Bu ayrıma göre; dar anlamda kanun yolu, yalnızca mahkemelere yapılacak başvuruları ortaya koyarken geniş anlamda kanun yolu, mahkemelerle birlikte, her türlü kurum ve idareye yapılacak başvuruları ifade etmektedir.²⁹ Temel hak yargılaması bakımından kanun yolu, geniş anlamda olup ihlalin giderilmesini sağlayacak her türlü mahkeme, kurum ve idareye yapılacak başvuruları kapsamaktadır. Ancak, ileride detaylıca izah edileceği üzere, bu yolların tüketilme zorunluluğu ancak “etkili bir hukuk yolu” olmaları hâlinde gündeme gelmektedir.

b. Olağan/Olağanüstü

Bu ayrıma göre³⁰; “*olağan kanun yolu*”, şekli anlamda kesinleşmemiş kararlara karşı başvurulabilecek kanun yollarını ifade ederken “*olağanüstü kanun yolu*”, şekli anlamda kesinleşmiş kararlara karşı başvurulabilecek kanun yollarını karşılamaktadır.³¹

Olağan kanun yollarına başvurular, ilgili kanun yolu için belirlenen süreler içerisinde yapılmalıdır. Aksi durumda, verilen karar veya hükümler süresi içerisinde başvuru yapılmadığı

²⁸ Şirin’e göre, “kanun” ifadesinden anlaşılması gereken, parlamento tarafından çıkartılması itibarıyla, şekli anlamda olan yasalardır. Bu bakımdan yazara göre, kanun yolu ifadesi, şekli anlamda yasalarla düzenlenmiş, temel hak ve özgürlük ihlalinin giderilmesini sağlayacak tüm hukuki araçları ifade etmektedir. Detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Şirin, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, s.613-614.

²⁹ Kılınç, s.33; Şirin, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, s.99; Necati Gündüz ve Recep Gündüz, AYM, 2012/1027, 12.02.2013, § 21.

³⁰ Bu ayrımı kabul etmeyen görüşler için ayrıca bkz. Uğur Ersoy, “Anayasa Mahkemesine Yapılacak Bireysel Başvurularda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın İtiraz Yetkisinin Etkileri ve Sonuçları”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2016, S.2, s.137 vd.

³¹ Centel, Zafer, s.853-854; Atalı, Ermenek, s.319.

için kesinleşmektedir. Olağanüstü kanun yollarına başvuru için ise gereken şartların oluştuğunu düşünen başvuru sahipleri süre sınırlaması olmaksızın başvurularını her zaman yapabilmektedirler.

Yargılama usulleri bakımından bu ayrım gözetilerek kanun yolları ifade edilecek olursa:

Ceza yargılamalarında itiraz, istinaf ve temyiz birer olağan kanun yolu iken Yargıtay veya Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yetkisi, yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına bozma olağanüstü kanun yoludur.³²

Yine hukuk ve idari yargılama usullerinde istinaf ve temyiz olağan kanun yolu iken yargılamanın yenilenmesi ile kanun yararına temyiz olağanüstü kanun yoludur.³³

Sayıştay yargılamasında, temyiz ve karar düzeltme olağan kanun yolu iken, yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yoludur.³⁴

Tahkim yargılamasında ise hakem kararlarına karşı bölge adliye mahkemesinde açılacak iptal davası ile bölge adliye mahkemesi kararına karşı başvurulabilecek temyiz kanun yolu olağan kanun yolu iken, yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yoludur.³⁵

³² Centel, Zafer, s. 853-854; Şahin, Göktürk, s.237 vd.; Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Muhakemesi Hukuku-II**, Ankara: Adalet Yay., 2017, s.371 vd.; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara: Seçkin Yay., 12. Baskı, 2019, s.739 vd.; Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara: Seçkin Yay., 7. Baskı, 2019, s.829 vd.; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin, Mehmet Can Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), Ankara: Seçkin Yay., 13. Baskı, 2019, s.683 vd.; Mesut Bedri Eryılmaz, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, Ankara: Seçkin Yay., 2012, s.671 vd.

³³ Atalı, Ermenek, s.319; Ender Ethem Atay, **İdari Yargılama Hukuku**, Ankara: Seçkin Yay., 2018, s.178. İstinaf mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinde göreve başlamasıyla birlikte karar düzeltme yolu uygulamadan kalkmıştır. Ancak bu tarih öncesinde bazı kararlara karşı açık olan karar düzeltme yolu, olağan kanun yolu niteliğindeydi. Karar düzeltme yoluna ilişkin ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Kuru, Arslan, Yılmaz, s.638 vd.

³⁴ Mustafa Taytak, Süreyya Sakıncı, “*Sayıştay’ın Yargılama Fonksiyonu ve Sayıştay Yargısında Kanun Yolları*”, **OEYBD**, 2018, C.5, S.1, s.89 vd.; Saadetin Doğanyigit, “*Sayıştay Yargısında Kanun Yolları*”, **Sayıştay Dergisi**, S.44-45, 2002, s.3 vd.

³⁵ Milletlerarası Tahkim Kanunu, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanmaktadır. Yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında ise HMK’da yer alan tahkime ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaktadır. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Fikret Yıldırım, “*Tahkimde İptal Davası ve İptal Davasının Amaçları Bakımından Bazı Değerlendirmeler*”, **MÜHFHAD (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Cilt-III)**, C. 22, S. 3, 2016, s.3005 vd.; Hatice Sarıtaş, “*4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları*”, **Sayıştay Dergisi**, S.59, 2005, s.141 vd.

Son olarak Anayasa yargısında, somut norm denetimi yolunun işlerlik kazanabilmesinin davaya bakan mahkemenin takdirinde olması nedeniyle, olağanüstü kanun yollarına benzeyebileceği söylenebilir. Ancak somut norm denetiminde, şeklî anlamda kesinleşmiş bir karara karşı başvurunun söz konusu olmadığı ve davanın esası hakkında bir karar verilebilmesi için anayasaya aykırılık sorununun çözümünün gerekmesi nedeniyle, bu yolun teknik anlamda bir olağanüstü kanun yolu olarak nitelendirilmesinden çok “bekletici mesele” olarak nitelendirilmesi daha uygun olacaktır.³⁶ Bu bağlamda somut norm denetimi yolu, olağanüstü kanun yolu olarak nitelendirilemeyecekse de “geniş anlamda kanun yolu” niteliğinde olduğu söylenebilir.

Görüldüğü üzere olağan ve olağanüstü kanun yolları, her bir yargılama usulü bakımından farklılaşmaktadırlar. Başvurucular bu ayrıma göre, ihlal iddiaları kapsamında tüketmeleri gereken kanun yollarını doğru bir şekilde tespit etmelidirler. Anayasa md.148/3 hükmü, tüketilmesi gerekli kanun yolunun olağan kanun yolları olduğunu ifade etmişse de aynı sonuca, aşağıda detaylıca izah edileceği üzere, olağanüstü kanun yollarının “etkili bir hukuk yolu” niteliğinde olmamaları sebebiyle de ulaşılmaktadır.

B. TÜKETİLMESİ GEREKLİ KANUN YOLU

Olağan kanun yollarının tüketilmesi koşulu, bireysel başvuru usulünün uygulama alanı bulunduğu ülkelerde başvuru için aranan ortak bir koşuldur.³⁷ Aynı şekilde İHAM’a yapılacak bireysel başvurularda, bu koşulun yansımaları niteliğinde, “*iç hukuk yollarının tüketilmesi*” koşulu bulunmaktadır.³⁸

³⁶ Somut norm denetimi yoluna ilişkin ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. İbrahim Kaboğlu, **Anayasa Yargısı Demokrasi Kavramının Dönüşümü Üzerine**, Ankara: İmge Yay., 1994, s.57-61; Metin Kıratlı, **Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1966, s.35 vd.; Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta, 2014, s.519-527.

³⁷ Caner Gürühan, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunun Ceza Mahkemelerinden Verilen Kararlar Bakımından Değerlendirilmesi”, in: **Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)**, Sevtap Yokuş (Ed.), Ankara: Seçkin Yay., 2014, s.115; Seyithan Kaya, **2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru**, Ankara: Adalet Yay., 2018, s.205. Mahkeme kararlarına karşı bireysel başvuru yolu açık olmayan Avusturya ve Güney Kore’de bu koşul bulunmaktaysa da ihlale karşı var olan diğer başvuru yollarının tüketilmesi beklenmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Kılınç, s.34.

³⁸ Mustafa Ermayası, **Anayasa Mahkemesi’ne Yapılan Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirlik Bakımından İncelenmesi**, Ankara: Adalet Yay., 2018, s.64; Abdulkadir Karaarslan, “*Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Kabul*

İç hukuk yollarının tüketilmesi koşuluna ilişkin düzenleme Sözleşme md.35/1’de şu şekilde ifade edilmiştir:

“*Mahkeme’ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra (...) başvurulabilir.*”³⁹

Bu koşula göre, İHAM’a yapılacak bireysel başvurulardan önce, ihlal iddiası bakımından iç hukukta mevcut ve etkili hukuk yollarının usulüne uygun olarak tüketilmesi zorunludur.

Nitekim İHAM, başvuru sahiplerinin ihlal iddialarını uluslararası bir yargı merciinin önüne taşıyabilmeleri için iç hukuk yollarını tüketmek zorunda olduklarını; aksi durumda, devletlere Sözleşme’den kaynaklı ihlali kendi iç hukuklarında önleme veya düzeltme fırsatı tanınamayacağı için, devletlerin uluslararası bir organa cevap vermeye zorlanamayacaklarını belirtmektedir. Aynı şekilde Mahkemece bu kuralın, Sözleşme’nin 13. maddesi gereğince, ihlal iddiası bakımından etkili bir hukuk yolunun iç hukukta mevcut olduğu varsayımı üzerinden inşa edildiği vurgulanarak; Sözleşme’nin ulusal hukuka dahil edilip edilmediğine bakılmaksızın, başvuru sahiplerinin öncelikle iç hukukta yer alan etkili hukuk yollarını tüketmek zorunda oldukları ifade edilmektedir.⁴⁰

Bu kural, uluslararası usul hukukunun önemli bir parçası olup⁴¹ hem bireyler hem de devletler tarafından yapılacak bireysel başvurularda aranan ortak bir kabul edilebilirlik

Edilebilirliğe Dair Bir Usul Sorunu Olarak Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı ve Kanunla Kurulan Tazminat Komisyonları”, **TBB Dergisi**, S.132, 2017, s.14.

³⁹ https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (E.T. 21.02.2020)

⁴⁰ *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika*, İHAM, 2832/66, 18.06.1971, § 50; *Airey/İrlanda*, İHAM, 6289/73, 09.10.1979, § 18; *Van Oosterwijk/Belçika*, İHAM, 7654/76, 06.11.1980, § 34; *Aksoy/Türkiye*, İHAM, 21987/93, 18.12.1996, § 51.

⁴¹ Schabas, s.765. Sözleşme metninde, bu madde dışında, uluslararası hukuka açıkça atıf yapılan üç madde daha bulunmaktadır. Bunlar: (7), (15) ve 1 Nolu Protokolün (1). maddesidir. Sözleşme metninde, bu kuralın, ‘devletler hukukun genel olarak kabul edilen bir prensibi’ olduğunun ifade edilmiş olması da kuralın, uluslararası usul hukukunun bir parçası olduğuna işaret etmektedir. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı, *Interhandel* kararında, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının uluslararası örf ve âdet hukukunun bir parçası olduğunu belirtmiştir. Karar için ayrıca bkz. *Interhandel*, İsviçre/ABD, 21.03.1959, **I.C.J. Reports**, 1959, s.26-29; Aynı nitelikte düzenlemeye diğer uluslararası insan hakları koruma mekanizmalarında da rastlamak mümkündür. Bu anlamda örneğin, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 41/1-c hükmünde: “*Komite’nin kendisine iletilen herhangi bir sorunu ele alması ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilmiş ilkelerine uygun olarak bütün iç hukuk yollarına başvurulduğu ve bu yolların tüketildiği kanısına varması hâlinde mümkündür (...)*” şeklinde tüketme kuralına yer verilmektedir.

koşuludur.⁴² Ayrıca bu kuralın, bireysel başvuru süresinin başlangıcını belirlemesi nedeniyle, diğer kabul edilebilirlik koşullarına nazaran, uygulamada çok daha önem kazandığı aşikârdır.⁴³ Mahkemeye göre bu kural, Sözleşme'nin sağladığı koruma sisteminin işleyişinde vazgeçilmez niteliktedir.⁴⁴

Tüketilmesi gerekli iç hukuk yolları, ileri sürülen her bir ihlal iddiası bakımından değişmektedir. Bu anlamda başvurunun ihlal iddiası bakımından karar vermeye yetkili en üst ulusal makama başvuru yapması beklenmektedir. Bu yol, iç hukukta genellikle en yüksek mahkeme niteliğinde olan temyiz yolu olmaktadır. Ancak bireysel başvuru usulünün uygulama alanı bulduğu ülkelerde, temyiz merciin ardından Anayasa Mahkemesine de başvuru yapılması gerekmektedir.⁴⁵ Şayet temyiz başvuru yolundan sonra ihlal iddiası bakımından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu kapalı ise doğrudan İHAM'a başvuru yapılması gerektiği unutulmamalıdır.⁴⁶ Aksi durumda başvuru yolu kapalı olduğu hâlde yapılan başvurunun sonucu beklenirken bireysel başvuru süresinin kaçırılması gündeme gelebilecektir.⁴⁷

Bunun yanında, bir hukuk yolunun iç hukuk yolu olup olmadığı; başvuru yolunu tanımlayan belgenin hukuki niteliğine, başvuru yolunun mevcut yasal sistemdeki yerine, incelemeyi yapacak organın hukuki niteliği ve yetkileri ile başvuru yolunun finansmanının nasıl sağlandığına bakılarak ayrıştırılabilmektedir.⁴⁸

⁴² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, Ankara: Seçkin Yay., 8. Baskı, 2019, s.880; Gözübüyük, Gölcüklü, s.63; Leo Zwaak, Yves Haeck, Clara Burbano Herrera "Procedure Before The Court", İn: **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed: Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, s.101.

⁴³ Leach, s.142.

⁴⁴ *Demopoulos ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 46113/99, 01.03.2010, § 69.

⁴⁵ Gölcüklü, Gözübüyük, s.66; Sevtap Yokuş, "Türkiye'den Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuruda İç Hukuk Yolu Olarak Anayasa Şikâyeti", **İKÜSBD**, C.1, S.2, 2016, s.42.

⁴⁶ İHAM, *De Parias Merry/İspanya*, kararında mülkiyet hakkı bakımından İspanya Anayasa Mahkemesine başvuru yolu bulunmamasına rağmen başvuru sahiplerinin Anayasa Mahkemesine yaptıkları başvurunun reddedilmesi üzerine yaptıkları bireysel başvuruda, iç hukukta nihai karar niteliğinde olan temyiz makamının kararının başvuru sahiplerine 19.11.1996 tarihinde tebliğ edilmesine rağmen bireysel başvurunun 17.11.1997 tarihinde yapıldığını gözeterek başvuruyu, süre koşulu bakımından kabul edilebilir bulmamıştır. Karar için ayrıca bkz. *De Parias Merry/İspanya*, İHAM, 40177/98, 19.10.1999.

⁴⁷ Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, s.58; Gölcüklü, Gözübüyük, s.65.

⁴⁸ Schabas, s.768.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda; başvuru, ihlal iddiası bakımından etkili olan iç hukuk yolunu tespit edip usulüne uygun olarak tüketmelerine rağmen hâlen ihlal iddiaları devam etmekteyse İHAM’a bireysel başvuru yapabileceklerdir.

AYM’ye yapılacak bireysel başvurular bakımından tüketme koşuluna ilişkin yasal düzenlemeler incelendiğinde ise, Anayasanın 148/3 hükmünde;

“(…) *Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.*”

denildiği, yine 6216 sayılı Kanun⁴⁹ md. 45/2 hükmüne göre koşulun;

“*İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.*”

şeklinde ifade edildiği ve son olarak AYM İçtüzüğü’nün 64/1 hükmünde koşula;

“(Değişik: 5/3/2014 tarihli ve 28932 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan İçtüzüğün 7 nci maddesi ile) *Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörölmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir.*”

şeklinde yer verildiği görölmektedir.

Olağan kanun yollarının tüketilmesi koşuluna ilişkin bahsi geçen düzenlemeler ele alındığında; kanun ve içtüzük hükümlerinde, Anayasa düzenlemesinden ayrılarak, “*başvuru yolları*” ifadesine yer verildiği görölmektedir. Kanun hükmü ile Anayasa düzenlemesi somutlaştırılmaya çalışılmışsa da bu farklılaşma, Öğretide bazı tartışmalara yol açmıştır. Bir görüşe göre; kanun hükmünde “*yargısal başvuru yolları*” ifadesine yer verilmesi, başvuru yollarını, ifadenin olağanüstü başvuru yollarını da kapsamı nedeniyle, başvuru aleyhine genişleterek Anayasa’ya aykırılık teşkil etmektedir.⁵⁰ Yine kanun hükmünde “*idari başvuru yolları*” ifadesine yer verilmesinin gereksiz olduğu yönünde eleştiriler de getirilebilecektir. Zira, kanun yoluna başvuru için zorunlu olarak öncesinde yapılması gereken bir idari başvuru söz konusu ise, usulüne uygun bir tüketme için zaten kanun yoluna başvurulmadan önce idari

⁴⁹ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve İşleyişi Hakkında Kanun, Resmî Gazete, 03.04.2011 Tarih, 27894 Sayı.

⁵⁰ Göztepe, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, s.25-27; Metin Efe, **Anayasa Mahkemesi Uygulamaları Kapsamında Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları**, Ankara: Seçkin Yay., 2016, s.250; Caner Gürühan, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunun Ceza Mahkemelerinden Verilen Kararlar Bakımından Değerlendirilmesi”, in: **Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)**, Sevtap Yokuş (Ed.), s.117.

yola başvurulacağından, bunun ayrıca belirtilmiş olması gereksizdir. Üstelik bu durum, başvurulması zorunlu olmayan idari başvuru yollarının da tüketilmesi gerektiği yönünde yanlış bir algıya da sebep olabilecektir.

Ne var ki kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası, AYM tarafından soyut norm denetimi incelemesinde ele alınmış ve kanun hükmünün bu hâliyle bir sıralamayı ifade ettiği belirtilerek düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.⁵¹

Bu doğrultuda; 6216 sayılı kanunun yaptığı somutlaştırma ve ayırım dikkate alındığında, tüketilmesi gerekli kanun yolları, idari ve yargısal başvuru yollarıdır.⁵² Yargısal başvuru yollarından anlaşılması gereken, uyuşmazlık konusunda önceden belirli usul kurallarına göre bağlayıcı kararlar verebilecek bağımsız ve tarafsız yargısal bir makama yapılacak başvurulardır. İdari başvuru yollarından kasıt ise yargısal makamlara başvuru yapılabilmesi için öncelikle başvurulması zorunlu olan yetkili idari makamlara yapılacak başvurulardır.⁵³

6216 sayılı kanunla idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesinin zorunlu olduğu düzenlenmişse de bu zorunluluk, tüm idari ve yargısal başvuru yolları için geçerli değildir. Zira idari ve yargısal başvuru yolları ancak, aşağıda detaylıca izah edileceği üzere, “etkili bir hukuk yolu” niteliğinde olmaları hâlinde tüketme zorunluluğu gündeme gelecektir. Bu anlamda örneğin, bireysel başvurudan önce Kamu Denetçiliği Kurumuna veya Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna, etkili bir hukuk yolu niteliğinde olmamaları sebebiyle, başvuru yapılması zorunlu değildir.⁵⁴

⁵¹ AYM bu konuda gerekçesini şöyle ortaya koymuştur; “(...) Kanun'da yer verilen yargısal başvuru yollarıyla birlikte öncelikle idari başvuru yolunun da tüketilmiş olması gereği aslında olağan kanun yolunda gözetilmesi gereken bir sırayı ifade etmektedir. Kanun yoluna başvurmadan önce idari yollara başvurarak ihlalin giderilmesinin istenmesi, sürecin doğal yapısının gereği olduğu açıktır. Ayrıca, anayasal hükümler, doğası gereği genel ve soyut hükümler olup kanunlar aracılığı ile somutlaştırılmaları gerekmektedir. Anayasa'nın 148. maddenin üçüncü fıkrasıyla bireysel başvuru öncesi yerine getirilmesi gereken 'olağan kanun yollarının tüketilmesi' şartı, kanun koyucu tarafından Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasıyla açıklığa kavuşturulmuş; Anayasa'da yer verilen 'olağan kanun yollarından' anlaşılması gerekenin 'kanunlarda öngörülen idari ve yargısal yollar' olduğu belirtilmiştir. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 148. maddesine aykırı değildir (...).” Karar için ayrıca bkz. AYM, 2011/59 Esas, 2012/34 Karar, 01.03.2012 Tarih.

⁵² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, Ankara: Seçkin Yay., 8. Baskı, 2019, s.829;

⁵³ Doğru, s.104.

⁵⁴ Karaarslan, s.27.

Netice olarak, yasal düzenlemelerden hareketle, AYM'ye yapılacak bireysel başvurulardan önce tüketilmesi gerekli kanun yolunun olağan kanun yolları olduğu; başvuru yapanın, başvuru yapmadan önce ihlalin giderilmesini sağlayabilecek “etkili” tüm idari ve yargısal başvuru mekanizmalarına başvuru yaparak bu yolları tüketmek zorunda oldukları söylenmelidir.⁵⁵ İhlal iddiası için öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yolları, usulüne uygun tüketilmiş olmalarına rağmen hâlen ihlal iddiası devam ediyorsa; ancak bu durumda, AYM'ye bireysel başvuru yapılabilecektir.⁵⁶ Aksi takdirde AYM tarafından, “*başvuru yollarının tüketilmemesi*” gerekçesiyle, başvurular kabul edilebilir bulunamayacaktır.

C. KURALIN AMACI

*İkincillik ilkesi (subsidiarite)*⁵⁷, temel haklara yönelik ihlallerin önlenmesi veya giderilmesinde, birincil yetkinin mahkemelere nazaran yetkili ulusal makamlara ait olduğunu ifade etmektedir.⁵⁸ Nitekim tüketme kuralı, bu doğrultuda, ikincillik ilkesinin bir aracı ve aynı zamanda bu ilkenin doğal bir sonucudur. Tüketme kuralının anlamını ve amacını bu ilke oluşturmaktadır.

AYM'ye göre; hak ihlallerinin giderilmesindeki öncelikli görev, devletin diğer tüm organlarına aittir. Zira temel hak ve özgürlüklere saygı gösterme ile koruma görevi, yalnızca AYM'nin değil, devletin tüm organlarının uyması gereken temel bir ilkedir. Bu sebeple ilkeye uygun davranılmadığı takdirde ortaya çıkan hak ihlallerini gidermek için öncelikli görev, AYM'ye göre daha etkili olabilecek, idari ve yargısal mercilere düşmektedir. Bu bakımdan, ihlal iddiası bulunan kişinin öncelikli olarak idari ve yargısal mercilere başvuru yapması

⁵⁵ İhlal iddiasına ilişkin bir başvuru yolu bulunmuyorsa bu durumda doğrudan bireysel başvuruda bulunulmalıdır. Aksi takdirde başvuru süresinin kaçırılması gündeme gelebilir. Nitekim AYM'nin *Erendiz Önal* kararında, “*Karar düzeltme yolu açık olmayan hükme yönelik olarak karar düzeltme isteminde bulunulması, başvurucuya bireysel başvuruda bulunmak için yeniden süre vermez.*” denilerek bu duruma dikkat çekilmiştir. Karar için ayrıca bkz. *Erendiz Önal*, AYM, 2014/1133, 30.06.2014, § 32.

⁵⁶ Kaya, s.254.

⁵⁷ Bu ilke, Alman Hukuku ile Katolik Kilisesinin sosyal felsefesine dayanmaktadır. İlkeye ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Paolo G. Carozza, “*Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*”, The American Journal of International Law, C.97, S.38, 2003, s.38 vd.; Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, s.607-613.

⁵⁸ Hasan Tahsin Gökcan, “*Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu*”, *TBB Dergisi*, S.135, 2018, s.15.

gerekmektedir. İhlal iddiası yetkili mercilere usulüne uygun olarak iletildiği takdirde, somut durumun özellikleri değerlendirilerek, yetkili merciler tarafından, etkin bir şekilde ihlalin giderilmesi sağlanabilecektir.⁵⁹

İkincillik ilkesi, İHAM uygulamasında da önemli bir yer tutmaktadır. İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı ile Sözleşme'nin sağladığı koruma mekanizmasının ulusal sisteme nazaran ikincil nitelikte olduğu ortaya konulmuştur.⁶⁰ Nitekim Sözleşme'ye taraf devletlerin, bireysel başvuru mekanizmasını ancak ikincil nitelikte olması koşulu ile yani devletlerin öncelikle kendi iç hukuklarında ihlali giderememiş olmaları şartıyla kabul ettikleri bilinen bir gerçektir.⁶¹ İkincillik ilkesi, İHAM uygulamasında içtihatlarla somutlaşmaktaysa da geline aşamada, bir adım daha ileriye gidilerek, 15. Protokol'ün 1. maddesi ile pekiştirilmektedir.⁶²

Bunun yanı sıra, İHAM tarafından, iç hukuk yollarının tüketilmediği durumlarda devletlerin uluslararası bir makama cevap vermeye zorlanamayacakları belirtilerek bu ilkeye dikkat çekilmektedir. Zira Mahkemeye göre, tüketme zorunluluğu ile hem devletlerin egemenlik ilkesine saygı gösterilmekte⁶³ hem de devletlere âdeta son bir şans olarak Sözleşme'den kaynaklı ihlali önleme veya giderme imkânı sağlanmaktadır.⁶⁴ Tüketme koşulunun, etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkının varsayımı üzerinden inşa edildiği göz önüne alındığında, İHAM'a nazaran ihlali gidermek bakımından daha hızlı ve etkili çözümler üretebilecek ulusal

⁵⁹ *Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, AYM, 2012/403, 26.03.2013, § 16-17; *Mehmet Ali Ünlü*, AYM, 2012/350, 04.11.2014, § 32-34.

⁶⁰ Gözübüyük, Gölcüklü, s.63; Leo Zwaak, Yves Haeck, Clara Burbano Herrera "Procedure Before The Court", in: **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed: Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak s.110

⁶¹ Ömer Madra, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı**, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., 1981, s. 172.

⁶² 15. Protokol, 24 Haziran 2013 tarihinde imzaya açılmışsa da henüz yürürlüğe girmemiştir. Protokol'ün yürürlüğe girmesi için Sözleşme'ye taraf bütün devletlerin Protokol'ü onaylaması gerekmektedir. Protokol, Türkiye tarafından 13.09.2013 tarihinde imzalanmış ve 17 Mart 2016 Tarih 29656 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Protokol'ün 1. maddesinde; "İkincillik ilkesi uyarınca, işbu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanmış hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğunun öncelikli olarak Yüksek Sözleşmeci taraflara ait olduğunu (...)" denilerek ilke açık bir şekilde Sözleşme'nin bir parçası hâline getirilmektedir.

⁶³ Gözübüyük, Gölcüklü, s.63. *Interhandel* davasında, *Yargıç Córdova*'nın ayrık görüşünde, kuralın amacının devletlerin egemenliğine ve yargı yetkisine saygı olduğu ifade edilmiştir. Ayrık görüş için ayrıca bkz: **I.C.J. Reports**, 1959, s.45.

⁶⁴ Leach, s.142; *Krombach/Fransa*, İHAM, 29731/96, 13.02.2001, § 65; *Kleyn ve Diğerleri/Hollanda*, İHAM, 39343/98, 06.05.2003, § 156; *G.I.E.M. S.r.l. ve Diğerleri/İtalya*, İHAM, 1828/06, 28.06.2018, § 176.

makamlara şans tanınması gerekmektedir.⁶⁵ Ayrıca tüketilmenin gereği hâlinde de ulusal makamların ihlal iddiasına karşılık cevaplarının neler olduğu İHAM tarafından daha kolay bir şekilde tespit edilebilecektir.⁶⁶

İkincillik ilkesi tüm bunların yanında, bireysel başvuru usulünün niteliğini de ortaya çıkarmaktadır. Bireysel başvuruların olağan kanun yolları tüketildikten sonra yapılabilmesi bu usulün olağanüstü nitelikte bir hukuki çare olma özelliğini ortaya koymaktadır.⁶⁷ Ayrıca bu ilke ile temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda tek görevli ve yetkili mahkemenin AYM veya İHAM olmadığı, derece mahkemelerinin de bu özelliği taşıdığı gerçeği pekiştirilmektedir. Yine bu ilke ile olağan kanun yolları tüketilmeden yapılan başvurular bir filtreleme mekanizmasından geçirilerek elenmekte ve insan hakları incelemesi yapan mahkemelerin iş yükü azaltılmaktadır.⁶⁸

İlkenin taşıdığı anlam ve kuralının amacı bu şekilde sıralanabilirse de ikincillik ilkesi ile tüketme kuralına getirilecek katı ve şekilci yorumların, bireysel başvuru mekanizmasının “insan haklarını koruma” şeklindeki temel misyonuna ters düşeceği belirtilmelidir. Bu anlamda genel çerçeve bu yönde olsa da ilke ve kural, aşağıda detaylıca izah edileceği üzere, belirli bir esnekliği bünyesinde barındırmaktadır.

D. TÜKETME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI

Tüketme kuralına göre, başvuruçuların yalnızca kanun yollarına başvurmuş olmaları yeterli olmayacaktır. Başvuruçular aynı zamanda öngörülen kanun yollarını usulüne uygun olarak tüketmelidirler. Burada gündeme gelecek soru; usulüne uygun tüketmeden ne anlaşılması gerektiğidir. “Usulüne uygun tüketme” kavramı, iki başlık altında izah edilebilir.

⁶⁵ Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, s.610.

⁶⁶ Harris, O’Boyle, Bates, Buckley, s.50.

⁶⁷ *Necati Gündüz ve Recep Gündüz*, AYM, § 20.

⁶⁸ Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, s.612.

1. Şeklî Anlamda Tüketme

Şeklî anlamda tüketme, başvuru yollarının ihlal iddiası bakımından etkili olabilecek başvuru yollarına belirlenen prensip ve prosedürlere uygun olarak başvurmaları ve başvurularını usulüne uygun olarak nihayete erdirme zorunluluklarını ifade etmektedir.⁶⁹ Bu anlamda yalnızca başvuru yoluna gidilmesi yetmemekte başvuru sonucunda verilen karar kesinleşinceye değin tüm prosedürlerin yerine getirilmesi gerekmektedir.⁷⁰ Her bir başvuru yolu için farklı usul kuralları öngörüldüğü, özellikle idari ve yargısal başvuruların farklı usul kurallarına tâbi olduğu gözetilerek başvuruların yapılması gerektiği unutulmamalıdır. Bireysel başvuru yapılabilmesi için başvuru mercisi tarafından yalnızca karar verilmesinin yeterli olmadığı, bu kararın aynı zamanda ‘nihai karar’ olma gerekliliği de vurgulanmalıdır.

AYM’ye göre şeklî anlamda tüketmenin gereği için; ihlal iddiasının, öncelikle ve süresinde, yetkili idari ve adli mercilere usulüne uygun olarak iletilmesi şarttır. Bunun yanında başvuru, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunmalı ve aynı zamanda, bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olmalıdır.⁷¹ Bu doğrultuda bir başvuru yapıldıktan sonra öncelikle yapılan başvurunun sonucu beklenmeli ve inceleme süresince öngörülmüş olan yöntem, biçim, süre ve diğer usul koşullarına uygun hareket edilmelidir.⁷² Aksi durumda AYM tarafından kanun yollarının şeklî anlamda tüketilmediği sonucuna varılmaktadır.

Örneğin AYM tarafından:

⁶⁹ Şeklî anlamda tüketme, Almanya uygulamasında “*vertikale Rechtswegerschöpfung (hukuk yollarının dikey anlamda tüketilmesi)*” şeklinde ifade edilmektedir. Bu anlamda yasada gösterilen tüm yollara yalnızca başvurulması yetmemekte dikey anlamda başvuruların nihayete ulaştırılması gerekmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Şirin, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, s.629.

⁷⁰ Doğru, s.104.

⁷¹ Bayram Gök, AYM, 2012/946, 26.03.2013, § 19; Halit Abdullah, AYM, 2012/26, 26.03.2013, § 17; Doğan Kasadolı, AYM, 2012/670, 26.03.2013, § 19; Gülcan Kalaycıoğlu, AYM, 2013/3735, 22.01.2015, § 22-24; Çağdaş Mühendislik Ltd. Şti., AYM, 2013/3449, 22.01.2015, § 47-50; Yusuf Kabil, AYM, 2013/4689, 12.03.2015, § 22-23; Gülten Varol, AYM, 2013/9084, 18.02.2016, § 41-43; Elif Şekerleme ve Gıda San Tic. Ltd. Şti., AYM, 2013/9085, 14.04.2016, § 89; Hasan Gevez, AYM, 2015/553, 21.02.2018, § 17-19.

⁷² Hilal Özkök (2), AYM, 2013/5028, 14.01.2014, § 28; Halit Abdullah, AYM, § 21; M.B. ve D. B., AYM, 2013/5609, 18.09.2014, § 32; Özlem Türkes, AYM, 2014/505, 17.07.2014, § 28-33; Burhan Seçilir, AYM, 2014/7274, 10.06.2015, § 21-27; D.Ö. (5), AYM, 2015/4003, 18.04.2019, § 28-30.

- Bir asliye hukuk mahkemesinin idari yargının görev alanına girdiği gerekçesiyle vermiş olduğu usulden ret kararı üzerine idare mahkemesinde dava açılmadan⁷³,
- Mahsup taleplerinin reddine ilişkin işlemlere karşı dava açılmadan⁷⁴,
- İlk derece mahkemesinin temyiz talebinin reddine ilişkin ek kararı temyiz edilmeden⁷⁵,
- KYOK kararına itiraz edilmeden⁷⁶,
- Uyuşmazlık Mahkemesine başvuru yapılmadan⁷⁷,
- İdari işleme karşı idari veya yargısal başvuru yollarına başvurulmadan⁷⁸,
- Dava derdest olup temyiz aşamasındayken⁷⁹,
- Karar düzeltme talebine ilişkin bir karar verilmeden⁸⁰,
- İdare aleyhine açılan dava devam ederken⁸¹,
- Yargıtay'a⁸² veya Tazminat Komisyonuna başvuru yapılmadan⁸³,

⁷³ *Gülüşan Yeşil*, AYM, 2013/1448, 19.11.2014, § 28-31.

⁷⁴ *Abdullah Doğtaş*, AYM, 2012/1123, 26.06.2014, § 25-27.

⁷⁵ *Mehmet Şerif Ay*, AYM, 2012/1181, 17.09.2013, § 36-37.

⁷⁶ *Fatih Birol ve Remziye Birol*, AYM, 2013/19, 07.03.2014, § 52-54; *Fezile Çelik ve Erhan Çelik*, AYM, 2013/1905, 30.03.2016, § 33-35.

⁷⁷ *Erol Güler*, AYM, 2013/8173, 14.04.2016, § 35-37; *Mukaddes Akın*, AYM, 2014/20146, 08.06.2017, § 20-22.

⁷⁸ *M.E.*, AYM, 2012/74, 05.03.2013, § 20-22.

⁷⁹ *Korcan Pulatsü*, AYM, 2012/726, 02.07.2013, § 41; *Ali Deniz Kutluk*, AYM, 2012/680, 02.10.2013, § 30-31; *Yusuf Kelleli*, AYM, 2012/953, 02.10.2013, § 30-31; *Çetin Doğan*, AYM, 2012/943, 02.10.2013, § 36-37; *Ali Rıza Sözen*, AYM, 2012/955, 02.10.2013, § 30-31; *Doğan Temel*, AYM, 2012/853, 02.10.2013, § 32-33; *Bulut Ömer Mimiroğlu*, AYM, 2012/749, 02.10.2013, § 32-33; *Beyazıt Karataş*, AYM, 2012/727, 02.10.2013, § 31-32; *Mustafa Ali Balbay*, AYM, 2012/1272, 04.12.2013, § 85-92; *Hasan Elçi*, AYM, 2013/6398, 03.04.2014, § 42-43; *Emin Şirin*, AYM, 2013/6762, 08.05.2014, § 17-18; *Mehmet Hasan Altan*, AYM, 2013/6947, 30.12.2014, § 32-33.

⁸⁰ *Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, AYM, § 20-21; *İsmail Buğra İşlek*, AYM, 2013/1177, 26.03.2013, § 19-20; *Aliğül Yüksel*, AYM, 2013/9507, 20.01.2016, § 30-31.

⁸¹ *Kadir Yılmazbaş*, AYM, 2012/1199, 19.11.2014 § 32-33; Benzer yönde, ilk derece mahkemesinde yargılama devam ederken bireysel başvuru yapılmış olması hâlinde kabul edilebilir bulunmayan başvuru için ayrıca bkz. *İsmail Özkan*, AYM, 2012/367, 17.09.2013, § 28-33.

⁸² *Şahin Karaman*, AYM, 2012/1205, 08.05.2014, § 26-27.

⁸³ *Aksal Mimarlık Mühendislik Turizm İnşaat Sanayi ve Tic. A.Ş.*, AYM, 2014/15985, 18.04.2019, § 15, *Cemile Karadağ ve Nuray Karadağ*, AYM, 2014/11747, 03.04.2019, § 20; *Emine Sağırlıbaş ve diğerleri*, AYM, 2013/9793, 17.07.2014, § 47-49; *Adil Özer*, AYM, 2014/192, 20.11.2014, § 19-30.

- Karar düzeltme talebinden feragat edildikten sonra⁸⁴

bireysel başvuruda bulunulmuş olması hâlinde, “başvuru yollarının tüketilmemesi” gerekçesiyle, başvurular kabul edilebilir bulunmamaktadır. AYM bu yönde incelemesini yaparken, başvurunun başvuru yapabileceği kanun yollarının araştırmasına girişmekte ve bunun için içtihat taraması yapmaktadır.⁸⁵ Ayrıca AYM tarafından şekli anlamda tüketme değerlendirmesi, her bir başvuru bakımından ayrı ayrı ele alınmaktadır.⁸⁶

İHAM tarafından da başvurulardan, benzer bir yaklaşımla, başvuru yolu için iç hukukta belirlenmiş olan prosedüre uygun olarak, usul ve süreye ilişkin kurallara uymaları beklenmektedir.⁸⁷ Bu anlamda başvurulardan ihlal iddiasını öncelikle yetkili ulusal merciler önünde ileri sürmesi, buna ilişkin tüm bilgi ve belgeleri süresi içerisinde bu makamlara ileterek, gerekli dikkat ve özeni başvuru prosedürüne uygun olarak göstermesi beklenmektedir. Buna ilişkin aykırı bir durumda, özel ve haklı bir neden bulunmadığı takdirde, İHAM tarafından iç hukuk yollarının tüketilmediği sonucuna varılmaktadır.

Örneğin İHAM tarafından:

⁸⁴ Halit Abdullah, AYM, § 21; Temyizden feragat hâlinde de kanun yollarının şekli anlamda tüketilmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Karar için ayrıca bkz. Serhat Yavuz, AYM, 2014/1469, 30.06.2016, § 34-35.

⁸⁵ AYM, yetkili ve görevli mahkemeyi tespit ederken temyiz makamlarının içtihatlarını incelemektedir. Örneğin AYM, Bayram Gök kararında şu tespitlerde bulunmuştur; “Başvurucunun nihai taleplerine ilişkin olarak, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 10/4/2012 tarihli onama kararında da belirtildiği üzere, dava konusu taşınmaza el atıldığı iddiası olduğunda 16/5/1956 tarih ve 1/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca idare aleyhine el koymanın önlenmesi davası açılabilmesi gibi, bu eylemli duruma razı olduğu takdirde taşınmazın değerinin tahsili davası da açılabilenken başvuru bu davaları açmamıştır. Dolayısıyla başvuru, kamulaştırmaz el atma nedeniyle uğradığını iddia ettiği zararın tazmini amacıyla ayrı bir dava açmadığı veya karşılık dava ile de bu talebini ileri sürmediği için başvuru konusuna ilişkin olarak yargısal yollar tüketilmemiştir.” Karara ulaşmak için ayrıca bkz. Bayram Gök, AYM, § 23; Benzer yönde AYM değerlendirmeleri için ayrıca bkz. Nazmiye Akman, AYM, 2013/1012, 16.04.2013, § 25-32; Gülşan Yeşil, AYM, 2013/1448, 19.11.2014, § 29-32; Nejat Sakaoğlu, AYM, 2013/9403, 14.10.2015, § 22-34; Mükerrrem Yıldız ve diğerleri, AYM, 2013/1111, 04.11.2015, § 54-58; Alaattin Yüksel ve İbrahim Yüksel, AYM, 2013/9463, 05.11.2015, § 35-47.

⁸⁶ Galip Yılmaz ve diğerleri, AYM, 2013/1258, 13.06.2013, § 41-44; Coşkun Aktürk ve diğerleri, AYM, 2014/2021, 19.11.2014, §.27-28.

⁸⁷ Gözübüyük, Gölcüklü, s.68; Gäfgen/Almanya, İHAM, 22978/05, 01.06.2010, § 143; Kovach/Ukranya, İHAM, 39424/02, 07.02.2008, § 42.

- Temyiz başvurusunun yapılmamış olması⁸⁸ veya süresinde yapılmamış olması⁸⁹ ya da temyiz başvurusundan feragat edilmesi⁹⁰,
- Mahkeme masraflarının ödenmemesi⁹¹,
- AYM'ye bireysel başvuru yapılmadan⁹² ya da yapılan bireysel başvurudan sonra AYM'nin, başvuru formunda ve eklerinde eksiklik olduğuna dair bildirimine rağmen süresi içerisinde eksiklikler giderilmeden⁹³,
- Ceza davası, etkisiz olduğunu gösteren herhangi bir olgu olmadığı hâlde, devam ederken⁹⁴,
- Başvuranın, ağır yürüme bozukluğu bulunmasına rağmen üniversite binalarının inşasının kendisinin durumuna uygun bir biçimde yapılmamış olması nedeniyle yakınmasına rağmen, eksikliklerin düzeltilmesi için herhangi bir dava açmamış olması⁹⁵

durumlarında, ulusal usul hukukunun gereği yerine getirilmediği gerekçesiyle, başvurular kabul edilebilir bulunmamaktadır. Yine de başvurucunun iç hukukta öngörülen şekil kurallarına uymamış olmasına rağmen, yetkili ulusal makam tarafından başvuru esastan incelenmiş ise, İHAM tarafından başvuru esastan incelenmektedir.⁹⁶

Şekli anlamda tüketmenin taşıdığı anlam bu şekilde olmakla birlikte bu başlık altında birkaç farklı sorun gündeme gelebilmektedir.

a. Yeni Bir Hukuk Yolu

Bireysel başvuru tarihi itibarıyla ihlal iddiasına ilişkin başvuru yolu bulunmamasına rağmen başvurudan sonra yeni bir hukuk yolunun kurulmuş olması hâlinde, bu yola başvuru yapılmasının gerekip gerekmeyeceği sorunu gündeme gelebilir. Bireysel başvurularda kabul

⁸⁸ *Kaygısız/Türkiye*, İHAM, 44032/98, 29.08.2006.

⁸⁹ *Ugilt Hansen/Danimarka*, İHAM, 11968/04, 26.06.2006.

⁹⁰ *Milošević/Hollanda*, İHAM, 77631/01, 19.03.2002.

⁹¹ *Reuther/Almanya*, İHAM, 74789/01, 05.06.2003.

⁹² *Uzun/Türkiye*, İHAM, 10755/13, 30.04.2013; *Koçintar/Türkiye*, İHAM, 77429/12, 01.07.2014, § 30-49.

⁹³ *Encü ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 49976/16, 10.04.2018, § 22.

⁹⁴ *Sarısülük ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 64126/13, 25.03.2014.

⁹⁵ *Gherghina/Romanya*, İHAM, 42219/07, 09.07.2015, § 90-116.

⁹⁶ *Vladimir Romanov/Rusya*, İHAM, 41461/02, 24.07.2008, § 52.

edilebilirlik koşullarının, kural olarak, başvuru tarihi itibarıyla ele alındığı göz önünde bulundurularak, başvuru tarihi itibarıyla var olmayan ve bu sebeple “erişilebilir” nitelikte olmayan bir hukuk yoluna başvurma yönünde, başvurucuya bir külfet yükletilmemesi gerektiği söylenebilir. Ne var ki aynı görüşün, İHAM ve AYM tarafından paylaşıldığını söylemek mümkün değildir.

İHAM ve AYM, ortak bir görüşle, yeni ve etkili olabilecek bir hukuk yolunun kurulması hâlinde bu yolun tüketilmesi gerektiğini kabul etmektedirler.⁹⁷ Mahkemeler, kabul edilebilirlik koşullarının kural olarak başvuru tarihi itibarıyla ele alındığı konusunda, yeni bir hukuk yolunun varlığını istisna olarak görmektedirler.⁹⁸ Mahkemeler tarafından bu değerlendirme yapılırken yeni kurulan hukuk yolu teorik olarak ele alınmakta ve böylelikle hukuk yolunun etkili olup olmayacağı değerlendirilmektedir. Yeni kurulan hukuk yolunun etkili olabileceği değerlendirildiği takdirde ise yapılan başvurular kabul edilebilir bulunmamaktadır.⁹⁹

Başvuru aşamasında var olmayan bir hukuk yolunun etkili olup olmayacağı noktasında herhangi bir somut karşılık görmeden, başvurucuların bu yolları tüketmeye zorlanmaları tartışmaya açıktır. Hukuk yolunun yalnızca teoride değil pratikte de var olma zorunluluğu

⁹⁷ *İçyer/Türkiye*, İHAM, 18888/02, 12.01.2006, § 73-87; *Fakhretdinov ve Diğerleri/Rusya*, İHAM, 26716/09, 23.09.2010, § 19-35; *Ferat Yüksel*, AYM, 2014/13828, 12.09.2018, § 17-36. Yeni ve etkili bir hukuk yolunun kurulmuş olması bu anlamda duruma istisna teşkil etse de İHAM, *Babylova/Slovakya* kararında, başvuru tarihinin 22.03.2001 olduğunu dikkate alarak, 01.01.2002 tarihinden önce mevcut olmayan anayasa şikâyeti yolunun tüketilmiş olması beklememiştir. Karar için ayrıca bkz. *Babylova/Slovakya*, İHAM, 69146/01, 20.06.2006, § 44.

⁹⁸ AYM, *Sait Orçan* kararında şu tespitlerde bulunarak gerekçesini ortaya koymuştur; “Başvuru yollarının tüketilip tüketilmediği, ilke olarak Anayasa Mahkemesine başvurunun yapıldığı tarihteki duruma bakılarak değerlendirilir. Ancak Anayasa Mahkemesi bazı durumlarda bireysel başvuru yapıldıktan sonra oluşturulan yeni başvuru yollarının tüketilmesi gerektiğine de karar verebilir. Özellikle belli bir konudaki yapısal ve sistemik sorunlara çözüm bulmak amacıyla sonradan oluşturulmuş bir yol söz konusu ise ikincilik ilkesi, o konudaki temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarının -bu yol vasıtasıyla- öncelikle idari ve yargısal makamlarca değerlendirilmesine imkân tanınmasını gerekli kılabilir.” Karar için ayrıca bkz. *Sait Orçan*, AYM, 2016/29085, 19.07.2017, § 35.

⁹⁹ Bunun her iki mahkeme yönünden güncel ve çokça eleştiri konusu olan örneğini OHAL Komisyonu’nun kuruluşundan sonra verilen kabul edilemezlik kararları oluşturmaktadır. OHAL Komisyonu’na başvuru yolunun tüketilmesi gerekli olduğuna ilişkin kararlar için ayrıca bkz. *Çatal/Türkiye*, İHAM, 2873/17, 07.03.2017, § 23-33; *Murat Hikmet Çakmakçı*, AYM, 2016/35904, 15.02.2017, § 23-29; *Hacı Osman Kaya*, AYM, 2016/41934, 16.02.2017, § 24-29; *Ramazan Korkmaz*, AYM, 2016/36550, 19.07.2017, § 27-44. Bunun AYM için daha güncel örneğini ise kamuoyunda “yeni yargı paketi” olarak anılan 7188 sayılı kanun ile bazı kesinleşmiş mahkûmiyet hükümlerine karşı temyiz yolu açılması nedeniyle AYM’nin verdiği kabul edilemezlik kararları oluşturmaktadır. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Mehmet Ayçilek*, AYM, 2018/14603, 10.12.2019, § 30; *Hacı Boğatekin (4)*, AYM, 2017/20962, 12.02.2020, § 28.

karşısında, etkililiğe dair doğru bir değerlendirme için somut içtihat olmadan bu yönde karar verilmesinin nedeni olarak, mahkemelerin oluşacak iş yükü karşısında taşıdıkları endişe gösterilebilir. Burada tartışmaya değer husus; mahkemelerin önlerinde yıllarca beklettiği dosyalarda, başvuru sahiplerinin ihlal iddialarına ilişkin cevap bulabilecekleri ileri sürülen tartışmalı kanun yollarına döndürülerek, sürecin tekrar en başına dönmek zorunda bırakılmalarıdır. Bu durum hâlihazırda Türkiye'deki uzun süren yargılamalar gerçeğine, başvuru sahiplerinin aleyhine öngörülemez şekilde daha da uzatmaktadır.

b. Birden Fazla Başvuru Yolu

Şekli anlamda tüketme başlığı altında bir diğer ortaya çıkabilecek sorun, ihlal iddiasına ilişkin birden fazla etkili başvuru yolunun öngörülmüş olması hâlidir. Başvuru sahipleri bu durumda, bütün başvuru yollarını tüketmeliler mi yoksa kendilerini yalnızca diğerlerine nazaran daha etkili olacağını düşündükleri başvuru yoluyla mı sınırlamalıdır?

İHAM'a göre, ihlal iddiasına ilişkin birden fazla başvuru yolu öngörülmüşse, başvuru sahiplerinin bunlardan yalnızca daha etkili olacak başvuru yolunu tüketmiş olmaları yeterli olacaktır.¹⁰⁰ Bu cevap, kanun yollarına ilişkin bir etkililik değerlendirmesi yapılması gerektiğini göstermektedir. Hangi yolun tüketileceği konusunda tespit yapılırken de hangi yola, hangi gerekçeyle başvurulduğu ortaya konulmalı ve bu gerekçelerin tarafsız ve makul olması gerekmektedir. İHAM, bu anlamda her bir ihlal iddiası bakımından başvuru yollarını değerlendirmekte ve diğerine nazaran etkili olduğunu tespit ettiği başvuru yollarının tüketilmiş olmasını aramaktadır. Mahkeme, birden fazla başvuru yolunun etkililiğinin karşılaştırıldığı durumlarda, başvuru lehine yorum yapmaktadır.¹⁰¹

Örneğin İHAM, Sözleşme'nin 2. veya 3. maddesi kapsamındaki ihlal iddialarında tüketilmesi gerekli kanun yolu olarak cezai prosedürleri görmektedir. Mahkemeye göre bu

¹⁰⁰ *De Moor/Belçika*, İHAM,16997/90, 23.06.1994, § 50; *López Ostra/İspanya*, İHAM, 16798/90, 09.12.1994, § 38; *Bistrović/Hrvatistan*, İHAM, 25774/05, 31.05.2007, § 24-29; *Kozacıoğlu/Türkiye*, İHAM, 2334/03, 19.02.2009, § 39-46; *Karako/Macaristan*, İHAM, 39311/05, 28.04.2009, § 14; *Lawyer Partners a.s./Slovakya*, İHAM, 54252/07, 16.06.2009, § 45-46; *Şerife Yiğit/Türkiye*, İHAM, 3976/05, 11.02.2010, § 49-50; *Fatullayev/Azerbaycan*, İHAM, 40984/07, 22.04.2010, § 153; *RTBF/Belçika*, İHAM,50084/046, 29.03.2011, § 88-89; *O'Keeffe/İrlanda*, İHAM, 35810/09, 28.01.2014, § 109-111; *Abdu/Bulgaristan*, İHAM, 26827/08, 11.03.2014, § 30; *Mocanu ve Diğerleri/Romanya*, İHAM, 10865/09, 17.09.2014, § 317-318.

¹⁰¹ *Budayeva ve Diğerleri/Rusya*, İHAM, 15339/02, 20.03.2008, § 110.

durumda tazminat, tek başına, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeterli değildir. Bu sebeple başvurulardan ayrıca tazminat davası açmaları beklenmeyecektir.¹⁰² Sözleşme'nin 2. veya 3. maddesine ilişkin ihlal iddialarına ilişkin konu daha net olsa da özellikle “özel hayata saygı hakkı” bakımından bu konuda kesin bir yorum yapmak mümkün olmamaktadır. İHAM'a göre özel hayata saygı hakkı bakımından, kişisel bütünlüğe yönelik bir saldırı söz konusu ise bu durumda ceza hukuku prosedürlerinin tüketilmesi yeterli olacak ve başvurucudan ayrıca hukuk davası açması beklenmeyecektir.¹⁰³ Zira Mahkemeye göre, bu gibi durumlarda, gerekli caydırıcılık ancak ceza hukuku mekanizmaları aracılığıyla sağlanabilecektir.¹⁰⁴

İHAM, yine de özel hayata saygı hakkı bakımından bazı durumlarda hukuk yolunu etkili görebilmektedir. Bu anlamda örneğin Mahkeme, tıbbi ihmal sonucu meydana geldiği iddia

¹⁰² *Oğur/Türkiye*, İHAM, 21594/93, 20.05.1999, § 66; *Assenov/Bulgaristan*, İHAM, 24760/94, 28.10.1998, § 85-86; *Çakıcı/Türkiye*, İHAM, 23657/94, 08.07.1999, § 80; *Salman/Türkiye*, İHAM, 21986/93, 27.06.2000, § 83; *İlhan/Türkiye*, İHAM, 22277/93, 27.06.2000, § 61; *Kelly ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 30054/96, 04.05.2001, § 105; *Avşar/Türkiye*, İHAM, 25657/94, 10.07.2001, § 377; *Sabuntekin/Türkiye*, İHAM, 27243/95, 19.03.2002, § 77-82; *Henaf/Fransa*, İHAM, 65436/01, 11.11.2003, § 36; *Estamirov/Rusya*, İHAM, 60272/00, 12.10.2006, § 77-78; *Okkalı/Türkiye*, İHAM, 52067/99, 17.10.2006, § 58; *Šilih/Slovenya*, İHAM, 71643/01, 28.06.2007, § 105; *Turan Cakır/Belçika*, İHAM, 44256/06, 10.03.2009, § 48; *Association “21 December 1989” ve Diğerleri/Romanya*, İHAM, 33810/07, 24.05.2011, § 125; *Đurđević/Hırvatistan*, İHAM, 52442/09, 19.07.2011, § 51; *Gutsanovi/Bulgaristan*, İHAM, 34529/10, 15.10.2013, § 90; *Jeronovičs/Litvanya*, İHAM, 44898/10, 05.07.2016, § 78.

¹⁰³ Örneğin İHAM'ın *Tysiāc/Polonya* kararında, başvuru ciddi bir şekilde göz bozukluğu yaşayacak olması riskine karşın tıbbi kürtaj olmak istemişse de, iç hukuk düzenlemeleri gereği bu konuda doktor raporu şart koşulduğundan doktor tarafından rapor verilmemesi nedeniyle, kürtaj olamamış ve doğumdan sonra ciddi görme kaybı yaşamıştır. Başvuru tarafından doktor hakkında suç duyurusunda bulunulmuşsa da suç duyurusu takipsizlik kararıyla sonuçlanmıştır. Mahkeme, hükümetin tazminat yolunun kullanılmadığı yönündeki tüketim itirazlarında özel hayata saygı hakkı bakımından kişisel bütünlüğe karşı saldırılarda ceza hukuku hükümlerine başvurulmuş olmasını tüketim için yeterli görmüş ve hükümetin itirazlarını reddetmiştir. Karar için ayrıca bkz. *Tysiāc/Polonya*, İHAM, 5410/03, 20.03.2007, § 53-60. Benzer şekilde İHAM, *Elberte/Letonya* kararında, başvuranın eşinin araba kazası sonucunda ölmesinden sonra, bilgisi ve rızası olmadan cesetten doku alınıp Almanya'daki bir ilaç firmasına gönderilmesi olayında, başvuru tarafından yapılan suç duyurusunun zamanaşımı nedeniyle sona ermesi sonucunda iç hukuk yollarının tüketildiği ve başvurunun ayrıca tazminat yoluna başvurusunun gerekli olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Elberte/Letonya*, İHAM, 61243/08, 13.01.2015, § 78-87.

¹⁰⁴ İHAM, *X ve Y/Hollanda* kararında da, on altı yaşındaki engelli başvurucuya yönelik gerçekleştirilen cinsel saldırı eylemleri karşısında Hükümet tarafından hukuk yollarına başvurulmadığı yönündeki itirazları, iç hukukta cezai soruşturma yürütülmediğini göz önüne alarak reddetmiştir. Mahkeme, bu durumda cezai soruşturmanın yürütülmemiş olması nedeniyle özel hayata saygı hakkı bakımından gerekli korumanın sağlanmadığı sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *X ve Y/Hollanda*, İHAM, 8978/80, 26.03.1985, § 22-30. Benzer yönde kişinin fiziksel bütünlüğüne yönelik saldırılara ilişkin ceza hukuku prosedürlerinin tüketilmesinin yeterli görüldüğü kararlar için ayrıca bkz. *Sandra Janković/Hırvatistan*, İHAM, 38478/05, 05.03.2009, § 36; *M.C./Bulgaristan*, İHAM, 39272/98, 04.12.2003, § 150.

edilen kişisel bütünlüğün ihlaline yönelik olaylarda “*etkili bir yargısal sistem kurma*” yönündeki pozitif yükümlülüğün her olayda mutlaka ceza davasının açılmasını gerektirmeyeceğini, hukuki veya idari hukuk yollarının açık olmasının da yeterli olabileceğini düşünmektedir.¹⁰⁵ Netice olarak İHAM’ın, özel hayata saygı hakkı bakımından, otomatik olarak hukuk davasını tüketilmesi gerekli bir yol olarak görmediğini, somut olay özelinde değerlendirme yaparak sonuca vardığını söylemek yerinde olacaktır. Yukarıda da izah edildiği gibi bu tespitte önemli olan hususlar; başvurucunun talepleri ve hangi hukuk yoluna neden başvurulduğunun tarafsız ve makul bir biçimde ortaya konulabilmesidir.

AYM’nin konuya ilişkin yaklaşımına bakıldığında ise Mahkemenin, ihlal iddiasına ilişkin olarak başvurulabilecek birden fazla etkili başvuru yolunun bulunması durumunda, başvurucudan aynı amacı taşıyan başka başvuru yollarının da tüketilmesinin beklenemeyeceğini belirttiği görülmektedir.¹⁰⁶ Yine de AYM’nin, ihlal iddiası bakımından birden fazla başvuru yolunun öngörülmüş olduğu durumlarda, yalnızca bir başvuru yoluna başvurulmasını yeterli görmediği kararlarının da olduğu ifade edilmelidir.

AYM, ihlal iddiası bakımından birden fazla başvuru yolunun bulunduğu durumlarda, başvurulacak etkili yolun hangisi olduğunu kendisi tespit etmektedir. Bu anlamda örneğin, kasıtlı eylemler neticesinde işkence yasağı veya yaşam hakkının ihlal edilmiş olduğunun iddia edildiği başvurularda, ceza davası yolunun tüketilmesi yeterli görülmektedir.¹⁰⁷ Ancak Mahkeme tarafından, yaşam hakkının veya vücut bütünlüğünün kasten ihlal edildiği yönünde bir ihlal iddiasının bulunmadığı durumlarda, ceza hukuku prosedürlerinin tüketilmesi zorunlu görülmemekte, hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının tüketilmesi beklenmektedir.¹⁰⁸ AYM’ye göre, ilke olarak, tıbbi hatalara ilişkin şikâyetler konusunda temel

¹⁰⁵ Karakoca/Türkiye, İHAM, 46156/11, 21.05.2013.

¹⁰⁶ Turgay Çamlı, AYM, 2012/1266, 17.09.2014, § 41.

¹⁰⁷ Hüseyin Caruş, AYM, 2013/7812, 06.10.2015, § 50; Zeki Bingöl (2), AYM, 2013/6576, 18.11.2015, § 94-95; Zeki Güngör, AYM, 2013/8491, 31.03.2016, § 39-45; İpek Deniz ve diğerleri, AYM, 2013/1595, 21.04.2016, § 103-106; Altun Ayhan ve diğerleri, AYM, 2015/13868, 03.07.2019, § 51-52.

¹⁰⁸ Nafia Sevin Ergün Sefada ve diğerleri, AYM, 2014/14844, 01.12.2016, § 40-77.

başvuru yolu, hukuki sorumluluğu tespit adına mevzuat uyarınca takip edilebilecek olan hukuk davası veya idari tazminat davasıdır.¹⁰⁹

Konuya ilişkin AYM kararları yakından incelendiğinde:

- Hakaret iddiası karşısında yalnızca suç duyurusunda bulunularak hukuk davasının açılmaması¹¹⁰,
- Kadastro tespitine yönelik itiraz davasının reddi üzerine tazminat davasının açılmaması¹¹¹,
- Mülkiyet hakkının ihlali iddiası bakımından yalnızca iptal davası açılarak tam yargı davasının açılmaması¹¹²,
- Cumhuriyet başsavcılığınca yürütülen soruşturmaya şikâyetçi sıfatıyla katılıp soruşturma süreci sonucunda verilen karara itiraz etmelerine karşın, ölümle sonuçlanan olayda taksir seviyesinde sorumlulukları olduğunu düşündükleri kişiler aleyhine hukuki tazmin yoluna başvurulmamış olması¹¹³,
- ‘Mobbing’ nedeniyle psikolojisinin bozulduğu ve bu sebeple tedavi gördüğü iddiası üzerine yalnızca suç duyurusunda bulunularak hukuk davasının açılmamış olması¹¹⁴,
- Kişisel verilerinin üçüncü şahıslarca elde edildiği iddiasına yönelik olarak yalnızca suç duyurusunda bulunulması¹¹⁵,

¹⁰⁹ *Nezahat Doğan ve Umut Doğan*, AYM, 2015/19970, 15.11.2018, § 37-40; *Semra Yelseli*, AYM, 2015/6006, 12.12.2018, § 19-23; *Gülizar Kızıltaş ve Gültekin Kızıltaş*, AYM, 2016/3849, 23.10.2019, § 26-48.

¹¹⁰ *Adnan Oktar (2)*, AYM, 2013/514, 02.10.2013, § 40; *S.S.A.*, AYM, 2013/2355, 07.11.2013, § 29-35; *Halkevleri Derneği ve İlknur Birol*, AYM, 2013/577, 30.06.2014, § 31-33; *Zeki Bingöl*, AYM, 2013/3651, 25/3/2015, § 46-47.

¹¹¹ *Erdem Yurdaer*, AYM, 2012/1315, 16.04.2013, § 30.

¹¹² *Yenibaşaran Uluslararası Nakliyat ve Ticaret A.Ş.*, AYM, 2013/3300, 18.09.2014, § 37.

¹¹³ *Şafak Pınar ve diğerleri*, AYM, 2013/6945, 16.09.2015, § 48-63.

¹¹⁴ *Emel Leloğlu*, AYM, 2013/3512, 17.07.2014, § 23-41; *Ümit Yalçın*, AYM, 2014/12984, 26/2/2015, § 47-65. Benzer yönde “mobbing” iddiası bakımından hukuk yolunun etkili olduğuna ilişkin kararlar için ayrıca bkz. *Şehnaz Ayhan*, AYM, 2013/6229, 15.04.2014, § 31-36; *Işıl Yaykır*, AYM, 2013/2284, 15.04.2014, § 26-47; *I.Y.*, AYM, 2012/1213, 17.07.2014, § 26-44; *Mesut Özbezen*, AYM, 2013/8175, 15.04.2014, §.24-43; *Aslı Kırmızı Demirseren*, AYM, 2013/5680, 15.04.2014, § 25-44; *Yusuf Burak Çelik*, AYM, 2013/2538, 20.11.2014, § 17-36; *Gülşin Oral*, AYM, 2013/6129, 16.09.2015, § 48-50. AYM’nin “mobbing” kararlarının değerlendirilmesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Ece Göztepe, “Anayasa Mahkemesi’nin “Mobbing” Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, *AYD*, 2015, C.32, s.323-342.

¹¹⁵ *Murat Durmaz*, AYM, 2013/5956, 15.04.2014, § 31-35.

- Polis karakolundan telefonla davet edilmesi üzerine karakola giden başvuruçunun iç çamaşırı görünecek şekilde zor kullanılarak dışarı çıkarıldığı ve hakaret edildiği iddialarına ilişkin olarak, kamu görevlilerinin hukuka aykırı fiilleri nedeniyle tazminat davası açma yoluna gidilmemesi¹¹⁶,
- Avukat olduğunu beyan etmesine ve kimliğini göstermesine rağmen, nöbetçi polis memuru tarafından üzeri aranarak adliyeye alınmayan başvuruçunun avukatın yalnızca ceza prosedürlerine başvurmuş olması¹¹⁷,

gibi durumlarda, başvuru yollarının tüketilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

AYM'nin sorunlu olarak nitelendirilebilecek kararlarında, kanun yollarının tercihi bakımından diğer başvuru yollarının neden tüketilmesi gerektiği konusunda, tarafsız ve makul gerekçeler ortaya koyamadığı görülmektedir. Mahkeme bu eğilimini özellikle özel hayata saygı hakkı bakımından sergilemektedir. AYM'nin ihlal iddiasının özel hayata saygı hakkına yönelik olduğu durumlarda, otomatik olarak hukuk davalarını tüketilmesi gerekli bir yol olarak görme yönündeki eğilimi sorunludur. Örneğin Mahkemenin *Aydın Cıngı ve Satı Sibel Cıngı*¹¹⁸ kararına konu olayda, polisin gösteriye müdahalesi sırasında başvuruçunun evine gaz fişegi isabet etmiş ve bunun neticesinde ileri yaştaki başvuruçunun, daha önceden geçirdiği akciğer ameliyatından dolayı gazdan etkilenecek solunum yetersizliği ve kalp ritminde hızlanma gibi

¹¹⁶ *Sevgi Cantemür*, AYM, 2014/2871, 27.10.2016, § 20-40.

¹¹⁷ *Mehmet Ergin*, AYM, 2013/2891, 05.11.2015, § 23-41. Bu karar da Yargıç Celal Mümtaz Akıncı'nın karşıoyu dikkate değerdir: "(...) Kararın 28. paragrafında somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiği, bu bağlamda müdahalenin fiziksel ve manevi etkileri, mağdurun yaşı, sağlık durumu "gibi" faktörlerin önem taşıdığı belirtilmiştir. Başvuruçunun avukat olması, avukatın üzerinin aranmaması hakkında Kanun hükmü, avukatın aranması şeklindeki müdahalenin avukatın görev ifa ettiği en birincil alan olan adliye içerisinde ve müvekkilinin yanında gerçekleşmesi, olayın 14 avukatın görev yaptığı bir ilçe adliyesinde meydana gelmesi ve ilçelerde ilçe sakinleri tarafından "tanınma"nın şehirlere göre farklılık göstermesi, özellikle de devamlı adliyede görev yapan polis memurunun her gün adliyeye gelip giden avukatı tanımamasının (?) hayatın olağan akışına aykırılığı, dolayısıyla da somut olayda avukatın şeref ve itibarının korunması hususunda gösterilmesi gereken özen yükümlülüğü dikkate alındığında Anayasa'nın 17/3 hükmü kapsamında inceleme yapılması için gerekli olan asgari eşiğin aşıldığını düşünüyorum(...) Dolayısıyla hukuka aykırı olarak gerçekleşen müdahale akabinde temin edilecek adil giderim, "bireysel mağduriyetin giderilmesi"nin ötesinde "toplumun genel menfaatinin sağlanması" işlevine hizmet edecek mahiyette olmalı, keza "tazminatı öder, hukuka aykırı davranırım" gibi kural tanımaz bir anlayışın yerleşmesine neden olacak bir nitelikte de olmamalıdır. Bu kapsamda bireysel tatmin imkânı sunan "hukuk davası açma" yoluna işaret edilerek başvuru yollarının tüketilmemiş olduğu gerekçesine dayanılması somut olayda anılan bu işlevi gerçekleştirmeye elverişli değildir."

¹¹⁸ *Aydın Cıngı ve Satı Sibel Cıngı*, AYM, 2015/16601, 06.03.2019, § 23-35.

birtakım yeni sağlık sorunları yaşamıştır. Bařvurucular, bu olay üzerine karakola şikâyetle bulunmuşlarsa da bir sonuç alınamadığı dūřıncesiyle ikinci kez savcılığa suç duyurusunda bulunmuşlardır. Ancak savcılık tarafından suçların yasal unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle takipsizlik kararı verilmiştir. AYM, sōz konusu olayın polisin kasıtlı davranışından kaynaklandığına dair bir iddianın ileri sūrūlmediđini ve bunu gōsteren herhangi bir kasıt unsurunun da mevcut olmadığı gerekçesiyle, başvurucu tarafından idari yargıda tazminat davası açılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkemenin, bireysel başvuruya konu olaylarda yalnızca kasıt iddiasının olup olmadığını değerlendirme konusu yaparak hukuk davasını otomatik olarak etkili gōrme yōnündeki eğilimi olumsuz sonuçlara yol açabilir. Nitekim somut olayda, başvurucunun yaşının ileri olduğu, yaşanan olay neticesinde yeni sağlık problemleri yaşadığı ve ceza hukuku prosedūrlerini işletmek adına ısrarlı şikâyetlerde bulunduğu gōz önüne alındığında, başvurucuyu idari tazminat davası amaya yōnlendirmenin isabetli olmayacağı açıktır.

Gōrūldūđu üzere AYM, bařvurucunun birden fazla bařvuru yolu karřısındaki tercihini gōrmezden gelerek, hiçbir řekilde bařvurucu lehine yorum yapmamaktadır. Nitekim bu kararların çoğunda tazminat, bařvurucular için taleplerine uygun bir cōzūm getirmemektedir. Ayrıca Tūrkiye uygulamasında ceza davalarının bařarısızlıkla sonuçlandıđı durumlarda, bařvurucuların hukuk davalarında ispat sorunu yařayarak bařarısızlıkla karřılařmaları dūřuk bir olasılık deđerdir. AYM, tūm bu hususları gōz ardı ederek bařvurucuları tazminat yoluna yōnlendirmektedir.

c. Hangi Anda Tūketme?

Tūketme koşulunun “*bireysel başvurunun yapıldığı tarih*” itibarıyla mı yoksa, “*kabul edilebilirlik incelemesinin yapıldığı tarih*” itibarıyla mı aranılacağı sorusu gūndeme gelebilir. Bu soru, koşulun amacından yola çıkılarak kolaylıkla cevaplanabilir: Tūketme kuralının amacı, devletlere/yetkili makamlara, mahkemelerden önce Sōzleřme’dan/Anayasa’dan kaynaklı ihlali önleme veya giderme imkânı sağlamaktır. Bu anlamda, katı ve şekilci bir yoruma gidilmeksizin, bireysel başvuru tarihi itibarıyla hukuk yolları tūketilmemiřse de kabul edilebilirlik incelemesi yapılmadan önce tūketme kuralının gerekleri yerine getirilmişse, başvurular kabul edilebilir bulunmalıdır.¹¹⁹ Zira mahkemelerce kabul edilebilirlik incelemesi yapılmadan önce hukuk

¹¹⁹ Doğru, 104-105.

yolları tüketilmişse, devletlere/yetkili makamlara, bu yönde ihlali değerlendirme/giderme imkânı sağlanmış olacaktır. Aksi yönde bir yaklaşım, koşulun esnek özelliği ile amacına ters olacaktır.

Nitekim İHAM’a göre, kural olarak tüketme, bireysel başvuru tarihi itibarıyla aranılrsa da kabul edilebilirlik incelemesi yapılmadan önce tüketme koşulunun gerekleri yerine getirilmişse, iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmeyecektir.¹²⁰

AYM’nin de bu soruyu, şekilci ve katı bir yaklaşım sergilemeden, bireysel başvurunun amacına uygun olarak, “*kabul edilebilirlik incelemesinin yapıldığı tarih*”i esas alarak cevapladığı¹²¹ söylenebilirse de bu çıkarıma aykırı kararlarının da bulunduğu belirtilmelidir.¹²² AYM’nin sorunlu olarak nitelendirilebilecek bu kararlarında, tüketme koşuluna ilişkin katı ve

¹²⁰ Ringeisen/Avusturya, İHAM, 2614/65, 16.07.1971, § 85-93; Prodan/Moldova, İHAM, 49806/99, 18.05.2004, § 39; İrfan Temel ve Diğerleri/Türkiye, 36458/02, 03.03.2009, § 34; Savez crkava “Riječ života” ve Diğerleri/Hrvatistan, İHAM, 7798/08, 09.12.2010, § 47; Trabelsi/Belçika, İHAM, 140/10, 04.09.2014, § 89; Nasr ve Ghali/İtalya, 44883/09, 23.02.2016, § 199-201; Könyv-Tár Kft ve Diğerleri/Macaristan, İHAM, 21623/13, 16.10.2018, § 26; Molla Sali/Yunanistan, İHAM, 20452/14, 19.12.2018, § 90.

¹²¹ Sema Öktem, AYM, 2013/852, 06.03.2014, § 23-24; Abdullah Akyüz, AYM, 2013/9352, 02.07.2015, § 31-33; Selçuk Tuncel, AYM, 2013/4065, 09.09.2015, § 24-27.

¹²² AYM, Ahmet Şanci kararında; “6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca, ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması, başka bir deyişle bireysel başvuru yapıldığı tarihte başvuru koşullarının tamamının sağlanmış olması gerekir. Bununla birlikte bir başvuru yolu yoksa ya da olan başvuru yolları etkili değilse Mahkeme somut olayın koşullarını dikkate alarak bir başvurunun incelenmesine karar verebilir. Başvuru konusu olay dikkate alındığında başvuru yollarının tüketilmesi kuralına istisna tanınmasını gerektiren bir durum olmadığı görülmektedir. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun tutuklama koşulları bulunmadığı ve tutukluluk süresinin makul olmadığı yönündeki iddiaları ile ilgili olarak kanunda öngörülmüş yargısal başvuru yollarının tamamı tüketilmeden bireysel başvuru yapıldığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “başvuru yollarının tüketilmemiş olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.” ifadelerine yer vererek aşırı şekilci bir yaklaşım sergilemiştir. Karar için ayrıca bkz. Ahmet Şanci, AYM, 2012/29, 05.11.2014, § 32-33. AYM’nin aynı yönde sorunlu olarak görülebilecek diğer kararları için ayrıca bkz. Erdal Tekin, AYM, 2013/9117, 10.12.2014, § 24-27; Ümit Ata, AYM, 2012/254, 06.02.2014, § 32-34; C.S., AYM, 2013/599, 22.01.2015, § 41-43; Mehmet Fatih Kızıl, AYM, 2013/9321, 25.03.2015, § 26-28; Mehmet Kılıç, AYM, 2013/9798, 10.06.2015, § 18-20; İhsan Güngör, AYM, 2014/342, 17.09.2014, § 44-46. AYM’nin aynı yönde Tülin Soyhan kararında Yargıç Serruh Kaleli’nin karşı oyunda bu soruna dikkat çekilmiştir. Karşı oy için ayrıca bkz. Tülin Soyhan, AYM, 2013/2212, 25.03.2015.

şekilci bakış açısından kurtulamadığı görülmektedir.¹²³ Ancak AYM'nin geçmişte bu yönde sorunlu kararları varsa da güncel içtihadının İHAM'la aynı doğrultuda, “*kabul edilebilirlik incelemesinin yapıldığı tarih*” itibarıyla tüketmeyi ele aldığı ifade edilmelidir.¹²⁴

2. Maddi Anlamda Tüketme

Başvurucuların kanun yollarını yalnızca şeklen tüketmeleri, kanun yollarının usulüne uygun olarak tüketildiği anlamına gelmemektedir. Başvurucular, aynı zamanda, kanun yollarını maddi anlamda da tüketmiş olmalıdırlar. Maddi anlamda tüketme, başvurucunun ihlal iddiasını, açıkça hangi hakkının ihlal edildiğini madde ismiyle belirtmesine gerek olmaksızın, başvuru yolunda en azından “özü itibarıyla” ileri sürmüş olmasını karşılamaktadır.¹²⁵

Başvurucunun, bu zorunluluğunun zamansal olarak bireysel başvurudan önceyle sınırlı olduğu aşikârdır. Bu anlamda örneğin ihlal iddiası, ilk derece yargılamasında ileri sürülmemiş olsa dahi istinaf veya temyiz aşaması gibi kanun yollarında “özü itibarıyla” zikredilmiş olmalıdır.¹²⁶ Ancak bu zorunluluğu dar bir şekilciliğe hapsetmek hem koşulun hem de bireysel başvurunun amacına aykırı olacaktır.

İHAM uygulamasında, başvurucunun iç hukuk yolunu tüketirken ihlal iddiasını yalnızca “özü itibarıyla” ileri sürmüş olması yeterli görülmekle; ayrıca ve açıkça Sözleşme maddesine

¹²³ Şirin'e göre sorunun sebebi AYM'nin durum hakkında öncesinde vermiş olduğu kararlar olmasına rağmen ilke karar belirlememesidir. Ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Şirin, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, s.105-106.

¹²⁴ Burak Candeğer, AYM, 2013/9139, 15.12.2015, § 37-38; Makbule Talay, AYM, 2013/8592, 06.01.2016, § 48-50; Murat Azparlak, AYM, 2014/1432, 07.07.2015, § 22-24.

¹²⁵ Gözübüyük, Gölcüklü, s.68; Doğru, s.102. Maddi anlamda tüketme, Almanya uygulamasında “*Horizontale Rechtswegerschöpfung (hukuk yollarının yatay tüketilmesi)*” şeklinde ifade edilmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Şirin, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, s.631-634.

¹²⁶ İHAM, *Fressoz ve Roire/Fransa* kararında, taraf devletin ifade özgürlüğünün özü itibarıyla ileri sürülmediği yönündeki itirazlarına karşılık, başvurucuların temyiz aşamasında Basın Özgürlüğü Yasasına atıf yapmış olduklarını, temyiz mahkemesinin de gazetecilerin bilgi alma hakkı ile ilgili karar verdiğini gözeterek şikâyetin özünün temyiz aşamasında dile getirilmiş olduğunu tespit etmiştir. Karar için ayrıca bkz. *Fressoz ve Roire/Fransa*, İHAM, 29183/95, 21.01.1999, § 38-39. Yine Mahkeme, *B./Fransa* kararında, Hükümetin, başvurucunun Sözleşme’ye ilk derece aşamasındayken açıkça atıfta bulunmayıp yeni görüş bildirme yasağının olduğu ve geç bir aşama olarak değerlendirilebilecek temyiz aşamasındayken Sözleşme’ye dayanıldığı yönündeki itirazlarını reddetmiştir. Yine İHAM tarafından kararda, temyiz başvurusunun bu sebeple reddedilmemiş olduğuna da ayrıca dikkat çekilmiştir. Karar için ayrıca bkz. *B./Fransa*, İHAM,13343/87, 25.03.1992, § 37-39.

atıf yapılarak ihlal iddiasının ileri sürülmüş olması beklenmemektedir.¹²⁷ Bu anlamda başvurunun, Sözleşme hükmünün iç hukukta karşılığı olan düzenlemeleri zikretmiş olması maddi anlamda tüketme için yeterli olmaktadır.¹²⁸ İHAM'ın ilkesel görüşü bu yönde olsa da Sözleşme'nin ulusal sisteme dahil olduğu ve bu sebeple uygulama alanı bularak başvurusunun doğrudan Sözleşme hükmüne dayanabildiği ülkelerde, Mahkemenin, daha katı

¹²⁷ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.883; Leach, s.143; *Castells/İspanya*, İHAM, 11798/85, 23.04.1992, § 27; *Gasus Dosier-und Fördertechnik GmbH/Hollanda*, İHAM, 15375/89, 23.02.1995, § 48-49; *Sidiropoulos ve Diğerleri/Yunanistan*, İHAM, 26695/95, 10.07.1998, § 27; *Arslan/Türkiye*, İHAM, 23462/94, 08.07.1999, § 33; *Erdoğan/Türkiye*, İHAM, 25723/94, 15.06.2000, § 38; *Lubina/Slovakya*, İHAM, 77688/01, 19.09.2006, § 62-64; *Ghigo/Malta*, İHAM, 31122/05, 26.09.2006, § 30-34; *Fleri Soler ve Camilleri/Malta*, İHAM, § 38-41; *L.L./Fransa*, İHAM, 7508/02, 10.10.2006, § 20-22; *Tønsbergs Blad AS ve Haukom/Norveç*, İHAM, 510/04, 01.03.2007, § 54; *Carson ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, İHAM, 42184/05, 16.03.2010, § 59-60; *Lelas/Hırvatistan*, İHAM, 55555/08, 20.05.2010, § 47-53; *Vučković ve Diğerleri/Sırbistan*, İHAM, 17153/11, 25.03.2014, § 78-91; *Muršić/Hırvatistan*, İHAM, 7334/13, 20.10.2016, § 72; *Chowdury ve Diğerleri/Yunanistan*, İHAM, 21884/15, 30.03.2017, § 62-68. İHAM, *Cardot/Fransa* kararında, başvurunun tarafı olmadığı bir davada aleyhine olan sanık ifadelerine itiraz edememesi sebebiyle hakkında verilen mahkûmiyet kararının, Sözleşme'nin 6/3(d) kapsamındaki hakkının ihlal edilmiş olduğu ileri sürülmüşse de, mahkemece başvurunun tüm yargılama aşamalarında bu kişilerin dinlenilmesini talebini 'özü itibarıyla' ileri sürmemiş olduğu dikkate alınarak başvuru kabul edilemez bulunmuştur. Karar için ayrıca bkz. *Cardot/Fransa*, İHAM, 11069/84, 19.03.1991, § 32-36. Ancak İHAM, ihlal iddiası bakımından benzerlik taşıyan *Saïdi/Fransa* kararında farklı bir sonuca ulaşmıştır. Mahkemece her ne kadar başvuru tarafından ilgili prosedüre uygun olarak tanıkların mahkemeye bildirilmediği tespit edilmişse de tanıkların dinlenilmesi zorunluluğunun Ceza Mahkemesine net bir şekilde iletilmiş olduğu belirtilmiştir. Bunun yanında başvurunun soruşturma dosyasında yüzleştirmenin gerekliliğine ilişkin beyanlarının olduğu, başvurunun üzerine atılı suçu sürekli reddederek tanık ifadelerinin güvenilirliğine ilişkin yeterli şüpheyi oluşturduğu, Fransız hukukunda esasen iddiaları ileri sürerek bunları kanıtlama görevinin savcılık makamına ait olduğu gözetilerek, ihlal iddiasının 'özü itibarıyla' ileri sürüldüğü ve taraf devlete ihlali önleme veya giderme fırsatının tanınmış olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Saïdi/Fransa*, İHAM, 14647/89, 20.09.1993, § 39-40.

¹²⁸ İHAM, *Sanocki/Polonya* kararında, taraf devletin açıkça ifade özgürlüğünün gündeme getirilmediği yönündeki itirazı karşısında, başvurunun Polonya Anayasasının 54. maddesinde yer alan bilgiyi yayma hakkına dayandığını ve bunun da Sözleşme'nin 10. maddesiyle paralel yönde olduğunu gözeterek itirazı reddetmiştir. Karar için ayrıca bkz. *Sanocki/Polonya*, İHAM, 28949/03, 17.07.2007, § 37-42. Yine Mahkemenin *Glaserapp/Almanya* kararında, Federal Anayasa Mahkemesi Kanununun 92. bölümünde hangi hakkın ihlal edildiğinin belirtilmesinin gerekli olduğu belirtilmişse de Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından bu kuralın, hükümetin iddia ettiği kadar mutlak olarak yorumlanmadığını ve başvurunun beyanlarından hangi hakkının ihlal edildiğinin tespit edilebildiği durumlarda, bunun Alman AYM'si tarafından yeterli görüldüğü belirtilmiştir. Mahkeme, bu sebeple Hükümetin ifade özgürlüğünün iç hukukta ileri sürülmediği yönündeki itirazını reddetmiştir. Karar için ayrıca bkz. *Glaserapp/Almanya*, İHAM, 9228/80, 28.08.1986, § 45.

bir yaklaşım sergileyerek, Sözleşmesel şikâyetin dile getirilmiş olmasını aradığı görülmektedir.¹²⁹

AYM'nin konuya bakışı da aynı şekilde, ihlal iddiasının en azından "özü itibarıyla" dile getirilmiş olması yönündedir.¹³⁰ Bu anlamda AYM kararları incelendiğinde:

- Yargılama aşamalarında; tanıkları bildirme imkânı sağlanmadığı¹³¹, tanıkların yeterince dinlenilmediği veya tanıklara soru sorulmasına izin verilmediği yönündeki itirazların ileri sürülmemesi¹³²,
- Temyiz veya karar düzeltme başvurularında duruşma yapılması talebinin ileri sürülmemesi¹³³,

¹²⁹ Örneğin İHAM *Ahmet Sadik/Yunanistan* kararında, başvurunun ifade özgürlüğü hakkının ihlali iddiasını iç hukuk yollarını tüketirken hiçbir şekilde gündeme getirmemesi bu kapsamda görülerek iç hukuk yollarının tüketilmediği sonucuna ulaşılmıştır. Karar için ayrıca bkz *Ahmet Sadik/Yunanistan*, İHAM, 18877/91, 15.11.1996, § 27-34. Bu kararda dikkate değer bir diğer husus, *Yargıç Martens* ve aynı görüşe katılan *Yargıç Foighel*'in ayrık görüşüdür. Ayrık görüşte, başvuruya konu olayla demokratik bir toplumda etnik azınlıkların hakları ile politikacıların ifade özgürlüğü konusunun gündeme getirildiği ve bu konuların Avrupa Konseyi için taşıdığı öneme dikkat çekilmiştir. Bunun yanında tüketme kuralının Sözleşme'ye taraf devletlerin uluslararası bir mahkeme kurulması yönündeki isteksizliklerinin bir kalıntısından ibaret olduğu ve Mahkemenin de bunu aşmak adına getirdiği, ihlal iddiasının "özü itibarıyla" ileri sürülmüş olması şeklindeki yorumunun kendi içerisinde belirsizlikleri taşıdığı ve Mahkemenin bu davada katı bir yaklaşım sergilediği vurgulanmıştır. Benzer şekilde ayrık görüşlerde katı yorum nedeniyle eleştirilen diğer bir karar için ayrıca bkz. *Azinas/Kıbrıs*, İHAM, 56679/00, 28.04.2004, § 37-41.

¹³⁰ *Sönmez Kaşıkçı*, AYM, 2014/466, 08.06.2016, § 38-41; *Yaşar Eriş*, AYM, 2014/756, 29.06.2016, § 34-37. AYM, *Hasibe Duluklu* kararında, başvuru tarafından ilk derece mahkemesi önünde sürülen yargılama safhasında tanıkları ve mağduru sorgulamak istediğine dair herhangi bir talepte bulunulmadığı ancak temyiz dilekçesinde mağdurun olayı gerçekleştirenin kendisi olduğunu nasıl anladığının Mahkeme tarafından araştırılmadığını ileri sürdüğü gözetilerek, mağdur dışındaki tanıklar hariç olmak üzere başvurunun iddialarını en azından "öz olarak" dile getirdiğinin ve incelemenin kapsamının mağdura soru sorma hakkıyla sınırlı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Hasibe Duluklu*, AYM 2014/10249, 13.04.2016, § 48-49. Yine AYM, *Eyüp Karul* kararında, iddia edilen hak ihlalinin cumhuriyet savcısı tarafından temyiz konusu yapılmasının ya da hükmedilen ceza miktarı dolayısıyla kararın resen temyiz incelemesine tabi olmasının, başvurunun temyiz mahkemesi önünde ihlal iddialarını en azından öz olarak ileri sürme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağını vurgulamıştır. Karar için ayrıca bkz. *Eyüp Karul*, AYM, 2014/2321, 26.10.2016, § 43.

¹³¹ *Ömer Sümer*, AYM, 2014/14336, 21.02.2019, § 24-26.

¹³² *Mustafa Can*, AYM, 2013/5874, 10.03.2015, § 32-33; *Mustafa Mehmet Günyeli*, AYM, 2013/2436, 24.03.2016, § 34-37.

¹³³ *Fulpet Akaryakıt Tic. ve San. Ltd. Şti.*, AYM, 2013/1834, 25.02.2015, § 50-59; *Fulpet Akaryakıt Tic. ve San. Ltd. Şti. (2)*, AYM, 2013/1833, 22.06.2015, § 62-63.

- İdare tarafından sunulan gizlilik dereceli bilgilerin kendisine tebliğ edilmediği ve bu bilgilerin hükme esas alındığına ilişkin herhangi bir iddianın karar düzeltme aşamasında sunulmaması¹³⁴,
- Mahkeme kararının faiz yönünden temyiz edilmemesi üzerine faiz yönünden kararın kesinleşmesi¹³⁵,
- Vekâlet ücreti yönünden temyiz ve karar düzeltme yolunda bozma talep edilmemiş olması¹³⁶,
- Ayrı ayrı dört farklı dava açılması gerektiği gerekçesiyle “dilekçenin reddi” kararı verilmesi üzerine, verilen esas kararlar birlikte itiraz ve karar düzeltme yolunda “dilekçenin reddi” kararının hukuka aykırı olduğu veya hak ihlaline neden olduğu yönünde itirazda bulunulmamış olması¹³⁷,
- Zamanaşımı itirazının temyiz aşamasında dile getirilmemesi¹³⁸,
- Jandarmanın gözaltına alınarak ağır işkence ve eziyetler gördüğüne dair iddiaların temyiz veya karar düzeltme yolunda ileri sürmeden yalnızca dava dilekçesinde yaralandığının belirtilmesi¹³⁹,
- Başvurucuların yargılamanın hiçbir aşamasında etnik kökenleri nedeniyle ayrımcılığa uğradıklarına ilişkin bir iddiayı ileri sürmemiş olmaları¹⁴⁰,

¹³⁴ Kamil Koç, AYM, 2012/660, 07.11.2013, § 40-41; Uğur Ayyıldız, AYM, 2012/574, 06.02.2014, § 41-42; Muharrem Keserci, AYM, 2012/575, 08.05.2014, § 41-42; Yümrü Dilek, AYM, 2013/4189, 21.05.2015, § 33-34; Hakan Atmaca, AYM, 2013/7871, 04.11.2015, § 28-29.

¹³⁵ Mümin Meriç, AYM, 2013/7204, 20.02.2014, § 35; Adnan Keskin, AYM, 2013/8613, 28.05.2014, § 48-50; Mehmet Sever, AYM, 2013/762, 17.11.2014, § 27-28; Hıdır Ateş, AYM, 2014/499, 16.03.2016, § 35-37. Benzer yönde alacak davasında faiz talep edilmemiş olması nedeniyle kabul edilebilir bulunmayan bir diğer başvuru için ayrıca bkz. Hakan Coşkun, AYM, 2013/4785, 15.04.2014, § 30-32. Sendikal haklarının ihlal edildiğini, alacak miktarının ve faizin yanlış hesaplandığının derece mahkemesinde ve temyiz safhasında ileri sürülmediği gerekçesiyle kabul edilebilir bulunmayan bir diğer başvuru için ayrıca bkz. Cemal Ay, AYM, 2013/8674, 16.10.2014, § 33-37.

¹³⁶ Tayibe Özkantaş, AYM, 2013/6314, 20.03.2014, § 40-42.

¹³⁷ Ömer Topuz, AYM, 2013/6833, 03.04.2014, § 34-35.

¹³⁸ Arif Sarıgül, AYM, 2013/8324, 23.02.2016, § 32-34.

¹³⁹ Şemsettin Özmen, AYM, 2014/10683, 17.11.2016, § 26-28.

¹⁴⁰ Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya, AYM, 2013/1280, 28.05.2014, § 40-47; Laden Elbezian, AYM, 2013/4551, 10.12.2014, § 32-43; Mehmet Demir ve diğerleri, AYM, 2013/1579, 15.10.2015, § 50-51; Ramazan Acar, AYM, 2013/7939, 15.12.2015, § 38-39; Genco Acar, AYM, 2013/7938, 16.12.2015, § 38-39; Abdulkadir Güneş, AYM, 2013/4347, 30.03.2016, § 27-28; Salih Alkan, AYM, 2013/4747, 31.03.2016, § 35-36; Emine Yetişecek ve diğerleri, AYM, 2013/4496, 20.04.2016, § 76-77.

- Temyiz aşamasında sendikal hakkın ihlal edildiğinin ileri sürülmemiş olması¹⁴¹

hâlinde kanun yollarının maddi anlamda tüketilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

AYM'nin bu konuda eleştiriye açık olan kararlarında, tüketme koşuluna ilişkin dar ve şekilci bakış açısından kurtulamadığı görülmektedir. Mahkemenin özellikle başvuru içrisinde bulunduğu özel durumu göz önüne alarak, ihlal iddiasının ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığını değerlendirmede ve hiçbir şekilde ihlal iddiasına konu hak bakımından ayrıma gitmediği görülmektedir.¹⁴² AYM'nin bu yöndeki yaklaşımı nedeniyle, esas inceleme için başvuru içrisinde ihlal iddialarını muhakkak “özü itibarıyla” bireysel başvurudan önce ileri sürmeleri gerektiği vurgulanmalıdır.

E. TÜKETİLMESİ GEREKLİ KANUN YOLUNUN NİTELİKLERİ

Tüketme kuralının uygulama alanı bulması ancak kanun yolunun bünyesinde bazı alt koşulları/nitelikleri taşımasına bağlıdır. Bu anlamda şayet kanun yolu gerekli nitelikleri taşımazsa, o kanun yolunun tüketilme zorunluluğu gündeme gelmeyecektir.

Bir kanun yolunun tüketilmesi zorunlu “etkili bir hukuk yolu” olabilmesi için hem teoride hem de pratikte mevcut yani “erişilebilir”, “yeterli”, “etkili” ve “başvurucusuna makul ölçüde bir başarı şansı sunması” gerekmektedir.¹⁴³ Görüldüğü üzere alt koşullar, hem bireysel başvuru usulü bakımından tüketilmesi gerekli kanun yolunun niteliklerini ortaya koymakta hem de kural bakımından, tüketilme zorunluluğunun olup olmadığını tespit etmeye yaramaktadır.

Yasal düzenlemelerde yalnızca olağan kanun yollarının tüketilmesinin şart olarak koşulduğu, kanun yolunun taşıması gereken niteliklerine ilişkin alt koşullara açıkça yer verilmediği görülmektedir.¹⁴⁴ Hiç şüphesiz bu durum, alt koşulların aranmayarak her olağan kanun yoluna başvuru zorunlu olduğu anlamına gelmemektedir.

¹⁴¹ Şenol Bülbul, AYM, 2013/5390, 30.06.2014, § 47-49.

¹⁴² Şirin, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, s. 111-112.

¹⁴³ Dallos/Macaristan, İHAM, 29082/95, 01.03.2001, § 39.

¹⁴⁴ Şirin'e göre, “kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvurudan önce tüketilmiş olması gerekir” şeklindeki kuralda “gizli boşluk” bulunmaktadır. Bu sebeple teolojik gözden geçirme yapılarak kanun yolları ifadesine “etkili” sıfatı eklenerek “etkili kanun yolları” şeklinde anlaşılması gerekir. Aksi durumda, kanunun öngördüğü belirsiz sayıda kanun yoluna başvuru yapılması zorunluluğu doğacaktır ki, bu durumda, bireysel başvuru usulünün amacı ve özü zarar görecektir. Bu yönde detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Şirin, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı**, s. 122-123.

Nitekim AYM’de *Taner Kurban*¹⁴⁵ kararında, yasal düzenlemede yer verilen olağan başvuru yolları ibaresinin, başvuru yollarının şikâyetleri açısından makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olarak anlaşılması gerektiğini ve olağan başvuru yollarının tamamının tüketilmesi ibaresinin katı bir şekilde yorumlanması hâlinde, birtakım başvurular açısından bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmayan neticelere yol açabileceğini belirtmiştir. Bu nedenle AYM’ye göre, olayın özel şartları içinde etkisiz ve yetersiz olan bir kanun yolunun tüketilmesi aranmayarak, her bir başvuru yolunun somut başvurular açısından etkili olup olmadığının münferiden denetlenmesi gerekmektedir.¹⁴⁶

Önemle belirtmek gerekir ki, bu alt koşullar kümülatif nitelikte olup herhangi birinin bulunmaması hâlinde kanun yolunun gerekli nitelikleri taşımadığı ve bu sebeple tüketilmesinin zorunlu olmadığı sonucu doğacaktır. Bunun yanında, alt koşulların bazılarının birbirinden kolaylıkla ayrılamayacağı, içtihat bu yönde birbirlerinin tamamlayıcısı nitelikte oldukları da belirtilmelidir. Örneğin, kanun yolunun etkili veya yeterli olması aşağıda ayrı ayrı ele alınmışsa da bu alt koşullar içtihatla beraber anılmakta ve birbirlerinin tamamlayıcısı nitelikte rol almaktadırlar.

Yine öğreti, içtihat ve uygulamada genel itibarıyla bu alt koşulların bulunduğu hâllerde kanun yolunun “*etkili bir hukuk yolu*” olarak ifade edildiği görülmektedir. Böylesi bir kullanımın alt koşullardan sadece biri olan “etkililik” kriteri bakımından bir değerlendirme yapıldığı yönünde yanlış anlaşılmaya sebep olma ihtimali bulunsada; bu kullanımla kastedilenin, yalnızca etkililik alt koşulu bakımından olmadığını, tüm alt koşulların kümülatif birlikteliği olduğu belirtilmelidir. Bu noktalara değinildikten sonra tüketilmesi gerekli kanun yolunun taşınması gereken nitelikler (alt koşullar) ele alınabilir.

1. Erişilebilirlik

Bir kanun yolunun erişilebilir (ulaşılabilir) olması, başvuru yollarının somut olarak o yola doğrudan başvuru yapma imkânına sahip olmasını ifade eder. Bu anlamda bir kanun yoluna

¹⁴⁵ *Taner Kurban*, AYM, 2013/1582, 07.11.2013, § 20.

¹⁴⁶ Aynı yönde bir diğer karar için ayrıca bkz. *Gürsel Özkan*, AYM 2013/2213, 08.05.2014, § 19.

doğrudan, herhangi bir merci aracı kılınmaksızın, başvuru yapabilme imkânının bulunmadığı hâllerde, kanun yolunun erişilebilir nitelikte olmadığı söylenecektir.¹⁴⁷

Örneğin, Yargıtay veya Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazı yolunda, ilgili Başsavcılık tarafından resen veya istem üzerine harekete geçilmekle birlikte, bu konuda takdir merci ilgili başsavcılıktır. Yine kanun yararına bozma yolunda, bu yola başvurulmasındaki takdir yetkisinin Adalet Bakanlığında olduğu görülmektedir. Her iki durumda da başvuru bu yolu kendisi doğrudan işler kılammakta, başka mercilerin takdirine bağlı olarak kanun yoluna başvuru imkânı doğmaktadır. Böylesi durumlarda bu nitelikteki kanun yollarının, başvurucaunun önünde fiilen başvurarak işler kılabilceğı bir yol olmaması nedeniyle, “erişilebilir” nitelikte olmadığı söylenecektir. Nitekim AYM'ye göre kanun yararına bozma¹⁴⁸ veya yargılamanın yenilenmesi yolu¹⁴⁹, ‘erişilebilir’ nitelikte olmadığı için tüketilmesi gerekli değildir.¹⁵⁰

Konu örneklerle daha da somutlaştırılacak olursa, başvurucaunların Anayasa Mahkemesine doğrudan başvurma imkânının bulunmadığı durumlarda da bu yolların ‘erişilebilir’ nitelikte

¹⁴⁷ Leach, s.145; Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-2**, s.562; Karan, s.84; Karaarslan, s.23.

¹⁴⁸ *Menduh Ataç*, AYM, 2013/1751, 13.06.2013, § 16.

¹⁴⁹ *Lokman Sapan*, AYM, 2013/723, 21.11.2013, § 21; *Ümit Tekin*, AYM, 2013/781, 26.03.2018, § 18. Ancak AYM'ye göre, “yargılamanın yenilenmesi” yolu her ne kadar bir olağanüstü kanun yolu olarak düzenlenmiş ise de yerel mahkemece bu talebin kabul edilmesi hâlinde duruşmanın açılarak, yargılama sonucunda yeni bir hükmün verilmesi ve bu hükme karşı kanun yollarına başvurma imkânı olduğundan etkili hâle gelmekle tüketilmesi gerekmektedir. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *İlhan Yüksel Ekşioğlu*, AYM, 2014/1572, 23.07.2014, § 43-46; *Aziz Yıldırım (3)*, AYM, 2014/1957, 23.07.2014, § 55-58; *Orhan Eren*, AYM, 2014/3003, 09.03.2017, § 33-34; *Murat Eren*, AYM, 2016/4638, 21.03.2019, § 16-19. Aynı çıkarım diğer olağanüstü kanun yollarına ilişkin taleplerin ilgili makamlarca kabul edilmiş olması hâlinde de uygulanacaktır. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Fahamettin Onur Saçar*, AYM, 2014/4081, 21.06.2017, § 20-24; *A.A.*, AYM, 2014/1357, 22.06.2017, § 18-22; *Galip Öztürk*, AYM, 2014/15854, 19.12.2017, § 17-20. AYM'nin *Ali Önal* kararına konu olayda başvurucaunun Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 5271 sayılı Kanun'un 308. maddesi uyarınca gerçekleşen talebi, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca incelenerek reddedilmiştir. AYM, bu durumda “süre kuralına” ilişkin değerlendirmesini yaparken, olağanüstü bir kanun yolu olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yetkisinin somut olayın özel koşullarında geldiği aşamayı dikkate alarak etkili bir yol olarak görülmesi gerektiğini belirtmiş ve bireysel başvuruda süre aşımının bulunmadığına karar vermiştir. Karar için ayrıca bkz. *Ali Önal*, AYM, 2015/11798, 25.05.2017, § 43-46. Benzer yönde bir diğer karar için ayrıca bkz. *Fuat Karaosmanoğlu*, AYM, 2013/9044, 05.11.2014, § 37-47.

¹⁵⁰ Olağanüstü kanun yolları, ‘erişilebilir’ ve ‘etkili’ olmadıkları için tüketilmeleri gerekmez. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Öztürk/Türkiye*, İHAM, 22479/93, 28.09.1999, § 45; *Assanidze/Gürcistan*, İHAM, 71503/01, 08.04.2004, § 127; *Sakhnovskiy/Rusya*, İHAM, 21273/03, 02.11.2010, § 43; *Tarantino ve Diğerleri/İtalya*, İHAM, 25851/09, 02.04.2013, § 30.

olmadıkları söylenecektir.¹⁵¹ Örneğin somut norm denetimi yolu ancak yerel mahkemenin takdiri doğrultusunda işlerlik kazanabildiğinden, bu yolun tüketilmesi beklenmeyecektir. Yine benzer çıkarımlar yürütmenin takdirine bağlı olarak işletilebilen hukuk yolları için de geçerlidir. Bu anlamda şayet bir hukuk yolu ancak yürütme organlarına yapılacak başvuru neticesinde ‘takdire bağlı’ olarak işler kılınabiliyorsa; bu yolların erişilebilir nitelikte olmadıkları söylenecektir.¹⁵²

Bir kanun yolunun “erişilebilir” nitelikte olması için kanun yolunun hem teoride hem de pratikte yeterli kesinlikte var olması şarttır. Kanun yolunun teoride var olduğunun söylenebilmesi için başvuru şekli ve koşullarının objektif olarak düzenlenmiş olması gerekir. Bu anlamda kanun yollarının teoride objektif olarak; eksik, karmaşık veya çelişkili olması o yolların erişilebilir nitelikte olmadıkları sonucunu doğurabilir. Örneğin İHAM, *Brozicek/İtalya*¹⁵³ kararında, Hükümet tarafından tüketilmediği ileri sürülen “geç temyiz” yolunun Ceza Muhakemesi Kanununun 500 ve 199. maddelerinin yargısal yorumuyla ortaya çıktığını, yasal düzenlemede yeteri açıklıkta yer almadığını ve başvuru süresi için öngörülen 3 günlük sürenin, kısılalığı bir kenara, başlangıcının da taşıdığı belirsizlik sebebiyle, bu yolun, başvuru bakımından yeteri oranda erişilebilir olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

¹⁵¹ İHAM tarafından, İtalyan hukuk sisteminde bireylerin doğrudan Anayasa Mahkemesine başvuru yapma imkânlarının bulunmadığı gözetilerek, bu hukuk yolunun başvuru açısından “erişilebilir” nitelikte olmaması nedeniyle, tüketilmesi gerekli görülmemiştir. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Padovani/İtalya*, İHAM, 13396/87, 26.02.1993, § 20; *Spadea ve Scalabrino/İtalya*, İHAM, 12868/87, 28.09.1995, § 24; *Cordova/İtalya*, İHAM, 40877/98, 30.01.2003, § 32; *Parrillo/İtalya*, İHAM, 46470/11, 27.08.2015, § 101. Benzer yönde bir diğer karar için ayrıca bkz. *Tănase ve Chirtoacă/Moldova*, İHAM, 7/08, 18.11.2008, § 78-80.

¹⁵² İHAM, *Burden ve Burden/Birleşik Krallık* kararında, Hükümetin başvuru sahiplerinin insan hakları kanununa dayanarak, söz konusu mevzuatın Sözleşme’de tanınan haklarını ihlal ettiğine dair bir uyuşmazlık tespiti için başvuru imkânına sahip olduklarını ileri sürülerek yaptığı itirazında, böyle bir tespitin yalnızca yetkili bakanlığa söz konusu yasal düzenlemeyi değiştirme hakkı verdiği, bu anlamda bakanlığın takdirine bağlı bir yol olduğunu ve bu nedenle “erişilebilir” nitelikte olmadığı sonucuna varılarak bu yolun tüketilmesi gerekmediği sonucuna ulaşmıştır. Ancak bu kararda dikkate değer husus, İHAM tarafından, bu yolun kullanıldığı on üç davanın onunda yerel mahkemelerce yapılan tespitten sonra ilgili değişikliklerin gerçekleştiği göz önüne alınarak bunun bir pratiğe dönüşmesi hâlinde bu yolun etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilme ihtimali olabileceğine dikkat çekilmesidir. Karar için ayrıca bkz. *Burden ve Burden/Birleşik Krallık*, İHAM, 13378/05, 12.12.2006, § 30-40. Benzer yönde ‘takdire bağlı’ işletilebildikleri için başvuru bakımından erişilebilir olmayan kanun yollarının tüketilmelerinin gerekmediği sonucuna varılan kararlar için ayrıca bkz. *A, B ve C/İrlanda*, İHAM, 25579/05, 16.12.2010, § 150; *Frăsilă ve Ciocîrlan/Romanya*, İHAM, 25329/03, 10.05.2012, § 68.

¹⁵³ *Brozicek/İtalya*, İHAM, 10964/84, 19.12.1989, § 31-33.

Yine ihlal iddiasının Anayasa veya yasa kaynaklı sistematik sorunlardan kaynaklandığı durumlarda kanun yollarının erişilebilir nitelikte olmadıkları sonucuna varılabilir.¹⁵⁴ Bu anlamda örneğin, İHAM tarafından, *Johnston/İrlanda*¹⁵⁵ kararında, boşanma yasağına ilişkin ihlal iddiasının doğrudan İrlanda Anayasasından kaynaklanması sebebiyle erişilebilir bir hukuk yolunun olmadığına karar verilmiştir.

Hukuk yolunun yalnızca teoride var olması yetmez; aynı zamanda pratikte de var olması gerekir.¹⁵⁶ Hiç şüphesiz bir hukuk yolunun pratikte de var olduğunun tespiti, aynı veya benzer ihlal iddiasına ilişkin somut içtihadın olup olmadığına bağlıdır.¹⁵⁷ Bu hâlde kanun yolunun pratikte de mevcut olduğunun söylenebilmesi için ortaya somut içtihatların konulması gerekir. Somut içtihatların olmadığı durumlarda, hukuk yolunun yeterli kesinlikte ulaşılabilir olduğu söylenemeyecektir. Nitekim İHAM tarafından, isabetli bir yaklaşımla, taraf devletlerin yalnızca hukuk yolunu işaret ederek yaptıkları itirazlar yeterli görülmemekte ve somut içtihatların sunulması beklenmektedir. Somut içtihatların sunulmaması hâlinde ise Mahkemece tüketilmediği ileri sürülen hukuk yolları dikkate alınmamaktadır.¹⁵⁸ Örneğin İHAM, *De Jong, Baljet, Van Den Brink/Hollanda*¹⁵⁹ kararında, taraf devletin Hollanda Medeni Kanununun 1041. maddesinde belirtilen tazminat yolunun tüketilmediği yönündeki itirazını, başvuruyla aynı durumda olan kişiler bakımından tazminat alındığına dair tek bir somut içtihat sunulmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkemeye göre somut içtihatların yokluğu, kanun yolunun taşıdığı belirsizliğin uygulamadaki somut göstergesidir.

¹⁵⁴ Örneğin İHAM tarafından, *L./Litvanya* kararında, transseksüel bireyin cinsiyet değiştirme operasyonunu yapabilmesi için gerekli uygulama yasasının meclis tarafından hâlen çıkarılmadığı ve Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararın başvuru tarihinden önce olduğu gözetilerek tüketmeme yönündeki itirazlar reddedilmiştir. Karar için ayrıca bkz. *L./Litvanya*, İHAM, 27527/03, 11.09.2007, § 33-36.

¹⁵⁵ *Johnston/İrlanda*, İHAM, 9697/82, 18.12.1986, § 45-46.

¹⁵⁶ *De Jong, Baljet ve Van Den Brink/Hollanda*, İHAM, 8805/79, 22.05.1984, § 39.

¹⁵⁷ İHAM, *Marini/Arnavutluk* kararında, yargılama süresinin makul olmadığı iddiasına ilişkin Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ve Hükümet tarafından sunulan herhangi bir kararının olmadığını belirterek ihlal iddiası bakımından kanun yolunun belirsizlik taşıdığı sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Marini/Arnavutluk*, İHAM, 3738/02, 18.12.2007, § 156.

¹⁵⁸ *Vallianatos ve Diğerleri/Yunanistan*, İHAM, 29381/09, 07.11.2013, § 57.

¹⁵⁹ *De Jong, Baljet, Van Den Brink/Hollanda*, İHAM, § 39.

Nitekim AYM, *Fatma Yıldırım*¹⁶⁰ kararında, taşınmazların satışından elde edilen bedelin icra müdürlüğünce yaklaşık dokuz yıl süren sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde nemalandırılmamış olması nedeniyle devlet aleyhine tazminat davası açılmasının teorik olarak mümkün olmasına rağmen, sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde, ihale bedelinin nemalandırılmasını öngören herhangi bir hukuki düzenleme bulunmamasından dolayı ve 2004 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca açılacak tazminat davasının başarılı olacağını gösteren somut bir veri tespit edilemediği için bu yolun tüketilmesinin gerekmediği sonucuna ulaşmıştır.

Erişilebilirlik alt koşulu bu şekilde izah edilebilirse de teorik düzenleme ile uygulamanın keskin bir şekilde ayrıştığı noktalarda alt koşulun varlığı konusunda belirsizlik yaşanabilir. Hiç şüphesiz kanun yolları teorik düzenlemelerle varlık kazansa da içtihatlarla belirginleşmekte ve hatta bazı durumlarda içtihatlar, kanuni düzenlemeyi aşar boyutta olabilmektedir.¹⁶¹ Bu gibi

¹⁶⁰ Mahkeme kararında şu önemli tespitlerde de bulunmuştur; “Başvuru yollarının tüketilmesi gereğinden söz edilebilmesi için öncelikle hukuk sisteminde, hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişinin başvurabileceği idari veya yargısal bir hukuki yolun öngörülmüş olması gerekmektedir. Ayrıca bu hukuki yolun, iddia edilen ihlalin sonuçlarını giderici, etkili ve başvuru açısından makul bir çabayla ulaşılabilir nitelikte olması ve sadece kâğıt üzerinde kalmayıp fiilen de işlerliğe sahip bulunması gerekmektedir. Olmayan bir hukuki yolun tüketilmesi başvurucudan beklenemeyeceği gibi hukuken veya fiilen etkili bulunmayan, ihlalin sonuçlarını düzeltici bir vasfı taşımayan veya ölçülü olmayan bir takım şekli koşulların öngörülmesi nedeniyle fiilen erişilebilir ve kullanılabilir olmaktan uzaklaşan başvuru yollarının tüketilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.” Karar için ayrıca bkz. *Fatma Yıldırım*, AYM, 2014/6577, 16.02.2017, § 39-43.

¹⁶¹ Mahkemeler, içtihatlarla türetilen hukuk yollarının da tüketilmelerini beklemektedirler. Bu anlamda teorik olarak ayrıca ve açıkça kanun yollarının belirgin olmadığı durumlarda, içtihatlarla başvuru imkânının sağlanması hâlinde bu yollara başvuru yapılması gerekecektir. Örneğin AYM, *Erdem Yurdaer* kararında, İHAM içtihadına atıfla, şu tespitlerde bulunmaktadır: “Nitekim AİHM, benzer bir şekilde, başvuru tazminat ödenmeksizin taşınmazın elinden alınması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürdüğü 15/5/2012 tarih ve 42936/07 numaralı *Altunay/Türkiye* kararında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, Kasım 2009 tarihinde daha önceki içtihadında değişikliğe gittiğini, AİHM’nin bu konudaki içtihatlarına dayanarak, tapu kayıtlarındaki yanlış kayıtlardan kaynaklanan aynı hak ya da menfaatleri kaybolmuş ya da kısıtlanmış olanların tapu kayıtlarındaki düzensizliklerden dolayı Devleti sorumlu tutabileceğine hükmettiğini, kişilerin tapularının ait olduğu arazilerin orman arazisi olması nedeniyle iptal edildiğinde 4721 sayılı Kanun’un 1007. maddesi uyarınca tazminat talep edebileceklerini ilan ettiğini, tazminat miktarının söz konusu arazinin kullanılma şekli, niteliği ve değeri temelinde muhtemel getirisi ve emsal değerlerin dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiğine dikkat çektiğini, bu başvuru yolunun halen düzenli olarak kullanılmakta olduğunu, ulusal mahkemelerin AİHM’nin içtihatlarını ve AİHS’ye Ek 1 No’lu Protokolün 1. maddesine dayanarak ilgili mevzuat hükümlerini uyguladıklarını, başvuru tapu belgesinin iptali yönündeki kararın kesinleşmesinden itibaren 10 yıl içinde tazminat talebinde bulunabileceğini belirterek, iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir.” Karar için ayrıca bkz. *Erdem Yurdaer*, AYM, 2012/1315, 16.04.2013, § 30-31. Benzer yöndeki diğer kararlar için ayrıca bkz. *Nazmiye Akman*, AYM, 2013/1012, 16.04.2013, § 30-31; *Mahmut Koç*, AYM, 2014/1724, 01.02.2017, § 32-33; *Aydemir Güvener*, AYM, 2014/15223, 05.10.2017, § 35-37.

durumlarda da erişilebilir nitelikte bir kanun yolundan bahsetmek mümkün olacak mıdır? Elbette ki bu yönde farklılaşma, kanun yolunun erişilebilir olma özelliğine zarar verecektir. Nitekim İHAM, *Ciubotaru/Moldova*¹⁶² kararında, kimlikte yer alan etnik köken bilgisinin değiştirilme şartlarına ilişkin hükümet tarafından örnek olarak sunulan içtihat ile kanun hükmünün açıkça çeliştiğini göz önüne alarak, başvuru yolunun tüketilmesini gerekli görmemiştir. Bu durum, teoride yer alan düzenlemeler ile uygulamanın paralel nitelikte olmasının gerektiğini göstermektedir. Aksi durumda, kanun yolunun yeterli kesinlikte ‘erişilebilir’ olmadığı sonucu doğabilecektir.

Sonuç olarak; buraya kadar yapılan anlatımlar kısaca özetlenecek olursa, “*erişilebilirlik*” alt koşulunun gerekleri için,

- Kanun yolu doğrudan başvuru tarafından işler kılınmalı ve herhangi bir merciin “takdirine bağlı” olmamalıdır.
- Kanun yolu hem teoride hem de pratikte yeterli kesinlikte “mevcut” olmalıdır.
- Kanun yolunun pratikte de var olduğunun söylenebilmesi için somut içtihatların var olması gerekir.

2. Etkililik

Bir kanun yolunun “etkili” olması, kanun yolunun ihlalin ortaya çıkmasını engellemesi veya ihlal hâlen devam ediyorsa bunun durdurulmasını sağlayabilmesi ya da artık ihlal ortaya çıkmışsa meydana gelen zararların giderebilmesini ifade etmektedir.¹⁶³ Bu anlamda kanun yolunun başvurucuya bu konuda doğrudan garanti vermesi gerekmekte, yalnızca bu yola başvurulduğu takdirde, ihlali önleyici/durdurucu/tazmin edici nitelikte olması yeterli görülmektedir.¹⁶⁴ Sonuç olarak; ‘etkililik’ alt koşulunun, kanun yolunun ihlal iddiası

¹⁶² *Ciubotaru/Moldova*, İHAM, 27138/04, 27.04.2010, § 33.

¹⁶³ Doğru, Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-2*, s. 564; Karan, s.84, *Namat Aliyev/Azərbaycan*, İHAM, 18705/06, 08.04.2010, § 60.

¹⁶⁴ Şirin, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, s. 119; Karaarslan, s.25.

karşısındaki önleyici/durdurucu/tazmin edici özelliklerine ilişkin bir kapasite testi olduğu söylenebilir.¹⁶⁵

Bu anlatımlar somutlaştırılacak olursa;

Bir kanun yolunun etkili olabilmesi “ihlali engelleyici/durdurucu” özellikte olmasına bağlıdır. Örneğin, sınır dışı edilme sonucunda Sözleşme’nin 3. maddesi kapsamında bir ihlalin oluşacağı iddiasıyla yapılan başvurularda, kural olarak, sınır dışı etme kararlarına karşı yargı makamlarına yapılacak başvurunun, işlemi ‘askıya alma’ özelliğinin bulunması gerekmektedir. Şayet başvuru yolunun sınır dışı işlemine karşı ‘askıya alma’ özelliği bulunmamaktaysa, bu yolun etkili olmadığı söylenecektir.¹⁶⁶ Yine anayasa şikâyeti kurumunun etkili olabilmesi, hak ihlalinin engelleyici/durdurucu özellikte olmasına bağlıdır. Bu anlamda örneğin, anayasa mahkemelerinin yaptığı inceleme yalnızca anayasa uygunluk denetimi ile sınırlı kalarak hak ihlalinin önlenmesini veya giderilmesini sağlamıyorsa bu yol, etkili olarak kabul edilemeyecektir.¹⁶⁷

Bir kanun yolunun etkili olabilmesi, “telafi kabiliyetini haiz” nitelikte olmasına bağlıdır. Burada ikili bir ayrıma gitmek gerekir; ihlalin henüz gerçekleşmediği veya devam ettiği

¹⁶⁵ Bu kapasite testi her bir Sözleşmesel hak ve ihlal iddiası bakımından farklı gerekliliklerin kanun yolunda bulunmasını gerektirebilir. Örneğin İHAM’ın *T.W./Malta* ve *Aquilina/Malta* kararlarında başvuru, Sözleşme’nin 5/3 maddesinin ihlalden yakınmaktadır. Mahkeme, Sözleşme’nin bu düzenlemesinin bir suç işlediği kuşkusuyla gözüaltına alınan veya tutulan bir kimseye, her türlü keyfi veya haksız özgürlükten yoksun bırakmaya karşı güvence sağladığını belirterek gözüaltına alınan kişinin önüne çıkarıldığı yargısal görevlinin, tutulan kişiyi bizzat dinleyerek, tutmanın lehine ve aleyhine olan koşullarını incelemeye, hukuki kriterlere dayanarak tutmayı haklı kılan sebeplerin bulunup bulunmadığına bakmaya ve bu tür sebepler yoksa salıverilmesine karar vermeye yetkili olmasını gerektirdiğini ve bu incelemenin derhâl ve otomatik olarak yapılmış olması gerektiğini belirtmektedir. Ancak söz konusu başvurularda, başvuru, önüne çıkarıldığı sulh yargıcının kendiliğinden ve otomatik olarak bu tür bir denetimi yapma yetkisine sahip olmaması nedeniyle Sözleşme’nin 5/3 maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu hâlde, bahsi geçen hukuk yolunun etkili bir hukuk yolu olması için gerekli olan ihlali önleyici/durdurucu kapasitelerini taşımadığı görülmektedir. Kararlar için ayrıca bkz. *T.W./Malta*, İHAM, 25644/94, 29.04.1999, § 28-48; *Aquilina/Malta*, İHAM, 25642/94, 29.04.1999, § 33-55.

¹⁶⁶ *Bozano/Fransa*, İHAM, 9990/82, 18.12.1986, § 48; *Sultani/Fransa*, İHAM, 45223/05, 20.09.2007, § 47-51; *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, İHAM, 30471/08, 22.09.2009, § 56-59; *M.S.S./Belçika ve Yunanistan*, İHAM, 30696/09, 21.01.2011, § 387-388; *Hirsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya*, İHAM, 22765/09, 23.02.2012, § 198.

¹⁶⁷ Örneğin İHAM, *Csikos/Macaristan* kararında, Macaristan Anayasa Mahkemesi’nin, yalnızca yasaların anayasaya uygunluğu denetimi yaptığını, mahkeme kararının hak ihlaline sebep olan işlem veya eylemi ortadan kaldıramadığını göz önüne alarak başvuru yolunun etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Csikos/Macaristan*, İHAM, 37251/04, 05.12.2006, § 14-19.

durumlarda kanun yolunun, ihlali durdurucu/engelleyici özellikte olması hâlinde telafi kabiliyetini haiz özellikte olduğu söylenebilecektir. Ancak ihlalin sona ermiş olduğu ve bu sebeple geriye dönük bir etki ile ihlalin ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı durumlarda, kanun yolunun uygun bir giderim sağlaması şarttır. Bu yönde giderim, tazminat yoluyla mümkün olacaktır.¹⁶⁸ Örneğin hâlen gözaltı veya tutukluluğun devam ettiği süreçte, tutulma koşullarına ilişkin Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından bir ihlal iddiası söz konusu ise, tazminat tek başına etkili olmayacaktır. Bu hâlde tazminat, tek başına, ancak tutmanın sona erdiği veya tutulma koşullarının iyileştirilmiş olması durumunda “etkili” kabul edilebilecektir.¹⁶⁹ Ancak bazı durumlarda kanun yolunda yalnızca tazminat verilmesi uygun bir giderim olarak kabul edilemez. Bu gibi durumlarda ihlalin sorumluların da ortaya çıkarılması için gerekli usuli güvencelerin sağlanması gerekir. Özellikle Sözleşme'nin 13. maddesinin gereği olarak, Sözleşme'nin 2. veya 3. maddesi kapsamındaki ihlal iddialarında, tazminatla birlikte, sorumluların tespiti ile cezalandırılması için etkili bir cezai prosedürün yürütülmesi gerekmektedir.¹⁷⁰

Bir kanun yolunun etkili olması, başvuru sonucunda verilen kararların “bağlayıcı” nitelikte olmasına bağlıdır. Bu anlamda başvurulacak makamın verdiği kararlar tavsiye niteliğinde olup “bağlayıcı” nitelikte değilse, başvurulacak yolun etkili olmadığı söylenecektir. Örneğin, Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsman)¹⁷¹ veya Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun kararları tavsiye niteliğinde olduğu için bireysel başvuru mekanizması bakımından bu yollar “etkili” kabul edilemezler.¹⁷²

Bir kanun yolunun etkili olması başvuru sonucunda verilen kararların “ne kadar sürede/hızda” verildiğine de bağlıdır. Kanun yolu, ihlal hâlen devam ediyorsa ihlali derhâl

¹⁶⁸ *Orchowski/Polonya*, İHAM, 17885/04, 22.10.2009, § 109.

¹⁶⁹ *Harachiev ve Tolumov/Bulgaristan*, İHAM, 15018/11, 08.07.2014, § 224; *Varga ve Diğerleri/Macaristan*, İHAM, 14097/12, 10.03.2015, § 48.

¹⁷⁰ *Aksoy/Türkiye*, İHAM, § 98.

¹⁷¹ *Eğmez/Kıbrıs*, İHAM, 30873/96, 21.12.2000, § 66; *Denizci/Kıbrıs*, İHAM, 25316/94, 23.05.2001, § 362.

¹⁷² Murat Şen, “Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı”, in: **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**, Hüseyin Turan, Recep Kaplan (Ed.), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., 2015, s.95.

durdurmalıdır.¹⁷³ Buradaki sürenin tespitinde hiç şüphesiz ihlal edilen hakkın niteliğine göre yapılan değerlendirme değişecektir. Örneğin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamındaki ihlal iddiaları bakımından, kanun yolunun ihlali durdurucu özelliğinin 'derhâl' olması beklenenecektir. Yine yargılama süresinin makul olmaktan çıktığı durumlarda, başvuru kanun yolu etkisiz hâle gelebilecektir. Bu durumda başvuru kanun yolunun sonucunu beklemesi ya da aynı ihlal iddiası için öngörülen başka başvuru yollarına gitmesi beklenmeyecektir.¹⁷⁴ Ancak bu değerlendirmenin her bir davanın kendi özel koşulları çerçevesinde değerlendirmeye muhtaç olduğu açıktır. Bu anlamda uyuşmazlık konusu olayın karmaşıklığı, taraf sayısı vb. çeşitli faktörler etkililik kriterine ilişkin yapılacak değerlendirmeyi etkileyebilecektir. Yine örneğin, Sözleşme'nin 5/4 hükmü gereğince tutmanın yasallığı konusunda 'süratle' bir yargısal karar verilmesi ve şayet tutma hukuka aykırı ise tutmanın sona erdirilmesi gerekmektedir. Aksi hâlde kanun yolu yeterli hızla ihlali sona erdiremediğinden Sözleşme'nin 5/4 düzenlemesine göre 'etkili' kabul edilemeyecektir.¹⁷⁵

Etkililik alt koşulu bakımından AYM'nin kararları incelendiğinde, kamuoyunda gündem olması itibarıyla diğerlerine nazaran öne çıkmış *Yaman Akdeniz ve Diğerleri (Twitter)*¹⁷⁶ ile *Youtube*¹⁷⁷ kararları dikkat çekmektedir. AYM, her iki kararında da idare mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararlarının icra edilmemiş olduğunu ve ihlal iddiasının taşıdığı önemi dikkate alarak, siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi karşısında, ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağladığının söylenemeyeceği ve böylece başvuru kanun yolunun, idare

¹⁷³ İHAM, *Ciorap/Moldova* kararında, başvuru kanun yolunun, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olarak zorla beslendiği iddiasıyla ilgili olarak mahkemelere yaptığı şikâyetinin neredeyse 4 yıllık bir süre boyunca incelendiğini dikkate alarak başvuru yolunun Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından, ihlali derhâl durdurma etkisinin olmadığını dikkate alarak tüketim yönündeki itirazı reddetmiştir. Karar için ayrıca bkz. *Ciorap/Moldova*, İHAM, 12066/02, 19.06.2007, § 54-59. Benzer yönde kararlar için ayrıca bkz. *Paladi/Moldova*, İHAM, 39806/05, 10.07.2007, § 69; *Angelova ve Iliev/Bulgaristan*, İHAM, 55523/00, 26.07.2007, § 87-106.

¹⁷⁴ *Guilemin/Fransa*, İHAM, 19632/92, 21.02.1997, § 50.

¹⁷⁵ Örneğin İHAM, *Rehbock/Slovenya* kararında başvuru kanun yolunun tahliye talebinin 23 gün sonra değerlendirilmiş olmasını yeterli görmemiş ve Sözleşme'nin 5/4 hükmünün ihlal edilmiş olduğu sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Rehbock/Slovenya*, İHAM, 29462/95, 28.11.2000, § 85-86.

¹⁷⁶ *Yaman Akdeniz ve diğerleri*, AYM, 2014/3986, 02.04.2014, § 22-27.

¹⁷⁷ *Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri*, AYM, 2014/4705, 29.05.2014, § 27-41.

mahkemesine başvurmalarının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹⁷⁸ Mahkeme bahsi geçen kararlarında, normal koşullarda etkili bir hukuk yolu olarak gördüğü idare mahkemesine başvuru yolunu, yürütmenin durdurulması kararlarının icra edilmemiş olduğunu gözeterek başvuru yollarından “etkili” olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Sonuç olarak; buraya kadar yapılan anlatımlar kısaca özetlenecek olursa, “*etkililik*” alt koşulunun gerekleri için,

- Kanun yolunun ihlalin henüz gerçekleşmediği veya hâlen devam ettiği durumlarda “ihlali engelleyici/durdurucu” özellikte olması gerekir.
- Kanun yolunun “telafi kabiliyetini haiz” nitelikte olması gerekir.
- Kanun yolunda verilen kararlar “bağlayıcı” nitelikte olmalıdır.
- Kanun yoluna başvuru sonucunda verilen kararların, ihlal iddiasına göre yeteri “hızda” olması gerekir.

3. Yeterlilik

Bir kanun yolunun yeterli olması, kanun yolunda ihlal iddiası bakımından her yönüyle inceleme yapılabilmesini ve ihlalin sonuçlarının yeteri oranda ortadan kaldırılabilmesini ifade etmektedir.¹⁷⁹ Bu anlatımlar örnekseme yoluyla somutlaştırılacak olursa; örneğin temyiz veya istinaf kanun yollarının, kural olarak, hem uyuşmazlığın esası hakkında ileri sürülen iddialar bakımından her yönüyle inceleme yapılmasına hem de bozma kararlarıyla ihlalin sonuçlarının

¹⁷⁸ Mahkemenin, *Twitter* kararında gerekçe eksikliği göze çarpsa da *Youtube* kararında bu eksikliği giderdiği görülmektedir. Her iki kararın yerindeliği kamuoyunda ve öğretilerde çokça tartışma konusu olmuştur. Öğretilerde kararlar üzerine getirilen eleştiriler için ayrıca bkz. Şirin, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, s.120-128; Gözde Atasayan, “*Anayasa Mahkemesinin “Twitter” ve “Youtube” Kararları Üzerine Bir Değerlendirme*”, **KHÜHFD**, C. 2, S. 1, 2014, s.13-36; Erhan Tural, “Bireysel Başvurunun İşlev ve Niteliği İle Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu” **Haşim Kılıç’a Armağan**, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., 2015, s.1813-1824.

¹⁷⁹ Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-2**, s. 563; Şirin, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, s.118.

ortadan kaldırılmasına imkân sağlamasından dolayı “yeterli” olduğu söylenebilir.¹⁸⁰ Ancak Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan soyut ve somut norm denetim incelemelerinde uyuşmazlığın esası bakımından her yönüyle bir inceleme yapılmamakta, yalnızca yasa hükmünün anayasaya uygunluğu değerlendirilmektedir. Bu sebeple uyuşmazlığın esasının incelenmediği bu yolların “yeterli” bir kanun yolu olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Yine başvurunun tutukluluğun yasal durumuna itiraz edip tahliye talep ettiği durumlarda ‘tazminat yolu’ hem yeterli hem de etkili bir hukuk yolu olmayacaktır. Zira tutukluluğun yasal olmadığı iddia edildiği durumlarda ihlal ancak tahliye durumuyla ortadan kalkacaktır. Bu sebeple başvurunun talebinin tahliye olduğu durumlarda, kanun yolunun tutukluluğa son verebilecek nitelikte “yeterli” olması şarttır.¹⁸¹

Mahkemelerin, Sözleşme’nin 2. veya 3. maddesinin ihlal edildiği iddiaları bakımından birden fazla hukuk yolunun öngörüldüğü durumlarda, ceza hukuku prosedürlerinin tüketilmesini yeterli gördükleri yukarıda ifade edilmiştir. Hiç şüphesiz bunun sebebi, Sözleşme’nin 2. veya 3. maddeleri bakımından tazminat yolunun, ihlalin sonuçlarının tam olarak ortadan kaldırılması bakımından, tek başına, “yeterli” olmamasından kaynaklanmaktadır.¹⁸² Yine benzer çıkarım Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamındaki bazı durumlar için de geçerlidir. Zira bu olaylarda da tazminat, tek başına, ileri sürülen ihlal iddialarının sonuçlarını “yeterli” oranda ortadan kaldırmamaktadır. Örneğin İHAM’ın *Zorica Jovanović/Sırbistan*¹⁸³ kararına konu olayda; başvuranın hastanede doğan çocuğunun sağlık durumu iyi olmasına karşın aradan geçen üç gün sonunda taburcu olacakları esnada,

¹⁸⁰ İHAM, *Civet/Fransa* kararında, başvurunun temyiz incelemesinin yalnızca hukuka uygunluk incelemesi kapsamında sınırlı olduğunu ileri sürerek, maddi vakıalar bakımından temyiz incelemesi yapılamaması sebebiyle temyiz başvurusunda bulunmasının gerekmediği yönündeki iddiasını reddetmiştir. Mahkemeye göre, temyiz mahkemesi her ne kadar hukuka uygunluk denetimi yapmaktaysa da verilen kararların altyapısını oluşturan maddi vakıaları kontrol etme görevi de bulunmaktadır. Bu durumda temyiz mahkemesince, yerel mahkeme tarafından eksik bir maddi vakıa tespiti yapıldığı ortaya konulup kararlar bozulabilecektir. Bu sebeple temyiz başvurusu tüketilmesi gerekli kanun yoludur. Karar için ayrıca bkz. *Civet/Fransa*, İHAM, 29340/95, 28.09.1999, § 43-44. Ancak bu durum, temyiz başvurusunun her durumda tüketilmesi gerektiği sonucunu içerisinde barındırmaz. Zira temyiz mahkemesinin yakın zamanda vermiş olduğu ve başvurunun davasına da uygulanacak nitelikteki bir kararı varsa ve temyiz mahkemesinin bu kararını değiştirmesi ihtimal dahilinde görünmüyorsa başvurunun bu yolu tüketmesi beklenmeyecektir. Bu konudaki açıklamalara aşağıda yer verilecektir.

¹⁸¹ *Şahin Alpay/Türkiye*, İHAM, 16538/17, 20.03.2018, § 82.

¹⁸² *Pitsayeva ve Diğerleri/Rusya*, İHAM, 53036/08, 09.01.2014, § 394.

¹⁸³ *Zorica Jovanović/Sırbistan*, İHAM, 21794/08, 26.03.2013, § 62-63.

başvurucuya oğlunun öldüğü bilgisi verilmiş ve bunun üzerine başvuran tarafından, çocuğunun gözetim altında olduğu birime girilmeye çalışılmışsa da hastane yetkilileri tarafından, başvurunun ilgili birime girmesi engellenmiş, bebeğin ölü bedeni başvurana veya ailesine hiç verilmemiş ve kendisine otopsi raporu sunulmamış veya nerede ve ne zaman gömüldüğü hakkında bilgi verilmemiştir. Başvuranın kocası tarafından hastane personeli aleyhine suç duyurusunda bulunulmuşsa da suç duyurusu, asılsız olduğu gerekçesiyle savcılık tarafından reddedilmiştir. Hükümetin hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazlarını değerlendiren Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında hukuk yollarının tazminat karşılayabilecek nitelikte olsa da başvurunun “oğlunun durumu hakkında bilgi sahibi olma isteği” karşısında, “yeterli” nitelikte olmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Bu anlamda başvurusunun talebine cevap veremeyen veya şikâyetlerini tamamen gideremeyen kanun yollarının “yeterli” nitelikte olmadıkları söylenmelidir.¹⁸⁴

Tazminat yolunun ihlal iddiası bakımından ‘etkili’ olduğu durumlarda, başvuru yolunun aynı zamanda ‘yeterli’ olabilmesi, hükmedilen tazminat miktarının da yeteri miktarda olmasına bağlı olacaktır. Bu sebeple başvuru yolunda hükmedilen tazminatın, ihlal iddiasının taşıdığı önem, başvurunun durumu ve ihlal sonucunda oluşan zarar bakımından düşük olarak nitelendirilebileceği durumlarda, başvuru yolunun ‘yeterli’ olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir.¹⁸⁵ Hiç şüphesiz tazminat miktarları, her bir davanın somut koşullarında değişkenlik gösterecektir.¹⁸⁶

¹⁸⁴ İHAM, *Magyar Keresztény Mennonita Egyház ve Diğerleri/Macaristan* kararında, başvuru Kiliselerin bağışlar konusunda geçmişe yönelik talepleri bakımından anayasa şikâyeti yolunun cevap vermediğini dikkate alarak “yeterli” olmayan bu yolun tüketilmesini gerekli görmemiştir. Karar için ayrıca bkz. *Magyar Keresztény Mennonita Egyház ve Diğerleri/Macaristan*, İHAM, 70945/11, 08.04.2014, § 50.

¹⁸⁵ İHAM, *Scordino/İtalya* kararında, iç hukukta hükmedilen tazminat miktarının, İHAM’ın aynı durum için hükmettiği tazminatın ancak yüzde onuna denk düştüğünü gözeterek hukuk yolunu yetersiz görmüştür. Karar için ayrıca bkz. *Scordino/İtalya*, İHAM, 36813/97, 29.03.2006, § 214, § 272-273.

¹⁸⁶ Örneğin İHAM, *Hebat Aslan ve Firas Aslan/Türkiye* kararında, AYM’nin başvuru ile ilgili kararında Sözleşme’nin 5/3 ve 5/4 hükümleri kapsamında inceleme yaptığını ve ihlal kararı verip manevi tazminat olarak birinci ve ikinci başvurana sırasıyla 1.470 ve 1.550 Euro değerinde ödeme yapıldığını tespit etmiş ve hükmedilen tazminatın Sözleşme’nin standartlarının altında olmasına rağmen, ihlal tespitinin yapılması ve başvuru ile tahliye olduklarını dikkate alarak bu miktarın açıkça yetersiz nitelikte olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Hebat Aslan ve Firas Aslan/Türkiye*, İHAM, 15048/99, 28.10.2014, § 42-52.

Sonuç olarak; yapılan anlatımlar kısaca özetlenecek olursa, “yeterli” olma alt koşulunun gerekleri için,

- Kanun yoluna başvurulduğunda ihlal iddiasına ilişkin her yönüyle inceleme yapılması gerekmektedir.
- Kanun yolunun ihlalin sonuçlarını yeteri oranda kaldırarak başvurusunun şikâyetlerinin giderilmesine imkân sağlaması gerekmektedir.

4. Makul Bir Başarı Şansı Tanıma

Bir kanun yolunun makul bir başarı şansı tanınması, kanun yolunun yalnızca normatif olarak var olmasının yeterli olmadığını, bu yola başvurulduğu takdirde başvuru sahiplerinin ihlal iddiaları bakımından çözüm alabilmelerini ifade etmektedir.¹⁸⁷ Bir başka deyişle, kanun yoluna başvuru “boşuna” veya “yararsız” olmamalıdır.¹⁸⁸

Bu alt koşul, tüketme koşulunun amacıyla da ortaya konulabilir. Zira koşulun amacı başvuru sahiplerine zorluk çıkararak önlerine bir set veya duvar çekmek değildir. Başvuru sahipleri başarı şansı olmayan bir kanun yolunu tüketmeye zorlamak bu amaca ters olacaktır. Bu nedenle temel hakların korunmasına hizmet edilebilmesi için başvuru sahiplerinin âdeta bir duvara yönlendirilmemeleri gerekir.¹⁸⁹ Nitekim bu çıkarım hem İHAM hem AYM cephesinde, istikrarlı bir biçimde karşılık bulmaktadır.

Örneğin İHAM, *Open Door ve Dublin Well Woman/İrlanda*¹⁹⁰ kararında, İrlanda yasalarının doğmamış çocuğun yaşam hakkına ilişkin sağladığı yüksek koruma ve İrlanda temyiz merciinin verdiği kararları gözeterek, iç hukuk yollarının başarı şansının bulunmadığını tespit etmiştir.¹⁹¹ Yine Mahkeme, *Maktouf ve Damjanović/Bosna Hersek*¹⁹² kararında, Bosna

¹⁸⁷ İHAM, *Crémieux/Fransa* kararında, başvuru sahiplerinin, neredeyse hiç kullanılmayan veya her durumda muhtemelen başarısızlığa mahkûm olacak bir hukuk yolundan faydalanmadıkları için eleştirilemeyeceklerini ifade etmiştir. Karar için ayrıca bkz. *Crémieux/Fransa*, İHAM, 11471/85, 25.02.1993, § 30.

¹⁸⁸ Madra, s.177.

¹⁸⁹ Şirin, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, s.115.

¹⁹⁰ *Open Door ve Dublin Well Woman/İrlanda*, İHAM, 14234/88, 29.10.1992, § 47-52.

¹⁹¹ Benzer yönde İHAM, *Keegan/İrlanda* kararında, İrlanda Yüksek Mahkemesinin doğal babanın evlat edinme sürecinde yer almasını reddeden içtihadını dikkate alarak başvuru sahibinin mahkeme huzurunda iddialarını ileri sürmesi konusunda herhangi bir başarı şansının olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Keegan/İrlanda*, İHAM, 16969/90, 26.05.1994, § 39.

¹⁹² *Maktouf ve Damjanović/Bosna Hersek*, İHAM, 2312/08, 18.07.2013, § 56-60.

Hersek Anayasa Mahkemesi'nin aynı veya benzer nitelikte uyuşmazlıklarla ilgili birçok kararında ihlal bulmadığını ve hükümetin de bunun aksini gösteren bir karar sunmadığını dikkate alarak bu yolun, başvurucuya makul bir başarı şansı sunmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹⁹³

Bu başlık altında iki sorun gündeme gelebilecektir. Bunlardan ilki, kanun yolunun başvurusuna tanınması gereken başarı şansının “makul” olmasından ne anlaşılması gerektiği iken; ikincisi ise, kanun yolunun başvurusuna makul bir başarı şansı tanıdığının nasıl tespit edileceğidir. “Makul” kavramına ilişkin AYM içtihadına bakıldığında, ayrıca ve açıkça bu yönde bir tanımlama bulmak zorsa da, bazı ipuçları yakalamak mümkündür. Örneğin AYM, *Rahil Dink ve Diğerleri*¹⁹⁴ kararında, başvuruoların bir soruşturmanın açılmayacağını, soruşturmada ilerleme olmadığının ve etkili bir ceza soruşturması yapılmadığının veya ileride de böyle bir soruşturmanın yürütüleceği konusunda “*en ufak gerçekçi bir şans olmadığının*” farkına vardıkları veya varmaları gerektiği andan itibaren yaptıkları bireysel başvuruların kabul edilebilir bulunması gerektiğini belirtmiştir. Burada soruşturmanın etkililiğine ilişkin *en ufak gerçekçi bir şans olmadığı* belirlemesini, soruşturma sürecinin başvuruolarlara makul bir başarı şansı tanımadığı şeklinde anlaşılması kavramı belirginleştirebilir. Ancak kavramı net bir şekilde anlamlandırmak için mehzaz uygulama Federal Almanya Anayasa Mahkemesi uygulamasına bakıldığında; Mahkemenin kavramdan, *başvurunun etkililiği konusunda olağan şüpheyi aşan bir kuşku ve başvuru yolunun başarı şansı olmadığı konusunda neredeyse oybirliğiyle mutabık kalınmayı* anladığı görülmektedir.¹⁹⁵ Henüz AYM adına böylesi net bir tanımlama yoksa da “makul” kavramı bu şekilde anlaşılaraq AYM uygulamasında da yer edinmelidir.

İkinci soruya gelindiğinde ise, kanun yolunun makul bir başarı şansı tanıyıp tanımadığı konusundaki tespit, hiç şüphesiz, aynı veya benzer durumla ilgili olarak daha öncesinden verilmiş somut içtihatların varlığına bağlı olacaktır. Bu hâlde aynı veya benzer durumdaki ihlal

¹⁹³ Benzer şekilde AYM'nin *M.E.* kararında ise başvuruocu, askerî mahkemede yargılanmasının tabii hâkim ilkesini ihlal ettiği iddiasını derece mahkemeleri önünde dile getirmemişse de başvuruocunun şikâyetinin kaynaklandığı kanun hükmünün itiraz başvurusu yoluyla AYM'nin önüne daha önce getirildiği, AYM'nin hükmü anayasaya aykırı bulmadığı ve Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, AYM ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda da bulunulmasının mümkün olmadığı gözetilerek, böyle bir iddianın ileri sürülmesinin somut olayın koşullarında makul bir başarı şansı sunabilecek nitelikte olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Karar için bkz. *M.E.*, AYM, 2013/2661, 09.09.2015, § 84-87.

¹⁹⁴ *Rahil Dink ve diğerleri*, AYM, 2012/848, 17.07.2014, § 77.

¹⁹⁵ Şirin, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, s.118

iddialarının çözüme kavuşturulduğuna ilişkin somut ve öngörülebilir içtihatların var olduğu ortaya konulduğunda; o yolun, başvurucusuna “makul ölçüde bir başarı şansı tanıdığı” söylenebilecektir.¹⁹⁶

Yine somut içtihatlar nedeniyle kanun yollarının başvurucusuna makul bir başarı şansı tanımadığı durumlar da söz konusu olabilir. Nitekim İHAM’a göre, temyiz makamlarının görüşlerini ortaya koyan ve değişmesi ihtimal dahilinde gözükmeyen somut ve öngörülebilir içtihatların var olması durumunda temyiz başvurusunun, başvurucusuna makul bir başarı şansı tanımaması nedeniyle, tüketilmesi gerekmeyecektir.¹⁹⁷ AYM’ye göre de temyiz makamlarının kararlarına karşı ısrar yetkisi bulunmayan yerel mahkemelerin, bozmaya uyma kararlarından sonra, başvurucların tekrar temyiz yoluna başvurmaları beklenmeyecektir. AYM’ye göre bu durumda temyiz yolu, etkili bir hukuk yolu olmayacaktır.¹⁹⁸ Ancak AYM’nin bu durumda da yerel mahkemenin vereceği uyma kararının beklenmesi gerektiğini ifade ettiği belirtilmelidir.¹⁹⁹

Bununla birlikte teoride var olan hukuk yolunun makul bir başarı sunabilmesi adına, somut davanın koşullarında gerçekçi de olması gerekir.²⁰⁰ Örneğin İHAM’ın *Bizzotto/Yunanistan*²⁰¹ kararına konu olayda, başvuru, temyiz mahkemesince mahkûmiyet hükmüyle birlikte uyuşturucu bağımlılığı konusunda tedavisi için uygun bir tedavi merkezine yerleştirilmesine karar verilmişse de Yunanistan’da böyle bir merkezin bulunduğu cezaevinin olmaması sebebiyle, Sözleşme’nin 5/1-a, 5/1-e’deki haklarının ihlal edilmiş olduğundan yakınmaktadır. Taraf devletçe, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 565. maddesi gereğince infaz süreciyle ilgili olarak şüphe yaratan durumlarda Ceza Mahkemesine başvurulabileceği belirtilerek bu yolun tüketilmediği yönünde itirazlarda bulunmuşsa da İHAM tarafından, somut dava koşulları

¹⁹⁶ İHAM tarafından tüketim yönündeki itirazların değerlendirilmesi bakımından somut içtihadın varlığının arandığı kararlar için ayrıca bkz. *Raninen/Finlandiya*, İHAM, 20972/92, 16.12.1997, § 42; *Cooperativa La Laurentina/İtalya*, İHAM, 23529/94, 02.08.2001, § 55; *Aliiev/Ukrayna*, İHAM, 41220/98, 29.04.2003, § 109; *Frankowicz/Polonya*, İHAM, 53025/99, 16.12.2008, § 29; *Micallef/Malta*, İHAM, 17056/06, 15.10.2009, § 56; *Sargsyan/Azerbaycan*, İHAM, 40167/06, 16.06.2015, § 118.

¹⁹⁷ *Salah Sheek/Hollanda*, AYM, 1948/04, 23.05.2007, § 121.

¹⁹⁸ *Deniz Baykal*, AYM, 2013/7521, 04.12.2013, § 28-31; *Elif Ceyda Özdamar*, AYM, 2014/7838, 19.12.2017, § 37-40; *Burcu Özşahin ve diğerleri*, AYM, 2015/3497, 04.07.2019, § 103-110.

¹⁹⁹ *Teoman Yeğenoğlu*, AYM, 2013/5338, 17.07.2014, § 38-41.

²⁰⁰ *Cudak/Litvanya*, İHAM, 15869/02, 23.03.2010, § 36.

²⁰¹ *Bizzotto/Yunanistan*, İHAM, 22126/93, 15.11.1996, § 24-25.

bakımından tedavi için uygun bir merkezin olmadığı yönündeki gerçek göz önüne alınarak somut başvuru bakımından, ilgili kanun yoluna başvurulmasının başarı şansı olmadığı gözetilmiş ve tüketilmediği ileri sürülen hukuk yolunun etkisiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır.²⁰²

Sonuç olarak; yapılan anlatımlar kısaca özetlenecek olursa, “*makul bir başarı şansı tanıma*” alt koşulunun gerekleri için,

- Kanun yoluna başvurulduğunda ihlal iddiaları bakımından çözüm alınabilmelidir.
- Aynı veya benzer nitelikteki ihlal iddiaları bakımından somut içtihatlar var olmalıdır.
- Kanun yolunun somut davanın koşullarında “gerçekçi” olması gerekir.

5. “Etkililiği” Ölçme Aracı: “Somut İchtihat”

Bir hukuk yolunun gerçek anlamda etkili ve tüketilmesi gerekli bir kanun yolu olarak kabul edilebilmesi için; ortaya konulan temel niteliklerin yalnızca teorik düzlemde kalmaması, bu ilkelerin, aynı zamanda pratikte de var olması gerekmektedir. Örneğin, bir kanun yolunun teoride var olmasına rağmen pratikte varlığı şüpheliyse, o yolun gerçekten de başvuru bakımından erişilebilir olduğunu ya da başvurusuna makul bir başarı şansı tanıdığı söylenemeyecektir. Yine aynı şekilde bir başvuru yolu, her ne kadar etkililik ve yeterlilik şartları için gerekli mekanizmaları bünyesinde barındırsa da pratikte hayat bulmayan bir yolun, gerçekten de etkili ve yeterli olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, bir hukuk yolunun etkili olduğunu veya ne ölçüde etkili olduğunu, pratikte o hukuk yolunun var olup olmadığı belirlemektedir. Bu temel çıkarım, aynı zamanda yanıtlanması gereken yeni bir soruya

²⁰² İHAM, *Chitayev/Rusya* kararında, başvuru sahiplerinin kötü muamele iddiasına ilişkin yaptıkları suç duyurusunun takipsizlikle sonuçlanmasına karşın bu karara mahkemeler nezdinde itiraz edilmediği gerekçesiyle hükümet tarafından yapılan ön itirazda, Mahkeme tarafından başvuru sahiplerine takipsizlik kararının bir örneği verilmeksizin yalnızca standart kısa bir cevabın verildiği göz önünde bulundurulmuş ve bu durumda başvuru sahiplerinin soruşturmadaki olası eksiklikleri tespit edip mahkemeye etkili bir itirazda bulunamayacakları dikkate alınarak, tüketilmediği ileri sürülen hukuk yolunun, başvuru sahiplerine makul bir başarı şansı tanımayacağı sonucuna varmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Chitayev/Rusya*, İHAM, 59334/00, 18.01.2007, § 137-141. Yine İHAM *Castravet/Moldova* kararında, başvuru sahipleriyle benzer durumdaki kişilerin, cezaevinde avukat-müvekkil gizliliğinin sağlanmadığı konusunda yaptıkları şikâyetin yerel mahkemeye reddedilmesi nedeniyle başvuru sahibinin avukatı tarafından bu yola başvurulmamasının bu yolun makul başarı şansı tanımayacağı düşünüldüğünü belirtmiş ve taraf devletin tüketmeme yönündeki itirazını reddetmiştir. Karar için ayrıca bkz. *Castravet/Moldova*, İHAM, 23393/05, 13.03.2007, § 25.

gebedir. Bu soru; bir hukuk yolunun pratikte de etkili olup olmadığının nasıl tespit edilebileceğidir.

Bir hukuk yolunun pratikte de var olduğunun söylenebilmesi için aynı veya benzer ihlal iddialarına ilişkin somut içtihatların var olması şarttır. Zira somut içtihatlar vasıtası ile başvuru yolunun ihlal iddiasına karşı gösterdiği tepki, rahat bir şekilde ölçülebilecek ve bu anlamda ihlal iddiasını çözüme kavuşturarak başvurucusunun şikâyetlerini gideren örnekler üzerinden, başvuru yolu daha iyi ve objektif olarak değerlendirilebilecektir. Aksi durumda teoride varlık kazandığı hâlde uygulamada işlerliği bulunmayan hayali başvuru yollarından söz edilecektir. Bu nedenle, etkili bir hukuk yolundan söz edilebilmesi için aynı veya benzer ihlal iddiasına ilişkin somut içtihatların var olup olmadığı araştırılmalıdır.

Nitekim İHAM, *M.N. ve Diğerleri/San Marino*²⁰³ kararında, taraf devletin tüketmeme yönündeki itirazlarına karşılık, ileri sürülen hukuk yolunun ihlal iddiasının zamanında incelenmesini veya iptalini sağlayabileceğini kanıtlamadığı için belirsizlik taşıdığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, burada taraf devletin durumunu da gözeterek hukuk yolunun uygulamada etkili olup olmadığı konusunda iç hukukta içtihatlardan örnekler sunulmasının daha güç olduğunu kabul etmekle birlikte, aynı ihlal iddiasıyla ilgili olarak binden fazla kişinin etkilendiği bir durumda ileri sürülen hukuk yolunun başarıyla kullanıldığına dair bir örnek sunulamamasını, hukuk yolunun etkili olmadığının göstergesi olduğu sonucuna ulaşmıştır. Görüldüğü üzere Mahkeme, hukuk yolunun teoride var olmasına karşın buna ilişkin pratikte başarılı örneklerin sunulmadığı durumlarda ilgili kanun yolunu etkili bir hukuk yolu olarak görmemektedir.

AYM'de, *K.A.*²⁰⁴ kararında benzer bir yaklaşımla, Bakanlık tarafından, tutulan bir göçmenin idare mahkemesine veya idari makama yaptığı başvurusu sonucunda, tutulma koşullarının iyileşmesiyle ve/veya olumsuz maddi koşullar nedeniyle yaşanan ıstırap için tazminata hükmedildiğini gösteren herhangi bir adli veya idari karar ibraz edilemediğini, niçin edilemediğine ilişkin bir açıklamada da bulunulmadığını belirtmiş ve sınır dışı etmek amacıyla gözetim altında tutulan başvuru açısından, teoride ve pratikte etkili idari ve yargısal bir

²⁰³ *M.N. ve Diğerleri/San Marino*, İHAM, 28005/12, 07.07.2015, § 81.

²⁰⁴ *K.A.*, AYM, 2014/13044, 11.11.2015, § 78-82.

başvuru yolunun bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.²⁰⁵ Nitekim aynı ihlal iddiasını taşıyan *F.A. ve M.A.*²⁰⁶ kararında da AYM, aynı görüşünü sürdürmüş ve Bakanlık görüşünde atıf yapılan Anayasa'nın 125. maddesindeki genel kuralın, Anayasa md.17/3 ile güvence altına alınan hukuksal değerlerin korunması noktasında, çözüm üretme kabiliyetini haiz ve makul bir başarı şansı sunan bir hak arama yolu sağladığına dair yargısal pratiği ortaya koyan bir açıklama veya somut herhangi bir karar da sunulamaması nedeniyle etkili bir başvuru yolunun bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

AYM bahsi geçen içtihatlarıyla, isabetli bir yaklaşım sergileyerek, etkili bir hukuk yolunun varlığı için aynı veya benzer nitelikte somut içtihatların ve bu anlamda yargısal pratiğin olması gerektiğini ortaya koymuştur. Ancak AYM'nin bu doğru yaklaşımını, kendisine gelen başvuruların sayısının artmasından kaynaklanmış olacak ki, sonraki kararlarında sürdürmediği görülmektedir. Bu anlamda AYM, *B.T.*²⁰⁷ kararıyla, içtihadının gözden geçirilmesi gerektiği kanaatine ulaşarak, teoride bir yolun var olup olmadığı irdelenmeden salt bugüne kadar böyle bir davanın açıldığını ve tazminata hükmedildiğini gösteren herhangi bir mahkeme kararının bulunmadığına dayanılarak, tazminata ilişkin etkili bir başvuru yolunun bulunmadığının söylenmesinin hatalı olacağını ifade etmiştir. Zira AYM'ye göre, teorik düzeyde mevcudiyeti tespit edilen bir başvuru yolunun sırf -bilgi eksikliği nedeniyle- fiiliyatta hiç işletilmemiş olması bu yolun etkisiz olduğu anlamına gelmeyecektir.²⁰⁸

Görünen o ki AYM, bahsi geçen kararlarıyla, hayali başvuru yollarının kullanılmamasının tek nedeni olarak, başvuru yollarının bilgi eksikliğini görmektedir. Ayrıca Mahkeme söz konusu

²⁰⁵ Aynı yöndeki diğer kararlar için ayrıca bkz. *A.V. ve diğerleri*, AYM, 2013/1649, 20.01.2016, § 56-62; *F.K. ve diğerleri*, AYM, 2013/8735, 17.02.2016, § 52-58; *I.S. ve diğerleri*, AYM, 2014/15824, 22.09.2016, § 94-96.

²⁰⁶ *F.A. ve M.A.*, AYM, 2013/655, 20.01.2016, § 62.

²⁰⁷ *B.T.*, AYM, 2014/15769, 30.11.2017, § 51-60.

²⁰⁸ Nitekim AYM bu yaklaşımını *R.A.* kararında sürdürmüş ve kararında, teorik düzeyde mevcudiyeti tespit edilen bir yolun sırf -bilgi eksikliği nedeniyle- fiiliyatta hiç işletilmemesinin hukuk yolunun etkisiz olduğu biçiminde yorumlanamayacağını ifade etmiştir. Karar için ayrıca bkz. *R.A.*, AYM, 2014/3955, 10.01.2018, § 23. Benzer yöndeki kararlar için ayrıca bkz. *D.D.*, AYM, 2014/2427, 09.05.2018, § 21-23; *G.B. ve diğerleri*, AYM, 2014/19481, 24.05.2018, § 36-38; *K.K.*, AYM, 2014/16575, 11.06.2018, § 25-28; *M.Z. ve M.B.*, AYM, 2014/6493, 25.12.2018, § 39-42; *M.A.*, AYM, 2014/19436, 26.12.2018, § 41-44; *K.A. ve N.A.*, AYM, 2014/16577, 26.12.2018, § 39-42; *A.A. ve diğerleri*, AYM, 2014/17572, 07.02.2019, § 64-67; *F.A.A.*, AYM, 2015/15764, 04.04.2018, § 22-25; *M.A.*, AYM, 2015/7305, 11.06.2018, § 25-28; *G.E.*, AYM, 2015/6543, 11.06.2018, § 23-26; *Manzura Jumaeva*, AYM, 2015/1474, 27.06.2018, § 21-24; *F.M.*, AYM, 2015/9776, 28.06.2018, § 27-30; *K.M.*, AYM, 2015/8465, 13.09.2018, § 26-29.

kararlarında asıl dikkate alacağı hususun, tazminat ödendiğini gösteren kararlardan ziyade, tazminat ödenmeyeceğinin ifade edildiği kararların olup olmadığını belirtmişse de bu yaklaşımın da sorunlu olduğu belirtilmelidir. Zira bu gerekçe, başvuru yollarında, deneme-yanılma yoluyla ihlal iddialarına karşılık cevap almaları gerektiği anlamına gelmektedir. Özellikle AYM'nin bu yaklaşımını Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamındaki ihlal iddiaları karşısında sergilemesi, haklar konusunda bir ayrım gözetilmeksizin hareket edildiğini göstermektedir. Bu nedenle AYM'nin hem bireysel başvurunun hem de tüketme koşulunun amacını dikkate alarak, başvuru yollarında pratikte hayat bulmayan hayali başvuru yollarına sürgün etmemesi isabetli olacaktır.²⁰⁹

AYM'nin B.T. kararıyla içtihadına kattığı bu sorunlu yaklaşım iki nedene dayandırılabilir:

Bunlardan ilki, AYM'nin aynı ihlal iddiasına dayanılarak kendisine doğrudan çok sayıda başvurunun yapılacağı konusunda taşıdığı endişedir. Gerçekten de Mahkemenin olağanüstü bir iş yüküyle karşı karşıya kalmak istememesi doğal görülebilir. Ancak bu endişe, AYM'nin, başvuru yollarında hayali başvuru yollarına itmesi için geçerli ve yeterli bir neden olarak kabul edilemez. Zira böylesi bir yaklaşım tüketme koşulunun ruhuna aykırı olacaktır.

İkinci bir neden olarak ise, AYM'nin, uygulamada hayali olan başvuru yollarını işaret edip onları canlandırarak “etkili bir hukuk yolu” yapmaya çalışma gayreti gösterilebilir. Mahkemenin bu yaklaşımının da; başvuruları filtreleme, ikincilliği öne çıkarma ve hukuk yolunun etkililiğine ilişkin şüphe duyulması hâlinin tüketmeden muaf tutmayacağı gibi amaç

²⁰⁹ Yine AYM'nin bir diğer kararı olan *Sedat Vural* kararına yer gelmişken dikkat çekilmesinde fayda bulunmaktadır. Söz konusu kararda, başvuru 1 Mayıs'ta Taksim Meydanında kutlama yapılmasına izin verilmemesi nedeniyle ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğinden yakınmaktadır. AYM tarafından yapılan incelemede, şikâyet edilen işleme karşı idari ve yargısal başvuru yolları tüketilmeden bireysel başvuru yapıldığı, söz konusu başvuru yollarının pratikte etkili olmadığını gösteren bir örneğin bulunmadığı ancak; aynı konuda daha önce başvurulmuş bir yargı yerince verilen kararın da bulunmadığı belirtilerek başvuru kabul edilebilir bulunmamıştır. Mahkemenin bu yaklaşımının hukuk yolunun etkililiğine ilişkin şüphe duyulmasının tüketmeden muaf tutmayacağı şeklindeki gerekçeye dayandığı söylenebilir de 1 Mayıs Taksim yasağının uygulamada pratiğe dönüştüğünün göz ardı edilmesi ve başvuru yolunda makul bir başarı şansı bulamayacağına olan inancının kararda değerlendirilmemesi hatalı olmuştur. Kaldı ki bu konuda yargısal pratiğin olmaması, başvuru yolunun başarı şansı tanımadığı inancının değerlendirilmesi bakımından önemli bir dayanak olabileceken; bu durum, başvuru yolunun etkili olduğu sonucuna varılması için bir araç olarak görülmüştür. Karar için bkz. *Sedat Vural*, AYM, 2014/5559, 25.04.2014, § 25.

ve gerekçeleri taşıdığı söylenebilir. Ancak bu gerekçelerin de yeterli olduğunu söylemek oldukça güçtür. Zira hiç şüphesiz AYM'nin hayali başvuru yollarını etkili hâle getirme gibi temel bir görevi yoktur. Bu görev, AYM'nin tespitlerinden sonra çözüm bulmak adına yasal değişiklikler yapılması gerekiyorsa, yürütme ve yasama organlarına aittir. Yine Mahkemenin, insan haklarını koruma yönündeki temel görevi ve misyonu karşısında, başvuru sahipleri başarılı olup olmayacağı belirsiz, yargısal pratiği olmayan, hayali başvuru yollarına yönlendirmesinin pek de tutarlı olamayacağı söylenmelidir.

Sonuç olarak; bu sorunlu yaklaşım bir kenara bırakılacak olursa, yine de Mahkemenin, ilkesel olarak, etkili bir hukuk yolunun varlığı için yargısal pratik aradığı ve bunun da somut içtihatlar vasıtasıyla olacağı söylenebilecektir.²¹⁰ Bu hâlde, etkili bir hukuk yolunun pratikteki karşılığını gösteren somut içtihatların varlığından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır.

a. Somut İchtihat Aynı veya Benzer Nitelikte Olmalıdır

İHAM tarafından, taraf devletlerin yalnızca hukuk yolunu işaret ederek yaptıkları tüketmeme yönündeki itirazları yeterli görülmemekte, devletlerin bu konuda somut içtihat sunması beklenmektedir.²¹¹ Ancak Mahkeme, burada örnek olarak gösterilen somut içtihatların somut uyumsuzlukla aynı veya benzer nitelikte olmasını aramaktadır. Şayet sunulan içtihatlar aynı veya benzer nitelikte değilse, İHAM tarafından bu içtihatlar değerlendirmede dikkate alınmamaktadır.²¹²

AYM uygulamasında ise, kural olarak, Bakanlık tarafından somut bir içtihat sunulması zorunluluğu bulunmamakla birlikte şayet sunulan bir içtihat söz konusu ise bunların aynı veya benzer nitelikte olması aranılmaktadır. Bunun yanında Bakanlık tarafından görüş bildirilmediği durumlarda bizzat AYM tarafından somut içtihat araştırılmasına girilmektedir. Mahkeme, hukuk yolunun ihlal iddiası bakımından etkili olup olmadığını değerlendirirken bireysel

²¹⁰ Hamit Kaya, AYM, 2012/338, 02.07.2013, § 32; Burak Döner, AYM, 2012/521, 02.07.2013, § 34; Ramazan Aras, AYM, 2012/239, 02.07.2013, § 35; Orhan Ersoy, AYM, 2013/2844, 20.03.2014, § 44-49.

²¹¹ Dankevich/Ukrayna, İHAM, 40679/98, 29.04.2003, § 111; Matijašević/Srbistan, İHAM, 23037/04, 19.09.2006, § 32; Alexandridis/Yunanistan, İHAM, 19516/06, 21.02.2008, § 25; Sampanis ve Diğerleri/Yunanistan, İHAM, 32526/05, 05.06.2008, § 58.

²¹² Saint-Paul Luxembourg S.A./Lüksemburg, İHAM, 26419/10, 18.04.2013, § 31.

başvuruya konu olay ve ihlal iddiası bakımından “aynı veya benzer nitelikte” yüksek mahkemelerin kararlarını araştırmakta ve buna göre sonuca ulaşmaktadır.²¹³

b. Somut İçtihat “Nihai” Nitelikte Olmalıdır

Etkililik değerlendirilmesinde dikkate alınacak içtihatların somut içtihat olarak nitelendirilmesi için ‘nihai’ nitelikte olmaları şarttır. Kararların ‘nihai’ olmasından anlaşılması gereken, yüksek mahkemelerin denetiminden geçtikten sonra kesinleşmiş olmalarıdır. Bu sebeple ilk derece mahkemelerin kararlarından sonra, temyiz makamları tarafından bozulan kararların ‘nihai’ nitelikte olmayacağı açıktır. Etkili bir hukuk yoluna ilişkin doğru bir tespit yapılabilmesi için yalnızca, yüksek mahkemelerin incelemesinden geçtikten sonra kesinleşmiş kararların dikkate alınması daha isabetli olacaktır. Zira her ne kadar temyiz makamları bozma kararlarında görüşlerini belirtmişlerse de kararlara direnme ihtimalinin bulunduğu da göz önüne alındığında, ikinci bir denetimden sonra kararların değişmesi söz konusu olabilir. Bu nedenle mahkemelerce etkililik değerlendirmesinin doğru bir şekilde yapılabilmesi için dikkate alınacak içtihatların ‘nihai’ nitelikte olması gerekmektedir.

Nitekim İHAM, *Kontrova/Slovakya*²¹⁴ kararında, taraf devletçe sunulan kararların ilk derece organlarına ait olduğunu, yani henüz yüksek mahkemelerin incelemesinden geçip nihai hâle geldiklerine dair bir gösterge olmadığını ve bu sebeple dikkate alınamayacağını belirtmiştir. Görüldüğü üzere İHAM, somut içtihat değerlendirmesinin doğru bir şekilde yapılabilmesi için ‘kesinleşmiş kararlar’ beklemektedir.

²¹³ Örneğin AYM, *Orhan Ersoy* kararında, başvurunun başvuru formuna eklediği Danıştay 10. Dairesinin 22/7/2009 tarih ve E.2009/9722, K.2009/7854 sayılı kararına atıfla adli yardım talebine ilişkin kararların temyizine hukuken olanak bulunmadığını belirterek yaptığı başvuruda, aynı Dairenin vermiş olduğu birçok bozma kararı bulunduğunu ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun da adli yardım talebinin reddi sonrasında davanın açılmamış sayılması yolundaki ilk kararında ısrar eden idare mahkemesi kararını, yakın tarihli bir kararı ile reddettiğini tespit etmiş ve başvurunun açtığı tam yargı davasının temyiz incelemesinin konusu itibarıyla Danıştay 10. Dairesinin görevine girmekte olduğunu, anılan Dairenin de adli yardım taleplerinin reddi yolunda verilen ara kararlarının, davanın açılmamış sayılmasına ilişkin esas hükümle birlikte temyiz yoluna gidildiği takdirde hukuka uygunluk denetiminden geçeceği yolunda istikrarlı bir içtihadının olduğu, hatta adli yardım talebinin kabul edilmesi gerekirken reddedilmesini hukuka aykırı bularak bozma kararları verdiğini gözeterek temyiz başvuru yolunun kullanılmaması nedeniyle başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez bulduğu görülmektedir. Karar için ayrıca bkz. *Orhan Ersoy*, AYM, § 44-49.

²¹⁴ *Kontrova/Slovakya*, İHAM, 7510/04, 31.05.2007, § 41-45.

c. Hangi Andaki Somut İctihat?

Somut icthahatların hangi anda var olması gerektiği sorun olarak gündeme gelebilir. Bu durum için farklı zaman dilimlerinden söz edilebilir. Bunlar: ‘*olay tarihi*’, ‘*bireysel başvuru tarihi*’, ‘*kabul edilebilirlik incelemesi tarihi*’, ‘*bireysel başvuru karar tarihi*’ veya “*somut icthahadın alenileştiği tarih*” olabilir. İHAM’ın icthahatlarına bakılarak bu konuda belirme yapılabilir.

Örneğin İHAM’ın *Demirtepe/Fransa*²¹⁵ kararında, hükümet tarafından ihlal iddiasına ilişkin benzer nitelikte 1997 yılının sonlarında verilen kararlar sunulmuşsa da Mahkemece başvuru tarihinin 22 Ocak 1997 olduğu ve başvurucunun şikâyetlerinin 1993 yılına dayandığı gözetilerek, şikâyet konusu ihlal iddiası için etkili bir hukuk yolunun var olduğunun değerlendirilmesi bakımından erken bir dönem olduğu tespit edilmiştir. Yine Mahkemenin, *Öcalan/Türkiye*²¹⁶ kararında, hükümetin sunduğu kararların başvurucunun yakalanıp gözaltına alındığı tarihten en az iki yıl sonra, 2001 ve 2003 yıllarına ait olduğu gözetilerek, etkili bir hukuk yolunun varlığı konusunda değerlendirme yapılmıştır. Yine İHAM, *Kontrova/Slovakya*²¹⁷ kararında, olayın 2002 yılında gerçekleştiğini, hükümetin ise örnek olarak sunduğu icthahatların 2006 yılına ait olması sebebiyle sunulan icthahatları dikkate almamıştır. Benzer yönde Mahkeme, *Sauod/Fransa*²¹⁸ kararında, hükümet tarafından sunulan yalnızca bir karar olduğu ve bu kararın da 08.09.2004 tarihine ait olduğunu gözeterek, hükümet tarafından sunulan kararın nihai karar olduğu varsayımında dahi, sunulu kararın, 1998’de gerçekleşen ve 18 Eylül 2001 tarihli Yargıtay kararı ile sona eren ceza yargılamasının konusu olan olaydan sonraya ait olduğu dikkate alınarak, tüketmeme yönündeki itirazı reddetmiştir. İlgili karar da Mahkeme, başvuru tarihinin ise 06.11.1999 olduğuna ayrıca dikkat çekmiştir. Görüldüğü üzere İHAM, bahsi geçen kararlarında ‘*olay tarihi*’ni veya en azından ‘*bireysel başvuru tarihi*’ni odak noktasına alarak sonuca ulaşmıştır.²¹⁹

²¹⁵ *Demirtepe/Fransa*, İHAM, 34821/97, 21.12.1999, § 22.

²¹⁶ *Öcalan/Türkiye*, İHAM, 46221/99, 12.05.2005, § 69.

²¹⁷ *Kontrova/Slovakya*, İHAM, § 44.

²¹⁸ *Sauod/Fransa*, İHAM, 9375/02, 09.10.2007, § 78.

²¹⁹ Benzer yönde ‘olay tarihi’ veya ‘başvuru tarihine’ dikkat çekilen diğer kararlar için ayrıca bkz. *Renolde/Fransa*, İHAM, 5608/05, 16.10.2008, § 71; *Reynolds/Birleşik Krallık*, 2964/08, 13.03.2012, § 45.

İHAM'ın *Valada Matos Das Neves/Portekiz*²²⁰ kararında ise başvuru tarihinin 25.11.2013 tarihi olduğu, öngörülen hukuk yolunun ise 2007 tarihli Kanunla düzenlenmiş olmasına karşın Yüksek İdare Mahkemesinin 27.11.2013 tarihli kararıyla pekiştirildiği ve böylelikle belirli bir ölçüde yasal kesinlik kazandığı belirtilmiş, ayrıca bu kararın, 27.04.2014 tarihinde Yüksek Mahkemenin sitesinde yayınlanarak alenileştiği gözetilerek, 27.04.2014 tarihinin esas alınması gereken tarih olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Görüldüğü üzere İHAM bu kararında ise, hukuk yoluna yasal bir kesinlik kazandıran '*somut içtihadın alenileştiği tarih*'i esas alarak sonuca ulaşmıştır. Mahkemenin bu sonuca ulaşmasında, hukuk yolunun pratikte daha sonrasında işlerlik kazanması etkili olmuştur.

Sonuç olarak; İHAM'ın somut içtihadın hangi ana ilişkin olması gerektiğine ilişkin ilkesel yaklaşımında, esasen "olay tarihini" veya "bireysel başvuru tarihini" öne çıkardığı söylenebilir de yeni bir hukuk yolunun yargı kararlarıyla kesinlik kazanarak işler kılındığı durumlarda, "somut içtihadın alenileştiği tarihi" esas alarak sonuca ulaştığı görülmektedir. Bu konuda net ve her zaman aranan kesin bir zaman dilimi söylenemese de somut içtihadın hangi ana ilişkin olmaması gerektiği net bir şekilde ortaya konulabilir. Bu bağlamda bu anlar haricinde sonradan oluşmuş somut içtihatların bireysel başvuru mekanizması bakımından, hukuk yolunun etkililiğine ilişkin yapılan değerlendirmelerde dikkate alınmaması gerekmektedir.

d. Somut İchtihatların "Niceliği"

Mahkemelerin somut içtihadın ne anladığı ve bu değerlendirmelerini hangi andaki somut içtihadla ilişkin yaptığı tespit edildikten sonra, somut içtihatların niceliğinin hukuk yolunun etkililiğini tespit etmede önem arz edip etmediği incelenmelidir. Hiç şüphesiz, somut içtihatların sayısı arttıkça hukuk yollarının pratikte de var oldukları ve hayali başvuru yolu olmadıkları ortaya konulabilir. Elbette ki başarı şansının gösterilmesi bakımından minimum ne kadar somut içtihadın var olması gerektiği konusunda sabit bir sayı verilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak İHAM'ın, *Varga ve Diğerleri/Macaristan*²²¹ kararında buna ilişkin ipuçları bulunabilir. Mahkeme bahsi geçen kararında, taraf devletçe sunulan yalnızca bir kararın hukuk yolunun etkililiğini ispatlayacak yerleşik uygulamayı göstermeyeceği sonucuna

²²⁰ *Valada Matos Das Neves/Portekiz*, İHAM, 73798/13, 29.10.2015, § 102-108.

²²¹ *Varga ve Diğerleri/Macaristan*, İHAM, § 53.

ulaşmıştır. Mahkemenin bu sonuca ulaşmasında bir diğer etken de somut içtihat örneği olarak sunulan yerel mahkeme kararının, İHAM'ın daha önce vermiş olduğu *Kúria* kararındaki yerleşik içtihadını takip etmeyen yerel mahkemeye ait olmasıdır. Ancak İHAM'ın etkili bir hukuk yolunun yeterli kesinlikte varlığına ilişkin somut karşılık görmek istediği göz önüne alındığında, bunun bir içtihatla sağlanamayacağı açıktır. Bu sebeple somut içtihatların sayısının artması, hukuk yollarının yeterli kesinlikte var olduklarını ve bu nedenle başarı şansı sunduklarını gösterecektir.

F. İSTİSNALAR

Olağan kanun yollarının tüketilmesi koşulu, varlığı sıkı sıkıya aranan mutlak karakterli bir koşul niteliğinde değildir. Zira tüketme kuralının mutlak bir şekilde uygulanması hâlinde temel hak ve özgürlüklerin etkin kullanımı ve korunması engellenmiş olacaktır.²²² Nitekim İHAM'a göre tüketme kuralı, belirli bir dereceye kadar esneklikle, aşırı şekilci ve katı bir yorum olmadan, uygulanmalıdır. Bu doğrultuda kural, her bir başvurunun somut gerçekliğinde değerlendirilmeli ve otomatik olarak uygulanmamalıdır.²²³ Mahkeme bu değerlendirmesinde, yalnızca hukuk yollarının var olup olmadığını veya etkili olup olmadıklarını ele almamakta; aynı zamanda, bu yolların işlediği genel politik bağlam ile başvuranın kişisel durumunu da göz önünde bulundurmaktadır. Bu anlamda başvuru tüketme adına kendisinden beklenebilecek gerekli olan her şeyi yapmışsa; başvuru, hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez bulunmayacaktır.²²⁴

AYM'de, aynı yaklaşımla, kuralın aşırı şekilcilikten uzak ve belirli bir esneklikle uygulanması gerektiğini, somut olayın koşulları içerisinde anılan kuralın haklı görülebilecek bazı istisnaları bulunabileceğini belirtmektedir.²²⁵ Bu anlamda örneğin, etkili ve yeterli

²²² *Güher Ergun ve Diğerleri*, AYM, 2012/13, 02.07.2013, § 27; *Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun*, AYM, 2012/12, 17.09.2013, § 33.

²²³ Leo Zwaak, Yves Haeck, Clara Burbano Herrera "Procedure Before The Court", in: **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed: Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, s. 107; *Tanrıkulu/Türkiye*, İHAM, 23763/94, 08.07.1999, § 82; *Gnahore/Fransa*, İHAM, 40031/98, 19.09.2000, § 46; *Gorraiz Lizarraga/İspanya*, İHAM, 62543/00, 27.04.2004, § 37; *D.H. ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti*, İHAM, 57325/00, 13.11.2007, § 116; *Adamsons/Litvanya*, İHAM, 3669/03, 24.06.2008, § 91.

²²⁴ *Akdivar ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, § 69; *Aksoy/Türkiye*, İHAM, § 53-54.

²²⁵ *Sema Öktem*, AYM, 2013/852, 06.03.2014, § 21.

olmayan hukuk yollarının tüketilmesi gerekmeyecektir.²²⁶ Zira başvuru sahipleri ihlal iddialarına karşı cevap alamayacakları bir yolu tüketmeye zorlamak, kuralın amacına aykırı olacaktır. Bu bağlamda AYM'nin dikkat çekici ve yerinde bir kararı olan *Sedat Ziriğ*²²⁷ kararı incelendiğinde; Mahkeme, başvuru sahibinin daha önce birçok kez tutukluluğun devamı kararlarına itiraz etmesine karşın sonuç alamadığını gözetmiş ve somut olayın koşullarında en son verilen tutukluluğun devamı kararına itiraz edilmesini beklememiştir. AYM'nin bu sonuca ulaşmasında, ilk derece mahkemesi tarafından her defasında formül gerekçelerle başvuru sahibinin tutukluluk hâlinin devamına karar verilmiş olması ve bu kararlara karşı yapılan itirazların da yine formül gerekçelerle reddedilmiş olması etkili olmuştur. AYM, özellikle formül gerekçelerle tutukluluğun devamına karar verilen bir davada, başvuru sahibinin yaklaşık beş yıl süren bir tutuklulukta verilen son tutukluluğun devamı kararına karşı, itiraz yoluna başvurusunu beklemenin aşırı şekilci bir yaklaşım olacağı sonucuna ulaşmıştır.

Tüketme kuralının istisnaları ne Sözleşme'de ne de Anayasa'da veya yasada açıkça yer almamaktadır.²²⁸ Bu istisnalar, İHAM ve AYM içtihatlarıyla ortaya konulmuş olup aynı ihlal iddiasını taşıyan benzer nitelikteki başvurular için de uygun düştüğü ölçüde geçerli olacaktır. Ancak önemle belirtilmesi gereken husus, mahkemelerin bir kanun yolunun tüketilmesini zorunlu görmediği durumlarda o kanun yolunun, her durumda doğrudan etkisiz hâle gelmeyeceğidir. Zira mahkemelerce bu yönde verilen kararlar, yalnızca somut başvuru açısından yapılan değerlendirmeyi ihtiva etmektedir.²²⁹ Örneğin bu anlamda, AYM'nin *Yaman Akdeniz ve Diğerleri (Twitter)* kararında erişim engellemeleri sonucunda idare mahkemesine

²²⁶ *Sedat Vural*, AYM, § 22.

²²⁷ *Serdar Ziriğ*, AYM, 2013/7766, 02.07.2015, § 27-28.

²²⁸ Almanya uygulamasında bazı istisnalara, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanununun 90. maddesinin 2. fıkrasında açıkça yer verildiği görülmektedir. Bu istisnalar, anayasa şikâyetinin genel bir öneme sahip olması ile ciddi ve geri dönülemez bir zararın oluşması ihtimalidir. Kanunda belirtilen bu istisnaların yanına, içtihatla, kanun yollarının tüketilmesinden bir sonuç alınmasının beklenemeyeceği durumların da eklendiği görülmektedir. Bu yönde detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Şirin, **Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, s.638 vd.; Ece Göztepe, **Anayasa Şikâyeti**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1998, s.78; Karaman, s.256; Gören, "Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)", s. 119; Recep Kaplan, "Bireysel Başvuruda Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi", **Haşim Kılıç'a Armağan**, C.2, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., 2015, s.1523-1525; Berkan Hamdemir, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, Ankara: Seçkin Yay., 2. Baskı, 2018, s.254-255.

²²⁹ *Akdivar ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, § 77; *Selmouni/Fransa*, İHAM, 25803/94,28.07.1999, § 81; *Djavit An/Türkiye*, İHAM, 20652/92, 20.02.2003, § 37.

başvuru yolunun somut başvuruda etkisiz görülmesi, tüm erişim engellemeleri konusunda idare mahkemesine başvuru yolunu doğrudan etkisiz hâle getirmemektedir. Nitekim İHAM ve AYM, bu yönde yanlış anlaşılacak adına, istisna kararlarının yalnızca somut olay için geçerli olduğunu kararlarında özellikle belirtmektedirler. Bu noktalara değinildikten sonra, mahkemelerin içtihatları doğrultusunda varlık kazanan tüketme kuralına ilişkin istisnalar ele alınmalıdır.

1. Etkili Bir Hukuk Yolu Niteliğinde Olmama

Tüketme koşulunun uygulama alanı bulması, kanun yolunun hem teoride hem de pratikte erişilebilir, yeterli, etkili ve makul bir başarı tanınmasına bağlı olacaktır. Bu nedenle, gerekli nitelikleri taşımayan kanun yollarının tüketilmesi aranmayacaktır.²³⁰

İHAM, taraf devletlerin iç hukuklarında anayasa şikâyeti kurumuna yer vermeleri hâlinde, şayet başvuru şartları da sağlanıyorsa, bu yolu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak görmektedir.²³¹ Ancak bunun istisnasını oluşturan örnekler de bulunmaktadır. Örneğin Mahkeme, *Apostol/Gürcistan*²³² kararında, Venedik Komisyonu raporuna atıfla Gürcistan Anayasa Mahkemesi'nin kamu makamlarının veya mahkemelerin kararlarını kaldıramadığını göz önüne almış ve Gürcistan'daki anayasa şikâyeti kurumunu etkili bir iç hukuk yolu olarak görmemiştir. Mahkemeye göre, anayasa şikâyeti kurumunun etkili olabilmesi, ulusal makamlar tarafından gerçekleştirilen hak ihlallerinin önüne geçilebilmesi ve hak ihlallerini giderilebilmesine bağlıdır.²³³

Yine AYM'nin, *Tuğba Arslan*²³⁴ kararında, ilk derece mahkemesi tarafından, başvuru avukatın başörtülü olması sebebiyle yargılamanın yapılmayarak duruşmanın ertelenmesi ve başvuru avukatının müvekkiline yeni bir avukat tutması için süre vermesi karşısında hem teoride hem de pratikte var olan ve başvuru avukatının doğrudan başvurduğu takdirde şikâyetine giderim sağlayacak, makul ölçüde bir başarı şansı sunan iç hukuk yolunun olmadığı sonucuna

²³⁰ *Wloch/Polonya*, İHAM, 27785/95, 19.10.2000, § 89, *Demiray/Türkiye*, İHAM, 27308/95, 21.11.2000, § 33.

²³¹ *Beshiri/Arnavutluk*, İHAM, 7352/03, 22.08.2006, § 32; *Driza/Arnavutluk*, İHAM, 33771/02, 13.11.2007, § 49.

²³² *Apostol/Gürcistan*, İHAM, 40765/02, 28.11.2006, § 32-47.

²³³ Benzer şekilde İHAM, *Brudnicka/Polonya* kararında, Polonya'daki anayasa şikâyeti kurumunu etkili bir hukuk yolu olarak görmemiştir. Karar için ayrıca bkz. *Brudnicka/Polonya*, İHAM, 54723/00, 03.03.2005, § 22-23.

²³⁴ *Tuğba Arslan*, AYM, 2014/256, 25.6.2014, § 40-42.

ulaşılmıştır. Zira AYM'ye göre, Danıştay kararını uygulamaması nedeniyle ilk derece hâkimi hakkında HSYK'ya şikâyetle bulunulması mümkün ise de HSYK'nın, ilk derece mahkemesinin ara kararını denetlemesi ve kaldırması mümkün olmadığından bu yol, başvurunun şikâyetine giderim sağlayacak bir yol değildir. Yine başvurunun, ara kararın gözden geçirilmesi ve kaldırılması için aynı mahkemeye başvurusu mümkün ise de ilk derece mahkemesi bu konuda görüşünü daha önce açıkladığından ve bu kararını değiştirmesi ihtimal dâhilinde görünmediğinden, bu yol etkili bir kanun yolu olarak kabul edilemeyecektir. Bu sebeple etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilemeyecek başvuru yollarının tüketilmesi gerekmeyecektir.

Tüketilmesi gerekli kanun yolunun taşınması gerekli niteliklerin neler olduğu yukarıda izah edilmişti. Bu doğrultuda başvuru, kanun yollarının nitelikleri bakımından değerlendirmelerini yapıp sonucuna göre, tüketme kuralının gereğini yerine getirmelidirler. Ancak yapılacak bu tespitin kolay bir tespit olamayacağı aşikârdır. Zira başvuru, bu yönde doğru bir tespit yapmaları hiç şüphesiz, İHAM ve AYM içtihatlarını yakından takip etmelerine bağlıdır. Bu durumda başvuru, sıkı bir şekilde mahkeme içtihatlarını takip etmelerini beklemek, başvuru, ciddi bir külfet yüklenmesi anlamına gelecektir. Kaldı ki, mahkemelerin hukuk yollarının etkililiğine ilişkin içtihatlarının karmaşık nitelikte olduğu, içtihatların sürekli gelişim sergileyerek değişkenlik arz ettiği ve somut olaylara ilişkin özel durumlar incelenerek sonuca varıldığı hususları göz önünde bulundurulduğunda, başvuru, yüklenen bu külfetin makul olmadığı söylenmelidir. Bu sebeple, mahkemelerin bu özel durumları da göz önünde bulundurarak tüketme kuralını değerlendirmeleri elzemdir.

Ancak her durumda belirtmek gerekir ki hem İHAM hem AYM'ye göre, başvurunun başvuru yolunun başarı şansına dair şüphe duyması kendisini tüketme kuralından muaf tutmayacaktır.²³⁵ Zira bu anlamda mahkemelere şüpheleri giderme fırsatının tanınması gerektiği düşünülmektedir.²³⁶ Ayrıca İHAM'ın ve AYM'nin hukuk yollarının etkililiğine dair görüşlerini zaman içerisinde gelişen durumlar ışığında değiştirdikleri de göz önüne alındığında bu husus daha da önem kazanmaktadır.

²³⁵ *Akdivar ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, § 71; *Holzinger/Avusturya*, İHAM, 23459/94, 30.01.2001, § 22; *B.U.*, AYM, 2013/2414, 06.01.2016, § 24; *Ayşe Sena Sezgin Arslan*, AYM, 2014/13367, 15.04.2015, § 15.

²³⁶ Karen Reid, *A Practitioner's Guide To The European Convention On Human Rights*, London: Sweet & Maxwell, Fifth Edition, 2015, s. 35.

2. Süregelen İhlal

İhlallerin süregelen bir durum içerisinde devam ettiği durumlarda olağan kanun yollarının tüketilmiş olması beklenmeyecektir. Zira bu durumda ihlaller, anlık bir müdahale sonucunda gerçekleşmekten farklı olarak belirli bir sürece yayılmaktadır.²³⁷ Örneğin yargılamanın makul süreyi aşması durumunda, ihlal artık gerçekleşmiş ve yargılamanın hâlen devam etmesi nedeniyle etkisini göstermeye devam etmektedir. Bu durumda AYM tarafından ihlalin tespit edilerek tazminat verilmesi ve bunun yanında kararın bir örneğinin süregelen ihlalin sona erdirilmesi için ilgili mahkemeye gönderilmesi, ihlale nihayet son verecektir. Bu nedenle başvurulardan devam eden yargılamanın sona ermesini bekleyerek hukuk yollarını tüketmeleri beklenmeyecektir. Ancak yargılama süresinin makul olmaktan çıktığı durumlarda, bu doğrultuda tespit ve tazminat imkânı sağlayarak, ihlalin sonuçlarının yeteri oranda kaldırılmasına hizmet edecek bir başvuru yolu mevcutsa bu yolun bireysel başvurudan önce tüketilmesi gerekecektir.

3. Başvuru Yolunun Olmaması

Tüketilmesi gerekli kanun yollarının ihlal iddiasına ilişkin olanlarla sınırlı oldukları şüphesizdir.²³⁸ Ancak ihlal iddiasına ilişkin bir kanun yolunun bulunmadığı durumlarda, tüketilecek bir kanun yolundan bahsedilemeyeceği için, doğrudan bireysel başvuru yapılabilecektir.²³⁹

Örneğin, yargılama süresinin uzunluğuna ilişkin ihlal iddialarına karşı etkili bir hukuk yolunun bulunmaması durumunda tüketme kuralı uygulanmayacaktır.²⁴⁰ Makul sürede yargılanma hakkı bakımından getirilen kanun yolunun, yargılamanın uzamasını önleyici etkiye sahip olması veya yargılamanın makul sürede yapılmaması sonucunda oluşan zararları tespit ve tazmin edici nitelikte olması şarttır. Bu anlamda bir idari veya yargısal başvuru yolunun var

²³⁷ Şirin, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı**, s.132.

²³⁸ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.882; *Pine Valley Developments Ltd ve Diğerleri/İrlanda*, İHAM, 12742/87, 29.11.1991, § 48.

²³⁹ Yunus Emre Yılmazoğlu, **Bireysel Başvuru Rehberi**, Ankara: Adalet Yay., 2019, s.88

²⁴⁰ *Horvat/Hırvatistan*, İHAM, 51585/99, 26.07.2001, § 34-48; *Buj/Hırvatistan*, İHAM, 24661/02, 01.06.2006, § 17-22; *Hartman/Çek Cumhuriyeti*, İHAM, 53341/99, 10.07.2003, § 66-69; *Vlad ve Diğerleri/Romanya*, İHAM, 40756/06, 26.11.2013, § 109-112.

olduğu durumlarda, bireysel başvuruda bulunulmadan önce başvuru yolunun tüketilmesi gerekecektir.²⁴¹ Türkiye’de yargılama faaliyetinin uzamasını önleyici veya yargılama faaliyetinin uzamasından doğan zararları giderici nitelikte bir başvuru mekanizması bulunmamaktadır.²⁴² Bu sebeple, bahsi geçen iddiaları içeren başvurular bakımından tüketme kuralı uygulanmayacaktır.²⁴³

Yine bazı ara kararlara karşı başvuru yolunun olmadığı durumlarda, doğrudan bireysel başvuru yapılabilecektir. Örneğin AYM, *Tuğba Arslan*²⁴⁴ kararında, ilk derece mahkemesinin başvuru avukatının başörtülü olması nedeniyle duruşmadan çıkartılması ara kararına karşı, ilk derece mahkemesinin bu ara kararını denetleyerek hukuka aykırılığını tespit edecek ve gerekiyorsa mahkemenin verdiği ara kararı kaldırarak etkili ama aynı zamanda pratik olarak da yeterince belirgin bir idari veya yargısal başvuru yolu olmadığı sonucuna vararak, başvuruyu tüketme koşulu yönünden kabul edilebilir bulmuştur.²⁴⁵

4. Yüksek Mahkemelerin Öngörülebilir İçtihadı

Bireysel başvuruya konu ihlal iddiasına ilişkin ulusal makamın temyiz merci tarafından verilmiş ve yakın zamanda da verilen kararların aynı yönde olması veya değişme imkânı

²⁴¹ Sözleşme’ye taraf devletlerin yargılama süresinin uzunluğuna ilişkin getirmiş oldukları bir iç hukuk yolu mevcutsa İHAM tarafından bu yolun tüketilmiş olması aranmaktadır. Bu yönde karar için ayrıca bkz. *Nogolica/Hırvatistan*, İHAM, 77784/01, 05.09.2002. Ancak getirilen hukuk yolu ‘etkili’ olmadığı takdirde tüketilmesi gerekmemektedir. Kararlar için ayrıca bkz. *Lukenda/Slovenya*, İHAM, 23032/02, 06.10.2005, § 41-71.

²⁴² Yargılama süresinin uzamasına ilişkin şikâyetler bakımından “etkili” olabilecek idari ve yargısal başvuru mekanizmalarının oluşturulmaları hâlinde tüketilme zorunlulukları gündeme gelecektir. Nitekim 6384 sayılı Kanun’la, yargılama sürelerinin uzunluğu ve aynı zamanda yargı kararlarının geç veya eksik icra edilmesi ya da icra edilmemesi nedeniyle İHAM’a 23.03.2013 tarihinden önce ve AYM’ye 31.07.2018 tarihinden önce yapılan başvurular bakımından kurulan tazminat komisyonu hem İHAM hem de AYM tarafından etkili olarak kabul edilerek tüketilmeleri beklenmiştir. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Turgut ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 4860/09, 26.03.2013, § 47-60; *Ferat Yüksel*, AYM, 2014/13828, 12.09.2018, § 17-36. Ancak Komisyonun görev kapsamına girmeyen şikâyetler bakımından, bu yönde bir mekanizma olmaması sebebiyle, doğrudan bireysel başvuruda bulunulabilecektir.

²⁴³ *Güher Ergun ve Diğerleri*, AYM, § 28; *Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun*, AYM, § 33; *Selahattin Akıl*, AYM, 2012/1198, 07.11.2013, § 29-30; *Yağız Tek. ve Gıda Ürünleri Paz. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti.*, AYM, 2012/650, 05.12.2013, § 21-22; *Gülseren Gürdal ve diğerleri*, AYM, 2013/1115, 05.12.2013, § 35-36.

²⁴⁴ *Tuğba Arslan*, AYM, § 42.

²⁴⁵ Başvuru yolunun bulunmaması durumu, hem tüketme kuralına istisna teşkil etmekte hem de etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Bu duruma ilişkin detaylı açıklamalara aşağıda yer verilecektir. Bkz. Birinci Bölüm, “Etkili Bir Hukuk Yoluna Başvuru Hakkı” Başlığı.

bulunmuyorsa; bu durumda, temyiz başvuru yolunun tüketilmesinin gerekmediği söylenebilir. Ancak böylesi bir tespitin çok keskin ve net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Zira mahkemelerce, kural olarak, temyiz başvurusu tüketilmesi gerekli kanun yolu olarak görülmektedir. Başvurucu, temyiz başvurusu ile bu içtihadın değişebileceğini düşünüyorsa temyiz başvuru yolunu tüketmelidir.²⁴⁶

Nitekim AYM tarafından, temyiz mercileri tarafından verilen karar doğrultusunda derece mahkemesince hüküm kurulmuşsa, bu aşamadan sonra, başvurucudan tekrar temyiz yoluna başvurmamasını beklemenin bireysel başvuru hakkının kullanılması önünde orantısız bir engel oluşturacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bu anlamda AYM tarafından, temyiz makamlarının kararlarına karşı ısrar yetkisi bulunmayan yargı mercilerinin bozmaya uyma kararlarına karşı, başvuru yapanın tekrar temyiz yoluna başvurma yükümlülükleri olmadığı belirtilmektedir. Ancak yine de AYM'ye göre, bireysel başvuru yapılabilmesi için yerel mahkemenin uyma kararının beklenmesi gerekmektedir.²⁴⁷

²⁴⁶ İHAM, *Sher ve Diğerleri/Birleşik Krallık* kararında, başvuru yapanın bakımından öne sürülen kararların, temyiz mahkemesinin vereceği kararı belirli bir ölçüde kesinlikle göstermediği sonucuna ulaşarak, başvuruyu iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilebilir bulmamıştır. Karar için ayrıca bkz. *Sher ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, İHAM, 5201/11, 20.10.2015, § 134-139. Benzer yönde AYM, *Orhan Ersoy* (6) kararında, şu tespitlerde bulunmuştur: “Somut olayda başvuru, Ankara 15. İdare Mahkemesinin 5/2/2013 tarih ve E.2012/1363, K.2013/116 sayılı kararına karşı temyiz aşamasında incelenmeyeceği düşüncesiyle etkili bir yol olarak görmediği temyiz yoluna başvurmadan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapmıştır. Ancak başvuru yapanın açtığı tam yargı davasının temyiz incelemesi, konusu itibarıyla Danıştay 10. Dairesinin görevine girmektedir ve anılan Dairenin de adli yardım taleplerinin reddi yolunda verilen ara kararlarının, davanın açılmamış sayılmasına ilişkin esas hükümle birlikte temyiz yoluna gidildiği takdirde hukuka uygunluk denetiminden geçeceği yolunda istikrarlı bir içtihadının olduğu, hatta adli yardım talebinin kabul edilmesi gerekirken reddedilmesini hukuka aykırı bularak bozma kararları verdiği görülmektedir. Buna göre, adli yardım talebinin reddi sonrasında verilen davanın açılmamış sayılmasına ilişkin karara karşı açık olan temyiz yolunun, adli yardım talebi hakkında verilen kararın hukuksal denetimi yönünden başarısız olacağı iddiası ispat edilemediğinden anılan karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulması, iddia edilen ihlalin giderilmesi bakımından etkili ve öncelikli olup, bir ihlal iddiasının başvuru yolları tüketilmeden Anayasa Mahkemesince bireysel başvuru kapsamında incelenmeyeceği yolundaki kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir neden bulunmamaktadır.”. Karar için ayrıca bkz. *Orhan Ersoy* (6), AYM, 2013/7333, 20.03.2014, § 47-48. Benzer yönde bir diğer karar için ayrıca bkz. B.K., AYM, 2013/3334, 14.10.2015 § 30-31.

²⁴⁷ *Deniz Baykal*, AYM, 2013/7521, 04.12.2013, § 29-31; *Emel Kaynar ve diğerleri*, AYM, 2013/3667, 10.06.2015, § 46-53; *Teoman Yeğenoğlu*, AYM, 2013/5338, 17.07.2014, § 38-43; *Elif Ceyda Özdamar*, AYM, 2014/7838, 19.12.2017, § 37-40, *Burcu Özşahin ve diğerleri*, AYM, 2015/3497, 04.07.2019, § 103-110.

5. Özel Koşulların Varlığı

Başvurucuları, tüketme kuralından uzaklaştıracak bazı özel koşullar var olabilir.²⁴⁸ Bu özel koşulların varlığı hâlinde, başvuruçuların iç hukuk yollarını tüketmeleri beklenmeyecektir. Bahsi geçen özel koşullardan kasıt, başvuruçunun içerisinde bulunduğu genel yasal ve politik durumu da içerisinde barındırmaktadır.²⁴⁹ Özel koşullar her bir davanın kendi somut gerçekliğinde ortaya çıkmaktaysa da bazı başlıklar altında izah edilmeleri mümkündür.

a. İdari Pratik Hâline Dönüşme

İHAM uygulamasında başvuruçu tarafından, Sözleşme ile uyumlu olmayan eylemlerin idari bir pratik hâline dönüştüğü ve bu duruma devletin en yüksek yetkilileri tarafından tolerans gösterildiği ispat edilebildiği takdirde; başvuruçu, iç hukuk yollarını tüketmekten muaf olmaktadır.²⁵⁰ Zira Mahkemece böylesi bir durumda, hukuk yollarının etkisiz olduğu kabul edilmektedir.²⁵¹

İHAM’a göre idari pratiğin iki unsuru bulunmakta olup bunlar “*fiillerin tekrarı*” ile “*resmi hoşgörüdür*”. Fiillerin tekrarından anlaşılması gereken, yeterli sayıya ulaşmış, birbiriyle bağlantılı, aynı veya benzer nitelikli olan sistemli ihlallerdir. Resmi hoşgörü ise, doğrudan sorumlu olan kişilerin üstleri tarafından, fiillerden haberdar olmalarına rağmen sorumluları cezalandırmak veya ihlalin tekrarına engel olmak üzere harekete geçilmemesi veya üst düzey yetkilinin iddiaların doğruluğuna ilişkin bir soruşturma yapmaması ya da yargısal yollarda yasadışı fiillere ilişkin etkili bir soruşturma yapılmayarak bunların hoş görülmesine neden olunmasıdır.²⁵² Mahkemeye göre bu durumlarda tüketme kuralı uygulanmayacaktır.

²⁴⁸ Gözübüyük, Güöcöklö, s. 70; Leach, s.158.

²⁴⁹ Örneğinin İHAM, *Chiragov ve Diğerleri/Ermenistan* kararında, Dağlık Karabağ bölgesiyle ilgili Ermenistan ve Azerbaycan arasındaki artan gerilimle birlikte davalı devlet tarafından ileri sürölen hukuk yollarının genel yasal ve politik durum dikkate alınarak tüketmelerinin beklenemeyeceğı sonucuna ulaşölmüştür. Karar için ayrıca bkz. *Chiragov ve Diğerleri/Ermenistan*, 13216/05, 16.06.2015, § 119-120.

²⁵⁰ *Akdivar ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, § 67; *Aksoy/Türkiye*, İHAM, § 52.

²⁵¹ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.881; Harris, O’Boyle, Bates, Buckley, s.61.

²⁵² Gözübüyük, Güöcöklö, s.71-72; Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.881; *Gürcistan/Rusya (I)*, İHAM, 13255/07, 03.07.2014, § 122-127.

b. Ciddi ve Geri Dönülemez Bir Zarara Uğrama İhtimali

Kural olarak, olağan kanun yolları tüketilmeden bireysel başvuru yapılamayacaktır. Ancak başvuru yolunun tüketilmesinin beklenmesi hâlinde başvuru yolunun haklarına yönelik ciddi ve geri dönüşümlü bir tehlike ortaya çıkacaksa, bu durumda tüketme kuralı uygulanmayacaktır.

Örneğin sınır dışı edilme kararı sonucunda Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında bir ihlalin yaşanacağı iddiasını taşıyan başvurularda, şayet sınır dışı işlemi gerçekleşirse ciddi ve geri dönülemez zararların oluşacağı açıktır. Bu sebeple sınır dışı işlemine karşı yargı yolunun, yargılama sonucuna kadar işlemi 'askıya alması' gerekir. Nitekim AYM, *Laura Alejandra Caceres*²⁵³ kararında, idari yargı yoluna başvurunun, sınır dışı edilme kararını otomatik olarak askıya almadığını, idari yargı mercilerince yürütmeyi durdurma talebinin ve buna karşı yapılan itirazın reddine karar verilmiş olması durumunda, kişinin yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik tehlike devam ediyorsa, anayasal haklara saygı ilkesi gereği, AYM'nin bu başvuruları incelemesi gerekeceğini ifade etmiştir.²⁵⁴ Mahkeme, bu durumda kişinin bireysel başvuru yapabilmesi için idari yargı mercileri önündeki davanın sonuçlanmasını beklemek zorunda bırakılamayacağını ancak buna karşılık kişinin yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike söz konusu değilse somut olayın özellikleri dikkate alınıp

²⁵³ *Laura Alejandra Caceres*, AYM, 2013/1243, 16.04.2013, § 24-26.

²⁵⁴ 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesi 11.04.2014 tarihinde yürürlüğe girmiş ve anılan maddenin (3) numaralı fıkrası ile "...yabancı rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez..." şeklindeki düzenleme ile otomatik askıya alma mekanizması Türkiye'de uygulama alanı bulmuştur. Bu düzenlemeyle dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmeyeceğine ilişkin düzenleme yapılmış ve sınır dışı etme işlemine karşı daha etkili, hızlı, ön koşul gerektirmeyen ve başvuru yolunun temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına daha etkin bir şekilde hizmet edebilecek şekilde ve yapısal bir soruna çözüm getirecek nitelikte bir başvuru yolu hayata geçirilmiştir. Bu sebeple AYM'ye göre, sınır dışı edilme hâlinde, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamındaki ihlaller bakımından getirilen bu düzenleme etkili olup tüketilmesi gerekmektedir. Bu yönde karar için ayrıca bkz. *Rida Boudraa*, AYM, 2013/9673, 21.01.2015, § 49-53.

daha sınırlı bir yaklaşım benimsenerek gerekirse hukuk yollarının tüketilmesinin gerektiğini ifade etmiştir.²⁵⁵

c. Başvurucunun İçinde Bulunduğu Özel Durum

İHAM, bazı durumlarda başvurucunun içinde bulunduğu özel durumu dikkate alarak iç hukuk yollarının tüketilmesini gerekli görmemektedir. Bu bağlamda Mahkeme, hukuk yollarının genel olarak etkili veya yeterli olup olmadıklarından çok, başvurucunun iç hukuk yollarını tüketmek adına kendisinden beklenebilecek her şeyi yapıp yapmadığıyla ilgilenmektedir.²⁵⁶ Örneğin *Aksoy/Türkiye*²⁵⁷ kararında İHAM, hükümet tarafından tüketilmediği yönünde itiraz edilen hukuk yollarının niteliğinden çok başvurucunun içerisinde bulunduğu özel durumu değerlendirmeye almıştır. Mahkemece, gözaltındayken kötü muameleye uğranıldığı iddiası karşısında, her ne kadar başvuru tarafından savcı huzurundayken bu durumdan yakınılmadığı tespit edilmişse de başvurucunun maruz kaldığı ciddi yaralanmaların savcı tarafından fark edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Özellikle Türk hukukunda savcının, resen soruşturma yapma yükümlülüğü altında olmasına rağmen kötü muamelenin niteliği, kapsamı ve nedeni hakkında herhangi bir soruşturmanın yapılmamış olması ve bu ihmalin, on dört günlük uzun gözaltı süresinin sonunda gösterilmiş olması burada önem arz etmiştir. Başvurucunun güçsüz ve kırılgan olan bu döneminde, savcının, kötü muamelenin farkında olmasına rağmen herhangi bir işlem yapmaması, başvurucunun iç hukuk yollarından herhangi bir başarı alamayacağına dair inancının oluşmasına neden olabileceği

²⁵⁵ Başvurucuların, ciddi ve geri dönülemez bir zarara uğrama ihtimallerinin bulunduğu durumlarda, kanun yollarını tüketmeleri beklenemeyeceği gibi bireysel başvuru sonucunda verilecek karara değin, temel haklarının korunması için mahkemeler tarafından ayrıca ivedilikle geçici tedbir kararı verilmelidir. Nitekim AYM, 6216 sayılı Kanun md.49/5 hükmü gereğince, başvurucunun temel haklarının korunması için zorunlu görülen tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verebilecektir. Yasa metniyle, geçici tedbir kararı verilmesi konusunda haklar konusunda bir ayrıma gidilmemişse de AYM İçtüzüğü md. 73/1 hükmüyle, ancak başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması üzerine tedbir kararı verilebileceği belirtilerek, yasaya aykırı olarak, haklar yönünde bir sınırlama yoluna gidilmiştir. *Şirin*'e göre de AYM yasasına aykırı bu daraltmanın dikkate alınmayarak, hak lehine ve hiyerarşik olarak daha üstte yer alan yasa hükmünün esas alınması gerekmektedir. Bu yönde ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. *Şirin*, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, s.256-260.

²⁵⁶ *Devrim Turan/Türkiye*, İHAM, 879/02, 02.03.2006, § 24-29; *Mamedova/Rusya*, İHAM, 7064/05, 01.06.2006, § 55-58; *Akpınar ve Altun/Türkiye*, İHAM, 56760/00, 27.02.2007, § 33-44; *Osmanoğlu/Türkiye*, İHAM, 48804/99, 24.01.2008, § 30-34; *Piruzyan/Ermenistan*, İHAM, 33376/07, 26.06.2012, § 59-65.

²⁵⁷ *Aksoy/Türkiye*, İHAM, § 54-55.

tespit edilmiştir. Bu sebeple Mahkemece, başvurayı iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünden uzaklaştıran özel durumların bulunduğu sonucuna varılmıştır.²⁵⁸

Yine İHAM tarafından, *Opuz/Türkiye*²⁵⁹ kararında, aile içi şiddet mağdurlarının korunmasında devlet yetkililerin pasif kalmasının, başvurucunun annesinin ölmesine ve kendisinin de kötü muameleye maruz kalmasına sebebiyet vermiş olduğunu dikkate alarak, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleri gereği, gerekli yükümlülüklerin taraf devletçe yerine getirilmemiş olması nedeniyle başvuru bakımından iç hukuk yollarının etkisiz kılındığına ve bu sebeple başvurucuyu tüketme yükümlülüğünden uzaklaştıran özel koşulların var olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

²⁵⁸ Benzer yönde İHAM, *A.B./Hollanda* kararında, Hollanda Antillerinde tutulan başvuruçuların cezaevinde tutulma koşulları ile yazışmalarına yapılan müdahale iddialarına ilişkin hükümetin tazminat davası açılabilirliği ve ihtiyati tedbir talep edilebileceği yönündeki itirazlarına karşılık, hukuk yolunun etkililiği değerlendirilirken genel hukuki ve siyasi bağlamla birlikte başvuruçunun içerisinde bulunduğu özel durumun dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. İHAM, benzer durumdaki kişilerin iç hukukta açtığı davaları göz önüne alarak, mahkemenin ihtiyati tedbir kararının bir yıldan fazla bir süredir uygulanmadığı ve bu durumun davalı devletçe izah edilemediğini göz önüne alarak, başvuruçunun tüketme kuralından muaf tutulması gerektiğine karar vermiştir. Karar için ayrıca bkz. *A.B./Hollanda*, İHAM, 37328/97, 29.01.2002, § 63-74. İHAM, Çeçen davalarında da, Rus mahkemelerinde başvuru yollarının mevcut olduğunu tespit etmişse de olaylarla ilgili etkili soruşturmaların yapılmamış olması nedeniyle başvuruçuların tazminat davası açmakta zorluk yaşayacaklarını ve olay tarihlerinde, Çeçenistan'da kolluğun hukuka uygun olarak faaliyetler göstermediği dikkate alınarak başvuruçuları, tüketme kuralından uzaklaştıran özel durumların olduğu sonucuna varılmıştır. Bu yöndeki kararlar için ayrıca bkz. *Isayeva, Yusupova ve Bazayeva/Rusya*, İHAM, 57947/00, 24.02.2005, § 143-153; *Isayeva/Rusya*, İHAM, 57950/00, 24.02.2005, § 151-161; *Hashiyev/Rusya*, İHAM, 57942/00, 24.02.2005, § 115-124. Benzer yönde başvuruçuların içinde bulundukları özel durumlar sebebiyle tüketme kuralından muaf tutulduklarına ilişkin diğer kararlar için ayrıca bkz. *Öcalan/Türkiye*, İHAM, 46221/99, 12.03.2003, § 66-76; *Ertak/Türkiye*, İHAM, 20764/92, 09.05.2000, § 121, *Dulaş/Türkiye*, İHAM, 25801/94, 30.01.2001, § 47-48; *Doğan ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 8803/02, 29.06.2004, § 94-110.

²⁵⁹ *Opuz/Türkiye*, İHAM, 33401/02, 09.06.2009, § 114-153.

İHAM, başvurunun akıl hastası olması durumunu da tüketme yükümlülüğünden uzaklaştıran özel koşullar bağlamında dikkate almaktadır.²⁶⁰ Ancak yine de Mahkemenin, bu yöndeki yaklaşımını genişletmeme yönünde bir eğilime sahip olduğu söylenmelidir. Örneğin İHAM, *Gherghina/Romanya*²⁶¹ kararında, engelli başvurunun, başvuru yapacağı mahkemelerin yeterli fiziki şartlara sahip olmadığı için başvuru yapamadığı yönündeki tüketmeme gerekçesini, bu durumun başvurunun mahkemelere yapacağı başvuruyu yasal temsilcisi vasıtasıyla yapmasına engel olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Yine Mahkeme bir başka kararında, başvurunun depresif durumda olmasının kendisini tüketme yükümlülüğünden uzaklaştırmayacağı sonucuna ulaşmıştır.²⁶²

G. FERAGAT VE İSPAT SORUNU

İHAM yargılamasında tüketme koşulu, kamu düzeninden görülmemektedir. Bu sebeple Sözleşme'ye taraf devlet, her zaman bu itirazından feragat etme hakkına sahiptir.²⁶³ Zira taraf devletçe ihlal iddiasının uluslararası bir merci tarafından karara bağlanması istenebilir. Hiç şüphesiz bu istek İHAM tarafından göz ardı edilemeyecektir. Bu feragat açık bir şekilde olabileceği gibi örtülü bir şekilde de olabilir. Taraf devlete başvuru komünike edildiği hâlde, iç hukuk yollarının tüketilmediği yönünde bir itiraz yapılmazsa, İHAM tarafından bu durum

²⁶⁰ *MS/Hrvatistan*, İHAM, 75450/12, 19.02.2015, § 118-128. İHAM bu yaklaşımını bazı istisnai ve özel durumlarda da sergilemiştir. Örneğin Mahkeme, *Bogumil/Portekiz* kararında, başvurunun yargılama diline hâkim olmayan ve bu süreçte etkili bir hukuki yardım alamayan bir yabancı olduğunu ve şikâyetini yetkili makamlara iletmeye çalıştığını gözeterek, başvurunun tüketme adına kendisinden makul olarak beklenebilecek her şeyi yaptığı sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Bogumil/Portekiz*, İHAM, 35228/03, 07.10.2008, § 58-59. Benzer yönde İHAM, *Sejdovic/İtalya* kararında, başvurunun Almanya'da tutuklanıp hakkında verilen karardan yeteri kadar bilgiye sahip olduktan sonra, on gün içerisinde kesinleşmiş mahkûmiyet kararına itiraz edebileceği konusunda bilgilendirildiğinin taraf devletçe ortaya konulmadığı gözetilerek, kanun yolunun başvuru bakımından erişilebilir nitelikte olmadığı ve başvurunun tutuklanma yeri ve içerisinde bulunduğu özel durum sebebiyle tüketmeme yönündeki itirazı reddettiği görülmektedir. Karar için ayrıca bkz. *Sejdovic/İtalya*, İHAM, 56581/00, 01.03.2006, § 53-55. *Kurić ve Diğerleri/Slovenya* kararında ise Mahkeme, Slovenya Anayasa Mahkemesinin kararlarının teorik olarak icra kabiliyeti olmalarına karşın kamu makamlarının bu kararlara karşı uzun süreli hareketsiz kalmalarından dolayı, başvuruların buna karşın güçsüzlük ve hayal kırıklığı hislerine uğradığı ve bu sebeple mevcut olayın özel koşullarında, başvuranların, anayasa şikâyeti yoluna başvurma yükümlülüğünden muaf oldukları sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Kurić ve Diğerleri/Slovenya*, İHAM, 26828/06, 26.06.2012, § 301-304.

²⁶¹ *Gherghina/Romanya*, İHAM, § 113.

²⁶² *B/Belçika*, İHAM, 16301/90, 12.01.1991.

²⁶³ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.886.

örtülü feragat olarak anlaşılmakta ve iç hukuk yollarının tüketildiği yönünde bir kabulle başvuru incelenmektedir.²⁶⁴

AYM ise olağan kanun yollarının tüketilmesi koşulunu, kamu düzeninden görmektedir. Bu anlamda Bakanlık tarafından olağan kanun yollarının tüketilmediği yönünde herhangi bir itiraz belirtilmemiş olsa da AYM tarafından resen bir inceleme yapılarak koşul, başvuru bakımından denetlenmektedir.²⁶⁵ Bu anlamda AYM yargılamasında tüketme kuralından feragatin mümkün olmadığı görülmektedir.

Hukuk yolunun tüketildiği veya tüketilmediyse neden tüketilmediğine ilişkin ispat yükünün kime ait olduğu sorun olarak gündeme gelebilir. İHAM, koşulun bir ispat yükü

²⁶⁴ Gözübüyük, Gölçüklü, s.70; Hüseyin Ekinci, “Kabul Edilebilirlik Kriterleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadının Anayasa Mahkemesi İçtihadına Olası Etkileri”, in: **Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi)**, Musa Sağlam (Ed.), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., 2013, s.117-118. İHAM, taraf devletlerin iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki ön itirazlarını kabul edilebilirlik aşamasında yeteri açıklıkta ileri sürmelerini şart olarak görmektedir. Aksi durumda bu itirazlar örtülü feragat anlamı taşıyacağından itirazlar incelenmeyecektir. Bununla birlikte kabul edilebilirlik incelemesinin Komisyon tarafından yapıldığı dönemde, komisyon önünde yeteri açıklıkta ileri sürülmemen itirazlar da Mahkeme tarafından incelenmemekteydi. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Corigliano/İtalya*, İHAM, 8304/78, 10.12.1982, § 29; *Duijnhof ve Duijf/Hollanda*, İHAM, 9626/81, 22.05.1984 § 30; *Bricmont/Belçika*, İHAM, 10857/84, 07.07.1989, § 73; *Kamasinski/Avusturya*, İHAM, 9783/82, 19.12.1989, § 60; *Schuler-Zraggen/İsviçre*, İHAM, 14518/89, 24.06.1993, § 55; *Papamichalopoulos ve Diğerleri/Yunanistan*, İHAM, 14556/89, 24.06.1993, § 36; *Brumărescu/Romanya*, İHAM, 28342/95, 28.10.1999, § 53; *Dikme/Türkiye*, İHAM, 20869/92, 11.07.2000, § 44-49, *Rehbock/Slovenya*, § 61; *K. ve T./Finlandiya*, İHAM, 25702/94, 12.07.2001, § 145; *Lo Tufo/İtalya*, İHAM, 64663/01, 21.04.2005, § 50; *Woś/Polonya*, İHAM, 22860/02, 08.06.2006, § 55-57; *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı/Türkiye*, İHAM, 34478/97, 09.01.2007, § 33; *Blokhin/Rusya*, İHAM, 47152/06, 23.03.2016, § 96; *Buzadji/Moldova*, İHAM, 23755/07, 05.07.2016, § 62-67; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portekiz*, İHAM, 55391/13, 06.11.2018, § 109; *Navalnyy/Rusya*, İHAM, 29580/12, 15.11.2018, § 60; *López Ribalda ve Diğerleri/İspanya*, İHAM, 1874/13, 17.10.2019, § 83-84.

²⁶⁵ Doğru, s.105; Şirin, **Anayasa Mahkemesine Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, s.100; Karan, s.60; Hüseyin Ekinci, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi”, **AYD**, 2013, C.30, s.167-168. Mahkeme kabul edilebilirlik incelemesinin kamu düzenine ilişkin olduğunu açıkça sadece zaman bakımından yetkisizlik kararı verdiği başvurularda açıkça ifade etmiştir. Buna ilişkin kararlar için ayrıca bkz. *G.S.*, AYM, 2012/832, 12.02.2013, § 14; *Mustafa Bülent Erten*, AYM, 2012/649, 16.04.2013, § 17; *Y.C.K.*, AYM, 2012/889, 26.03.2013, § 16; *Mustafa Kemal Sungur*, AYM, 2013/2507, 06.03.2014, § 18. Ancak AYM’nin resen karar araştırmasına girişmesi tüketme koşulunu kamu düzeninden gördüğü anlamını taşımaktadır.

dağılımını öngördüğünü belirtmektedir.²⁶⁶ Mahkeme, *Akdivar ve Diğerleri/Türkiye*²⁶⁷ kararında, koşula ilişkin ispat yükünün taraf devlet ile başvuru arasında paylaşıldığını, bir tarafın ortaya koyduğu bir duruma karşılık, ispat yükünün diğer tarafa geçtiğini ifade etmiştir. Bu anlamda ilk yükümlülük başvurucuya düşmekle, başvurunun, başvuru yaparken hangi iç hukuk yollarını tükettiğini bildirmesi, şayet bu yolları tüketmemişse tüketmemeye ilişkin haklı ve somut nedenlerini ortaya koyması gerekmektedir. Mahkeme, bu aşamada doğru bir hukuk yoluna gidilip gidilmediğini inceleyecek şayet gidilmemişse başvuruyu reddedecektir. Mahkeme tarafından yapılan bu tespitten sonra başvuru, taraf devlete komünike edildiğinde ispat yükü taraf devlete geçmektedir. Bu durumda taraf devletin, iç hukuk yollarının tüketilmediği yönünde bir itirazı varsa bunu sunarak hem teoride hem de pratikte mevcut yani erişilebilir, etkili ve yeterli başvuru yollarının aynı zamanda başvuru makul ölçüde bir başarı şansı sunduğunu ortaya koyması gerekmektedir.²⁶⁸ Taraf devletçe bu yerine getirildiği takdirde, ispat yükü tekrar yer değiştirerek başvuru makul ölçüde bir başarı şansı sunduğunu ortaya koyması gerekmektedir. Mahkeme, ispat yüküne ilişkin bu sırayı takip ederek sonuca ulaşmaktadır.

²⁶⁶ *Navarra/Fransa*, İHAM, 13190/87, 23.11.1993, § 24; *Selmouni/Fransa*, İHAM, 25803/94, 28.07.1999, § 76; *Aytekin/Türkiye*, İHAM, 22880/93, 23.09.1998, § 82; *T./Birleşik Krallık*, İHAM, 24724/94, 16.12.1999, § 55, *Basic/Avusturya*, İHAM, 29800/96, 30.01.2001, § 33, *Pallanich/Avusturya*, İHAM, 30160/96, 30.01.2001, § 26; *Teteriny/Rusya*, 11931/03, 30.06.2005, § 34; *Cenbauer/Hırvatistan*, İHAM, 73786/01, 09.03.2006, § 33; *Emonet ve Diğerleri/İsviçre*, İHAM, 39051/03, 13.12.2007, § 43.

²⁶⁷ *Akdivar ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, § 68.

²⁶⁸ İHAM, *Deweer/Belçika* kararında, hükümetin tüketmemeye ilişkin itirazlarında yalnızca diğer hukuk yollarını işaret etmesini yeterli görmemiş bu yolların nitelikleri ve varlıkları hakkında da bilgi verilmesini beklediğini belirtmiştir. Karar için ayrıca bkz. *Deweer/Belçika*, İHAM, 6903/75, 27.02.1980, § 26. Bu anlamda taraf devletlerin yalnızca hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazları yeterli değildir; taraf devletler bu itirazlarında hangi hukuk yollarının tüketilmediğini açık bir şekilde belirtmeli ve hukuk yollarının hem teoride hem de pratikte mevcut, etkili ve yeterli olduğunu ortaya koymalıdır. Aksi durumda Mahkemece bu yöndeki itirazlar dikkate alınmayacaktır. Aynı yönde diğer kararlar için ayrıca bkz. *Foti ve Diğerleri/İtalya*, İHAM, 7604/76, 10.12.1982 § 48; *Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis/Yunanistan*, İHAM, 13427/87, 12.09.1994, § 35; *Mooren/Almanya*, İHAM, 11364/03, 09.07.2009, § 58-59.

İHAM yargılamasında ispat yükünün dağılımı konusunda ilkelerin bu yönde belirli olduğu söylenebilir de aynı somutlaştırmanın AYM için yapılamadığı söylenmelidir.²⁶⁹ Zira AYM, kabul edilebilirlik incelemesini kamu düzeninden görmesi nedeniyle Bakanlık tarafından tüketmeme yönünde herhangi bir itirazın olmadığı durumlarda dahi, kendiliğinden bu incelemeyi yapmaktadır.²⁷⁰ Bu sebeple başvurucunun hukuk yolunu tükettiği veya o yolun etkili bir hukuk yolu niteliğinde olmadığını ya da kendisini tüketme kuralından istisna tutacak özel bir durumu bulunmaktaysa başvuru aşamasında bu hususların açık bir biçimde ileri sürülmesi gerekmektedir.

II. ETKİLİ BİR HUKUK YOLUNA BAŞVURU HAKKI

İdeal hukuk düzeni, herkesin, ihlal iddiaları bakımından başvuruda bulunabileceği hukuk yollarına sahip olmasını gerektirir. Bu nedenle herkes, her bir ihlal iddiası bakımından, etkili hukuk yollarına başvuru yaparak ihlal iddiasının değerlendirilmesini ve şikâyetlerinin giderilmesini isteyebilmelidir. Özü itibarıyla, etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkı da bu amaca hizmet etmek adına, başvuru sahiplerinin ihlal iddialarına karşı başvuru yapabilecekleri etkili bir hukuk yoluna sahip olmaları gerektiğini ifade etmektedir. Bu hak hem Sözleşme hem de Anayasa’da güvence altına alınmış olup bu başlık altında, Sözleşme ve Anayasa düzenlemeleri ışığında “etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkı” ele alınacaktır.

A. SÖZLEŞME

Etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkı, Sözleşme’nin 13. maddesinde yer almaktadır.²⁷¹ Bu düzenlemeye göre:

²⁶⁹ Bunun nedeni olarak, AYM’ye yapılan bireysel başvurularda, klasik anlamda bir çelişmeli yargılamadan bahsedilememesi gösterilebilir. Zira bu usulde doğrudan davalı sıfatını haiz bir taraf bulunmamaktadır. Ancak başvuruların Adalet Bakanlığına bildirilmesinden sonra bakanlık tarafından, her ne kadar görüş sunulması takdire bağlı olsa da, bireysel başvuruya ilişkin görüşlerin sunulması hâlinde bunun başvuru sahibine tebliğ edilmesi ve başvurana da görüşlerini sunma imkânının sağlanması, AYM’ye yapılan bireysel başvuru usulünü çelişmeli yargılamaya yaklaştırmaktadır. Ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Tolga Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, s.658.

²⁷⁰ Şirin, *Anayasa Mahkemesine Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, s.100.

²⁷¹ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 8. maddesinde de “Herkesin anayasa veya yasa ile kendisine tanınmış olan temel haklarını çiğneyen işlemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler önünde etkin bir yargı yoluna başvurma hakkı vardır.” denilerek etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkına işaret edilmektedir. Madde metninin çevirisi için ayrıca bkz. Rona Aybay, *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, Ankara: TBB Yay., 2006, s.14.

“Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.”²⁷²

Sözleşme’de yer alan hakların etkili bir şekilde korunması için en önemli unsurlardan biri olarak görülen bu madde ile Sözleşme’nin 35. maddesi arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır.²⁷³ Bunun ilk nedeni; tüketme kuralının, Sözleşme’nin 13. maddesi gereğince, ihlal iddiasına karşılık iç hukukta etkili bir hukuk yolunun mevcut olduğu varsayımına dayanmasıdır.²⁷⁴ İkinci neden olarak ise 35. maddenin öngördüğü tüketilmesi gerekli kanun yolu ile 13.madde gereğince kurma yükümlülüğüne söz konusu başvuru yolu, aynı nitelikte “etkili bir hukuk yolu” olmalıdır. Zira ancak etkili bir hukuk yolunun varlığıyla söz konusu hükümler anlam kazanmaktadır. Nihayet son olarak her iki maddeyle, Sözleşme ile ulusal sistem arasındaki ilişki netlik kazanmakta ve Sözleşme’nin öngördüğü koruma mekanizmasının ulusal sisteme nazaran ikincil nitelikte olduğu ortaya konulmaktadır.²⁷⁵

1. Hakkın Kapsamı ve Özellikleri

Sözleşme’nin 13. maddesi ile başvuru sahiplerinin, Sözleşme’deki haklarının ihlal edildiğini ileri sürebilecekleri etkili bir hukuk yoluna sahip olmaları gerektiği güvence altına alınmaktadır.²⁷⁶ Görüldüğü üzere söz konusu hak ile devletlere, ihlal iddialarına ilişkin etkili bir hukuk yolu kurma yükümlülüğü öngörülürken; başvuru sahiplerine, ihlal iddialarına karşılık etkili bir hukuk yoluna başvurma yönünde bir “usul hakkı” tanınmaktadır.²⁷⁷ Ne var ki bu hak, tüm ihlal iddiaları bakımından değil, yalnızca Sözleşme’de belirtilen haklara ilişkin ihlal iddialarına karşı, etkili bir hukuk yolunun varlığını zorunlu kılmaktadır.²⁷⁸ Bu nedenle söz konusu hakkın kapsamının, Sözleşme’de belirtilen haklarla sınırlı olduğu söylenmelidir.

²⁷² https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (E.T. 28.02.2020)

²⁷³ Schabas, s.551; Reid, s.963; Gözübüyük, Gölcüklü, s.399.

²⁷⁴ Tom Barkhuysen, Michiel Van Emmerik, “Right To An Effective Remedy (Article 13)”, İn: **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed: Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, s. 1046.

²⁷⁵ Christoph Grabenwarter, **European Convention on Human Rights: Commentary**, München: C.H. Beck, Oxford: Hart, Baden-Baden: Nomos, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, s.328.

²⁷⁶ Leach, s.510; Schabas, s.550; Harris, O’Boyle, Bates, Buckley, s.745.

²⁷⁷ Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-2**, s.559.

²⁷⁸ Tom Barkhuysen, Michiel Van Emmerik, “Right To An Effective Remedy (Article 13)”, İn: **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed: Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, s. 1036.

Madde metninde yer alan; “söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi” ifadesi, Sözleşme’ye aykırı davranışların kim tarafından yapıldığına bakılmaksızın, devlet ve devlet görevlilerine bu davranışlarından dolayı muafiyet tanınamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır.²⁷⁹ Bunun yanında, bu ifade ile Sözleşme’deki hakların devlet görevlileri dışında başka kişiler tarafından da ihlal edilebileceğine dikkat çekilerek devletlere pozitif bir yükümlülük öngördüğü söylenebilir.²⁸⁰

Sözleşme’nin 13. maddesi, bağımsız nitelikte değildir. Bağımsız nitelikte olmamasından kasıt, hakkın ancak ‘maddi hak’ tanıyan bir başka maddeyle birlikte ileri sürülebilmesidir.²⁸¹ Ne var ki bu hakkın, bir başka maddeyle birlikte ileri sürülmesi zorunluysa da, birlikte ileri sürülen hakkın ihlal edilmiş olması gerekmemektedir.²⁸² Bu durumun, hakkın aynı zamanda özerk bir hak niteliğinde olma yönünü de güçlendirdiği söylenebilir.²⁸³

İHAM, 13. maddeyle birlikte ileri sürülen hakkın ihlal edilmiş olmasını bir ön koşul olarak görmemekteyse de ihlal iddiasının en azından “savunulabilir” nitelikte olmasını beklemektedir.²⁸⁴ Mahkeme, “savunulabilir” kavramının soyut bir tanımının mümkün olmadığını, her somut olayın koşulları değerlendirilerek sonuca varılması gerektiğini belirtmektedir.²⁸⁵ Ancak her durumda savunulabilir nitelikteki iddiaların, belirli bir ciddilik

²⁷⁹ Sibel İnceoğlu, “Etkili Başvuru Hakkı”, İn: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed: Sibel İnceoğlu, 1. Baskı, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2013, s.441; Gözübüyük, Gölcüklü, s.396.

²⁸⁰ Tom Barkhuysen, Michiel Van Emmerik, “Right To An Effective Remedy (Article 13)”, İn: **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed: Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, s. 1059.

²⁸¹ Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-2**, s.559; Gölcüklü, Gözübüyük, s.394; Reid, s.964; Leach, s.511; Grabenwarter, s.328.

²⁸² İHAM, *Klass ve Diğerleri/Almanya* kararında, Sözleşme metninde ancak bir ihlalin meydana gelmiş olması hâlinde etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkının gündeme gelebileceği şeklinde bir anlam bulunmaktaysa da başvuruçuların, ulusal bir makama başvurma haklarının olmadığı bir durumda, bu makamın önünde ihlalin varlığını ortaya koymanın mümkün olamayacağına ve bu nedenle, Sözleşme’nin ihlal edilmemiş olmasının, 13. maddenin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme, bu kararıyla 13. maddenin uygulanması bakımından herhangi bir ihlalin olmasının ön koşul olmadığını ortaya koymuştur. Karar için ayrıca bkz. *Klass ve Diğerleri/Almanya*, İHAM, 5029/71, 06.09.1978, § 64.

²⁸³ İnceoğlu, s.440.

²⁸⁴ *Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, İHAM, 5947/72, 25.03.1983, § 113; *Verein Alternatives Lokalradio Bern and Verein Radio Dreyeckland Basel/İsviçre*, İHAM, 10746/84, 16.10.1986.

²⁸⁵ *Boyle ve Rice/Birleşik Krallık*, İHAM, 9659/82, 27.04.1988, § 55.

içermesi gerekeceği söylenmelidir.²⁸⁶ Zira İHAM’a göre, 13. madde, her türlü iddiaya karşılık değil, yalnızca “savunulabilir” nitelikteki iddialar için etkili bir hukuk yolunun varlığını gerektirmektedir.²⁸⁷

Sözleşme’ye taraf devletlerin ihlal iddialarına karşılık, 13. maddeye uygun olarak kurdukları bir başvuru yolu mevcutsa ancak bu yollar tüketildikten sonra İHAM’a bireysel başvuru yapılabilecektir. Bu nedenle başvuru yapılacak hukuk yolunun olmaması durumunda hem 13. maddenin ihlali hem de tüketme kuralının uygulanmaması gündeme gelecektir. Örneğin makul sürede yargılanma hakkı bakımından hem yargılama süresinin uzunluğunu tespit edip bunun hızlandırılmasını sağlayabilecek hem de bu nedenden dolayı uğranılan zararın giderilmesini sağlayacak nitelikte bir başvuru yolunun bulunmaması durumunda 13. maddenin ihlali söz konusu olacaktır.²⁸⁸ Yine 13. maddenin gerekliklerine uygun bir hukuk yolu bulunmadığı takdirde tüketme yükümlülüğünün söz konusu olmayacağı söylenmelidir. Bu nedenle, bir hukuk yolunun tüketilmesinin zorunlu olması için hakkın gerekliklerini bünyesinde bulundurması gerekecektir.

2. Hakkın Gereklikleri

Sözleşme’nin 13. maddesi, iç hukukta Sözleşmesel ihlal iddiasının ileri sürülebileceği “etkili bir hukuk yolunun” varlığını gerekli kılmaktadır. 13. maddenin gerektirdiği etkili bir hukuk yolu, hem esasa ilişkin bazı özellikleri içkin bir şekilde bünyesinde bulundurmalı hem de kurumsal bazı özelliklere sahip olmalıdır.

²⁸⁶ *Leander/İsviçre*, İHAM, 9248/81, 26.03.1987, § 77.

²⁸⁷ Açıkça dayanaktan yoksun nitelikte olan iddiaların “savunulabilir” nitelikte olup olmadığı burada sorun olarak gündeme gelebilir. İHAM, *Airley/İrlanda* ve *Boyle ve Rice/Birleşik Krallık* kararlarında, ihlal iddiasının açıkça dayanaktan yoksun bulunması durumunda, ilk bakışta (*prima facie*) dahi ihlal iddiasının ileri sürülemeyeceğinin anlaşılması karşısında, bu iddiaların “savunulabilir” nitelikte olduğunu söylemenin pek de kolay olamayacağını belirtmiştir. Kararlar için ayrıca bkz. *Airley/İrlanda*, İHAM, § 18 ve *Boyle ve Rice/Birleşik Krallık*, İHAM, § 54. Nitekim Mahkeme, *Poweel ve Rayner/Birleşik Krallık* kararında, açıkça dayanaktan yoksun nitelikte olan iddiaların “savunulabilir” nitelikte olduğunun kabul edilmesi hâlinde bu maddeler arasındaki uyumun ortadan kalkma tehlikesi altına girebileceğini ifade etmiştir. Karar için ayrıca bkz. *Poweel ve Rayner/Birleşik Krallık*, İHAM, 9310/81, 21.02.1990, § 31-33. Netice olarak İHAM’ın açıkça dayanaktan yoksun nitelikteki iddiaların, 13. madde bakımından “savunulabilir” nitelikte olmadığı ve bu nedenle 13. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaştığı belirtilmelidir. Bu yönde karar için ayrıca bkz. *Çonka/Belçika*, İHAM, 51564/99, 05.02.2002, § 76.

²⁸⁸ *Kudla/Polonya*, İHAM, 30210/96, 26.10.2000, § 157-160; *Mifsud/Fransa*, İHAM, 57220/00, 11.09.2002, § 17; *Sürmeli/Almanya*, İHAM, 75529/01, 08.06.2006, § 97-101.

İlk olarak etkili bir hukuk yolunun taşınması gereken, esasına ilişkin özellikleri incelenecek olursa; etkili bir hukuk yolu hem teoride hem de pratikte erişilebilir, yeterli ve etkili olmalıdır.²⁸⁹ Bu anlamda hukuk yoluna başvurulduğunda ihlalin ortaya çıkması ya da devam etmesi engellenmeli ya da ihlal artık sona ermişse sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi için yeterli oranda giderim sağlanabilmelidir.²⁹⁰ Bu giderim tazminat yoluyla mümkün olabileceksen de bazı durumlarda bu “yeterli” kabul edilemeyecektir. Örneğin, Sözleşme’nin 2. veya 3. maddesi kapsamındaki savunulabilir nitelikteki ihlal iddiaları bakımından, ihlal devletin eylemleri neticesinde gerçekleşmişse, tazminatın yanında, etkili bir soruşturmanın da yürütülmesi gerekecektir.²⁹¹ Yine İHAM, sınır dışı işlemi neticesinde, Sözleşme’nin 2. veya 3. maddeleri kapsamında bir ihlalin meydana geleceği iddiasını taşıyan başvurularda, etkili bir hukuk yolundan bahsedilebilmesi için, ulusal makamlar tarafından titiz bir inceleme yapılmasının gerektiğini ve ayrıca bu gibi durumlarda yapılan başvuruyla birlikte sınır dışı işleminin “askıya alınması” imkânının sağlanması gerektiğini ifade etmektedir.²⁹²

Tüm bu özelliklerin yanında etkili bir hukuk yolundan bahsedilebilmesi için başvuru yapılan yolun makul ölçüde bir başarı şansı sunması da gerekecektir.²⁹³ 13. maddenin gereklerine uygun olarak bu özelliklerin var olduğunun ispatlanabilmesi, somut içtihatların varlığıyla mümkün olacaktır.²⁹⁴ Sözleşmesel her bir şikâyet bakımından hukuk yolunun taşınması gereken nitelikler farklılaşmaktaysa da bu özelliklerin bulunmadığı başvuru yollarının “etkili bir hukuk yolu” olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır.²⁹⁵

13. maddenin gerektirdiği esasa ilişkin özellikler bu şekilde olmakla birlikte, maddeye uygunluğun sağlanması bakımından, bazı kurumsal gerekliliklerin de başvuru yolunda mevcut olması gerekecektir. İHAM’a göre, 13. maddeye uygunluk için, başvuru yapılacak makamın

²⁸⁹ Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-2**, s.562.

²⁹⁰ Kudla/Polonya, İHAM, § 157-159.

²⁹¹ Aksoy/Türkiye, İHAM, § 98.

²⁹² Chahal/Birleşik Krallık, İHAM, 22414/93, 15.11.1996, § 140-155; Singh ve Diğerleri/Belçika, İHAM, 33210/11, 02.10.2012, § 89-107.

²⁹³ Etkili bir hukuk yolunun taşınması gereken özelliklere ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, “Tüketilmesi Gerekli Kanun Yolunun Nitelikleri” Başlığı.

²⁹⁴ Kudla/Polonya, İHAM, § 159; Segerstedt -Wiberg ve Diğerleri/İsveç, İHAM, 62332/00, 06.06.2006, § 120.

²⁹⁵ Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-2**, s.562; Reid, s.969-970; Leach, s. 512.

yargısal olma zorunluluğu bulunmamaktadır.²⁹⁶ Bu durumda Mahkeme, başvuru yapılacak makamın sahip olduğu yetkiler ile sağladığı güvenceleri esas alarak 13. maddeye uygunluğun sağlanıp sağlanmadığı yönünde sonuca ulaşmaktadır.²⁹⁷ Bu nedenle başvurulacak makamın gereklilikleri sağladığı oranda yargısal olma zorunluluğunun olmadığı söylenecektir. Ancak bazı durumlarda “etkili” bir korumanın ancak yargısal bir organa başvuru neticesinde gerçekleştirilebileceği de önemle belirtilmelidir. Örneğin İHAM, cezaevi koşulları nedeniyle yapılan başvurularda, ihlal iddiasının taşıdığı önemi de dikkate alarak, etkili bir yargısal başvuru yolunun varlığını zorunlu görmüştür.²⁹⁸ Bu nedenle, her ne kadar 13. madde, kural olarak, yargısal bir makamı gerektirmemekteyse de hakka uygunluğun sağlanması bakımından, yargısal makamların, bağımsız olma, tarafların etkili erişimine açık olma ve hükmedilen tazminatların ödenmesi yönünde güçlü güvenceler barındırması nedeniyle, başvurulacak makamın yargısal olmasının daha yerinde olacağı söylenmelidir.²⁹⁹

İHAM, Sözleşme’nin 13. maddesinin gerekliliklerinin, spesifik olarak yalnızca bir başvuru yolunun varlığını zorunlu kılmadığını, iç hukukta öngörülen birden fazla başvuru yolunun kümülatif birlikteliğiyle de yerine getirilebileceğini düşünmektedir.³⁰⁰ Bu anlamda her ne kadar bir başvuru yoluyla 13. maddenin gerekleri yerine getirilemese de tüm başvuru yollarının birlikteliğiyle ihlal iddiası yeteri oranda giderilebiliyorsa hakka uygunluk sağlanabilecektir.

Netice olarak tüm gerekliliklerin, hem tüketilmesi gerekli kanun yolunu belirlediği hem de Sözleşme’nin 13. maddesindeki hakkın gerekliliklerini ortaya koyduğu görülmektedir. Bu nedenle hukuk yolunun gereklilikleri taşımadığı noktada, hem iç hukuk yollarının tüketilmesi beklenmeyecek hem de bu durum 13. maddenin ihlali anlamına gelecektir.

B. ANAYASA

Etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkının iç hukuktaki yansımaları Anayasa md.40 oluşturmaktadır.³⁰¹ Bu düzenlemeye göre;

²⁹⁶ *Klass ve Diğerleri/Almanya*, İHAM, 5029/71, 06.09.1977, § 67; *Souza Ribeiro/Fransa*, İHAM, 22689/07, § 79.

²⁹⁷ *Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, İHAM, § 113.

²⁹⁸ *Ramirez Sanchez/Fransa*, İHAM, 59450/00, 27.01.2005, § 165.

²⁹⁹ *Z/Birleşik Krallık*, İHAM, 29392/95, 10.05.2001, § 110.

³⁰⁰ *Klass ve Diğerleri/Almanya*, İHAM, § 67; *Leander/İsviçre*, İHAM, § 77.

³⁰¹ *Ruhi Abat*, AYM, 2014/4724, 07.03.2019, § 45.

“Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

(Ek fıkra: 3/10/2001-4709/16 md.) Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”

Yetkili makamlara başvuru hakkı olarak ifade edilebilecek bu hak ile Anayasa’da belirtilen haklarının ihlâl edildiğini iddia eden herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahip olduğu ve resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğranılan zararın devletçe tazmin edileceği güvence altına alınmaktadır.³⁰²

1. Hakkın Kapsamı ve Özellikleri

Yetkili makamlara başvuru hakkının kapsamını, Anayasa’da belirtilen hak ve özgürlükler oluşturmaktadır. Sözleşme’nin 13. maddesinin Sözleşme’deki haklarla sınırlı olduğu göz önüne alındığında, Anayasa md.40’nın kapsamının Sözleşme hükmüne nazaran daha geniş olduğu görülmektedir. Ayrıca madde metninde başvurmanın açıkça “hak” olarak belirtilmiş olması da başvurunun, sadece usuli bir yöntemden ibaret olmadığını, özerk bir hak niteliğinde olduğunu ortaya koymaktadır.³⁰³

Bununla birlikte yetkili makamlara başvuru hakkı, bağımsız nitelikte bir hak değildir. Bu nedenle maddi bir hakla birlikte ileri sürülmesi zorunludur. Nitekim AYM’de bu hakkın, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını, korunmasını ve başvuru yollarını güvence altına alması nedeniyle tamamlayıcı nitelikte bir hak olduğunu belirterek, maddi bir hakla birlikte ileri sürülmesi gerektiğini belirtmektedir.³⁰⁴

Anayasa md.40, sadece ispatlanmış bir hak ihlalinin tazmini ya da giderilmesini değil, ihlal iddialarını karara bağlayacak mekanizmaların bulunmasını ve iyi işlemlerini amaçlamaktadır. Bu nedenle, 13. madde için geçerli olduğu gibi, Anayasa md.40 kapsamında AYM’ye yapılacak bireysel başvurularda, hakkın ileri sürülebilmesi için Anayasa’da korunan haklardan herhangi

³⁰² Tahir Canan, AYM, 2012/969, 18.09.2013, § 27.

³⁰³ İncoğlu, s. 442.

³⁰⁴ Onurhan Solmaz, AYM, 2012/1049, 26.03.2013, § 33-34; Mustafa Ergin Nalbant, AYM, 2013/3339, 06.02.2014, § 36.

birinin ihlal edilmiş olması aranmamaktaysa da ihlal iddiasının en azından “savunulabilir” nitelikte olması beklenmektedir.³⁰⁵

AYM tarafından ihlal iddiasının “savunulabilir” nitelikte olmasına ilişkin herhangi bir tanımlama yapılmadığı, yalnızca İHAM içtihadına atıfla ihlal iddiasının “savunulabilir” nitelikte olması gerektiğinin belirtildiği görülmektedir.³⁰⁶ AYM’nin “savunulabilirlik” testine ilişkin soyut tanımlama yapmamış olması problemli olarak görülmeyecekse de ihlal iddiasının neden savunulabilir olmadığını kararlarında yeterince gerekçelendirmesi gerekmektedir.³⁰⁷

Bu hususlar ifade edildikten sonra, Anayasa md.40/3 hükmü ele alındığında; “*Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da*” şeklindeki ifade ile Sözleşme’nin 13. maddesine paralel yönde, ihlal fiilinin devlet veya devlet görevlileri

³⁰⁵ Tahir Canan, AYM, § 28. Nitekim AYM’de, Adnan Tınarlıoğlu kararında, hakkın ileri sürülebilmesi için Anayasa’da korunan haklardan herhangi birinin ihlal edilmiş olmasının şart olmadığını ancak başvuruçuların en azından Anayasa ve Sözleşme bağlamında “*ileri sürülebilir bir iddia*”larının bulunup bulunmadığına bakılacağını ifade etmiştir. Mahkemenin bu kararında dikkat çekici husus kararda “savunulabilir” yerine “ileri sürülebilir” ifadesinin kullanılmasıdır. Mahkeme her ne kadar bu kararında, “ileri sürülebilir” ifadesini kullanmışsa da daha sonraki kararlarında tekraren “savunulabilir” kavramını kullanmaya devam etmiştir. Ancak AYM tarafından her iki kullanıma ilişkin bir tanımlama yapılmamıştır. Karar için ayrıca bkz. Adnan Tınarlıoğlu, AYM, 2013/2156, 22.01.2015, § 32-34.

³⁰⁶ Cengiz Kahraman ve Kenan Özyürek, AYM, 2013/8137, 20.04.2016, § 73. AYM’nin, A.A. ve A.A. kararında, devletin kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi için başvuruçular tarafından “savunulabilir” (araştırılabilir/tartışılabilir, araştırmaya değer, makul şüphe uyandıran) bir iddianın ortaya konulması gerektiği, bir iddianın savunulabilir olduğunun kabul edilmesinin başvurunun mutlaka ihlalle sonuçlanacağı anlamına gelmemekle birlikte bu kabulün, başvuruçunun iddialarının araştırmaya değer nitelikte olduğunun tespitinden ibaret olduğu şeklindeki belirlemelerinin “savunulabilir” nitelikteki iddialardan AYM’nin ne anladığına ilişkin ipuçları vermektedir. Karar için ayrıca bkz. A.A. ve A.A., AYM, 2015/3941, 01.03.2017, § 63-64.

³⁰⁷ Bu gerekçelendirmenin başarılı bir şekilde yapılmadığı örnekler mevcuttur. Örneğin AYM’nin Sıtkı Güngör kararında, başvuruçular, kendisinden zorla tükürük örneği alınmasına ilişkin kararda başvuru merciin gösterilmediği ve kararın kendisine tebliğ edilmeyerek itiraz hakkının kullandırılmadığından yakınmıştır. AYM, zorla tükürük örneği alınması kararını Anayasa md. 17 kapsamında incelemiş ve bir ihlal bulmamıştır. Mahkeme, Anayasa md.40 bakımından yaptığı incelemede ise birlikte ileri sürülen hakkın ihlal edilmiş olmasının ön koşul olmadığını ancak başvuruçunun savunulabilir bir iddiasının bulunmaması nedeniyle hakkın ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. AYM’nin zorla tükürük örneği alınması iddiasını Anayasa md.17 bakımından çok detaylı bir şekilde ele almasına rağmen bu iddiayı neden “savunulabilir” nitelikte bulmadığını anlamak güçtür. Mahkemenin en azından gerekçesini ortaya koyması “savunulabilirlik” testine ilişkin görüşlerinin tespit edilebilmesi için faydalı olabilirdi. Karar için ayrıca bkz. Sıtkı Güngör, AYM, 2013/5617, 21.04.2016, § 84-90. Ayrıca açıkça dayanaktan yoksun oldukları sonucuna varılan iddialar bakımından AYM’nin ayrıca Anayasa md. 40 bakımından inceleme yapmadığı görülmektedir. Mahkemenin açıkça dayanaktan yoksun iddiaları neden “savunulabilir” nitelikte bulmadığına ilişkin herhangi bir açıklama yapmadığı da belirtilmelidir. Bu yönde karar için ayrıca bkz. Sadıka Şeker, AYM, 2013/1948, 23.01.2014, § 54.

tarafından gerçekleştirilmiş olmasının muafiyet getirmeyeceğinin ortaya konulduğu görülmektedir. Bunun yanında madde gerekçesinde ihlal fiilinin başkaları tarafından da gerçekleştirilebileceğinin belirtilmiş olması, hak bakımından, devletin pozitif yükümlülüğüne işaret etmektedir.³⁰⁸

Son olarak Anayasa md. 148’ de düzenlenen bireysel başvuru hakkının, Anayasa md. 40’ın özel bir görünümü olduğu söylenmelidir. Bu nedenle bireysel başvuru hakkının, etkili başvuru hakkı kapsamında, Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanına dahil olması nedeniyle, ihlal edilmiş olduğu ileri sürülebilecektir.³⁰⁹

Hakkın kapsamı ve özellikleri bu yönde olmakla birlikte, gerekliliklerinin de Sözleşme’nin 13. maddesiyle paralel yönde olduğu söylenmelidir. Ancak Anayasa, Sözleşme’nin bir adım ötesinde, ek güvence sağlamaktadır.

2. Hakkın Gereklilikleri ve Ek Güvencesi

Anayasa’nın 40. maddesi, Anayasa’da yer alan hakların ihlal edildiği iddiasının geciktirilmeden ileri sürülebileceği bir başvuru yolunu gerekli kılmaktadır. Anayasa hükmünün sözel lafzında açıkça “*etkili bir yola*” başvuru hakkına yer verilmemesi, etkili bir hukuk yolunun

³⁰⁸ MGK Anayasa Komisyonu gerekçesinde yer alan: “*Madde hükümlerine göre, Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, bu ihlal ister resmî görevli, isterse başkaları tarafından yapılsın yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir*” ifadesi, ihlal fiilinin kim tarafından gerçekleştirildiğinin önemi olmadığını ve ihlal fiilinin üçüncü kişiler tarafından da gerçekleştirilebileceğini ortaya koymaktadır. Gerekçe için ayrıca bkz. <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (E.T.27.02.2020) Aynı yönde AYM kararı için ayrıca bkz. *Tahir Canan*, AYM, § 28.

³⁰⁹ AYM, *Ruhi Abat* kararında, idari ve yargısal kuruluşların, temel hak veya özgürlüklerinin ihlal edildiğini düşünen kişilerin bireysel başvuruda bulunmalarını engelleyici veya zorlayıcı tutum ve davranışlardan kaçınmakla yükümlü olduklarını ve ayrıca bu negatif yükümlülüğün yanında, somut olayın koşullarının gerektirmesi hâlinde, kamu otoritelerinin, bireylerin bu haktan yararlanmalarını kolaylaştırma yönünde pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, idari ve yargısal otoritelerin aldıkları idari veya fiilî tedbirlerle kişilerin bireysel başvuru yapmalarını engellemesi veya zorlaştırması bu hakkın ihlaline yol açabileceği gibi engelleyici veya zorlayıcı bir tutum sergilemeseler bile, bunların somut olayın koşulları çerçevesinde kolaylaştırıcı tedbirler almalarının kendilerinden beklenmesinin makul görüldüğü hâllerde, kamu otoritelerinin hareketsiz kalmış olmalarının dahi bu hakkın zedelenmesi sonucunu doğurabilecektir. AYM, özellikle idarenin fiilî kontrolü altında bulunan ve bu nedenle serbest hareket etme imkânına sahip bulunmayan nispeten kırılgan konumdaki kişilerin idarenin kolaylaştırıcı rolüne daha fazla muhtaç olduklarının göz önünde bulundurulacağını ve dolayısıyla bu kişilerin anayasal haklarının ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunabilmeleri hususunda destek sağlayacak kişi veya materyallere erişimlerinin tamamen engellenmiş olmasının bireysel başvuru hakkının ihlaline neden olabileceğini belirtmiştir. Karar için ayrıca bkz. *Ruhi Abat*, AYM, § 47-51.

varlığının gerekmediği anlamına gelmeyecektir. Nitekim Anayasa md.40, “*temel hak ve hürriyetlerin korunması*” kenar başlığıyla birlikte amaçsal yorumla değerlendirildiğinde; hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunması için yetkili makamlara başvurunun, etkili bir hukuk yolu olma zorunluluğu gündeme gelecektir.³¹⁰ Bu nedenle Anayasa md.40’da yer alan yetkili makamlara başvuru hakkının, etkili bir hukuk yolunun varlığını gerekli kıldığı söylenmelidir.

İHAM uygulamasında bir hukuk yolunun “etkili” olabilmesi için bünyesinde bulundurması gereken esasına ilişkin özellikler ile kurumsal gereklilikler, AYM uygulaması için de geçerlidir.³¹¹ Bu bağlamda AYM’ye göre Anayasa md.40’a uygun etkili bir hukuk yolundan bahsedilebilmesi için, başvuru yolunun, ihlalin gerçekleşmesini veya devam etmesini engellemesi ya da ihlal meydana gelmişse yeterli giderim sağlayarak sonuçlarını ortadan kaldırmaya elverişli olması gerekmektedir.³¹² Örneğin, sınır dışı işlemleri neticesinde kötü muameleye maruz kalınacağına iddia edildiği başvurularda, idari makamlar tarafından alınan sınır dışı kararlarının bağımsız bir yargı organı tarafından denetlenmesi, bu denetim süresince sınır dışı kararlarının icra edilmemesi ve yargılama sürecine tarafların etkili katılımının sağlanması hâlinde, etkili bir hukuk yolundan bahsedilebilecektir.³¹³

İhlalin sona ermiş olduğu durumlarda ise ihlalin geriye dönük bir etki ile ortadan kaldırılması mümkün olamayacağından, başvuru sahiplerine uygun bir giderimin sağlanması gerekecektir. Bu durumda uygun giderim, tazminat yoluyla olacaktır. Bu nedenle, ihlalin sona ermiş olduğu durumlarda, Anayasa md.40 gereğince, tazminat yolu mevcut olmalıdır. Ancak tazminat yolunun öngörülmesinin, tek başına, hakka uygunluk sağlamayacağı belirtilmelidir. Bu kapsamda, yetkili makamlara yapılacak başvuru neticesinde tazminatın belirlenişin gecikmesi, miktarı ya da hükmedilen tazminatın ödenmemesi veya geç ödenmesi durumlarında Anayasa md.40’ın ihlali gündeme gelebilecektir.³¹⁴

³¹⁰ İncoğlu, s.453.

³¹¹ AYM’nin Anayasa md.40’a ilişkin kararlarında İHAM içtihadını değerlendirerek sonuca ulaşmaya çalışması bu hususu doğrulamaktadır. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Mevlüt Can*, AYM, 2014/12954, 14.11.2018, § 48-49; *B.T.*, AYM, 2014/15769, 30.11.2017, § 24-30.

³¹² *Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad*, AYM, 2016/5604, 24.05.2018, § 60.

³¹³ *A.A. ve A.A.*, AYM, § 62; *Y.T.*, AYM, 2016/22418, 30.05.2019, § 48.

³¹⁴ İncoğlu, s.455.

Anayasa md.40, sadece tazminat yükümlülüğü öngörmez. Bazı durumlarda hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunması adına usuli güvencelerin de sağlanması gerekecektir.³¹⁵ Örneğin yaşam hakkı, işkence yasağı ya da bazı durumlarda özel hayata saygı hakkı kapsamındaki ihlal iddialarında etkili bir ceza soruşturmasının da yürütülmesi gerekecektir. Örneğin AYM'nin, *Mehmet Ali Emir ve diğerleri*³¹⁶ kararında, başvuru sahiplerinin deprem sonrası gerekli tedbirlerin alınmaması nedeniyle yakınlarının ölümüne neden olduklarını ileri sürdükleri Vali ve AFAD yetkilileri hakkında yaptıkları suç duyurusundan sonra, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, iddiaların somut bilgi ve belgelere dayanmadığı, ilgililer açısından suç oluşturan ön inceleme yapılmasını gerektirecek bir durumun bulunmadığı gerekçesiyle verilen, “şikâyetin işlememe konulmaması” kararıyla etkili bir ceza soruşturmasının yürütülemediği olduğu sonucuna ulaşılmıştır. AYM tarafından yaşam hakkının usuli boyutunun ihlal edildiği sonucuna ulaşılması nedeniyle, ayrıca Anayasa md.40 bakımından değerlendirme yapılmamışsa da Başsavcılık tarafından, “soruşturma izni verilmemesi” şeklinde bir karar verilmesi hâlinde, söz konusu karar itiraz yoluyla denetimden geçebilecekken, Başsavcılık'ın hâlihazırda verdiği bu karar ile soruşturmanın devam ettirilmesine yönelik talebin bir itiraz mercii tarafından incelenmesine engel olunduğu göz önüne alınarak, Anayasa md. 40'ın ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilir.

Son olarak AYM, etkili bir hukuk yolunun varlığından bahsedilebilmesi için bir başvuru yolunun mevzuatta öngörülmesinin yeterli olmayacağını, söz konusu başvuru yolunun aynı zamanda uygulamada da başarı şansı sunması gerektiğini belirtmektedir.³¹⁷ Şüphesiz, Anayasa md.40'ın gereklerine uygun, etkili bir hukuk yolunun gerçekten de var olduğunun söylenebilmesi için somut içtihatların ortaya konulması gerekecektir.³¹⁸

³¹⁵ A.g.e., s.454.

³¹⁶ *Mehmet Ali Emir ve diğerleri*, AYM, 2012/850, 07.11.2013, § 41-75.

³¹⁷ *Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad*, AYM, § 61.

³¹⁸ Örneğin AYM'nin *Cengiz Kahraman ve Kenan Özyürek* kararında, başvuru sahibi cezaevinde maruz kaldığı işkence ve kötü muamele fiillerinin her türlü kuşkudan uzak bir şekilde ortaya çıkmış olmasına rağmen kendisine tazminat ödenmesini sağlayacak etkili bir hukuk yolunun fiilen oluşturulmamış olmadığından yakınmışsa da AYM, Yargıtay ve Danıştay kararlarında, başvuru konusu olaya benzer şekilde işkence ve kötü muamele fiilleri nedeniyle idare aleyhine tam yargı davası açılabilceğinin belirtildiğini dikkate alarak Anayasa md.40 bakımından ihlal iddiasının açıkça dayanaklı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Cengiz Kahraman ve Kenan Özyürek*, AYM, § 76.

Yetkili makamlara başvuru hakkının gerektirdiği kurumsal yükümlülükler incelendiğinde ise yine İHAM’la paralel bir uygulamadan bahsedilmesi mümkündür. 13. madde için geçerli olduğu gibi Anayasa md. 40’a göre; başvuru yapılacak yetkili makamın, yargısal bir makam olması zorunlu değildir. Nitekim AYM, *Ali Abbas Yalman*³¹⁹ kararında, Anayasa’nın 36., 40. ve 74. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde hak arama hürriyetinin sadece yargısal başvuru yollarını değil, idari başvuru yollarını ve duruma göre TBMM’ye başvuruyu da içeren siyasi başvuru yollarını kapsadığını ifade etmiştir. Burada önem arz edecek husus, başvuru yolunun etkili olması zorunluluğudur. Bunların tespiti de başvurulacak makamın sahip olduğu yetkiler ve sağladığı güvenceler aracılığıyla yapılacaktır. Yetkili makamın yargısal, idari veya siyasi olması, hiç şüphesiz, ihlal iddiasının taşıdığı öneme göre değişecektir. Ancak her durumda çoğu hak bakımından etkili bir korumanın yargısal bir incelemeyle sağlanabileceği göz önüne alındığında, başvurulacak makamın yargısal olmasının hakka uygunluğun sağlanması bakımından daha faydalı olacağı söylenmelidir.

Olağan kanun yollarının tüketilmesi koşulu, Anayasa’da yer alan haklarının ihlal edildiğini ileri süren herkese, yetkili makamlara başvuru imkânının sağlandığı varsayımına dayanmaktadır.³²⁰ Bu nedenle, başvuru yolunun bulunmaması durumunda hem tüketme kuralı uygulanmamakta hem de Anayasa md.40’ın ihlali gündeme gelmektedir. AYM tarafından yapılacak incelemede de bu husus gözetilerek, ihlal iddiası karşısında başvuru yapılacak bir yolun bulunmaması durumunda, ayrıca Anayasa md.40 bakımından değerlendirme yapılması ve ihlal kararı verilmesi gerekmektedir.

Aynı durum yapısal sorunlardan kaynaklı ihlal iddiaları için de geçerlidir. Örneğin mevcut yasal durumdan kaynaklı olarak hukuk yolu “etkili” değilse hem tüketilmesi aranmayacak hem

³¹⁹ *Ali Abbas Yalman*, AYM, 2015/11456, 19.04.2018, § 30.

³²⁰ Doğru, s.102.

de Anayasa md.40'ın ihlali söz konusu olabilecektir.³²¹ Yine bir başvuru yolunun etkili olmasına rağmen devlet makamlarının eylemleri veya ihmalleri nedeniyle haksız yere kullanılmasının engellenmesi durumunda da hakkın ihlali gündeme gelecektir.³²²

Tüm bu hususların yanında, Anayasa md.40'ın Sözleşme'ye nazaran ek güvence getirdiği belirtilmelidir. 2001 Anayasa değişikliğiyle eklenen 2. fıkra hükmüne³²³ göre, devlet, işlemlerinde, kişilerin hangi kanun yollarına ve mercilere başvurulacağını ve süresini belirtmek zorundadır.³²⁴ Böylelikle devlet işlemlerinde yolların açıkça gösterilmesiyle, bireylerin karmaşık olan mevzuat hükümlerinden sıyrılarak başvuruda bulunmaları sağlanacaktır.³²⁵ Özellikle idarenin işlemlerinde bu düzenlemeye uygun olarak bilgilendirme yapılmasıyla, hakkın daha etkili bir şekilde korunması mümkün olacaktır.³²⁶

³²¹ Örneğin AYM, pilot kararı olan *Y.T.* kararında, sınır dışı işlemleri neticesinde kötü muameleye maruz kalınacağına iddia edildiği başvurularda, idari makamlar tarafından alınan sınır dışı kararlarının bağımsız bir yargı organı tarafından denetlenmesi, bu denetim süresince sınır dışı kararlarının icra edilmemesi ve yargılama sürecine tarafların etkili katılımının sağlanması hâlinde ancak etkili bir hukuk yolundan bahsedilebileceğini belirtmiştir. Nitekim Mahkeme'nin, 6458 sayılı Kanun 11/4/2013 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmasıyla, Kanun'un 53. maddenin (3) numaralı fıkrasının ilk hâlinde yer alan "...dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez" hükmünün, sınır dışı etme gerekçesine bakılmaksızın tüm yabancılara yönelik olarak uygulanmasının öngörülmesi nedeniyle etkili bir hukuk yolu niteliğinde gördüğünü ancak, 676 sayılı KHK ile kanun hükmünde değişiklik yapılması sonucunda, yabancılara sınır dışı etme kararına karşı dava açma süresi içinde veya yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilemeyeceğine ilişkin hükme bazı istisnalar getirilmesi nedeniyle artık etkili bir hukuk yolu olamayacağını belirttiği görülmektedir. Mahkemeye göre ülkesinde yaşam hakkının ihlal edileceğini ya da kötü muameleye maruz kalacağını ileri süren yabancılardan bazılarının artık dava açsalar bile davalarını sonuna kadar takip edebilme olanakları kalmamış veya en iyi ihtimalle bu husus, idarenin veya yargı mercilerinin takdirine bırakılmıştır. AYM somut davada ortaya çıkan sorunun, idare mahkemesinin uygulamasından veya mevzuatı yanlış yorumlamasından kaynaklanmadığını, doğrudan 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yapılan değişiklikten kaynaklandığını ve bu değişikliğin AYM'nin yerleşik içtihatlarıyla uyumlu olmadığını tespit edip yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı haklarıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme aynı zamanda, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için kararın bir örneğinin, yapısal sorunun çözümü için yasama organına bildirilmesine karar vermiştir. Karar için ayrıca bkz. *Y.T.*, AYM, § 45-76.

³²² *Sıtkı Güngör*, AYM, § 88; Örneğin AYM, *Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad* kararında, başvuruçunun, idare mahkemesinde süresinde dava açamamasının kamu makamlarının avukatıyla görüşmesine ve vekâletname çıkarılmasına ilişkin engelleyici tutumundan kaynaklandığını tespit ederek Anayasa md.40'ın ihlal edilmiş olduğu sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad*, AYM, § 68-89.

³²³ Resmi Gazete, 17.10.2001 Tarih, 24556 Sayı.

³²⁴ *Kamil Koç*, AYM, 2012/660, 07.11.2013, § 60.

³²⁵ *Aktif Elektrik Müh. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.*, AYM, 2012/855, 26.06.2014, § 40.

³²⁶ İnceoğlu, s.456.

Bu düzenleme nedeniyle AYM, itiraz mercii ile başvuru süresinin gösterilmemesi durumunda, Anayasa md.40'nın ihlal edildiği sonucuna ulaşabilecektir. Nitekim Mahkeme, *Halkevleri Derneği ve İlknur Birol*³²⁷ kararında, Anayasa'nın 40/2 düzenlemesine göre somut başvuruda, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kovuşturmaya yer olmadığına dair kararına karşı gidilebilecek kanun yolunu belirtmesi ve yine Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin de verdiği kararının kesin olduğunu belirtmesi karşısında, hakkın ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. Bu kararın tersten okunması, kanun yolları veya başvuru sürelerinin gösterilmemesi veya yanlış gösterilmesinin Anayasa md.40'ın ihlaline neden olabileceğidir.

Öte yandan bu konuda, itiraz mercii ile başvuru süresinin gösterilmediği veya yanlış gösterildiğine ilişkin kararın bizzat başvuruçuya mı ya da avukatına mı tebliğ edilmiş olmasının önem arz edip etmediği de gündeme gelebilir. AYM, *Sıtkı Güngör*³²⁸ kararında, başvuruya konu 08.06.2013 tarihli kararda itiraz merciinin gösterilmemiş olmasına rağmen, başvuruçunun tükürük örneğinin 18.06.2013'te alındığını ve itiraz yöntemi ile süresini bilen avukatı tarafından kararın 20.06.2013 tarihinde öğrenildiğinin anlaşıldığını belirterek, etkili başvuru hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

Kararda eleştiriye açık hususlar; başvuruçunun, kararda kanun yolunun belirtilmemesi nedeniyle itirazı kabil olmadığını düşünme ihtimalinin değerlendirilmemesi ile başvuruçunun ihlal iddiasına dayanak olan zorla tükürük örneği alınması olayının, avukatın kararı öğrenme sürecine kadar zaten gerçekleşmiş olmasıdır. Ancak yine de AYM'nin kararların bizzat başvuruçulara tebliğ edildiği durum ile avukatlara tebliğ edildiği durumu ayırdığı ve avukatların, her ne kadar kararlarda itiraz mercii ve süreleri belirtilmemiş olsa da, başvuru yollarını ve sürelerini bildikleri yönünde bir kabul hareket ettiği önemle belirtilmelidir.

³²⁷ *Halkevleri Derneği ve İlknur Birol*, AYM, 2013/577, 30.06.2014, § 50-51.

³²⁸ *Sıtkı Güngör*, AYM, § 89.

İKİNCİ BÖLÜM

ETKİLİ BİR HUKUK YOLUNA İLİŞKİN ÖLÇÜTLER İŞİĞİNDA

CMK 141

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 7. bölümünde “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” başlığı altında “Tazminat İstemi” kenar başlığıyla yer alan CMK md.141/1’e göre;

“(1) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

- a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,
- b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,
- c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan,
- d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,
- e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayla yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,
- f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan
- g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan,
- h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,
- i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,
- j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,
- k) (Ek: 11/4/2013-6459/17 md.) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan,

Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.”

Görüldüğü üzere CMK 141/1 düzenlemesiyle birçok hakkı ilgilendiren ve Ceza Muhakemesi Hukuku sistematğinde “koruma tedbirleri” olarak adlandırılan bazı tedbirlerin uygulanması nedeniyle tazminat yolu öngörülmektedir. Bu bölümde; CMK 141’de yer alan

hukuk yolu, etkili bir hukuk yoluna ilişkin ölçütler ışığında sınanarak, Yargıtay, AYM ve İHAM'ın görüşleriyle ortaya konulacak ve ardından, konuya ilişkin sorunlu alanlara temas edilecektir.

I. SÖZLEŞME VE ANAYASA'NIN GEREĞİ OLARAK CMK 141

CMK 141'de yer alan hukuk yolu, Sözleşme ve Anayasa düzenlemelerinin bir gereği olarak konumlanmaktadır. Bu nedenle, CMK 141'de yer alan hukuk yolunun kapsamı veya etkili bir hukuk yolu olup olmadığı değerlendirilme konusu edilmeden önce, konuya ilişkin Sözleşme ve Anayasa düzenlemelerinin ana hatlarıyla ortaya konulması faydalı olacaktır.

A. SÖZLEŞME'YLE İLİŞKİ

Temel hak ve özgürlüklerin korunması için en önemli unsurlardan biri olarak görülen Sözleşme'nin 13. maddesi ile başvuru sahiplerinin, Sözleşme'deki haklarının ihlal edildiğini ileri sürebilecekleri etkili bir hukuk yoluna sahip olmaları gerektiği güvence altına alınmaktadır. Bahsi geçen düzenleme; ihlalin henüz meydana gelmediği durumlarda önleyici, ihlalin devam ettiği durumlarda ise durdurucu nitelikte etkili hukuk yollarının varlığını zorunlu kılmaktadır. Ancak ihlalin meydana geldiği ve geriye dönük etki ile ortadan kaldırılamadığı durumlarda; engelleyici veya durdurucu nitelikteki hukuk yolları, maddeye uygunluk bakımından yetersiz kalmaktadır. Böylesi bir durumda 13. maddeye uygunluğun sağlanması için, bir yandan hak ihlalinin gerçekleşmiş olduğunun tespit edileceği bir yandan da ihlal nedeniyle meydana gelen zararların tazmin edileceği etkili başvuru yollarının var olması gerekmektedir.³²⁹

Sözleşme'nin 13. maddesi, temel hak ve özgürlüklere yönelik gerçekleşen ihlallerinin tespiti ile gerekli onarım bakımından etkili başvuru yolları oluşturulması bağlamında genel bir dayanak oluşturmaktaysa da Sözleşme'de, özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından bunun daha somut bir hâline rastlamak mümkündür. Zira Sözleşme md.5/5'e göre;

*“Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir.”*³³⁰

³²⁹ Sözleşme'nin 13. maddesine ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Birinci Bölüm, “Etkili Bir Hukuk Yoluna Başvuru Hakkı” Başlığı.

³³⁰ https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (E.T. 08.03.2020). Benzer nitelikteki düzenlemeye Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin md. 9/5 hükmünde: “Hukuka aykırı olarak gözaltına alınmaktan veya tutulmaktan mağdur olan bir kimse icrası mümkün bir tazminat hakkına sahiptir” şeklinde yer verilmiştir.

Sözleşme’ye taraf devletlerin iç hukuklarında özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali hâlinde mağdurlarına tazminat hakkı tanınması gerektiğine dair bu düzenleme, özel bir düzenlemedir.³³¹ Zira Sözleşme’de koruma altına alınan diğer haklar bakımından, ihlalin meydana gelmesi hâlinde ulusal düzeyde tazminat hakkı tanınması gerektiğine dair başkaca özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.³³²

Özgürlük ve güvenlik hakkının ihlaline bağlı olarak ortaya çıkan tazminat talebi, Sözleşme’nin 5. maddesinin ilk dört fıkrasında belirtilmiş olan güvencelere aykırılık hâlinde gündeme gelmektedir.³³³ Bu hâliyle mevcut düzenlemenin 5. maddeye aykırılığın ulusal makamlar ya da İHAM tarafından tespit edilmiş olduğu varsayımına dayandığı görülmektedir.³³⁴ Ancak Sözleşme’nin 5. maddesinin ilk dört fıkrasından herhangi birinin ihlal edildiği başvurularda, doğrudan, Sözleşme’nin 5/5 düzenlemesinin de ihlal edilmiş olduğunu söylemek hatalı olacaktır. Zira ilk dört fıkra hükümlerinden herhangi birinin ihlali hâlinde dahi, tazminat almak üzere iç hukukta etkili ve başarı şansı bulunan bir hukuk yolunun mevcut olması

³³¹ Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1**, s.411; Harris, O’Boyle, Bates, Buckley, s.370.

³³² Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.295; Sözleşme’nin ana metninde bu yönde bir düzenleme bulunmamaktaysa da Sözleşme’ye ek protokollerden Ek 7 No’lu Protokolün 3. maddesinde “*Haksız Mahkûmiyet Hâlinde Tazminat*” başlığıyla benzer bir tazminat düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre; “*Bir suçtan dolayı, kesin bir kararla mahkûm olup yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan bir hususun adli hata yapılmış olduğunu kesinlikle göstermesi nedeniyle hakkındaki mahkûmiyet kararı kaldırılmış ya da affedilmiş ise, bilinmeyen hususun zamanında açıklanmamasının kısmen veya tamamen söz konusu kişiye atfedilebileceğinin ispatlanması hâli dışında, böyle bir mahkûmiyet sonucu ceza çekmiş kişiye, ilgili devletin kanunları veya uygulamasına uygun olarak tazminat ödenir.*” 7 No’lu Ek Protokol için ayrıca bkz. Resmî Gazete, 08.04.2016 Tarih, 29678 Sayı. Özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali nedeniyle tazminat hakkı ile söz konusu adli hata nedeniyle tazminat hakkı birbirinden farklıdır. Bu farklılar; Sözleşme 5/5 düzenlemesi için ilk dört fıkranın ihlal edilmiş olması bir ön koşul iken, adli hata hâli için bu bir koşul değildir. Bunun yanında adli hata nedeniyle tazminat durumunda her halükârda bir mahkûmiyet kararından sonraki bir aşamadan söz edilirken, Sözleşme 5/5 düzenlemesi genellikle mahkûmiyet hâlinin öncesine ilişkindir. Detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Tolga Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2018, s. 254-256.

³³³ Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1**, s.411; Grabenwarter, s.96; Leach, s.333; Reid, s.405; Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.253; Ulaş Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İn: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed: Sibel İnceoğlu, s.206; Monica Macovei, **Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapçıkları No. 5**, Almany: Avrupa Konseyi Yay., 2002, s.118.

³³⁴ *N.C./İtalya*, İHAM, 24952/94, 18.12.2002, § 49; *Vachev/Bulgaristan*, İHAM, 42987/98, 08.10.2014, § 78; *Nişancı/Türkiye*, İHAM, 33617/08, 27.09.2016, § 34; *Yusuf Poyraz/Türkiye*, İHAM, 1796/10, 22.11.2016, § 35.

durumunda, ilgili hükme uygunluk sağlanacağından, bu fıkra bakımından ihlal gerçekleşmiş olmayacaktır.³³⁵

Nitekim İHAM tarafından, Sözleşme'nin 5. maddesinin diğer fıkralarıyla birlikte 5. fıkra hükmünün de ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurularda; öncelikle, ilk dört fıkra bakımından inceleme yapılmakta ancak bu yönde bir ihlalin tespiti hâlinde, 5. fıkra bakımından değerlendirme gerçekleştirilmektedir.³³⁶ Bu hâlde, taraf devletçe tazminat hakkı için etkili bir iç hukuk yolunun varlığı ortaya konulduğunda, 5. fıkra bakımından ihlalin gerçekleşmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak böylesi bir hukuk yolunun varlığı somut olarak ortaya konulmadığı takdirde, İHAM tarafından, 5. fıkra bakımından da ihlal tespit edilmektedir.³³⁷

Görüldüğü üzere söz konusu düzenleme, taraf devletlere özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamında özel bir tazminat yolu kurma zorunluluğu yüklemektedir. Bu hukuk yolunun niteliği ve özellikleri, İHAM içtihatları çerçevesinde belirlenmektedir. Nitekim İHAM'a göre iç hukuk yolunun yalnızca teorik olarak mevcut olması yeterli olmayacak, gerekli güvenceleri de beraberinde sağlaması gerekecektir.³³⁸ Mahkeme bu incelemesini yaparken, Sözleşme'ye taraf devletin, mağdurun tazminat hakkını doğrudan ileri sürebilme imkânının var olduğunu yeterli kesinlikte ortaya koyması gerektiğini belirtmektedir.³³⁹ Bu sebeple yalnızca soyut düzenlemeler gösterilmesi yeterli olmamakta, iç hukuk yolunun mevcut ve gerekli güvenceleri sağladığı hususunda somut uygulamadan örnekler sunulması lazım gelmektedir.³⁴⁰

Hiç kuşkusuz Sözleşme'ye ve taraf devletin iç hukukuna uygun bir tutma hâlinde tazminat hakkı gündeme gelmeyecektir. Ancak taraf devletin iç hukukuna aykırı bir tutmanın söz konusu

³³⁵ Macovei, s.118.

³³⁶ Michalak/Slovakya, İHAM, 30157/03, 08.02.2011, § 205; Storck/Almanya, İHAM, 61603/00, 16.09.2005, § 122; Tanlı/Türkiye, İHAM, 26129/95, 10.04.2001, § 166.

³³⁷ Ciulla/İtalya, İHAM, 11152/84, 22.02.1989, § 43-45; Michalak/Slovakya, § 206-207; Lobanov/Rusya, İHAM, 16159/03, 16.01.2009, § 54-59; A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık, İHAM, 3455/05, 19.02.2009, § 229.

³³⁸ İHAM, Vasilevskiy ve Bogdanov/Rusya kararında, Sözleşme md.5/5 kapsamında öngörülen tazminat yolunun sadece teorik olarak mevcut olmaması aynı zamanda pratikte de erişilebilir olması gerektiğini belirtmektedir. Bunun yanında Mahkemeye göre öngörülen tazminat yolu, maddi tazminatın yanında 5. maddenin diğer hükümlerinin ihlali nedeniyle kişinin uğramış olabileceği manevi zararlar için de tazminat sağlamalıdır. Karar için ayrıca bkz. Vasilevskiy ve Bogdanov/Rusya, İHAM, 52241/14, 10.07.2018, § 22.

³³⁹ Rehbock/Slovenya, İHAM, 29462/95, 28.11.2000, § 92.

³⁴⁰ Sevgin ve İnce Türkiye, İHAM, 46262/99, 20.09.2005, § 73-75.

olduğu durumlarda, iç hukukta buna yönelik tazminat imkânının sağlanmamış olması hâlinde, mevcut durumun Sözleşme md. 5/1’de belirtilen “*yasanın öngördüğü usule*” düzenlemesine aykırı olmasından dolayı, hem 1. fıkra hem de 5. fıkra bakımından ihlal gerçekleşmiş olacaktır.³⁴¹ Öte yandan iç hukukta, “hukuka uygun” olmasına rağmen Sözleşme’ye aykırı bir tutma söz konusu ise bu durumda da tazminatın doğacağı söylenmelidir.³⁴²

Özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali sebebiyle tazminat hakkının kapsamını, Sözleşme hükmünde sınırlama olmaksızın yalnızca “tazminat” ibaresine yer verilmesi nedeniyle, maddi ve manevi tazminat oluşturmaktadır.³⁴³ Ancak İHAM’a göre Sözleşme’ye taraf devletler, talep edilen tazminat için zararın ispatlanması şartını getirebileceklerdir. Zira Mahkemeye göre mağdurluk statüsünün olduğu her durum tazminatı gerektirmemekte, mağdurluk sıfatı herhangi bir zararın bulunmadığı durumlarda dahi gerçekleşebilmektedir. Bu durumda başvurular bakımından mağdurluk sıfatı olmasına rağmen tazmin edilecek bir zarar bulunmuyorsa, tazminattan söz edilemeyecektir.³⁴⁴ İHAM’ın bu yönde yaklaşımının tartışmaya açık olduğu söylenebilir. Zira kişinin sadece haksız olarak özgürlüğünden mahrum bırakılmasıyla bir zarara uğrayacağı açıktır. Bu gibi durumlarda bir zararın doğduğu kabul edilmeli, bunun yanında, şayet ek olarak iddia olunan birtakım zararlar varsa kişi, yalnızca bunları ispatla mükellef tutulmalıdır. Yine de İHAM’ın özellikle hukuka aykırı tutuklama sebebiyle oluşan zararın ispatı için aşırı biçimciliğin tazminat hakkıyla uyumlu olmayacağını ve ihlale sebebiyet vereceğini belirttiğine de önemle dikkat çekilmelidir.³⁴⁵

³⁴¹ Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.256.

³⁴² Örneğin İHAM’ın *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık* kararında, davalı devlet, Sözleşme’nin 5/5 düzenlemesinin amacının, “hukuka aykırı” bir yakalama veya alıkoyma tedbirinin mağduru olan bir kişiye, uygulanabilir bir tazminat hakkı temin etmek olduğunu ileri sürmüş ve bu çerçevede 5. maddenin çeşitli yerlerinde dile getirilmiş olan “hukuka uygun” ifadesinin aslen iç hukuk temelinde ve buna ilaveten her türlü keyfîlik unsurunu bertaraf edecek şekilde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Bu bakımdan davalı devlet, başvuru sahibinin özgürlüğünden mahrum edilmesinin iç hukukuna göre “hukuka uygun” olduğunu ve keyfî bir tedbir olmadığını belirterek, 5. maddenin ilk dört fıkrası bakımından herhangi bir ihlal gerçekleşmiş olsa dahi, 5. fıkra bakımından herhangi bir ihlalin oluşmayacağı savunmasında bulunmuştur. Ancak Mahkeme bu tür kısıtlayıcı bir yorumun düzenlemenin amacıyla bağdaşmayacağını ve fıkranın lafzında yer alan “*bu madde hükümlerine aykırı olarak*” ifadesinin bu yoruma karşı olduğunu belirterek bu savunmayı reddetmiştir. Bu hâliyle, her ne kadar iç hukuk anlamında yasaya uygun bir tutma gerçekleşmişse de Sözleşme güvencelerine aykırı bir tutma durumda da tazminat hakkının doğacağı söylenecektir. Karar için ayrıca bkz. *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, İHAM, 11209/84, 29.11.1988, § 66-67.

³⁴³ Gölcüklü, Gözübüyük, s.244.

³⁴⁴ *Wassink/Hollanda*, İHAM, 12535/86, 27.09.1990, § 38.

³⁴⁵ *Danev/Bulgaristan*, İHAM, 9411/05, 02.12.2010, § 34-35.

Tazminatın miktarı bakımından İHAM'ın yaklaşımı ele alındığında ise mezkûr düzenlemenin başvuru sahibine doğrudan belirli bir miktarda tazminat hakkı vermediği³⁴⁶ ancak ihlale nazaran orantısız olarak nitelendirilebilecek tazminatın beşinci fıkranın ihlaline neden olacağı belirtilmelidir.³⁴⁷ İHAM, ödenecek tazminatın, benzer davalar bakımından hükmettiği tazminat miktarlarından önemli ölçüde düşük olmaması gerektiğini ifade etmektedir.³⁴⁸

Hiç kuşkusuz Sözleşme 5/5 düzenlemesinin ihlal edildiğine ilişkin karar verilebilmesi için başvurusunun bu yönde ihlal iddiasını içeren bir başvurusunun olması da gerekmektedir.³⁴⁹ Ancak başvuru sahiplerinin ağırlıklı olarak bu yönde talepte bulunmayarak, doğrudan, Sözleşme'nin 41. maddesi kapsamında tazminat talebinde bulundukları belirtilmelidir.³⁵⁰ Bu anlamda Sözleşme md.5'in son fıkrasında yer alan özel tazminat düzenlemesinin, Sözleşme md.41'de

³⁴⁶ Çağdaş Şahin/Türkiye, İHAM, 28137/02, 11.07.2006, § 34; Damian-Burueana ve Damian/Romanya, İHAM, 6773/02, 26.05.2009, § 89.

³⁴⁷ Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.259. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Cumber/Birleşik Krallık*, İHAM, 28779/95, 27.11.1996; *Attard/Malta*, İHAM, 46750/99, 29.09.2000; *Ganea/Moldova*, İHAM, 2474/06, 17/05/2011, § 22.

³⁴⁸ *Selami ve Diğerleri/Eski Makedonya Yugoslav Cumhuriyeti*, İHAM, 78241/13, 01.03.2018, § 102. Örneğin İHAM, *Cristina Boicenco/Moldava*, kararında 11 günlük gözaltı süresi için verilen 478 Euro tazminatı benzer durumda mahkemenin vermiş olduğu tazminatları dikkate alarak yetersiz bulmuşken; *Shilyayev/Rusya* kararında, başvuranın aleyhindeki ceza davasının niteliğini, tutukluluğun toplam süresi ile tutukluluğun başvuru üzerindeki kişisel sonuçlarını dikkate alarak, yaklaşık 4 aylık tutukluluk için verilen 70.000 Rus rublesi (yaklaşık 2. 740 Euro) tazminatı keyfi ve orantısız bulmamıştır. Kararlar için ayrıca bkz. *Cristina Boicenco/Moldava*, İHAM, 25688/09, 27.09.2011, § 43; *Shilyayev/Rusya*, İHAM, 9647/02, 06.10.2005, § 20-22.

³⁴⁹ Ali Tanju Sarıgül, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiy Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Ankara: Seçkin Yay., 2013, s. 117.

³⁵⁰ Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1**, s.411; Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.259; Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.295.

yer alan adil tazmin düzenlemesinden tamamen bağımsız nitelikte olduğu da önemle belirtilmelidir.³⁵¹

Yapılan anlatımlar toparlanarak Sözleşme'nin 5/5 düzenlemesi kapsamındaki tazminat hakkının özü ve fıkranın gereklilikleri kısaca ifade edilecek olursa;

- Sözleşme'nin beşinci maddesinin ilk dört fıkrasına aykırı yakalama veya tutma işleminin mağduru olunması,
- Bu ihlalin ulusal makamlar veya İHAM tarafından tespit edilmiş olması,
- İhlal nedeniyle bir zararın doğmuş olması

durumunda, Sözleşme md.5/5 kapsamında tazminat hakkı doğacaktır. Böylesi bir durumda, Sözleşme md.5/5 uygunluğun sağlanabilmesi için tazminat hakkının doğrudan ileri sürebildiği soyut düzenlemelerden ibaret olmayan etkili bir hukuk yolunun var olması gerekecektir. Şüphesiz bu yönde yeterli kesinliğin var olup olmadığı, söz konusu güvencelerin sağlandığı hususunda somut uygulamadan örnekler gösterilmesiyle mümkün olacaktır.

Sözleşme'nin 13. maddesi ile 5/5 düzenlemesi kısaca bu yönleriyle ortaya konulabilir. CMK 141'de yer alan hukuk yolu da söz konusu Sözleşme düzenlemelerinin bir yansıması olarak konumlanmaya aday olarak varlık göstermektedir. Zira CMK 141'de yer alan hukuk yolu, teorik olarak, özgürlük ve güvenlik hakkıyla birlikte bazı temel hak ve özgürlüklerin ihlali durumunda, hem hak ihlalinin tespit edilmesine imkân sağlamakta hem de ihlal nedeniyle uğranılan zararlarının tazmin edilmesini öngörmektedir.

CMK 141'in, Sözleşme düzenlemelerinin bir yansıması olarak konumlanması nedeniyle, etkili bir hukuk yolu olup olmadığı yukarıda kısaca izah edilen prensip ve ilkeler çerçevesinde belirlenmelidir. Bu nedenle, ileride CMK 141'e ilişkin yer verilen açıklamalarda sıklıkla bu

³⁵¹ Gölcüklü, Gözübüyük, s.244; Edwin Bleichrodt "Right to Liberty and Security", in: **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed: Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, s.494; İbrahim Şahbaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", **TBB Dergisi**, S.58, 2005, s.185. Her iki düzenlemenin birbiriyle olan ilişkisi incelendiğinde, Sözleşme md.5'in ilk dört fıkrasından birinin ihlal edilmiş olmasına karşın, ulusal hukukta tazminata ilişkin bir hukuk yolu bulunmuyorsa, Sözleşme md.5/5 hükmünün de ihlal edilmiş olacağı şüphesizdir. Bu ihlalin de Sözleşme'nin ihlali anlamını taşıdığı dikkate alındığında, 41. maddenin diğer şartlarının da mevcut olması hâlinde, Sözleşme md.41 kapsamında ayrıca tazminata hükmedilmesi gerekecektir. Ancak İHAM, bu çıkarıma aykırı bir şekilde, böylesi bir ihlal hâlinde ayrıca Sözleşme'nin 41. maddesi bakımından tazminata hükmetmenin yerinde olmayacağına düşünmektedir. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, s.370.

ilke ve prensiplere geri dönüşler yapılarak Sözleşme hükümlerine uygunluğun denetlenmesi gerekecektir. Bu hususlar ifade edildikten sonra, CMK 141'e ilişkin açıklamalarda göz önünde tutulması gereken Anayasa'nın ilgili düzenlemelerine bakılmalıdır.

B. ANAYASA'YLA İLİŞKİ

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir.³⁵² AYM'ye göre hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sanan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygun bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir.³⁵³ Hukuk devletinin bir zorunluluğu olan insan haklarına saygı, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını gerektirdiği gibi meydana gelen hak ihlallerinin giderilmesini de zorunlu kılmaktadır.³⁵⁴ Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin ihlali sonucunda meydana gelen zararların giderilmesi için tazminat yollarının oluşturulması, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

Bunun yanında Anayasa'nın 40. maddesine göre Anayasa'da belirtilen hak ve özgürlüklerinin ihlâl edildiğini iddia eden herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahip olup; kişilerin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar devlet tarafından tazmin edilecektir.³⁵⁵ Görüldüğü üzere Anayasa md.40, hak ihlallerinin giderilmesi bakımından açık bir dayanak oluşturmaktadır. Ancak Anayasa'da, Sözleşme'ye benzer nitelikte, özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından özel bir tazminat düzenlemesine de yer verildiği önemle belirtilmelidir.

³⁵² Hukuk devleti kavramı, kurumsal gerekliliklerin yanında içerik olarak da bazı gereklilikleri zorunlu kılmaktadır. Söz konusu gerekliliklere ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. İbrahim Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, İstanbul: Legal Yay., 2014, s.15 vd.; Tanör, Yüzbaşıoğlu, s.105 vd.

³⁵³ AYM, 1976/1 E., 1976/28 K., 25.05.1976 T.

³⁵⁴ AYM, 2017/78 E., 2017/60 K., 01.03.2017 T. kararında hukuk devletini şu şekilde tanımlamıştır: "*Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devletinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması esas olduğundan, kişilere etkili hak arama olanağı sağlayan güvencelerin de tanınması gerekmektedir.*"

³⁵⁵ Anayasa'nın 40. maddesine ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Birinci Bölüm, "*Etkili Bir Hukuk Yoluna Başvuru Hakkı*" Başlığı.

Anayasa'nın özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 19. maddesinin 9. fıkrasına göre;

*“Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.”*³⁵⁶

Anayasa'nın 19. maddesine aykırı bir işlemin mağduru olan herkesin tazminat hakkına sahip olduğuna dair bu düzenleme, özel bir düzenlemedir. Zira Anayasa'da diğer temel hak ve özgürlüklerin ihlali hâlinde tazminat ödeneceğine dair başkaca özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Sözleşme md.13 ve 5/5 düzenlemesi ile Anayasa md.40 ve 19/9 düzenlemesi birbiriyle uyum içerisinde yorumlanmaya müsaittir. Nitekim AYM'de, İHAM'ın konuya ilişkin yaklaşımlarını benzer yönde içtihadına aktarmıştır.

AYM'ye göre, Anayasa md.19/9 düzenlemesi gereğince, kişinin, Anayasa md.19'da belirtilen kurallara aykırı bir işleme tabi tutulması durumunda tazminat hakkı doğacaktır. Buna göre; maddenin ikinci veya üçüncü fıkralarında belirtilen durumlara aykırı şekilde özgürlük ve güvenlik hakkına müdahalede bulunulması ya da hakkına müdahale edilen kimsenin maddenin dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci ve sekizinci fıkralarındaki güvencelerden yararlandırılmaması hâlinde uğranılan zararlar devlet tarafından tazmin edilecektir.³⁵⁷

Bunun yanında Mahkemeye göre, Anayasa md. 19/9 düzenlemesinin uygulanabilmesi için başvuruçunun anılan maddenin diğer fıkralarında belirtilen esaslar dışında bir işleme tabi tutulup tutulmadığının derece mahkemelerince ya da bizzat AYM tarafından tespit edilmesi

³⁵⁶ Resmî Gazete, 24556 Sayı, 17.10.2001 Tarih. Maddenin ilk metninde “tazminat hukukunun genel prensiplerine” göre ifadesi yerine “kanuna göre” ifadesi yer almaktaydı. Danışma Meclisinin fıkraya ilişkin gerekçesi şu şekildeydi: “Nihayet maddenin dokuzuncu fıkrası ile, kanuna aykırı hürriyet kısıtlamalarında kişinin uğradığı zararın Devletçe tazmini, öngörülmüştür. Bu tazmin otomatik değildir; tazmin şartlarını kanun gösterecektir. Meselâ yargılama sonunda verilen bir beraat kararı yargılama sırasında tutuklu kalmış bir sanığa muhakkak tazminat ödemeyi gerektirmez.” 2001 Anayasa değişikliğiyle “kanuna göre” ifadesi yerine “tazminat hukukunun genel prensiplerine” ifadesine yer verilmiş ve madde gerekçesi şu şekilde ortaya konulmuştur: “19 uncu maddede yapılan değişiklikle yakalanan ya da tutuklanan kişilerin hâkim önüne çıkarılma süreleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5 inci maddesindeki esaslar doğrultusunda düzenlenmekte; Devlete, zarara sebebiyet verenlere rücu hakkı getirilmektedir.” Gerekçeler için ayrıca bkz. <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (E.T.09.03.2020)

³⁵⁷ Safkan Aydoğdu, AYM, 2014/7498, 05.04.2017, § 44; Hasan Akboğa, AYM, 2016/10380, 27.03.2019, § 48; M.E., AYM, 2018/696, 09.05.2019, § 45; U.Ç., AYM, 2018/17068, 07.11.2019, § 35; M.Ş.T., AYM, 2018/17073, 26.02.2020, § 33.

gerekmektedir.³⁵⁸ Bu bağlamda kişinin Anayasa'nın 19. maddesinin ilk sekiz fıkrasında belirtilen esaslara aykırı bir işleme tabi tutulduğu ve bu kapsamda uğradığı zararın devlet tarafından tazminat hukukunun genel prensiplerine göre ödenmediği veya bir tazminat imkânının bulunmadığı tespit edildiği takdirde, Anayasa md.19/9'da belirtilen tazminat hakkının ihlali gündeme gelecektir.³⁵⁹

Yine AYM'ye göre, kişinin Anayasa'nın 19. maddesinin ilk sekiz fıkrasında belirtilen esaslara aykırı bir işleme tabi tutulduğu derece mahkemeleri tarafından tespit edilmişse bu durumda yapılacak inceleme tazminat miktarının yeterliliğiyle sınırlı olacaktır. Mahkeme bu durumda, derece mahkemelerinin tazminat için somut olayın koşullarına göre takdir yetkisi olduğunu belirtmekle birlikte, meydana gelen ihlalle orantılı olmayan önemsiz miktarda bir tazminatın Anayasa md.19/9 düzenlemesine aykırı olacağını ifade etmektedir. Öyle ki, tazminat miktarı AYM'nin benzer davalarda verdiği tazminat miktarına göre kayda değer ölçüde düşük olmamalıdır. Ancak hükmedilen miktarın AYM'nin benzer durumlarda verilmesine hükmettiği tazminat miktarından düşük olması tek başına Anayasa'nın 19/9'un ihlal edildiği anlamına da gelmeyecektir. AYM bu durumda, tazminatın Anayasa md.19/9'la uyumlu olup olmadığını değerlendirirken somut olayın kendine özgü koşullarını dikkate alacağını ifade etmektedir.³⁶⁰

AYM, CMK 141'de yer verilen tazminat düzenlemesinin Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında koruma altına alınan özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik olarak getirilmiş bir

³⁵⁸ Örneğin AYM'nin *Emrah Ergün* kararında, başvuru tutuklu yargılandığı dosyada verilen tahliye kararına rağmen ceza infaz kurumundan yaklaşık beş saat sonra tahliye edilmesi nedeniyle Anayasa'nın 19. maddesinin ihlaliinden yakınmıştır. AYM tarafından yapılan incelemede, başvurunun serbest bırakılmasındaki gecikmenin ilgililerin özensizlik göstermeleri veya organizasyon yapısının yetersiz olmasından değil, işin doğasından ve tahliye için tamamlanması gereken usule ilişkin işlemlerin yerine getirilmesinden kaynaklandığı değerlendirilmiş ve somut olayda ilgili personelin keyfi bir şekilde başvurucuyu özgürlüğünden yoksun bıraktığı söylenemeyeceği için Anayasa md.19'un ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır. Başvurucu bunun yanında, geç tahliye edilmesi nedeniyle oluşan tutma hâlinin CMK 141'de tazminat nedeni olarak düzenlendiğini ancak ilk derece mahkemesinin bu hükmü dar yorumlaması nedeniyle hukuka aykırı tutma nedeniyle tazminat elde edemediğini belirterek tazminat hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AYM, başvurunun hukuka aykırı tutulma nedeniyle tazminat hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiasını, Anayasa md.19/9 kapsamında incelemiş ve tazminat hakkının gündeme gelebilmesi için Anayasa'nın 19. maddesinin diğer fıkralarından herhangi birinin ihlal edildiğinin tespit edilmiş olması gerektiğini ancak somut olayda ihlalin tespit edilmediğini, bu nedenle, Anayasa md.19/9'un uygulanamayacağı sonucuna ulaşarak konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir. Karar için ayrıca bkz. *Emrah Ergün*, AYM, 2014/4651, 21.02.2018, § 38-57.

³⁵⁹ *M.E.*, AYM, § 46; *U.Ç.*, AYM, § 36; *M.Ş.T.*, AYM, § 34.

³⁶⁰ *M.E.*, AYM, § 47-48; *U.Ç.*, AYM, § 37-38; *M.Ş.T.*, AYM, § 35-36.

güvence olduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre, Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkı, CMK 141 bağlamında açılacak tazminat davalarında uygulanabilir niteliktedir. Bu nedenle AYM tarafından yapılacak incelemelerde, CMK 141 kapsamında açılan tazminat davalarının reddedilmesi nedeniyle ihlalin olduğu iddiaları Anayasa md.19/9 kapsamında incelenmektedir.³⁶¹

AYM'nin konuya ilişkin içtihadı dikkate alındığında, CMK 141 düzenlemesinin anayasa düzenlemelerin gereği olarak konumlandığı açıktır. Bu nedenle, belirtilen ilke ve prensiplerin hatırd tutularak, buradan hareketle, CMK 141'in okunması faydalı olacaktır.

II. CMK 141'İN BİREYSEL BAŞVURU MEKANİZMASINDA DEĞİŞEN ÖNEMİ

CMK 141'in bireysel başvuru mekanizması bakımından taşıdığı önemin anlaşılabilmesi için düzenlemenin yürürlük kazandığı dönemin öncesi ve sonrası genel olarak ortaya konulmalıdır.

A. CMK 141 ÖNCESİ

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan önce uygulama alanı bulan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda³⁶², CMK 141 benzeri bir hukuk yolu bulunmamaktaydı. Bu dönemde, CMK 141'e benzer mahiyetteki düzenlemelere, 466 sayılı Kanun'la³⁶³ yer verilmişti.³⁶⁴

466 sayılı Kanun genel olarak incelendiğinde; yalnızca özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik tedbirlerden, haksız yakalama ve tutuklama tedbirleri nedeniyle tazminatın

³⁶¹ Hasan Akboğa, AYM, § 68.

³⁶² Resmî Gazete, 1172 Sayı, 20.04.1929 Tarih.

³⁶³ Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun, Resmî Gazete, 11704 Sayı, 15.05.1964 Tarih.

³⁶⁴ Türkiye hukuk sisteminde haksız tutuklama nedeniyle tazminat ödenmesine ilişkin ilk esaslı çalışma olarak "Sebük Tasarısı" şeklinde isimlendirilen, İzmir Milletvekili Mehmet Ali Sebük tarafından sunulan, 1956 Tarihli Kanun Teklifi gösterilmektedir. Bu teklif, ülke ihtiyaçlarına uygun olmadığı gerekçesiyle reddedilmişse de 1961 Anayasası döneminde bu fikir değişmiş ve 1961 Anayasasının "Kişi Güvenliği" kenar başlıklı 30. maddesinin 5. fıkrasında; "*Bu esaslar dışında işleme tâbi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar kanuna göre Devletçe ödenir.*" denilerek, anayasa hükmüne aykırı tutma işleminin mağduru olan herkesin tazminat hakkına sahip olduğu güvence altına alınmıştır. Nitekim 466 sayılı Kanun'da bu doğrultuda hazırlanmıştır. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Faruk Erem, "*Haksız Tevkif Edilenlere Tazminat*", **Ankara Barosu Dergisi**, Ankara, 1956, S. 2, s. 83-86; Uğur Alacakaptan, "*Haksız Tutma ve Yakalama Hâllerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti*", **AÜHFD**, C. 18, 1961, s. 199-200.

öngörüldüğü ve tazminat nedenlerinin bu anlamda CMK 141’le paralel yönde olduğu görülmektedir. Bunun yanında, 466 sayılı kanun gereğince, tedbirlerin haksız uygulanması sebebiyle tazminat davası açılabilmesi için asıl dava sonunda verilen kararların kesinleşmesi bir koşul olarak öngörülmüştür.³⁶⁵

İHAM’ın 466 sayılı Kanuna ilişkin bakış açısı incelendiğinde ise Mahkemenin söz konu yolu, gerekli güvenceleri sağlamadığı gerekçesiyle, etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmediği görülmektedir.³⁶⁶ İHAM’ın bu sonuca ulaşmasında esasen iki neden etkili olmuştur:

Bunlardan ilki, 466 Sayılı Kanun kapsamında açılan tazminat davalarında, yerel mahkemelerin, ilgili şikâyetin özünü incelemeden nihai karardan hareketle yargılamayı sonuca ulaştırmaları olmuştur.³⁶⁷ Gerçekten de 466 Sayılı Kanun kapsamında açılan tazminat

³⁶⁵ 466 sayılı Kanun madde 2’ye göre; “1 inci maddede yazılı sebeplerle zarara uğrıyanlar, kendilerine zarar veren işlemlerin yapılmasına esas olan iddialar sebebiyle haklarında açılan dâvalar sonunda verilen kararların kesinleştiği veya bu iddiaların mercilerince karara bağlandığı tarihten itibaren üç ay içinde, (...) bir dilekçeyle başvurarak uğradıkları her türlü zararın tazminini isteyebilirler.” Nitekim konuya ilişkin Yargıtay uygulamasında da kesinleşme bir koşul olarak aranmaktaydı. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. YCGK, 2013/9-202 E., 2014/11 K., 14.01.2014 T.; YCGK, 2017/12-637 E., 2019/473 K., 18.06.2019 T.; YCGK, 2017/12-536 E., 2019/423 K., 15.05.2019 T.

³⁶⁶ *Medeni Kavak/Türkiye*, İHAM, 13723/02, 03.05.2007, § 32-35; *Saraçoğlu ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 4489/02, 29.11.2007, § 48-53; *Zehni Doğan/Türkiye*, İHAM, 1515/04, 02.02.2010, § 26-32; *Bayam/Türkiye*, İHAM, 26896/02, 31.07.2007, § 15-17. İHAM’ın 466 sayılı kanunu somut başvuruda etkili bir hukuk yolu olarak gördüğü kararları da mevcuttur. Örneğin İHAM, *Benli/Türkiye* kararında, yakalama emirlerinin kaldırılmaması nedeniyle defalarca yakalanan kişi hakkında Komisyon döneminde verilen *Erdoğan/Türkiye* kararına benzer şekilde bir olayın yaşandığını, söz konusu durumda Komisyonun 466 sayılı yasayı etkili görerek tüketilmesi gerektiği sonucuna ulaşması nedeniyle bu yolun tüketilmesi gerekli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Başvurucunun İHAM’a 15.04.2005 tarihinde başvuru yaptığı, kararın ise başvurudan 13 yıl sonra verildiği ve verilen kararda da İHAM’ın o dönemki güncel içtihadına göre etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmeyen bir yolun tüketilmemesi nedeniyle başvurunun kabul edilebilir bulunmadığı hususları dikkate alındığında, söz konusu kararının birçok açıdan ilginç olduğu söylenebilir. Kararlar için ayrıca bkz. *Benli/Türkiye*, İHAM, 32471/06, 20.02.2018, § 29-35; *Erdoğan/Türkiye*, İHAM, 25160/94, 07.09.1995.

³⁶⁷ Örneğin İHAM, *Mekiye Demirci/Türkiye* kararında, 466 sayılı Kanun yolunda yapılan incelemede, ilgilinin “derhâl” hâkim karşısına çıkarılıp çıkarılmadığı veya tutukluluğun yasaya aykırı olup olmadığı durumlarında herhangi bir inceleme yapılmadığını, yalnızca kişi hakkında beraat kararı verildiği durumlarda, bu şikâyetlerle başvuruda bulunanlara tazminat ödenmesine karar verildiğini belirterek; bu nedenle yargılamadaki, hâkim tarafından resen uygulanan şekli eksikliklerin, Sözleşme’nin 5. maddesinin 5. fıkrasının gereklerini karşılamadığı sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Mekiye Demirci/Türkiye*, İHAM, 17722/02, 23.04.2013, § 68-71. Benzer yönde 466 sayılı yasa yolunun etkili ve tüketilmesi gerekli bir hukuk yolu olmadığı sonucuna varılan diğer kararlar için ayrıca bkz. *Sinan Tanrıku ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 50086/99, 03.05.2007, § 47-51; *Çiçekler/Türkiye*, İHAM, 14899/03, 22.12.2005, § 62-65; *Karaduman ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 8810/03, 17.06.2008, § 94-96; *Gündoğan/Türkiye*, İHAM, 31877/96, 10.10.2002, § 29-31; *Hamşioğlu/Türkiye*, İHAM,

davalarında, ihlal iddialarının araştırılması yerine, kişi hakkında beraat kararı verilip verilmemesine göre sonuca ulaşılması, bu yolun etkililiğini gölgelemiştir.

*İkinci neden ise, 466 sayılı Kanun yoluna ilişkin somut içtihatların bulunmaması olmuştur. İHAM, söz konusu kanun yolunda, Sözleşme'nin 5/5 düzenlemesinde yer alan hakkın etkili bir şekilde kullanıldığını yeteri kesinlikte gösteren somut içtihatların bulunmaması nedeniyle, 466 sayılı Kanun yolunu etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmemiştir.*³⁶⁸

Nitekim İHAM'ın bu yöndeki yaklaşımı yasal değişikliğe zemin hazırlamış ve 466 sayılı Kanun yerini, 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla uygulanan işlemler hakkında, CMK 141 vd. düzenlemelerine bırakmıştır.³⁶⁹

B. CMK 141 DÖNEMİ

1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla uygulama alanı bulan CMK 141 vd. düzenlemeleriyle, Sözleşme ve Anayasa'nın ortak koruma alanında bulunan temel hak ve özgürlüklere müdahale anlamını taşıyan bazı tedbirler nedeniyle tazminat yolu öngörülmektedir. 466 sayılı Kanun ile CMK 141 düzenlemeleri karşılaştırıldığında; temel farkın, tazminat nedenlerinin arttırılması yönünde olduğu görülmektedir. Gerçekten de CMK 141 düzenlemesiyle, özel hayata saygı hakkı ve mülkiyet hakkına müdahale anlamını taşıyan arama ve el koyma tedbirleri nedeniyle de tazminat yolu öngörülmektedir.³⁷⁰

2036/04, 19.02.2008, § 32-38; *Oral ve Atabay/Türkiye*, İHAM, 39686/02, 23.06.2009; § 52-57; *Sağnak/Türkiye*, İHAM, 45465/04, 13.10.2009, § 43; Cahit Solmaz/Türkiye, İHAM, 34623/03, 14.06.2007, § 43-47.

³⁶⁸ Örneğin İHAM, *Sakık ve Diğerleri/Türkiye* kararında, Sözleşme'nin 5/4 düzenlemesinin ihlali iddiasıyla bağlantılı olarak, 466 sayılı Kanun yolunu kullanarak tazminat elde edilebilen tek bir örnek dahi sunulamadığını göz önüne alarak, Sözleşme'nin 5/5 düzenlemesinde garanti altına alınan hakkın etkili kullanımın yeter derecede bir kesinlikle sağlanamadığı sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Sakık ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 23878/94, 26.11.1997, § 58-61.

³⁶⁹ 5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 18/1-c düzenlemesi ile 466 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılarak yerini CMK 141 vd. düzenlemeleri almıştır. Ancak 5320 sayılı kanunun 18. maddesinin 2. fıkrasında, 6. maddede öngörülen yürürlük ve uygulamaya ilişkin hükümler saklı tutulduğundan, CMK 141 vd. hükümlerinin 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yapılan işlemler hakkında uygulanacağı ve bu tarihten önceki işlemler için 466 sayılı Kanunun uygulanmaya devam edileceği de ifade edilmelidir. Mülga edilen kanunun uygulanmaya devam edileceği yönündeki düzenleme oldukça sorunludur. 466 sayılı Kanun'un neden olduğu sorunlar göz önüne alındığında, bu kanunun uygulanmaya devam edilmesindeki gerekçeyi anlamak mümkün değildir. Nitekim *Yenisey/Nuhoğlu*'na göre, yürürlükten kaldırılan kanunların uygulanmaya devam edilmesi hukuksuzluğun bir örneğini oluşturmaktadır. Bkz. *Yenisey, Nuhoğlu*, s.486.

³⁷⁰ Özbek, Doğan, Bacaksız, s.478.

CMK 141’de yer alan hukuk yolunun yürürlük kazanmasının bireysel başvuru mekanizmasına olan yansıması incelendiğinde; İHAM’ın, uzun yıllar boyunca, CMK 141’de yer alan hukuk yolunu, tüketilmesi gerekli “etkili bir hukuk yolu” olarak kabul etmediği görülmektedir.³⁷¹ Mahkeme’nin bu yöndeki tutumunun gerekçesi, hükümet tarafından sunulan ve tazminat yolunun başarıyla uygulandığını gösteren somut bir içtihadın bulunmaması olmuştur.³⁷² İHAM, CMK 141’e ilişkin bu tutumunu 2005-2012 yılları arasında sürdürmüştür. Ancak Mahkeme, *Şefik Demir/Türkiye*³⁷³ kararında, içtihat değişikliğine giderek, hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşerek tutukluluk durumu sona ermiş başvuru sahiplerinin “uzun tutukluluk” şikâyetiyle yapmış oldukları başvurular bakımından, CMK 141 yolunu tüketmeleri gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme güncel yaklaşımında ise pek çok hususta CMK 141 yolunu etkili ve tüketilmesi gerekli bir hukuk yolu olarak görmeye başlamıştır.

Konuya ilişkin AYM’nin yaklaşımı incelendiğinde ise Mahkemenin, ilk içtihatlarından bu yana bakış açısının sürekli değişkenlik gösterdiği görülmektedir. Gerçekten de AYM’nin, CMK 141’e ilişkin ilk dönem içtihatlarında, CMK 141’de yer alan hukuk yolunu tüketilmesi gerekli “etkili bir hukuk yolu” olarak kabul etmediği görülmektedir.³⁷⁴ AYM’nin bu yöndeki kararları incelendiğinde, yeterli kesinlikte somut içtihatların bulunmaması nedeniyle CMK 141’in etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmediği görülmektedir. Bakanlık tarafından, *Şefik Demir/Türkiye* ve *Balca/Türkiye*³⁷⁵ başvurularına dikkat çekilerek güncel Yargıtay kararlarına atıf yapılması AYM tarafından ulaşılan bu sonucu değiştirmemiştir.

Ancak AYM’nin de bu yaklaşımını uzun süre sürdürmediği ve CMK 141 yolunun, Mahkeme tarafından, tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmeye başlandığı görülmektedir. AYM söz konusu yaklaşımını, ilk olarak tutukluluğun makul veya azami süreyi aştığı şikâyetleri yönünde sergilemişse de geline aşamada neredeyse her durumda, CMK 141 yolunu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmektedir.

³⁷¹ *Kürüm/Türkiye*, İHAM, 56493/07, 26.01.2010, § 18-21; *Yeşilmen ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 41481/05, 16.02.2010, § 10-17.

³⁷² *Mehmet Özcan ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 4018/07, 26.10.2010, § 30; *Mahmut Öz/Türkiye*, İHAM, 6840/08, 03.07.2012, § 51.

³⁷³ *Şefik Demir/Türkiye*, İHAM, 51770/07, 16.10.2012, § 17-34.

³⁷⁴ *Ramazan Aras*, AYM, § 24-36; *Burak Döner*, AYM, § 24-35.

³⁷⁵ *Balca/Türkiye*, İHAM, 41843/07, 22.01.2013.

İHAM'ın ve AYM'nin bu yönde içtihat değişikliğine gitmesinde, Hükümet veya Bakanlık tarafından, güncel Yargıtay içtihatlarında yaşanan gelişmelere dayanılarak yapılan itirazlar etkili olmuştur. Gerçekten de Yargıtay daireleri arasında yapılan iş bölümü sonucunda, CMK 141'e ilişkin davaların temyiz başvurularının Yargıtay 12. Ceza Dairesi tarafından yapılmasına karar verilmesiyle, konuya ilişkin içtihatlar oluşmaya başlamış ve daireler arasında oluşabilecek içtihat farklılıklarının önüne geçilmiştir.³⁷⁶ Ancak İHAM'ın ve AYM'nin görüş değişikliğine gitmesine esas teşkil eden durumun; aşağıda detaylıca izah edileceği üzere, Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin bazı tazminat nedenleri bakımından başvuruda bulunulabilmesi için asıl davada hüküm verilmesi veya bunun kesinleşmesi gerekmediği yönündeki içtihatları nedeniyle olduğu önemle belirtilmelidir. Gerçekten de Yargıtay'ın tazminat davasının açılması için kesinleşme şartını esnettiği içtihatları, İHAM'ın ve AYM'nin iş yüklerini azaltmak için kullandıkları kıymetli birer araç hâline gelmiştir.

Mahkemelerin bu yönde içtihat değişikliğine gitmesi, birçok açıdan sorunlu olsa da gelinen aşamada CMK 141'de yer alan hukuk yolunu bireysel başvuru mekanizması bakımından oldukça önemli bir konuma getirmiştir. Özellikle CMK 141'de yer alan hukuk yolunun birçok hakka değen boyutu dikkate alındığında, bu yolun usulüne uygun olarak tüketilmemesi durumunda, birçok başvurunun esasının mahkemelerce incelen(e)memesi gündeme gelecektir. İHAM'ın ve AYM'nin CMK 141 yolunun etkililiğine ilişkin farklı yaklaşımlarının bulunması ve AYM'nin söz konusu yola işlerlik kazandırmak için CMK 141'in kapsamını genişletme yönünde eğilime sahip olması, mahkemeler arasında içtihat farklılıklarının oluşmasını kaçınılmaz bir sonuç olarak ortaya çıkarmaktadır. CMK 141'e ilişkin yanıtlar aranırken farklı mahkemelere göre farklı cevapların verilmesi hâlihazırda yoğun ve kapsamlı olan CMK 141 düzenlemesini başvuruçular açısından daha da karmaşık bir hâle getirmektedir. Görüldüğü üzere söz konusu hukuk yolu hem mahkemeler hem de başvuruçular açısından giderek artan bir öneme sahip olmaktadır.

Nihayet, CMK 141 yolunun bireysel başvuru mekanizması bakımından değişen önemi bu yönleriyle kısaca izah edildikten sonra; bahsi geçen düzenleme ile mahkemelerin hangi durumlarda söz konusu hukuk yolunu etkili gördüklerine daha yakından bakılabilir.

³⁷⁶ Mustafa Albayrak, “Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Verilmesi Kabul Edilen Haller”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.11, S.118, s.76-77.

III. TAZMİNATA KONU HÂLLER

CMK 141’de yer alan hukuk yolu, temel hak ve özgürlüklere müdahale anlamına gelen birtakım koruma tedbirlerinin uygulanması durumunda tazminat öngörmektedir.³⁷⁷ Bunlar;

- Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (yakalama, gözaltı ve tutuklama tedbirleri)
- Özel Hayata Saygı Hakkı (arama tedbiri)
- Mülkiyet Hakkı (el koyma tedbiri)

şeklinde sınıflandırılabilir. Konunun daha iyi açıklanabilmesi için hak bazında yapılan ayrım doğrultusunda, tazminata konu hâller incelenecektir.

Ancak bu incelemeden önce, CMK 141 yoluyla ilgili olarak yapılacak değerlendirmelerde; tazminat yollarının teorik ve pratik boyutunun ayrı ayrı ele alınmasının faydalı olacağı söylenmelidir. Zira aşağıda yapılan anlatımlar dikkate alındığında; CMK 141 yolunda, teorik düzenleme ile uygulama arasında ciddi farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Üstelik çalışmanın amacı, CMK 141 yolunun hem teoride hem de pratikte etkili bir hukuk yolu olup olmadığını tespit edebilmek olduğu için, bu ayrım doğrultusunda, tazminat nedenlerinin ele alınmasında yarar bulunmaktadır.

³⁷⁷ CMK 141 düzenlemesi, Ceza Muhakemesi Hukuku sistematğinde koruma tedbirleri olarak ifade edilen birtakım tedbirler nedeniyle tazminat yolu öngörmekle birlikte çalışmanın konusunu söz konusu koruma tedbirleri oluşturmamaktadır. Ancak CMK 141 düzenlemesinde belirtilen tazminata konu hâllerin ortaya konulabilmesi için söz konusu tedbirlerin genel olarak izah edilmesinde yarar bulunmaktadır. Nitekim aşağıda da her bir tazminata konu hâl ile ilgili koruma tedbirlerine yeteri oranda yer verilmesi yoluna gidilmiştir. Söz konusu açıklamalarda faydalanan kaynaklar ile koruma tedbirlerine ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Centel, Zafer, s. 364 vd.; Cumhuriyet Şahin, Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, Ankara: Seçkin Yay., 10. Bası, 2019, s. 269; Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır, s.1 vd.; Özbek, Doğan, Bacaksız, s.253 vd.; Yenisey, Nuhoğlu, s.305 vd.; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.437 vd.; Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 2**, Ankara: Adalet Yay., 15. Baskı, 2019, s.679 vd.; Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı, Sesim Soyer Güleç, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, Ankara: Seçkin Yay., 3. Bası, 2019, s.25 vd.

A. ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKINA İLİŞKİN TAZMİNAT NEDENLERİ

Sözleşme'nin 5. maddesi ile Anayasa'nın 19. maddesinde paralel nitelikte düzenlenen ve demokratik toplumların vazgeçilmezi olan özgürlük ve güvenlik hakkı³⁷⁸; bireyin fiziksel özgürlüğünün, keyfi tutmalara karşı korunmasını güvence altına almaktadır.³⁷⁹

Sözleşme ve Anayasa düzenlemeleri genel olarak incelendiğinde, her iki hükümle; herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu ve ancak düzenlemelerde belirtilen sebeplerden dolayı, yasaya uygun olarak hakkın sınırlandırılabilceği belirtilerek, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin sahip olduğu haklara yer verildiği görülmektedir. Nitekim bu haklardan olan ve kendisine Sözleşme md.5/5 ile Anayasa md.19/9'da yer bulan tazminat hakkının yansımaları, CMK 141'de yer alan hukuk yolu oluşturmaktadır.

Özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamında CMK 141'de yer alan tazminat nedenleri ele alınmadan önce iki hususa dikkat çekilmelidir.

Bunlardan ilki, CMK 141 düzenlemesi gereğince, tazminat talep edilebilmesi için koruma tedbirlerinin bir “suç soruşturması veya kovuşturması” sırasında uygulanmış olması gerektiğidir. Bu bağlamda, Sözleşme'nin 5/5 düzenlemesinin bir gereği olarak konumlanan CMK 141'in Sözleşme düzenlemesi ile uyumsuz olduğu görülmektedir. Zira Sözleşme md.5/5, yalnızca suç şüphesiyle tutulan kişi bakımından değil, haksız olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes bakımından tazminat hakkını güvence altına almaktadır. Bu nedenle, CMK 141'i, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin sahip olduğu tazminat hakkı olarak ifade etmek yerine, “suç şüphesiyle tutulan kişinin sahip olduğu tazminat hakkını belirleyen hukuk yolu” olarak izah etmek daha doğru olacaktır.

İkinci olarak CMK 141/1'de belirlenen tazminat nedenleri incelendiğinde; kanun koyucu tarafından, özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin tazminat nedenleri belirlenirken, sıklıkla “kanun” ifadesine yer verildiği dikkat çekmektedir. Bu nedenle özgürlük ve güvenlik hakkına

³⁷⁸ De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika, İHAM, § 65.

³⁷⁹ Creanga/Romanya, İHAM, 29226/03, 23.02.2012, § 84; Galip Ögüt, AYM, 2014/5863, 01.03.2017, § 46.

ilişkin tazminat nedenleri incelenmeden önce kanun ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tespit edilmelidir.

CMK 141/1 kapsamında tazminat nedenleri belirlenirken yer verilen “kanun” ifadesinden, şeklî anlamda yasaların anlaşılması doğru olacaktır.³⁸⁰ Bunun yanında Anayasa md.90/5 gereğince usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan uluslararası antlaşmaların da “kanun” hükmünde olduğu göz önüne alındığında; “kanun” ifadesinin, Anayasa md.90/5 kapsamındaki uluslararası antlaşmaları da içerisinde barındırdığı söylenmelidir.³⁸¹ Bu durumda “kanun” ifadesinden, şeklî anlamda yasalar ile usulüne uygun yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların anlaşılması nedeniyle; bu düzenlemelere aykırı tedbirlerin mağduru olan herkesin, teorik olarak, CMK 141 kapsamında tazminat hakkına sahip olacağı görülmektedir. Bu durumun doğal sonucu olarak, tazminat nedeninin oluşup oluşmadığı yönünde tespit yapılırken yalnızca CMK hükümleri esas alınarak belirleme yapılması hatalı olacaktır. Nitekim aşağıda tazminat nedenleri incelenirken bu doğrultuda; Sözleşme, Anayasa ve CMK hükümleri doğrultusunda tazminata konu durumlar ele alınmıştır. Bu noktalara dikkat çekildikten sonra, özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin tazminat nedenlerine yakından bakılmalıdır.

1. Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Yakalama, Tutuklama veya Tutukluluğun Devamına Karar Verme (CMK 141/1-a)

CMK 141/1-a kapsamında; teorik olarak açıkça üç, Yargıtay uygulamasına göre dört farklı tazminat nedeni bulunmaktadır. Açıkça öngörülen tazminat nedenleri; kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalama, tutuklama veya tutukluluğun devamına karar verilme iken Yargıtay uygulamasına göre, kanunlarda belirtilen koşullar dışında gözaltına alınma durumu da fıkra kapsamında tazminat nedenidir.

³⁸⁰ Şeklî anlamda yasa, yetkili organ ya da yasama meclislerince öngörülen usullere uyularak yapılan işlemlerdir. Şeklî kanun anlayışında, kanunun içeriği ve kapsamı önemli olmayıp kanun, onu yapan organa göre nitelendirilecektir. Bu yönde detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, İstanbul: Beta, 12. Bası, 2007, 13.

³⁸¹ Aynı yönde düşünce için ayrıca bkz. Erhan Günay, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara: Seçkin Yay., 2018, s.64.

a. Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Yakalama

i. Teori

CMK 141/1-a hükmünde, “*kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan*” kişilerin tazminat isteme hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. Tazminat nedeninin anlaşılabilmesi için yakalama tedbirinin ne olduğu ile madde kapsamında, teorik olarak, hangi durumların tazminat nedeni olarak öngörüldüğü kısaca ortaya konulmalıdır.

Sözleşme’nin 5/1-c düzenlemesine göre;

*“Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı hâlinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması (...)”*³⁸²

suretiyle özgürlük ve güvenlik hakkı sınırlandırılabilir.³⁸³

Suç şüphelisinin yakalanmasına ilişkin bu düzenleme incelendiğinde, Sözleşme’ye uygun bir yakalamadan bahsedilebilmesi için, yakalamanın; yetkili adli mercein önüne çıkarılmak amacıyla yapılması ve yakalama nedenlerin olması (suçun işlendiği yönünde makul şüphe, suç işlenmesinin önlenmesi veya kaçmaya engel olma zorunluluğu) şarttır.³⁸⁴ Görüldüğü üzere, Sözleşme’de yakalama işlemi için aranılan şüphe seviyesi, makul şüphedir.³⁸⁵ İHAM’a göre makul şüphe, kişinin suç işlemiş olabileceği yönünde objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yarar yeterli olgu ve bilginin varlığını gerektirmektedir.³⁸⁶ Sözleşme’de belirtilen koşullara aykırı olarak, örneğin suç işlenmesinin önlenmesi ya da kaçmaya engel olma amacı dışında başka bir

³⁸² https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (E.T. 20.03.2020)

³⁸³ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.242; Öztürk, Kazancı, Güleç, s.38.

³⁸⁴ Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s. 99-100; Behiye Eker Kazancı, “*AIHS ve AIHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbirleri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması*”, **TBB Dergisi**, S.98, 2012, s.83; Betül Kalyoncu, **Türk Pozitif Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Ankara: Adalet Yay., 1. Baskı, 2017, s.59-60; Sarıgül, s.59.

³⁸⁵ Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İn: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed: Sibel İnceoğlu, s.200; Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır, s.23.

³⁸⁶ Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık, İHAM, 12244/86, 30.08.1990, § 32. Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.244; Mahkeme, makul şüpheyi her somut olayın kendi özel koşulları içerisinde değerlendirmekte; ulusal makamlar tarafından, onların yerine geçmeyerek, yapılan değerlendirmenin makul ve geçerli olup olmadığını tespit ederek denetimini gerçekleştirmektedir. Bu yönde detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Şahbaz, s.175.

nedenle (bilgi alma amaçlı vs.) yakalama yapılması durumunda, teorik olarak, CMK 141/1-a kapsamında tazminat hakkının doğacağı söylenecektir.

Konuya ilişkin Anayasa düzenlemesi incelendiğinde ise Anayasa md.19/3'de:

*“(...) Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü hâlinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.”*³⁸⁷

denilerek, yakalamanın, kural olarak, hâkim kararıyla yapılabileceği belirlenmiştir. Yine de Anayasa düzenlemesine göre, koşulları kanunla belirlenecek istisnai durumlarda (suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller) hâkim kararı olmaksızın, yakalama yapılabilecektir. Ancak her durumda, madde kapsamında açıkça ifade edilmemişse de yapılan yakalamanın hâkim karşısına çıkarılmak amacıyla olacağı belirtilmelidir.³⁸⁸ Nitekim Anayasa md.19/5 hükmüyle, yakalanan kişinin hâkim karşısına çıkarılması için sürelerin belirlenmiş olması bu yorumu desteklemektedir.³⁸⁹ Bu hâliyle Sözleşme ve Anayasa düzenlemelerinin yakalama tedbiri bakımından, gerekli suç şüphesi yönünden Anayasa'da bir belirleme yapılmaması haricinde³⁹⁰, paralel nitelikte olduğu söylenebilir. Anayasa düzenlemesinin tedbir konusunda detaylı düzenlemeleri kanuna bırakmış olması nedeniyle, tazminat nedeninin oluşma durumu için CMK düzenlemelerinin irdelenmesi faydalı olacaktır.

³⁸⁷ AYM'ye göre, Anayasa'nın 19 maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında geçen *yakalama* kavramı özerk bir anlama sahip olup CMK'da düzenlenen yakalama müessesinden daha geniş bir içeriğe sahiptir. 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 AYM'ye göre, Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen yakalama kurumunun CMK'daki *gözetimi* da kapsadığı söylenebilecektir. Karar için bkz. *Hasan Akboğa*, AYM, § 49.

³⁸⁸ AYM'ye göre, suç isnadına bağlı yakalamanın hangi sebeplere dayalı olarak yapılabileceği hususunda Anayasa'nın 19. maddesinde veya diğer maddelerinde açık bir düzenleme bulunmamağaysa da bu nitelikteki bir yakalamanın ancak suç isnadına bağlı olarak uygulanabileceği gerçeği gözetilerek bunun meşru amacının soruşturma işlemlerinin yürütülmesini ve nihayetinde suç işlediğinden şüphelenilen kişinin yetkili hâkimin önüne çıkarılmasını temin etmek olduğu anlaşılmalıdır. Bu nedenle, suç işlendiğine dair somut belirti bulunan hâllerde, kişinin hâkim önüne çıkarılmasını ve soruşturma işlemlerinin yürütülmesini temin etmek amacıyla kişinin yakalanması mümkün olacaktır. Ancak suç isnadına bağlı olarak yakalanan kişinin hâkim önüne çıkarılmadan serbest bırakılması durumunda, bu durum, tek başına yakalama işlemini Anayasa'ya aykırı hâle getirmeyecektir. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. *Hasan Akboğa*, AYM, § 53

³⁸⁹ Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.100.

³⁹⁰ AYM'ye göre, yakalama tedbirinin mahiyeti ve tutuklamadan önce uygulanan bir tedbir olması, bu tedbirin uygulanabilmesi için suç işlendiğine dair belirtinin varlığını zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte Mahkemeye göre, kamu makamlarının yakalama tedbirini uygulama hususundaki takdiri daha geniş olup yakalama yapılabilmesi için gerekli olan şüphe derecesi tutuklamadakine nazaran daha hafif nitelikte olmak zorundadır. Karar için bkz. *Hasan Akboğa*, AYM, § 52.

CMK’da yakalama tedbirine ilişkin düzenlemeler, CMK md.90 vd. yer almaktadır. CMK md.90’da yakalama tedbiri konusunda bir tanımlama bulmak mümkün değildir. Yakalama tedbirine ilişkin tanımlama, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinde³⁹¹ bulunmaktadır. Yönetmeliğin 4. maddesine göre yakalama;

“kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasını”

ifade etmektedir. Bu tanımlama, bünyesinde hem adli hem de idari yakalamayı barındırmaktadır.³⁹²

Önleme yakalaması şeklinde de adlandırılan idari nitelikte yakalama tedbiri, suç şüphesi altında bulunmayan kişilerin, tehlikeye maruz kalacakları ya da tehlikeye neden olmaları nedeniyle yakalanmalarını karşılamaktadır.³⁹³ İdari yakalamada amaçlanan, bir suçun aydınlatılması değil, kamu güvenliği ve düzenin sağlanması ile korunmasıdır.³⁹⁴ CMK md.90’a konu adli nitelikte olan yakalama ise, bir suç dolayısıyla yapılan yakalamadır. Bu kapsamda kişinin bir suç isnadı nedeniyle, gözaltına alınmasına veya serbest bırakılmasına kadar geçici olarak özgürlüğünden yoksun bırakılması durumunda adli bir yakalamadan bahsedilecektir.³⁹⁵

Tazminat istemi bakımından konu incelendiğinde ise CMK 141/1-a kapsamında tazminat, ancak adli nitelikteki yakalama tedbiri nedeniyle talep edilebilecektir. Zira CMK 141 kapsamındaki tazminat talebinin ön koşulunu, bir “suç soruşturması veya kovuşturması”

³⁹¹ Resmî Gazete, 01.06.2005 Tarih, 25832 Sayı.

³⁹² Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Yakalama veya Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri”, **DEÜHFD**, C. 9, Özel Sayı, 2007, s.1216.

³⁹³ Centel, Zafer, s.369; Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır, s.18. İdari nitelikteki yakalamaya ilişkin düzenlemeler, 04.07.1934 Tarih ve 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu’nun 13. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenleme ile kolluğa, kamu düzenin korunması amacıyla yakalama yetkisi verilmişse de özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlandırılması söz konusu olacağından, amaca ulaşıldığı takdirde derhâl tedbire son verilmesi gerekecektir. İdari yakalamaya ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Öztürk, Kazancı, Güleç, s.38-39; Ünver, Hakeri,702-703.

³⁹⁴ Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır, s.18; Öztürk, Kazancı, Güleç, s.38.

³⁹⁵ Centel, Zafer, s.369; Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır, s.18.

oluşturmaktadır. Bu nedenle, idari nitelikteki yakalama tedbiri nedeniyle CMK 141 kapsamında tazminat talep edilmesi mümkün değildir.³⁹⁶

Bu belirlemelerden sonra yakalama tedbirine ilişkin koşulları içeren CMK md.90 hükmü incelendiğinde, yakalama için gerekli suç şüphesi yönünde bir belirleme yapılmadığı bunun yine yönetmeliğe bırakıldığı görülmektedir. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 5/1-a düzenlemesinde, “*kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunması*” şekliyle suç şüphesinin belirlendiği görülmektedir. Yönetmelikle yakalama tedbiri için belirlenen suç şüphesinin, Sözleşme’de belirtilen makul şüpheden daha ileri bir düzeyde olduğu aşikârdır. Bu durum, olumlu olarak görülebilirse de CMK 141/1-a kapsamındaki tazminat talepleri bakımından belirsizlik yaratabilir.

Gerçekten de CMK 141 penceresinden konuya bakıldığında; gerekli suç şüphesinin oluşmaması nedeniyle haksız yakalama işleminin mağduru olan kişilerin tazminat talepleri konusunda yapılacak araştırmada hangi metnin esas alınması gerektiği sorusu gündeme gelecektir. Yönetmelik hükmünün yakalama için gerekli suç şüphesi yönünden daha sıkı olması nedeniyle, yakalama için “*kuvvetli iz, eser, emare ve delil*” bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği söylenebilir. Ancak CMK 141/1-a hükmünde geçen “*kanun*” ifadesinden şekli anlamda yasaların anlaşılması nedeniyle, bu düzenlemenin esas alınamayacağı belirtilmelidir. Yine de her durumda, Sözleşme düzenlemesi gereğince, yakalamanın makul şüpheye dayanmaması sebebiyle, teorik olarak, CMK 141/1-a kapsamında tazminat talep edilebilecektir.

Bu husus belirlendikten sonra yakalamanın şartlarına aykırılık bağlamında oluşabilecek tazminat durumlarına bakılmalıdır. CMK md.90 hükmünde farklı kişilere yakalama yetkisi verilmesi nedeniyle, yetki verilen kişiler bakımından yakalama koşulları değişkenlik göstermektedir. Bu düzenlemeye göre, kişiye suç işlerken rastlanılması ya da suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme

³⁹⁶ Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özyayın, Tütüncü, Villemine, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.578; Canoğlu, s.44; Nabi Özalp, “*Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*”, **TBB Dergisi**, 2019, S.45, s.94; Sinan Sürücü, Doğan Algan, “*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları*”, **İzmir Barosu Dergisi**, S.2, 2014, s.52

olanağının bulunmaması durumunda herkes tarafından yakalama yapılabilir.³⁹⁷ CMK md.90/2 hükmüne göre ise, kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler.³⁹⁸

Yakalama işlemi, kural olarak, kolluk görevlileri tarafından yapılmaktaysa da kanuni düzenlemeyle kolluk görevlileri dışındaki kişilerin de gerekli koşulların varlığı hâlinde yakalama yapabilmelerine olanak tanınmıştır.³⁹⁹ CMK 141/1-a düzenlemesinde, kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan kişilerin tazminat hakkına sahip oldukları belirtilmekle birlikte, yakalamanın kim tarafından gerçekleştirildiği yönünde, tazminat istemi bakımından bir ayrıma gidilmediği görülmektedir. Bu nedenle kanuna aykırı olarak gerçekleştirilen yakalama işleminin hem kolluk hem de üçüncü kişilerce yapılmasının, tazminat istemi bakımından, önem arz etmemesi gerektiği söylenmelidir.⁴⁰⁰ Nitekim CMK md.90/1 hükmüyle herkese yakalama yetkisi verilmesi, sonuçlarına da katlanmayı gerektirecektir.⁴⁰¹ Bu yönde,

³⁹⁷ Herkes, kavramına kolluk görevlilerinin de dahil olduğu açıktır. Bu nedenle, kolluk görevlilerine, CMK 90/2 hükmüyle birlikte, iki farklı durum için yakalama emri olmadan yakalama yetkisinin verildiği görülmektedir. Herkes tarafından yapılan yakalamaya ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Ünver, Hakeri, s.703-705; Öztürk, Kazancı, Güleç, s.46-48; Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 257; Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır, s. 25; Ali Kemal Yıldız, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma*”, *SÜHFD*, C.14, S.1, 2006, s.140 vd.

³⁹⁸ Centel, Zafer, s.373; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.447; Cumhuriyet Şahin, Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, s.279.

³⁹⁹ Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır, s.25.

⁴⁰⁰ Aynı yönde düşünce için ayrıca bkz. Coşkun Koç, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. Maddesi (Kişi Özgürlük ve Güvenliği) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Yakalama ve Gözaltına Alma**, İstanbul: Legal Yay., 2020, s.201; Ragıp Şahin, **Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları**, Ankara: Seçkin Yay., 2020, s.77-78; Sürücü, Algan, s.57. Ancak Öğretide, kolluk görevlileri dışında herkes tarafından yapılan yakalamada, devlete izafe edilebilecek bir işlem bulunmadığından, devletin tazminatla yükümlü olmaması gerektiğini belirten görüşler de mevcuttur. Bu görüşe göre, herkes tarafından yapılan yakalamada tazminat ancak üçüncü kişiye karşı ve genel hükümlere göre olabilecektir. Ancak kolluk görevlileriyle birlikte üçüncü kişilerin yakalama yaptığı durumlarda yine CMK 141/1-a kapsamında tazminat talep edilebileceği önemle belirtilmelidir. Bu yönde düşünce için ayrıca bkz. Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.578; Öztürk, Kazancı, Güleç, s.357; Ünver, Hakeri, s.1075; Özalp, s.94.

⁴⁰¹ Canoğlu, s.47; Abdulkadir Ungan, **Haksız Fiil Tazminatı ile Koruma Tedbirlerine Aykırılıktan Doğan Tazminat**, Ankara: Seçkin Yay., 2017, s.98.

devlet tarafından tanınan bu yetkinin olumsuz sonuçlarından etkilenen mağdurların da tazminat hakkına sahip oldukları kabul edilmelidir.

Bunun yanında bazı durumlarda yakalama işlemi, bir yakalama emrine dayanılarak yapılabilir. Bu durumlar CMK md.98⁴⁰², de düzenlenmiş olup madde hükmüne göre; kolluk, cumhuriyet savcısı, sulh ceza hâkimliği veya mahkeme tarafından yakalama emri çıkarılabilecektir. Örneğin, soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Bu durumlar kanunda sınırlı olarak belirlenmiş olup çıkarılan yakalama emrine konu işlem yerine getirildiği takdirde, CMK md.90/6⁴⁰³ hükmü gereğince, yakalama kararının derhâl iadesi gerekecektir.

Anlatıma CMK 141 penceresinden bakıldığı takdirde; kanunla belirlenen yakalama emrinin çıkartılabileceği durumlar oluşmadan yakalama emrinin çıkartılması veya kanunla belirtilen yetkili mercii dışında başka bir mercii tarafından yakalama emri çıkartılması durumlarında, CMK 141/1-a kapsamında tazminat oluşacaktır.⁴⁰⁴ Yine uygulamada sıklıkla karşılaşılan, yakalama konusu işlem daha öncesinde ifa edilmiş olmasına rağmen, yakalama emrinin kaldırılmaması nedeniyle, kişinin defalarca yakalanması durumunda, haksız yakalamalardan söz edileceği için CMK 141/1-a kapsamında tazminat talep edilebilecektir.⁴⁰⁵

Bazı durumlarda yakalama yasağı mevcut olabilir.⁴⁰⁶ Örneğin, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Verme Yönetmeliği'nin 19. maddesi gereğince, fiili işlediği zaman on iki yaşını doldurmamış olanlar ile on beş yaşını doldurmamış sağır ve dilsizler, suç nedeni ile

⁴⁰² CMK md.98: “(1) (Değişik: 25/5/2005 – 5353/10 md.) Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz hâlinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir. (2) Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler. (3) Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re'sen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim veya mahkeme tarafından düzenlenir. (4) Yakalama emrinde, kişinin açık eşkâli, bilindiğinde kimliği ve yüklenen suç ile yakalandığında nereye gönderileceği gösterilir”

⁴⁰³ CMK md.90/6: “yakalama emrine konu işlemin yerine getirilmesi nedeniyle yakalama emrinin çıkarılma amacının ortadan kalkması durumunda mahkeme, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından yakalama emrinin derhâl iadesi istenir.”

⁴⁰⁴ Hüseyin Aydın, “Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Koruma Tedbirleri”, **CHD**, C.7, S.18, 2012, s.84.

⁴⁰⁵ Aydın, s.84.

⁴⁰⁶ Yakalama yasaklarına ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Yıldız, s.160-164.

yakalanamayacaktır.⁴⁰⁷ Ya da CMK md.91/6 gereğince, gözaltı süresinin dolması veya sulh ceza hâkiminin kararı üzerine serbest bırakılan kişi hakkında, yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve cumhuriyet savcısının kararı olmadıkça, bir daha aynı nedenle yakalama işlemi uygulanamayacaktır.⁴⁰⁸ Bu düzenlemelere aykırı olarak bir yakalama işlemi gerçekleştiği takdirde, kanuna aykırı bir yakalama gündeme geleceğinden, CMK 141/1-a kapsamında tazminat doğacaktır.

CMK 141/1-a hükmünde açık bir şekilde “yakalanan” ifadesine yer verilmesi nedeniyle, kişi hakkında yalnızca yakalama emrinin çıkartılmış olması tazminat sorumluluğunu doğurmamaktadır.⁴⁰⁹ Bu nedenle hakkında yakalama emri çıkarılmış kişi henüz yakalanmadan hakkındaki yakalama emri kaldırılmış ya da kişi savcılığa veya mahkemeye çağrı üzerine veya kendiliğinden gelip savunmasını yapmasından sonra hakkında gözaltı veya tutuklama kararı verilmeden yakalama emri kaldırılmış ise, CMK 141/1-a bakımından tazminat hakkı doğmayacaktır. Yine Öğretide ifade işlemlerinin uzun sürmesi durumunda, bir yakalamadan söz edilemeyeceği için, tazminatın talep edilemeyeceği kabul edilmektedir.⁴¹⁰ Ancak yine de sürenin uzamasının keyfilik taşıdığı durumlarda, özgürlük ve güvenlik hakkına müdahalenin söz konusu olabileceği önemle belirtilmelidir.

Yakalama tedbirinin belirli bir şekli bulunmadığından, herhangi bir biçimde yapılması mümkündür.⁴¹¹ Bu durum yakalama tedbirinin, durdurmayla karıştırılmasına neden olabilir.⁴¹²

⁴⁰⁷ Özbeke, Doğan, Bacaksız, s.262; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özyayın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.445.

⁴⁰⁸ Centel, Zafer, s.381.

⁴⁰⁹ Canoğlu, s. 32-33.

⁴¹⁰ Özalp, s.95.

⁴¹¹ İpekçioğlu, s.1216.

⁴¹² Durdurma işlemi PVSK md. 4/A’da düzenlenmiş olup bu düzenlemeye göre; polis, kişileri ve araçları; bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek, suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek, hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek, kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek, amacıyla durdurabilecektir. Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir. Bu nedenle, süreklilik arz edecek, fiili durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamayacaktır. Bu yönde detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Öztürk, Kazancı, Güleç, s.39-40. İHAM, durdurma tedbiri gibi kişilerin hareket özgürlüğüne yapılabilecek geçici sınırlamaları özgürlükten yoksun bırakma olarak görmemekteyse de durdurmanın keyfilik taşıdığı durumlarda, tedbiri, özgürlük ve güvenlik hakkına müdahale olarak

Yakalama tedbirinde kişi fiilen denetim altına alındığından, özgürlüğe karşı müdahale, durdurma işlemine göre daha yoğun ve ileri düzeydedir.⁴¹³ Öğretide de, çok kısa süreli özgürlük kısıtlamalarının yakalama tedbiri niteliğinde olamayacağı ifade edilmektedir.⁴¹⁴ Bu nedenle, yakalama tedbiri niteliğinde olmayan “durdurma tedbiri” nedeniyle CMK 141/1-a kapsamında tazminat talep edilemeyecektir.⁴¹⁵ Ancak yine de kişinin keyfi olarak tutulması durumunda, görece süre kısa olsa da, bu durumun özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali anlamına geleceği önemle belirtilmelidir.⁴¹⁶

Yine yakalama işlemi için kanuni düzenlemelerde gözaltı veya tutuklamada olduğu gibi azami bir süre belirlemesi yapılmadığı görülmektedir. Ancak yakalama tedbirinin geçici nitelikte olması gerektiği dikkate alındığında, yakalama işleminin yapılmasının ardından makul bir süre içerisinde kişinin salıverilmesine veya gözaltına alınmasına karar verilmiş olması gerektiği, aksi takdirde, yakalamanın kanuna aykırı hâle gelmesinden dolayı, CMK 141/1-a kapsamında tazminatın gündeme gelebileceği söylenebilecektir.⁴¹⁷

Yapılan tüm bu anlatımlar ışığında; CMK 141/1-a düzenlemesinin, teorik olarak, idari yakalama nedeniyle tazminat talep edilememesi haricinde, Sözleşme md.5/5 ve Anayasa md.19/9 kapsamında yeterli güvenceleri sağlamaya aday olabileceği söylenebilir. Ancak

kabul etmektedir. İHAM’ın konuya ilişkin yaklaşımı için ayrıca bkz. Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.29-32

⁴¹³ Canoğlu’na göre, buradaki ayrım durdurmanın amacı ve uygulanmasına göre yapılmalıdır. Durdurma işleminin makul süreyi aşması veya başkaca dış etkenler neticesinde özgürlükten yoksun bırakmanın yoğunluğunun artması hâlinde yakalamadan söz edilecektir. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Canoğlu, s.44.

⁴¹⁴ Yenisey, Nuhoğlu, s. 313; Gökcen, Balcı, Alşahin, Çakır, s. 22; Ünver, Hakeri, s.696.

⁴¹⁵ Özalp, s.93

⁴¹⁶ Örneğin AYM’nin *Mehmet Baydan* kararına konu olayda, başvurucunun bir suç işlediğine yönelik olarak yöntemince yapılmış bir ihbar veya şikâyet bulunmamasına rağmen; bir kadının Çocuk Büro Amirliğinde görevli polisler tarafından rahatsız edildiğini ifade etmesi üzerine, başvurucunun kolluk görevlilerince kendilerinin görevli olmadığı bir polis merkezine telefonla çağırılması ve burada rızası hilafına 36 dakika tutulması söz konusudur. Mahkeme, Anayasa’nın 19. maddesinde yer alan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin düzenlemenin, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması yönünden keyfiliğin önlenmesi amacına yönelik bir düzenleme olduğunu belirterek; başvurucunun bekletildiği süreçte ilgili kolluk görevlilerince olayın görevli polis birimlerine veya soruşturma makamlarına bildirildiğine dair herhangi bir olgunun tespit edilememesi, başvurucunun polis merkezinde tutulduğu süre içinde adli bir işlemin gerçekleştirilmemesi ve polis memurlarının derhâl harekete geçmesini gerektiren suçüstü hâli veya gecikmesinde sakınca bulunan hâl veya benzeri bir durumun bulunmadığını da tespit ederek özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edilmiş olduğu sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Mehmet Baydan*, AYM 2014/16308, 12.04.2018, § 71-80.

⁴¹⁷ Özalp, s.93.

yukarıda Sözleşme md.5/5 ve Anayasa md.19/9 kapsamında yapılan açıklamalarda ifade edilen temel ilke ve prensipler göz önüne alındığında, söz konusu tazminat yolunun gerçekten de var olduğunun söylenebilmesi için, belirtilen tazminat durumlarının oluşması üzerine, CMK 141/1-a kapsamında tazminat verildiğini yeterli kesinlikte gösteren somut içtihatların olması gerekecektir. Bu nedenle söz konusu tazminat yolunun gerçekten de var olup olmadığı ya da etkili bir hukuk yolu niteliğinde olup olmadığının tespit edilebilmesi için konuya ilişkin somut içtihatlar araştırılmalıdır.

ii. Yargısal Pratik

CMK 141/1-a kapsamında kanuna aykırı yakalanan kişilerin tazminat istemleri bakımından Yargıtay kararları incelenmeden önce, teorik düzenlemeye ilişkin bilgiler ışığında, tazminat nedenine bağlı olarak yargılamada araştırılacak hususun ne olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır.

Söz konusu tazminat nedenine ilişkin teorik düzenleme incelendiğinde; CMK 141/1-a kapsamında yürütülecek yargılamada araştırılacak yegâne hususun, yakalama işleminin yukarıda genel ilkeleriyle incelenen Sözleşme, Anayasa ve kanuni düzenlemelere uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğiyle sınırlı olacağı söylenmelidir. Zira teorik düzenlemede, kişinin CMK 141/1-a kapsamında tazminata hak kazanması için yalnızca bir suç soruşturması veya kovuşturması sırasında uygulanan kanuna aykırı yakalama işleminin mağduru olması yeterli görülmüştür. Bu nedenle yasal düzenlemede, kişi hakkında verilen kararın çeşidine göre bir ayrıma gidilmediği için, yürütülen yargılamanın, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar/beraat veya mahkûmiyet kararıyla sonuçlanmış olmasının bir önem taşımayacağı önemle belirtilmelidir. Bu hâliyle CMK 141/1-a düzenlemesinin, Sözleşme 5/5 düzenlemesiyle uyum içerisinde olduğu söylenmelidir. Zira Sözleşme md.5/5'e göre de kişinin tazminata hak kazanabilmesi için yalnızca özgürlük ve güvenlik hakkına aykırı olarak yakalama işleminin mağduru olması yeterli olup kişi hakkında verilen nihai karar bu anlamda önem taşımamaktadır.

CMK 141/1-a kapsamında yürütülecek yargılamada dikkate alınması gereken hususlar belirlendikten sonra, konuya ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde, Yüksek Mahkemenin bu ilkeleri başarıyla uyguladığına ilişkin bozma kararlarına rastlanılmaktadır.

Örneğin Yargıtay kararına konu bir olayda, yürütülen bir soruşturma dosyasında çıkarılan yakalama emri üzerine yakalanan kişi, yakalama kararının iade edilmemesi nedeniyle,

cezaevinden tahliye olduğu gün de dahil olmak üzere, yaklaşık 8 aylık dönem içerisinde Ankara, İzmir, İstanbul illerinde 1'er ve Tarsus ilçesinde 3 kez olmak üzere, değişik tarihlerde toplam 6 defa yakalanmış ve bu yakalamalardan 3 tanesinde gözaltında kalmıştır. Bu yakalamalardan her birinde yakalama emrinin ifa edilmiş olduğu fark edildikten sonra kişi serbest bırakılmıştır. Davacı tarafından haksız yakalamalar nedeniyle açılan CMK 141 davası kapsamında yerel mahkemece, *“tutuklamaya konu dosyanın henüz kesinleşmediği gibi davacının beraatiyle de sonuçlanmadığı, dolayısıyla tazminat koşullarının oluşmadığı”* şeklindeki gerekçeyle dava reddedilerek dosya temyiz mercii huzuruna gelmiştir.

Yargıtay tarafından yapılan incelemede, davacının talebi konusunda bir karar verilebilmesi için yapılacak araştırmanın; yakalanan davacının hangi yakalama kararı dayanak gösterilerek yakalandığını ve/veya gözaltına alındığını saptamaktan ibaret olduğu belirtilmiş ve talebinin tazminat istemine dayanak oluşturan ceza davasının sonucunda verilecek hükümle bir ilgisi bulunmadığı gibi asıl davada verilen hükmün kesinleşmesinin aranmayacağı ortaya konulmuştur. Yargıtay tarafından, davacı hakkında iade edilmeyen yakalama kararı nedeniyle toplamda 6 defa gerçekleşen yakalama ve 3 defa gerçekleşen gözaltı işlemlerinin hukuka aykırı olduğu tespit edilip yargılamaya devamla tazminat talebi hakkında bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden karar verilmesi nedeniyle, yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.⁴¹⁸

Yargıtay'ın söz konusu kararının iki önemli noktası bulunmaktadır. *Bunlardan ilki*, Yargıtay'ın yaptığı incelemede davacı hakkında verilen mahkûmiyet kararının kişinin haksız yakalama işleminin mağduru olup olmadığı gerçeğini değiştirmeyeceğini, bu nedenle yapılması gereken araştırmanın yakalama işleminin kanuna aykırı olup olmadığıyla sınırlı olması

⁴¹⁸ Yargıtay 12. C.D. 2013/24713, 2014/1778 K., 28.01.2014 T. Benzer şekilde Yargıtay, adli işlemin hatalı uygulanması sonucu olarak işlemediği bir suç sebebiyle sisteme kimlik bilgileri sanık sıfatıyla kaydedilen ve hükmün infazı çerçevesinde yakalandıktan sonra 2 gün süreyle tutuklanan kişi hakkında tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D. 2014/6220 E., 2014/6220 K., 18.11.2014 T. Aynı yönde bir diğer karar için Yargıtay 12. C.D. 2014/2395 E., 2014/14792 K., 16.06.2014 T. Benzer yönde haksız yakalamaya ilişkin Yargıtay kararları için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C. D. 2011/11174 E., 2012/19536 K., 24.09.2012 T.; Yargıtay 12. C.D. 2015/12475 E., 2016/13470 K., 19.12.2016 T. Yargıtay'a göre, CMK 141/1-a kapsamında açılacak tazminat davalarında, kanuna aykırı yakalama nedeniyle tazminat talep edilebilmesi için kişinin fiilen yakalanmış olması gerekmektedir. Bu nedenle kişi hakkında yalnızca yakalama emri çıkarılması durumu tazminat talebi için yeterli olmayacaktır. Bu yönde karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D. 2015/12720 E., 2015/19159 K., 10.12.2015 T.

gerektiği sonucuna ulaşmış olmasıdır. Mahkemenin bu yöndeki incelemesinin Sözleşme md.5/5'e uygun olduğu önemle belirtilmelidir.

İkinci ve belki de en önemli husus ise Yargıtay'ın CMK 141 davasının açılması için kişi hakkında verilen kararın kesinleşmiş olması gerektiğine ilişkin dava şartını esneterek, CMK 141/1-a kapsamında kanuna aykırı yakalama işlemi nedeniyle açılacak tazminat davalarında, asıl davada verilen kararın kesinleşmesinin aranılmayacağı sonucuna ulaşmasıdır. Mahkeme'nin bu yöndeki tespiti, aşağıda da izah edileceği üzere, AYM'nin ve İHAM'ın, CMK 141'e ilişkin içtihatlarını doğrudan etkilemiştir.

Yargıtay'ın bu yöndeki olumlu olarak görülebilecek kararlarının yanında, CMK 141/1-a bakımından eksik veya sorunlu olarak nitelendirilebilecek hususların da bulunduğu vurgulanmalıdır.

En önemli eksiklik Yüksek Mahkemenin kararlarında, gerekli suç şüphesi oluşmadan ya da diğer kanuni şartlar bulunmadan yakalama kararı verildiği iddiasıyla açılmış ve başarıya ulaşmış örneklerle rastlanılmamasıdır. Bu durum söz konusu iddialar bakımından, tazminat yolunun etkili bir hukuk yolu olduğunu söylemeyi imkânsız kılmaktadır. Zira Yargıtay'ın 466 sayılı yasa döneminde de hakkındaki yakalama emri kaldırılmayan kişilerin maruz kaldıkları haksız yakalamalara ilişkin tazminat verildiğine dair benzer kararları bulunmasına rağmen⁴¹⁹ söz konusu hukuk yolu, İHAM tarafından etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmemiştir. Bu önemli eksikliğin, gerekli suç şüphesi oluşmadan veya diğer kanuni şartlar bulunmadan yakalama tedbirine başvurulduğu iddiaları bakımından CMK 141/1-a yolunun etkili olup olmadığı değerlendirilirken göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Sorunlu olarak görülebilecek durum ise CMK 141/1-a'nın kapsamına ilişkin teori ve uygulamanın ciddi düzeyde farklılaşmasıdır. Teorik düzenlemeden hareketle, kanuna aykırı yakalanma nedeniyle yöneltilecek tazminat talebinin ön koşulunun, bir suç soruşturması veya kovuşturması sırasında uygulanma olduğu yukarıda izah edilmişti. Bu nedenle, CMK sistematigi dikkate alındığında suç soruşturması ve kovuşturması olarak nitelendirilmesi

⁴¹⁹ Örneğin Yargıtay, yakalama kararı olduğundan bahisle gözaltına alınıp yapılan yazışmalar sonucunda hakkında yakalama kararı olmadığı anlaşıncı 3 gün sonra serbest bırakılan davacının yakalanmasını haksız yakalama olarak belirleyip 466 sayılı Kanun'a göre tazminat verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Karar için Yargıtay 9. C.D. 2003/2235 E. 2003/2281 K., 18.12.2003 T.

mümkün olmayan, örneğin infaz aşamasında gerçekleştirilmiş olan haksız yakalamalar nedeniyle tazminat talep edilemeyeceği sonucuna ulaşılabilecektir. Nitekim Yargıtay'ın da ilk dönem içtihatları bu yöndedir. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesinin kararlarından sonra, durum değişkenlik arz ederek infaz aşamasındaki yakalamalar nedeniyle de CMK 141 kapsamında tazminat talep edilebileceği sonucuna varılmıştır.⁴²⁰ Bu durum nedeniyle Yargıtay tarafından, genel koşul olan suç soruşturması ve kovuşturması sırasında uygulanma şeklindeki genel koşulun artık aranılmayacağı sonucuna ulaşılabilir. Ancak Yargıtay, bir suç soruşturması veya kovuşturması aşaması sayılmayan disiplin cezaları bakımından aynı yorumu yapmamaktadır. Görüldüğü üzere, söz konusu içtihat teorik düzenlemenin tam aksine gelişim arz etmektedir. Bu durum CMK 141/1-a yoluna, hangi durumlarda başvuru yapılması gerektiğine dair ciddi belirsizliklere neden olmaktadır. Doğaldır ki bu durum, bireysel başvuru mekanizmasına yönecek başvuru sahiplerinin tüketmeleri gereken hukuk yolunu belirlemelerini zorlaştırmaktadır. Bu eksikliklerin gündeme gelebileceği bireysel başvurularda, etkililik değerlendirilmesi, söz konusu hususlar da gözetilerek yapılmalıdır.

iii. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması

CMK 141/1-a'da belirtilen kanun yoluna ilişkin İHAM'ın ve AYM'nin yaklaşımları incelenmeden önce, teorik düzenleme ile konuya ilişkin yargısal pratik dikkate alınarak, söz konusu yolun bireysel başvuru mekanizması bakımından tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olup olamayacağı ele alınmalıdır.

CMK 141/1-a düzenlemesiyle, teorik olarak, kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan kişilere, yakalamanın kanuna aykırı olduğunun tespiti ile tazminat imkânı öngörülmektedir. Bu nedenle söz konusu tazminat yolu ancak yakalama işleminin sona ermiş olduğu durumlarda, bireysel başvuru mekanizması bakımından etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilebilecektir. Zira kanuna aykırı bir yakalama işleminin devam ettiği durumda, etkili bir hukuk yolu özgürlükten yoksun bırakmayı ortadan kaldıracak nitelikte olmak zorundadır. Ancak CMK 141/1-a'da yer alan hukuk yolu, kanuna aykırı yakalamanın söz konusu olduğu durumlarda, yalnızca tazminata imkân tanımakta yakalama işlemine son verecek nitelikte serbest bırakılmayı sağlamamaktadır. Bu nedenle yakalamanın, serbest bırakılma veya gözetilme altına alma işlemiyle sona ermesi durumunda, CMK 141/1-a'nın etkili bir hukuk yolu

⁴²⁰ Yargıtay 12. C.D. 2013/26786 E., 2014/4530 K., 24.02.2014 T.

niteliğinde olabileceği söylenecektir. Yakalama işleminin hemen ardından gözaltı kararının verilmesinin uygulamada bir pratik hâline dönüştüğü dikkate alındığında, bu hususun yalnızca bir nüanstan ibaret olduğu açıktır.

Bunun yanı sıra CMK 141/1-a düzenlemesiyle, teorik olarak tazminat hakkı tanınmakla birlikte, Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları dikkate alındığında, söz konusu yolun ancak bireysel başvuruya konu olayla aynı veya benzer nitelikte olaylar bakımından tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir. Bu nedenle bireysel başvuru özelinde, somut içtihat tartışması yürütüldükten sonra, CMK 141/1-a'nın tüketilmesinin gerekip gerekmeyeceği sonucuna ulaşılması isabetli olacaktır. Özellikle gerekli suç şüphesi oluşmadan veya diğer kanuni şartlar bulunmadan yakalama yapıldığı iddiaları bakımından, somut içtihatların bulunmadığı mahkemelerce titizlikle değerlendirilmelidir. Ancak yapılan bu açıklamaların İHAM ve AYM tarafından benimsendiğini söylemek zordur.

AYM'ye göre, yakalamanın hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yapılacak bireysel başvurularda, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl dava sonuçlanmamış da olsa, CMK 141'de öngörülen tazminat yolu, tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yoludur.⁴²¹

⁴²¹ *İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya*, AYM, 2013/3193, 15.10.2015, § 34-47; *Zeki Bingöl (2)*, AYM, 2013/6576, 18.11.2015, § 52-62; *Gülser Yıldırım (2)*, AYM, 2016/40170, 16.11.2017, § 92-102; *Selahattin Demirtaş*, AYM, 2016/25189, 21.12.2017, § 95-103; *Bayram Kaya*, AYM, 2017/26981, 28.11.2018, § 69-72; *Selma Irmak*, AYM, 2016/32948, 07.03.2018, § 43-52; *İdris Baluken*, AYM, 2016/41020, 21.03.2018, § 48-57; *Figen Yüksekdağ Şenoğlu*, AYM, 2016/25187, 04.04.2018, § 54-63; *Kamil Erdoğan*, AYM, 2017/4023, 19.04.2018, § 27-32; *Ahmet Ünal*, AYM, 2016/17624, 09.05.2018, § 24-26; *Nihat Akdoğan*, AYM, 2016/29411, 23.05.2018, § 40-50; *Leyla Birlik*, AYM, 2016/40882, 04.07.2018, § 40-49; *Mustafa Durmaz*, AYM, 2016/69011, 17.07.2018, § 33-36; *Besime Konca*, AYM, 2017/5867, 03.07.2018, § 58-66; *Mehmet Fatih Süzer*, AYM, 2016/68269, 18.07.2018, § 30-32; *Aysel Tuğluk*, AYM, 2017/24447, 18.07.2018, § 43-51; *Çağlar Demirel*, AYM, 2017/5221, 12.09.2018, § 37-46; *Sebahat Tuncel (3)*, AYM, 2017/23601, 10.10.2018, § 38-47; *Abdullah Zeydan*, AYM, 2016/29875, 14.11.2018, § 42-51; *Edibe Şahin*, AYM, 2017/24812, 25/12/2018, § 32-40; *Yakup Şimşek*, AYM, 2017/36064, 25.12.2018, § 44-50; *Mehmet Arı*, AYM, 2016/22732, 10.01.2019, § 43-50; *Dilek Hatipoğlu ve Nurullah Çiftçi*, AYM, 2015/15845, 10.01.2019, § 36-41; *Ramazan Bayrak*, AYM, 2016/22901, 07.02.2019, § 55-59; *Mehmet Takımsu*, AYM, 2016/63712, 15.11.2018, § 32-35; *Ayla Akat Ata (2)*, AYM, 2017/5037, 11.10.2018, § 43-51; *Özcan Güney*, AYM, 2017/20709, 15.11.2018, § 40-49; *Aziz Mahmut İstegün*, AYM, 2017/32195, 06.02.2019, § 38-41; *Ramazan Özcan*, AYM, 2016/70311, 03.04.2019, § 66-71; *Ufuk Yeşil*, AYM, 2016/21926, 17.04.2019, § 30-36; *Hannan Yılbaşı*, AYM, 2016/37380, 17.07.2019, § 44-49; *Aydın Sefa Akay*, AYM, 2016/24562, 12.09.2019, § 57-63; *Edat Yücel Seyhan*, AYM, 2016/16204, 26.09.2019, § 56-63; *Resul Çomoğlu*, AYM, 2017/8756, 26.09.2019, § 35-42; *Muammer Koçan*, AYM, 2016/56282, 26.09.2019, § 56-61; *Recayi Demir*, AYM, 2016/28560, 26.09.2019, § 52-57; *Hasan Kayran*, AYM, 2016/68864, 26.09.2019, § 30-36; *Mutlu Bulut*, AYM, 2017/20749, 26.09.2019, § 51-54; *Mustafa Österzi*, AYM, 2016/14597, 31.10.2019, § 63-69; *Abdurrahman Yemiş*, AYM,

Zira Mahkemeye göre; bir suç isnadıyla yakalanan kişinin yakalamanın hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yaptığı bireysel başvuruda, ihlal sonucuna varılmasının, özgürlükten mahrum kalmanın sona ermesi bağlamında, başvurucunun kişisel durumuna bir etkisi bulunmayacak ancak talebi hâlinde tazminata hükmedilebilecektir. CMK 141/1-a yoluyla da hem yakalamanın hukuka aykırı olduğunun tespiti imkânı tanındığı hem de bunun sonucunda tazminat öngörüldüğünden, söz konusu yolun bireysel başvurudan önce tüketilmesi gerekmektedir.

Görüldüğü üzere AYM, yakalamanın hukuki olmadığı iddialarının esastan incelenebilmesi için CMK 141/1-a yolunun tüketilmesini aramaktadır. Ancak Mahkemenin bazı kararlarında, yakalanan kişinin yakalama işlemine karşı hemen serbest bırakılmayı sağlamak amacıyla, CMK md.91/5’de yer alan başvuru yolunu da tüketmediklerine dikkat çektiği görülmektedir.⁴²² Bu durum başvuru yollarının kanuna aykırı yakalama işleminin mağduru olduklarını AYM önünde ileri sürebilmeleri için yalnızca CMK 141 yolunu usulüne uygun olarak tüketmiş olmalarının yeterli görülemeyebileceği şeklinde anlaşılabılır. Ancak bu çıkarımın doğru olmadığını gösteren kararlar da mevcuttur. Örneğin AYM, *Hasan Akboğa*⁴²³ kararında, CMK 141 yolunun tüketilmiş olmasını başvurunun esasının incelenmesi için yeterli görmüş ayrıca başvuru yollarının CMK md.91/5’de yer alan itiraz yolunu tüketip tüketmediğiyle ilgili herhangi bir inceleme yapmamıştır. Bu nedenle yakalamanın hukuki olmadığı iddialarının esastan incelenmesi bakımından yalnızca CMK 141/1-a yolunun tüketilmesinin yeterli olacağı söylenebilir. Ancak aynı cümlelerin, yalnızca CMK 91/5’de belirtilen yolun tüketilmesi durumunda kurulabileceğini söylemek güçtür. Zira aşağıda da örneklendirileceği üzere, AYM, birden fazla başvuru yolunun olduğu durumlarda şayet bu yollardan biri CMK 141 yolu ise bu yolun tüketilmesine öncelik vermektedir. Bu nedenle, her ne kadar söz konusu duruma ilişkin bir AYM kararı olmasa da CMK 141 yolunun, başvurunun esasının incelenmesi için tüketilmesinde yarar bulunmaktadır.

2017/29347, 28.11.2019, § 33-36; *Ali Kavlak*, AYM, 2016/8018, 10.12.2019, § 48-51; *Faik Doğan*, AYM, 2017/12692, 08.01.2020, § 32-35; *A.S.*, AYM, 2016/21966, 09.01.2020, § 71-74; *Günal Kurşun*, AYM, 2017/35484, 15.01.2020, § 33-36; *A.E.S.*, AYM, 2017/13568, 12.02.2020, § 31-34; *Cihan Acar*, AYM, 2017/26110, 27.02.2020, § 39-44; *İbrahim Okur*, AYM, 2016/50394, 27.02.2020, § 58-61; *Raşit Hünel*, AYM, 2017/26943, 27.02.2020, § 31-34; *Ahmet Çağlıyan*, AYM, 2017/21520, 03.06.2020, § 31-34.

⁴²² *Selahattin Demirtaş*, AYM, § 104; *Selma Irmak*, AYM, § 51; *Nihat Akdoğan*, AYM, § 49; *Aydın Sefa Akay*, AYM, § 62; *Edat Yücel Seyhan*, AYM, § 62; *Resul Çomoğlu*, AYM, § 41.

⁴²³ *Hasan Akboğa*, AYM, § 42

AYM'nin CMK 141/1-a yolunu etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmesi İHAM'ın konuya ilişkin yaklaşımını da etkilemiştir. Örneğin İHAM, *Mustafa Avci*⁴²⁴ kararında, AYM'nin de görüşlerini de dikkate alarak, yakalamanın hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak, CMK 141/1-a ve CMK 91/5 düzenlemeleri ile iki hukuk yolu sunulduğunu ancak her iki hukuk yolunun da başvuru tarafından tüketilmediğini tespit etmiş ve başvuruyu kabul edilebilir bulmamıştır. İHAM'a göre bahsi geçen başvuru yollarının, yakalamanın hukuki olmadığı iddialarına ilişkin uygun bir telafi sağlayacak yeterlilikte olmadığı ya da bu yolların makul bir başarı şansı sunmadıklarını söylemek için bir neden bulunmamaktadır. Üstelik başvuru yolunun etkililiğine ilişkin şüphe duymasının kendisini tüketme koşulundan muaf tutmayacağı dikkate alındığında, söz konusu hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir.⁴²⁵

İHAM'ın söz konusu kararında önem arz eden iki husus bulunmaktadır:

İlk husus, İHAM'ın hukuk yolunun etkili olup olmadığını değerlendirirken somut içtihat tartışması yürütmeden, doğrudan AYM'nin konuya ilişkin yaklaşımından hareketle sonuca ulaşmasıdır. İHAM'ın bu yöndeki yaklaşımının sebebi olarak; AYM'nin, CMK 141 yolunu işler ve etkili kılma yönündeki isteğini boşa çıkarmamak gösterilebilir. Ancak böylesi bir tutumun, etkili bir hukuk yoluna ilişkin ilke ve prensipleri ters düz ettiği açıktır. Zira İHAM'ın tüketme koşuluna ilişkin ölçütleri arasında “AYM'nin bakış açısı” şeklinde bir ölçütü bulunmamaktadır.

İkinci olarak, söz konusu karardan hareketle İHAM'ın, yakalamanın hukuki olmadığı iddiaları bakımından yalnızca CMK 141/1-a yolunun veya CMK 91/5 yolunun tüketilmiş olmasını yeterli görüp göremeyeceği açık değildir. Ancak İHAM'ın *Mehmet Hasan Altan/Türkiye*⁴²⁶ kararında, başvuru tarafından CMK 91/5 yolunun tüketilmiş olmasına rağmen bunun yeterli görülmemiş olması, tüketilmesi beklenen kanun yolunun CMK 141/1-a yolu olduğunu göstermektedir.

⁴²⁴ *Mustafa Avci*, İHAM, 39322/12, 23.05.2017, § 49-67.

⁴²⁵ Aynı yönde diğer kararlar için ayrıca bkz. *Selahattin Demirtaş (No.2) /Türkiye*, İHAM, 14305/17, 20.11.2018, § 125-130; *Alparslan Altan/Türkiye*, İHAM, 12778/17, 16.04.2019, § 76-80.

⁴²⁶ *Mehmet Hasan Altan*, İHAM, 13237/17, 20.03.2018, § 96-104.

İHAM ve AYM'nin konuya ilişkin kararlarında sorunlu alan; söz konusu iddialar bakımından, CMK 141/1-a yolunun başarıyla uygulanıp sonuçlandığına dair somut bir içtihat olup olmadığının tartışılmasıdır. Gerçekten de yukarıda da belirtildiği üzere, gerekli suç şüphesi oluşmadan veya diğer kanuni şartlar oluşmadan yakalama yapıldığı iddiaları bakımından, CMK 141/1-a yolunun başarıyla uygulanarak sonuçlandığına dair somut içtihatlar bulunmamaktadır. Bu önemli eksikliğe rağmen mahkemelerin CMK 141/1-a yolunu etkili görmeleri sorunludur.

Üstelik CMK 141/1-a yolunun bahsi geçen iddialar bakımından AYM tarafından etkili olarak kabul edildiği 2015 yılından bu yana, bu konuda somut içtihatlar oluşmaması mahkemelerin içtihatlarında görüş değişikliğine gidilmesi için bir neden olmamaktadır. Oysa bu durum, söz konusu başvuru yolunun taşıdığı belirsizliğin uygulamadaki somut bir göstergesidir. Mahkemelerin etkililiğe dair ısrarlarına rağmen somut içtihatların oluşmadığını dikkate alarak, yakalamanın hukuki olmadığı iddiaları bakımından CMK 141/1-a yoluna ilişkin içtihatlarını gözden geçirmeleri isabetli olacaktır. Ancak mahkemelerin bu konuda görüşlerini değiştirebileceklerine dair ufukta bir belirtinin bulunmadığı da belirtilmelidir.

Sonuç olarak; bu sorunlu alanlar bir kenara bırakılacak olursa hem AYM'nin hem de İHAM'ın güncel yaklaşımına göre, yakalamanın hukuki olmadığı iddiasıyla yapılacak bireysel başvurularda, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl dava sonuçlanmamış da olsa, CMK 141/1-a'da belirtilen tazminat yolu, tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yoludur.

b. Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Tutuklama veya Tutukluluğun Devamına Karar Verme

i. Teori

CMK 141/1-a hükmünde, “*kanunlarda belirtilen koşullar dışında (..) tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen*” kişilerin tazminat isteme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Tazminatın hangi durumlarda oluşacağının tespiti için tutuklama tedbiri ile madde kapsamında hangi durumların tazminata konu olabileceği, teorik olarak, kısaca ortaya konulmalıdır.

Tutuklama tedbiri, suçlu olduğu konusunda henüz hüküm bulunmayan kimsenin, hâkim veya mahkeme kararıyla, özgürlüğünün geçici olarak kaldırılmasıdır.⁴²⁷ Tutuklama tedbiri, özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik ağır bir müdahale niteliğinde olması nedeniyle hem Sözleşme hem de Anayasa ve CMK düzenlemelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Suç şüphelisinin tutulmasına ilişkin Sözleşme md.5/1-c hükmü incelendiğinde; ceza yargılamasında suçu işlediği yönünde makul şüphe bulunan kişi hakkında, suç işlenmesinin önlenmesi ya da kaçmaya engel olma zorunluluğu doğuran makul nedenlerin varlığı hâlinde, yetkili adli mercii önüne çıkarılmak amacıyla tutuklama kararı verilebilecektir.⁴²⁸ Görüldüğü üzere Sözleşme ile, yakalamada olduğu gibi, tutuklama için makul şüphenin oluşması koşul olarak öngörülmüştür.⁴²⁹ Yine tutuklamaya yalnızca, yetkili adli mercinin huzuruna çıkarılmak amacıyla başvurulması durumunda Sözleşme'ye uygunluk sağlanacaktır.⁴³⁰ Sözleşme'de belirtilen koşullara aykırı olarak, örneğin suç işlenmesinin önlenmesi ya da kaçmaya engel olma amacı dışında başkaca bir nedenle (cezalandırma amaçlı vs.) ya da gerekli suç şüphesi

⁴²⁷ Centel, Zafer, s.393; Şahin, Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku-II**, s.296.

⁴²⁸ İHAM'a göre, Sözleşme md.5/1-c uyarınca, yalnızca bir ceza soruşturması veya kovuşturması sırasında, kişinin suç işlediğine dair makul şüphenin bulunması hâlinde yetkili adli makâmın huzuruna çıkarılması amacıyla kişi tutuklanabilecektir. Bunun yanında İHAM'a göre, verilen ilk tutuklama kararından itibaren suçun işlendiğine dair makul şüphenin varlığının yanında tutuklamaya ilişkin nedenlerin bulunduğu ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya konulması gerekecektir. Bu yönde karar için ayrıca bkz. *Buzadju/Moldova*, İHAM, 23755/07, 05.07.2016, § 84-123. Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1**, s. 388; Karan, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", İn: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed: Sibel İnceoğlu, s.192; Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.99-100.

⁴²⁹ İHAM, *O'Hara/Birleşik Krallık* kararında, makul şüphenin, suçlanan kişinin isnat edilen suçu işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olay, olgu veya bilginin varlığını gerektirdiği ifade etmektedir. Bu nedenle Mahkemeye göre, tutuklama kararının dayanması gereken şüphe seviyesinin makullüğü, Sözleşme'nin 5/1-c düzenlemesiyle keyfi tutmalara karşı öngörülen korumanın önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Karar için ayrıca bkz. *O'Hara/Birleşik Krallık*, İHAM, 37555/97, 16.10.2001, § 34.

⁴³⁰ Sözleşme md.5/1-c hükmüne uygun olarak yakalanıp gözaltına alındıktan sonra yetkili adli mercii huzuruna çıkarılmadan salıverilmenin, otomatik olarak, bu şartın yerine getirilmemiş olduğu anlamına gelmeyeceği ifade edilmelidir. Gerçekten de İHAM, *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık* ve *İpek ve Diğerleri/Türkiye* kararlarında, yakalanan kişi hakkında suç işlediğine dair makul şüphe bulunması durumunda, hakkında dava açılması için gerekli olan delilleri tespit etmek için ifadesini almak amacıyla gözaltına alınabileceğini belirtmektedir. Kararlar için ayrıca bkz. *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, İHAM, § 52-54; *İpek ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 17019/02, 03.02.2009, § 28. Detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1**, s. 388; Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.105.

oluşmadan tutuklamaya başvurulması durumunda, teorik olarak CMK 141/1-a kapsamında tazminat hakkının doğacağı söylenecektir.

Tutuklamaya ilişkin Anayasa'nın 19. maddesi incelendiğinde ise;

“Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir.”

denilerek, tutuklama tedbirinin koşullarının belirlendiği görülmektedir.

Anayasa düzenlemesinde dikkat çekici ilk husus, tutuklamanın ancak hâkim kararıyla mümkün olabileceğinin belirlenmiş olmasıdır. Sözleşme'nin 5/3 düzenlemesiyle uyumlu olan bu belirleme, bazı zorunlulukları gündeme getirmektedir. Bu zorunluluklar tutuklama tedbiri konusunda karar verecek merciin; bağımsız ve tarafsız olmasının yanında, tutuklamanın kanuna uygunluğunu inceleme ve yapılacak bu inceleme sonucunda, koşulları oluşmadığı kanaatine varıldığı takdirde kişinin salıverilmesine karar verebilecek yetkilere sahip olunması gerektiğidir. Bu nedenle tutuklama konusunda karar veren merciin “hâkim” kavramına ilişkin gereklilikleri sağlamadığı durumda, örneğin soruşturma savcısı tarafından tutuklama kararı verilmesi durumunda⁴³¹, kanuna aykırı bir tutuklama söz konusu olacağından, CMK 141/1-a kapsamında tazminat hakkının gündeme geleceği söylenecektir.

Anayasa düzenlemesinde dikkat çekici bir diğer husus, Sözleşme'yle olan lafzi farklılıklardır. Gerçekten de Sözleşme'de tutuklama için makul şüphe aranırken, Anayasa düzenlemesinde daha ileri bir şüphe seviyesi olduğu izlenimini veren “kuvvetli belirti”

⁴³¹ İHAM, *Huber/İsviçre* kararında, soruşturma aşamasında görev alan Savcılık makamının gerekli bağımsızlık garantisini sağlayamadığı için Sözleşme md.5/3 kapsamında yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisi olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Huber/İsviçre*, İHAM, 12794/87, 23.10.1990, § 37-43.

ifadesine yer verilmiştir.⁴³² Kuvvetli belirti ifadesinin taşıdığı anlamın belirlenmesi için CMK düzenlemelerine bakılmasında fayda bulunmaktadır.⁴³³

CMK md.100 hükmünde, tutuklama tedbirine ancak kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin varlığı ve bir tutuklama nedenin bulunması hâlinde başvurulabileceği belirtilmiştir.⁴³⁴ Anayasa’da yer alan kuvvetli belirti ifadesinin, CMK hükmü doğrultusunda, kuvvetli suç şüphesini gösteren somut deliller olarak anlamlandırılması doğru olacaktır.⁴³⁵ Bu hâliyle, iç hukuk düzenlemelerinin tutuklama tedbiri için gerekli suç şüphesi yönünden, Sözleşme’ye nazaran, daha ileri olduğu görülmektedir.⁴³⁶

CMK 141/1-a kapsamında teorik olarak bu durum ele alındığında; gerekli suç şüphesi oluşmadan tutuklama kararı verildiği iddiaları bakımından, suç şüphesi yönünden yapılacak araştırmada, Sözleşme’de belirlenen makul suç şüphesi yerine, kuvvetli suç şüphesi üzerinden belirleme yapılması daha doğru olacaktır. Bu hâlde “kuvvetli suç şüphesini gösteren somut deliller” bulunmadan tutuklama kararının verildiği durumlarda, CMK 141/1-a kapsamında tazminat gündeme gelecektir.

Tutuklama tedbirine başvurulabilmesi için yalnızca suçun işlendiği yönünde kuvvetli suç şüphesinin bulunması yeterli olmayacaktır. Gerçekten de tutuklama tedbirine ancak, Anayasa’da belirlenen tutuklama nedenlerine ek olarak, tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda

⁴³² Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İn: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed: Sibel İnceoğlu, s.193. AYM’ye göre, tutuklama kararı ancak "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler" bakımından verilebilecek olup suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi şarttır. İnandırıcı delil sayılabilecek olguların niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlı olarak ele alınacaktır. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. *Mustafa Ali Balbay*, AYM, 2012/1272, 04.12.2013, § 72.

⁴³³ “Belirti” kavramının Ceza Muhakemesi Hukuku bağlamında taşıdığı anlama ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. R. Barış Erman, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri*”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.1, 2010, s.679-701.

⁴³⁴ Kuvvetli suç şüphesine ilişkin Öğretide farklı tanımlar bulmak mümkündür. Örneğin bazı yazarlara göre kuvvetli suç şüphesi, mevcut delillere göre yapılacak muhakeme sonucunda kişinin mahkûm olma ihtimalinin kuvvetle muhtemel olmasını ifade eder. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır, s.52; Özbek, Doğan, Bacaksız, s.274; Şahin, Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku-II**, s.298. Bazı yazarlara göre ise, tutuklamanın talep edildiği andaki delillere kişinin fail veya suç ortağı olarak bir suçu işlediği konusundaki ihtimalin yüksek olmasıdır. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Centel, Zafer, s.394; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemmin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.464.

⁴³⁵ Erman, s.680.

⁴³⁶ Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.111.

belirtilen diğer nedenlerin varlığı hâlinde başvurulabilecektir. Anayasa düzenlemesi bu anlamda sınırlayıcı bir sayım yapmasa da CMK m.100/2’de tutuklama nedenleri tahdidi olarak belirlenmiştir.⁴³⁷

Tutuklama nedenlerinin kanuni düzenlemeyle sınırlı olarak düzenlenmesi, başkaca nedenlerle tutuklama kararı verilemeyeceği anlamına gelmektedir.⁴³⁸ Bu anlamda örneğin, isnat edilen suçun ağırlığı, şüpheli veya sanığın can güvenliğini sağlama ya da isnat edilen suçun kamuoyunda infial yaratması veya bunun gerçekleşme ihtimali, ikrar temin etmek, öç almak, devletin gücünü göstermek gibi sebepler yasada tutuklama nedeni olarak gösterilmediği için, bu nedenlere dayanılarak tutuklama kararı verilmesi durumunda, kanuna aykırı bir tutuklama söz konusu olacaktır.⁴³⁹ Bu nedenle de anayasa ve kanunda belirtilen tutuklama nedenleri dışında başkaca bir nedenle tutuklama kararı verilmesi durumunda, CMK 141/1-a kapsamında tazminat doğacaktır.⁴⁴⁰

Tutuklama kararı verilebilmesi için kuvvetli suç şüphesinin yanında tutuklama nedeninin bulunması koşuluna problemli bir istisnayı, CMK md.100/3 hükmü oluşturmaktadır. Bu düzenlemeye göre, katalog suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı hâlinde, tutuklama nedenlerinin var olduğu karine olarak kabul edilecektir. Uygulamada katalog suçlar söz konusu olduğunda otomatik olarak tutuklama kararı verilebileceği yönünde

⁴³⁷ AYM’ye göre, anayasa düzenlemesiyle tutuklamaya "kaçma" ya da "delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini" önlemek amacıyla başvurulabileceği belirtilmişse de anayasa koyucu tarafından, tutuklama nedenlerine ilişkin olarak *"bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde"* ibaresine yer verilmesi nedeniyle, hem tutuklama nedenlerinin Anayasa’da ifade edilenlerle sınırlı olmadığı hem de bunların dışında bir tutuklama nedeninin ancak kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu bağlamda Mahkemeye göre, Anayasa düzenlemesiyle, tutuklamanın meşru nedenlerinin belirlenmesi bakımından kanun koyucuya takdir hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte tutuklama nedenleri, Anayasa’nın 19. maddesiyle birlikte CMK’nın 100. maddesinde sınırlı bir şekilde sayıldığından, bunların dışında bir nedenle tutuklama ya da tutukluluğun devamı kararı verilmesi hâlinde AYM tarafından tutmanın meşru amacının bulunmadığı sonucuna ulaşılabacaktır. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. *Halas Aslan*, AYM, 2014/4994, 16.02.2017, § 58-60

⁴³⁸ Z. Özen İnci, **Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama**, Ankara: Seçkin Yay., 2017, s.97.

⁴³⁹ Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özeydin, Tütüncü, Villemine, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.462.

⁴⁴⁰ Şahin, s.170; Özalp, s.97; Rezan Epözdemir, *"Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat"*, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.12 S.135, s.17.

bir algı bulunmaktadır.⁴⁴¹ Ancak yakın zamanda İHAM'ın, ilk tutuklama kararından itibaren suçun işlendiğine ilişkin makul şüphenin varlığının yanında tutuklamaya ilişkin nedenlerin de bulunduğu ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya konulması gerektiği yönünde içtihadını geliştirdiği dikkate alındığında, verilen tutuklama kararlarında tutuklama nedenlerinin ilgili ve yeterli bir şekilde ortaya konulmasının zorunlu olduğu açıktır.⁴⁴²

Tutuklama tedbirinin özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik sert bir müdahale niteliğinde olması nedeniyle, tüm bu koşulların yanında, CMK md.100 gereğince, tutuklama tedbirinin işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbirine göre ölçülü olması da gerekmektedir.⁴⁴³ Ölçülülük ilkesi olarak adlandırılan bu koşul, yalnızca tutuklama kararı verildiği anla sınırlı olarak anlaşılmamalı, tutukluluğun devam eden tüm sürecinde dikkate alınmalıdır.⁴⁴⁴ Nitekim Anayasa ve kanuni düzenlemeler, tutuklama tedbirinin koşulları oluşmasına rağmen uygulanamayabileceğini öngörmektedir.⁴⁴⁵ Bu nedenle Öğretide, adli kontrol tedbiri uygulanarak amaca ulaşılmasının mümkün olduğu hâlde tutukluluğa karar verilmesi

⁴⁴¹ Yenisey, Nuhoğlu, s.358. Katalog suçların kapsamının ek düzenlemeler ile sürekli olarak artırılması da düzenlemenin anlamsızlığını derinleştirmektedir. Bu durum uygulamada katalog suçların isnat edildiği yargılamalarda otomatik tutuklama sonucuna götürmektedir. Bu durum nedeniyle bazı yazarlarca ilgili hükmün kaldırılması gerektiği düşünülmektedir. Bu yönde düşünce için ayrıca bkz. Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.469. Katalog suçlar sorununa ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. İnci, s.119 vd.

⁴⁴² *Buzadju/Moldova*, İHAM, § 84-123.

⁴⁴³ Öztürk, Kazancı, Güleç, s.82; Şahin, Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku-II**, s.302. Ölçülülük kriteriyle ilgili kanun hükmünde geçen ifadelerin taşıdığı belirsizlikler bir yana, bazı yazarlar tarafından, verilmesi beklenen cezaya göre ölçülü olma ilkesinin, cezanın ağır olduğu her durumda tutukluluğun ölçülü olduğu anlamına geleceği şeklindeki gibi bir anlama neden olabileceği için sakıncalı olduğu ifade edilmektedir. Ölçülülük ilkesine ilişkin bu yönde detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, s.277. AYM'ye göre, Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların "ölçülülük" ilkesine aykırı olamayacağı yönündeki belirleme ile Anayasa md. 19/3'de yer alan "*tutuklamayı zorunlu kılan*" ibaresi tutuklamanın ölçülü olması gerektiğine işaret etmektedir. Nitekim Mahkemeye göre, CMK md. 100'de geçen ibareler, anılan anayasa hükümlerinin bir yansımasıdır. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. *Halas Aslan*, AYM, § 72; *Gülser Yıldırım (2)*, AYM, § 119.

⁴⁴⁴ Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.470.

⁴⁴⁵ Şahin, Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku-II**, s.297; Ünver, Hakeri, s.779. AYM'ye göre, tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunun söylenebilmesi için tutuklamaya alternatif diğer koruma tedbirlerinin yeterli olmaması gerekmektedir. Bu nedenle tutuklamaya göre temel hak ve özgürlüklere daha hafif etkisi olan adli kontrol tedbirleriyle ulaşılacak istenen meşru amaca ulaşılabiliriyorsa tutuklama tedbirine başvurulmamalıdır. Bu yönde karar için ayrıca bkz. *Halas Aslan*, AYM, § 79.

durumunda, kanuna aykırı tutuklamadan bahsedileceği için tazminatın gündeme geleceği kabul edilmektedir.⁴⁴⁶

Tutuklama kararı, soruşturma evresinde cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde ise cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya resen mahkemece verilebilecektir.⁴⁴⁷ CMK md.101/1 hükmü gereğince, bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterilmesi ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilmesi zorunludur. Bunun yanında, tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda; kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren deliller, somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmek zorundadır. Gerekçe zorunluluğu olarak ifade edilebilecek bu kurala göre, tutuklama kararı için gerekli koşulların oluşmasına rağmen bunların yeteri oranda ve açıklıkta kararlara yansıtılmaması veya basmakalıp gerekçelerle tutuklama kararları verilmesi, “*kanunda belirtilen koşullar dışında tutuklama*” anlamı taşıyacağından, bu gibi durumlarda da CMK 141/1-a kapsamında tazminatın gündeme geleceği söylenecektir.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ Yenisey, Nuhoğlu, s.490. Bazı durumlarda tutuklama yasağı söz konusu olabilir. Örneğin CMK md.100/4 hükmü gereğince, sadece adli para cezasını gerektiren suçlarda veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenen suçlar hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemeyecektir. Bunun yanında 15 yaşını doldurmamış çocuklar bakımından da üst sınırı beş yılı aşmayan suçlar bakımından tutuklama yasağı mevcuttur. Yine gaip veya kaçak sanığa güvence belgesi verilmesi durumunda tutuklama kararı verilemeyecektir. Tutuklama yasağına rağmen kişinin tutuklanmış olması hâlinde, CMK 141/1-a kapsamında tazminat hakkı gündeme gelecektir. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Özalp, s.97. CMK düzenlemelerinde, CMUK’dan farklı olarak, gıyabi tutuklamaya yer verilmemiştir. Bu nedenle kişi hakkında tutuklama kararı verilmesinin koşullarından biri kişinin huzurda bulunmasıdır. Ancak bu kural, mutlak bir kural olmayıp istisnasını kaçak sanık hakkında verilen tutuklama kararı oluşturmaktadır. CMK 248/5 hükmüne göre, kaçak kişi hakkında sulh ceza hâkimi veya mahkeme tarafından yokluğunda tutuklama kararı verilebilecektir. Bu yönde ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Öztürk, Kazancı, Güleç, s.74-76; Özbek, Doğan, Bacaksız, s.283. Şüpheli veya sanığın huzurda bulunmaması veya muhakeme şartlarının oluşmaması hâlinde de tutuklama kararı verilemeyeceğinden, buna aykırı olarak tutuklama kararı verilmesi CMK 141/1-a kapsamında tazminat nedeni olacaktır.

⁴⁴⁷ Öztürk, Kazancı, Güleç, 83-84.

⁴⁴⁸ Özalp, s.98; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.578. Bazı yazarlara göre, CMK 141’de belirtilen tazminat nedenlerinin sınırlı sayıda olması nedeniyle, tahliye taleplerinin klişe gerekçelerle reddedilmesi, tutukluluk durumlarının sürdürülmesi ve duruşmaların tutuklu işlere ait yargılamaların gerektirdiği hızla yapılmaması gibi nedenler dolayısıyla tazminat talep edilmesi mümkün değildir. Bu yönde düşünce için ayrıca bkz. Ünver, Hakeri, s.1074.

Gerekçe zorunluluğu, tutuklama bağlamında uygulamadaki dikkat çekici problemleri alanlardan biridir. Nitekim İHAM'a ve AYM'ye tutuklama kararlarına karşı yapılan bireysel başvurularda, başvuru sahiplerinin, “suçun vasıf ve mahiyeti, kuvvetli suç şüphesinin varlığı, dosyadaki delil durumu, şüphelinin kaçması ve delilleri karartma ihtimalinin bulunması” şeklindeki klişe, standart ve basmakalıp gerekçelerle tutuklama veya tutukluluğun devamına karar verilmesinden yakınmaları söz konusu probleme işaret etmektedir.

CMK 141 bağlamında açılacak tazminat davaları bakımından, klişe, standart, basmakalıp gerekçelerle tutuklama veya tutukluluğun devamı kararı verildiği iddiaları birkaç farklı tazminat nedenine dahil olabilir. Yukarıda da belirtildiği gibi gerekçe zorunluluğuna aykırılık durumu “kanunda belirtilen koşullar dışında tutuklama” anlamına geleceği için CMK 141/1-a kapsamında tazminat talep edilebileceği gibi tutuklama kararının gerekçe barındırmaması veya basmakalıp olması nedeniyle etkili bir itirazın yapılamaması nedeniyle CMK 141/1-k kapsamında ileri sürülmesinde engel bulunmamaktadır. Tüm bunların yanında basmakalıp gerekçelerle tutukluluğun devam ettirilmesi, tutuklulukta makul sürenin aşılmasına neden olabileceği için CMK 141/1-d kapsamında da tazminat talep edilebilecektir.

Tutuklama tedbiri geçici nitelikte bir tedbirdir. Geçici nitelikte olmasından kasıt tutuklama koşullarının ortadan kalkması hâlinde, tedbire derhâl son verilmesi gerektiğidir.⁴⁴⁹ Bu anlamda verilen tutuklama kararlarından sonra tutukluluk koşullarının devam edip etmediğinin incelenmesi gerekecektir. Nitekim CMK md.108 hükmü, tutuklama koşullarının devam edip etmediğinin, şüpheli veya müdafî dinlenilerek, en geç otuzar günlük sürelerle incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, belirtilen süreler içerisinde tutukluluğun incelenmemesi ya da şüpheli veya müdafinin dinlenmemesi durumunda veya koşulları ortadan kalkmış olmasına rağmen tutukluluğun devamına karar verilmesi durumunda, kanuna aykırı olarak tutukluluğun devamı gündeme geleceğinden, CMK 141/1-a kapsamında tazminatın doğacağı söylenecektir.⁴⁵⁰

Bunun yanında tutuklama tedbirine, kuvvetli suç şüphesinin yanı sıra kişilerin kaçmaları, delilleri yok etmeleri veya değiştirmelerini önlemek maksadıyla başvurulabilecekse de

⁴⁴⁹ Öztürk, Eker, Kazancı, s.93.

⁴⁵⁰ Özalp, s.99; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Bahri Öztürk (Ed.), s.578.

başlangıçtaki söz konusu tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için haklı ve yeterli görülebilir. Bu nedenle tutukluluğun devamına ilişkin verilecek kararlarda, tutuklama nedenlerinin hâlâ devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte ortaya konulması şarttır. Söz konusu gerekçeler “ilgili” ve “yeterli” görüldüğü takdirde, yargılama sürecinin özenli yürütülüp yürütülmediği de dikkate alınarak tutukluluğun devamı kararlarının haklı olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir.⁴⁵¹ Söz konusu ilkeler tutukluluğun devamı kararlarının kanuna aykırı olup olmadığı konusunda değerlendirme konusu edileceği gibi tutukluluğun makul süreyi aşıp aşmadığı konusunda da dikkate alınmalıdır

Bunun yanında azami tutukluluk süresinin aşıldığı durumların da CMK 141/1-a kapsamında tazminat nedeni olduğu söylenmelidir.⁴⁵² Zira aşağıda da izah edileceği üzere, tutuklukta geçen süreler bakımından, makul sürenin aşılması ile azami sürenin aşılması farklı durumlardır. Kanunda belirtilen azami sürelerin aşılması durumu, tutmanın kanuniliği bakımından önem arz etmekte olup azami sürelerin aşıldığı durumlarda tutuklama hukuka aykırı nitelikte olacak ve CMK 141/1-a kapsamında tazminat gündeme gelecektir.

⁴⁵¹ Mustafa Ali Balbay, AYM, § 104; Mehmet Haberal, AYM, 2012/849, 04.12.2013, § 89; Murat Narman, AYM, 2012/1137, 02.07.2013, § 63. Nitekim İHAM’a göre, tutukluluğun devam ettiği durumlarda tutuklama kararları birbirinin tekrarı niteliğinde olmamalı ve başlangıçtaki tutuklama şüphesinin zamanla artıyor olması gerekmektedir. Bunun yanında tüm bu hususların güçlü gerekçelerle ortaya konulmuş olmalıdır. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Labita/İtalya*, İHAM, 26772/95, 06.04.2000, § 152-165; *Yağcı ve Sargın/Türkiye*, İHAM, 16419/90, 08.06.1995, § 50-55; *Cahit Demirel/Türkiye*, İHAM, 18623/03, 07.07.2009, 21-28.

⁴⁵² Azami tutukluluk süreleri CMK 102 düzenlemesiyle şu şekilde ifade edilmiştir: “(1) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/18 md.) Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir. (2) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda beş yılı geçemez. (1) (3) Bu maddede öngörülen uzatma kararları, Cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanık ile müdafinin görüşleri alındıktan sonra verilir. (4) (Ek:17/10/2019-7188/18 md.) Soruşturma evresinde tutukluluk süresi, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işler bakımından altı ayı, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işler bakımından ise bir yılı geçemez. Ancak, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu olarak işlenen suçlar bakımından bu süre en çok bir yıl altı ay olup, gerekçesi gösterilerek altı ay daha uzatılabilir. (5) (Ek:17/10/2019-7188/18 md.) Bu maddede öngörülen tutukluluk süreleri, fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmamış çocuklar bakımından yarı oranında, on sekiz yaşını doldurmamış çocuklar bakımından ise dörtte üç oranında uygulanır”.

Son olarak, CMK 141/1-a hükmünde açık bir şekilde “*tutuklanan veya tutukluluğun devamına karar verilen*” ifadesine yer verilmesi nedeniyle, kişinin fiilen tutuklanmamış olması durumunda tazminatın doğmayacağı söylenebilir.

Görüldüğü üzere söz konusu tazminat nedeni, diğer tazminat nedenlerine nazaran çok daha fazla yorum gerektirmektedir.⁴⁵³ Bu durum nedeniyle, söz konusu yolun etkili bir hukuk yolu olduğunun söylenebilmesi için yoğun bir yargısal pratiğe ihtiyaç duyulacaktır.

ii. Yargısal Pratik

CMK 141/1-a kapsamında kanuna aykırı tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen kişilerin tazminat istemleri bakımından Yargıtay kararları incelenmeden önce, teorik düzenlemeye ilişkin bilgiler ışığında, tazminat nedenine bağlı olarak yargılamada araştırılacak hususun ne olduğu belirlenmelidir.

Tazminat nedenine ilişkin teorik düzenleme incelendiğinde; CMK 141/1-a kapsamında yürütülecek yargılamada araştırılacak husus, tutuklamaya veya tutukluluğun devamına karar vermenin yukarıda ifade edilen Sözleşme, Anayasa ve kanuni düzenlemelere uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğidir. Ancak yukarıda da izah edildiği üzere, söz konusu tazminat nedeni, diğer tazminat nedenlerine nazaran çok daha fazla yorum gerektirmektedir.

Bunun yanında teorik düzenlemede, kişinin tazminata hak kazanması için yalnızca bir suç soruşturması veya kovuşturması sırasında uygulanan kanuna aykırı tutuklama veya tutukluluğun devamı kararının mağduru olmuş olması yeterli görüldüğünden, kişi hakkında yürütülen yargılamanın, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar/beraat veya mahkûmiyet kararıyla sonuçlanmış olmasının bir önem taşımayacağı görülmektedir. Bu hâliyle, CMK 141/1-a düzenlemesinin, Sözleşme 5/5 düzenlemesiyle uyum içerisinde olduğu söylenebilir. Zira Sözleşme md.5/5’e göre de kişinin tazminata hak kazanabilmesi için yalnızca özgürlük ve

⁴⁵³ Korkmaz’a göre de CMK 141/1-a’da belirtilen tazminat nedenleri, diğer tazminat nedenlerine nazaran çok daha fazla yorum faaliyeti ve incelemeyi gerektirmektedir. Örneğin söz konusu tazminat nedeni bakımından incelemeyi yapacak ağır ceza mahkemesinin, tutuklama kararının ölçülü olup olmadığını, tutukluluğun devamı kararlarının yeterli gerekçeleri içerip içermediğini tespit etmesi ve buna göre tazminata hükmetmesi gerekmektedir. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Muzaffer Korkmaz, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, Ankara: Seçkin Yay., 2019, s.84.

güvenlik hakkına aykırı olarak tutulması yeterli olup kişi hakkında verilen nihai karar, bu anlamda önem taşımamaktadır.

CMK 141/1-a kapsamında yürütülecek yargılamada dikkate alınması gereken hususlar ifade edildikten sonra, konuya ilişkin Yargıtay kararları araştırıldığında, Yüksek Mahkemenin bu ilkeleri başarıyla uyguladığına ilişkin yeterli bir pratiğine rastlamanın mümkün olmadığı görülmektedir.⁴⁵⁴ CMK 141 düzenlemelerinin 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yapılan işlemler hakkında uygulama alanı kazandığı dikkate alındığında, bu kadar uzun süreye rağmen yeterli yargısal pratiğin oluşmaması söz konusu hukuk yolunun etkili olmadığını göstermektedir.

Yargıtay’ın söz konusu tazminat nedenine ilişkin yeterli bir pratiğinin oluşmamasının nedeni olarak, teorik düzenlemeye karşılık verebilecek bir uygulamanın gelişmemesi gösterilebilir. Zira CMK 141/1-a düzenlemesi, bir sulh ceza hâkimi/ağır ceza mahkemesi tarafından verilen tutuklama kararının bir başka ağır ceza mahkemesi tarafından “kanuna aykırı” olarak nitelendirilmesini gerektirmektedir. Üstelik Yargıtay’ın CMK 141/1-a yolu bakımından kesinleşme şartını esnettiği gözetildiğinde, kişi hakkında yargılama devam ederken böylesi bir tespitin yapılmasının pek de gerçekçi olmadığı açıktır.⁴⁵⁵ Uygulamanın asıl dava sonucunda verilen nihai karar ile tutuklama tedbirinin hukukiliğini birbiriyle bağlantılı olarak görmesi sorunun temelini oluşturmaktadır. Yerleşen bu anlayış nedeniyle, başvuru ancak asıl davanın sona erdiği durumlarda tutuklamanın kanuna aykırı olarak gerçekleştiği iddiasına

⁴⁵⁴ Yargıtay tarafından CMK 141/1-a ve CMK 141/1-d’de belirtilen tazminat nedenleri birlikte ele alınarak sonuca gidildiğinden tutuklulukta azami sürelerin aşıldığı iddiasıyla ilgili kararlara CMK 141/1-d bağlamında yer verilecektir. Bunun dışında tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasıyla ilgili olarak yalnızca bir Yargıtay kararına ulaşılabilmektedir. Söz konusu kararda Yargıtay tarafından, tutuklama yasağı bulunan kasten yaralama suçundan tutuklanması nedeniyle maddi ve manevi zararlar ilgili makul bir tazminata hükmedilmesi yerine yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi bozma sebebi yapılmıştır. Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D. 2014/2232 E., 2014/13556 K., 03.06.2014 T. Bunun yanında Yargıtay’a göre, kişinin CMK 141/1-a kapsamında tazminat talep edebilmesi için kişi hakkında tutuklama kararı verilen suçtan fiilen tutuklanmış olması gerekmektedir. Bu nedenle kişi hakkında yalnızca yakalama emri çıkarılması ve hatta tutuklama kararı verilmesi tazminat talebi için yeterli olmayacaktır. Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12 C.D. 2014/896 E. 2014/681 K. 27.03.2014 T.

⁴⁵⁵ Şirin’e göre de söz konusu başvuru yolunda; bir başvuru, bir ağır ceza mahkemesi tarafından verilen tutuklama kararının, kuvvetli suç şüphesi olmadan gerçekleştiği yönündeki iddiasının, başka bir ağır ceza mahkemesi tarafından tespit edilebileceği şeklinde bir varsayım bulunmakta olup bunun uygulamadaki gerçekliği tartışmaya açıktır. Nitekim yazara göre, Strazburg organlarının da belirttiği üzere, Türkiye’de bu yönde başarıya ulaşmış herhangi bir içtihat da bulunmamaktadır. Bu yönde detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Tolga Şirin, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Yönelik Önemli Gelişmeler CMK md.141 Etkili Bir Hukuk Yoludur”, **Güncel Hukuk Dergisi**, S.169, 2018, s.50.

dayanarak CMK 141 yoluna başvurmaktadır. Nitekim, aşağıda yer verileceği üzere, Yargıtay'ın CMK 141/1-e kapsamında çok sayıda pratiğinin olmasının nedeni de aslında budur.

iii. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması

Kanunlarda belirtilen koşullar dışında tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen kişilerin tazminat istemleri bakımından CMK 141/1-a'da belirtilen kanun yoluna ilişkin İHAM'ın ve AYM'nin yaklaşımları incelenmeden önce, teorik düzenleme ile konuya ilişkin yargısal pratik dikkate alınarak, söz konusu yolun tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olup olmadığı belirlenmelidir.

CMK 141/1-a düzenlemesiyle, teorik olarak, kanunlarda belirtilen koşullar dışında tutuklanan veya tutukluluğun devamına karar verilen kişilere, tutuklamanın kanuna aykırı olduğunun tespiti ile tazminat imkânı öngörülmektedir. Bu nedenle, söz konusu tazminat yolu; ancak tutuklama tedbirinin sona ermiş olduğu durumlarda, bireysel başvuru mekanizması bakımından etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilebilecektir.⁴⁵⁶ Zira kanuna aykırı tutuklama işleminin devam ettiği durumlarda, etkili bir hukuk yolu özgürlükten yoksun bırakmayı sona erdirecek nitelikte olmak zorundadır. Ancak CMK 141/1-a'da yer alan hukuk yolu, kanuna aykırı tutuklamanın söz konusu olduğu durumlarda, yalnızca tazminata imkân tanımakta, tutuklama işlemine son verecek nitelikte serbest bırakılmayı sağlamamaktadır. Bu nedenle, tutuklamanın ancak tahliye veya mahkûmiyet kararıyla sona erdiği durumlarda, CMK 141/1-a'nın etkili bir hukuk yolu niteliğinde olabileceği söylenecektir. Ancak söz konusu çıkarımın doğru olabilmesi için; CMK 141/1-a yolunun, başarıyla uygulanarak sonuçlandığını gösteren somut içtihatların olması gerekmektedir. Aksi durumda, bu yolun etkili olmadığı söylenecektir.

Bu pencereden CMK 141/1-a yolu ele alındığında; bahsi geçen hukuk yolu ile teorik olarak tazminat hakkı tanınmışsa da hakkın fiilen hayat bulduğunu gösterir yargısal pratiğin olmadığı görülmektedir. Bu nedenle, söz konusu yolun, bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olmadığı söylenmelidir. Zira bu yola başvurulduğu takdirde, ihlal iddialarının başarıyla sonuçlanacağını gösterir örnekler bulunmamaktadır. Bu nedenle, pratikte

⁴⁵⁶ Özlem Çelik Bozkurt, “Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Tutuklama Kararlarına Karşı Bireysel Başvuruda CMK 141. Maddenin Durumu”, in: **Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan**, (Ed.) Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer, Faruk Turhan, Ankara: Seçkin Yay, 2018, s.856.

etkili bir hukuk yolu olmayan bu yolun tüketilmesi beklenmemelidir. Nitekim bu çıkarımın, İHAM ve AYM cephesinde de kısmen karşılığı bulunmaktadır.

AYM'nin konuya ilişkin yaklaşımı incelenecek olursa; Mahkemenin, CMK 141/1-a yoluna ilişkin bakış açısının sürekli geliştiği görülmektedir. Örneğin AYM'nin, *Şahin Karaman*⁴⁵⁷ kararında başvuru, kuvvetli suç şüphesi olmadan tutuklama kararı verildiğinden yakınlık 07.12.2012 tarihinde AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur. Bireysel başvurudan sonra başvuru hakkında yerel mahkeme tarafından mahkûmiyet kararı verilmiş ve söz konusu karar, AYM tarafından karar verilmeden önce, 17.01.2014 tarihinde kesinleşmiştir. AYM yaptığı incelemede, tutukluluk hâli sona ermiş olan başvuru, devam eden tutukluluk hâlinde farklı olarak, tutuklama nedenlerinin bulunmadığı yönünde bir iddiayı ileri sürmesi hâlinde; iddia edilen ihlalin tespitini ve tazminat ödenmesini sağlayabilecek bir hukuk yolu mevcut ise öncelikle bu yolu tüketmesi gerekeceğini ifade etmiş ve CMK 141/1-a bendinde, kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen kişiler için tazminat talebinde bulunabilme imkânı tanındığını belirterek söz konusu yolun etkili ve tüketilmesi gerekli bir hukuk yolu olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁴⁵⁸ AYM'nin söz konusu kararında üzerinde durulması gereken birkaç farklı nokta bulunmaktadır.

Kararda dikkat çekici ilk husus, AYM tarafından, CMK 141/1-a yolunun etkililiği değerlendirilirken, bu yolun etkili olduğunu gösteren herhangi bir Yargıtay kararına atıf yapılmadığı gibi böylesi bir kararın var olup olmadığı da tartışılmamıştır. Ancak aşağıda ayrıca dikkat çekileceği üzere, AYM tarafından, CMK 141'de belirtilen diğer tazminat nedenleri bakımından söz konusu yolların etkili olup olmadığı değerlendirilirken Yargıtay kararlarına atıfla bu yolların etkili görüldüğü özellikle vurgulanmaktadır. Durum böyleyken, herhangi bir Yargıtay kararına atıf yapılmadan veya böylesi bir kararın olup olmadığı yönünde bir tartışma yürütülmeden, doğrudan, CMK 141/1-a'da belirtilen yolun etkili olduğu sonucuna ulaşılmış olması büyük bir çelişki yaratmaktadır.

⁴⁵⁷ *Şahin Karaman*, AYM, 2012/1205, 08.05.2014, § 28-36.

⁴⁵⁸ Tutuklamanın hukuki olmadığı iddialarıyla yapılan bireysel başvurularda, mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması nedeniyle CMK 141/1-a'da belirtilen hukuk yolunun bireysel başvurudan önce tüketilmesi gerektiğine ilişkin aynı yönde kararlar için ayrıca bkz. *Reşat Ertan*, AYM, 2013/5700, 15.04.2015, § 19-29; *Mehmet Emin Güneş*, AYM, 2013/5707, 16.04.2015, § 19-29; *Mecit Gümüş*, AYM, 2013/9105, 25/6/2015, § 23-32; *Ömer Köse*, AYM, 2014/12036, 16.11.2016, § 28-38.

İkinci dikkat çekici husus, AYM'nin CMK 141 yolunun etkililiğine ilişkin sonuca ulaşırken başvuru tarihi itibarıyla söz konusu yolun etkili olup olmadığını ve bu durumun, başvuru tarafından öngörülebilir nitelikte olup olmadığını hiçbir şekilde tartışma konusu etmemesidir. Oysa başvurunun yapıldığı 2012 yılı itibarıyla CMK 141/1-a yoluna ilişkin somut bir içtihat olmadığı gibi AYM tarafından da bu yolun etkili görülerek tüketilmesinin beklenildiği herhangi bir karar verilmiş değildir. AYM tarafından, başvurunun başvuru tarihi itibarıyla durumunun da gözetilmesi faydalı olurdu.

Üçüncü dikkat çekici husus, AYM'nin verdiği karardan sonra başvurunun etkili görülen hukuk yoluna, hâlâ başvuru şansının olup olmadığı yönünde bir açıklama yapılmamış olmasıdır. Ancak aşağıda da izah edileceği üzere AYM, bazı tazminat nedenleri bakımından başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla CMK 141 yoluna başvuru süresinin geçirilmiş olduğu durumlarda, başvurucuya bir kusur izafe edilemeyeceği gerekçesiyle, CMK 141 yolunun tüketilmesini aramayıp başvurunun esasını inceleyebilmektedir. Somut başvuruda, başvuru hakkındaki mahkûmiyet kararının 17.01.2014 tarihinde kesinleştiği gözetildiğinde, kararın tebliğ edilmiş olması durumunda, üç aylık dava açma süresinin geçmiş olduğu görülmektedir. Ancak AYM tarafından, başvurunun söz konusu yola başvurma şansının hâlâ olup olmadığı yönünde herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.⁴⁵⁹

Dikkat çekici son husus ise, AYM tarafından verilen kararlar, tutuklamanın hukuki olmadığı iddiaları bakımından, yalnızca hakkında mahkûmiyet kararı kesinleşmiş kimseler bakımından CMK 141/1-a'da belirtilen hukuk yolunun etkili görüldüğüdür. Bu nedenle, başvurunun tutukluluk hâli her ne kadar verilen mahkûmiyet kararıyla birlikte sona ermekteyse de CMK 141/1-a'da belirtilen yolun tüketilmesinin zorunluluğu verilen kararın kesinleşmesine bağlı tutulmuştur.

⁴⁵⁹ AYM, *Mehmet Emin Güneş* kararında da hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşen başvurunun CMK 141/1-a'da belirtilen yolu tüketmesini aramıştır. Ancak başvuru hakkında 27.01.2014 tarihinde mahkûmiyet kararı kesinleşmiş bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih olan 16.04.2015 tarihi itibarıyla 1 yıllık dava açma süresi dolmuştur. AYM, söz konusu kararıyla başvuru tarihi itibarıyla etkili olup olmadığı belirli olmayan bir hukuk yolu nedeniyle başvuruyu kabul edilebilir bulmamış ve başvurunun söz konusu yola başvurma şansının hâlâ olup olmadığı yönünde herhangi bir açıklamaya yer vermemiştir. Karar için ayrıca bkz. *Mehmet Emin Güneş*, AYM, § 19-29. Benzer yönde başvurunun söz konusu yola başvurma şansının hâlâ olup olmadığı yönünde herhangi bir açıklamaya yer verilmeyen bir diğer karar için ayrıca bkz. *Mecit Gümüş*, AYM, § 23-32.

AYM, CMK 141/1-a'ya ilişkin söz konusu içtihadını *Hüseyin Hançer*⁴⁶⁰ kararıyla, bir adım daha öteye taşımıştır. Söz konusu kararda başvuru tutuklama nedenleri olmadan ve kuvvetli suç şüphesi bulunmadan tutuklanmasından yakınmıştır. Başvurucu, hakkındaki dava ilk derece mahkemesi aşamasındayken 08.11.2013 tarihinde AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur. AYM tarafından bireysel başvurunun incelenmesinden önce, başvuru hakkında yerel mahkeme tarafından beraat kararı verilmiş ve karar temyiz edilmeyerek 19.11.2015 tarihinde kesinleşmiştir. AYM tarafından yapılan incelemede; başvurunun beraat hükmünün kesinleştiği 19.11.2015 tarihinden itibaren CMK 141/1-a'ya dayalı olarak tazminat talebinde bulunma imkânına sahip olduğu ve bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla bu yola başvurmak için gerekli olan yasal sürelerin geçmemiş olması nedeniyle etkin ve erişilebilir bir çözüm imkânı sunan hukuk yoluna başvurulmaksızın yapılan bireysel başvurunun esastan incelenemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Görüldüğü üzere, AYM tarafından söz konusu kararla, tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla, kişi hakkında beraat kararı verilerek kararın kesinleşmiş olduğu durumlarda CMK 141/1-a'da belirtilen hukuk yolunun tüketilmesi aranılmaktadır.⁴⁶¹ AYM'nin *Şahin Karaman* kararından farklı olarak, söz konusu kararında, başvurunun karar tarihi itibarıyla CMK 141 yoluna başvuru süresi itibarıyla başvurma imkânının olup olmadığını dikkate alması önemlidir. Ancak söz konusu kararda da herhangi bir Yargıtay kararına atıf yapılmaması veya benzer yöndeki bir iddiayla açılan somut bir davanın başarıya ulaştığına dair herhangi bir örneğin var olup olmadığına dair bir açıklamaya yer verilmemiş olması sorunludur. Ayrıca AYM tarafından etkililik değerlendirmesinin başvuru tarihi itibarıyla yapılmamış olması önemli bir eksikliği oluşturmaktadır.

AYM, bahsi geçen kararlarıyla, tutuklamanın hukuki olmadığı iddialarına ilişkin başvurularda, hakkındaki mahkûmiyet veya beraat kararı kesinleşmiş kimseler bakımından, CMK 141/1-a yolunu, tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmiştir. Ancak AYM'nin sonraki kararlarında bu görüşten kısmen ayrıldığı görülmektedir. AYM'nin yakın tarihli kararlarında, hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşen kimseler bakımından yaptığı

⁴⁶⁰ *Hüseyin Hançer*, AYM, 2013/8319, 07.01.2016, § 29-41.

⁴⁶¹ Bu yönde bir diğer karar için ayrıca bkz. *Mehmet Takımsu*, AYM, § 40-50.

incelemelerde, CMK 141/1-a yolunun tüketilmesi gerektiğine dair herhangi bir açıklama yapmadığı ve söz konusu iddiaları inceleyerek “açıkça dayanaktan yoksun” bulunduğu görülmektedir.⁴⁶² AYM’nin bu yöndeki yaklaşımı; CMK 141/1-a yolunun, hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşen kimseler bakımından, etkili ve tüketilmesi gerekli bir hukuk yolu olarak kabul edilmediği şeklinde yorumlanabilir. Bu durumda, AYM’nin güncel içtihadına göre, yalnızca hakkında beraat kararı kesinleşen kimseler bakımından CMK 141/1-a yolunun tüketilmesi beklenmektedir.

Ancak AYM’nin CMK 141/1-a’ya ilişkin kararlarının değişime ve gelişmeye açık olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Gerçekten de oybirliğiyle alınmayan kararlar AYM’nin yaklaşımında değişimlerin yaşanacağını habercisidir. Örneğin AYM’nin *Zafer Özer*⁴⁶³ kararında, başvuru tutuklamanın hukuki olmadığından yakılarak bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucu, soruşturma sürecinde 03.03.2017 tarihinde tahliye olmuşsa da bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla davası ilk derece mahkemesinde derdest durumdadır. Nitekim AYM tarafından başvurunun tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasıyla yaptığı başvuruda, tahliye olması nedeniyle tutukluluk durumu sona ermişse de başvurunun esasına geçilmiş ve CMK 141/1-a’da belirtilen yolun tüketilmesi, çoğunluk kararıyla, aranmamıştır.⁴⁶⁴

AYM’nin bu yöndeki yaklaşımı doğrudur ve korunmalıdır. Zira yukarıda da izah edildiği üzere; tutukluluk durumu tahliye veya mahkûmiyet/beraat kararıyla sona ermiş bir kişinin, CMK 141/1-a kapsamında açmış olduğu tazminat davasının başarıyla sonuçlandığını gösteren somut içtihatlar bulunmamaktadır. Kaldı ki söz konusu tazminat nedeni bakımından Yargıtay’ın kesinleşme şartını esnettiği de dikkate alındığında, tutukluluk durumu sona

⁴⁶² AYM’nin tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda, mahkûmiyet/hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmiş olması nedeniyle CMK 141/1-a’da belirtilen hukuk yolunun bireysel başvurudan önce tüketilmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir yorum yapmadan doğrudan açıkça dayanaktan yoksunluk gerekçesiyle başvuruları kabul edilebilir bulmadığı görülmektedir. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Eşref Turunç*, AYM, 2014/5963, 20.09.2017, § 21-29; *Feyzi İşbaşaran*, AYM, 2014/19529, 21.09.2017, § 42-49; *Mustafa İnce*, AYM, 2016/50467, 03.04.2019, § 26-52. *Besime Konca*, AYM, § 73-110.

⁴⁶³ *Zafer Özer*, AYM, 2016/65239, 09.01.2020.

⁴⁶⁴ Aynı yönde AYM tarafından, tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda, kişi hakkında beraat kararı verilmiş olmasına rağmen söz konusu kararın henüz kesinleşmemiş olması nedeniyle, CMK 141/1-a yolunun tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulunmayarak işin esasının incelendiği kararlar için ayrıca bkz. *Orhan Şahna*, AYM, 2016/50948, 09.01.2020, § 46-75.

ermesine rağmen yargılaması devam eden kişi hakkında, bir sulh ceza hâkimi/ağır ceza mahkemesi tarafından verilen tutuklama kararının başka bir ağır ceza mahkemesi tarafından, CMK 141/1-a kapsamında “kanuna aykırı” olarak nitelendirilmesinin Türkiye yargı pratiğinde gerçekliği olmadığı açıktır. Zira uygulamanın söz konusu tedbirleri asıl dava sonucunda verilecek kararlarla bütünleştirdiği bir gerçektir. Uygulamanın bu yöndeki anlayışının birkaç farklı örnekle ayrıca izah edilmesi bu sorunu somutlaştıracaktır;

- Örneğin tahliye edilmiş ancak yargılaması devam eden bir kişinin açacağı CMK 141/1-a davasında, “tutuklamanın hukuki olmadığı” iddiası tartışılmadan, asıl davanın sonucuna etki edilebileceği düşüncesiyle dava reddedilebilecektir.
- Yine hakkında mahkûmiyet kararı verilen ve yargılaması devam eden bir kişinin açacağı CMK 141/1-a davasında, “tutuklamanın hukuki olmadığı” iddiası tartışılmadan, verilen nihai karardan hareketle tutuklamanın hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.
- Tüm bu durumların yanında, hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşmiş kişinin açacağı CMK 141 davasında, “tutuklamanın hukuki olmadığı” iddiası hiçbir şekilde tartışılmadan, kesinleşen mahkûmiyet kararından hareketle, doğrudan, tutuklamanın hukuka uygun olduğu sonucuna varılabilecektir.

Tüm bu ihtimallerin ortak noktası, “tutmanın hukuki olmadığı” iddiasının başvuru yolunda tartışılma imkânının bulunmamasıdır. Bunun temel nedeni, uygulanan tedbirlerin hukuki olup olmadığının verilen nihai kararlar bir ilgisinin bulunduğu düşünülmesidir. Uygulamanın bu yöndeki gerçekliği, CMK 141/1-a yolunun gerçekten makul bir başarı şansı sunduğunu söylemeyi imkânsız kılmaktadır. Nitekim bu çıkarımların aksini gösteren somut bir içtihat bulunmaması yapılan çıkarımları desteklemektedir. Bu durum nedeniyle, tutuklama tedbiri sona erse dahi, tutmanın hukuki olup olmadığının tartışılma imkânının bulunmadığı CMK 141/1-a yolunun etkili olarak kabul edilmemesi gerekmektedir.

AYM, kararlarında benzer yönde açıklamalar yapmamaktaysa da kişinin tutukluluğun tahliye veya mahkûmiyet/beraat kararıyla sona erdiği durumlarda CMK 141/1-a yolunun tüketilmesini beklememesi, bu gerçeğin farkında olduğunu göstermektedir. Ancak benzer durumları içeren kararlarda *Yargıç Kadir Özkaya* tarafından verilen karşıoy yazıları ve söz

konusu görüşlere daha sonrasında *Yargıç Selahattin Menteş* tarafından da iştirak edilmesi⁴⁶⁵ dikkat çekici olup AYM'nin, CMK 141/1-a'ya ilişkin olarak içtihadının değişme ihtimalinin bulunduğunu göstermektedir. Bu nedenle, AYM'nin CMK 141/1-a yoluna ilişkin içtihadının titizlikle takip edilmesi oldukça önem taşımaktadır.

Sonuç olarak; söz konusu anlatımlar kısaca özetlenecek olursa, azami tutukluluk süresinin aşıldığı iddiası dışındaki⁴⁶⁶, tutuklamanın hukuki olmadığı iddialarıyla yapılacak bireysel başvurularda, AYM'nin güncel yaklaşımına göre,

- Hakkındaki beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar kesinleşmiş olan kimseler bakımından,

CMK 141/1-a yolu, etkili ve tüketilmesi gerekli bir hukuk yoludur. Bu durumlar, aynı zamanda, CMK 141 kapsamında başka bir tazminat nedeni olan, CMK 141/1-e bağlamında da tazminata konu olmaktadır. Nitekim aşağıda da detaylıca izah edileceği üzere, AYM güncel kararlarında, söz konusu durumlarda, CMK 141/1-a ve CMK 141/1-e yolunun birlikte tüketilmesi gerektiğinden bahsetmektedir.⁴⁶⁷

Ancak AYM tarafından;

- Hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşmiş olan⁴⁶⁸,

⁴⁶⁵ Sunulan karşıoy yazıları için ayrıca bkz. *Zafer Özer*, AYM; *Orhan Şahna*, AYM; *İhsan Yalçın*, AYM, 2017/8171, 09.03.2020; *İbrahim Çeliktaş*, AYM, 2016/63862, 29.01.2020; *Cihan Acar*, AYM, 2017/26110, 27.02.2020; *Harun Kobak*, AYM, 2016/60589, 27.02.2020; *A.C.*, AYM, 2016/64868, 27.02.2020; *Ali Dikici*, AYM, 2016/21928, 10.03.2020. *Yargıç Kadir Özkaya* tarafından benzer durumlarda olmasına rağmen karşıoy görüşü belirtilmeyen kararlar da mevcuttur. Bu yönde karar için ayrıca bkz. *Levent Durular*, AYM, 2016/55956, 12.02.2020.

⁴⁶⁶ AYM'nin CMK 141 bağlamında, azami tutukluluk süresinin aşıldığı iddiası ile tutukluluğun makul süreyi aştığı iddialarını birlikte ele alması nedeniyle, konuya ilişkin yaklaşımına CMK 141/1-d kapsamında yapılan açıklamalarda yer verilmiştir.

⁴⁶⁷ AYM'nin bu yöndeki yaklaşımına ilişkin detaylı açıklamalara CMK 141/1-e kapsamında yer verilecektir. Bkz. İkinci Bölüm, “*Kanuna Uygun Yakalamadan veya Tutuklamadan Sonra Kovuşturmayaya Yer Olmadığına Dair Karar veya Beraat Kararı Verilmesi*” Başlığı.

⁴⁶⁸ *Besime Konca*, AYM, § 73-110; *Feyzi İşbaşaran*, AYM, § 27-49; *Eşref Turunç*, AYM, § 21-29.

- Tutukluluğu tahliyeyle⁴⁶⁹ veya mahkûmiyet/beraat kararıyla⁴⁷⁰ sona ermesine rağmen asıl davası devam eden,

kimseler bakımından, CMK 141/1-a yolunun tüketilmesi beklenmemektedir. Gerçekten de söz konusu durumların hiçbirinde somut içtihatların olmadığı dikkate alındığında, AYM'nin bu yöndeki tutumunu koruması gerektiği söylenmelidir.

İHAM'ın konuya ilişkin yaklaşımına bakıldığında ise Mahkemenin CMK 141/1-a yoluna ilişkin görüşlerini *Lütfiye Zengin ve Diğerleri/Türkiye*⁴⁷¹ kararında ortaya koyduğu görülmektedir. Bahsi geçen kararda, başvuruçular barışçıl bir gösteriye katılmış olmaları nedeniyle haklarında kanuna aykırı gözaltı ve tutuklama kararı verildiğinden yakınmışlardır. İHAM yaptığı incelemede, tutukluluğun sona ermiş olduğu durumlarda, iddia edilen ihlalin tespiti ile tazminat imkânının sağlandığı hukuk yollarının tüketilmesi gerekeceğini ancak bunun için tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasının daha öncesinde iç hukukta doğrudan veya dolaylı olarak tespit edilmiş olması gerektiğini belirtmiştir. Somut başvuruda ise başvuruçuların tutuklamanın hukuki olmadığı iddiası iç hukukta doğrudan veya dolaylı olarak tespit edilmediği gibi tahliye taleplerinin defalarca reddedildiği Mahkeme tarafından dikkate alınmış ve başvuruçuların durumlarına benzer koşullarda, söz konusu yolun başarıyla uygulandığını gösteren herhangi bir karar sunulamaması nedeniyle, CMK 141 yolunun etkili bir hukuk yolu niteliğinde olamayacağı sonucuna ulaşılmıştır.⁴⁷²

Nitekim *Mehmet Hasan Altan*⁴⁷³ kararında da İHAM, Sözleşme md.5/5 düzenlemesi kapsamında yaptığı incelemede, kuvvetli suç şüphesinin bulunmaması nedeniyle tutuklamanın

⁴⁶⁹ Bu yönde CMK 141/1-a yolunun tüketilmesinin beklenmediği kararlar için ayrıca bkz. *İbrahim Çelikaş*, AYM, § 33-54; *Mustafa Küçükaslan*, AYM, 2016/65541, 12.02.2020, § 33-56; *Furkan Omurtag*, AYM, 2014/18179, 25.10.2017, § 69-89; *İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya*, AYM, § 48-62; *Alican Akbaba*, AYM, 2013/5046, 05.11.2015, § 32-45; *Doğan Anğay*, AYM, 2014/3178, 01.02.2017, § 29-38; *S.P.*, AYM, 2016/54768, 12.02.2020, § 33-59; *Levent Durular*, AYM, § 26-49; *Cihan Acar*, AYM, § 64-84; *Harun Kobak*, AYM, § 31-49; *A.C.*, AYM, § 56-77; *Ali Dikici*, AYM, § 35-56.

⁴⁷⁰ Bu yönde CMK 141/1-a yolunun tüketilmesinin beklenmediği kararlar için ayrıca bkz. *Selma Irmak*, AYM, § 53-98; *İhsan Yalçın*, AYM, § 40-60; *Mahmut Ersert*, AYM 2016/67048, 09.07.2020, § 43.

⁴⁷¹ *Lütfiye Zengin ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 36443/06, 14.04.2015, § 61-68.

⁴⁷² Benzer yönde sonuca varılan diğer kararlar için ayrıca bkz. *Atalay/Türkiye*, İHAM, 46428/13, 22.10.2019, § 24; *Irmak ve Ataş/Türkiye*, İHAM, 21495/10, 22.10.2019, § 27; *Epözdemir ve Beştaş Epözdemir/Türkiye*, İHAM, 49425/10, 22.10.2019, § 21; *Hakim Aydın/Türkiye*, İHAM, 4048/09, 26.05.2020, § 26-31.

⁴⁷³ *Mehmet Hasan Altan*, İHAM, § 174.

hukuki olmadığı iddiası bakımından, CMK 141 düzenlemesinin başarıyla uygulandığına dair somut bir örneğin Hükümet tarafından sunulmadığına dikkat çekmiştir.⁴⁷⁴

Görüldüğü üzere İHAM, tutuklamanın hukuki olmadığı iddiaları bakımından CMK 141/1-a yolunu, etkili ve tüketilmesi gerekli bir hukuk yolu olarak kabul etmemektedir. Gerçekten de CMK 141/1-a yoluna ilişkin somut içtihatların olmadığı göz önüne alındığında, Mahkemenin bu yöndeki tutumunun doğru olduğu ve sürdürülmesi gerektiği söylenmelidir.

Ancak yine de İHAM'ın, hakkındaki beraat kararı kesinleşen kimseler bakımından farklı bir sonuca ulaşma ihtimali olduğu da belirtilmelidir. Aşağıda CMK 141/1-e kapsamında yapılacak açıklamalarda izah edileceği üzere; İHAM, hakkındaki beraat kararı kesinleşen kimseler bakımından farklı bir yorum yapılabileceğini düşünmektedir.⁴⁷⁵ Zira Mahkemeye göre, kişinin beraat etmesi durumunda tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasının tespit edilmesi daha kolaydır.⁴⁷⁶ İHAM'ın bu sonuca, AYM'nin yaklaşımına benzer şekilde, CMK 141/1-e yoluyla birlikte CMK 141/1-a yolunu değerlendirerek ulaştığı görülmektedir. Mahkemenin bu yöndeki tutumu nedeniyle, hakkındaki beraat kararı verilen kişiler bakımından farklı bir yorum yapılabileceği unutulmamalıdır. Bunun yanında İHAM'ın, aynı yorumunu, hakkındaki kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar kesinleşen kimseler bakımından henüz yapmadığına da dikkat çekilmelidir.

Sonuç olarak; yapılan anlatımlar kısaca özetlenecek olursa, İHAM'ın güncel yaklaşımına göre, azami tutukluluk süresinin aşıldığı iddiası dışındaki⁴⁷⁷ tutuklamanın hukuki olmadığı iddialarıyla yapılacak bireysel başvurularda, CMK 141/1-a yolu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu değildir. Ancak Mahkeme tarafından, hakkındaki beraat kararı kesinleşmiş olan kimseler bakımından, CMK 141/1-a yolunun tüketilmesi beklenebilecektir.

⁴⁷⁴ Aynı yönde bir diğer karar için ayrıca bkz. *Şahin Alpay/Türkiye*, İHAM, 16538/17, 20.03.2018, § 146.

⁴⁷⁵ İHAM'ın bu yöndeki yaklaşımına ilişkin detaylı açıklamalara CMK 141/1-e kapsamında yer verilecektir. Bkz. İkinci Bölüm, “*Kanuna Uygun Yakalamadan veya Tutuklamadan Sonra Kovuşturmayaya Yer Olmadığına Dair Karar veya Beraat Kararı Verilmesi*” Başlığı.

⁴⁷⁶ *Adıgüzel ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 65126/09, 13.02.2018, § 34-39.

⁴⁷⁷ Azami tutukluluk süresinin aşılmasına ilişkin İHAM'ın yaklaşımına CMK 141/1-d kapsamında yer verilmiştir.

c. Açıkça Madde Kapsamında Belirtilmeyen Bir Hâl: “Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Gözaltına Alma”

CMK 141/1-a düzenlemesi incelendiğinde, “*kanunlarda belirtilen koşullar dışında gözaltına alınan*” kişilerin tazminat isteme hakkına sahip olduklarına dair açık bir belirlemeye yer verilmediği görülmektedir. Bu nedenle ilk bakışta, CMK 141/1-a kapsamında, kanuna aykırı gözaltı tedbirinin uygulanması nedeniyle tazminat istenemeyeceği ileri sürülebilir. Ancak Öğretide ve Yargıtay uygulamasında, kanuna aykırı gözaltı işleminin de CMK 141/1-a kapsamında tazminat nedeni olduğu kabul edilmektedir.⁴⁷⁸ Öğretide, kanuna aykırı gözaltı işleminin de madde kapsamında tazminat nedeni olarak kabul edilmesi gerektiğine dair görüş, iki nedene dayanmaktadır.

İlk neden, gözaltı tedbirinin, CMK 141/1-a kapsamında açık bir şekilde tazminat nedeni olarak gösterilen yakalama işleminden çok daha ağır nitelikte olmasıdır. Bu sebeple, yakalama işlemi nedeniyle dahi tazminat istenebileceği kabul ediliyorsa evleviyetle gözaltı işleminin de madde kapsamında olduğu kabul edilmelidir.⁴⁷⁹ Gerçekten de söz konusu düzenlemede, kanuna aykırı yakalama işlemi nedeniyle tazminat hakkı tanınırken, daha ağır nitelikte olmasına rağmen, kanuna aykırı gözaltı nedeniyle tazminat hakkının tanınmamış olmasının mantıklı bir açıklamasını bulmak mümkün değildir.

İkinci olarak ise yakalama ile gözaltı tedbirleri CMK sistematigi içerisinde ayrı ayrı düzenlenen koruma tedbirleriyse de bu tedbirler, birbirinden kolaylıkla ayrılamayan ve birbirlerinin devamı niteliğinde uygulanagelen tedbirlerdir. Nitekim uygulamada yakalanan kişi, yakalama işleminden çok kısa süre sonra gözaltına alınmakta ve ancak gözaltı tedbirinin uygulanmasından sonra serbest bırakılmakta veya tutuklanmaktadır. Bu durum nedeniyle de kanuna aykırı yakalama da olduğu gibi gözaltı işlemi nedeniyle de tazminat hakkının bulunduğu söylenmelidir.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ Günay, s.64; Mehmet Taştan, *Açıklamalı İçtihatlı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları*, Ankara: Adalet Yay., 2019, s.32-33.

⁴⁷⁹ Korkmaz, s.84.

⁴⁸⁰ *Özalp*’a göre, her ne kadar CMK 141/1-a düzenlemesinde gözaltına yer verilmemişse de gözaltı tedbirinin, yakalamanın sonucu ve tutuklamanın ön aşaması olmasından dolayı, kıyasen kanuna aykırı gözaltı tedbirinin de madde kapsamında tazminat nedeni olduğu kabul edilmelidir. Görüş için ayrıca bkz. *Özalp*, s.102.

Yargıtay tarafından verilen kararlarda ise gözaltı tedbirinin madde kapsamında açıkça yer almamasına karşın, neden tazminat nedeni olarak kabul edildiğine ilişkin bir açıklamaya rastlamak mümkün değildir. Bu nedenle Yargıtay'ın bu sonuca ulaşırken gerekçesinin ne olduğu belirsizdir.

Öğretide yapılan yorumlar ile Yargıtay'ın uygulaması, CMK 141/1-a'nın kapsamını hak ve özgürlükler lehine genişlettiği için olumlu ve doğrudur.⁴⁸¹ Nitekim yapılan bu yorumlar vasıtasıyla CMK 141 yolu, teorik olarak, Sözleşme md.5/5 ve Anayasa md.19'a uygunluk kazanmaktadır. Ancak Öğretide ve Yargıtay uygulamasında bir yandan CMK 141 yolunun sınırlayıcı nitelikte olduğu, bu nedenle, yorum/kıyas yoluyla tazminat nedenlerinin genişletilemeyeceği savunulmaktayken bir yandan da yorum yoluyla CMK 141/1-a'nın kapsamına “kanuna aykırı gözaltı” işleminin de alınması açık bir çelişkiye neden olmaktadır.⁴⁸² Bu nedenle, öncelikle CMK 141 düzenlemelerinin sınırlayıcı nitelikte olup olmadığının ve bu doğrultuda, yorum veya kıyas yapılmasının mümkün olup olmadığının belirlenmesinde fayda bulunmaktadır.

Kanunlarla ortaya konulan belirlemelerin soyut ve genel nitelikte oldukları şüphesizdir. Üstelik kanunlarda yer verilen kelimelerin yeteri titizlikle seçilmediği ve bu nedenle de karmaşaların yaşandığı açıktır.⁴⁸³ Bu doğrultuda; genel ve soyut nitelikte olan normlar, somut olaylarda uygulanırken yorum veya kıyas faaliyetlerine başvurulmasında fayda bulunmaktadır. Nitekim CMK 141 düzenlemesinin bu kapsamda yorum veya kıyas yoluyla somut olaylarda uygulama alanı bulmasında bir engelin bulunmadığı hatta bazı durumlarda, yorum veya kıyas yoluna başvurulmasında zorunluluk doğacağı belirtilmelidir. Zira Ceza Muhakemesi Kurumu olarak CMK'da varlık kazanan söz konusu hüküm için bunu yasaklayan bir düzenleme

⁴⁸¹ Öğretide, CMK 141/1-a kapsamında ayrıca ve açıkça belirtilmeyen, kanuna aykırı gözaltı işlemi nedeniyle tazminat talep edilemeyeceği yönünde düşünceler de bulunmaktadır. Bu yönde düşünce için ayrıca bkz. Koç, s.202.

⁴⁸² Öğretide CMK 141 yolunun tahdidi nitelikte tazminat nedenlerini belirlediği kabul edilmektedir. Bu yönde düşünen yazarlar için ayrıca bkz. Ünver, Hakeri, s.1071-1074; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.576; Günay, s.63; Hamide Zafer, “*Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Mağdurlarının Tazminat Hakkı*”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9, S.2, s.78-79; Hüsnü Aldemir, **Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri Yakalama Gözaltına Alma Tutuklama ve Adli Kontrol**, Ankara: Adalet Yay., 2018, s.344; Gürsel Yalvaç, “*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları*”, **CHKD**, C.3, S.2, 2015, s.270; Epözdemir, s.16. Nitekim Yargıtay'da CMK 141'e konu tazminat nedenlerinin tahdidi olarak sıralandığını ifade etmektedir. Bu yönde karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D. 2017/5097 E., 2018/1010 K., 05.02.2018 T.

⁴⁸³ Centel, Zafer, s.44.

bulunmadığı gibi, CMK 141 düzenlemesi, bazı somut olaylara uygulanırken genel ve soyut nitelikte kalmaktadır. Bu nedenle, CMK 141 düzenlemesinin anlamını ve kapsamını belirlemek adına yorum yapılması veya boşluk bulunan durumlarda kıyas yapılması mümkündür.⁴⁸⁴

Bu kapsamda CMK 141 düzenlemesiyle ilgili olarak yorum yapılırken CMK 141’in lafzıyla yetinilmemeli; söz konusu düzenlemenin, koruma tedbirlerinden hemen sonra gelerek “*koruma tedbirleri nedeniyle tazminat*” başlığı altında CMK’da yer bulduğu ve esasen, koruma tedbirleriyle meydana gelen haksızlıkların giderilmesini amaçladığı gözetilmelidir. Bunun yanında mantık kuralları, hukukun genel ilkeleri ve karşılaştırmalı hukuktan da yararlanılarak CMK 141 düzenlemesinin yorumlanması, yaşanan sorunların aşılmasında yarar sağlayacaktır.

Yapılan tüm bu açıklamalardan hareketle; her ne kadar madde kapsamında lafzi olarak CMK 141/1-a kapsamında kanuna aykırı gözaltı işlemi yer almamaktaysa da CMK 141 düzenlemesinin, koruma tedbirleriyle meydana gelen haksızlıkları onarma amacı ve ilgili düzenlemenin kenar başlığı, yasada koruma tedbirlerinden hemen sonra yer aldığı gözetilerek “*kanuna aykırı gözaltı*” tedbiri nedeniyle de tazminat istenebileceği kabul edilmelidir. Üstelik yakalama için tazminat talebi kabul edilirken yakalamadan daha ağır nitelikte olan gözaltı tedbiri için tazminat talep edilemeyeceğinin söylenmesi mantık kurallarına aykırıdır. Bu kapsamda diğer yorum araçları da kullanıldığında aynı sonuca ulaşılmaktadır. Sonuç olarak; yorum yoluyla, CMK 141/1-a’nın kapsamı içerisinde “kanuna aykırı gözaltı” işleminin de bulunduğu söylenmelidir.

Bu çıkarımın bireysel başvuru mekanizması bakımından da oldukça önem arz ettiği belirtilmelidir. Zira CMK 141 düzenlemesine, yorum yoluyla, “kanuna aykırı gözaltı” işlemi nedeniyle de tazminat talep edilebileceğinin eklenmesi; yapılacak bireysel başvurularda öngörülen hukuk yolunun yeterli oranda ulaşılabilir olup olmadığı sorusunu beraberinde

⁴⁸⁴ Yorum, hukuk kurallarının anlamı ve kapsamının belirlenerek somut olaylara uygulanması için yürütülmesi gerekli olan zihni faaliyettir. Kıyas ise yorumdan farklı olarak, yasada boşluk bulunan durumların doldurulması faaliyeti olarak tanımlanabilir. Ceza Muhakemesi Hukukunda, kural olarak kıyas serbest olup sınırlayıcı veya istisnai hükümlerin söz konusu olduğu durumlarda kıyasın yapılamayacağı kabul edilmektedir. Ceza Muhakemesi Hukukunda kıyas ve yorumun yeri, yorum yöntem ve çeşitleri ile yorum araçlarına ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Centel, Zafer, s.44-56; Şahin, Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, s.44-45; Özer, Özbek Bacaksız, s.86-92; Yenisey, Nuhoğlu, s.104-105; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.37-39.

getirecektir. Bu durumda, başvuru bakımından hukuk yolunun yeterli oranda ulaşılabilir olduğunun yargı kararlarıyla alenilik kazandığı tarihler esas alınarak belirlenmesi faydalı olacaktır. Bu doğrultuda da Yargıtay kararları esas alınarak hukuk yolunun alenilik kazandığı dönemin belirlenmesi ve buna göre, hukuk yolunun etkililiğın değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Bu belirlemelerden sonra, CMK 141/1-a kapsamında lafzi olarak açıkça belirtilmeyen tazminat nedenine daha yakından bakılabilir.

i. Teori

Sözleşme, Anayasa veya kanuna aykırı gözaltı işleminin mağduru olan herkes, CMK 141/1-a kapsamında tazminat talep edebilir. Suç şüphelisinin tutulmasına ilişkin Sözleşme'nin 5/1-c düzenlemesinde yer alan koşullar, yakalama ve tutuklama tedbirlerinde olduğu gibi, gözaltı işlemi için de aranacaktır. Bu nedenle Sözleşme'de belirtilen koşullara aykırı olarak, örneğın makul şüphe oluşmadan gözaltına alma veya suç işlenmesinin önlenmesi ya da kaçırmaya engel olma amacı dışında başkaca bir nedenle (cezalandırma veya bilgi alma amaçlı vs.) gözaltı tedbirine başvurulması durumunda, CMK 141/1-a kapsamında tazminat hakkının doğacağı söylenebilir.

Gözaltı tedbirinin koşullarına ilişkin Anayasa'da bir belirleme yapılmadığı bunun kanuni düzenlemelere bırakıldığı görülmektedir. Gözaltı tedbirine ilişkin koşullar, CMK md.91'de düzenlenmiş olup bu düzenlemeye göre; gözaltı tedbirine ancak soruşturma yönünden zorunlu olması ve kişinin bir suçu işlediğı şüphesini gösteren somut delillerin varlığına bağılı olarak başvurulabilecektir. Suç şüphesi yönünden yapılan bu belirleme, Sözleşme'de belirtilen makul suç şüphesiyle uyum içerisinde yorumlanabilir. Gerekli suç şüphesinin oluşmamasına rağmen gözaltı işleminin uygulanması durumunda, CMK 141/1-a kapsamında tazminat hakkının gündeme geleceğı söylenebilecektir.

Gözaltı tedbirine, kural olarak, cumhuriyet savcısı karar vermektedir. Ancak CMK 91/4'e eklenen düzenlemelere göre; mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından, katalog suçlar bakımından, suçüstü durumuyla sınırlı olarak gözaltı kararı verilebilecektir. Bu düzenlemelerin yerindeliğı ayrı bir tartışma olmakla birlikte⁴⁸⁵; bu düzenlemelere aykırı gözaltı

⁴⁸⁵ Düzenlemenin ceza muhakemesi sistemini bozması nedeniyle yöneltilen eleştiriler için ayrıca bkz. Ünver, Hakeri, s.725-726.

işleminin, kanuna aykırı gözaltı anlamını taşıması nedeniyle, CMK 141/1-a kapsamında tazminata konu olacağı söylenebilecektir.

CMK 141/1-a kapsamında gözaltı tedbirinin lafzi olarak açıkça belirtilmemesi nedeniyle, kişi hakkında yalnızca kanuna aykırı gözaltı kararının verilmiş olmasının tazminatı gerektirip gerektirmeyeceği belirsizdir. Ancak yine de Yargıtay uygulamasında, CMK 141/1-a kapsamındaki tazminat nedenleri bakımından, tedbirlerin infaz edilmiş olmasının aranıldığı göz önüne alındığında, aynı durumun gözaltı tedbiri için de geçerli olduğu söylenebilir. Bu nedenle kanuna aykırı gözaltı kararının infaz edilmediği durumlarda, CMK 141/1-a kapsamında tazminat talep edilemeyecektir. Ancak bu durum, ileride izah edileceği üzere, CMK 141/3 kapsamında hâkim ve savcıların karar veya işlemleri nedeniyle tazminat talep edilmesine engel değildir.

ii. Yargısal Pratik

Yargıtay uygulamasında; CMK 141/1-a kapsamında, kanuna aykırı gözaltı nedeniyle tazminat istenebileceği kabul edilmektedir.⁴⁸⁶ Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları incelendiğinde; örneğin Mahkeme'nin, düşme kararı verilen dava dosyasında geri alınmayan yakalama emri nedeniyle, yakalanan ve ardından gözaltına alınan kişi hakkında, kanuna aykırı yakalama ve gözaltı işleminin mağduru olunması nedeniyle tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna ulaştığı görülmektedir.⁴⁸⁷ Ancak Yüksek Mahkemenin kararlarında gerekli suç şüphesi oluşmadan ya da diğer kanuni şartlar oluşmadan gözaltı kararı verildiği iddiasıyla açılmış tazminat davalarının, başarıyla sonuçlanmış olduğuna dair örneklerle rastlamak mümkün görünmemektedir. Bu sorunlu alanın, etkililik değerlendirilmesinde titizlikle ele alınması önem arz etmektedir.

⁴⁸⁶ Yargıtay 12. C. D. 2011/11174 E., 2012/19536 K., 24.09.2012 T.

⁴⁸⁷ Yargıtay 12. C.D. 2014/10103 E., 2015/1839 K., 03.02.2015 T. Yargıtay'ın diğer bir kararında ise çıkarılan kırmızı bülten nedeniyle Fransa'da yakalanan ve ardından gözaltına alınan kişinin, daha sonra isim benzerliği nedeniyle yakalandığının anlaşılacak serbest bırakılması üzerine açılan tazminat davasında; Fransa'da gözaltına alınıp alınmadığı, gözaltına alınmış olması hâlinde hangi tarihler arasında gözaltında kaldığı, gözaltı işleminin adli makamların mı yoksa idari makamların mı hatasından kaynaklandığı tespit edilerek, davacının tazminat talebinin 5271 Sayılı CMK'nın 141 ve devamı maddelerinde düzenlenen koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davasının şartlarını taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi bozma sebebi yapılmıştır. Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D. 2019/2811 E., 2019/6078 K., 13.05.2019 T.

Bunun yanında Yargıtay’a göre madde kapsamında tazminat talep edilebilmesi için kişinin fiilen gözaltına alınmış olması gerekmektedir. Mahkeme bu nedenle, polis memurlarınca aranarak ifadeye çağrılan kişinin kendiliğinden ifadeye gitmesi ve ifadesinin alınmasından sonra serbest bırakılması durumunda, herhangi bir gözaltı işleminden bahsedilemeyeceği için tazminat talep edilemeyeceğini kabul etmektedir.⁴⁸⁸

iii. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması

Kanunlarda belirtilen koşullar dışında gözaltına alınan kişilerin tazminat istemleri bakımından CMK 141/1-a’da belirtilen kanun yoluna ilişkin İHAM’ın ve AYM’nin yaklaşımları incelenmeden önce, söz konusu yolun tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olup olmadığı belirlenmelidir.

CMK 141/1-a düzenlemesiyle, kanunlarda belirtilen koşullar dışında gözaltına alınan kişilere, lafzi olarak açık bir şekilde ihlalin tespiti ile tazminat imkânı öngörülmemektedir. Ancak Yargıtay tarafından, kanuna aykırı gözaltı işleminin de madde kapsamında tazminat nedeni olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, söz konusu hukuk yolunun bireysel başvuru mekanizması bakımından etkili bir hukuk yolu olup olmadığı değerlendirilirken; Yargıtay kararlarının alenileştiği tarihlerin esas alınarak belirleme yapılması, “ulaşılabilirlik” kriterine uygunluk bakımından daha doğru olacaktır.

Bunun yanında, öngörülen bu imkânın ancak gözaltı tedbirinin sona ermiş olduğu durumlarda etkili olabileceği belirtilmelidir. Zira kanuna aykırı gözaltı işleminin devam ettiği durumda, etkili bir hukuk yolu özgürlükten yoksun bırakılmayı ortadan kaldıracak nitelikte olmak zorundadır. Ancak Yargıtay kararlarıyla belirginlik kazanan tazminat yolu, kanuna aykırı gözaltının söz konusu olduğu durumlarda, yalnızca tazminata imkân tanımakta gözaltı işlemine son verecek nitelikte serbest bırakılmayı sağlamamaktadır. Bu nedenle gözaltının, serbest bırakılma veya tutuklama işlemiyle sona ermesi durumunda, CMK 141/1-a’nın etkili bir hukuk yolu niteliğinde olabileceği söylenmelidir. Ancak söz konusu çıkarımın doğru olabilmesi için tazminat yolunun başarıyla uygulanarak sonuçlandığını gösteren somut içtihatların bulunması gerekecektir.

⁴⁸⁸ Yargıtay 12. C.D. 2014/12891 E., 2015/2694 K., 16.02.2015 T.

AYM'nin konuya ilişkin yaklaşımına bakıldığında; Mahkeme, gözaltı tedbirinin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda, başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl dava sonuçlanmamış da olsa, CMK 141 yolunu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmektedir.⁴⁸⁹ Mahkemenin bu sonuca varırken konuya ilişkin görüşlerini ortaya koyduğu iki önemli kararı bulunmaktadır.

Söz konusu kararlardan biri olan *İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya*⁴⁹⁰ kararında, AYM, Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 01.10.2012 tarihli ve E.2012/21752, K.2012/20353 sayılı kararına atıfla, yakalama veya gözaltı işlemlerinin hukuka aykırı olması hâlinde asıl davanın sonuçlanması beklenmeden CMK 141'e göre tazminat talep edilmesinin mümkün olduğunu, bir suç isnadıyla yakalanıp gözaltına alınan ve daha sonra tutuklanan kişinin, yakalanmasının veya gözaltına alınmasının hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yaptığı bireysel başvuruda ihlal sonucunun kişisel durumuna bir etkisi olmaması, bu tespitin tutuklu kişinin serbest kalmasına tek başına imkân vermemesi gerekçeleriyle CMK 141 yolunun tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olduğu sonucuna ulaşmıştır. Söz konusu kararda önemli olan husus, AYM'nin CMK 141 yolunun etkililiğini değerlendirirken bahsi geçen Yargıtay kararından hareketle sonuca varmış olmasıdır.

⁴⁸⁹ Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Neslihan Aksakal*, AYM, 2016/42456, 26.12.2017, § 30-38; *Mehmet Hasan Altan (2)*, § 2016/23672, 11.01.2018, § 84-93; *Mehmet Özdemir*, AYM, 2017/37283, 29.11.2018, § 52-59; *Salih Sönmez*, AYM, 2016/25431, 28.11.2018, § 83-90; *Ahmet Karakaş*, AYM, 2017/6293, 28.11.2018, § 37-43; *Mustafa Demirhan*, AYM, 2014/16855, 12.12.2018, § 30-34; *Mustafa Ünal*, AYM, 2017/21149, 28.11.2018, § 37-43; *Mehmet Bilal Çolak*, AYM, 2017/25971, 30.10.2018, § 35-41 ; *Arif İbiş*, AYM, 2014/16836, 12.12.2018, § 30-34; *Ayşenur Parıldak*, AYM, 2017/15375, 28.11.2018, § 36-39; *Bayram Kaya*, AYM, § 69-72; *Vahit Yazgan*, AYM, 2016/65902, 15.11.2018, § 33-41; *Recep Gültepe*, AYM, 2015/16737, 10.01.2019, § 32-34; *Yalçın Kaplan*, AYM, 2016/3927, 19.02.2019, § 29-35; *Erdem Doğan*, AYM, 2017/25955, 07.03.2019, § 36-38; *Şener Gülmedi*, AYM, 2016/48072, 18.04.2019, § 36-41; *Resül Kılıçaslan*, AYM, 2016/43840, 28.05.2019, § 34-41; *Ahmet Hüseyin Altan*, AYM, 2016/23668, 03.05.2019, § 65-73; *İlker Deniz Yücel*, AYM, 2017/16589, 28.05.2019, § 50-59; *Metin Güneş*, AYM, 2017/23083, 28.05.2019, § 36-41; *Vedat Demir*, AYM, 2017/7295, 29.05.2019, § 32-35; *Uğur Gürses*, AYM, 2016/16201, 03.07.2019, § 45-50; *Ahmet Karadavut*, AYM, 2016/67813, 18.07.2019, § 60-67; *A.B.*, AYM, 2016/22702, 31.10.2019, § 63-66; *Yavuz Korucu*, AYM, 2017/2324, 27.11.2019, § 23-25; *Mehmet Eren Ovayolu*, AYM, 2017/36232, 10.12.2019, § 25-27; *Osman Berk*, AYM, 2017/12608, 11.12.2019, § 33-36; *Yavuz Güllü*, AYM, 2017/5933, 09.01.2020, § 31-33; *Emre Ayhan*, AYM, 2016/80704, 13.02.2020, § 61-66; *Şevki Metin Aydın*, AYM, 2017/14372, 26.02.2020, § 44-47; *Şenol Coşkun*, AYM, 2017/10093, 11.03.2020, § 49-52; *Mehmet Yıldız*, AYM, 2017/10645, 04.05.2020, § 41-43; *M.T.*, AYM, 2018/10424, 04.06.2020, § 73-76; *A.K.*, AYM, 2016/16171, 18.06.2020, § 34-40; *Harun Erdoğan*, AYM, 2017/27588, 22.07.2020, § 36-39.

⁴⁹⁰ *İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya*, AYM, § 34-47.

AYM'nin konu bağlamında önem arz eden bir diğer kararı ise *Günay Dağ ve diğerleri*⁴⁹¹ kararıdır. Söz konusu kararda AYM, aynı gerekçelerle ve bahsi geçen Yargıtay kararına atıfla aynı sonuca ulaşmıştır. AYM'nin ulaştığı sonuca dayanak kıldığı Yargıtay kararı gerçekten de kanuna aykırı gözetli nedeniyle tazminat verilmesi gerektiğine ilişkindir. Ancak burada asıl üzerinde durulması gereken konu, söz konusu içtihadın tek başına bu yolun etkili olduğunu gösterebilecek nitelikte olup olmadığıyla ilgilidir.

Üstelik AYM tarafından atıf yapılan Yargıtay kararına konu olayda, cumhuriyet savcısının gözetli emri olmaksızın kanuna aykırı şekilde gözetli altına alındıkları ve bir gün gözetli altında kaldıkları nedeniyle tazminat talebinde bulunulmuştur. Ancak bahsi geçen AYM kararlarının ilkinde başvuru, çağrı üzerine ifadelerinin alınması mümkün iken gereksiz ve hukuka aykırı olarak gözetli altına alındıklarından yakınmış; diğer kararda ise, avukat olmaları nedeniyle ifadelerinin yalnızca cumhuriyet başsavcılığı tarafından alınabilecekken haklarında gözetli kararı verildiğinden bahisle bireysel başvuruda bulunulmuştur. Görüldüğü üzere, AYM tarafından atıf yapılan Yargıtay kararına konu olayla, bireysel başvurulara konu olaylar aynı veya benzer nitelik taşımamaktadır. Bu durum AYM'nin etkililik değerlendirmesinde dikkate aldığı içtihatların nitelikleri itibarıyla da sorunlu olduğunu göstermektedir.⁴⁹² Mahkemenin bu konuda dikkate alacağı kararların bireysel başvurulara konu olaylarla birebir aynı nitelikte olması beklenmeyecekse de en azından benzer nitelikteki içtihatlardan hareketle sonuca ulaşması daha isabetli olacaktır.

Nitekim AYM'nin *Zeki Bingöl (2)*⁴⁹³ kararında, başvuru, kanuna aykırı yakalama ve gözetli iddiasıyla yaptığı bireysel başvuruda, Mahkeme tarafından referans alınan Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 15.05.2012 tarihli ve E.2011/20114, K.2012/12183 sayılı kararı ile CMK 141 yolunun etkili olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Oysa Yargıtay'ın söz konusu kararı yakından incelendiğinde, davanın en kısa sürede hâkim huzuruna çıkarılmama iddiasına dayalı olarak açılan bir tazminat davası olduğu görülmektedir. AYM'nin gözetlinin hukuki olmadığı iddiasını

⁴⁹¹ *Günay Dağ ve diğerleri*, AYM, 2013/1631, 17.12.2015, § 141-150.

⁴⁹² Nitekim *Günay Dağ ve Diğerleri* kararının karşı oy yazılarında, bu bağlamda, CMK 141 yolunun etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilemeyeceğine dikkat çekilmektedir. Karşıoy yazıları için ayrıca bkz. *Günay Dağ ve Diğerleri*, AYM.

⁴⁹³ *Zeki Bingöl (2)*, AYM, 2013/6576, 18.11.2015, § 52-62

değerlendirirken, yalnızca Yargıtay'ın söz konusu kararının içerisinde kesinleşme şartının esnetildiğine dair yer alan bir belirlemeden hareketle sonuca ulaşması oldukça problemlidir.

Son olarak; AYM, söz konusu tazminat nedeni bakımından da etkililik değerlendirmesi yaparken bireysel başvuru tarihini esas alarak sonuca varmakta ve bireysel başvurunun karara bağlandığı tarihi itibarıyla, başvurunun CMK 141 yoluna başvurma imkânının olup olmadığını tutarlı bir şekilde araştırmamaktadır.⁴⁹⁴

İHAM ise konuya ilişkin yaklaşımını *Mehmet Hasan Altan*⁴⁹⁵ kararında ortaya koymuş ve gözaltının hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak, CMK 141/1-a ve CMK 91/5 düzenlemeleri ile iki hukuk yolun sunulduğunu ancak başvurunun yalnızca CMK 91/5'de belirtilen hukuk yolunu tükettiğini dikkate alarak başvuruyu kabul edilebilir bulmamıştır. İHAM bu sonuca ulaşırken, AYM'nin konuya ilişkin yaklaşımına dikkat çekmiş ve bundan hareketle CMK 141/1-a yolunu etkili bir hukuk yolu olarak görmüştür.⁴⁹⁶ İHAM'ın hukuk yolunun etkili olup olmadığını değerlendirirken somut içtihat tartışması yürütmeden, doğrudan, AYM'nin konuya ilişkin yaklaşımından hareketle sonuca ulaşmış olması problemlidir.

Bunun yanında her iki mahkeme tarafından da kanuna aykırı gözaltı iddiası bakımından, tazminat düzenlemesinin yeterli oranda ulaşılabilir olup olmadığı veya hangi tarih itibarıyla ulaşılabilir nitelikte olduğu tartışılmamaktadır. Özellikle somut içtihatlar ile bunların alenileştiği tarihler üzerinden bir tartışma yürütülmeden sonuca ulaşılmasının önemli bir eksikliği oluşturduğu söylenmelidir. Buna rağmen mahkemelerin bakış açılarını değiştirebileceklerine dair ufukta herhangi bir emare bulunmamaktadır.

⁴⁹⁴ AYM'nin konuya ilişkin yaklaşımı tutarsızdır. Örneğin *Özgür Çarpanalı* kararında, başvuru hakkında verilen kararın 02.12.2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edildiği belirtilmiş ancak kararın kesinleşip kesinleşmediği hakkında bir açıklamaya yer verilmemiştir. Kararın kesinleşmiş olması durumunda, bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih olan 07.02.2019 tarihi itibarıyla başvurunun CMK 141 yoluna başvurma şansının olmadığı görülmektedir. Ancak AYM'nin *Emre Soncan* kararı incelendiğinde ise Mahkemenin, başvuru hakkındaki mahkûmiyet hükmünün 16.03.2019 tarihinde kesinleştiğini dikkate aldığı ve bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla tazminat talebinde bulunması için öngörülen dava açma süresi geçmiş olduğu için başvurunun esasını incelediği görülmektedir. Kararlar için ayrıca bkz *Özgür Çarpanalı*, AYM, 2015/20368, 07.02.2019; *Emre Soncan*, AYM, 2016/73490, 11.03.2020.

⁴⁹⁵ *Mehmet Hasan Altan*, İHAM, § 96-104.

⁴⁹⁶ Aynı sonuca varılan diğer kararlar için ayrıca bkz. *Selahattin Demirtaş (No.2) /Türkiye*, İHAM, § 125-130; *Alparslan Altan/Türkiye*, İHAM, § 76-80.

Dikkat çekilmesinde fayda bulunan bir diğer durum; Mahkemelerin bu yöndeki yaklaşımlarının, AYM'nin gözaltı ve yakalama tedbirine ilişkin içtihadına olan etkisidir. Gerçekten de mahkemelerin bahsi geçen kararlarının üzerinden yıllar geçmesine rağmen henüz uygulamada, yakalama veya gözaltı tedbirinin hukuki olmadığı iddialarıyla, CMK 141/1-a kapsamında tazminat davaları açılmamaktadır. Bunun doğal sonucu olarak, söz konusu iddialar CMK 141 yolu tüketilerek AYM önüne taşınmadığı için AYM içtihadı gelişim sergileyememektedir. Yakalama ve gözaltı tedbirlerine uygulamada haksız olarak sıklıkla başvurulmasına rağmen bu konuda yol gösterici nitelikte olacak AYM tespitleri, söz konusu problemlili alanlar nedeniyle belirginlik kazanamamaktadır.

Sonuç olarak; Mahkemelerin konuya ilişkin problemlili yaklaşımları bir kenara bırakıldığında, söz konusu anlatımlar kısaca özetlenecek olursa, İHAM'ın ve AYM'nin güncel yaklaşımlarına göre, gözaltı tedbirinin hukuki olmadığı iddiasıyla yapılacak bireysel başvurularda, başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl dava sonuçlanmamış da olsa, CMK 141/1-a yolu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu niteliğindedir.

2. Kanuni Gözaltı Süresi İçinde Hâkim Önüne Çıkarılmama (CMK 141/1-b)

a. Teori

CMK 141/1-b hükmünde, “*kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan*” kimselerin tazminat hakkına sahip oldukları ifade edilmektedir. Madde kapsamındaki tazminat nedeninin doğru bir şekilde anlaşılması için iki soruya yanıt aranılmalıdır. Bunlar; kanuni gözaltı süresinin Sözleşme, Anayasa ve kanuni düzenlemelerde ne kadar olduğu ile bu sürelerle uygunluğun sağlanıp sağlanmadığı noktasında değerlendirme yapılabilmesi için, sürelerin başlangıç ve bitiş anının ne zaman olduğudur.

İlk soruya yanıt aranılacak olursa; Sözleşme'nin 5/3 düzenlemesine göre, suç şüphesiyle yakalanan veya tutulan herkes, “derhâl” bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılmak zorunludur.⁴⁹⁷ Söz konusu Sözleşme

⁴⁹⁷ Derhâl hâkim önüne çıkartılma hakkı olarak ifade edilebilecek bu hak ile yakalanan veya tutulan kimselerin, yargısal denetim vasıtasıyla, kötü muamelelere karşı korunması amaçlanmaktadır. Bunun yanında bu hakkın zihinsel engelliler veya yabancı kişiler gibi dezavantajlı grupların korunmasını sağladığı da söylenebilir. Yapılacak yargısal denetim “derhâl” ve “otomatik” olarak gerçekleştirilmelidir. Hakka ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları**

hükmü kapsamında açıkça veya azami bir gözaltı süresi belirlenmemiş olup yalnızca “derhâl” ifadesine yer verilmiştir. Bu nedenle hâkim önüne çıkarılmanın süresini belirleyen “derhâl” ifadesi, İHAM’ın içtihatları doğrultusunda, her somut olayın kendine has özellikleriyle belirginleşmektedir. Nitekim İHAM’a göre, “derhâl” ifadesi yorumlanırken sınırlı bir esneklikle hareket edilmelidir.⁴⁹⁸ Örneğin Mahkeme, olağan dönemde 4 gün 6 saatlik gözaltı süresini “derhâl” düzenlemesine aykırı bulmuşken⁴⁹⁹; olağanüstü dönemlerde gözaltı süresinin 7 güne kadar uzatılmasını Sözleşme’ye aykırı görmemiştir.⁵⁰⁰ Bu nedenle Mahkeme tarafından sürenin tespitinde, her bir somut olayın koşulları gözetilerek, olağan ve olağanüstü dönemler yönünde bir ayrımla belirleme yapıldığı söylenebilir.⁵⁰¹

Sözleşme’de bu konuda açık bir belirleme bulunmasa da Sözleşme düzenlemesinin karşılığını oluşturan Anayasa md.19/5’te bu konuda net bir belirleme yapılmıştır. Söz konusu

Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1, s.395-398; Şirin, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1, s.167-174.

⁴⁹⁸ *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, İHAM, § 62.

⁴⁹⁹ *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, İHAM, § 62.

⁵⁰⁰ *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, İHAM, 14553/89, 26.05.1993,

⁵⁰¹ Örneğin İHAM, *De Jong, Baljet ve Van Den Brink/Hollanda* kararında, olağan dönemde asker başvuruçuların 7, 11 ve 16 günlük gözaltı sürelerini Sözleşme’ye aykırı bulmuştur. Karar için ayrıca bkz. *De Jong, Baljet ve Van Den Brink/Hollanda*, § 45-54. Bu anlamda olağan dönem içerisinde başvuruçuların asker olup olmadığının bir önem arz etmediği söylenebilir. Bunun yanında Mahkeme, olağan dönemlere ilişkin içtihatlarında özellikle terör suçlarının isnat edildiği soruşturmalarda, yetkililerin bazı zorluklarla karşılaşabileceklerini ancak bu durumlarda dahi, “derhâl” yapılması gereken yargısal denetimden vazgeçilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Bu anlamda örneğin terör suçlamasıyla yapılan soruşturmada 4 gün 6 saatlik gözaltı süresi uzun bir süre olarak kabul edilmektedir. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, İHAM, § 62; *Fatma Tunç/Türkiye*, İHAM, 16608/02, 20.10.2005, § 18-23; *Attı ve Tedik/Türkiye*, İHAM, 32705/02, 20.10.2009, § 27-31; *Filiz ve Kalkan/Türkiye*, İHAM, 34481/97, 20.06.2002, § 20-27. İHAM’ın olağanüstü dönemlere ilişkin içtihadında ise, Sözleşme’nin 15. maddesinde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının askıya alınmayacak haklar arasında sayılmaması nedeniyle, gözaltı süresinin uzatılabileceği kabul edilmektedir. Mahkemenin *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* kararına konu olayda, taraf devletçe olağanüstü hâl ilan edilerek gözaltı süresi 7 güne çıkarılmış ve başvuruçulardan biri toplam 6 günü aşan bir gözaltı süresinin ardından serbest bırakılmıştır. Bahse konu kararda İHAM değerlendirmesini yaparken, başvuruçunun bu süre içerisinde avukatıyla görüşüğünü, defalarca doktor kontrolüne götürüldüğünü ve böylelikle koruyucu imkânlardan faydalandığını tespit ederek ihlalin oluşmadığı sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, İHAM, 14553/89, 26.05.1993. Görüldüğü üzere Mahkeme olağanüstü dönemlerde koruyucu nitelikte olan imkânların var olup olmadığına değer atfetmektedir. Nitekim İHAM, *Aksoy/Türkiye* kararında, taraf devletin ilan etmiş olduğu olağanüstü hâl kapsamında en az 14 gün gözaltında kalan başvuruçunun hiçbir koruyucu imkândan faydalanamamış olduğunu dikkate alarak, Sözleşme’nin 5/3 düzenlemesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Aksoy/Türkiye*, İHAM, § 79-87.

Anayasa düzenlemesinde, yakalanan veya tutuklanan kişilerin, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç 48 saat; toplu olarak işlenen suçlarda ise en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın toplu/toplu olmayan suç ayırımına gittiği ve belirlediği azami süre sınırının İHAM içtihadıyla uyumlu olduğu söylenebilir.⁵⁰²

Konuya ilişkin CMK düzenlemeleri incelendiğinde ise Anayasa düzenlemesinin bir adım ötesinde güvencelerin sağlandığı görülmektedir. Nitekim CMK md.91/1'e göre, gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu olan süre hariç, yakalama anından itibaren yirmi dört saati geçemeyecektir. Yine yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre ise on iki saatten fazla olamayacaktır.⁵⁰³

CMK'da toplu olmayan suçlarda gözaltı süreleri bu şekilde ise de toplu suçlarda, bu sürenin Anayasa düzenlemesiyle paralel yönde olduğu görülmektedir. Nitekim CMK md.91/3 düzenlemesine göre, toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle⁵⁰⁴; cumhuriyet savcısı, gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına karar verebilecektir.⁵⁰⁵

Kanunla belirlenen tüm bu sürelerin dolması durumunda ne olacağı sorusuna ise CMK md.91/7 düzenlemesi cevap vermektedir. Bu düzenlemeye göre gözaltına alınan kişi bırakılmazsa, en geç bu süreler sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılacaktır.⁵⁰⁶

⁵⁰² Karan, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", İn: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed: Sibel İnceoğlu, s.201.

⁵⁰³ Özbek, Doğan, Bacaksız, s.268; Öztürk, Kazancı, Güleç, s.65; Centel, Zafer, s.381.

⁵⁰⁴ Sadece şüpheli sayısının çokluğu otomatik olarak gözaltı süresinin uzatılması için bir neden olmamalıdır. Burada önem arz eden husus şüpheli sayısının çok olması nedeniyle yapılacak araştırmaların artması veya başkaca şüphelilerin yakalanması gibi fazladan süreyi gerektirecek bir durumun var olmasıdır. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Ünver, Hakeri, s.746

⁵⁰⁵ Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.457. Bunun yanında 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na 25.07.2018 tarih ve 7145 sayılı Kanunla eklenen Geçici 19. Maddeye göre; maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar veya örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından gözaltı süresinin uzatılabileceği öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme içerisinde taşıdığı belirsizlikler nedeniyle Öğretide eleştirilmektedir. Buna ilişkin detaylı açıklamalar ve eleştiriler için ayrıca bkz. Yenisey, Nuhoglu, s.336-337.

⁵⁰⁶ Centel, Zafer, s.344.

Sözleşme, Anayasa ve CMK düzenlemeleri ile gözaltı süreleri ortaya konulduktan sonra bu sürelere uygunluğun sağlanıp sağlanmadığı noktasında değerlendirme için sürenin başlangıç ve bitiş anının ne olduğuna ilişkin ikinci soruya yanıt aranılmalıdır.

İkinci soruya yanıtı CMK md.91 düzenlemesi vermektedir. İlgili düzenlemeye göre, gözaltı süresi, yakalama anından itibaren başlayacaktır.⁵⁰⁷ Gözaltı süresinin bitiş anını ise serbest bırakılma veya hâkim önüne çıkarılma anı oluşturmaktadır.⁵⁰⁸ Nitekim hâkim tarafından verilen salıverme veya tutuklama kararları ile gözaltı tedbiri sona erecektir.

CMK 141/1-b düzenlemesine konu tazminat hâli; yukarıda ifade edilen düzenlemelere aykırı olarak, gözaltı süreleri içerisinde hâkim önüne çıkarılmama durumunda gündeme gelmektedir. Bu nedenle gözaltı süresinin yakalama anından itibaren hesaplanmaya başlanarak serbest bırakılma veya hâkim önüne çıkarılma anına kadar geçen sürenin tespit edilmesi ve bu sürenin Sözleşme, Anayasa ve kanuni düzenlemelere aykırı olduğunun tespiti hâlinde, CMK 141/1-b gereğince, tazminat ödenmesi gerekmektedir. Ancak burada önemle belirtilmesi gereken husus, CMK 141/1-b kapsamında tazminat nedeninin oluşması için Anayasa veya CMK’da belirtilen gözaltı sürelerinin aşılmış olması şart değildir. Zira söz konusu düzenlemeler; şüpheli sayısı, isnatların niteliği veya başkaca nedenlerden dolayı gözaltı süresinin uzatılmasını gerektiren istisnai durumlar için geçerli olan azami süreleri belirlemektedir. Türkiye uygulamasının bu gerçeklikten uzak hareket etmesi ve gözaltı sürelerinin keyfî olarak uzatılması nedeniyle, CMK 141/1-b kapsamında tazminat nedeni belirlenirken, Anayasa ve kanuni düzenlemelerin dikkate alınmayarak, yalnızca Sözleşme md.5/3’e uygun olarak her somut olay özelinde “derhâl” ifadesine uygunluğun sağlanıp sağlanmadığının tespit edilmesi ve buna göre sonuca gidilmesi faydalı olacaktır.

Bu savın nedeni olarak uygulamanın sorunlu yönlerini oluşturan ve teorik olarak CMK 141/1-b kapsamında tazminata konu olacak iki durumun ayrıca izah edilmesi faydalı olacaktır.

⁵⁰⁷ Ünver, Hakeri, s.743. İHAM, gözaltı süresini tespit ederken kişinin fiilen özgürlüğünün kısıtlandığı an ile fiilen özgürlüğüne kavuştuğu an arasında geçen süreyi dikkate alarak belirleme yapmaktadır. Bu nedenle yolda geçen sürelerde bu sürenin hesabına dahil olacaktır. Nitekim CMK’da yakalama anından itibaren sürenin başlayacağı öngörülmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır, s.43.

⁵⁰⁸ Öztürk, Kazancı, Güleç, s.60.

İlk olarak kanunla belirlenmiş gözaltı süreleri “açık bir çek” niteliğinde değildir.⁵⁰⁹ Bu nedenle hâkim önüne çıkarılma için keyfî olarak gözaltı süresinin dolmasının beklenmesi durumunda, hem gözaltı kararı hukuka aykırı hâle gelecek hem de Sözleşme’de belirtilen “derhâl” ifadesine aykırılık söz konusu olacaktır.⁵¹⁰ CMK 141 penceresinden konu incelendiğinde ise; gözaltı süresinin keyfî olarak uzatıldığı durumlarda, gözaltı kararının hukuka aykırı hâle gelmesinden dolayı CMK 141/1-a kapsamında tazminat yanında, Sözleşme’de yer alan “derhâl” ifadesine aykırılıktan dolayı CMK 141/1-b kapsamında, teorik olarak, ayrı ayrı tazminat talep edilebileceği söylenebilecektir.⁵¹¹

Uygulamadaki dikkat çekici ikinci sorun ise, gözaltı süresinin bitiş anına ilişkindir. Yukarıda da izah edildiği üzere gözaltı süresi, hâkim önüne çıkarılma veya daha öncesinde serbest bırakılmayla sona erecektir. Ancak uygulamada kolluk tarafından adliyeye yapılan ya da savcılık tarafından mahkemeye yapılan sevk işleminin, gözaltı süresini sona erdirdiği yönünde bir anlayış bulunmakta, kişiler bu süreçlerde saatleri aşan süreler boyunca tutulmaya devam edilmektedir.⁵¹² Bu gibi durumlarda da gözaltı süresinin hâkim önüne çıkarılma yani

⁵⁰⁹ Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.173.

⁵¹⁰ Örneğin İHAM tarafından, *İpek ve Diğerleri/Türkiye* kararında, başvuru çocukların yakalandıktan yaklaşık üç gün dokuz saat sonra hâkim önüne çıkarıldıklarını bu hâliyle ilk bakışta sürenin Sözleşme’ye uygun olduğu düşünülebilir de özellikle başvuruçuların reşit olmamaları, koruyucu imkânlardan faydalanamadıkları ve başvuruçular hakkında yapılan tek işlemin, özel bir neden olmamasına rağmen, yakalamadan iki gün sonra alınan ifade işlemi olduğu dikkate alınarak Sözleşme’nin 5/3 düzenlemesinin ihlal edilmiş olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme’nin önemli olarak değerlendirilebilecek kararı, gözaltı tedbirinin süresinin her somut olayın çerçevesinde değerlendirilerek “derhâl” ifadesinin anlamlandırıldığını göstermektedir. Karar için ayrıca bkz. *İpek ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, § 36-38. Uygulamada kolluk dört günlük gözaltı süresinin sonuna doğru ifade almakta ve ancak sürenin sonunda hâkim önüne çıkarma alışkanlığını edinmiş bulunmaktadır. Dört günlük bu sürenin “ihtiyaç” nedeniyle uzatıldığı durumlar ise nadirdir. Bu yönde eleştiri için ayrıca bkz. Ünver, Hakeri, s.747.

⁵¹¹ *Özalp*’a göre, kişi hakkında yapılması gereken işlemler bittikten sonra gözaltı süresi dolana dek özgürlüğünün kısıtlanması veya kısa sürede yapılacak işin gözaltı süresinin sonunda yapılarak kişinin sürenin sonuna dek özgürlüğünün kısıtlanması durumlarında, CMK 141/1-b maddesi kapsamında tazminat talep edilemeyecektir. Bu durumda yalnızca kanuna aykırı gözaltı kararının bulunması nedeniyle yalnızca CMK 141/1-a kapsamında tazminat talep edilebilecektir. Ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. *Özalp*, s.101-102.

⁵¹² Bu sorun AYM’nin *Hikmet Kopar ve Diğerleri* kararına da yansımıştır. AYM tarafından gözaltı süresinin aşıldığı iddiası bakımından CMK 141 yolunun tüketilmemesi nedeniyle başvuru kabul edilebilir bulunmamışsa da *Yargıç Serruh Kaleli*’nin karşıoyunda bu soruna dikkat çekilmiştir. İlgili karşıoy yazısında, somut başvuruda tutuklanmaları talebiyle hakimliğe sevk edilen başvuruçularla ilgili olarak sevk tarihi ve saatinin 26.07.2014 günü saat 02:05, sorguya başlama tarihi ve saatinin 26.07.2014 günü saat 13:00, sorgunun bitim tarihi ve saatinin ise 29.07.2014 saat 14:14 olduğu, bu süre boyunca başvuruçuların adliye binasında tutulduklarına dikkat çekilerek, başvuruçuların sorguya sevk edilme anından itibaren ancak 11 saat sonra sorgunun başlaması ve sorgu sürecinin toplamda 3 gün 12 saat sürmesi Sözleşme’nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasında

kişinin fiilen sorgu işlemlerine başlanmasıyla sona ereceği gözetilerek, sürelerin adliye içerisinde aşıldığı durumlarda da CMK 141/1-b kapsamında tazminatın gündeme geleceği önemle belirtilmelidir.⁵¹³

Son olarak gözaltı süresinin aşılmasında süre görece kısa olsa dahi, tazminat nedeninin bu yönde bir ayrımı öngörmemesi nedeniyle, CMK 141/1-b kapsamında tazminatın oluşacağı söylenecektir.

b. Yargısal Pratik

CMK 141/1-b kapsamında, “*kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan*” kişilerin tazminat istemleri bakımından Yargıtay kararları incelenmeden önce, teorik düzenlemeye ilişkin bilgiler ışığında, tazminat nedenine bağlı olarak yargılamada araştırılacak hususun ne olduğu belirlenmelidir.

Söz konusu tazminat nedenine ilişkin teorik düzenleme incelendiğinde; CMK 141/1-b kapsamında yürütülecek yargılamada, gözaltı süresinin doğru bir şekilde tespit edilmesinin ardından, araştırılacak yegâne husus, gözaltı süresinin yukarıda işaret edilen Sözleşme, Anayasa ve kanuni düzenlemelere uygun olup olmadığıdır. Sözleşme düzenlemesinde yer alan “*derhâl*” ifadesinin, her somut olayın koşullarında ayrıca değerlendirmeye muhtaç olması nedeniyle, tazminat nedeninin oluşması için yalnızca Anayasa ve kanuni düzenlemelerde yer alan azami gözaltı sürelerinin aşılp aşılmadığı yönünde bir tespitle yetinilmesi hatalı olacaktır. Bu nedenle yalnızca azami gözaltı süresinin aşılmış olduğu durumlarda değil, somut olayın koşullarına göre makul olarak kabul edilemeyecek gözaltı süresinin de CMK 141/1-b kapsamında tazminat nedeni olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak bu nitelikte yürütülecek bir CMK 141 yargılamasının Sözleşme md.5/5 ile uyumlu olabileceği belirtilmelidir. Bunun yanında teorik düzenlemede, tazminat nedeninin oluşması için, kişi hakkında verilen hükmün çeşidine göre bir ayrıma gidilmediği için, yürütülen yargılamanın kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar/beraat veya mahkûmiyet kararıyla sonuçlanmış olmasının bir önem taşımayacağı da ortadadır.

belirtilen *derhâl* kavramına yüklenen anlam karşısında makul kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Karar için ayrıca bkz. Hikmet Kopar ve diğerleri, AYM, 2014/14061, 08.04.2015.

⁵¹³ Özalp, s.101.

CMK 141/1-b kapsamında yürütülecek yargılamada dikkate alınması gereken ilkeler ifade edildikten sonra Yargıtay'ın tazminat nedenine ilişkin somut içtihatlarının olup olmadığı araştırıldığında, iki noktada eksiklikler göze çarpmaktadır.

İlk eksiklik Yargıtay'ın tazminat nedenine ilişkin “yeterli” bir yargısal pratiğinin olmamasıdır. Gerçekten de Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları, tazminat yolunun yeterli kesinlikte var olduğunu söyleyebilmek için oldukça yetersizdir.⁵¹⁴

İkinci ve belki de en önemli eksiklik ise Yargıtay'ın tazminat nedenini algılama biçimine yöneliktir. Daha açık bir ifadeyle Yargıtay'ın konuya ilişkin oldukça az sayıda olan kararları incelendiğinde, Yüksek Mahkemenin “gözetli süresinin makul olmaması” nedeniyle tazminat verilmesi gerektiğine ilişkin kararlarına rastlamak mümkün değildir. Yargıtay'ın kararlarının yalnızca azami gözetli süresinin aşıldığı durumlara ilişkin olması nedeniyle, Yüksek Mahkemenin gözetli süresinin makul olmaması nedeniyle açılacak tazminat davalarına ilişkin yaklaşımının ne olacağı belirsizdir. Şüphesiz söz konusu eksiklikler, CMK 141/1-b yolunun etkililiği değerlendirilirken dikkate alınmalıdır.

c. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması

CMK 141/1-b yoluna ilişkin İHAM'ın ve AYM'nin yaklaşımları incelendiğinde her iki mahkemenin de söz konusu yolu, tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul ettiği görülmektedir.

AYM, konuya ilişkin yaklaşımını *Hikmet Kopar ve Diğerleri*⁵¹⁵ kararı ile ortaya koymuştur. Söz konusu kararda başvuruçular, kanuni gözetli süresi dolmasına rağmen serbest bırakılmadıklarını, daha sonra sevk edildikleri sulh ceza hâkimliğinde hukuka aykırı olarak yaklaşık üç gün fazladan gözetli altında tutulduklarından yakınmışlardır. AYM tarafından, Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 15.05.2012 tarihli ve E.2011/20114, K.2012/12183 sayılı kararına atıfla, kanuni gözetli süresinin aşılması durumunda asıl davanın sonuçlanması beklenmeden CMK 141'e göre tazminat talep edilmesinin mümkün olduğu, gözetli süresi aşılmış olan kişi hakkında gözetli süresinin aşıldığı yönünde bir tespit yapılmasının tutuklu olan başvuruçuların

⁵¹⁴ Yargıtay 12. C.D. 2013/24704 E., 2014/3090 K., 10.02.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/27031 E., 2014/3111 K., 10.02.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2018/4963 E., 2018/10599 K., 12.11.2018 T.

⁵¹⁵ *Hikmet Kopar ve Diğerleri*, AYM, § 64-73.

serbest kalmasını tek başına sağlamayacağı gerekçeleriyle, CMK 141/1-b yolunun tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olduğu sonucuna ulaşılmıştır.⁵¹⁶

Söz konusu kararda eleştiriye açık olan husus, AYM tarafından atıf yapılan Yargıtay kararının, CMK 141/1-b'ye ilişkin olmamasıdır. Gerçekten de söz konusu Yargıtay kararı incelendiğinde, en kısa sürede hâkim huzuruna çıkarılmaması iddiasına ilişkin bir karar olduğu tespit edilmektedir. Görüldüğü üzere AYM tarafından atıf yapılan Yargıtay kararına konu olayla bireysel başvuruya konu olay, aynı veya benzer nitelikte değildir. AYM tarafından, bahsi geçen Yargıtay bozma kararında kesinleşme şartının esnetildiğine ilişkin belirlemeden hareketle, doğrudan, CMK 141/1-b yolunun etkililiğinin saptanması oldukça sorunludur.

Bunun yanında AYM, gözaltı süresinin makul olmadığı iddiaları bakımından da CMK 141 yolunu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak görmektedir.⁵¹⁷ Yukarıda da izah edildiği üzere, gözaltı süresinin makul olmadığı iddialarına ilişkin somut içtihatların olmamasına rağmen bu sonuca ulaşılmaktadır. Oysa uygulamada bu yöndeki bir iddiayla CMK 141 yolunda başarıya ulaşmış herhangi somut bir örnek bulunmamaktadır.

İHAM'ın konuya ilişkin yaklaşımına bakıldığında ise Mahkemenin, *Paşa Bayraktar ve Aydınkaya/Türkiye*⁵¹⁸ kararıyla CMK 141/1-b yoluna ilişkin görüşlerini ortaya koyduğu görülmektedir. Söz konusu başvuruda, başvuruçular, gözaltı süresinin aşıldığı ve derhâl hâkim önüne çıkarılmadıklarından yakınmışlardır. İHAM yaptığı incelemede özgürlükten yoksun bırakmanın sona erdiği durumlarda ihlalin tespit edilmesi ile tazminata hükmedilmesinin yeterli bir çözüm teşkil edeceğini, CMK 141/1-b yoluyla da bu imkânların sağlandığı gerekçesiyle, söz konusu yolu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmiştir. Ayrıca Hükümet tarafından sunulan iki farklı Yargıtay kararıyla da başvuruya konu benzer olaylar bakımından tazminata hükmedildiği belirtilmiştir. Ancak Mahkeme tarafından verilen kararda, hükümet tarafından sunulan Yargıtay kararlarının detaylarına ilişkin herhangi bir açıklamaya yer

⁵¹⁶ Benzer yöndeki kararlar için ayrıca bkz. *Hidayet Karaca*, AYM, 2015/144, 14.07.2015, § 53-64; *Mustafa Okumuş*, AYM, 2017/17773, 25.09.2019, § 44-47.

⁵¹⁷ AYM, olağanüstü hâl ilan edilmesinden sonra uygulanan ve olağan döneme göre daha uzun süreli olan gözaltı tedbirleri yönünden de bu sürelerin makul olmadığına ilişkin şikâyetler bakımından CMK 141 yolunu etkili görmüştür. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Neslihan Aksakal*, AYM, 2016/42456, 26.12.2017, § 30-38; *Mehmet Hasan Altan (2)*, § 84-93; *Recep Uygun*, AYM, 2016/76351, 12.06.2018, § 22-25.

⁵¹⁸ *Paşa Bayraktar ve Aydınkaya/Türkiye*, İHAM, 38337/12, 16.05.2017, § 24-31.

verilmemiştir. Bu nedenle bahsi geçen Yargıtay kararları dahi değerlendirilerek bir yorum yapılamamıştır.

Sonuç olarak; söz konusu anlatımlar kısaca özetlenecek olursa, AYM'nin ve İHAM'ın güncel yaklaşımlarına göre, kanuni gözaltı süresinin aşıldığı veya gözaltı süresinin makul olmadığı iddialarıyla yapılacak bireysel başvurularda, başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl dava sonuçlanmamış dahi olsa, CMK 141/1-b yolu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu niteliğindedir.

3. Kanunî Hakları Hatırlatmadan veya Hatırlatılan Haklardan Yararlanma İsteği Yerine Getirilmeden Tutuklama (CMK 141/1-c)

a. Teori

CMK 141/1-c hükmüne göre, “*kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan*” kimseler, tazminat hakkına sahiptirler. Görüldüğü üzere söz konusu tazminat nedeninin oluşabilmesi için iki koşul birlikte bulunmalıdır. Bunlar:

- Kişiye kanuni haklarının hatırlatılmaması veya kanuni hakları hatırlatılmış olmasına rağmen bunlardan faydalanma isteğinin yerine getirilmemesi,
- Kişinin tutuklanmış olmasıdır.

Tazminat nedeninin tutuklanmış olmayı koşul olarak öngörmesi nedeniyle, hakları hatırlatılmadan veya bunlardan faydalanma isteği yerine getirilmeden yakalanan veya devamında gözaltına alınıp serbest bırakılan kişiler, CMK 141/1-c kapsamında tazminat talep edemeyeceklerdir.⁵¹⁹ Oysa uygulamada hakların hatırlatılması veya faydalandırılma isteklerinin yerine getirilmesi özellikle yakalanan veya devamında gözaltına alınan kişiler bakımından daha önemli olmaktadır. Kaldı ki tazminat düzenlemesiyle, kanun koyucu tarafından, hakların hatırlatılması veya faydalanma isteğinin yerine getirilmesine belirli bir

⁵¹⁹ Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villem, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.579. Öğretide, madde kapsamında yer alan “tutuklama” ibaresinin geniş bir şekilde anlaşılacak, kişinin yalnızca tutuklanmaya sevk edilmesi durumunda dahi tazminat nedeninin oluşması bakımından yeterli olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. Bu yönde düşünce için ayrıca bkz. Canoğlu, s.79.

değer atfedildiği açıktır.⁵²⁰ Tüm bunlara rağmen kanuni düzenlemeyle tutuklanmış olmanın bir şart olarak öngörülmesinin mantık çerçevesinde izahını yapmak mümkün değildir.⁵²¹ Bu koşul, olsa olsa CMK 141 düzenlemelerinin, kapsamı hâlihazırda oldukça dar olmasına rağmen, içeriğini daha da daraltma amacının bir ürünüdür.

Bu sorunlu noktaya değinildikten sonra, tazminatın oluşabilmesi için, tutuklanan kişiye, hatırlatılmayan veya hatırlatıldığı hâlde faydalandırılmayan haklarının neler olduğu tespit edilmelidir.

Sözleşme'nin 5/2 düzenlemesine göre;

*“Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur”.*⁵²²

Nitekim bu düzenlemenin yansıması olan Anayasa md.19/4'e göre de;

“Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılincaya kadar bildirilir”.

“Bilgilendirilme hakkı” olarak ifade edilebilecek bu hak gereğince, kişiye yakalamayı gerektiren hukuki ve fiili nedenler, anladığı bir dilde ve hızlı şekilde bildirilmelidir.⁵²³

Yakalanan kişinin sahip olduğu haklara ilişkin toplu düzenleme, Yakalama ve Gözaltı Altına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 6. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, yakalanan kişiye, suç ayrımı gözetilmeksizin;

- Yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar,
- Susma hakkı,
- Müdafiden yararlanma hakkı,

⁵²⁰ Öztürk, Kazancı, Güleç, s.359.

⁵²¹ Aydın, s.88. Öğretide, kanunda sayılan haklar bakımından tutuklama veya yakalama işlemi bakımından ayrıma gidilmemesi ve hatta kişinin sahip olduğu haklarla ilgili bilgilendirme yükümlülüğünün genel olarak yakalama işlemi sırasında olacak şekilde düzenlenmesine rağmen, CMK 141/1-c kapsamında, yakalama işlemi sırasında hakların hatırlatılmamasının tazminat nedeni olmaması eleştirilmektedir. Ancak buna rağmen yakalama işlemi sırasında hakların hatırlanmaması durumunun CMK 141/1-a kapsamında değerlendirilebileceği düşünülmektedir. Bu yönde düşünce için ayrıca bkz. Öztürk, Kazancı, Güleç, s.360

⁵²² https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (E.T. 22.03.2020).

⁵²³ Bilgilendirme Hakkına ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.153-162.

- Yakalamaya itiraz etme hakkı ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı,
- Ve diğer kanuni hakları

herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde ise sözlü olarak derhâl bildirilmelidir.⁵²⁴ Nitekim CMK md.147 düzenlemesinde, şüpheli veya sanığın, ifade ve sorguda; müdafiden yararlanma, yakınlarına haber verme, susma ve son olarak delillerin toplanılmasını isteme haklarına sahip olduğu ifade edilmiştir.⁵²⁵

Yakalanan kişinin sahip olduğu haklar yukarıda belirtilen düzenlemelerde yer almaktadır. Ancak bu hakların hangilerinin CMK 141/1-c kapsamında tazminata konu olabileceği belirli değildir. Zira CMK 141/1-c düzenlemesinde hangi hakların hatırlatılmaması veya hatırlatılan haklardan hangilerinden yararlandırılma isteğinin yerine getirilmemesi sonucunda tazminatın oluşacağı açıkça ifade edilmemiştir. Ancak bazı kanuni hakların, CMK 141’de ayrı bir düzenlemeyle tazminat nedeni olarak öngörülmesi nedeniyle; bu haklar, CMK 141/1-c kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bu anlamda örneğin; CMK 141/1-h kapsamında özel olarak “*yakınlarına haber verme hakkı*” ve yine CMK 141/1-g kapsamında “*bilgilendirme hakkı*” ayrı bir düzenlemeyle tazminat nedeni olarak öngörülmüştür. Bu nedenle “*yakınlarına haber verme hakkı*” ve “*bilgilendirme hakkı*” dışında kalan kanuni hakların CMK 141/1-c kapsamında olacağı kabul edilebilir.⁵²⁶

CMK 141/1-c’nin kapsamındaki haklar tespit edildikten sonra, bu hakların usulüne uygun olarak veya zamanında hatırlatılmaması durumunun da tazminat hakkı bakımından önem arz edeceği belirtilmelidir. Nitekim CMK md.90/4 hükmü; kolluk tarafından, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirler alındıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarının derhâl bildirileceğini düzenlemektedir. Örneğin, söz konusu haklardan bir kısmının bildirilmesi durumunda da sonuç değişmeyecek ve bu durumda da

⁵²⁴ Bunun yanında yönetmeliğin 6/7 düzenlemesiyle, yakalanan kişiye, ayrıca haklarının yazılı olarak bildirildiğini ve kendisi tarafından da bu hususun anlaşıldığını belirten bu Yönetmeliğe ekli "Yakalama ve Gözaltına Alma Tutanağı Şüpheli ve Sanık Hakları Formu" (EK-A) tanzim edilerek imzalı bir örneği verileceği ifade edilmiştir.

⁵²⁵ Aldemir, s.348.

⁵²⁶ CMK 141/1-g ve h bentlerinde yer alan tazminat nedenleri için tutuklanmış olma bir koşul olarak öngörülmemiştir. Bu nedenle söz konusu haklara ilişkin tazminat nedenleri farklı fıkralar kapsamında değerlendirilmek zorundadır. CMK 141/1-g ve h düzenlemelerine ilişkin detaylı açıklamalara aşağıda yer verilecektir.

tazminat doğacaktır.⁵²⁷ Yine hatırlatılan haklardan gereği gibi faydalandırılmama durumunda da tazminatın gündeme geleceği söylenebilir.

Bunun yanında kişinin kanuni haklarını bildiğini belirtmesi ya da tutuklu veya hükümlü olduğu suçtan başkaca bir suç nedeniyle ifadesinin alınması durumunun, hakları bildirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığı önemle belirtilmelidir. Bu durumlarda da hakların hatırlatılmaması veya faydalandırılma isteklerinin yerine getirilmemesi durumunda, kişi tutuklanırsa, CMK 141/1-c kapsamında tazminatın şartları oluşacaktır.⁵²⁸

b. Yargısal Pratik

CMK 141/1-c kapsamında, “*kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlanılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan*” kişilerin tazminat istemleri bakımından Yargıtay kararları incelenmeden önce, teorik düzenlemeye ilişkin bilgiler ışığında, tazminat nedenine bağlı olarak yargılamada araştırılacak hususun ne olduğu belirlenmelidir.

Söz konusu tazminat nedenine ilişkin teorik düzenleme incelendiğinde; CMK 141/1-c kapsamında yürütülecek yargılamada araştırılacak yegâne husus, kişiye yukarıda ifade edilen kanuni haklarının gereği gibi hatırlatılıp hatırlatılmadığı, hatırlatılmışsa faydalanma isteğinin gereği gibi yerine getirilip getirilmediğidir. Bunun yanında teorik düzenlemede, tazminat nedeninin oluşması için, kişi hakkında verilen hükmün çeşidine göre bir ayrıma gidilmediği için, yürütülen yargılamanın kovuşturmaya yer olmadığına dair karar/beraat veya mahkûmiyet kararıyla sonuçlanmış olmasının bir önem taşımayacağı belirtilmelidir. Tüm bu nedenlerle, söz konusu tazminat nedeninin diğer tazminat nedenlerine nazaran çok daha az yorum gerektirdiği aşîkârdır.

⁵²⁷ Günay, s.73.

⁵²⁸ Uygulamada belirtilen hakların hatırlatılmaması veya yararlandırma isteği yerine getirilmeyen haklar bakımından en çok gündeme gelen hak, müdafiden yararlanma hakkıdır. Müdafiden yararlanma hakkı bağlamında CMK 141 düzenlemeleri genel olarak ele alınacak olursa, aynı anda birkaç farklı tazminat nedeninin gündeme gelebileceği söylenebilir. Örneğin, bazı durumlarda tutuklama kararı verilebilmesi için zorunlu müdafilik koşul olarak öngörüldüğünden, bu gibi durumlarda, zorunlu müdafî olmadan verilecek tutuklama kararları hukuka aykırı nitelikte olacak ve kişinin müdafiden yararlanma hakkının hatırlatılmaması ya da bu hakkın hatırlatılmasına rağmen yararlandırma isteğinin yerine getirilmemesi durumunda; hem CMK 141/1-a kapsamında hem de CMK 141/1-c kapsamında ayrı ayrı tazminat talep edilebilecektir. Bu örnekte, yalnızca CMK 141/1-a kapsamında tazminat talep edilebileceği yönündeki karşı düşünce için ayrıca bkz. Korkmaz, s.101.

CMK 141/1-c kapsamında yürütülecek yargılamada dikkate alınması gereken ilkeler ifade edildikten sonra Yargıtay'ın tazminat nedenine ilişkin somut içtihatlarının olup olmadığı araştırıldığında; Yüksek Mahkemenin bu ilkeleri başarıyla uyguladığına ilişkin yoğun bir pratiğinin bulunmadığı görülmektedir.⁵²⁹ Ancak yine de Mahkemenin tazminat nedenine ilişkin olumlu olarak görülebilecek kararlarına rastlamak mümkündür.⁵³⁰ CMK 141/1-c'nin diğer tazminat nedenlerine nazaran daha az yorum faaliyeti gerektirmesi nedeniyle, hukuk yolunun etkililiği değerlendirilmesinde, içtihatların oluştuğu dönem ve tazminat konusu olayın meydana geldiği tarih gözetilerek, bahsi geçen kararlar yeterli görülebilecektir.

c. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması

AYM, CMK 141/1-c yoluna ilişkin yaklaşımını *Adem Gedik*⁵³¹ kararıyla ortaya koymuştur. Söz konusu kararda başvuru, müdafî yardımından faydalandırılmadan tutuklanmış olmasından yakınmıştır. AYM, Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 01.07.2015 tarihli ve

⁵²⁹ Yargıtay, hiçbir resmi görevi olmayan kişiler tarafından geceleri sabaha kadar süren zaman dilimi içinde davacının sorgulandığını, ayakta tutarak ve uyutmayarak iradesinin zayıflatılarak üzerine atılı suçu ikrara zorlandığı, gözaltında kaldığı süre içerisinde geceleri ve gündüzleri kişiler tarafından sorgulanarak uyumasına izin verilmediği, uzun süre uykusuz bırakıldığı, uyuduğunda ise kısa sürede tekrar uyandırıldığı, düzenli yemek verilmeyerek aç bırakıldığı, kendisine ve ailesine yönelik tehdit ve hakaret sözlerine maruz bırakıldığı, asgari koşullara sahip olmayan nezarethanelerde tutulduğu, hipnoz yöntemiyle iradesinin etki altına alınmaya çalışıldığı, davacıya suç yeri itibarıyla Kayseri Barosu tarafından müdafî atanması gerekirken davacıya bu konuda talebi de sorulmadan Ankara Barosuna kayıtlı iki avukat çağrıldığı, yasal düzenlemelerle koruma altına alınan “ifade alma ve sorgudan önce şüpheliye/sanığa haklarının anlatılması (m. 147), sanığın kendisini suçlamaya zorlanması (m. 148), sanığın müdafî ile görüşme hakkı (m. 154), yakınlarına haber verilmesi (m. 95), gözaltında ifade sırasında müdafinin hazır bulunabilmesi ve müdafinin hazır bulunmaksızın kolluk tarafından alınan ifadelerin hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli ve sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaması (m. 148/4), susma hakkı ve diğer hakları konusunda şüphelilerin aydınlatılması yükümlülüğü (CMK 90/4 madde yakalama gözaltı ve ifade alma yönetmeliğinin 6. md.), gözaltı süresinin kısa tutulması gerekliliği, toplu olarak işlenen suçlarda delillerin toplanması güçlüğü ve şüpheli sayısının çokluğu sebebiyle cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin her defasında bir günü geçmemek üzere 3 gün süre ile uzatılmasına yazılı olarak emir verip kimse bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden mahrum bırakılamaz (CMK m.91) şeklindeki yasal düzenlemelerle koruma altına alınan haklarının ihlal edildiği gibi yasak sorgu yöntemleri ile -işkence altında- ifadesi alınan davacının CMK'nın 141 vd. maddeleri gereğince tazminat talep edebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D. 2014/4162 E., 2014/19132 K., 30.03.2014 T. Yargıtay'ın söz konusu kararı olumlu görülebilecekse de dava konusu edilen iddialar bakımından her bir iddiayı ayrı ayrı ele alarak CMK 141'in ilgili bendi kapsamında değerlendirmede görülmektedir. Yüksek Mahkemenin bu yönde ayrıma gitmemesi nedeniyle ilgili tazminat nedenleri bakımından koşulların ne olduğu konusunda belirsizlik bulunmaktadır.

⁵³⁰ Tazminat nedenine ilişkin bir diğer karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2014/20624 E., 2015/12265 K., 01.07.2015 T.

⁵³¹ *Adem Gedik*, AYM, 2013/2950, 14/10/2015, § 29-42.

E.2014/20624, K.2015/12265 sayılı kararına atıfla, kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlanma isteği yerine getirilmeden tutuklanan kişilerin tazminat istemleri konusunda karar verilmesi için asıl davada hüküm verilmesini veya verilen hükmün kesinleşmesini beklemeye gerek olmadığı yönündeki Yargıtay içtihadını dikkate almış ve CMK 141 yolunun etkili olduğu sonucuna ulaşmıştır.

AYM'nin bahsi geçen kararında dikkate değer husus, CMK 141/1-c yolunun etkili olduğu sonucuna varılırken atıf yapılan Yargıtay kararıdır. Söz konusu bozma kararı gerçekten de kanuni hakların kendisine hatırlatılmadığı iddiasıyla açılan bir tazminat davasına ilişkindir. Ancak bahsi geçen kararın nihai nitelikte olmadığı, bu nedenle, söz konusu yolun etkililiğini doğrudan göstermediği önemle belirtilmelidir.⁵³² Yine de AYM'nin en azından, diğer tazminat nedenlerinde atıf yaptığı kararlardan farklı olarak, CMK 141/1-c kapsamında verilen bir içtihattan hareketle sonuca ulaşması önemlidir.

AYM'nin, CMK 141/1-c yolunun tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilebilir bulmadığı kararlarının hepsi, müdafî yardımından yararlandırılmadan tutuklanma nedeniyle yapılan başvurulardır.⁵³³ AYM'nin söz konusu kararları, CMK 141/1-c kapsamında tazminata konu olabilecek diğer haklar nedeniyle de yapılacak başvurularda aynı yaklaşımın sergileneceğini göstermektedir.⁵³⁴

Çalışma tarihi itibarıyla İHAM'ın CMK 141/1-c yolunu değerlendirmeye aldığı bir kararına rastlanılmamışsa da AYM'nin CMK 141'e ilişkin görüşlerinin İHAM tarafından dikkate alındığı göz önünde bulundurulduğunda, CMK 141/1-c yolunun İHAM tarafından da etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilme ihtimali bulunmaktadır.

⁵³² Yargıçlar Serruh Kaleli ile Rıdvan Güleç'in karşıoylarında; "(...) 5271 sayılı Yasa'nın 101. maddesi 3. fıkrasında aranan tutuklama istenildiğinde bir müdafî yardımından yararlandırılmak zorunluluğu karşısında CMK 141. maddesinde yer alan haklarından yararlandırılmayan kişiler yönünden mağduriyeti telafi edici nitelikli, şikâyeti gidermede makul başarı şansı tanımış, etkili olduğuna yönelik bir uygulama örneği bulunmamaktadır. Bazı içtihadi kararlar ise davamız konusuna emsal teşkil etmemektedir. (...)" denilerek somut içtihat olmadan bu sonuca ulaşıldığı ifade edilmiştir.

⁵³³ Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. Mehmet Sedek Zengin, AYM, 2015/819, 22.11.2018, § 48-56; İsmail Şahan, AYM, 2016/54509, 28.11.2019, § 81-82.

⁵³⁴ AYM'nin İlyas Başak kararında, başvuru yakalama sırasında derhâl haklarının hatırlatılmaması nedeniyle özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunmuşsa da AYM tarafından, başvuru hakkının gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verildiğinden diğer şikâyetlerinin ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir. Karar için ayrıca bkz. İlyas Başak, AYM, 2013/5662, 21.04.2016.

Sonuç olarak; söz konusu anlatımlar kısaca özetlenecek olursa, AYM'nin güncel yaklaşımına göre, kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklardan faydalandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanma iddiasıyla yapılacak bireysel başvurularda, başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl dava sonuçlanmamış dahi olsa, CMK 141/1-c yolu etkili ve tüketilmesi gerekli bir hukuk yoludur.

4. Kanuna Uygun Olarak Tutuklandığı Hâlde Makul Sürede Yargılama Mercii Huzuruna Çıkarılmama ve Bu Süre İçerisinde Hakkında Hüküm Verilmeme (CMK 141/1-d)

CMK 141/1-d düzenlemesinde, “*kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen*” kişilerin tazminat hakkına sahip oldukları ifade edilmektedir. Söz konusu düzenlemede “ve” bağlacına yer verilmesi nedeniyle tek bir durumun tazminat nedeni olarak algılandığı söylenebilir. Ancak Öğretide ve Yargıtay uygulamasında, madde kapsamında iki farklı tazminat nedeninin öngörüldüğü kabul edilmektedir.⁵³⁵ Bunlar; tutuklu kimsenin, makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmaması ile hakkında makul sürede hüküm verilmemesidir.

Görüldüğü üzere, söz konusu tazminat nedenlerinin oluşabilmesi için kişinin kanuna uygun olarak tutuklanmış olması koşul olarak öngörülmektedir. Bu nedenle yalnızca hukuka uygun olarak tutuklanmasına rağmen makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan veya hakkında makul sürede hüküm verilmeyen kişilerin tazminat hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Tutuklamanın kanuna aykırı olması durumunda, tutuklamanın devamı niteliğindeki işlemler de hukuka aykırı olacağından, CMK 141/1-a kapsamında tazminat talep edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, CMK 141/1-a ve CMK 141/1-d düzenlemelerinin birbirinden farklı durumları tazminat konusu olarak belirlediği açıktır.

⁵³⁵ Şahin, s.180; Epözdemir, s.19; Aydın, s.89.

a. Tutuklunun Makul Sürede Yargılama Mercii Huzuruna Çıkarılmaması

i. Teori

Sözleşme'nin 5/3 düzenlemesine göre, suç şüphesiyle yakalan veya tutulan kişinin, “derhâl” bir yargıç önüne çıkarılması şarttır.⁵³⁶ Nitekim Anayasa'nın 19/5 düzenlemesi bu hususu teyit ederek, paralel bir şekilde, tutuklanan kişinin, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç, en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılacağını ifade etmektedir.

İlgili düzenlemelerin kanundaki yansımaları CMK md.94'ün oluşturduğu söylenebilir. CMK md.94 izah edilmeden önce, tazminat nedeninin doğru bir şekilde anlaşılabilmesi için, 2014 yılında maddede yapılan değişiklik öncesi durumun kısaca anlatılması faydalı olacaktır.

CMK md.94'te yapılan değişiklik öncesi, hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa; aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılarak, serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere, tutuklanmaktaydı. CMK sistematığı içerisinde yer alan tutuklamadan farklı bir amaca hizmet eden bu tutuklamaya, uygulamada, “*yol tutuklaması*” veya “*sevk tutuklaması*” adı verilmekteydi. Sevk tutuklaması ile kişinin yetkili mercii huzuruna çıkarılması amaçlanmışsa da çeşitli nedenlerle (personel veya araç yetersizliği, ödenek olmaması vb.) kişilerin uzun süreler boyunca yetkili mercii huzuruna çıkarılmamaları nedeniyle, keyfî tutmalar yaşanmaktaydı.⁵³⁷ Nitekim Sözleşme'nin 5/3 düzenlemesine aykırı bu durumlar İHAM tarafından birçok ihlal kararıyla tespit edilmiştir.⁵³⁸

⁵³⁶ Hâkim önüne çıkartılmanın süresini belirten “derhâl” ifadesi, İHAM'ın içtihatları doğrultusunda somut olaylarla belirginleşmektedir. Bu anlamda İHAM'a göre, derhâl ifadesi yorumlanırken sınırlı bir esneklikle hareket edilmelidir. Derhâl kavramının taşıdığı anlam ve konuya ilişkin İHAM içtihatları için ayrıca bkz. “*Kanuni Gözaltı Süresi İçerisinde Hâkim Önüne Çıkarılmama*” başlığı.

⁵³⁷ Sevk tutuklamasına ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Hikmet Murat Akkaya, “*Sevk Tutuklaması*” Sorunu ve Aihm'in Yaklaşımı” **GÜHFD**, C.17, S.4, 2013, s.129-150.

⁵³⁸ *Salih Salman Kılıç*, İHAM, 22077/10, 05.03.2013, § 23-29; *Abdulsitar Akgül/Türkiye*, İHAM, 31595/07, 25.06.2013, § 18-22.

Kanuni düzenlemede yer alan bu sorunlu durum 2014 yılında yapılan değişiklikle sona ermiş ve CMK md.94'te yapılan değişiklik sonrası⁵³⁹ bu uygulama sona ermiştir. Söz konusu değişiklik, kişinin 24 saat içerisinde yetkili mercii huzuruna çıkarılmasının zorunlu tutulması nedeniyle, ilk bakışta Sözleşme'nin 5/3 düzenlemesine uygunluğun sağlandığı söylenebilir. Ancak yine de İHAM tarafından “derhâl” ifadesinin her somut olayın koşullarında ayrıca değerlendirildiği göz önüne alındığında, 24 saati geçmemesine rağmen makul olarak kabul edilemeyecek sürelerin ihlale neden olabileceği önemle belirtilmelidir.

CMK 141 çerçevesinde konu ele alınacak olursa; CMK 141/1-d kapsamında tazminat nedeni olarak öngörülen ilk durumun, kanunla düzenlenen azami sürele uygun olmasına rağmen, yargılama mercii huzuruna çıkarılma süresinin, somut olayın koşulları gözetildiğinde, makul bir süre olmaması nedeniyle ortaya çıkabileceği söylenebilir. Bu nedenle esasen CMK 141/1-d kapsamında tazminata konu olan durumların örneğini, sevk tutuklaması sonucunda oluşan keyfi tutmalar oluşturmaktadır. Yapılan değişiklik sonrasında ise CMK 141/1-d kapsamında oluşabilecek tazminat durumu, kişinin daha önce çıkartılma imkânı olmasına rağmen, yetkili mercii huzuruna çıkarılırken 24 saatlik sürenin keyfi olarak geciktirilmesi sonucunda oluşabilecektir. 24 saatlik azami sürenin aşılması durumunda ise, CMK 141/1-d kapsamında değil, kanuni gözaltı süresi içerisinde hâkim önüne çıkarılmama nedeniyle tazminat talep edilmesi daha doğru olacaktır.⁵⁴⁰

Son olarak soruşturma evresinde tutuklanan kişi hakkında iddianame hazırlanması sürecinin makul kabul edilemeyecek kadar uzun olduğu durumların, CMK 141/1-d kapsamında tazminat nedeni olduğu söylenebilir.⁵⁴¹ Zira iddianamenin makul kabul edilemeyecek süre boyunca düzenlenmemesi durumunda kişi, hakkında karar verecek yargılama mercii huzuruna çıkarılmamış olacaktır. Yine tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın uzun süreler boyunca dosya üzerinden incelendiği durumlarda aynı sorun

⁵³⁹ CMK md.94 hükmünün değişiklik sonrasındaki durumuna bakıldığında; “Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılır. Yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından bu kişinin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır.” denildiği görülmektedir.

⁵⁴⁰ Özalp, s.104-105.

⁵⁴¹ Aldemir, s.349.

gündeme gelebilecektir. Bu durum aynı zamanda, Sözleşme'nin 5/4 düzenlemesine aykırılık anlamını taşıyacağından, CMK 141/1-k kapsamında tazminat nedeni olabilecektir.⁵⁴²

ii. Yargısal Pratik

CMK 141/1-d kapsamında, yargılama mercii huzuruna makul sürede çıkarılmayan tutuklu kimselerin tazminat istemleri bakımından Yargıtay kararları incelendiğinde, sevk tutuklamasının uygulama alanı bulduğu dönemde bu ilkelerin başarıyla uyguladığına ilişkin bozma kararlarına rastlanılmaktadır.

Örneğin Yargıtay'ın, sevk tutuklamasının uygulandığı döneme ilişkin kararlarında 12 gün⁵⁴³, 15 gün⁵⁴⁴, 30 gün⁵⁴⁵, 32 gün⁵⁴⁶, 98 günlük⁵⁴⁷ süreleri, İHAM'ın konuya ilişkin yaklaşımlarını dikkate alarak, makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmama olarak kabul ettiği ve CMK 141/1-d kapsamında tazminat verilmesi gerektiği sonucuna ulaştığı görülmektedir.

Yine Yüksek Mahkemenin iddianamenin uzun süre düzenlenmemesi nedeniyle makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmadığı iddiasıyla açılan tazminat davalarında, İHAM'ın ilkelerini dikkate alarak sonuca ulaştığına dair belirlemeler yapmış olması konu bakımından önemlidir.⁵⁴⁸

⁵⁴² Korkmaz'a göre, CMK 141/1-d düzenlemesi mahiyeti itibarıyla daha özel bir düzenleme olduğu için bu iddiaların CMK 141/1-k kapsamında değil, CMK 141/1-d kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu yönde düşünce için ayrıca bkz. Korkmaz, s.106-107.

⁵⁴³ Yargıtay 12. C.D., 2011/20114 E., 2012/12183 K., 15.05.2012 T.

⁵⁴⁴ Yargıtay 12. C.D., 2014/17838 E., 2015/3398 K., 24.02.2015 T.

⁵⁴⁵ Yargıtay 12. C.D., 2012/20227 E., 2012/18818 K., 17.09.2012 T.

⁵⁴⁶ Yargıtay 12. C.D., 2014/3864 E., 2014/8484 K., 07.04.2014 T.

⁵⁴⁷ Yargıtay 12. C.D., 2014/4381 E., 2014/19509 K., 13.10.2014 T.

⁵⁴⁸ Yargıtay'ın soruşturmanın makul bir sürede tamamlanıp tamamlanmadığının ve davacının makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılıp çıkarılmadığının tespiti için, kişi hakkında düzenlenmiş olan bütün karar, tutanak ve belgelerin Yargıtay denetimine olanak verecek şekilde aslı ya da onaylı örnekleri de dosya içine alınıp soruşturmaya konu olayın ve savcılıkça yapılan işlemlerin kapsamı ve niteliği belirlenip göz önünde bulundurularak iddiaların gerekçelendirilerek değerlendirilmemesi nedeniyle bozma kararı verdiği kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2015/17170 E., 2017/3567 K., 24.04.2017 T.; Yargıtay 12. C.D., 2015/12904 E., 2017/1197 K., 20.02.2017 T.; Yargıtay 12. C.D., 2015/3983 E., 2016/59 K., 11.01.2016 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/19906 E., 2015/19237 K. 14.12.2015 T.; Yargıtay 12. C.D., 2018/3760 E., 2018/788 K., 10.09.2018 T.

Yargıtay’ın söz konusu ilkeleri içtihadına başarıyla aktardığı kararları⁵⁴⁹ olmakla birlikte başarısız olarak değerlendirilebilecek kararlarının da olduğu söylenmelidir. Yargıtay’ın başarısız olarak değerlendirilebilecek kararları; İHAM içtihatlarıyla ortaya konulan ilkelerin “basmakalıp” şekilde uygulandığı izlenimini uyandırmaktadır.

Örneğin terör suçlarının isnat edildiği veya yargılamadaki kişi sayısının fazla olduğu durumlarda, söz konusu nedenlerin, tek başına, “otomatik olarak” geçirilen sürelerin makul olduğu sonucuna ulaşılmasında etkili olduğu görülmektedir.⁵⁵⁰ Yargıtay’ın bu yöndeki yaklaşımı; terör suçlarının isnat edildiği veya yargılamadaki kişi sayısının fazla olduğu durumlarda, söz konusu yolun başarı şansı tanımayacağı ve etkili bir hukuk yolu niteliğinde olamayacağı yönünde kanaat uyandırmaktadır.

⁵⁴⁹ Örneğin Yargıtay kararına bir konuda olayda Mahkeme, 10.06.2006 tarihinde tutuklanan kişi hakkında 29.01.2007 tarihli iddianame ile kamu davası açıldığı, tensiple birlikte tutukluluğun devamına karar verildiği, sanığın değişik cezaevlerine nakli dolayısıyla 28.09.2007 tarihinde talimatla savunmasının alındığı ve 26.10.2007 tarihinde yargılandığı mahkeme huzuruna çıkarılıp serbest bırakıldığı, kişinin yasaya uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmadığı, yargılandığı mahkemede hazır bulundurulmadığı ve CMK 141/1-d maddesi gereğince manevi tazminata hak kazandığı, bunun için davanın sonuçlanmasının ve beraat etmesinin gerekmediği sonucuna ulaşılmıştır. Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2014/3087 E., 2014/10836 K., 05.05.2014 T.

⁵⁵⁰ Yargıtay makul sürede yargılama mercii önüne çıkarılmadığı iddiasıyla tazminat talep edildiği bir davada, İHAM ilkelerini de dikkate alarak, kişinin 30 sanıkla birlikte yakalandığı, terör örgütüne üye olma suçu nedeniyle tutuklandığı, hakkında terör örgütünün yöneticisi olma ve 2911 sayılı Kanuna muhalefet etme suçları nedeniyle iddianame düzenlendiği, yargılandığı suçların niteliği, özellikle eylemlerin sayısı, sanık sayısı ve eylemlerin niteliğinden hareketle dosyanın karmaşıklık düzeyi dikkate alındığında, somut olayda yargılamanın özenli yürütülmediğine ilişkin somut veriler bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Söz konusu kararda, yerel mahkeme tarafından makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmadığı iddiası kabul edilerek 5.000-TL tazminata hükmedilmesine rağmen Yargıtay tarafından söz konusu kararın bozulmuş olması da kararı ilginç kılmaktadır. Nitekim Yargıtay kararının muhalefet şerhinde, yargı tarihinde ilk olma özelliği taşımayan bir soruşturma dosyasında toplamda 445 gün tutukluluk süresinin dosya kapsamında makul kabul edilemeyeceği ve hak ihlaline sebebiyet verdiğinin ilke olarak kabul edilmesi gerekeceği ifade edilmiştir. Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2015/3107 E., 2015/19163 K., 10.12.2015 T. Yine Yargıtay’ın kararına konu bir olayda, 04.04.2012 tarihinde gözaltına alınıp 06.04.2012 tarihinde tutuklanan kişi hakkında davanın açılmasından sonra 18.04.2013 tarihli celsede savunmasının alınarak tahliye edildiği belirtilerek tazminat talebinde bulunulmuşsa da Yüksek Mahkeme tarafından, ceza yargılamasının davacı ile beraber toplam 19 sanık hakkında silahlı terör örgütüne üye olmak ve sair suçlar sebebiyle yürütüldüğü ve 115 kişinin müşteki sıfatının bulunduğu, davacı tarafından tutukluluğun devamına dair kararların gerekçesiz olarak verildiğinin ileri sürülmediği, soruşturma evresinde sanık sayısının fazla olmasının tutukluluğun uzaması için neden olmasa bile, müşteki sayısının fazla olmasının sürenin uzamasına etkisinin olacağı ve ceza yargılamasına konu suçların niteliği ve dosyanın kapsamı dikkate alındığında, davacının makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmadığı iddiasının sübut bulmadığı ve tazminat şartlarının oluşmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2014/7554 E., 2015/661 K., 19.01.2015 T.

Son olarak Yargıtay’a göre, CMK 141/1-d kapsamında açılacak tazminat davalarının incelenebilmesi için; kişi hakkında yürütülen asıl davanın sonuçlanması veya asıl davada beraat kararı verilmesi gerekmemektedir.⁵⁵¹ Ancak Yargıtay’ın bu yöndeki olumlu çıkarımına rağmen, asıl dava devam ederken açılacak CMK 141 davasının uygulamada başarılı olup olmayacağı şüphelidir.

iii. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması

CMK 141/1-d kapsamında yargılama mercii huzuruna makul sürede çıkarılmayan tutuklu kimselerin tazminat istemleri bakımından AYM ve İHAM kararları incelendiğinde; mahkemelerin, söz konusu başvuru yolunu etkili ve tüketilmesi gerekli bir yol olarak kabul ettikleri görülmektedir.

Örneğin İHAM’ın *Balta/Türkiye*⁵⁵² kararında, başvuru yolu tutuklaması nedeniyle derhâl hâkim önüne çıkarılmadığından yakınmıştır. İHAM yaptığı incelemede; başvuru yolunun özgürlükten yoksun bırakma hâlinin serbest bırakılmayla sona erdiğini, CMK 141/1-d düzenlemesiyle de makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan kimseler bakımından hem ihlalin tespiti imkânı sağlandığı hem de tazminata hükmedildiği, üstelik Hükümet tarafından sunulan Yargıtay kararlarının benzer durumdaki kişiler bakımından uygulandığını gösterdiğini ancak başvuru yolunun bu yolu tüketmemesi nedeniyle başvurunun esasının incelenemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. İHAM’ın yaptığı incelemede somut Yargıtay kararlarından hareketle sonuca varması isabetliken, başvuru tarihi itibarıyla, söz konusu içtihatların olmadığı gerçeğinin göz ardı edilmesi önemli bir eksikliği oluşturmuştur.

AYM’nin CMK 141/1-d yoluna ilişkin yaklaşımına bakıldığında ise; Mahkemenin, tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın dosya üzerinden incelendiği iddiaları bakımından, söz konusu başvuru yolunu etkili bir hukuk yolu olarak kabul ettiği görülmektedir. Örneğin AYM, *Salih Sönmez*⁵⁵³ kararında, başvuru yolunun tutukluluk durumunun yaklaşık yirmi bir ay boyunca duruşmasız olarak incelendiğini ancak yapılan ilk duruşma ile bu durumun sona erdiğini, verilecek bir ihlal kararının başvuru yolunun yeniden hâkim önüne çıkarılmasını sağlamayacağı veya serbest kalması sonucunu doğurmayacağı da dikkate

⁵⁵¹ Yargıtay 12. C.D., 2012/25534 E., 2012/22659 K., 01.11.2012 T.

⁵⁵² *Balta/Türkiye*, İHAM, 51359/09, 09.02.2014, § 49-62.

⁵⁵³ *Salih Sönmez*, AYM, 2016/25431, 28.11.2018, § 162-177.

alındığında hem ihlal iddiasının tespitine imkân tanıyan hem de bunun sonucuna tazminat öngören CMK 141/1-d yolunun etkili ve tüketilmesi gerekli bir yol olduğu sonucuna ulaşmıştır. AYM, söz konusu kararında, başvuruya konu olaya benzer nitelikte bir olayda CMK 141/1-d yolunun başarıyla uygulandığına dair herhangi bir somut içtihat olup olmadığını tartışmamıştır.⁵⁵⁴

Nitekim AYM'nin bu yöndeki sorunlu yaklaşımının sonuçları, kendisini *İbrahim Soylu*⁵⁵⁵ kararında göstermiştir. Başvurucu gerçekten de AYM'nin işaret ettiği üzere, makul süre içinde hâkim önüne çıkarılmama nedenine dayalı olarak, CMK 141 davası açmış; ancak açılan dava, yerel mahkeme tarafından asıl davanın derdest olduğu gerekçesiyle, Yargıtay tarafından ise yukarıda bahsedilen “basmakalıp” anlayışla reddedilmiştir. AYM tarafından yapılan incelemede ise; Yargıtay tarafından tazminat davasının reddine dayanak kılınan “*isnat edilen suçun terör suçu olması*” ve “*yargılamadaki kişi sayısının fazla olması*” şeklindeki gerekçelerin, 13 ay boyunca tutukluluk durumunun duruşmasız olarak incelenmesini haklı çıkarmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

İbrahim Soylu kararıyla birlikte, tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın dosya üzerinden incelendiği iddiaları bakımından, CMK 141/1-d yolunun uygulamada başarı şansı sunmadığı açıkça ortaya çıkmıştır. Ancak bu durum, AYM'nin sorunlu yaklaşımını değiştirmesine neden olmamıştır. Bu sorunlu yaklaşım, AYM'nin görüş değiştirmek için tam olarak neyi beklediğini sormayı gerekli kılmaktadır. AYM'nin ısrarıyla CMK 141 yoluna giden başvuruçuların, bir yandan yerel mahkemelerin “asıl davanın kesinleşmediği” gerekçesiyle bir yandan da Yargıtay'ın “basmakalıp” anlayışıyla karşılaşması, AYM'nin CMK 141 yolunun pratikte başarı şansı tanımadığını fark etmesi için yeterli olmamaktadır. Mahkemenin bu somut gerçekliği, önüne gelen başvuruyla fark ederek iş yüküne aradığı çözümün CMK 141 yolunda olup olmadığını kendisine yeniden sorması gerekmektedir. Ancak bu sorunun cevaplanmasının ardından, verilen kararların isabetli olacağı söylenecektir.

⁵⁵⁴ AYM önceki kararlarında ise söz konusu iddialar bakımından CMK 141/1-d yolunu hiçbir şekilde tartışmamış, bazı kararlarında ise ihlal sonucuna ulaşmıştır. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Firas Aslan ve Hebat Aslan*, AYM, § 64-75; *Günay Dağ ve Diğerleri*, AYM, § 180-190.

⁵⁵⁵ *İbrahim Soylu*, AYM, 2015/14648, 23.01.2019.

AYM, *Salih Sönmez* kararında vardığı sonucu sonraki kararlarında da sürdürmüş ve tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın yapıldığına ilişkin iddialar bakımından, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla kişi hâkim/mahkeme önüne çıkarılmışsa, CMK 141/1-d yolunu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmiştir.⁵⁵⁶ Ancak yine de Mahkemenin, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla hâkim önüne hâlen çıkarılmayan kimseler bakımından CMK 141/1-d yolunun tüketilmesini beklemediği önemle belirtilmelidir.⁵⁵⁷

Yukarıda da bahsedildiği üzere, tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın dosya üzerinden yapıldığına ilişkin iddialar, Sözleşme md.5/4 kapsamında değerlendirilmelidir. Bu nedenle söz konusu nedene bağlı olarak, aynı zamanda, CMK 141/1-k kapsamında, teorik olarak, tazminat talep edilebileceği söylenebilecektir. İHAM'ın Sözleşme'nin 5/4 düzenlemesinde belirtilen güvencelere aykırılık durumlarının hiçbirinde CMK 141 düzenlemelerini etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmediği dikkate alındığında; AYM'nin bu yaklaşımının, İHAM tarafında karşılığı olmadığı söylenebilir.⁵⁵⁸

⁵⁵⁶ Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Özcan Gürçay*, AYM, 2016/76717, 09.01.2019, § 82-85; *Erdem Doğan*, AYM, § 99-102; *Ramazan Özcan*, AYM, § 105-110; *Ufuk Yeşil*, AYM, § 91-94; *Selim Öztürk*, AYM, 2017/4834, 08.05.2019, § 79-84; *Alparslan Altan (2)*, AYM, 2018/22191, 09.05.2019, § 38-44; A.A., AYM, 2017/21771, 29.05.2019, § 49-50; *Resül Kılıçaslan*, AYM, § 49-50; *Mehmet Osman Kavala*, AYM, 2018/1073, 22.05.2019, § 82-83; *Metin Güneş*, AYM, § 87-95; *Cengiz Türkmen*, AYM, 2016/43843, 03.07.2019, § 73-80; *Hannan Yılbaşı*, AYM, § 102-108; *Ahmet Karadavut*, AYM, § 116-122; *Resul Darama*, AYM, 2018/251, 18.07.2019, § 71-79; *Metin Karahan*, AYM, 2017/16972, 11.09.2019, § 60-64; *Muammer Koçan*, AYM, § 116-124; *Tarık Kavak*, AYM, 2016/22177, 26.09.2019, § 65-67; *Selahattin Kayaalp*, AYM, 2016/77848, 26.09.2019, § 69-74; *Recayi Demir*, AYM, § 102-108; *Hasan Kayran*, AYM, § 80-86; *Şevki Metin Aydın*, AYM, § 73-77; *Hüseyin Yıldırım*, AYM, 2017/18386, 27.02.2020, § 41-48; *Şenol Coşkun*, AYM, § 96-103; *Tuncer Çaycı*, AYM, 2017/7656, 03.06.2020, § 67-73. AYM, CMK 141 yoluna başvuru süresinin geçtiği bir durumda tutukluluk incelemesinin duruşmasız ve makul olmayan aralıklarla incelendiği yönündeki ihlal iddiasını esaslan incelemiştir. Karar için ayrıca bkz. *Mehmet Ölmez*, AYM, 2014/19800, 10.01.2019, § 52-69.

⁵⁵⁷ Bu yönde karar için ayrıca bkz. *Erdal Tercan*, AYM, 2016/15637, 12.04.2018, § 215-251.

⁵⁵⁸ İHAM'ın Sözleşme md.5/4 kapsamındaki güvencelere aykırılık durumlarında CMK 141 düzenlemelerini etkili olarak kabul etmediğine ilişkin açıklamalara CMK 141/1-k kapsamında yer verilmiştir. Bkz. İkinci Bölüm, “Yakalama ve Tutuklama İşlemine Karşı Kanunda Öngörülen Başvuru İmkânlarından Yararlandırılmama” Başlığı.

b. Tutuklu Hakkında Makul Sürede Hüküm Verilmemesi

i. Teori

Sözleşme'nin 5/3 düzenlemesine göre, suç şüphesiyle tutulan kişilerin makul sürede salıverilme hakları bulunmaktadır. Nitekim paralel nitelikteki Anayasa'nın 19/7 düzenlemesi de tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakkına sahip olduklarını ifade etmektedir. Söz konusu düzenlemeler ile güvence altına alınan, yargılamanın makul sürede tamamlanması olmayıp tutukluluğun makul süreyi aşmamasıdır.⁵⁵⁹ Gerçekten de yargılamanın makul sürede tamamlanmasını gerektğini ifade eden makul sürede yargılanma hakkı (Sözleşme md.6/1) ile yargılamadaki tutukluluğun makul süreyi aşıp aşmadığına ilişkin makul sürede salıverilme hakkı (Sözleşme md.5/3) birbirinden farklıdır.⁵⁶⁰ Örneğin yürütülen bir yargılama uzun sürmesine rağmen yargılamanın özellik arz eden durumları nedeniyle (davanın karmaşıklığı, tarafların tutumu vb.) makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmediği söylenebilirse de aynı yargılamada kişinin tutukluluğu makul olarak kabul edilemeyecekse, Sözleşme md.5/3'ün ihlalinden bahsedilecektir.⁵⁶¹

CMK 141/1-d kapsamında tazminat nedeni olarak öngörülen ikinci durum da tutukluluğun makul süreyi aşması hâlidir. Tazminat nedeninin oluşma durumu için iki soruya yanıt aranılmalıdır. Bunlar: tutukluluk süresinin makul olup olmadığının değerlendirilebilmesi bakımından, tutukluluk süresinin nasıl hesaplanacağı ile tutukluluk süresinin makul olmasından ne anlaşılması gerektir.

⁵⁵⁹ Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.176.

⁵⁶⁰ Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1**, s.399.

⁵⁶¹ AYM'de özgürlüğü kısıtlanarak yargılanan kişinin yargılamanın makul sürede bitirilmesindeki menfaatinin, işin doğası gereği diğerlerine göre daha fazla olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda Mahkemeye göre, Anayasa md.19/7'de belirtilen tutuklu kişinin "makul sürede yargılanma" hakkı, adil yargılanma hakkı kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkına göre daha yüksek bir koruma sağlamaktadır. Bu nedenle, tutuklu olarak sürdürülen soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin süratle sonuçlandırılması gerekecektir. Bunun için başta savcılıklar ve mahkemeler olmak üzere tüm kamu organları, tutuklu olarak sürdürülen soruşturma/kovuşturma süreçlerinin -adil yargılanma hakkının sağladığı güvenceye riayet edilmek koşuluyla- süratli bir şekilde sonuçlandırılması için özenli davranmalıdırlar. Anılan özen yükümlülüğü, kişinin hürriyetinden yoksun bırakılmaya devam edilmesinin keyfi olmadığının, dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik müdahalenin meşru amacının devam ettiğinin söylenebilmesi için de zorunludur. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, AYM, 2016/22169, 20.06.2017, § 287.

İlk soruya cevap aranıldığında; İHAM⁵⁶², AYM⁵⁶³ ve Yargıtay⁵⁶⁴, in aynı yaklaşımla, tutukluluk süresini belirledikleri görülmektedir. Mahkemelerin yaklaşımına göre tutukluluk süresi hesaplanırken; kişinin yakalandığı durumda yakalanma anından, doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklama tarihinden itibaren süre hesaplanmaya başlanacaktır. Tutukluluk süresinin sonunu ise kişinin salıverildiği veya ilk derece mahkemesi tarafından hüküm verildiği tarih oluşturacaktır. Mahkemelerin bu yöndeki kabulü nedeniyle, tutukluluk süresinin hesaplanmasında, istinaf ve temyiz aşamasında geçen süreler hesaba dahil edilmeyecektir. Tutukluluğun devam ettiği durumlarda karar bozulursa; bozma tarihi ile kişinin salıverilme veya tekrar hakkında hüküm verildiği tarihler arasında geçen süre de tutukluluk süresine eklenecektir.⁵⁶⁵

Bu husus tespit edildikten sonra tutukluluk süresinin makul olmasından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin *ikinci soruya yanıt aranılmalıdır*. Tutuklunun makul sürede salıverilme hakkına konu olan Sözleşme md.5/3 ile Anayasa md.19/7 düzenlemelerinde, açık bir tutukluluk süresi yer almamaktadır. Bu nedenle tutukluluk süresinin makul olup olmadığı, her somut olayın kendi özel koşulları içerisinde, İHAM ve AYM içtihatlarıyla belirginleşmektedir.

⁵⁶² Wemhoff/Almanya, İHAM, 2122/64, 27.06.1968, § 9; Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1**, s.399-400; Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.177; Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İn: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed: Sibel İnçeoğlu, s.202.

⁵⁶³ Murat Narman, AYM, 2012/1137, 02.07.2013, § 66; Bayram Demirbilek, AYM, 2014/1125, 10.12.2014, § 29. Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.178.

⁵⁶⁴ YCGK, 2011/1-51 E., 2011/42 K., 12.04.2011 T.

⁵⁶⁵ CMK’nın 2/f düzenlemesine göre, kovuşturma süreci, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade etmektedir. Bu nedenle istinaf ve temyiz sürecinde geçen sürelerin de tutukluluk süresine dahil edilmesi gerektiği söylenecektir. Nitekim Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hakkındaki Kanun md.4 gereğince mahkûmiyet hükümlerinin kesinleşmedikçe infaz olunamayacağı ve yapılacak istinaf veya temyiz başvurularıyla hükmün kesinleşmesinin engellenmesi bu yorumu desteklemektedir. İç hukukta söz konusu düzenlemelerle daha ileri güvenceler sağlanmış olmasına rağmen Mahkemelerin tutukluluk süresinin hesaplanmasına dair yaklaşımları oldukça sorunludur. Mahkemelerin söz konusu yaklaşımları da Öğretide eleştirilmektedir. Bu yönde eleştiriler ve detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.179-180; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Bahri Öztürk (Ed.), s.477-478; Yenisey, Nuhoglu, s.376-377; Özbek, Doğancı, Bacaksız, s.293; Bozkurt, s.871-872; Korkmaz, s.104-105; Epözdemir, s.19-20.

İHAM'ın konuya ilişkin yaklaşımı incelendiğinde; Mahkeme'nin, somut olayın koşullarını dikkate alarak, 5 yıl 6 ay süren tutukluluk süresini makul olarak değerlendirmişken⁵⁶⁶, 7 ay 3 haftalık tutukluluk süresini, Sözleşme'nin ihlali olarak kabul ettiği görülmektedir.⁵⁶⁷ Bu nedenle tutukluluk süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken, yalnızca sürenin görece kısa veya uzun olmasının belirleyici olmadığı önemle belirtilmelidir. İHAM'a göre, tutukluluk halinin devamı ancak masumiyet karinesi karşısında özgürlük ve güvenlik hakkından feragat edilmesini gerektirecek ölçüde gerçek bir kamu yararının bulunduğu durumlarda haklı görülebilecektir.⁵⁶⁸ Bunun yanı sıra Mahkeme, sürenin makullüğüne ilişkin tespitlerde bulunurken somut davanın koşullarını gözeterek; tutuklama kararlarının “ilgili” ve “yeterli” gerekçelerle verilip verilmediği ile yürütülen yargılamada gerekli özenin gösterilip gösterilmediğini dikkate alarak sonuca varmaktadır.⁵⁶⁹

Aynı yaklaşımın AYM tarafından da benimsendiği söylenebilir. Nitekim AYM'de başlangıçtaki tutuklama nedenlerinin belirli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için yeterli görülebileceğini ancak bu süre geçtikten sonra, tutukluluğun devamı kararlarında, tutuklama nedenlerinin hâlâ devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekeceğini belirtmektedir. Nitekim bu gerekçeler AYM tarafından “ilgili” ve “yeterli” görüldüğü takdirde, yargılama sürecinin özenle yürütülüp yürütülmediği incelenecektir. Mahkeme'ye göre davanın karmaşıklığı, organize suçlara dair olup olmadığı veya sanık sayısı gibi faktörler sürecin işleyişinde gösterilen özenin değerlendirilmesinde dikkate alınacak ve tüm bu unsurların birlikte değerlendirilmesiyle sürenin makul olup olmadığı konusunda sonuca ulaşılabilecektir.⁵⁷⁰

Konuya ilişkin CMK düzenlemeleri incelendiğinde ise, tutukluluk süresini belirleyen “makul” kavramına dair bir süre belirlemesi yapılmadığı yalnızca azami tutukluluk süresinin

⁵⁶⁶ *Chraidi/Almanya*, İHAM, 65655/01, 26.10.2006, § 33-48.

⁵⁶⁷ *Shishkov/Bulgaristan*, İHAM, 38822/97, 09.01.2003, § 57-67.

⁵⁶⁸ *Batu ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 33097/96, 03.06.2004, § 161-162; *Punzelt/Çek Cumhuriyeti*, İHAM, 31315/96, 25.04.2000, § 73. Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1**, s.400.

⁵⁶⁹ *Jablonski/Polonya*, İHAM, 33492/96, 21.12.2000, § 80. Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İn: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed: Sibel İnceoğlu, s.202.

⁵⁷⁰ *Mehmet Haberal*, AYM, § 89.

düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Uygulamada tutuklamaya ilişkin azami süreler, kişinin tutulabilmesi için “açık çek” olarak algılanmaktadır.⁵⁷¹

Tutuklukta geçen süreler bakımından, makul sürenin aşılması ile azami sürenin aşılması farklı durumlardır. Gerçekten de kanunda belirtilen azami sürelerin aşılması durumu, tutmanın kanuniliği bakımından önem arz etmektedir. Bu bakımdan kanunda belirtilen sürelerin aşılması durumunda tutuklama hukuka aykırı nitelikte olacak ve Sözleşme’nin 5/1 düzenlemesinin ihlali gündeme gelecektir. Tutuklulukta makul sürenin aşılması durumu ise azami sürenin aşılmadığı durumlarda söz konusu olacaktır.

CMK 141 bağlamında konu ele alınacak olursa, tutukluluğun azami süreyi aştığı durumlarda, tutuklama hukuka aykırı nitelikte olacağından, CMK md.141/1-a kapsamında tazminatın; makul sürenin aşılması durumunda ise CMK 141/1-d kapsamında tazminatın talep edilmesi gerekeceği söylenecektir.

ii. Yargısal Pratik

CMK 141/1-d düzenlemesinde belirtilen ikinci tazminat durumuna ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde; Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin yeterli bir pratiğinin bulunduğu görülmektedir. Ancak Yüksek Mahkeme’nin kararlarında sorunlu alan, İHAM içtihatlarıyla ortaya konulan ilkelerin, her davanın kendine özgü koşulları değerlendirilmeden, “basmakalıp” şekilde uygulanmasıdır.⁵⁷²

Yargıtay’ın eleştiriye açık olan söz konusu kararlarında, “*somut olayda davacıya (sanığa) atfedilen suçun ciddi ve ağır olduğu, atılı suça dair olarak yapılan yargılamadaki, delillerin sayısı ve niteliği, yargılanan eylemlerin sayısı, sanık sayısı ve eylemlerin niteliğinden hareketle dosyanın karmaşıklık düzeyi dikkate alındığında, tutukluluk süresinin makul olduğu*” şeklinde tutukluluğun devamına karar verilirken kullanılan “basmakalıp” ifadelere benzer şekilde sonuca ulaşıldığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme tarafından İHAM’ın ilkelerinin dikkate alınması oldukça önemlidir. Ancak tutukluluğun makul olup olmadığı konusunda belirleme

⁵⁷¹ Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.180.

⁵⁷² Yargıtay’ın asıl dava dosyasının celp edilmemesi ve diğer eksiklikler nedeniyle bozduğu kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2015/201 E., 2015/13994 T., 29.09.2015 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/22510 E., 2015/13907 K., 28.09.2015 T.; Yargıtay 12. C.D.2014/20039 E., 2015/13913 K., 28.09.2015 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/23346 E., 2015/10032 K., 08.06.2015 T.

yapılırken, somut davadaki objektif hususlara dikkat çekilmeyerek, doğrudan “isnat edilen suçun niteliği”, “sanık sayısı” gibi ifadelerle tazminat taleplerinin reddedilmesi oldukça sorunludur. Yargıtay’ın gerçekten de bazı davalar bakımından ulaştığı sonuç doğru olabileceksede bu husus, mahkemenin hangi gerekçeyle ve somut koşula dayanılarak karara varıldığının açıkça gerekçelendirilmemesi eksikliğini ortadan kaldırmamaktadır. Söz konusu sorunlu kararlarda her defasında yerel mahkemelerce tazminata hükmedilmesine rağmen, Yargıtay tarafından davanın reddedilmesi gerektiğine dair sonucuna ulaşılması da dikkat çekicidir.⁵⁷³

Yargıtay’ın bu yöndeki problemlili yaklaşımı azami tutukluluk süresinin aşılmış olmasına rağmen hâlen tutukluluk süresinin makul olarak kabul edildiği kararlarda kendisini açıkça göstermektedir.⁵⁷⁴ Söz konusu kararlarda, AYM’nin aynı dosyada tutuklu olan *Savaş Çetinkaya*⁵⁷⁵ için azami tutukluluk süresi ile makul tutukluluk süresinin aşıldığı yönündeki ihlal tespitine rağmen, Yargıtay tarafından, tutukluluk süresinin, “*atfedilen suçların ciddi ve ağır olduğu, davanın kapsamı, dosyadaki delillerin çokluğu, sanıklara yüklenen suçların sayısı ve niteliği, sanıkların sayısı ve davanın karmaşık olması*” gerekçeleriyle, makul görülmesi oldukça büyük bir sorundur.⁵⁷⁶ Bu husus Yargıtay’ın tazminat nedenine ilişkin yaklaşımının “basmakalıp” şekilde olduğunu açıkça göstermektedir.

Yargıtay’ın bu yöndeki yaklaşımı, benzer durumdaki kişiler bakımından, tazminat yolunun başarı şansı tanımadığını ve etkili bir hukuk yolu olamayacağını göstermektedir. Zira Yargıtay’ın bu yöndeki yaklaşımı, CMK 141/1-d yoluyla her ne kadar şekli olarak Sözleşme md.5/5’e uygunluk sağlanmışsa da içeriksel olarak Sözleşme’ye uygunluğun sağlanamadığını göstermektedir.

⁵⁷³ Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2017/7600 E., 2018/1311 K., 12.02.2018 T.; Yargıtay 12. C.D., 2018/5182 E., 2018/10630 K., 12.11.2018 T.; Yargıtay 12. C.D., 2018/2625 E., 2018/7124 K., 25.06.2018 T.; Yargıtay 12. C.D., 2019/266 E., 2019/6365 K., 20.05.2019 T.

⁵⁷⁴ Kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2015/4316 E., 2015/19160 K., 10.12.2015 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/15450 E., 2015/4363 K., 09.03.2015 T.

⁵⁷⁵ *Savaş Çetinkaya*, AYM, 2012/1303, 21.11.2013.

⁵⁷⁶ Nitekim kararların muhalefet şerhinde, AYM’nin kararına dikkat çekilmiş ve davacının üzerine atılı suçların Türkiye yargı tarihi bakımından ilk defa görülen farklı bir dava türü olma özelliği olmadığından, tazminata hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2015/4316 E., 2015/19160 K., 10.12.2015 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/15450 E., 2015/4363 K., 09.03.2015 T.

Son olarak Yargıtay’a göre, CMK 141/1-d kapsamında açılacak tazminat davalarında, asıl davanın kesinleşmesi aranılmayacağı gibi kişinin beraat etmiş olması da gerekmemektedir.⁵⁷⁷

iii. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması

İHAM’a ve AYM’ye özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruların büyük bir çoğunluğunda, tutukluluğun makul veya azami süreyi aştığı şikâyetinde bulunmaktadır. Bu durum söz konusu iddialar bakımından CMK 141 yolunu oldukça önemli bir konuma getirmektedir. Zira CMK 141 yoluyla, teorik olarak, ihlal iddialarının tespiti ile tazminat imkânı sağlandığından, mahkemelerce bu yolun etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmesi durumunda tüketilmesi zorunluluğu gündeme gelecektir. Ancak tutukluluk durumunun hâlen devam ettiği durumlarda, başvuru yolunda serbest bırakılmaya imkân tanınmadığından, CMK 141 yolunun etkili olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı önemle belirtilmelidir.

İHAM’ın ve AYM’nin, tutukluluğun makul veya azami süreyi aştığı iddialarıyla yapılan bireysel başvurularda, CMK 141 yolunun etkililiğine ilişkin içtihatları sürekli gelişim sergilemiştir.⁵⁷⁸

AYM, konuya ilişkin ilk içtihatlarından olan *Ramazan Aras*⁵⁷⁹ başvurusunda, tutukluluk süresinin makul ve azami süreyi aştığı iddiaları bakımından, bakanlığın CMK 141’in tüketilmediği yönündeki ön itirazlarını reddederek, esas incelemesini gerçekleştirmiş, özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. AYM’nin kararında dikkate değer

⁵⁷⁷ Bu yönde karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2015/2851 E., 2016/3143 K., 29.02.2016 T. Yargıtay tarafından kişinin beraat etmiş olmasının şart olarak aranılmayacağı ifade edilmişse de Yargıtay’ın, bir kararında;” (...) *sonuç olarak davacılara (sanıklara) verilen hapis cezalarının kesinleşmiş olması karşısında, açıklanan gerekçeler doğrultusunda mahkemeye davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davacılar lehine tazminata hükmedilmesi, Kanuna aykırı olup (...)*” şeklindeki ifadelere yer vermiş olması, kişi hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olmasının dikkate alınarak sonuca varıldığını göstermektedir. Söz konusu tazminat nedeni bağlamında, kişinin mahkûm olup olmamasının makul olmayan süre boyunca uzayan tutukluluğu haklı çıkarmayacağı açıktır. Bu nedenle söz konusu karar içtihatları tutarsızlığı derinleştirmektedir. Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2015/2784 E., 2016/2092 K., 15.02.2016 T.

⁵⁷⁸ Tutukluluğun azami süreyi aştığı iddiası esasen tutmanın kanuniliğine ilişkin olduğundan CMK 141/1-a kapsamında tazminat nedenidir. Ancak Yargıtay ve AYM uygulamasında, tutukluluğun azami veya makul süreyi aştığına yönelik iddialar CMK 141/1-a ve CMK 141/1-d kapsamında birlikte incelenerek sonuca varılmaktadır. Bu durum nedeniyle tutukluluğun azami süreyi aştığı iddialarına bu başlık altında yer verilmesi uygun görülmüştür.

⁵⁷⁹ *Ramazan Aras*, AYM, § 24-36.

husus, hakkında hüküm verilmesiyle birlikte tutukluluk hâli sona ermiş başvuru bakımından, CMK 141 yolunun etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmemiş olmasıdır.⁵⁸⁰ Özellikle Bakanlığın, İHAM'ın *Demir/Türkiye* ve *Balca/Türkiye* kararları ile bu yola öncelikle başvurulması gerektiği ve Yargıtay kararlarında da davanın esasıyla ilgili kararın kesinleşmesinin şart olmadığı belirtilmesine rağmen, AYM'nin bu sonuca ulaşmış olması önemlidir.⁵⁸¹ AYM'nin benzer yöndeki ilk dönem kararlarında, başvuru tarihini itibarıyla taleplerini dikkate aldığı ve Bakanlık tarafından sunulan Yargıtay kararlarının somut olaylar açısından bahsi geçen tazminat yolunun etkili olduğunu gösteremeyeceği sonucuna ulaştığı belirtilmelidir.⁵⁸²

AYM'nin ilk dönem kararları genel olarak bu yönde olsa da *Hamit Kaya*⁵⁸³ başvurusunda Mahkeme farklı bir sonuca ulaşmıştır. Söz konusu kararda başvuru, azami tutukluluk süresi ile tutukluluğun makul süreyi aşmasından yakınmıştır. AYM tarafından yapılan incelemede; CMK 141 yolunun hüküm kesinleşmeden önce tutukluluğun hukuki olmadığı ve tutukluluğun makul süreyi aştığı şikâyetleri açısından etkili olduğuna yönelik uygulamada bir örnek bulunmadığı gerekçesiyle etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilemeyeceği belirtilmişse de

⁵⁸⁰ Benzer yönde tutukluluk süresinin azami veya makul süreyi aştığı iddiasıyla yapılan başvurularda, hakkında hüküm verilen kişiler bakımından CMK 141 yolunun tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak görülmediği kararlar için ayrıca bkz. *Ramazan Çelik*, AYM, 2012/152, 20.02.2014, § 30-33; *Sadettin Pahsa ve Bedri Orundaş*, AYM, 2013/736, 03.04.2014, § 23-26; *Nusret Argun*, AYM, 2013/6149, 06.03.2014, § 25-33. Yine AYM'nin, *Firas Aslan ve Hebat Aslan* kararında, başvuru, mahkemece verilen tutukluluğun devamına ilişkin kararların formül gerekçelere dayandığından yakınmışlardır. AYM yaptığı incelemede, her iki başvuru bireysel başvuru kararına bağlandığı tarih itibarıyla tahliye olmasına rağmen, tutukluluğun devamının formül gerekçelere dayandığı yönündeki şikâyetler açısından CMK 141 yolunun hüküm kesinleşmeden önce etkili olduğuna yönelik uygulamada bir örnek bulunmadığı gerekçesiyle Bakanlığın itirazlarını reddetmiştir. Karar için ayrıca bkz. *Firas Aslan ve Hebat Aslan*, AYM, § 33-38. Benzer yönde azami tutukluluk süresinin aşıldığı iddiasıyla yapılan başvuruda, hakkında tahliye kararı verilen kişi bakımından CMK 141 yolunun etkili görülmediğine ilişkin bir diğer karar için ayrıca bkz. *Özgür Görmez*, AYM, 2013/843, 03.04.2014, § 22-32.

⁵⁸¹ Aynı yönde diğer kararlar için ayrıca bkz. *Burak Döner*, AYM, § 24-35; *Uğur Hoşgören*, AYM, 2012/999, 09.01.2014, § 24-34.

⁵⁸² Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Soner Şengüller*, AYM, 2012/899, 09/01/2014, § 21-34; *Fikret Eskin*, AYM, 2012/348, 04.12.2013, § 22-33. AYM'nin CMK 141 yolunun tüketilmediği şeklinde Bakanlık tarafından yapılan bir itirazın olmadığı durumlarda, CMK 141 yolunun tüketilmesi gerektiği yönünde herhangi bir tartışma yürütmeden doğrudan esasını incelediği başvurular da bulunmaktadır. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Cemalettin Metin*, AYM, 2013/776, 20.03.2014, § 21-23; *Ömer Üğdül*, AYM, 2013/2056, 03.04.2014, § 24.

⁵⁸³ *Hamit Kaya*, AYM, § 23-50.

hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşen kişiler bakımından, tutukluluk süresinin makul olmadığı şikâyetleri yönünden, CMK 141 yolunun etkili olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

AYM, söz konusu kararıyla, hakkındaki hüküm kesinleşen kişiler bakımından, azami tutukluluk süresinin aşılması nedeniyle tutuklamanın hukuki olmadığı iddiaları bakımından CMK 141 yolunu etkili görmemişken; tutuklamanın makul süreyi aştığı şikâyetleri yönünden CMK 141 yolunu etkili görmüştür. Ayrıca bahsi geçen kararda, başvurucunun başvuru tarihindeki taleplerinin dikkate alınmadığı ve bireysel başvurunun karar tarihi itibarıyla, dava açma süresinin kaçırılmış olması nedeniyle, CMK 141 yoluna başvurma imkânının bulunmadığı Mahkeme tarafından dikkate alınmamıştır.

AYM, *Hamit Kaya* kararındaki sorunlu yaklaşımını sonraki kararlarında sürdürerek CMK 141'e ilişkin yaklaşımını değiştirmiş ve tutukluluk süresinin makul olmadığı iddialarıyla yapılan bireysel başvurularda, mahkûmiyet kararı kesinleşen kimseler bakımından, CMK 141'de yer alan hukuk yolunun tüketilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.⁵⁸⁴ Mahkemenin söz konusu yaklaşımını değiştirmesinin nedeni olarak İHAM kararlarındaki yaşanan gelişim gösterilebilir. Gerçekten de aşağıda izah edileceği üzere, İHAM'ın ilk dönem kararlarında benzer kişiler bakımından CMK 141 yolu etkili kabul edilirken AYM tarafından farklı sonuca ulaşılmıştır.

AYM, hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşen kimseler bakımından CMK 141 yolunun tüketilmesi gerekeceği yönündeki içtihadını *Erkam Abdurrahman Ak*⁵⁸⁵ kararı ile bir adım öteye taşımıştır. Mahkeme, içtihat değişikliğine gittiği söz konusu kararıyla, tutukluluğun kanunda öngörülen azami süreyi veya makul süreyi aştığı iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla başvuru tahliye edilmiş veya mahkûmiyetine karar verilmiş ise, dava sonuçlanmış olsun ya da olmasın, CMK 141 yolunun tüketilmesi gerekli

⁵⁸⁴ *Emin Beçet*, AYM, 2013/70, 17.09.2014, § 17-31; *Ali Demir*, AYM, 2013/1912, 17.09.2014, § 17-31; *Önder Sıgırcıkoğlu*, AYM, 2013/9303, 19.11.2014, § 29-38; *Mecit Gümüş*, AYM, § 23-32; *Hakan Özkan*, AYM, 2012/1225, 15.10.2014, § 20-33; Bunun yanında AYM'nin somut olaylarda mahkûmiyet hükmünün kesinleştiği tarihi göz önüne alarak, bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla CMK 141 yolu için öngörülen yasal sürelerin geçmiş olduğu durumlarda, başvuruları kabul edilebilir bulduğu görülmektedir. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Kadri Şahin*, AYM, 2013/5265, 10.06.2015, § 27-28; *Murat Azparlak*, AYM, 2014/1432, 07.07.2015, § 31-32.

⁵⁸⁵ *Erkam Abdurrahman Ak*, AYM, 2014/8515, 28.09.2016, § 48-62.

etkili bir hukuk yolu olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁵⁸⁶ Mahkeme söz konusu kararında, Yargıtay kararlarına atıfla asıl davanın sonuçlanması ya da verilecek kararın kesinleşmesi beklenmeden tazminat davası açılabilceğini, suç isnadına bağılı olarak tutuklanan kişinin tahliyesine ya da mahkûmiyetine karar verilmesi hâlinde, tutukluluğunun kanunda öngörülen azami süreyi veya makul süreyi aştığı iddiasıyla yaptığı bireysel başvuruda ihlal sonucuna varılsa da bu sonucun başvurunun kişisel durumuna bir etkisinin olmaması gerekçeleriyle CMK 141 yolunun tüketilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Zira AYM'ye göre, CMK 141 kapsamında açılacak davayla, başvurunun tutukluluğun makul veya azami süreyi aştığı iddiasının tespiti ve

⁵⁸⁶ Aynı yönde diğerkararlar için ayrıca bkz. *İrfan Gerçek*, AYM, 2014/6500, 29.09.2016, § 32-45; *Hüdaverdi Sanverdi*, AYM, 2014/2730, 29.09.2016, § 31-38; *Bergin Karaboğa ve Yusuf Aldemir*, AYM, 2014/2626, 27.10.2016, § 54-61; *Ömer Ayçil*, AYM, 2014/12110, 16.11.2016, § 27-35; *Cemal Temizöz (2)*, AYM, 2014/12422, 17.11.2016, § 28-36; *Misbah Aktaş*, AYM, 2014/11906, 12.01.2017, § 25-33; *Doğan Anğay*, AYM, 2014/3178, 01.02.2017, § 39-46; *Levent Özaslan*, AYM, 2014/16529, 23.03.2017, § 25-36; *Aydın Budak*, AYM, 2014/780, 06.04.2017, § 38-43; *Bilal Aydın*, AYM 2014/15994, 20.04.2017, § 12-16; *Devran Duran*, AYM, 2014/10405, 25.05.2017, § 71-76; *Musa Arslan*, AYM, 2014/12211, 07.06.2017, § 11-17; *Mücdet Gür*, AYM, 2014/2474, 21.06.2017, § 45-51; *Anıl Uygur Gökçen*, AYM, 2014/1532, 21.06.2017, § 27-33; *Özgür Tekin*, AYM, 2014/5621, 22.06.2017, § 27-32; *Fesih Kaya*, AYM, 2014/1051, 22.06.2017, § 29-34; *Habip Seyyar*, AYM, 2014/16913, 05.07.2017, § 13-16; *Mehmet Mehdi Doğan*, AYM, 2014/4912, 20.07.2017, § 48-53; *Evin Süleymanoğlu Taraman*, AYM, 2014/12892, 13.09.2017, § 20-25; *Sabri Yılmaz*, AYM, 2014/14193, 13.09.2017, § 23-28; *Doğan Yüksekbağ ve Diğerleri*, AYM, 2014/1197, 13.09.2017, § 43-48; *Berivan Elter ve Diğerleri*, AYM, 2014/1825, 20.09.2017, § 27-32; *İbrahim Doğan ve Diğerleri*, AYM, 2014/2249, 20.09.2017, § 24-30; *Süleyman Akın*, AYM, 2014/3484, 21.09.2017, § 22-25; *Cihan Karabay*, AYM, 2014/2906, 08.11.2017, § 28-33; *Bayram Kaya*, AYM, § 79-83; *Mutallip Parlak ve Teoman Atlı*, AYM, 2014/13059, 26.12.2017, § 24-29; *İsa Durç*, AYM, 2014/1529, 26.12.2017, § 23-26; *Cafer Yıldız*, AYM, 2014/9308, 09.01.2018, § 27-33; *Yaşar Saçlı*, AYM, 2014/9311, 24.01.2018, § 27-33; *Ahmet Kubilay Tezcan*, AYM, 2014/3473, 25.01.2018, § 22-27; *Abbas Çelik ve Diğerleri*, AYM, 2014/749, 07.03.2018, § 42-47; *Ekrem Atıcı*, AYM, 2014/15609, 08.03.2018, § 23-30; *Ali Erden*, AYM, 2013/1913, 12.03.2015, § 17-29; *Ali Can Arslan*, AYM, 2014/2947, 08.03.2018, § 23-26; *Mustafa Avcı*, AYM, 2014/1545, 22.03.2018, § 23-28; *Murat Yıldırım (2)*, AYM, 2014/16919, 05.04.2018, § 21-26; *Abdurrahim Özkan*, AYM, 2017/25586, 18.04.2018, § 53-60; *Mehmet Bayraktar (2)*, AYM, 2014/717, 18.04.2018, § 24-29; *Hüseyin Yılmaz*, AYM, 2014/3718, 09.05.2018, § 49-57; *Adem Sökmen*, AYM, 2014/13791, 12.06.2018, § 53-60; *Cumaali Yavuz ve Şeyhmus Güner*, AYM, 2014/2718, 28.06.2018, § 24-29.; *Mehmet Yavaş*, AYM, 2014/8734, 04.07.2018, § 24-30; *Hasan Arık*, AYM, 2014/11186, 04.07.2018, § 18-22; *Mete Aslan*, AYM, 2013/8521, 18.09.2014, § 29-43; *Ali Yüce ve Heybet Yüce*, AYM, 2014/2132, 03.07.2018, § 44-49; *Abdullah Çetin ve diğerleri*, AYM, 2014/2524, 17.07.2018, § 23-28; *Ömer Şahin*, AYM, 2017/27238, 27.06.2018, § 47-50; *Hüseyin Korkmaz*, AYM, 2014/16835, 18.07.2018, § 112-115; *Hüseyin Uğur ve Diğerleri*, AYM, 2014/2996, 18.07.2018, § 43-49; *Bahri Karakoç ve Diğerleri*, AYM, 2014/6952, 19.09.2018, § 27-33; *Kemal Aksoy*, AYM, 2015/21, 10.10.2018, § 55-61; *Muhammed Daş*, AYM, 2015/6320, 30.10.2018, § 35-38; *Tuncer Bakırhan*, AYM, 2017/28478, 11.10.2018, § 54-59; *Okan Karakaş*, AYM, 2015/2094, 10.10.2018, § 22-34; *Mehmet Özdemir*, AYM, 2017/37283, 29.11.2018, § 96-100; *Ali Ahmet Böken*, AYM, 2017/25973, 12.12.2018, § 66-73; *Ahmet Karakaş*, AYM, 2017/6293, 28.11.2018, § 73-77; *Cihat Ünal*, AYM, 2016/77795, 28.11.2018, § 81-86; *Hidayet Karaca (2)*, AYM, 2015/7254, 12.12.2018, § 51-57; *Salim Dalbudak*, AYM, 2015/19507, 12.12.2018, § 43-50.

tazminata hükmedilmesi mümkündür. Söz konusu kararda eleştiriye açık olan husus AYM tarafından içtihat değişikliğine gidilmesinde dikkate alınan Yargıtay kararlarıdır.

Gerçekten de AYM'nin içtihat değişikliğine gitmesine dayanak kıldığı Yargıtay kararları, söz konusu talepler bakımından asıl davanın kesinleşmesi gerekmediğini ifade etmekteyse de esas alınan hiçbir karar, tutukluluğun azami veya makul süreyi aşması nedeniyle açılan bir tazminat davasının başarıyla sonuçlandığını göstermemektedir. Üstelik söz konusu kararlar kesin olmayıp yalnızca eksik inceleme nedeniyle verilen bozma kararlarıdır. AYM'nin içtihat değişikliğine gitmiş olduğu kararında, en azından, başarıyla sonuçlanmış bir Yargıtay kararına atıf yapmış olması yerinde olurdu. Tazminat nedenine ilişkin Yargıtay pratiği başlığı altında yer verilen Yargıtay kararları da AYM'nin söz konusu yaklaşımıyla, başvuru sahipleri etkililiği oldukça şüpheli olan bir yola yönlendirdiğini somut bir şekilde göstermektedir. Buna rağmen AYM'nin tekrardan içtihat değişikliğine gideceğine dair görünürde herhangi bir belirti yoktur.

Ancak AYM'ye göre, CMK 141 yolu söz konusu iddialar bakımından etkili ve tüketilmesi gerekli bir hukuk yolu ise de bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla CMK 141 yoluna başvuru süresinin kaçırıldığı durumlarda, başvurucuya kusur izafe edilemeyeceği gerekçesiyle, başvurular kabul edilebilir bulunacaktır.⁵⁸⁷ AYM'nin bu yöndeki yaklaşımı da yeni sorunlara gebe değildir. Zira olağan kanun yollarının tüketilmesi koşuluna ilişkin temel ilkelere göre, Mahkeme tarafından etkili görülen bir hukuk yolunun tüketilmesi zorunlu olup başvuru sahibinin bu yolu tüketmemesi için istisnai bir durumun olması gerekmektedir. Başvurucuya kusur izafe edilemeyeceği şeklindeki gerekçenin böylesi bir istisna kapsamında olmadığı açıktır. Ancak AYM tarafından bu yönde bir yaklaşım sergilenecekse, bu konuda tutarlı bir yaklaşım gösterilmelidir. Ne yazık ki AYM, bazı kararlarında bu hususu değerlendirmemekte ve bu durum, içtihat tutarsızlığına neden olmaktadır.⁵⁸⁸

⁵⁸⁷ Bu yönde kabul edilebilir bulunan kararlar için ayrıca bkz. *Abdullah Akyüz*, AYM, 2013/9352, 02.07.2015, § 48-49; *Yıldırım Ataş*, AYM, 2014/4459, 26.10.2016, § 43-45; *Halas Aslan*, AYM, § 47-50; *Adnan Gültepe*, AYM, 2014/16516, 08.03.2018, § 50-53; *Ömer Akdağ*, AYM, 2014/13265, 04.04.2018, § 28-30; *Hüsnü Aşkan*, AYM, 2015/4057, 31.10.2018, § 32-35; *Serkan Güngör*, AYM, 2014/20224, 30.10.2018, § 80-82; *Mehmet Ölmez*, AYM, § 34-37; *Zeynep Kaplan*, AYM, 2015/7311, 22.01.2019, § 64-67.

⁵⁸⁸ AYM'nin *Emre Ayhan* kararı ise durumun başka bir çarpık örneğini oluşturmaktadır. Mahkeme gözetiminin hukuki olmadığı iddiası bakımından CMK 141/1-a yolunun tüketilmesi gerektiğini ifade ederek başvuruyu bu yönde kabul edilemez bulmuşsa da tutukluluğun makul süreyi aştığı iddiası bakımından mahkûmiyet hükmü 24.09.2018 tarihinde kesinleşen başvuru bakımından söz konusu yolun ulaşılabilir olmadığını tüketilmesi gereken bir başvuru yolunun bulunmadığı sonucuna

Son olarak, AYM'ye göre, açılacak CMK 141 davalarında, derece mahkemeleri tarafından hukuka aykırılık tespiti ve yeterli giderim sağlama hususlarında karar verilirken, uygulanan tedbirin özgürlük ve güvenlik hakkı dışında, siyasi faaliyette bulunma hakkına ya da ifade özgürlüğüne müdahale teşkil edip etmediği de dâhil olmak üzere somut olayın tüm koşulları dikkate alınacaktır.⁵⁸⁹ CMK 141 yolunun özgürlük ve güvenlik hakkına aykırılık iddiaları bakımından dahi etkili olduğu şüpheliyken, AYM'nin, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile ifade özgürlüğü bakımından da CMK 141 yolunda yeterli bir giderim imkânı tanındığını düşünmesi ilginçtir. Görüldüğü üzere AYM, CMK 141 yoluna taşıdığı önemin de ötesinde bir değer yüklemektedir. Mahkemenin bu yöndeki yaklaşımının somut uygulamanın gerçekleriyle ne oranda bağdaştığı ise tartışmaya açıktır.

Netice olarak AYM'nin konuya ilişkin sorunlu yaklaşımı bir kenara bırakıldığında, tutukluluğun makul veya azami süreyi aştığı iddiaları bakımından, Mahkemenin güncel yaklaşımına göre, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla;

- Tahliye edilen,
- Mahkûmiyetine karar verilen

kimseler bakımından, haklarında açılan dava sonuçlanmış olsun ya da olmasın, CMK 141 yolu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yoludur.⁵⁹⁰ Ancak CMK 141 yolunun yalnızca tutukluluğun

ulaşmıştır. Görüldüğü üzere AYM, bu yaklaşımını CMK 141'e ilişkin farklı tazminat nedenleri arasında dahi tutarlı bir şekilde uygulamamaktadır. Karar için ayrıca bkz. *Emre Ayhan*, AYM, 2016/80704, 13.02.2020, § 61-66, 92-94. Yine AYM'nin *Ali Erden* kararında, başvuru hakkındaki mahkûmiyet hükmünün 17.01.2014 tarihinde kesinleştiği ve AYM'nin karar tarihi olan 12.03.2015 tarihi itibarıyla 1 yıllık dava açma süresi geçmiş olduğu görülmektedir. Başvurucunun AYM'ye 25.02.2013 tarihinde başvuru yaptığı dikkate alındığında, başvuru tarihi itibarıyla güncel içtihat gereğince etkili olup olmadığı belli olmayan bir yol sebebiyle, başvurunun kabul edilebilir bulunmadığı görülmektedir. Karar için ayrıca bkz. *Ali Erden*, AYM, 2013/1913, 12.03.2015.

⁵⁸⁹ Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Mustafa Avcı*, AYM, § 31-38; *Abdullah Çetin ve Diğerleri*, AYM, § 48-53.

⁵⁹⁰ AYM'nin güncel yaklaşımı için ayrıca bkz. *Mustafa Ünal*, AYM, 2017/21149, 28.11.2018, § 78-81; *Mehmet Bilal Çolak*, AYM, 2017/25971, 30.10.2018, § 74-78; *Ayşenur Parıldak*, AYM, 2017/15375, 28.11.2018, § 87-92; *Bayram Kaya*, AYM, § 79-83; *Yakup Şimşek*, AYM, 2017/36064, 25.12.2018, § 85-89; *Ufuk Arslan*, AYM, 2017/34473, 26.12.2018, § 66-72; *Kenan Baş*, AYM, 2017/17411, 29.11.2018, § 74-79; *Adem Türkel*, AYM, 2017/632, 23.01.2019, § 77-81; *Mehmet Takımsu*, AYM, § 52-55; *Vahit Yazgan*, AYM, 2016/65902, 15.11.2018, § 70-73; *Aziz Mahmut İstegün*, AYM, 2017/32195, 06.02.2019, § 87-92; *Arif İbiş (2)*, AYM, 2015/7796, 19.02.2019, § 59-64; *Erdem Doğan*, AYM, § 76-80; *Mehmet Fatih Yiğit*, AYM, 2015/7801, 06.03.2019, § 60-65; *Abdulhalim Sönmez ve Diğerleri Başvurusu (2)*, AYM, 2015/7696, 03.04.2019, § 40-46; *Sönmez Ahi*, AYM, 2016/43137, 03.04.2019, § 51-57; *Atıf Duran*, AYM, 2016/6056, 17.04.2019, § 53-60; *Ufuk Yeşil*, AYM, § 68-72; *Baran Perişan*, AYM, 2016/1747, 17.04.2019, § 22-27; *Mustafa Demirhan (2)*, AYM, 2015/7803, 17.04.2019, § 61-66; *Selim Öztürk*,

tahliye veya mahkûmiyet kararıyla sona ermiş olduğu durumlarda etkili olabileceği önemle belirtilmelidir. Nitekim AYM’de tutukluluk durumunun devam ettiği durumlarda, CMK 141 yolunun tüketilmesini aramamaktadır.⁵⁹¹

İHAM’ın konuya ilişkin yaklaşımı da benzer şekilde sürekli gelişim sergilemiştir. İHAM’ın ilk dönem kararları incelendiğinde, Mahkemenin, tutukluluğun makul süreyi aştığı şikâyetleri yönünden CMK 141 yolunu etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmediği görülmektedir.⁵⁹² İlk dönem kararlarında, kişinin tutukluluk durumunun tahliye ile sona ermiş olması hatta kişi hakkındaki mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması varılan bu sonucu değiştirmemiştir.⁵⁹³

AYM, § 86-89; *Alparслан Altan* (2), AYM, § 56-61; *Atilla Taş*, AYM, 2016/30220, 29.05.2019, § 112-118; *A.A.*, AYM, § 40-47; *Resül Kılıçaslan*, AYM, § 77-83; *Ayşe Nazlı Ilıcak*, AYM, 2016/24616, 03.05.2019, § 80-86; *İlhan İşbilen*, AYM, 2016/3704, 29.05.2019, § 61-67; *Hasan Hendek*, AYM, 2016/69748, 29.05.2019, § 91-94; *B.A.*, AYM, 2016/40642, 03.07.2019, § 57-63; *Cengiz Türkmen*, AYM, § 66-72; *Hannan Yılbaş*, AYM, § 83-89; *Ali Efendi Peksak*, AYM, 2017/29428, 17.07.2019, § 61-68; *Ahmet Karadavut*, AYM, § 99-104; *Resul Darama*, AYM, § 63-70; *F.A.*, AYM, 2017/38209, 11.09.2019, § 42-49; *Aydın Sefa Akay*, AYM, 2016/24562, 12.09.2019, § 102-108; *İzzettin Üşümez*, AYM, 2016/32996, 25.09.2019, § 61-64; *Mustafa Okumuş*, AYM, 2017/17773, 25.09.2019, § 91-95; *Resul Çomoğlu*, AYM, 2017/8756, 26.09.2019, § 86-89; *Muammer Koçan*, AYM, § 106-109; *Tarık Kavak*, AYM, § 52-56; *Recayî Demir*, AYM, § 91-96; *Hasan Kayran*, AYM, § 74-79; *Mutlu Bulut*, AYM, § 88-93; *İhsan Nuri Akpınar*, AYM, 2017/35358, 26.09.2019, § 81-87; *Safa Özkan*, AYM, 2017/6386, 09.10.2019, § 25-33; *Mümtazer Türköne*, AYM, 2017/17839, 27.11.2019, § 78-80; *Abdurrahman Yemiş*, AYM, § 63-66; *İsmail Çıtak*, AYM, 2016/78629, 28.11.2019, § 67-68; *Osman Berk*, AYM, 2017/12608, 11.12.2019, § 66-72; *Faik Doğan*, AYM, 2017/12692, 08.01.2020, § 64-67; *A.L.*, AYM, 2016/63999, 09.01.2020, § 73-74; *Yavuz Güllü*, AYM, § 70-73; *A.E.S.*, AYM, § 64-67; *Mehmet Sabri Şirin*, AYM, 2016/10825, 12.02.2020, § 91-98; *İsmail Solmaz*, AYM, 2017/15251, 12.02.2020, § 71-74; *Mehmet Emin Yapar*, AYM, 2018/10739, 27.02.2020, § 27-30; *İbrahim Okur*, AYM, § 99-102; *Raşit Hünel*, AYM, § 68-71; *Kenan Koçer*, AYM 2018/1926, 27.02.2020, § 48-51; *Hüseyin Yıldırım*, AYM, § 36-40; *Mehmet Yıldız*, AYM, § 79-81; *Ahmet Çağlıyan*, AYM, § 65-67; *Bekir Demirci* (2), AYM, 2017/8553, 03.06.2020, § 77-80.

⁵⁹¹ *Murat Narman*, AYM, § 23-35; *Abdullah Ünal*, AYM, 2012/1094, 07.03.2014, § 30; *Yaşar Kaya*, AYM, 2013/8694, 23.07.2014; *Alper Kınalı*, AYM 2014/8551, 25.02.2015; *Hamit Savaş Çakıcı*, AYM, 2014/3508, 12.03.2015; *Ali Boztepe*, AYM, 2014/14643, 30.10.2018; *Gültan Kışanak*, AYM, 2017/22108, 10.10.2018; *Mehmet Baransu* (3), AYM, 2016/11380, 26.12.2018; *Abdulhalim Sönmez ve Diğerleri Başvurusu* (2), AYM, 2015/7696, 03.04.2019; *M.Ö.* (2), AYM, 2017/20197, 09.05.2019; *Metin Güneş*, AYM; *Yurt Atayün*, AYM, 2017/34216, 29.05.2019; *Metin Karahan*, AYM, 2017/16972, 11.09.2019; *Ömer Köse* (2), AYM, 2017/34237, 23.10.2019; *Ali Kavlak*, AYM, 2016/8018, 10.12.2019; *Metin Güneş* (2), AYM, 2018/17593, 10.03.2020; *Emre Soncan*, AYM, 2016/73490, 11.03.2020.

⁵⁹² Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Yeşilmen ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, § 10-17; *Şeyhmus Uğur ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 1968/07, 19.10.2010, § 29; *Sudan ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 48846/07, 04.05.2011, § 20-21; *Sarar/Türkiye*, İHAM, 1947/09, 27.03.2012, § 16; *Hatice Duman/Türkiye*, İHAM, 43918/08, 22.05.2012, § 17-20.

⁵⁹³ İHAM’ın CMK 141 yolunun tartışıldığı ilk dönem kararlarında, Hükümet tarafından hem tutukluluğun makul süreyi aştığı şikâyetleri yönünden hem de ceza yargılamasının makul sürede tamamlanmadığı iddiaları bakımından CMK 141 yolunun

Mahkemenin ilk dönem kararlarında, CMK 141’de yer alan hukuk yolunun etkili kabul edilmemesinin nedeni olarak; kanuni düzenlemede başvuru için kesinleşme şartının arandığını bu nedenle davanın devam ettiği durumlarda söz konusu yola başvuru yapılamayacağını⁵⁹⁴ kaldı ki söz konusu yolun başarıyla uygulanarak sonuçlandığına dair hükümet tarafından sunulan tek bir örneğin olmadığı⁵⁹⁵ gerekçe olarak gösterilmiştir. İHAM’ın bu dönemde başvuru sahiplerinin başvuru anındaki durumlarını da dikkate alarak sonuca vardığı da önemle belirtilmelidir.

Ancak İHAM bu yöndeki yaklaşımını sonraki kararlarında aşamalı olarak değiştirmiştir. Örneğin Mahkeme, *Şefik Demir/Türkiye*⁵⁹⁶ kararında tutukluluğun makul süreyi aştığı şikâyetleri yönünden, hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşen kimseler bakımından, CMK 141/1-d yer alan hukuk yolunun tüketilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken, başvuranın durumuna benzer bir durumda söz konusu yolun başarıyla uygulandığını gösteren herhangi bir örneğin Hükümet tarafından sunulmadığını belirtmişse de bu durumun, söz konusu yola başvurunun kesinlikle başarısız olarak sonuçlanacağını göstermediği kanaatine

tüketilmediği itirazında bulunulduğu dikkat çekmektedir. CMK 141 yolunun yalnızca tutukluluk süresinin makul olmaması nedeniyle tazminat öngördüğü, bu nedenle makul sürede yargılanma hakkı bakımından etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilemeyeceği açıktır. Nitekim İHAM, *Medeni Uğur/Türkiye* kararında, hükümetin makul sürede yargılanma hakkı bağlamında CMK 141 yolunun tüketilmediği yönündeki itirazlarına karşılık, söz konusu yolun yargılamanın uzunluğu bağlamında değil tutukluluğun makul süreyi aştığı iddiaları kapsamında tazminat öngördüğünü kaldı ki söz konusu yolun, ceza davasının süresinin makul olmaktan çıktığı şikâyetine karşılık başarıyla uygulandığına dair bir örnek sunulamadığı ve söz konusu yolun kesinleşme şartını esas alması nedeniyle davası devam eden kişiler bakımından etkili bir hukuk yolu olamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Bunun yanında bahsi geçen kararda, tutukluluk süresine ilişkin şikâyet yönünden de CMK 141 yolu etkili olarak kabul edilmemiştir. Karar için ayrıca bkz. *Medeni Uğur/Türkiye*, İHAM, 49651/06, 24.01.2012, § 41-46, 69-72. Benzer yöndeki diğer kararlar için ayrıca bkz. *Tunçe ve Diğerleri*, İHAM, 2422/06, 13.10.2009, § 20-38; *Fırat Can/Türkiye*, İHAM, 6644/08, 24.05.2011, § 69-71; *Sevim ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 7540/07, 05.01.2010, § 46-47; *Ümmühan Kaplan/Türkiye*, İHAM, 24240/07, 20.03.2012, §52-54.

⁵⁹⁴ Örneğin İHAM tarafından, *Kürüm/Türkiye* kararında, tutukluluğun makul süreyi aştığı tespit edilmesine karşın iç hukukta CMK 142 düzenlemesi gereğince ancak verilen kararın kesinleşmesinden sonra tazminat talep edilebileceği ancak başvuru hakkındaki yargılamanın devam ediyor olması nedeniyle söz konusu yolun etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Kürüm/Türkiye*, İHAM, § 18-21. Aynı yönde diğer kararlar için ayrıca bkz. *Mahmut Öz/Türkiye*, İHAM, § 52; *Araz/Türkiye*, İHAM, 44319/04, 20.05.2010, § 26-30; *Şahap Doğan/Türkiye*, İHAM, 29361/07, 27.05.2010, § 33-34; *Alp ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 07.12.2010, § 25-27; *Orman ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 9462/05, 07.12.2010, § 23-25; *Hasdemir/Türkiye*, İHAM, 44027/09, 22.05.2012, § 26-34.

⁵⁹⁵ *Mehmet Özcan ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, § 30; *Mahmut Öz/Türkiye*, İHAM, § 51.

⁵⁹⁶ *Şefik Demir/Türkiye*, İHAM, § 17-34.

ulaşmıştır. Bunun yanında söz konusu kararda Mahkeme tarafından kendi rolünün ikincil olduğuna vurgu yapıldığı ve yerel makamlara bu konuda imkân tanınması gerektiği özellikle belirtilmiştir.⁵⁹⁷

İHAM'ın içtihat değişikliğine gittiği kararında eleştiriye açık birçok husus bulunmaktadır. Mahkeme söz konusu kararıyla, önceki kararlarında belirttiği tüketme koşuluna ilişkin pek çok temel ilkedен ayrılmıştır. Hukuk yolunun etkililiği değerlendirilirken somut içtihatların olup olmadığının dikkate alınmaması ya da etkililik değerlendirmesinin olay tarihi veya en azından bireysel başvuru anı itibarıyla değerlendirilmemesi oldukça sorunludur. Bunun yanında bireysel başvurunun karar tarihi itibarıyla, başvurucunun CMK 141 yoluna başvuru için öngörülen dava açma süresini kaçırmış olduğu da dikkate alındığında, bu yönde yaklaşımın ne denli doğru olduğu tartışmaya açıktır. Zira Mahkemenin kararıyla ortaya koyduğu varsayıma göre; başvurucunun, başvuru yaptığı tarih itibarıyla tüketilmesi gerekmeyen bir başvuru yoluna, İHAM'ın içtihat değişikliğine gitme ihtimaline binaen başvuru yapmış olması beklenmiştir. Başvurucuya bu yönde yüklenen külfetin ne denli orantısız olduğu açıktır.

Ancak yine de İHAM'ın, *Şefik Demir/Türkiye* kararıyla, CMK 141/1-d yolunu yalnızca hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşen kimseler bakımından etkili bir hukuk yolu olarak

⁵⁹⁷Aynı yönde hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşen kimseler bakımından CMK 141/1-d yolunun etkili görüldüğü kararlar için ayrıca bkz. *Gürceğiz/Türkiye*, İHAM, 11045/07, 15.11.2012, § 16-34; *Uçan ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 33377/05, 02.07.2013, § 18-28; *Balca/Türkiye*, İHAM, 41483/07, 22.01.2013 § 14-32; *Çelik/Türkiye*, İHAM, 36505/10, 12.02.2013, § 28-31; *Ergezen/Türkiye*, İHAM, 73359/10, 08.04.2014, § 55; *Cüneyt Polat/Türkiye*, İHAM, 32211/07, 13.11.2014, § 48-52; *Yıldız/Türkiye*, İHAM, 48448/11, 01.10.2013, § 1; *Tutal ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 11929/12, 28.01.2014, § 1; *İnan/Türkiye*, İHAM, 14129/11, 04.11.2014, § 34-39; *Dağlı/Türkiye*, İHAM, 18386/07, 17.05.2016, § 10-14; *Yılmaz/Türkiye*, İHAM, 21806/08, 14.03.2017, § 14-20; *Aydın/Türkiye*, İHAM, 34170/07, 16.05.2017, § 18-24; *Özyıldız/Türkiye*, İHAM, 28790/10, 05.09.2017, § 13-19; *Arıcan/Türkiye*, İHAM, 47622/10, 05.09.2017, § 10-16; *Cüre/Türkiye*, İHAM, 32696/11, 17.10.2017, § 15-19; *Gürbüz/Türkiye*, İHAM, 38337/05.21.11.2017, § 24-28; *Ok ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 9510/06, 05.12.2017, § 12-17; *Bilim/Türkiye*, İHAM, 53744/08, 05.12.2017, § 13-19; *Nazlıer/Türkiye*, İHAM, 33300/10, 05.12.2017, § 17-23; *Özçayır ve Çiçek/Türkiye*, İHAM, 1962/07, 12.12.2017, § 13-18; *Girişen/Türkiye*, İHAM, 53567/07, 13.03.2018, § 31-36; *Yiğit/Türkiye*, İHAM, 24870/06, 10.04.2018, § 17-23; *Yaman ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 46851/07, 15.05.2018, § 53-60; *Gürkan/Türkiye*, İHAM, 33218/07, 29.05.2018, § 18-24; *Özçelik/Türkiye*, İHAM, 61000/08, 29.05.2018, § 14-18; *Özcan/Türkiye*, İHAM, 4728/07, 10.07.2018, § 15-21; *Çeki/Türkiye*, İHAM, 50070/10, 10.07.2018, § 15-21; *Kılıçaslan/Türkiye*, 6593/08, 15.01.2019, § 15-20. İHAM, Hükümet tarafından CMK 141 yolunun tüketilmediği yönünde itirazlarda bulunulmadığı veya geç itirazda bulunduğu durumlarda, söz konusu yolun tüketilip tüketilmediğini dikkate almamaktadır. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Ürfi Çetinkaya*, İHAM, 19866/04, 23.07.2013, § 116-131; *Öner Aktaş/Türkiye*, İHAM, 59860/10, 29.10.2013, § 34-44; *Galip Doğru/Türkiye*, İHAM, 36001/06, 28.04.2015, § 48-49; *Alkaya/Türkiye*, İHAM, 2765/09, 04.09.2018, § 13-19; *Avcı ve Dereli/Türkiye*, İHAM, 2553/09, 23.10.2018, § 15-22.

kabul ettiği önemle belirtilmelidir.⁵⁹⁸ Nitekim hakkında hüküm verilmesine rağmen dosyanın temyiz aşamasında olduğu⁵⁹⁹ ya da kişinin tahliye edilmiş olduğu durumlarda⁶⁰⁰ her ne kadar kişinin tutukluluk durumu sona ermişse de CMK 141’de öngörülen hukuk yolunun tüketilmesi beklenmemiştir.

Ancak İHAM bu yöndeki yaklaşımını uzun bir süre devam ettirmemiş ve *A.Ş./Türkiye*⁶⁰¹ kararında bunu bir adım daha öteye taşımıştır. İHAM bahsi geçen kararıyla, tutukluluk süresinin makul olmadığı şikâyetleri yönünden, tutukluluk durumu tahliyeyle sona ermiş kişiler bakımından da CMK 141/1-d yolunu etkili ve tüketilmesi gerekli bir hukuk yolu olarak kabul etmiştir. İHAM’ın kararında dikkate değer husus, Hükümet tarafından örnek olarak sunulan Yargıtay kararlarının ayrı ayrı incelemeye tabi tutulmuş olmasıdır. *Şefik Demir/Türkiye* kararından farklı olarak İHAM, Hükümet tarafından sunulan birtakım kararların ilgisiz olduğunu belirtse de 2015 tarihli iki yeni Yargıtay bozma kararını dikkate alarak⁶⁰², benzer iddialar yönünden hakkındaki yargılama devam eden kişiler bakımından, tazminat davası açma

⁵⁹⁸ *Şekerci/Türkiye*, İHAM, 9961/08, 01.07.2014, § 22-26; *Öztekin ve Yıldız/Türkiye*, İHAM, 26300/10, 17.03.2015, § 11-16; *Beştaş ve Baran/Türkiye*, İHAM, 16857/12, 17.05.2016, § 16-21; *Acar/Türkiye*, İHAM, 30495/11, 27.09.2016, § 17-23; *Yücel/Türkiye*, İHAM, 17869/10, 27.09.2016, § 14-20. Benzer yönde hakkında kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verilen kişiler bakımından da CMK 141/1-d yolu etkili görülmüştür. Karar için ayrıca bkz. *Şakar ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 38062/08, 20.10.2015, § 48.

⁵⁹⁹ Örneğin İHAM tarafından, *Filiz/Türkiye* kararında, başvuru hakkında mahkûmiyet kararı verilmişse de söz konusu kararın Yargıtay önünde derdest olduğu, dolayısıyla CMK 141’in uygulanma koşullarının yerine getirilmediği ve başvuranın bu hükmün temelinde tazminat talebinde bulunmak için yerel mahkemelere başvurma yükümlülüğünün bulunmadığı değerlendirilmiştir. Karar için ayrıca bkz. *Filiz/Türkiye*, İHAM, 28074/08, 04.03.2014, § 52-53. Benzer yönde diğer kararlar için ayrıca bkz. *Ekici/Türkiye*, İHAM, 47280/09, 05.03.2013, § 10-12; *İsmail Yılmaz/Türkiye*, İHAM, 58231/09, 24.09.2013, § 24-28; *Kuzu ve Abay/Türkiye*, İHAM, 17403/10, 08.10.2013, § 26-30.

⁶⁰⁰ Örneğin İHAM, *Murat Özdemir/Türkiye* kararında, söz konusu yola ancak davanın esası hakkında nihai bir karar verildikten sonra başvurulabileceğini belirtmiş ve somut olayda davanın derdest olması nedeniyle tüketilmesinin gerekmediği sonucuna ulaşmıştır. Söz konusu kararda, Hükümet tarafından Yargıtay tarafından verilen iki kararla söz konusu talepler bakımından davanın esasının kesinleşmiş olması gerekmeyeceği ileri sürülmüşse de İHAM tarafından örnek olarak gösterilen kararların, makul sürede yargılama merci huzuruna çıkarılmadığı iddialarına ilişkin kararlar olduğuna dikkat çekilmiş ve başvurunun durumuna benzer bir durumda tazminat verildiğine ilişkin bir karar sunulamaması nedeniyle söz konusu yolun etkili ve tüketilmesi gerekli bir hukuk yolu olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Karar için ayrıca bkz. *Murat Özdemir/Türkiye*, İHAM, 60225/11, 15.04.2014, 27-33. Benzer yönde bir diğer karar için ayrıca bkz. *Yaşar Eriş/Türkiye*, İHAM, 53214/09, 28.05.2013, § 18-24.

⁶⁰¹ *A.Ş./Türkiye*, İHAM, 58271/10, 13.09.2016, § 85-95.

⁶⁰² Yargıtay 12. C.D., 2014/21585 E., 2015/10868 K., 16.06.2015 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/6167 E., 2015/10867 K., 16.06.2015 T.

imkânı tanındığını belirtmiştir. İHAM somut başvurunun, Yargıtay kararlarından önce 21 Eylül 2010 tarihinde yapıldığını belirtmişse de tüketme koşulunun başvuru tarihi itibarıyla değerlendirileceği yönündeki kurala istisna tanınması gerektiğini belirterek başvuruyu kabul edilebilir bulmamıştır. Öte yandan Mahkeme kararında, ikincil rolüne dikkat çekerek CMK 141 yoluna işlerlik kazandırmak için yerel makamlara imkân tanınması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁰³

İHAM'ın kararında, bozma kararlarından hareketle hukuk yolunun etkililiğini değerlendirmesi eleştiriye açıktır. Zira bozma kararları değişkenlik arz edebileceği gibi başvuruyla benzer durumdaki olaylarda tazminat verildiğine dair kesin bir çıkarım yapmaya imkân vermemektedir. Yine yalnızca kesinleşme şartının esnetilmesinden hareketle hukuk yoluna etkililik atfedilmesi yeni sorunlara neden olabilecektir. Bunun yanında başvuru anı itibarıyla bulunduğu durumun göz ardı edilerek karar tarihi itibarıyla sonuca ulaşılmasının başvurucuya orantısız bir külfet yüklediği de açıktır. Buna rağmen, İHAM'ın CMK 141/1-d yolunun tüketilmesi gerektiği şeklindeki içtihadının değişeceğine dair yakında bir emare bulunmamaktadır.

Mahkemenin tüketme koşuluna ilişkin temel ilkelerini CMK 141 yolunda uygulamama ya da farklı şekilde uygulama yönündeki tutumunun söz konusu iddialarla yapılan başvuruların

⁶⁰³ Aynı yönde İHAM'ın tutukluluk durumunun tahliye veya mahkumiyet kararıyla sona erdiği durumlarda, CMK 141 yolunu etkili gördüğü güncel yaklaşımına ilişkin kararlar için ayrıca bkz. *Yıldız/Türkiye*, İHAM, 42745/09, 11.10.2016 § 20-30; *İşik ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 31714/10, 09.10.2018, § 39; *Adem Serkan Gündoğdu*, İHAM, 67696/11, 16.01.2018, § 23; *Tanrıverdi ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 46444/13, 18.06.2019, § 20-23; *Musluk/Türkiye*, İHAM, 76061/11, 19.03.2020; *Pehlivan/Türkiye*, İHAM, 76061/11, 19.03.2020; *Köylü/Türkiye*, İHAM, 62148/10, 26.05.2020, § 13-16; *Kayaalp ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 53086/11, 16.05.2017, § 13-19; *Akay/Türkiye*, İHAM, 16849/12, 16.05.2017, § 13-19; *Bulut/Türkiye*, İHAM, 56982/10, 13.06.2017, § 16-22; *Aras/Türkiye*, İHAM, 21824/07, 27.06.2017, § 15-20; *Polat/Türkiye*, İHAM, 71750/11, 27.06.2017, § 16-23; *Dişçi ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 2261/11, 07.09.2017, § 6-11; *İz/Türkiye*, İHAM, 10681/12, 03.10.2017, § 15-21; *Taş/Türkiye*, İHAM, 702/11, 24.10.2017, § 15-22; *Sayan ve Akgül/Türkiye*, İHAM, 23475/10, 21.11.2017, § 11-13; *Koçhan ve Türkiye*, İHAM, 3512/11, 30.01.2018, § 20-27; *Karabali/Türkiye*, İHAM, 63988/09, 29.05.2018, § 13-19; *Yenidünya/Türkiye*, İHAM, 25357/10, 03.07.2018, § 16-22; *Ablay/Türkiye*, İHAM, 41159/10, 03.07.2018, § 16-22; *İpek/Türkiye*, İHAM, 65206/10, 03.07.2018, § 16-23; *Damar/Türkiye*, İHAM, 30978/11, 03.07.2018, § 12-18; *Demir/Türkiye*, 58881/11, 03.07.2018, § 15-22; *Erbaş/Türkiye*, İHAM, 59845/10, 04.09.2018, § 19-26; *Uçar/Türkiye*, İHAM, 52109/11, 20.11.2018, § 11-16; *Eren ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 11395/08, 11.12.2018, § 28-34; *Taşpınar/Türkiye*, İHAM, 33683/08, 11.12.2018, § 19-25; *Akkaya/Türkiye*, İHAM, 32015/09, 22.01.2019, § 17-23; *Çelikbaş/Türkiye*, İHAM, 58309/10, 22.01.2019, § 29-35; *Ünlü/Türkiye*, İHAM, 32009/11, 22.01.2019, § 20-26; *Epözdemir ve Beştaş Epözdemir/Türkiye*, İHAM, 49425/10, 22.10.2019, § 25-31; *Özel/Türkiye*, İHAM, § 14-21.

çokluğundan kaynaklandığı söylenebilir. İçtihadın geliştirildiği kararlarda, mahkemenin ikincil rolüne ayrıca dikkat çekilmesi bunu dolaylı olarak göstermektedir.

Son olarak İHAM'ın azami tutukluluk süresinin aşıldığı iddialarıyla yapılan başvurularda CMK 141 yoluna ilişkin yaklaşımından da bahsedilmelidir. Yukarıda da izah edildiği üzere, azami tutukluluk süresi tutmanın hukukiliğine ilişkin olup CMK 141/1-a kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim İHAM'da bu iddialar bakımından CMK 141/1-a yolunu değerlendirmeye almaktadır. İHAM'ın konuya ilişkin yaklaşımına bakıldığında, Mahkeme, *Yalçın/Türkiye*⁶⁰⁴ kararında, hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşen başvuru bakımından, CMK 141/1-a'da öngörülen hukuk yolunu, tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmiştir. Mahkemenin henüz kişi hakkındaki davanın derdest olduğu durumlarda, azami tutukluluk süresinin aşıldığı iddiası bakımından, CMK 141/1-a yolunu değerlendirdiği bir kararı bulunmamaktaysa da AYM'nin yaklaşımına benzer yönde, CMK 141/1-a yolunun, etkili ve tüketilmesi gerekli bir hukuk yolu olarak kabul edilmesi ihtimali bulunmaktadır.

Netice olarak, tüm bu anlatımlar kısaca ifade edilecek olursa, tutukluluğun makul veya azami süreyi aştığı iddiaları bakımından, İHAM'ın ve AYM'nin güncel yaklaşımlarına göre, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla;

- Tahliye edilen,
- Mahkûmiyetine karar verilen

kimseler bakımından, haklarında açılan dava sonuçlanmış olsun ya da olmasın, CMK 141 yolu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmektedir.

5. Kanuna Uygun Yakalamadan veya Tutuklamadan Sonra Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar veya Beraat Kararı Verilmesi (CMK 141/1-e)

a. Teori

CMK 141/1-e düzenlemesine göre, “*kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen*”

⁶⁰⁴ *Yalçın/Türkiye*, İHAM, 49005/09, 30.04.2019, § 11-16.

kişiler, tazminat talep edebilecektir. Görüldüğü üzere kanuni düzenlemede tazminat nedeninin oluşabilmesi için iki koşul öngörülmektedir.

İlk koşul kanuna uygun olarak yakalanmış veya tutuklanmış olma durumudur.⁶⁰⁵ Bu nedenle kanuna aykırı yakalama veya tutuklamanın söz konusu olduğu durumlarda, bu bent kapsamında tazminat talep edilemeyecek, CMK 141/1-a bakımından tazminatın değerlendirilmesi gerekecektir.⁶⁰⁶ Bu hâliyle, CMK 141/1-a ve CMK 141/1-e düzenlemelerinin birbirinden bağımsız ve farklı koşullar içeren tazminat nedenleri oldukları görülmektedir.

Tazminat nedenine ilişkin ikinci koşul ise kanuna uygun olarak yakalanan ya da tutuklanan kişi hakkında; soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar⁶⁰⁷ veya kovuşturma neticesinde beraat kararı verilmiş olunmasıdır. Bu nedenle örneğin mahkûmiyet kararı verilmesi, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın düşmesi, davanın reddi veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi durumunda CMK 141/1-e kapsamında tazminatın talep edilmesi mümkün olmayacaktır.⁶⁰⁸ Kişiye birden fazla suçun isnat edildiği durumlarda ise, yakalama veya tutuklama nedeni olarak gösterilen suç dolayısıyla, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veya beraat kararı verilmiş olması, tazminat talebi için yeterli olacaktır.⁶⁰⁹

⁶⁰⁵ CMK 141/1-e düzenlemesi incelendiğinde, CMK 141/1-a'da olduğu gibi, 'kanuna uygun olarak gözaltı alınan kişiler hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veya beraat kararı verilmesi' durumunda tazminat hakkının bulunduğu ilişkin lafzi olarak açıkça bir belirleme yapılmadığı görülmektedir. Ancak CMK 141/1-a kapsamında kanuna aykırı gözaltı işlemi için yapılan açıklamalar gözetilerek, yorum yoluyla, bu durumun da madde kapsamında değerlendirilebileceği açıktır. Nitekim Öğretide ve Yargıtay uygulamasında, CMK 141/1-a'da olduğu gibi, bu durumun madde kapsamında tazminat nedeni olduğu kabul edilmektedir. Aynı yöndeki gerekçeler için ayrıca bkz. İkinci Bölüm, "Açıkça Madde Kapsamında Belirtilmeyen Bir Hal: Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Gözaltına Alma" Başlığı.

⁶⁰⁶ Özalp, s.110.

⁶⁰⁷ Öğretide son soruşturmanın açılmamasına dair kararın da kovuşturmaya yer olmadığı kararı niteliğinde olması nedeniyle tazminat davasına konu olabileceği ifade edilmektedir. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Taştan, s.65

⁶⁰⁸ Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.585; Öztürk, Kazancı, Güleç, s.362; Taştan, s.65; Günay, s.93.

⁶⁰⁹ Öztürk, Kazancı, Güleç, s.362; Özalp, s.111; Canoğlu, s.93. Öğretide, yalnızca bir suçtan dolayı mahkûmiyet kararı verilmesi durumunda tazminat talep edilemeyeceği yönünde aksi yönde düşünceler de bulunmaktadır. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Günay, s.93. Ayrıca Öğretide CMK'nın 223/3. maddesine aykırı olarak, derhâl beraat kararı verilecek hallerde, düşme, durma ya da ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmiş ise tazminata hükmedilmesi gerekeceği ifade edilmektedir. Bu yönde düşünce için ayrıca bkz. Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.585.

Tazminat talebinde bulunabilmek için verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veya beraat kararının gerekçesinin önem arz edip etmediği soru olarak düşünülebilir. Kanuni düzenleme incelendiğinde, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veya beraat kararının doğru olup olmadığı ya da gerekçesinin ne olduğu konusunda bir ayrıma gidilmediği görülmektedir. Bu nedenle örneğin kişi hakkında delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararı ile suçun işlenmediğinin açık olması durumunda verilen beraat kararı arasında, tazminatın oluşması bakımından bir farklılık bulunmamaktadır.⁶¹⁰ Bu durum tazminat nedeninin oluşması bakımından, verilen beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın hukuka uygun olup olmadığının tartışmaya açık olmadığı anlamına gelmektedir. Aksi bir anlayış, masumiyet karinesinin ihlali anlamına da gelebilecektir.⁶¹¹

Bunun yanında, CMK 141/2 düzenlemesine göre; tazminat nedenine dayanak olan kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veya beraat kararında, kişinin tazminat isteme hakkına sahip olduğunun belirtilmesi gerekmektedir.⁶¹² Öğretide bunun belirtilmemiş olması durumunda, CMK 141 yoluna başvuru için belirlenen üç aylık dava açma süresinin işlemeye başlamayacağı kabul edilmektedir.⁶¹³

Son olarak, kişi hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi veya beraat kararı verilmiş olmasının, tek başına, uygulanan yakalama veya tutuklama tedbirlerini hukuka aykırı hâle getirmediği önemle belirtilmelidir. Gerçekten de yakalama ve tutuklama tedbirleri uygulandıkları tarih itibarıyla değerlendirilmekte ve buna göre, hukuka uygun olup olmadıkları sonucuna varılmaktadır. Bu nedenle verilen esas kararların, uygulanan yakalama ve tutuklama

⁶¹⁰ Ünver, Hakeri, s.1080; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.585; Öztürk, Kazancı, Güleç, s.362; Ungan, s.100; Taştan, s.65; Canoğlu, s.92-93; Günay, s.91-92; Aydın, s.96.

⁶¹¹ İHAM, *Sekanina/Avusturya* kararında, mahkeme tarafından tazminat talep edilebilmesi için yalnızca beraat kararı verilmiş olmasının yeterli görülmediği, bunun yanında tüm şüphelerin giderilmesinin bir koşul olarak aranıldığını dikkate alarak; kişi hakkında verilen beraat kararının kesinleşmesine rağmen hâlen şüphelerin giderilmediği yönünde bir sonuca varılmasının masumiyet karinesinin ihlali anlamına geldiği sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Sekanina/Avusturya*, İHAM, 13126/87, 25.08.1993, § 23-31. Aynı yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Serkan Cengiz, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride, Durmuş Tezcan, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Ankara: Şen Matbaa, 2008, s.257-258.

⁶¹² Günay, s.94.

⁶¹³ Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.585.

tedbirlerinin hukuka uygun olup olmadığıyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Tüm bu hususlara rağmen, CMK 141/1-e kapsamında, kişi hakkında verilen beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar sonucunda uygulanan yakalama ve tutuklama tedbirlerinin, hukuka uygun olup olmadıklarına bakılmaksızın, haksız olduğu sonucuna varılarak tazminat verilmesi gerektiğinin öngörülmesi olumludur.⁶¹⁴ Ancak bu olumlu durum, CMK 141/1-e yolunun “tutmanın hukuki olmadığı” iddialarının tespitine başvuru yolunda imkân tanınmadığı gerçeğini değiştirmemektedir. Zira teorik düzenlemeye göre, bu yola başvurulduğu takdirde otomatik bir inceleme yapılacak olup tutmanın hukukiliği araştırılmayacak veya tartışılmayacaktır.

b. Yargısal Pratik

CMK 141/1-e kapsamındaki tazminat istemlerine ilişkin teorik düzenleme incelendiğinde diğer tazminat nedenlerine nazaran çok daha az yorum faaliyetinin yapılacağı görülmektedir. Zira CMK 141/1-e kapsamında yürütülecek yargılamada araştırılacak yegâne husus, kişi hakkında yakalama veya tutuklama tedbirinin uygulanıp uygulanmadığı ile yürütülen yargılama faaliyeti sonucunda kişi hakkında beraat veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın verilip verilmediğidir.

Yargıtay’ın tazminat nedenine ilişkin somut içtihatlarının olup olmadığı araştırıldığında ise Yüksek Mahkemenin tazminat nedenine ilişkin yoğun bir pratiği olduğu görülmektedir.⁶¹⁵

⁶¹⁴ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.297. Öğretide bu nedenle CMK 141/1-e düzenlemesi, “*haksız yakalama veya tutuklama dolayısıyla tazminat ödenmesi*” şeklinde de adlandırılmaktadır. Bu yönde adlandırma için ayrıca bkz. Ünver/Hakeri, s.1077.

⁶¹⁵ CMK 141/1-e’ye ilişkin Yargıtay kararları için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D. 2018/4505 E., 2018/7911 K., 10.09.2018 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/5920 E., 2014/22352 K., 10.11.2014 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/5286 E., 2014/21729 K., 04.11.2014 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/5313 E., 2014/21705 K., 04.11.2014 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/5217 E., 2014/21726 K., 04.11.2014 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/4652 E., 2014/21625 K., 03.11.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/5774 E., 2014/21680 K., 03.11.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/5776 E., 2014/21687 K., 03.11.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/5214 E., 2014/21247 K., 28.10.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/5734 E., 2014/20998 K., 27.10.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/6118 E., 2014/20255 K., 20.10.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/5133 E., 2014/19633 K., 14.10.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/4474 E., 2014/19535 K., 13.10.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/4494 E., 2014/19533 K., 13.10.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/4602 E., 2014/18879 K., 29.09.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/4481 E., 2014/18365 K., 22.09.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/4226 E., 2014/17951 K., 16.09.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/4476 E., 2014/17747 K., 15.09.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/4458 E., 2014/17743 K., 15.09.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/4325 E., 2014/17652 K., 12.09.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/4376 E., 2014/17664 K., 12.09.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/3524 E., 2014/17306 K., 09.09.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/3518 E., 2014/17313 K., 09.09.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/3511 E., 2014/17319

Gerçekten de Yargıtay'ın CMK 141'e ilişkin kararlarının büyük bir çoğunluğunu, CMK 141/1-e kapsamında açılan davalar oluşturmaktadır.

Yargıtay'ın CMK 141'e ilişkin kararların çoğunluğunun CMK 141/1-e'ye ilişkin olması bir tesadüf değildir. Bu durumun iki nedeni bulunmakta olup bu nedenler, CMK 141'in etkililiği değerlendirilirken göz önüne alınması gereken hususları da ortaya koymaktadır.

İlk neden, Türkiye yargı uygulamasının tazminatın ancak kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veya beraat kararı neticesinde verilebileceği yönündeki anlayışıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, teorik olarak, CMK 141/1-e hariç olmak üzere, bazı tazminat nedenleri bakımından verilecek nihai kararın türü önem arz etmemektedir. Ancak uygulama, nihai karar

K., 09.09.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/3495 E., 2014/17330 K., 09.09.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/3448 E., 2014/16316 K., 02.07.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/3025 E., 2014/15061 K., 18.06.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/6517 E., 2014/14790 E., 16.06.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/2949 E., 2014/13741 K., 04.06.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/2247 E., 2014/13561 K., 03.06.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/27477 E., 2014/13472 K., 02.06.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/2768 E., 2014/13008 K., 28.05.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/2464 E., 2014/13006 K., 28.05.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/2795 E., 2014/13012 K., 28.05.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2017/6878 E., 2014/12886 K., 27.05.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/27840 E., 2014/12892 K., 27.05.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/27399 E., 2014/12911 K., 27.05.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/5652 E., 2014/12903 K., 27.05.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/1962 E., 2014/12392 K., 21.05.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/1957 E., 2014/12394 K., 21.05.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/1779 E., 2014/12002 K., 16.05.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/1776 E., 2014/12004 K., 16.05.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/25457 E., 2014/11574 K., 13.05.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/28350 E., 2014/11569 K., 13.05.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/7353 E., 2014/10872K., 06.05.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/27886 E., 2014/10467 K., 30.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/1582 E., 2014/10554 K., 30.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/1648 E., 2014/10556 K., 30.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/6171 E., 2014/10263 K., 29.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/27560 E., 2014/10270 K., 19.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/759 E., 2014/9866 K., 22.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/761 E., 2014/9877 K., 22.04.2014; Yargıtay 12. C.D., 2014/973 E., 2014/9879 K., 22.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/1370 E., 2014/9395 K., 16.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/3379 E., 2014/9207 K., 15.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/27538 E., 2014/9205 K., 15.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/908 E., 2014/9213 K., 15.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/26135 E., 2014/9201 K., 15.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/26114 E., 2014/8578 K., 08.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/27485 E., 2014/8587 K., 08.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D. 2013/27764 E., 2014/8589 K., 08.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/28321 E., 2014/8599 K., 08.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/26131 E., 2014/8468 K., 07.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/28190 E., 2014/8010 K., 01.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/29627 E., 2014/6920 K., 19.03.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/1690 E., 2014/6697 K., 18.03.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/27052 E., 2014/4568 K., 25.02.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/24669 E., 2014/3093 K., 10.02.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/25675 E., 2014/1054 K., 21.01.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/29021 E., 2014/1053 K., 21.01.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/24682 E., 2014/929 K., 20.01.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/26447 E., 2014/322 K., 14.01.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/20879 E., 2013/27743 K., 03.12.2013 T.; Yargıtay 12. C.D., 2012/21838 E., 2012/28331 K., 24.12.2012 T.; Yargıtay 12. C.D. 2012/502 E., 2012/2485 K., 09.02.2012 T.

ile tedbirlerin haksızlığının bir ilgisi bulunmadığını ayırt etmekten çok uzaktır. Doğaldır ki bu anlayış, tazminat talebinde bulunacak kişileri, haklarında verilecek kararların beraat veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar olmasını beklemeye itmektedir.

İkinci neden, Türkiye yargı uygulamasının yorum gerektiren tazminat nedenleri bakımından oldukça başarısız bir izlenim vermesidir. Gerçekten de tazminat nedenlerinin oluşup oluşmadığı tespit edilirken bazı tazminat nedenleri bakımından hiç yorum yapılması gerekmezken; bazıları bakımından durum bunun aksidir. Doğaldır ki uygulamanın tazminat nedenlerini yorumlamakta gösterdiği kötü performans, başvuruçuları, “yorum kurbanı” olmamak nedeniyle, en az yorum gerektiren tazminat nedeninin koşullarının oluşmasını beklemeye itmektedir. Bu bekleyişin Türkiye uygulamasının gerçekliğinde haklılık payı olmadığını söylemek güçtür.

Yargıtay’ın tazminat nedenine bağlı olarak, hem yakalama durumunda⁶¹⁶ hem de tutuklama durumuna⁶¹⁷ ilişkin kararlarının bulunduğu görülmektedir.⁶¹⁸ Bunun yanında CMK 141/1-e düzenlemesi incelendiğinde, CMK 141/1-a’da olduğu gibi, kanuna uygun olarak gözetli alınan kişiler hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraat kararı verilmesi durumunda, tazminat hakkının bulunduğu ilişkin lafzi olarak açıkça bir belirleme yapılmadığı görülmektedir. Ancak Yargıtay uygulamasında, CMK 141/1-a’da olduğu gibi, bu

⁶¹⁶ Yargıtay 12. C.D. 2019/406 E., 2019/6073 K., 13.05.2019 T.; Yargıtay 12. C.D., 2018/5561 E., 2019/87 K., 07.01.2019 T.; Yargıtay 12. C.D. 2018/5053 E., 2018/9264 K., 08.10.2018 T.; Yargıtay 12. C.D. 2017/8695 E., 2018/358 K., 15.01.2018 T.; Yargıtay 12. C.D. 2017/8223 E., 2018/19 K., 08.01.2018 T.; Yargıtay 12. C.D. 2016/684 E., 2017/4986 K., 12.06.2017 T.; Yargıtay 12. C.D. 2015/12855 E., 2017/60 K., 09.01.2017 T.; Yargıtay 12. C.D. 2015/11293 E., 2016/11934 K., 17.10.2016 T.; Yargıtay 12. C.D. 2015/9610 E., 2016/743 K., 20.01.2016 T.

⁶¹⁷ Yargıtay 12. C.D. 2016/11471 E., 2017/7516 K., 16.10.2017 T.; Yargıtay 12. C.D. 2015/9488 E., 2016/733 K., 20.01.2016 T.; Yargıtay 12. C.D. 2015/2218 E., 2016/662 K., 20.01.2016 T.; Yargıtay 12. C.D. 2015/4239 E., 2015/19256 K., 15.12.2015 T.; Yargıtay 12. C.D. 2015/11914 E., 2015/17444 K., 10.11.2015 T.; Yargıtay 12. C.D. 2015/387 E., 2015/13396 K., 15.09.2015 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/3613 E., 2014/17328 K., 09.09.2014 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/5935 E., 2014/12895 K., 27.05.2014 T.

⁶¹⁸ Yargıtay’a göre, CMK 141/1-e kapsamında tazminat verilebilmesi için kişi hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması şarttır. Bu nedenle örneğin hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilen kişiler bu kapsamda tazminat talep edemeyeceklerdir. Bu yönde karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2018/4115 E., 2018/7434 K., 04.7.2018 T.

durumun da madde kapsamında tazminat nedeni olduğu kabul edilmektedir.⁶¹⁹ Her durumda Yargıtay’a göre, uygulanan tedbirlerin fiilen infaz edilmiş olması gerekmektedir.⁶²⁰

Bunun yanında Yargıtay, CMK 141/1-e kapsamındaki tazminat davalarında, verilen beraat veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmiş olmasını aramaktadır.⁶²¹ Aksi durumda, davanın reddine karar verilmektedir.⁶²²

Yargıtay’ın istikrar kazanmış uygulamasına göre, verilen beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın gerekçesi veya doğruluğu tartışmaya açık olmadığı gibi⁶²³ uygulanan yakalama ve tutuklama tedbirlerinin hukuka uygun olup olmadıkları araştırılamayacaktır.⁶²⁴ Hâkim, tazminat nedenine bağlı olarak yürütülecek yargılamada, yalnızca hak ve nefaset ilkelerine uygun olarak tazminat belirleyecektir. Mahkeme’nin bu yöndeki yaklaşımı teorik düzenleme ile uyumlu ve doğrudur.⁶²⁵

⁶¹⁹ Gözaltı tedbirinin de madde kapsamında kabul edildiğine ilişkin kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D. 2017/10450 E., 2018/4978 K., 26.04.2018 T.; Yargıtay 12. C.D. 2015/11961 E., 2016/9498 K., 06.06.2016 T.; Yargıtay 12. C.D. 2015/11420 E., 2016/9297 K., 01.06.2016 T.; Yargıtay 12. C.D. 2015/4488 E., 2016/4813 K., 23.03.2016 T.; Yargıtay 12. C.D. 2015/780 E., 2016/91 K., 11.01.2016 T.; Yargıtay 12. C.D. 2015/10484 E., 2015/15234 K., 13.10.2015 T., Yargıtay 12. C.D. 2014/20682 E., 2015/10113 K., 09.06.2015 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/22240 E., 2015/8838 K., 25.05.2015 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/10362 E., 2015/1841 K., 03.02.2015 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/6217 E., 2014/23057 K., 18.11.2014 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/16781 E., 2014/22996 K., 17.11.2014 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/5661 E., 2014/21766 K., 04.11.2014 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/5036 E., 2014/20389 K., 21.10.2014 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/5037 E., 2014/20424 K., 21.10.2014 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/1512 E., 2014/10368 K., 29.04.2014 T.

⁶²⁰ Yargıtay 12. C.D. 2017/12332 E., 2018/6296 K., 04.06.2018 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/6471 E., 2015/1670 K., 02.02.2015 T. Yargıtay 12. C.D. 2014/10213 E., 2014/18440 K., 23.09.2014 T.

⁶²¹ Yargıtay 12. C.D., 2014/21719 E., 2015/10112 K., 09.06.2015 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/21106 E., 2015/10127 K., 09.06.2015 T.

⁶²² Yargıtay 12. C.D., 2015/1741 E., 2015/19028 K., 08.12.2015 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/612 E., 2014/9209 K., 15.04.2014 T.

⁶²³ Yargıtay 12. C.D. 2013/25220 E., 2014/542 K., 15.01.2014 T.

⁶²⁴ Yargıtay 12. C.D. 2017/8818 E., 2018/631 K., 22.01.2018 T.; Yargıtay 12. C.D. 2016/63 E., 2016/13256 K., 12.12.2016 T.

⁶²⁵ Yargıtay’a göre, kişiye birden fazla suçun isnat edildiği durumlarda, yakalama veya tutuklama nedeni olarak gösterilen suç dolayısıyla, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veya beraat kararı verilmiş olması tazminat talebi için yeterlidir. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D. 2018/6790 E., 2019/85 K., 07.01.2019 T.; Yargıtay 12. C.D. 2015/12172 E., 2016/9022 K., 30.05.2016 T.; Yargıtay 12. C.D. 2015/9855 E., 2016/7827 K., 04.05.2016 T.; Yargıtay 12. C.D. 2015/396 E., 2015/15827 K., 20.10.2015 T.; Yargıtay 12. C.D. 2015/5668 E., 2016/4814 K., 23.03.2016 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/16746 E., 2015/4883 K., 23.03.2015 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/16746 E., 2015/4883 K., 23.03.2015 T.; Yargıtay 12. C.D. 2014/10802 E., 2015/1201 K., 26.01.2015 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/6002 E., 2014/24378 K., 02.12.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/5446 E., 2014/21619 K., 03.11.2014 T.

c. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması

CMK 141/1-e düzenlemesine ilişkin teorik düzenleme ile yargısal pratik dikkate alındığında, söz konusu başvuru yolunun, tutmanın hukuki olmadığı iddiaları bağlamında etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilemeyeceği söylenmelidir. Zira hem teorik düzenlemeye hem de istikrar kazanmış Yargıtay uygulamasına göre; CMK 141/1-e’de belirtilen tazminat nedenine bağlı yargılamada, tutmanın hukuki olup olmadığı incelenmeyecek, yalnızca kişi hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararının verilip verilmediği ile yakalama ve tutuklama tedbirlerinin infaz edilip edilmediği araştırılacaktır. Bu nedenle söz konusu başvuru yolunun, kendisine uygulanan tutma işleminin hukuki olmadığını iddia eden kimse bakımından, başvuru yolunda bu iddianın ele alınma ihtimali bulunmadığından, etkili olamayacağı söylenecektir. Nitekim İHAM ve AYM tarafından, CMK 141/1-e yoluna ilişkin bu özellikli durum dikkate alınarak ara bir formül üretilmektedir.

Örneğin AYM’nin *Bilal Canpolat*⁶²⁶ kararında, CMK 141/1-e düzenlemesiyle başvuru maruz kaldığı tutukluluk süresinin tespiti ile uğradığı zararın tazmin edilebileceği gerekçesiyle yapılan başvuru kabul edilebilir bulunmamıştır.⁶²⁷ Söz konusu kararda, başvuru tarihi itibarıyla talebinin tutmanın hukuki olmadığına tespiti olmasına rağmen, AYM tarafından, tutmanın hukukiliğinin incelenemeyeceği ve bu nedenle talep bakımından etkili olmayan bir yola başvurulması gerektiği sonucuna ulaşmış olması oldukça sorunludur.

Nitekim AYM konuya ilişkin sonraki kararlarında bu sorunu fark etmiş ve bunu bir ara formül ile çözmeye çalışmıştır. AYM bahsi geçen sonraki kararlarında, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veya beraat kararı kesinleşmiş kimseler bakımından, CMK 141/1-a ve CMK 141/1-e hükümleri uyarınca tazminat talebinde bulunulabileceğini, bu durumda, hem tutmanın hukuki olmadığına tespiti hem de

⁶²⁶ *Bilal Canpolat*, AYM, 2014/983, 18.05.2016, § 28-43.

⁶²⁷ Benzer yönde AYM, *Kamil Erdoğan* kararında, hakkındaki kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar kesinleşen başvuru bakımından “tutmanın hukuki olmadığı” iddiasını, CMK 141/1-e yolunun tüketilmemesi nedeniyle, esastan incelememiştir. Söz konusu yolun başvuru talepleri bakımından etkili olamayacağı açık olduğu gibi başvuru bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla CMK 141 yoluna başvuru süresi geçmiştir. Ancak AYM tarafından bu yönüyle de herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Karar için ayrıca bkz. *Kamil Erdoğan*, AYM, 2017/4023, 19.04.2018, § 39-42.

tazminat imkânın sağlandığı gerekçesiyle başvuruları kabul edilebilir bulmamıştır.⁶²⁸ Görüldüğü üzere AYM, ihlal iddialarını değerlendirirken CMK 141’i her durumda etkili görme yönünde bir eğilime sahip olup; bir tazminat nedeninin talebe cevap vermediği durumlarda, birden fazla tazminat nedenini birlikte değerlendirilerek sonuca ulaşılabileceğini düşünmektedir. Ancak AYM, bu yorumu yaparken böylesi bir durumda başarıyla sonuçlanmış bir örneğin olup olmadığını dahi tartışmamaktadır.

AYM’nin bu yöndeki sorunlu yaklaşımı bir kenara bırakıldığında, güncel yaklaşımına göre, tutuklamanın hukuki olmadığı iddiaları bakımından, hakkındaki;

- Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar
- Beraat kararı

“kesinleşmiş” kimseler bakımından, CMK 141/1-a ve CMK 141/1-e’de belirtilen tazminat yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Ancak söz konusu kararların kesinleşmemiş olduğu durumlarda CMK 141 yolunun tüketilmesi aranmamaktadır.⁶²⁹ Görüldüğü üzere, CMK 141/1-a ile CMK 141/1-e farklı durumları düzenlemesine rağmen, aynı durumlar bağlamında, AYM tarafından birlikte değerlendirilerek etkili kabul edilmektedir.

İHAM’ın konuya ilişkin yaklaşımı incelendiğinde ise; Mahkemenin, başlangıçta CMK 141/1-e yolunun etkili olamayacağı yönündeki içtihadından, AYM’nin yaklaşımına benzer yönde ara bir formül üreterek, uzaklaştığı görülmektedir. Örneğin İHAM, *Mergen ve Diğerleri/Türkiye*⁶³⁰ kararında, CMK 141/1-e yolu ile yakalanan veya tutuklanan kişiler hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi durumunda tazminat talep etme imkânı sağlanmışsa da söz konusu başvuru yolunda tazminat talep edilebilmesi için özgürlükten yoksun bırakmanın yasaya aykırılığının tespit edilmesinin gerekli olmadığını, oysa somut başvuruda başvuru sahiplerinin gerekli suç şüphesi oluşmadan gözaltı kararı verildiğini iddia ettiklerini dikkate alarak, başvuru yolunun böyle bir tespite imkân tanımaması nedeniyle, etkili

⁶²⁸ Fatma Maden, AYM, 2016/28719, 17.07.2018, § 40-50; Ertuğrul Raşit Benal, AYM, 2016/25245, 17.07.2018, § 34-43; Mehmet Takımsu, AYM, § 44-50; Mehmet Ergin, AYM, 2016/65787, 12.09.2019, § 29-35; N.D., AYM, 2016/21990, 09.01.2020, § 47; Hacı İbrahim Nazlıoğlu, AYM, 2016/45689, 23.06.2020, § 20-28.

⁶²⁹ Ali Aktaş, AYM, 2016/14178, 17.07.2019, Mustafa Açı, AYM, 2016/66638, 03.07.2019; E.A., AYM, 2016/78293, 03.07.2019; Mustafa Österzi, AYM, 2016/14597, 31.10.2019; Hilmi Balta, AYM, 2016/51749, 07.11.2019; Kerem Küçük, AYM, 2017/13337, 11.12.2019; Mustafa Küçükaslan, AYM.

⁶³⁰ *Mergen ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 44062/09, 31.05.2016, § 33-38.

bir hukuk yolu olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Nitekim İHAM'a göre, somut başvuruya benzer bir olayda CMK 141/1-e yolu ile böylesi bir tespitin yapıldığına dair sunulan somut bir içtihatla bunun aksi gösterilmemiştir.

İHAM, *Adıgüzel ve Diğerleri/Türkiye*⁶³¹ kararında ise farklı bir sonuca ulaşmıştır. Mahkeme bahsi geçen kararında, CMK 141/1-e yoluyla yakalama ve gözaltının hukuki olmadığı iddiaları bakımından herhangi bir tespit yapılmadan doğrudan tazminata hükmedildiğini belirtse de somut başvuruda, *Mergen ve Diğerleri* kararından farklı olarak, verilen beraat kararıyla bu yönde bir tespitin dolaylı olarak yapıldığını, bu nedenle, tazminat ödenmesinin yeterli olabileceği sonucuna ulaşmıştır. Nitekim Mahkeme tarafından, CMK 141/1-a yoluyla hem ihlalin tespiti hem de tazminat imkânı sağlandığını ancak başvuru tarafından bu yola da başvurulmadığını, üstelik beraat etmiş olmaları nedeniyle böyle bir tespitin yapılmasının daha kolay olduğu belirtilerek başvuru kabul edilebilir bulunmamıştır. İHAM'ın somut başvuruda, CMK 141/1-e yolunun etkili olduğunu değerlendirirken, özellikle bazı başvuru tarafından açılan tazminat davasında, yerel mahkeme tarafından uygulanan gözaltı tedbirinin haksız olduğu tespitinin yapılmış olmasının etkili olduğu görülmektedir. İHAM'ın kararda ayrıca CMK 141/1-a yoluna dikkat çekmesi, AYM ile benzer şekilde ara bir formülle CMK 141/1-a ve CMK 141/1-e yolunun etkili görülebileceğini göstermektedir.

Ancak İHAM bahsi geçen karardan sonraki tarihli olan *Eraslan ve Diğerleri/Türkiye*⁶³² kararında, gerekli suç şüphesinin oluşmaması nedeniyle gözaltının hukuki olmadığı iddiası bakımından *Mergen ve Diğerleri/Türkiye* kararında vardığı sonuçtan ayrılmasını gerektirir bir durum olmadığını, bu nedenle, CMK 141/1-e yolunun tüketilmesinin gerekmeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Bu durum Mahkemenin CMK 141/1-e yolunu doğrudan etkili bir yol olarak kabul etmediğini ancak kişi hakkında beraat kararı verilmiş olması durumunda, söz konusu başvuru yolunun, etkili olarak kabul edebileceğini göstermektedir. Özellikle AYM'nin CMK 141'e ilişkin yaklaşımlarının İHAM tarafından dikkate alındığı göz önünde bulundurulduğunda, tutuklamanın hukuki olmadığı iddiaları bakımından, hakkındaki beraat kararı kesinleşmiş kimseler bakımından, CMK 141/1-a ve CMK 141/1-e'de belirtilen tazminat yollarının tüketilmesinin İHAM tarafından aranılabilirliği düşünülmektedir. Ancak Mahkemenin bu

⁶³¹ *Adıgüzel ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 65126/09, 13.02.2018, § 34-39.

⁶³² *Eraslan ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 55833/09, 19.06.2018, § 15-18.

yöndeki yaklaşımını, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmiş olduğu durumlarda henüz göstermediği önemle belirtilmelidir.

6. Gözaltı ve Tutuklulukta Geçirilen Sürenin, Hükümlülük Süresinden Fazla Olması veya İşlenen Suç İçin Kanunda Öngörülen Cezanın Sadece Para Czası Olması Nedeniyle Zorunlu Olarak Bu Cezayla Cezalandırılma (CMK 141/1-f)

a. Teori

CMK 141/1-f hükmünde, “*mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan*” kişilerin, tazminat hakkına sahip oldukları düzenlemektedir. Görüldüğü üzere söz konusu tazminat yolu ile iki farklı durum tazminat nedeni olarak öngörülmektedir:

İlk tazminat nedeni, gözaltı ve tutuklulukta geçirilen sürenin hükümlülük süresinden fazla olması hâlidir. Bu nedenle tazminat nedeni bakımından önem arz eden husus, hükümlülük süresinin ve bundan mahsup edilecek gözaltı ile tutukluluk süresinin doğru bir şekilde tespit edilmesidir.⁶³³ Bu sürelerin tespitinin ardından yapılacak mahsup işleminden sonra, hükümlülük süresinin fazla olması, madde kapsamında tazminat nedenidir. Öğretide kanuni düzenlemeye açıkça, “*hükümlülük sürelerinden fazla olan*” ifadesine yer verilmesi nedeniyle; gözaltı ve tutuklulukta geçen süreden mahsup edilecek sürenin, bihakkın tahliye süresi⁶³⁴ olduğu ifade edilmektedir.⁶³⁵ Ancak aşağıda detaylıca izah edileceği üzere, Yargıtay uygulaması hükümlü lehine farklılaşmaktadır.

İkinci tazminat nedeni ise, gözaltı alınan veya tutuklanan kişinin, işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılması durumudur. Öğretide, kanuni düzenlemeyle para cezasının zorunlu olarak

⁶³³ TCK md.63 düzenlemesinde, “*Hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir. Adli para cezasına hükmedilmesi durumunda, bir gün yüz Türk Lirası sayılmak üzere, bu cezadan indirim yapılır.*” denilerek mahsup işleminin bir zorunluluk olduğu belirlenmiştir.

⁶³⁴ Bihakkın tahliye, cezanın infazına başlandığı günden itibaren hesaplanmakta ve hükümlünün mahkeme kararında belirlenen tüm ceza süresini tamamlayacağı tarihi ifade etmektedir.

⁶³⁵ Ünver, Hakeri, s.1082; Özalp, s.114.

uygulanmış olmasının bir koşul olarak öngörülmesi nedeniyle; para cezasının seçimlik ceza olarak düzenlendiği durumlar ile hapis cezasının adli para cezasına çevrildiği durumların, madde kapsamında tazminat nedeni olmadığı ifade edilmektedir.⁶³⁶ Hâliyle, söz konusu düzenlemenin uygulama alanı oldukça daralmaktadır.⁶³⁷ Ancak yine de söz konusu durumlar, CMK 141/1-a kapsamında tazminat nedeni olarak değerlendirilebilecektir.

Görüldüğü üzere her iki durumda da ortak olarak, kişinin gözaltına alınmış veya tutuklanmış olması koşul olarak öngörülmüş ancak uygulanan bu tedbirlerin kanuna aykırı olup olmadığı konusunda bir belirleme yapılmamıştır. Öğretide kanuna aykırı gözaltı veya tutuklamanın söz konusu olduğu durumlarda, bunun hükümlülük süresinden fazla olup olmadığına bakılmaksızın, CMK 141/1-a kapsamında tazminatın talep edilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁶³⁸ Gerçekten de kanuna aykırı yakalama veya tutuklamanın söz konusu olduğu durumlar için belirlenmiş tazminat nedeni, CMK 141/1-a hükmüdür.

Son olarak CMK 141/2 düzenlemesi gereğince, söz konusu tazminat nedeni bakımından da kişinin tazminat hakkı olduğunun derece mahkemesi kararında ayrıca belirtmesi zorunlu tutulmuştur.⁶³⁹ Buna uyulmaması durumunda ise 3 aylık dava açma süresi başlamayacaktır.

b. Yargısal Pratik

CMK 141/1-f kapsamındaki tazminat istemleri bakımından Yargıtay kararları incelenmeden önce, teorik düzenlemeye ilişkin bilgiler ışığında, tazminat nedenine bağlı olarak yargılamada araştırılacak hususun ne olduğu belirlenmelidir.

Söz konusu tazminat nedenine ilişkin teorik düzenleme incelendiğinde; CMK 141/1-f kapsamında yürütülecek yargılamada araştırılacak yegâne husus, kişi hakkında uygulanan gözaltı ve tutukluluk sürelerinin tespiti ardından bu sürenin hükümlülük süresinden fazla

⁶³⁶ Öztürk, Kazancı, Güleç, s.362; Urgan, s.101; Günay, s.97. Güvenlik tedbirine hükmedilmesi durumunda tazminat talep edilemeyeceği yönünde görüş için ayrıca bkz. Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.585.

⁶³⁷ TCK'da düzenlenen suçların büyük çoğunluğunda hapis cezası ve adli para cezasının birlikte uygulanması öngörülmektedir. Bunun istisnaları TCK 182/1'de düzenlenen çevrenin taksirle kirletilmesi suçu ve TCK 289/3'de yer alan muhafaza görevinin kötüye kullanılmasıdır. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Canoğlu, s.96, Dip.439.

⁶³⁸ Öztürk, Kazancı, Güleç, s.362; Özalp, s.113-114.

⁶³⁹ Ünver, Hakeri, s.1081; Günay, s.98.

olup olmadığı veya kişinin zorunlu olarak adli para cezasıyla cezalandırılıp cezalandırılmadığıdır. Tazminat nedeninin bu koşulları öngörmesi nedeniyle, diğer tazminat nedenlerine nazaran daha az yorum faaliyeti gerektirdiği aşîkârdır.

Bu husus ifade edildikten sonra Yargıtay’ın tazminat nedenine ilişkin somut içtihatlarının olup olmadığı araştırıldığında, Yüksek Mahkemenin tazminat nedenine ilişkin yeterli pratiğinin bulunduğu görülmektedir.⁶⁴⁰ Bununla birlikte Yargıtay kararlarında, gözaltı ve tutukluluk süresinin mahsup edileceği süreye ilişkin bir karmaşaya rastlanılmaktadır.

Yukarıda da izah edildiği üzere, kanuni düzenlemede, “*hükümlülük sürelerinden fazla olan*” ifadesine yer verilmesi nedeniyle; gözaltı ve tutukluluk süresinin mahsup edileceği süre, bihakkın (hak ederek) tahliye süresidir. Nitekim bu durum Yargıtay, tarafından da kabul edilmektedir.⁶⁴¹ Ancak Mahkeme bazı kararlarında tazminatın, koşullu salıverilme tarihinden itibaren belirlenmesi gerektiğini kabul etmektedir.⁶⁴²

Yargıtay bu yöndeki tutumunu, özellikle uzun tutukluluk süresinin söz konusu olduğu durumlarda göstermektedir. Mahkeme’ye göre uzun tutukluluğun söz konusu olduğu durumlarda, kişi hakkında hüküm verilmediğinden, cezaevinde tutuklu olan sanığın 5275 sayılı Kanun’un 107. maddesinde öngörülen şartlı salıvermeden yararlanamaması ve bundan dolayı cezaevinde daha fazla kalıp mağdur olunmasına neden olunmaktadır. Bu nedenle Yargıtay’a göre, Anayasa’nın 90. maddesinin göndermesiyle iç hukuk kapsamında kanun hükmünde

⁶⁴⁰ CMK 141/1-f hükmüne ilişkin kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2017/7581 E., 2018/1310 K., 12.02.2018 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/4516 E., 2014/8600 K., 08.04.2014 T. Gözaltı alınan veya tutuklanan kişinin, işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu ceza ile cezalandırılması nedenine bağlı olarak tazminat istemine ilişkin karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D. 2014/5933 E., 2014/26424 K., 23.12.2014 T. Yargıtay’a göre, hapis cezasının adli para cezasına çevrildiği durumlarda, gözaltı ve tutuklulukta geçirilen süreler bakımından CMK 141/1-f bakımından tazminat talep edilemeyecektir. Yüksek Mahkemenin incelemesini CMK 141/1-a bakımından yapmaması ise eksikliklerdir. Bu yönde karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2013/24668 E., 2014/9872 K., 22.04.2014 T.

⁶⁴¹ Yargıtay 12. C.D., 2017/2164 E., 2017/8764 K., 13.11.2017 T.; Yargıtay 12. C.D., 2018/2849 E., 2018/6508 K., 11.06.2018 T.; Yargıtay 12. C.D., 2018/4512 E., 2018/7907 K., 10.09.2018 T.; Yargıtay 12. C.D., 2018/8362 E., 2019/449, 14.01.2019 T.; Yargıtay 12. C.D., 2018/5106 E., 2018/10883 K., 19.11.2018 T.

⁶⁴² Şartlı salıverilme süresi esas alınarak sonuca varılan kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2016/2013 E., 2016/9280 K., 01.06.2016 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/5346 E., 2015/2181 K., 09.02.2015 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/11035 E., 2014/17326 K., 09.09.2014 T.

bağlayıcılığı olan, Sözleşme'nin 5/3 düzenlemesi ve İHAM kararları dikkate alınarak, tazminatın şartla salıverme tarihinden itibaren hesaplanması gerekmektedir.⁶⁴³

Yargıtay'ın, Sözleşme md.5/3'e göre uzun tutukluluğun neden olduğu durumun ihlal yaratacağı sonucuna ulaşması olumludur. Ancak Mahkeme'nin bu yorumu tazminat nedenlerinin birbirine karıştırıldığı izlenimini vermektedir. Zira Sözleşme md.5/3 hükmüne uygun olarak CMK 141/1-d düzenlemesinde, tutuklu hakkında makul sürede hüküm verilmemesi hâlihazırda tazminat nedeni olarak belirlenmiştir. Bu nedenle, bu gibi durumlarda CMK 141/1-d kapsamında sonucu varılarak tazminata hükmedilmesi daha doğru olacaktır.

Yargıtay'ın bu yöndeki yaklaşımı CMK 141/1-d'ye ilişkin sorunlu bakış açısına ilişkin ipuçları da barındırmaktadır. Bu durum, aynı kişinin CMK 141/1-d ve CMK 141/1-f nedenine bağlı olarak açmış olduğu iki farklı dava üzerinden daha kolay anlaşılabilir. Yargıtay kararlarına konu olayda, davacı 20.02.2009 tarihinde yakalanmış ardından 23.02.2009 tarihinde tutuklanmış ve 2 yıl 9 ay 18 gün süren yargılama sonucunda tahliye olmuştur. Davacı, CMK 141/1-d nedenine bağlı olarak açmış olduğu ilk davada; tahliye taleplerinin basmakalıp (klişe)

⁶⁴³ Yargıtay bu durumu kararlarında şu şekilde ifade etmektedir: “(...) davacının her türlü zarar kavramı içinde düşünülmesi gereken şartla tahliye tarihinden itibaren tazminata hak kazanacağı gözetilerek, davacı hakkında hükmedilen ceza ve tutuklu kaldığı süre dikkate alındığında, davacı hakkında sürdürülen ceza yargılaması kısa sürede sonuçlandırılmış olsaydı, davacının (sanığın) suç tarihi itibarıyla 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 107. maddesine göre hükümlü sayılması nedeniyle ve iyi halli olmak koşuluyla cezaevinde kalması gereken süre daha sınırlı olacak iken, davacının tutuklu yargılanması ve hükümlü statüsüne geçememesi nedeniyle muhtemel şartla tahliye tarihine kadar olan hükümlülük süresinden fazla süre ile ceza infaz kurumunda kaldığı ve kanunun infazda öngördüğü indirimden yararlanamadığının anlaşılması ve (...) iç hukuk kapsamında kanun hükmünde bağlayıcılığı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesindeki özgürlük ve güvenlik hakkı düzenlemeleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına göre, davacının koruma tedbirine konu mahkum olduğu ceza davasında tutuklu kaldığı sürenin sonuç olarak tayin edilen ceza miktarı nazara alındığında uzun olduğu ve adı geçen Sözleşmenin 5/3. maddesine aykırılık oluşturulduğunun anlaşılması karşısında, muhtemel şartla tahliye tarihinden itibaren hesaplanacak süre üzerinden maddi ve manevi tazminatın tayin ve tespiti yerine, tutuklu kalan süreden mahkum olunan sürenin tamamı düşürüldükten sonra kalan süre üzerinden yapılan değerlendirme sonucu maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi, (...) Kanuna aykırı olup(...)” Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D. 2015/321 E., 2015/13391 K., 15.09.2015 T.. Aynı yönde diğer kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2012/24083 E., 2013/1 K., 03.01.2013 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/20368 E., 2015/10869 K., 16.06.2015 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/3710 E., 2014/17878 K., 16.09.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2015/3723 E., 2016/1723 K., 10.02.2016 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/17367 E., 2013/23638 K., 28.10.2013 T. Öğretide Yargıtay'ın bu yorumu eleştirilmektedir. Zira Mahkeme'nin bu yorumu CMK 141/1-f hükmüne aykırı olduğu gibi, koşullu salıverilmenin yalnızca belirli şartların bulunması durumunda uygulama alanı bulduğu gerçeğine aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle uygulanma alanının olup olmayacağı belirli olmadan sürenin koşullu salıverilme tarihinden itibaren hesaplanması eleştirilmektedir. Bu yönde eleştiri için ayrıca bkz. Özalp, s.114-115.

gerekçelerle reddedilerek tutukluluk halinin sürdürüldüğünü, duruşmaların tutuklu işlere ilişkin yargılamanın gerektirdiği süratle yapılmayarak Sözleşme'nin 5/3 düzenlemesinin ihlal edildiğini iddia etmiş ve yerel mahkemece tazminat talebinin kabulüne karar verilmiştir. Yargıtay tarafından yapılan incelemede ise, İHAM'ın tutukluluk süresine ilişkin benimsediği ilkeler “basmakalıp” bir şekilde uygulanmış ve davanın reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılarak karar bozulmuştur.⁶⁴⁴ Ancak Yargıtay aynı davacının CMK 141/1-f kapsamında açtığı ikinci davada, farklı bir sonuca ulaşmıştır. Yargıtay, CMK 141/1-f nedenine bağlı olarak açılan ikinci davada, davacının mahkûm olduğu cezadan fazla kaldığı süre için tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirterek kararı bozmuştur.⁶⁴⁵

Görüldüğü üzere söz konusu olayda, Yargıtay CMK 141/1-d nedenine bağlı olarak Sözleşme'nin 5/3 düzenlemesine ilişkin ilkelerin farkında olarak bunları içtihadına aktarmışsa da bu ilkeleri sorunlu bir şekilde uygulamaktadır. Davacının sonuç olarak aldığı cezanın gözaltı ve tutuklulukta geçirilen süreden az olduğu bir durumda tutukluluğun nasıl olur da makul olarak kabul edilebildiğini anlamak zordur. Yukarıda da izah edildiği üzere bu sorun, Yargıtay'ın Sözleşme'nin 5/3 düzenlemesine ilişkin ilkeleri “basmakalıp” şekilde uygulamasının doğal bir sonucudur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Yargıtay'a göre, CMK 141/1-f'ye bağlı açılacak davalarda, asıl hükmün kesinleşmesi gerekmektedir.⁶⁴⁶ Aksi durumda açılan davalar reddedilecektir.

⁶⁴⁴ Yargıtay 12. C.D., 2015/2784 E., 2016/2092 K., 15.02.2016 T.

⁶⁴⁵ Yargıtay 12. C.D., 2016/13071 E., 2017/8016 K., 30.10.2017 T.

⁶⁴⁶ Yargıtay'ın CMK 141/1-d'ye ilişkin söz konusu tazminat nedenine bağlı sorunlu yaklaşımı dışında, farklı ihtimallere ilişkin doğru yaklaşım sergilediği kararları mevcuttur. Örneğin Yargıtay, kişiye birden fazla suçtan dolayı gözaltı ve tutukluluk tedbirinin uygulanması durumunda bir suçtan beraat edip diğer suçtan mahkûmiyet kararı verilmişse, yapılacak mahsup işleminden sonra, şayet gözaltı ve tutuklulukta geçen süreler fazla ise tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu yönde Yargıtay kararı için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2018/190 E., 2018/5678 K., 21.05.2018 T. Yine Yargıtay, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği durumlarda, hükmün açıklanmasına konu edilen ceza süresinin, toplam tutukluluk süresinden çıkarılması durumunda, fazladan gözaltı ve tutukluluk süresi bulunması durumunda tazminata hak kazanılacağını ifade etmektedir. Bu yönde karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2013/27705 E., 2014/14473 T., 11.06.2014 T.

c. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması

Çalışma tarihi itibarıyla AYM'nin, tüketme koşulu bakımından CMK 141/1-f'de belirtilen tazminat nedenine bağlı olarak inceleme yaptığı herhangi bir kararı bulunmamaktadır. Ancak yine de AYM'nin CMK 141 yoluna ilişkin genel yaklaşımı ve Yargıtay'ın yukarıda işaret edilen kararları dikkate alındığında, bu yolun AYM tarafından etkili ve tüketilmesi gerekli bir hukuk yolu olarak kabul edilebileceği düşünülmektedir.

İHAM'ın konuya ilişkin yaklaşımı incelendiğinde ise Mahkemenin iki önemli kararına rastlanılmaktadır. İHAM, CMK 141/1-f nedenine bağlı olarak verdiği ilk kararında, söz konusu yolu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmemiştir. Mahkemenin bu yönde sonuca varmasında, Hükümet tarafından CMK 141/1-f'nin başarıyla uygulandığına dair herhangi bir örneğin sunulmaması gerekçe olmuştur.⁶⁴⁷

İHAM'ın konuya ilişkin dikkat çekici olan ikinci kararı ise *Alican Demir/Türkiye*⁶⁴⁸ kararıdır. Bahsi geçen kararda başvuru, şartlı tahliyeden yararlanması gerektiği süreden sonra da tutuklu kalmasından yakınmıştır. İHAM yaptığı incelemede; Hükümet tarafından CMK 141/1-f yolunun etkililiğine ilişkin sunulan içtihatların⁶⁴⁹ somut başvuruda ileri sürülen olaylarla aynı nitelikte olduğunu ve CMK 141/1-f düzenlemesinin lafzi olarak şartlı tahliye süresini dikkate almamasına rağmen, Yargıtay'ın getirmiş olduğu yorumla, şartlı tahliye tarihinden itibaren hesaplama yapılması gerektiği sonucuna vardığına dikkat çekmiştir. Ancak İHAM, söz konusu başvuru yolunun Yargıtay tarafından getirilen yorumla yakın zamanda ortaya çıktığını, başvurunun yapılmasından sonra Hükümet tarafından ileri sürülen Yargıtay kararlarının verilmiş olduğunu, olayların meydana geldiği tarih itibarıyla bu yolun erişilebilir nitelikte olmadığını dikkate almış ve başvuru yolunun CMK 141/1-f yolunu tüketmesi gerekmediği sonucuna ulaşmıştır.

İHAM'ın söz konusu kararında, tüketme koşulu ile etkili bir hukuk yoluna ilişkin önceki kararlarında belirlemiş olduğu tüm ilkelerini dikkate aldığı ve bunları titizlikle uyguladığı dikkat çekmektedir. Mahkeme tarafından yapılan incelemede; Hükümet tarafından sunulan

⁶⁴⁷ Hıdır Durmaz/Türkiye (No.2), İHAM, 26291/05, 12.07.2011, § 37.

⁶⁴⁸ Alican Demir/Türkiye, İHAM, 41444/09, 25.02.2014, § 68-82.

⁶⁴⁹ Yargıtay 12. C.D., 2012/20277 E., 2012/27572 K., 17.12.2012 T.; Yargıtay 12. C.D., 2012/24083 E., 2013/1 K., 03.01.2013 T.

kararların somut olayla aynı nitelikte olup olmadığı, başvurucunun bireysel başvuru anındaki durumu ve söz konusu yola, olay tarihi veya en azından başvuru tarihi itibarıyla başvurma imkânının olup olmadığı değerlendirilmiştir. Ayrıca teorik düzenleme ile yargı pratiği arasındaki farklılıklara dikkat çekilmesi ve hukuk yolunun yargı kararlarıyla ortaya çıktığı durumlarda, yargı kararlarının ortaya çıktığı tarihten hareketle etkili olup olmadığının değerlendirilmiş olması kararı oldukça önemli kılmaktadır. İHAM, CMK 141/1-f nedenine bağlı olarak yaptığı incelemede söz konusu ilkelerini kararlarında ortaya koymakla birlikte diğer tazminat nedenleri bakımından aynı yaklaşımı sergilememektedir. Bu nedenle Mahkemenin CMK 141 yolunda belirtilen diğer tazminat nedenleri bakımından da aynı ilkelerden hareketle sonuca ulaşmasının daha doğru ve tutarlı olacağı söylenmelidir.

Netice itibarıyla; her ne kadar AYM'nin CMK 141/1-f nedenine ilişkin inceleme yaptığı bir kararı bulunmamaktaysa da İHAM'ın *Alican Demir/Türkiye* kararından hareketle, CMK 141/1-f yolunun, Yargıtay kararlarının alenilik kazandığı dönemden itibaren, bireysel başvuru mekanizması bakımından tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilebileceği söylenebilir.

7. Yakalama veya Tutuklama Nedenleri ve Suçlamaların Kendilerine, Yazıyla veya Bunun Hemen Olanaklı Bulunmadığı Hâllerde Sözle Açıklanmaması (CMK 141/1-g)

a. Teori

CMK 141/1-g düzenlemesinde, “*yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan*” kişilerin tazminat hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. Madde kapsamında öngörülen tazminat nedeni, bilgilendirme hakkına aykırılık durumlarını konu etmektedir. Bu nedenle, tazminatın hangi durumlarda oluşacağının tespiti için, bilgilendirme hakkının kısaca izah edilmesi faydalı olacaktır.

Sözleşme'nin 5/2 düzenlemesine göre;

*“Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur”*⁶⁵⁰

“Bilgilendirme hakkı” olarak ifade edilebilecek bu hak, üç temel yükümlülük öngörmektedir.⁶⁵¹ Bu yükümlülükler; kişiye yakalanma nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama konusunda bilgilendirme yapılması, bu bilgilendirmenin en kısa sürede/derhâl yapılması ve son olarak, kişinin anladığı bir dilde yapılmasıdır.⁶⁵²

Bilgilendirme hakkı ile Sözleşme’nin 5/4 düzenlemesi arasında yakın bir ilişki vardır. Zira yakalamanın temel hukuki ve maddi nedenlerinin bildirilmediği bir durumda; yakalanan kişinin, Sözleşme’nin 5/4 düzenlemesine göre, özgürlükten yoksun bırakmaya karşı etkili bir itiraz hakkına sahip olduğunu söylemek mümkün değildir.⁶⁵³

Konuya ilişkin Anayasa düzenlemesi incelendiğinde, Anayasa md.19/4’de

“Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.”

denilerek hakka yer verildiği görülmektedir. Bu hâliyle Anayasa düzenlemesinin Sözleşme’yle paralel nitelikte güvenceler sağladığı görülmektedir. Bunun yanında bilgilendirmenin şekli konusunda, Anayasa’nın “yazılı” olmayı öngörmesi nedeniyle, Sözleşme’nin bir adım ötesinde güvence sağlanmaktadır. Ancak Anayasa’da toplu olmayan suçlar bakımından durum bu olsa

⁶⁵⁰ https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (E.T. 11.05.2020)

⁶⁵¹ Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İn: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed: Sibel İnceoğlu, s.198.

⁶⁵² Bilgilendirme hakkı, Sözleşme’nin 5/1 düzenlemesine göre özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes bakımından geçerlidir. Bu hak gereğince yapılacak bilgilendirmenin kapsamını, yakalama nedenleri ile isnat edilen her türlü suçlama oluşturmaktadır. İHAM’a göre, yapılacak bilgilendirmenin içeriği, özgürlükten yoksun bırakmaya karşı itiraz edilebilmesine olanak sağlayacak yeterlilikte olmalıdır. Bu nedenle özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimseye, yakalanmasına neden olan temel hukuki ve maddi nedenler, anlayabileceği basit bir dilde ve derhâl bildirilmelidir. İHAM, bilgilendirmenin yeterliliğini veya derhâl verilip verilmediğini her somut olayın koşullarını gözeterek neticelendirmektedir. Bilgilendirme hakkına ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1**, s.393-394; Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.153-162; Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İn: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed: Sibel İnceoğlu, s.198-199; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.581-582; Kalyoncu, s.69.

⁶⁵³ Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık, İHAM, § 40; Van Der Leer/Hollanda, İHAM, 11509/85, 21.02.1990, § 28.

da toplu suçlarda, en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirimin yapılacağına düzenlenmiş olması, Sözleşme'ye uyum bakımından sorunludur.⁶⁵⁴

Konuya ilişkin Anayasa altı düzenlemeler incelendiğinde ise; Yakalama ve Gözaltı Altına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 6. maddesi ile yakalanan kişiye, suç ayrımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddiaların herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirileceğinin düzenlenmiş olduğu görülmektedir.⁶⁵⁵ Benzer şekilde tutuklama nedenlerinin bildirilmesine ilişkin düzenlemeler incelendiğinde ise CMK md.101/2 hükmüyle, tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda; kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını, tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterileceği ve kararın içeriğinin şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilip ayrıca bir örneğinin kendilerine verileceği düzenlenmektedir. Yine bunun yanında CMK 147/1-b hükmüyle de şüpheli ve sanığın ifadesi veya sorgusundan önce kendisine yüklenen suçun anlatılacağı ifade edilmiştir. Kişinin yakalama ve tutuklama nedenlerini başka bir yolla öğrenmiş olması bu yükümlülükleri ortadan kaldırmayacaktır.⁶⁵⁶

Anlatıma CMK 141 çerçevesinden bakılacak olursa; CMK 141/1-g düzenlemesi ile tazminata konu olacak durum, yakalanan veya tutuklanan kimselere, yukarıda izah edilen Sözleşme, Anayasa ve diğer düzenlemelere aykırı olarak, bilgilendirmenin yapılmaması ya da gereği gibi yapılmaması durumudur. Söz konusu düzenlemelerin çoğunda “bildirilir” ifadesine yer verilmişse de hakkın gereği olarak, yakalanan kişiye yakalamayı gerektiren hukuki ve fiili nedenlerin anlayabileceği bir şekilde açıklanması gerekmektedir. Nitekim CMK 141/1-g

⁶⁵⁴ Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İn: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed: Sibel İnceoğlu, s.199.

⁶⁵⁵ CMK md.90/4 hükmüne göre, yakalanan kişiye kanunî hakları derhâl bildirilecektir. Bunun yanında PVS 13/5 düzenlemesine göre de yakalanan kişilere, yakalama sebebi herhalde yazılı ve bunun mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl; toplu suçlarda ise en geç bu kişiler hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilecektir. Bunun yanında Yakalama ve Gözaltı Altına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 6/7 düzenlemesi ile de yakalama işleminin bir tutanağa bağlanacağı, bu tutanağa yakalananın, hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kolluk mensubunca tespit edildiği, haklarının tam olarak anlatıldığı açıkça yazılacak ve bu tutanağın bir sureti yakalanan kişiye verilecektir.

⁶⁵⁶ Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.582.

düzenlemesinde özel olarak “açıklanmayan” ibaresine yer verilerek bu duruma dikkat çekilmektedir.⁶⁵⁷

Bilgilendirme hakkı, tüm tutma biçimleri için güvence sağlamaktaysa da CMK 141/1-g kapsamındaki tazminat hakkı, yalnızca suç şüphesiyle tutulan kimseler bakımından gündeme gelmektedir. Zira CMK 141/1’de sayılan tazminat nedenlerinin ön koşulunu, bir suç soruşturması veya kovuşturması sırasında uygulanma oluşturmaktadır.

Son olarak yukarıda izah edildiği üzere, kişinin bilgilendirme hakkına uygun olarak bilgilendirilmemiş olması durumu aynı zamanda Sözleşme’nin 5/4 düzenlemesine göre özgürlükten yoksun bırakmayı karşı etkili itirazı engelleyecektir. Bu yönde bir iddia CMK 141’de ayrı bir tazminat nedeni olarak düzenlenen, CMK 141/1-k kapsamında da değerlendirilebilecektir. Bu nedenle hem bilgilendirme hakkına aykırı davranılması hem de bu vasıta ile etkili itirazın engellendiği durumlarda, CMK 141/1-g ve CMK 141/1-k kapsamında tazminatın talep edilebileceği belirtilmelidir.

b. Yargısal Pratik

CMK 141/1-g kapsamındaki tazminat istemleri bakımından Yargıtay kararları incelendiğinde; Yüksek Mahkemenin tazminat nedenine ilişkin yoğun bir pratiğinin olmadığı görülmektedir. Ancak yine de Yargıtay’ın, az sayıda olan kararlarında, tazminat nedenine ilişkin önemli tespitlerde bulunduğu belirtilmelidir. Örneğin Yargıtay, bilgilendirme hakkı ihlal edilen kişinin avukat olmasının, bilgilendirme yükümlüğünü ortadan kaldırmayacağını düşünmektedir.⁶⁵⁸ Gerçekten de bilgilendirme hakkı kapsamında öngörülen yükümlülükler, kişinin avukat olup olmasına göre değişkenlik göstermemektedir.

⁶⁵⁷ Canoğlu, s.97-98.

⁶⁵⁸ Yargıtay, avukat olan davacının açmış olduğu CMK 141 davasında; davacının, adalet sarayında gerçekleştirilen eylem sırasında savcının talimatı ile yakalandığını, adli muayene raporu düzenlendikten sonra ifadesi alınmadan aynı gün serbest bırakıldığını, davacıya kanuni haklarının hatırlatıldığına dair herhangi bir tutanak düzenlenmediğini, suçlamadan haberdar edilme ve düzenlemelerde yer alan aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin emredici hükümlerin ihlalinin işlemi haksız hâle getirdiği ve davacının avukat olmasının bu hükümlerin uygulama koşullarını değiştirmeyeceği için makul bir miktarda manevi tazminata hükümlenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Yargıtay’ın bu kararında, ilkeleri başarıyla uygulaması ve davacının avukat olmasının bilgilendirme hakkına aykırılık sonucunu değiştirmeyeceği sonucuna varması önemlidir. Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2018/1379 E., 2019/82 K., 07.01.2019 T. Aynı olay kapsamında açılan bir diğer tazminat davasında da Yargıtay aynı sonuca ulaşmıştır. Ancak Yerel Mahkeme tarafından, Yargıtay kararına karşı direnildiği de önemle

Yargıtay'ın tazminat istemi bakımından bu yönde önemli tespitleri bulunmaktaysa da kararlarında eleştiriye açık alanlar da bulunmaktadır. Yargıtay'ın az sayıda olan kararlarının hepsinde, yalnızca tanzim edilen bilgilendirme formundan hareketle sonuca varıldığı yönünde izlenim uyanmaktadır.⁶⁵⁹ Bu durum, bilgilendirmenin yapıldığına ilişkin bir formun düzenlenmiş olduğu her durumda, hakka uygunluğun doğrudan sağlanmış olduğu ve bundan dolayı tazminat talep edilemeyeceği yönünde hatalı bir algıya neden olmaktadır. Mahkemenin bu yöndeki yaklaşımı, tazminat yolunda yeterli bir araştırmanın yapıp yapılmadığı konusunda şüphelere neden olmaktadır.

Bunun yanı sıra tazminat nedeninin, yalnızca yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen kişilerin bilgilendirme hakkına uygun olarak bilgilendirilip bilgilendirilmediğini öngörmesine rağmen yeteri yargısal pratiğin uzun yıllar boyunca oluşmaması dikkate değerdir.

Tazminat nedeninin yoğun bir yorum faaliyeti gerektirmemesi, Yargıtay'ın eleştiriye açık yaklaşımı ve son olarak tazminat nedenine ilişkin kararların CMK 141 düzenlemelerinin uygulama alanı bulduğu 2005 yılından uzun yıllar sonra verilmesi; söz konusu yolun pratikte etkililiğine şüpheyle yaklaşılmasını gerektirmektedir. Ancak yine de Yargıtay kararlarının alenileştiği tarihler de dikkate alınarak, CMK 141/1-g yolunun etkili bir hukuk yolu olduğu değerlendirilebilecektir.

belirtilmelidir. Bu yöndeki kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2017/6457 E., 2018/366 K., 15.01.2018 T.; Yargıtay 12. C.D., 2018/5478 E., 2018/11202 K., 26.11.2018 T. Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın konuya ilişkin ilkesel yaklaşımı doğru olsa da oldukça az yorum gerektiren söz konusu tazminat nedeni bakımından kararın iki defa bozulması ve böylelikle yargılamanın uzamış olması oldukça ilginçtir.

⁶⁵⁹ Yargıtay, aynı nedene bağlı olarak açılan tazminat davasında, derece mahkemesince temin edilerek dosya içerisine alınan "Yakalama ve Gözaltına Alma Tutanağı Şüpheli ve Sanık Hakları Formu"nu incelemiş ve yakalama nedenlerinin davacıya bildirildiğinin anlaşıldığı sonucuna vararak, tazminat talebinin reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme'nin kararında eleştiriye açık olan husus, yalnızca "Yakalama ve Gözaltına Alma Tutanağı Şüpheli ve Sanık Hakları Formu"nun düzenlenmiş olmasından hareketle sonuca varıldığı yönündeki izlenimdir. Zira Yargıtay tarafından; söz konusu formun bilgilendirme hakkının gereklerine uygun olarak düzenlenip düzenlenmediği, bilgilendirmenin içeriği ve derhâl yerine getirilip getirilmediğine ilişkin hiçbir tartışma yürütülmemiştir. Bu durum tazminat nedeni bakımından yapılması gereken araştırmanın yapılmadığı izlenimi uyandırmaktadır. Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2019/266 E., 2019/6365 K., 20.05.2019 T.

c. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması

AYM'nin tazminat nedenine ilişkin yaklaşımı dikkate alındığında; Mahkemenin içtihatlarıyla, CMK 141/1-g yolunu etkili ve tüketilmesi gerekli bir hukuk yolu olarak kabul ettiği görülmektedir.⁶⁶⁰ Zira AYM'ye göre, yakalandığında yakalama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen mümkün bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan kişilerin tazminat istemleri konusunda karar vermek için asıl davada hüküm verilmesini veya verilen hükmün kesinleşmesini beklemeye gerek bulunmamaktadır.⁶⁶¹ Kaldı ki, yakalama nedenleri ve hakkındaki suçlamaların bildirilmediği yönünde AYM tarafından yapılacak bir tespit ve ihlal kararının tazminat dışında bir sonucu olmayacağı dikkate alındığında, başvuruçuların hem ihlal iddialarının tespit edileceği hem de tazminata hükmedileceği CMK 141/1-g yolunu tüketmeleri doğru olacaktır.⁶⁶² AYM'nin kararında eleştiriye açık olan hususlar, somut içtihat tartışmasının yapılmaması ile başvuruçunun bireysel başvuruyu yaptığı andaki durumunun dikkate alınmamasıdır.

Bunun yanında çalışma tarihi itibarıyla İHAM'ın CMK 141/1-g yolunu değerlendirdiği herhangi bir kararının bulunmadığı görülmektedir. Ancak AYM'nin CMK 141'e ilişkin yaklaşımının İHAM tarafından göz ardı edilmediği dikkate alındığında, söz konusu yolun İHAM tarafından da etkili görülebileceği ileri sürülebilecektir.

Sonuç olarak; AYM'nin güncel yaklaşımına göre, suç isnadıyla yakalanan kişilerle ilgili olarak, yakalama nedenlerinin veya suçlamaların bildirilmediği iddiasıyla yapılacak bireysel

⁶⁶⁰ CMK 141/1-g yolunun tüketilmemesi nedeniyle kabul edilebilir bulunmayan başvurular için ayrıca bkz. Zeki Bingöl (2), AYM, 2013/6576, 18.11.2015, § 52-62; Tamer Morkoç, AYM, 2013/5507, 15.06.2016, § 79-90; Hüseyin Korkmaz, AYM, 2014/16835, 18.07.2018, § 55-60; Mustafa Demirhan, AYM, 2014/16855, 12.12.2018, § 23-28; Arif İbiş, AYM, 2014/16836, 12.12.2018, § 23-28; Mehmet Bilal Çolak, AYM, 2017/25971, 30.10.2018, § 84-88; Ufuk Arslan, AYN, 2017/34473, 26.12.2018, § 78-83; Ali Kavlak, AYM, 2016/8018, 10.12.2019, § 49; Hüseyin Yıldırım, AYM, § 51-54; Kamil Erdoğan, AYM, 2017/4023, 19.04.2018, § 34-37.

⁶⁶¹ AYM, söz konusu kararında, Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 17.09.2012 tarihli ve 2012/20227 E., 2012/18818 K. sayılı kararına atıfla sonuca varmıştır. Yargıtay'ın söz konusu kararı, makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmama nedeniyle verilen bir karardır. AYM'nin, Yargıtay kararında “yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan kişilerin tazminat istemleri konusunda, asıl davada hüküm verilmesini veya verilen hükmün kesinleşmesini beklemeye gerek bulunmamaktadır” şeklindeki belirleme nedeniyle doğrudan CMK 141/1-g yolunu etkili görmesi sorunludur.

⁶⁶² Deniz Özfirat, AYM, 2013/7929, 01.12.2015, § 42-55.

başvurularda, asıl dava sonuçlanmamış da olsa, CMK 141/1-g’de belirtilen tazminat yolu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yoludur.

8. Yakalama veya Tutuklamanın Yakınlarına Bildirilmemesi (CMK 141/1-h)

a. Teori

CMK 141/1-h düzenlemesinde, “*yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen*” kişilerin tazminat hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. Görüldüğü üzere kanuni düzenlemede, tazminat nedeninin oluşması için yakınlarına haber verme hakkına aykırılık yeterli görülmüş, başkaca koşul aranmamıştır. Söz konusu tazminat nedeninin anlaşılabilmesi için yakınlarına haber verme hakkının kısaca izah edilmesi yeterli olacaktır.

Yakınlarına haber verme hakkı, Sözleşme’nin 5. maddesinde açıkça yer almamaktadır.⁶⁶³ Yukarıda da açıklandığı gibi bilgilendirme hakkı, yakalama nedenleri ile yöneltile suçlamalar hakkında yakalanan kişiye bilgi verme yükümlülüğü öngörmekteyse de taraf devlete, yakınlarına haber verme yönünde bir yükümlülük getirmemektedir.⁶⁶⁴ Ancak söz konusu hak, “koruyucu” özellikte olması nedeniyle, İHAM’ın içtihatlarıyla tanınmıştır.⁶⁶⁵ İHAM, Sözleşme’nin 5/1 düzenlemesinden hareket ederek tutmanın yasallığı bakımından konuyu ele almakta; işkence veya zorla kaybetme ihtimaline karşı, kanunun keyfiliğe karşı koruyucuları bünyesinde barındırması gerektiğini belirtmektedir.⁶⁶⁶ Nitekim Mahkeme’ye göre; avukata, doktora, akrabaya veya arkadaşına erişimin olmadığı bir durum; kişinin, yalnızca kendisini tutanların merhametine bırakılmış olduğu anlamına gelecektir.⁶⁶⁷

Yakınlarına haber verme hakkının bu yönde yüksek öneme sahip olması nedeniyle, Anayasa’da açıkça düzenlendiği görülmektedir. Nitekim Anayasa md.19/5’de;

“Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhâl bildirilir.”

⁶⁶³ Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.163.

⁶⁶⁴ Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İn: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed: Sibel İnceoğlu, s.206.

⁶⁶⁵ *Aksoy/Türkiye*, § 82-84.

⁶⁶⁶ Detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.164.

⁶⁶⁷ *Aksoy/Türkiye*, § 82-84.

denilerek, söz konusu hak, mutlak bir hak olarak düzenlenmiştir.⁶⁶⁸ Bunun yanında CMK md.95’de, yakalanan, gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin, bir yakınına veya belirlediği bir kişiye, gecikmeksizin haber verileceği belirtilmiştir.⁶⁶⁹ Yine CMK md.107 düzenlemesiyle, tutuklamadan ve tutuklamanın uzatılmasına ilişkin her karardan tutuklunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye, hâkim kararıyla gecikmeksizin haber verileceği ve ayrıca soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla, tutuklunun, tutuklamayı bir yakınına veya belirlediği bir kişiye bizzat bildirmesine de izin verileceği ifade edilmiştir.⁶⁷⁰

Nitekim CMK 141/1-h düzenlemesi; Anayasa ve CMK’da detaylı bir şekilde yer alan, yakınlarına haber verme hakkına aykırılık durumunu tazminat konusu edinmektedir. Bu nedenle hakkı ihlal edilen kişi tazminat talep edebilecektir.⁶⁷¹

⁶⁶⁸ Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.163.

⁶⁶⁹ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği’nin 8.maddesine göre; yakalanan kişinin; kendisi ile birlikte bir kişi varsa bu kişi vasıtasıyla, suçun işlendiği veya yakalandığı yerde ikamet ediyorsa ve haber vereceği yakınının telefon numarasını biliyorsa ya da kolluk vasıtasıyla sair suretle tespit edilebiliyorsa, telefon ile, haber vereceği yakınının telefon numarasını bilmiyorsa ilgili yer kolluğu vasıtasıyla, konutu suç yeri dışında ise telefonla veya kişinin adresinin bulunduğu yerle ilişki kurulmak suretiyle, yakalandığı, gözaltına alındığı veya gözaltı süresinin uzatıldığı cumhuriyet savcısının emriyle gecikmeksizin bir yakınına veya belirlediği bir kişiye haber verilecektir. Yakalanan veya gözaltına alınan kişi yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkmaması hâlinde, durumu vatandaşı olduğu ülkenin büyükelçiliği veya konsolosluluğuna haber verilecektir.

⁶⁷⁰ Bildirimin kime yapılacağı konusunda şüpheli veya sanığa bir seçim hakkı tanınmıştır. Yakalanan ve tutuklanan kişi bildirimin belirlediği kişiye yapılmasını istemiş ise ayrıca yakınına bildirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Öğretide, kişinin belirlediği kişiye haber verildiğinde, ayrıca yakınlarına haber verilmemesi nedeniyle, CMK 141/1-h kapsamında tazminat talep edilemeyeceği düşünülmektedir. Bu yönde düşünce için ayrıca bkz. Öztürk, Kazancı, Güleç, s.365. Ayrıca Öğretide, CMK 141/1-h kapsamında “yakınlarına bildirilmemesi” tazminat nedeni olarak öngörüldüğü için, yakalanan ve tutuklanan kişinin belirlediği kişiye değil de yakınına haber verilmesi durumunda, bu bent kapsamında, tazminat hakkı doğmayacağı ifade edilmektedir. Bu yönde düşünce için ayrıca bkz. Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.583. Ancak böylesi bir durum, kişinin kanuni haklarından faydalandırılmaması anlamına geleceğinden, sadece tutuklanan kişi bakımından, CMK 141/1-c kapsamında tazminat hakkının doğacağı söylenecektir. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Özalp, s.117.

⁶⁷¹ Öğretide kişinin yakalandığını veya tutuklandığını gizlemek amacıyla, kendi isteğiyle yakınlarına haber verilmemesini istemesi durumunda, bildirimin kişinin kendi iradesiyle engellendiği için tazminat istemi söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Günay, s.102; Taştan, s.77. Ancak söz konusu bildirim bir hak olsa da kanunen yerine getirilmesi zorunlu tutulmuştur. Yakınlarına haber verme hakkının aynı zamanda yükümlülük getirmesi ve CMK 141/1-h düzenlemesinde bu yönde bir ayrıma gidilmediği için, kişinin kendi isteğiyle bundan vazgeçmesi durumunda dahi, tazminatın gündeme geleceği düşünülmektedir. Ancak yabancı kişiler bakımından, ilgili devletin konsolosluluğuna bildirim yapılması kişi tarafından yazılı olarak karşı çıkılması durumunda engellenebildiğinden böylesi bir durumda, tazminatın gündeme gelmeyeceği söylenebilir.

b. Yargısal Pratik

CMK 141/1-h kapsamındaki tazminat istemleri bakımından Yargıtay kararları incelendiğinde; Yüksek Mahkemenin tazminat nedenine ilişkin yoğun bir pratiği olmadığı görülmektedir. Ancak yine de Yüksek Mahkemenin önemli kararlarının olduğu da belirtilmelidir.⁶⁷²

Yargıtay'ın kararlarından hareketle, CMK 141/1-h'de belirtilen tazminat yolunun etkili bir hukuk yolu olup olmadığı sorusuna cevap aranılacak olursa; söz konusu kararların sayısının azlığı bu yolun makul bir başarı şansı tanıyıp tanımadığı hususunda şüphe yaratmaktadır. Nitekim söz konusu kararların CMK 141 düzenlemelerinin uygulama alanı bulduğu 2005 yılından uzun yıllar sonra verilmiş olduğu dikkate alındığında, bu yolun gerçekten de pratikte var olup olmadığı konusunda şüphe uyanmaktadır. Ancak yine de tazminat nedeninin oldukça az yorum faaliyeti gerektirmesi ve söz konusu yol kullanıldığında tazminat talebinin başarıya ulaşabileceğine ilişkin kararların bulunması nedeniyle, etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu kabulün, söz konusu yolun pratikte yeterli kesinlikte var olduğunu gösteren somut içtihatlardan hareketle belirlenmesi daha doğru olacaktır.

c. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması

Çalışma tarihi itibarıyla AYM'nin veya İHAM'ın, yakınlarına haber verme hakkının ihlal edildiği iddiasıyla CMK 141/1-h'de belirtilen hukuk yolunu inceleyerek sonuca ulaştığı herhangi bir kararı bulunmamaktadır.

Yakınlarına haber verme hakkının Anayasa ve CMK düzenlemelerinde açıkça yer almasına karşın, Sözleşme'de yer almadığı dikkate alındığında, söz konusu iddianın AYM tarafından "konu bakımından yetkisizlik" kararıyla kabul edilebilir bulunup bulunmayacağı belirsizdir.

AYM tarafından, konu bakımından yetkisizlik kararı verilmemesi durumunda ise Mahkemenin CMK 141'e ilişkin genel yaklaşımı dikkate alındığında; CMK 141/1-h yolunu,

⁶⁷² Yargıtay tazminat istemine ilişkin kararlarında, kişinin yakalandığının bir yakınına veya belirlediği bir kişiye haber verildiğine dair herhangi bir tutanak düzenlenip düzenlemediği araştırarak sonuca ulaşması gerektiğini ifade etmektedir. Bu yönde karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2019/266 E., 2019/6365 K., 20.05.2019 T. Nitekim yakalanan veya tutuklanan kişinin avukat olması, bu bildirimin yapılması yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığı gibi tazminat istemi bakımından da önem arz etmeyecektir. Bu yönde karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2018/1379 E., 2019/82 K., 07.01.2019 T.

etkili ve tüketilmesi gerekli bir hukuk yolu olarak kabul edebileceği düşünülmektedir. AYM tarafından CMK 141'e ilişkin sergilenen yaklaşımların İHAM tarafından da dikkate alındığı göz önünde bulundurulduğunda, İHAM tarafından da söz konusu yol etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilebilecektir.

9. Yakalama veya Tutuklama İşlemine Karşı Kanunda Öngörülen Başvuru İmkânlarından Yararlandırılmama (CMK 141/1-k)

a. Teori

CMK 141/1-k düzenlemesinde; “yakalama veya tutuklama işlemine karşı kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan” kişilerin, tazminat hakkına sahip oldukları ifade edilmektedir. CMK 141'in ilk hâlinde bulunmayan tazminat nedeni, 6459 sayılı Kanunla⁶⁷³ eklenmiştir. Düzenlemenin gerekçesi, tazminat hâlinin neden öngörüldüğüne ilişkin ipuçları barındırmaktadır. Madde gerekçesi, bu nedeni şöyle ifade etmiştir:

*“AİHM, AİHS'in 5 inci maddesinin dördüncü fıkrasına göre, yakalama ve tutuklama işlemine karşı etkili başvuru hakkı tanınmadığı durumlarda da ilgiliye tazminat ödenmesine hükmetmektedir. Yapılan düzenlemeyle, yakalanan veya tutuklanan kişilerin yakalama ve tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmaması durumunda, bu kişilerin maddî ve manevî her türlü zararlarının tazminini isteyebilmesine imkân sağlanmaktadır.”*⁶⁷⁴

Gerekçeden anlaşıldığı üzere, söz konusu düzenlemeyle, Sözleşme'nin 5/4 düzenlemesine göre yakalama ve tutuklama işlemine karşı etkili başvuru hakkı tanınmadığı durumlarının tazminat nedeni olarak öngörülmesi hedeflenmiştir.⁶⁷⁵

⁶⁷³ İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmî Gazete, 30.04.2013 Tarih, 28633 Sayı.

⁶⁷⁴ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkunlarno=122187&pkunnumarasi=6459>(E.T.02.04.2020)

⁶⁷⁵ Nedim Bekri, “Yakalama ve Tutuklama Nedeniyle Tazminat Düzenlemesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.1, 2012, s.48; Epözdemir, s.23. Öğretide, kanun metninde başvuru imkânlarından yararlandırılmama durumunun tazminat nedeni olarak öngörülmesinden dolayı, mevcut kanunlarda yer alan başvuru imkânlarının eksikliği veya yetersizliğinin tazminat nedeni olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, sınırlı olarak, örneğin tutukevinde bulunan şüphelinin başvuru dilekçesinin alınmaması veya işleme konulmaması gibi durumlarda madde kapsamında tazminat talep edilebilir. Bu yönde düşünce için ayrıca bkz. Canoğlu, s.123

Nitekim teorik düzenlemede “*kanunda öngörülen*” ifadesine yer verildiği ve söz konusu ifadeden şekli anlamda yasalar ile usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların anlaşılması nedeniyle; Sözleşme md.5/4 düzenlemesine aykırılık mağduru olan herkesin, teorik olarak, CMK 141/k kapsamında tazminat hakkına sahip olacağı söylenebilecektir. Bu nedenle yalnızca CMK düzenlemelerinden hareketle tazminat durumlarının oluşabileceği durumların tespit edilmesi teorik düzenlemeyle uyumsuzluk yaratacaktır.

Bu belirlemelerden sonra tazminatın oluşacağı olası durumların tespiti bakımından, Sözleşme’nin 5/4 düzenlemesinin kısaca ifade edilmesi faydalı olacaktır.⁶⁷⁶

Sözleşme’nin 5/4 düzenlemesine göre;

*“Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.”*⁶⁷⁷

Paralel yönde olan, Anayasa md. 19/8 düzenlemesine göre ise;

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

Özgürlükten yoksun bırakmaya karşı başvuru hakkı olarak ifade edilebilecek bu hakka göre, kişinin salıverilmesini sağlayabilecek bir mahkemeye/yargı merciine başvurabilmesini öngören bir iç hukuk yolunun var olması gerekmektedir.⁶⁷⁸ Bu hak, Sözleşme md.5/3 ve Anayasa md.19/7 düzenlemelerinden farklı olarak, yalnızca suç şüphesiyle tutulan kişiler

⁶⁷⁶ Sözleşme’nin 5/4 düzenlemesine, yalnızca tazminat nedeninin oluşabileceği olası durumların belirlenmesiyle sınırlı olarak ve ana hatlarıyla verilmiştir. Düzenlemeye ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1**, s.405-411; Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.204-252; Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İn: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed: Sibel İnceoğlu, s.204-205; Macovei, s.105-116.

⁶⁷⁷ https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (E.T. 02.04.2020)

⁶⁷⁸ Bunun yanında Sözleşme’nin 5/4 düzenlemesinin, etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkını düzenleyen Sözleşme’nin 13. maddesinden farklı ve bu düzenlemeye göre özel (*lex specialis*) nitelikte olduğu da ifade edilmelidir. Bu nedenle Sözleşme’nin 5/4 düzenlemesinin uygulanabilir olduğu durumlarda, Sözleşme md.13 uygulanmayacaktır. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1**, s.405.

bakımından değil, herhangi bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılan tüm kişiler bakımından güvence sağlamaktadır.⁶⁷⁹ Bu nedenle, örneğin akıl hastalığı veya idari gözetim nedeniyle tutulan kişilerin özgürlükten yoksun bırakmaya karşı başvuru imkânlarının olmaması veya bundan yararlandırılmama durumunda, hakkın ihlali gündeme gelecektir. Ancak bahsi geçen durumların CMK 141/1-k kapsamında tazminat nedeni olmadığı önemle belirtilmelidir. Zira CMK 141/1-k düzenlemesinin ön koşulunu; bir suç soruşturması veya kovuşturması sırasında uygulanma oluşturmaktadır. Bu nedenle, CMK 141/1-k’da belirtilen tazminat nedeninin, yalnızca suç şüphelisinin yakalanması veya tutuklanması durumunda gündeme gelebileceğine dikkat edilmelidir.

Bu husus tespit edildikten sonra tazminat hakkının öznesi belirlenecek olursa; kanuni düzenlemede açıkça yakalama veya tutuklama ifadelerine yer verilmesi nedeniyle, yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen kimselerin CMK 141/1-k kapsamında tazminat talep edebileceği söylenecektir. Gözaltı işlemine ilişkin kanuni düzenlemede veya madde gerekçesinde herhangi bir ifadeye yer verilmemesi nedeniyle, gözaltına alınan kişilerin kanunda öngörülen başvuru imkânlarından faydalandırılmama durumlarında, CMK 141/1-k kapsamında tazminat talep edip edemeyecekleri belirsizdir. Ancak yine de yorum yoluyla, gözaltına alınan kişilerin de madde kapsamında tazminat hakkı olduğu kabul edilmelidir.⁶⁸⁰

Tazminat hakkının öznesi belirlendikten sonra, tazminatın oluşacağı durumların tespiti için Sözleşme’nin 5/4 düzenlemesine yakından bakılmalıdır. Zira yukarıda belirtildiği üzere, CMK 141/1-k düzenlemesinin temel hedefi, Sözleşme’nin 5/4 düzenlemesine aykırılıkları tespit ve tazmin etmektir.

Özgürlükten yoksun bırakmaya karşı başvuru hakkı; kişiye, serbest bırakılmasını sağlamak için yargısal bir başvuru yoluna gidebilme imkânı tanımaktadır.⁶⁸¹ Bu nedenle kişinin, tutmanın yasallığına karşı itiraz edebilmesi için fiilen bir itiraz yolunun tanınmış olması

⁶⁷⁹ Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.206; Sarıgül, s.108.

⁶⁸⁰ Öğretide bazı yazarlara göre, gözaltı işlemine yer verilmemesi bir unutkanlığın ürünüdür. Bu nedenle gözaltı işlemine karşı kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan kişiler de tazminat isteyebilmelidirler. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.584.

⁶⁸¹ Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.204.

gerekmektedir.⁶⁸² Bunun yanında bu yol, aynı zamanda, “etkili bir hukuk yolu” niteliğinde olmalıdır.⁶⁸³ Bu nitelikte bir başvuru imkânının sağlanmadığı durumlarda, hakkın ihlali gündeme geleceğinden, CMK md.141/1-k kapsamında tazminatın oluşacağı söylenebilir.

CMK düzenlemeleri bu bağlamda incelendiğinde; CMK’nın 101/5, 104/2 ve 105’inci hükümleri ile tutuklama tedbirine yönelik tüm kararlara karşı itiraz yolunun düzenlendiği görülmektedir. Yine yakalama ve gözaltı işlemine karşı CMK 91/5 hükmü ile itiraz imkânı tanınmaktadır. Bahsi geçen düzenlemeler ile yakalama, gözaltı ve tutuklamaya karşı itiraz imkânları şekli olarak sağlanmışsa da bu yolların yalnızca öngörülmüş olması, Sözleşme’nin 5/4 düzenlemesine uygunluk bakımından yeterli olmayacaktır.

Özgürlükten yoksun bırakmaya karşı başvuru hakkı, bünyesinde bazı unsurları barındırmaktadır. Bu unsurlar; yapılacak incelemenin “*bir mahkeme/yargı mercii tarafından*”, “*tutmanın kanuniliği konusunda*”, “*sütratle*” ve “*makul aralıklarla*” yapılması şeklinde sıralanabilir.⁶⁸⁴

İlk unsur, incelemenin “*bir mahkeme/yargı mercii tarafından*” yapılması zorunluluğudur. Sözleşme md.5/4’te ‘mahkeme’; Anayasa md.19/8 düzenlemesinde ise ‘yargı mercii’ tarafından incelemenin yapılması gerektiğini belirtilmektedir. Sözleşme ve Anayasa arasında yer alan bu farklılık, düzenlemelerin birbiriyle uyumlu olmadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim İHAM’a göre, Sözleşme md.5/4’de yer alan ‘mahkeme’, ülkelerin yargısal sistemleriyle bütünleşmiş klasik anlamda bir mahkemeyi zorunlu kılmaya da bağımsızlık ve tarafsızlık gibi temel özelliklerin yanında, yargısal usul güvencelerinin tanınmasını gerektirmektedir.⁶⁸⁵ Bu nedenle, başvuru yapılacak mercii isminden çok taşıdığı özellikler ve sunduğu güvenceler esas alınarak “mahkeme” olup olmadığı belirlenmelidir. Anayasa

⁶⁸² Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İn: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed: Sibel İncoğlu, s.204.

⁶⁸³ Etkili bir hukuk yolu, teoride olduğu kadar pratikte de yeterli kesinlikte erişilebilir ve etkili olmalıdır. Bir yolun pratikte de etkili olduğunu ispat etme yükü Sözleşme’ye taraf devlettedir. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1**, s.406. Etkili hukuk yoluna ilişkin ölçütler için bkz. Birinci Bölüm, “*Tüketilmesi Gerekli Kanun Yolunun Nitelikleri*” başlığı.

⁶⁸⁴ Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1**, s.406; Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.209; Sarıgül, s.110; Kazancı, s.95.

⁶⁸⁵ *X./Birleşik Krallık*, İHAM, 7215/75, 05.11.1981, § 53; *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika*, § 76-78; Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1**, s.406.

hükmünde yer alan “yargı mercii” kavramı da bu prensiple ele alınarak Sözleşme’yle uyum içinde yorumlanabilecektir.⁶⁸⁶

İncelemeyi yapacak mahkeme veya yargısal merciin taşıması gereken en temel özellik bağımsızlık ve tarafsızlıktır.⁶⁸⁷ Bu özelliklerin varlığının yanında; incelemeyi yapacak merciin, tutmanın kanuniliği konusunda karar vermesi ve şayet tutmanın kanuna uygun olmadığı sonucuna vardığında, salıverme yetkisine sahip olması gerekmektedir.⁶⁸⁸

Sözleşme’nin 5/4 düzenlemesine uygunluk bakımından bu gereklilikler yeterli değildir. Hakka uygunluk bakımından adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin uygun düştüğü ölçüde sağlanması gerekmektedir.⁶⁸⁹ Nitekim İHAM’a göre, yapılacak incelemede bu güvenceler en geniş şekilde kendisine yer bulmalıdır.⁶⁹⁰

Söz konusu güvenceler;

- Çelişmeli Yargılama ve Silahların Eşitliği
- Duruşma Hakkı
- Hukuki Yardım Hakkı
- Yeterli Zaman ve Kolaylık Hakkı
- Gereçekli Karar Hakkı

olarak sıralanabilir.⁶⁹¹ Söz konusu güvenceler, CMK 141/1-k yolunun en çok gündeme gelebileceği durumlardır. Bu nedenle güvenceler ile CMK 141/1-k düzenlemesi arasındaki ilişkinin örneklerle açıklığa kavuşturulmasında fayda bulunmaktadır.

Örneğin CMK md.270 ile, cumhuriyet savcısından görüş alındığı durumlarda bu görüşe karşı sanık veya müdafiiye itirazlarını sunma hakkı tanınarak çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesine uyum hedeflenmiştir. Bu durumda, tutuklama veya tutuklamaya devam

⁶⁸⁶ Macovei, s.106.

⁶⁸⁷ Bağımsızlık kavramı, yürütme organı dahil olmak üzere tüm kamu erklerine karşı davanın taraflarına sağlanan bir güvence iken tarafsızlık kavramı davanın taraflarına karşı bir güvence oluşturmaktadır. Bu yönde detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.212.

⁶⁸⁸ Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1**, s.407.

⁶⁸⁹ *Reinprecht/Avusturya*, İHAM, 67175/01, 15.11.2005, § 39.

⁶⁹⁰ *Lietzow/Almanya*, İHAM, 24479/94, 13.02.2001, § 44.

⁶⁹¹ Özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamında söz konusu güvencelere ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.220-241.

kararlarında cumhuriyet savcısının görüşünün bildirilmemesi durumunda hem CMK md.270 düzenlemesine hem de Sözleşme md.5/4 düzenlemesine aykırı davranılmış olacaktır. Kanunda öngörülen bu imkândan yararlandırılmama, teorik olarak, CMK 141/1-k kapsamında tazminat nedeni olabilecektir.

Yine silahların eşitliği ilkesi bağlamında önem arz edebilecek ve CMK 141/1-k kapsamında, teorik olarak, tazminata konu olabilecek bir diğer durum soruşturma dosyalarında verilen kısıtlama kararları olabilecektir. Nitekim CMK md.153 ile müdafinin, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebileceği ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabileceği belirtilmiştir. Ancak maddenin devam fıkralarında, gerekli şartların varlığı hâlinde dosya inceleme yetkisinin hâkim kararıyla kısıtlanabileceği öngörülmüştür. Kısıtlama kararlarının koşulları oluşmadan uygulanması ya da ölçüsüz veya kategorik uygulanması durumunda, Sözleşme'nin 5/4 düzenlemesine aykırı olarak, etkili itiraz engellenmiş olacaktır.⁶⁹² Bu nedenle, kategorik ve koşulları oluşmadan ölçüsüz bir şekilde uygulanan kısıtlama kararlarıyla etkili itiraz imkânının engellendiği durumlarda, CMK 141/1-k kapsamında, tazminatın gündeme gelebileceği söylenecektir.

Yine hukuki yardım hakkına aykırılık durumunda da CMK 141/1-k nedenine bağlı olarak tazminat talep edilebileceği söylenebilir. Yukarıda diğer tazminat nedenleri bakımından da müdafî yardımından yararlandırılmama durumunun, CMK 141/1-a veya CMK 141/1-c kapsamında, tazminata konu olabileceği belirtilmiştir. CMK 141/1-k düzenlemesinde de müdafî yardımından yararlandırılmama durumuna bağlı olarak özel bir tazminata konu hâlin oluşabileceği söylenmelidir. Bu bağlamda, kişinin müdafî yardımından yararlanamaması nedeniyle etkili itiraz imkânının engellendiği durumlarda, CMK 141/1-k kapsamında tazminat söz konusu olabilecektir. Örneğin CMK 108 hükmü gereğince, tutukluluk incelemelerinin şüpheli veya müdafî dinlenilmek suretiyle gerçekleştirilebileceği öngörülmektedir. Bahsi geçen düzenleme ile tutukluluk incelemesinin şüpheli ve müdafî birlikte dinlenilmek suretiyle yapılması zorunlu tutulmamışsa da talep hâlinde hem şüphelinin hem de müdafinin birlikte dinlenilmesi gerekeceği açıktır. Aksi durumda, Sözleşme md. 5/4 düzenlemesinin ihlali gündeme gelecektir. Bu nedenle, örneğin müdafinin dinlenilme talebinin reddedilmesi

⁶⁹² Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1*, s.224-225.

durumunda etkili itiraz imkânı tanınmayacağından, CMK 141/1-k kapsamında tazminat talep edilebilecektir.

Benzer şekilde duruşma hakkına aykırılık veya yeterli zaman ve kolaylık hakkının sağlanmaması ya da tutuklama ile tutukluğun devamı kararlarının “basmakalıp” veya “klişe” gerekçelerle verilmesi durumlarında da etkili itiraz imkânının sağlanamayacağı göz önüne alındığında; Sözleşme’nin 5/4 düzenlemesinin ihlali söz konusu olduğundan, CMK 141/1-k kapsamında tazminat talep edilebileceği söylenebilecektir. Görüldüğü üzere CMK 141/1-k yolunda, uygulamada sıklıkla aykırı davranılan söz konusu güvencelere ilişkin durumlar tazminat nedeni olarak öngörülmektedir.

İkinci unsur, yapılacak incelemenin “*tutmanın kanuniliği konusunda*” yapılması gerekliliğidir. Bu unsurun taşıdığı anlam; yapılacak incelemenin, özgürlükten yoksun bırakmanın Sözleşme, Anayasa ve kanuni düzenlemelere uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğidir.⁶⁹³ Bu nedenle örneğin yapılacak incelemede, tutuklama bakımından kuvvetli suç şüphesinin oluşup oluşmadığı veya tutuklama nedenlerinin bulunmadığı ya da yakalamanın usulüne uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ele alınmalıdır. Nitekim CMK’nın 108. maddesinde yapılacak incelemede, tutuklamanın kanuni şartlarının devam edip etmediğinin değerlendirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. CMK 141/1-k kapsamında bu anlatımlar somutlaştırılacak olursa; örneğin yapılan incelemede, esaslı hususlar olan, kaçma şüphesi veya soruşturmayı engelleme tehlikesinin bulunmadığı yönünde ileri sürülen somut olayların dikkate alınmamış olması, Sözleşme’nin 5/4 düzenlemesine aykırılık anlamını taşıyacağından, böylesi bir durumda CMK 141/1-k kapsamında tazminat gündeme gelecektir.

Üçüncü unsur, yapılacak incelemenin “*süratle*” yapılması ve şayet tutmanın kanuni olmadığı sonucuna varılıyorsa sona erdirilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.⁶⁹⁴ Yapılan incelemenin süratli olup olmadığı belirlenirken; süre, başvurunun itirazıyla hesaplınmaya başlanmakta ve salıverilme talebine konu kararın başvurucuya veya avukatına tebliği ile sona

⁶⁹³ A.g.e., s.242.

⁶⁹⁴ *Musial/Polonya*, İHAM, 24557/94, 25.03.1999, § 43.

ermektedir.⁶⁹⁵ Yapılacak süre tespitinden sonra bu sürenin “süratle” kavramına uygun olup olmadığı değerlendirme konusu edilmektedir.

Nitekim CMK md.268 gereğince, yapılacak incelemenin en çok üç gün içerisinde yapılması, itiraz yerinde görülmezse, dosyanın yetkili mercie göndermesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak itiraz mercii tarafından yapılacak incelemenin ne kadar süre içerisinde tamamlaması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Söz konusu hak bağlamında “süratle” kavramına aykırılık düzenlenmeyen bu alan nedeniyle ortaya çıkmaktadır.⁶⁹⁶ CMK 141/1-k kapsamında bu anlatımlar somutlaştırılacak olursa; örneğin yapılan inceleme, “süratle” yapılmadığında, bu durum, Sözleşme’nin 5/4 düzenlemesine aykırılık anlamını taşıyacağından, CMK 141/1-k kapsamında, teorik olarak, tazminat gündeme gelecektir.

Dördüncü unsur, yapılacak incelemenin “*makul aralıklarla*” yapılması gerekliliğidir. Gerçekten de tutuklanan kişi hakkında, başlangıçta tutuklama nedenleri veya koşulları bulunmaktaysa da bu koşullar, zaman içerisinde ortadan kalkabilir. Bu nedenle tutmanın kanuniliği makul aralıklara denetlenmelidir. İHAM, bir aylık araları makul olarak kabul edebilmektedir.⁶⁹⁷ Nitekim CMK’nın 108. maddesi, tutmanın kanuniliğinin, soruşturma evresinde duruşmalı olarak, kovuşturma evresinde ise her oturumda veya her durumda otuzar günlük sürelerle incelenmesi gerektiği belirlenmiştir. CMK 141/1-k kapsamında bu anlatımlar somutlaştırılacak olursa; örneğin tutukluluk incelemelerinin dosya üzerinden uzun süreler boyunca yapılması durumunda, bu durum Sözleşme’nin 5/4 düzenlemesine aykırılık anlamını taşıyacağından, CMK 141/1-k kapsamında tazminat gündeme gelecektir.

b. Yargısal Pratik

CMK 141/1-k kapsamında teorik düzenlemeden hareketle yapılan açıklamalar, tazminat nedenin yoğun bir yorum faaliyeti gerektirdiğini göstermektedir. Gerçekten de CMK 141’de düzenlenen diğer tazminat nedenlerinden farklı olarak; CMK 141/1-k kapsamında yürütülecek yargılamada, hükmün getiriliş amacı doğrultusunda, Sözleşme’nin 5/4 düzenlemesinin ihlal edilip edilmediğinin araştırılması gerekmektedir. Doğaldır ki bu durum, tazminat yolunun

⁶⁹⁵ Doğru, Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1*, s.410; Macovei, s.114.

⁶⁹⁶ Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1*, s.249.

⁶⁹⁷ Doğru, Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1*, s.410; Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1*, s.247.

öngörülebilirlik kazanması için aynı oranda yargısal pratiği zorunlu kılmaktadır. Zira aksi durumda, başvuru yolunun teorik düzenlemeden ibaret olduğu ve hatta ‘aldatıcı’ nitelikte olduğu dahi ileri sürülebilecektir.

Bu açıklamalar ışığında, CMK 141/1-k hükmüyle ilgili olarak, Yargıtay’ın somut içtihatlarının olup olmadığı incelendiğinde; Yüksek Mahkemenin, konuya ilişkin herhangi bir kararının bulunmadığı görülmektedir. Söz konusu düzenlemenin yürürlük kazandığı 2013 yılından bu yana aradan geçen uzun zamana rağmen, somut içtihat olup olmadığı bir kenara, herhangi bir kararın bulunmaması başvuru yolunun etkililik değerlendirmesinde üzerinde titizlikle durulması gereken bir sorundur. Bu nedenle, herhangi bir içtihadın bulunmadığı CMK 141/1-k yolunun başvuruclar tarafından tüketilmesinin beklenmemesi gerektiği söylenmelidir. Zira uygulamada, bu yola başvurulmasıyla ihlal iddialarının çözüme kavuştuğu herhangi bir somut örnek bulunmamaktadır.

Üstelik Yargıtay’ın konuya ilişkin herhangi bir kararı bulunmadığından, CMK 141/1-k nedenine bağlı açılacak tazminat davalarında, asıl davanın kesinleşmesinin Yargıtay tarafından aranılıp aranılmayacağı belirsizdir. Bu nedenle asıl davanın kesinleşmesinin gerekip gerekmeyeceği konusunda yapılacak çıkarımlar, yalnızca tahminlerden ibaret olmaktadır. Hâliyle bu durum, başvurucların hangi anda kanun yoluna başvurabileceklerinin CMK 141/1-k yolunda belirli olmadığını göstermektedir.

c. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması

CMK 141/1-k’da belirtilen hukuk yoluna ilişkin herhangi bir yargı pratiğinin olmaması nedeniyle, başvuru yolunun bireysel başvuru mekanizması bakımından etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmemesi gerektiği söylenmelidir. Zira söz konusu hukuk yolu, yalnızca teoride mahkûm kalmış, uygulamada herhangi bir işlerlik kazanamamıştır. Nitekim İHAM tarafından da CMK 141/1-k yolu etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmemektedir. Ancak AYM’nin aynı görüşü paylaştığını söylemek güçtür.

İHAM, CMK 141/1-k düzenlemesinin yürürlükte olmadığı dönemde, CMK 141’de belirtilen tazminat nedenlerinin hiçbirinde Sözleşme’nin 5/4 düzenlemesine aykırılık

durumlarının tazminat nedeni olarak öngörülmediğine dikkat çekmiştir.⁶⁹⁸ Nitekim bu yöndeki kararlar yasal değişikliğe zemin hazırlamış ve CMK 141/1-k düzenlemesi yürürlük kazanmıştır.

CMK 141/1-k yolunun yürürlüğe girmesinden sonra da İHAM tarafından, benzer iddialar bakımından, CMK 141 yolunun başarıyla uygulandığına ilişkin herhangi bir somut içtihat sunulmaması nedeniyle, bahsi geçen başvuru yolu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmemiştir.⁶⁹⁹ İHAM'ın güncel yaklaşımı hâlen aynı yöndedir.⁷⁰⁰

AYM'nin konuya ilişkin yaklaşımı ise farklılık arz etmektedir. AYM, Sözleşme'nin 5/4 düzenlemesinde belirtilen güvencelere ilişkin olarak, kimi durumlarda CMK 141/1-k yolunu etkili ve tüketilmesi gerekli bir yol olarak kabul ederken, kimi durumlarda bu yolun tüketilmesini beklememektedir.

AYM'nin CMK 141/1-k yolunu etkili gördüğü ilk kararlarından biri olan *Hamza Ali Temiz ve Hasan Dağ*⁷⁰¹ kararında, başvuru tutukluluk durumuna karşı başvurabilecekleri etkili bir yolun bulunmadığı, tahliye talebi üzerine verilen kararın gerekçelerinin yeterli olmadığından yakınmışlardır. AYM tarafından yapılan incelemede; herhangi bir somut içtihat tartışması yürütülmeden, doğrudan, hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşen başvuru tutukluluk bakımından, CMK 141/1-k yolunun tüketilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

⁶⁹⁸ *Kürüm/Türkiye*, İHAM, § 18-21; *Aytimur/Türkiye*, İHAM, 20259/06, 20.05.2010, § 41; *Erhan Dinç/Türkiye*, İHAM, 28551/06, 20.05.2010, § 32; *Altınok/Türkiye*, 31610/08, 29.11.2011, § 62-69; *Ceviz/Türkiye*, İHAM, 8140/08, 17.07.2012, § 56-60; *Suut Aydın/Türkiye*, İHAM, 1508/08, 24.09.2013, § 45-47; *Erkan Aydoğan ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 30441/08, 08.02.2011, § 21-25.

⁶⁹⁹ *Ergezen/Türkiye*, İHAM, 73359/10, 08.04.2014, § 57; *Karaosmanoğlu ve Özden/Türkiye*, İHAM, 4807/08, 17.06.2014, § 68-72; *Şekerci/Türkiye*, İHAM, 9961/08, 01.07.2014, § 38-40; *Yaygın/Türkiye*, İHAM, 62581/12, 03.02.2015, § 26-30; *Çelik/Türkiye*, İHAM, 6670/10, 17.03.2015, § 23-26; *Hebat Aslan ve Firas Aslan/Türkiye*, İHAM, 15048/09, 28.10.2014; *Kerman/Türkiye*, İHAM, 35132/05, 22.11.2016, § 92-96; *Aydın/Türkiye*, İHAM, 34170/07, 16.05.2017, § 34-42; *Mustafa Avcı*, İHAM, 39322/12, 23.05.2017, § 106-110.

⁷⁰⁰ *Aydeniz ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 20815/12, 04.09.2018, § 40-42; *Şimşek ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 46414/13, 18.06.2019, § 22-25; *Bulut/Türkiye*, İHAM, 56982/10, 13.06.2017, § 31-40; *Taş/Türkiye*, İHAM, 702/11, 24.10.2017, § 15-22; *Kılıçaslan/Türkiye*, 6593/08, 15.01.2019, § 32-38; *Ruşen Bayar/Türkiye*, İHAM, 25253/08, 19.02.2019, § 80-83.

⁷⁰¹ *Hamza Ali Temiz ve Hasan Dağ*, AYM, 2014/5890, 20.05.2015, § 28-37. AYM'nin *Nusret Argun* kararında, dosya üzerinden yapılan inceleme sonunda tutukluluk hâlinin devamına ilişkin kararların tebliğ edilmediği iddiası yönünden tazminat yoluna başvurma imkânı bulunduğu ancak başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle başvuruyu kabul edilebilir bulmadığı görülmektedir. AYM tarafından söz konusu kararda, CMK 141/1-k yoluna açıkça değinilmemişse de başvuru söz konusu yolun tüketilmemesi nedeniyle kabul edilebilir bulunmamıştır. Karar için ayrıca bkz. *Nusret Argun*, AYM, § 31-32.

AYM'nin CMK 141/1-k yoluna ilişkin önem arz eden bir diğer kararı *Cafer Yıldız*⁷⁰² başvurusuna ilişkindir. Söz konusu kararda başvuru, kanuni yedi günlük itiraz süresi içerisinde duruşma günü verilerek hakkında hüküm verilmesi nedeniyle tutukluluğun devamı kararına itiraz imkânının kısıtlandığını ve tutukluluğun devamı kararına yaptığı itiraza cevap verilmediğinden yakınmıştır. AYM'ye göre, somut olayda başvuru durumuna benzer bir durumda CMK 141/1-k yolunun başarıyla uyguladığını gösteren somut içtihatlar bulunmama karşın da bu durum, söz konusu başvuru yolunun kesinlikle başarısız olacağını iddia edebilmeyi ortaya koymamaktadır. Bunun yanında Yargıtay'ın yakalama kararına karşı itirazın sürüncemede bırakıldığı iddiaları bakımından asıl davanın kesinleşmesinin aranılmayacağını kabul ettiği göz önüne alındığında, başvuru şikâyetlerini gidermek bakımından elverişli olacak CMK 141/1-k yolunu tüketilmesi gerekmektedir.⁷⁰³

AYM'nin CMK 141/1-k yolunun başarıyla uygulanarak sonuçlandırıldığına dair somut bir içtihat olmadığının farkında olmasına rağmen başvuru yolunu etkili görmesi oldukça sorunludur. Üstelik söz konusu tazminat nedeni bakımından, Yargıtay'ın kesinleşme şartını esnetip esnetmediği açık olmayıp AYM bu konuda yalnızca çıkarım yapmaktadır. Bu nedenle, başvuru davası devam ederken söz konusu başvuru yoluna başvurma imkânı olup olmadığı dahi tartışmaya açıktır.

AYM, CMK 141/1-k yoluna ilişkin içtihadını *Özgür Arıbaş*⁷⁰⁴ kararıyla bir adım öteye taşımış; tutukluluğun devamı kararlarının kendisine tebliğ edilmediği ve bunlara karşı yapmış

⁷⁰² *Cafer Yıldız*, AYM, § 35-40.

⁷⁰³ Aynı yönde bir diğer karar için ayrıca bkz. *Yaşar Saçlı*, AYM, § 35-40. Benzer yönde tutukluluğun devamı kararlarının veya bunlara itiraz sonucunda verilen kararların tebliğ edilmediği, tahliye taleplerinin veya tutukluluğun devamı kararlarına yapılan itirazların incelenmediği ya da tutukluluğun devamı kararına yapılan itirazın sürüncemede bırakıldığı yönündeki iddialar bakımından CMK 141/1-k yolunun etkili görüldüğü kararlar için ayrıca bkz. *Abdurrahim Özkan*, AYM, § 79-86; *Talha Kaya*, AYM, 2017/28443, 12.09.2018, § 52-55; *Bayram Kaya*, AYM, § 102-107; *Mehmet Takımsu*, AYM, § 64-69; *Erdem Doğan*, AYM, § 90-96; *İsmail Arpacı*, AYM, 2017/35073, 12.06.2019, § 29-37; *Resul Darıma*, AYM, § 80-84; *Mustafa Okumuş*, AYM, § 81-85; *Resul Çomoğlu*, AYM, § 119-126; *Ali Efendi Peksak*, AYM, § 98-112; *İhsan Nuri Akpınar*, AYM, § 73-77; *Mutlu Bulut*, AYM, § 100-106; *Abdurrahman Yemiş*, AYM, § 67-71; *A.L.*, AYM, § 84-86; *Yavuz Güllü*, AYM, § 88-95; *A.E.S.*, AYM, § 72-76; *İbrahim Okur*, AYM, § 108-114; *Ali Efendi Peksak (2)*, AYM, § 55-67; *Raşit Hünel*, AYM, § 76-80; *Kenan Koçer*, AYM, § 38-41; *Mehmet Yıldız*, AYM, § 86-89; *Ahmet Çağlıyan*, AYM, § 69-73; *Bekir Demirci (2)*, AYM, § 85-89; *Selahattin Demirtaş (3)*, AYM, 2017/38610, 09.06.2020, § 151. Oysa AYM, önceki kararlarından biri olan *Emrah Oğuz* kararında, tahliye talebine cevap verilmediği iddiası bakımından başvuruyu esastan incelemiş ve ihlal sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Emrah Oğuz*, AYM, 2013/1755, 25.03.2015, § 50-56.

⁷⁰⁴ *Özgür Arıbaş*, AYM, 2015/2394, 31.10.2018, § 56-61.

olduğu itiraz üzerine verilen kararların tebliğinin yapılmadığı iddiaları bakımından, CMK 141/1-k yolunu etkili ve tüketilmesi gerekli bir hukuk yolu olarak kabul etmiştir.⁷⁰⁵

Yine AYM, tutukluluğun devamı kararlarına karşı yapılan itirazların yaklaşık olarak 5 ay, 7 ay ve 11 ay gibi uzunca bir süre sonra değerlendirildiği iddiası bakımından, başvurunun tahliye edilmiş olmasını dikkate alarak, CMK 141/1-k yolunun etkili ve tüketilmesi gerekli bir yol olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁷⁰⁶ Ancak Mahkeme, tutukluluk durumu devam eden kişiler bakımından farklı bir yorum yapmaktadır. Örneğin AYM, H.G.⁷⁰⁷ kararında, itiraz incelemesinin kısa sürede yapılmadığı iddiaları yönünden, tutukluluk durumu devam eden başvuru bakımından, CMK 141/1-k yolunun tüketilmesini beklememiştir. Görüldüğü üzere AYM, CMK 141/1-k yolunu; ancak kişinin tahliye edilmesi ya da hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi durumunda, asıl dava sonuçlanmamış dahi olsa, etkili ve tüketilmesi gerekli bir yol olarak kabul etmektedir.

Konu bağlamında dikkat çekilmesinde fayda bulunan husus; AYM'nin, CMK 141/1-k yolunu etkili gördüğü ilk kararlarından bu yana, aradan geçen uzun süreye rağmen, başvuru yoluna ilişkin somut içtihatların oluşmamasıdır. Gerçekten de AYM'nin bahsi geçen başvuru yolunu ilk defa etkili gördüğü *Hamza Ali Temiz ve Hasan Dağ* başvurusundan bu yana, 5 yılı aşkın bir süre geçmiştir. Aradan geçen bu uzun süreye ve AYM'nin CMK 141/1-k yoluna ısrarla başvuru sahipleri yönlendirmesine rağmen, hâlen konuya ilişkin somut içtihatların oluşmaması; bu yolun, gerçekten de pratikte etkili bir hukuk yolu olmadığını açıkça göstermektedir. Ancak buna rağmen ufukta, AYM'nin içtihat değişikliğine gideceğine dair herhangi bir emare bulunmamaktadır. Oysa bu husus, başvuru yolunun pratikte etkili olmadığını somut bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu nedenle, AYM'nin bu sorunu da fark

⁷⁰⁵ Aynı yönde bir diğer karar için ayrıca bkz. *Abdurrahim Özkan*, AYM, § 80-86.

⁷⁰⁶ Karar için ayrıca bkz. *Ufuk Yeşil*, AYM, § 79-85. Benzer yönde itiraz incelemesinin kısa sürede yapılmadığı iddiası yönünden CMK 141/1-k yolunun etkili kabul edildiği başvurular için ayrıca bkz. *Alparslan Altan (2)*, AYM, § 62-73; *F.A.*, AYM, 2017/38209, 11.09.2019, § 71-75. Oysa AYM, *Ulaş Kaya ve Adnan Ataman* ile *Bayram Kaya* kararlarında, tahliye taleplerinin ve tutukluluğun devamı kararlarına yapılan itirazların kısa sürede karara bağlanmadığı iddiaları bakımından CMK 141/1-k yolunu dikkate almamıştır. Karar için ayrıca bkz. *Ulaş Kaya ve Adnan Ataman*, AYM, 2013/4128, 18.11.2015, § 63-75; *Bayram Kaya*, AYM, § 88-101.

⁷⁰⁷ Karar için ayrıca bkz. *H.G.*, AYM, 2017/14716, 29.05.2019, § 49.

ederek ısrarını gözden geçirmesi ve konuya ilişkin içtihadını yeniden ele almasında yarar bulunmaktadır.

Bununla birlikte AYM'nin, Sözleşme'nin 5/4 düzenlemesine ilişkin güvenceler kapsamında, CMK 141/1-k'yı etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmediği durumların da mevcut olduğu belirtilmelidir. Mahkeme bu durumlarda, CMK 141/1-k yolunun tüketilmesini beklememektedir. Örneğin AYM, CMK 141/1-k düzenlemesinin yürürlüğe girmesinden sonraki tarihli kararlarından biri olan *Firas Aslan ve Hebat Aslan*⁷⁰⁸ kararında, cumhuriyet savcısının görüşünün tebliğ edilmediği iddiası bakımından esas incelemesini gerçekleştirmiştir. AYM, sonraki kararlarında da bu görüşünü sürdürmüş⁷⁰⁹, *Devran Duran* ve devamındaki kararlarda farklı bir sonuca ulaşmışsa da⁷¹⁰, CMK 141/1-k yolunun tüketilmesini beklememiştir.

Yine AYM, Sözleşme'nin 5/4 düzenlemesinde belirtilen güvencelere aykırı olarak;

- Tutukluluğa itirazın duruşmasız olarak incelendiği⁷¹¹,
- Tutukluluk incelemelerinin SEGBİS vasıtasıyla yapıldığı⁷¹²,

⁷⁰⁸ *Firas Aslan ve Hebat Aslan/Türkiye*, AYM, § 76-80.

⁷⁰⁹ CMK 141/1-k yolunun tüketilmesinin beklenilmediği kararlar için ayrıca bkz. *Mehmet Haberal*, AYM, § 131-132; *Hikmet Yaygın*, AYM, 2013/1279, 30.12.2014, § 39-42; *Bergin Karaboğa ve Yusuf Aldemir*, AYM, § 62-66.

⁷¹⁰ AYM'nin *Devran Duran* kararında, başvuru tutukluluğun devamı kararlarına yönelik itirazları inceleyen mercilerin cumhuriyet savcısının görüşünü sormalarına rağmen bu görüşü kendisine tebliğ etmeden itirazı reddettiklerinden yakınmıştır. AYM yaptığı inceleme sonucunda; başvuruyu, anayasal ve kişisel önemden yoksun olması nedeniyle, kabul edilebilir bulmamıştır. Karar için ayrıca bkz. *Devran Duran*, AYM, § 97-122. Benzer yönde sonuca varılan diğer kararlar için ayrıca bkz. *Cihan Karabay*, AYM, § 48-52; *İsa Durç*, AYM, § 27-38; *Ali Can Arslan*, AYM, § 35-41; *Bilal Sönmezsoy*, AYM, 2015/2755, 28.11.2018, § 23-31; *Ufuk Yeşil*, AYM, § 86-89; *Metin Güneş*, AYM, § 80-84; *Metin Karahan*, AYM, § 56-59.

⁷¹¹ Örneğin AYM'nin, *Mecit Gümüş* kararında, CMK 141'de belirtilen durumlardan hiçbirinde tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşmasız yapılması nedeniyle uğranılan zararın tazmin edilmesini talep etme olanağı sunulmadığı, bu nedenle tutukluluğa itirazın duruşmasız yapıldığı şikâyeti açısından, tutuklamanın kanuni olmadığı ve tutukluluk süresinin makul olmadığı şikâyetlerinden farklı olarak, CMK 141 yoluna başvurulmasının gerekli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Mecit Gümüş*, AYM, § 34. Benzer yönde tutukluluğa itirazın duruşmasız olarak yapıldığı iddiaları bakımından CMK 141/1-k yolunun tüketilmesinin beklenilmediği kararlar için ayrıca bkz. *Ulaş Kaya ve Adnan Ataman*, AYM, § 50-62; *Hikmet Yaygın*, AYM, § 25; *Bergin Karaboğa ve Yusuf Aldemir*, AYM, § 35-47; *Cihan Karabay*, AYM, § 48-52; *Ali Can Arslan*, AYM, § 27-34; *Mehmet Bayraktar (2)*, § 30-40; *Bilal Sönmezsoy*, AYM, § 32-39; *Ahmet Hüsrev Altan*, AYM, 135-147; *Ayşe Nazlı Ilıcak*, AYM, § 106-118.

⁷¹² Örneğin AYM'nin *Erdal Korkmaz ve Diğerleri* kararında, başvuru tutukluluk incelemesini yapan hâkimin huzuruna çıkarılmadan SEGBİS sistemi ile duruşma yapılmasından yakınmışlardır. AYM, Anayasa md.19/8 kapsamında yaptığı incelemede SEGBİS sistemi ile ifadesi alınanların duruşma salonundakileri görebilme ve söylenenleri duyabilme imkânı

- Soruşturma dosyasına erişimin kısıtlandığı⁷¹³,
- Müdafî ile görüşmelerin kayıt altına alındığı⁷¹⁴,
- Müdafinin göndermiş olduğu savunma notlarının ceza infaz kurumu idaresi tarafından kendisine teslim edilmediği⁷¹⁵,
- Müdafî yardımından yararlandırılmadığı⁷¹⁶

bulunduğunu diğer tarafın da aynı imkâna sahip olarak sorgu, ifade alma ve beyanda bulunma gibi yargısal işlemleri karşılıklı olarak gerçekleştirilebilme imkânı olması nedeniyle yargılamada yüz yüzelik ilkesinin sağlanmış olduğu sonucuna ulaşarak Anayasa md.19/8'in ihlal edilmediğine karar vermiştir. Görüldüğü üzere AYM, söz konusu kararıyla SEGBİS sistemi kullanılarak tutukluluk incelemesinin yapıldığı iddiaları bakımından CMK 141/1-k yolunun tüketilmesini beklememiş iddiayı esastan incelemiştir. AYM'nin SEGBİS sistemi üzerine görüşlerini ortaya koyduğu bu karardan hareketle; CMK 141/1-k kapsamında olası bir tazminat davası açılması durumunda, Yargıtay'ın aynı görüşten hareketle, davanın kabulüne dair sonuca ulaşmasının zor bir ihtimal olduğu düşünülmektedir. Karar için ayrıca bkz. *Erdal Korkmaz ve Diğerleri*, AYM, 2013/2653, 18.11.2015, § 88-105.

⁷¹³ Örneğin AYM'nin *İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya* kararında, başvuruçular soruşturma dosyasında kısıtlama kararı verildiğini, bu nedenle dosya kapsamındaki delillere temas edemediklerini ve aleyhlerine olan delilleri çürütme fırsatına sahip olamadıklarından yakınmışlardır. Anayasa md.19/8 kapsamında iddiaları değerlendiren AYM, suç işlendiği şüphesine bağlı olarak özgürlükten yoksun bırakılmanın ilk aşamasında yapılan yargısal denetimin kapsamı ile suçlamalara dayanak olan temel unsurların başvuruçulara veya müdafilerine bildirildiğini, başvuruçulara bunlara itiraz etme imkânı verilmiş olduğunu, başvuruçuların salt kısıtlılık kararı nedeniyle soruşturma dosyasına erişim imkânından yoksun bırakıldıkları ve bu itibarla, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiği iddiasının kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşarak bir ihlalin olmadığını açık olması nedeniyle bu iddiayı açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Görüldüğü üzere AYM, iddianamenin kabulüyle kısıtlılık kararının kalktığı tarihten itibaren, müdahalenin sona erdiği gerekçesiyle, CMK 141/1-k yolunu etkili ve tüketilmesi gerekli bir yol olarak kabul etmemiştir. Karar için ayrıca bkz. *İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya*, AYM, § 63-77. Benzer yöndeki diğer kararlar için ayrıca bkz. *Fatih Yazar*, AYM, 2013/6232, 18.11.2015, § 57-70; *Erdal Korkmaz ve Diğerleri*, AYM, § 60-70; *Deniz Özırat*, AYM, § 78-92; *Abdurrahim Özkan*, AYM, § 61-78; *İsmail Solmaz*, AYM, § 86-98.

⁷¹⁴ Örneğin AYM, *İbrahim Okur* kararında, başvuruçunun avukatıyla görüşmesinin teknik araçlarla kayda alınması ve bu sırada üçüncü bir kişinin görüşmeyi izlemesi nedeniyle tutukluluğa etkili bir şekilde itiraz etme hakkının kısıtlandığı iddiasında, hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş kişi bakımından, CMK 141/1-1-k yolunun tüketilmesini beklememiştir. Karar için ayrıca bkz. *İbrahim Okur*, AYM, § 115-121.

⁷¹⁵ Örneğin AYM, *Yusuf Ulvi Cerit* kararında, başvuruçunun müdafî tarafından gönderilen belgelerin başvuruçuya verilmemesi nedeniyle tutukluluğa etkili itiraz hakkının ihlal edildiği iddiasını incelemiş ve hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşen başvuru bakımından, CMK 141/1-k yolunun tüketilmesini beklememiştir. Karar için ayrıca bkz. *Yusuf Ulvi Cerit*, AYM, 2017/36155, 01.07.2020, § 29-49

⁷¹⁶ Örneğin AYM tarafından, *Erdal Korkmaz ve Diğerleri* kararında, tutukluluk incelemesinde başvuruları olmasına rağmen müdafilerin duruşmaya alınmadıkları iddiasını esastan incelenmiş ve etkili bir şekilde savunma yapma haklarının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. AYM, başvuruçuların tutukluluk durumları sona ermiş olmasına rağmen, söz konusu iddia bakımından CMK 141/1-k yolunun tüketilmesini aramamıştır. Karar için ayrıca bkz. *Erdal Korkmaz ve Diğerleri*, AYM, 2013/2653, 18.11.2015, § 106-120.

iddialarına bağlı olarak etkili itiraz imkânının sağlanmadığı yönündeki başvurular bakımından, CMK 141/1-k yolunun tüketilmesini beklememektedir.

AYM'nin CMK 141/1-k yolunu etkili bir hukuk yolu olarak görmediği iddialar bakımından somut içtihatların olmadığı dikkate alındığında; Mahkemenin bu yöndeki yaklaşımının doğru olduğu ve sürdürülmesi gerektiği söylenmelidir. Ancak AYM'nin bu yöndeki yaklaşımının değişme ihtimali mevcuttur. Zira AYM, CMK 141 düzenlemelerine işlerlik kazandırma yönünde özel bir gayrete sahiptir.

Sonuç olarak, AYM'nin güncel yaklaşıma göre;

- Tahliye taleplerinin veya tutukluluğun devamı kararlarına yapılan itirazların incelenmediği veya incelemenin kısa sürede yapılmadığı,
- Tutukluluğun devamı kararlarının ya da bunlara itiraz sonucunda verilen kararların tebliğ edilmediği,
- Tutukluluğun devamı kararına yapılan itirazın sürüncemede bırakıldığı,

iddiaları bakımından, asıl dava sonuçlanmamış da olsa, tahliye edilen veya mahkûmiyet kararı verilen kimseler bakımından, CMK 141/1-k yolu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yoludur.

B. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKINA İLİŞKİN TAZMİNAT NEDENİ

Sözleşme'nin 8. maddesinde⁷¹⁷ düzenlenen özel hayata saygı hakkı, birbiriyle bağlantılı dört hakkı güvence altına almaktadır.⁷¹⁸ Bunlar; özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı haklarıdır.⁷¹⁹ Belirtilen dört alt kategorideki haklar, birbirinden kolaylıkla

⁷¹⁷ Sözleşme md. 8 şu şekildedir: “1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

⁷¹⁸ Hakka ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-2**, s.1- 119; Gülay Arslan Öncü, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, İn: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed: Sibel İnceoğlu, s.301-332; Gülay Arslan Öncü, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8**, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2019, s.5-171; Ivana Roagna, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması: Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları**, Ayşe Gül Alkış Schäling (çev.), Strazburg: Avrupa Konseyi Yay., 2012, s.9 vd.

⁷¹⁹ Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-2**, s.1.

ayrılmayacağı gibi bunları birbirinden ayıracak kesin bir tanımlama da yapmak mümkün değildir.⁷²⁰ Nitekim bazı olaylarda, özel hayata saygı hakkıyla birlikte konut dokunulmazlığı veya haberleşmeye saygı hakkının ihlali gündeme gelebilmektedir.

Sözleşme'nin 8. maddesinde korunan hukuksal çıkarlar, Anayasa'nın farklı yerlerinde özel bir şekilde yer edinmiştir. Anayasa düzenlemeleri bu kapsamda ele alındığında; “*Özel hayatın gizliliği ve korunması*” başlığı altında “*özel hayatın gizliliği (Anayasa md.20)*”, “*konut dokunulmazlığı (Anayasa md.21)*” ve “*haberleşme hürriyeti (Anayasa md.22)*” maddeleri ile hakkın düzenleme alanı bulunduğu görülmektedir.⁷²¹ Bu nedenle söz konusu hakkın “ortak koruma alanında” olduğu söylenmelidir.

Sözleşme md.5/5, yalnızca kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından iç hukukta tazminat yolu öngörülmesi yönünde taraf devletlere bir yükümlülük getirmekteyse de CMK 141 düzenlemeleri, bunun bir adım ötesini gerçekleştirme hedefindedir. Nitekim CMK 141/1-i'de; “*hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen*” kişilerin tazminat hakkına sahip oldukları düzenlenmektedir.

Kanun koyucu tarafından, özel hayata saygı hakkına aykırılık nedeniyle tazminat hakkının CMK 141 düzenlemelerinin kapsamına alınmış olması olumludur. Nitekim bu yönde düzenlemenin yapılmış olması, tazminat hakkının yalnızca kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkıyla sınırlandırılmaması gerektiği yönünde bir iradeye sahip olduğunu göstermektedir. Ne var ki tazminat düzenlemesi yakından incelendiğinde, böylesi bir iradenin gerçekten var olup olmadığı konusunda şüpheye düşülmektedir. Bu şüphe, iki nedenden kaynaklanmaktadır:

İlk neden, özel hayata saygı hakkının geniş bir uygulama alanı olmasına rağmen, tazminat nedeni olarak yalnızca bir durumun belirlenmiş olmasıdır. CMK 141 kapsamında tazminat nedenleri belirlenirken kanun koyucunun koruma tedbirlerinden hareketle tazminat nedenlerini

⁷²⁰ Öncü, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, İn: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed: Sibel İnceoğlu, s.301-302.

⁷²¹ Bu hakların yanında Anayasa'da belirtilen “*kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı (Anayasa md.17)*”, “*yerleşme ve seyahat hürriyeti (Anayasa md.23)*”, “*ailenin korunması ve çocuk hakları (Anayasa md.41)*”, “*sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması (Anayasa md.56)*” ve “*bilgi edinme hakkı (Anayasa md.74)*”, Sözleşme'nin 8. maddesine karşılık gelen haklar olarak gösterilmektedir. Bu yönde detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Öncü, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, İn: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed: Sibel İnceoğlu, s.301-302.

belirlediği yukarıda ifade edilmiştir. Ancak buna rağmen koruma tedbiri niteliğinde olan ve özel hayata saygı hakkına müdahale anlamına gelen “*iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK 135)*”, “*gizli soruşturmacı (CMK 139)*” ve “*teknik araçlarla izleme (CMK 140)*” tedbirleri nedeniyle tazminat hakkının açıkça öngörülmemiş olmasının, mantıklı bir açıklamasını bulmak mümkün değildir.⁷²² Üstelik söz konusu tedbirler, uygulamada sıklıkla hukuka aykırı şekilde kullanılmakta ve bu nedenle özel hayata saygı hakkına aykırılık gündeme gelmektedir.

İkinci neden, kanun koyucu tarafından özel hayata saygı hakkı bakımından yalnızca bir tazminat nedenine yer verilmişse de tazminat hakkının neredeyse uygulama alanı bulmaması için özel bir çaba sarf edilmiş olmasıdır. Gerçekten de CMK 141/1-i düzenlemesi incelendiğinde, aşağıda detaylıca izah edileceği üzere, yalnızca arama kararının ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi nedeniyle tazminat talep edilebilmektedir. Bu hâliyle kanun koyucunun, özel hayata saygı hakkına müdahale anlamını taşıyan arama kararına ilişkin tüm hukuka aykırılıkları tazminat nedeni olarak belirlemediği görülmektedir. Bu nedenle, yalnızca bir tazminat nedeni belirlenirken dahi kapsamını daraltma yönünde özel bir çaba sarf edilmiş olması, özel hayata saygı hakkına aykırılık durumlarının CMK 141 kapsamında bulunması gerektiği yönünde bir iradeye sahip olduğunu söylemeyi şüpheli hâle getirmektedir.

Bu eksiklikler göz ardı edilebilecek nitelikte değildir. Tazminat nedenleri belirlenirken dahi, kapsamalarını dar tutma yönünde özel bir çabanın ortaya konulması temel hak ve özgürlüklere aykırılık durumları nedeniyle tazminat hakkının tanınması gerektiği yönündeki düşünceye ters olduğu gibi, uygulamayı hak ve özgürlüklere aykırılığın sonuçları olmadığı yönünde hatalı bir düşünceye sevk etmektedir.

Bu hususlar vurgulandıktan sonra özel hayata saygı hakkına müdahale anlamına gelen ve CMK 141/1 kapsamında tazminat nedeni olarak öngörülen tek durum olan, CMK 141/1-i düzenlemesine yakından bakılabilir.

⁷²² Öğretide bu durum eleştirilmektedir. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Veli Özer Özbek, “*Türk Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu*”, **CHKD**, C.2, S.1-2, 2014, s.153; Coşkun, s.199; Aydın, s.81; Epözdemir, s.16.

1. Arama Kararının Ölçsüz Bir Şekilde Gerçekleştirilmesi (CMK 141/1-i)

a. Teori

Sözleşme'nin 8. maddesine uygun olarak, bir suç şüphelisinin yakalanması, işlenmiş bir suçla ilgili olarak delillerin elde edilmesi veya suçun işlenmesinin önlenmesi ya da suç vasıtalarına el konulması amacıyla kişinin üstü, eşyası, aracı, konutu, işyeri veya bunların eklentilerinin aranması mümkündür. Ancak bu tür bir müdahalenin Sözleşme'yle uyum içerisinde olabilmesi için, Sözleşme'nin 8/2 düzenlemesine uygun olarak, kanuna göre yapılmış olması, meşru bir amaç taşıması ve demokratik toplumda gerekli olması şarttır.⁷²³ Nitekim İHAM, yürütülen ceza yargılamalarında, arama tedbirine başvurulmasını meşru bir amaç kapsamında görmektedir.⁷²⁴ Ancak söz konusu tedbirin Sözleşme'ye uygun olabilmesi için, uygun ve yeterli gerekçelerle tedbire karar verilmiş olması ve tedbirin ölçülü bir şekilde uygulanması şarttır.⁷²⁵

AYM'ye göre ise arama tedbiri; suçu önlemek amacıyla, suç işlenmeden önce veya suç işlendikten sonra delillerin elde edilmesi ve/veya sanığın veya şüphelinin yakalanabilmesi için bireylerin bazı temel haklarının sınırlandırılmasına sebep olacak şekilde yürütülen bir koruma tedbiridir.⁷²⁶ Arama tedbiri ile başlıca konut dokunulmazlığı ve özel hayata saygı gibi temel haklara müdahalede bulunulmuş olacaktır.⁷²⁷ Gerçekten de arama tedbiri, özel hayatın gizliliği (Anayasa md.20) ile konut dokunulmazlığı (Anayasa md.21) hakkına müdahale niteliğindedir.

⁷²³ Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-2**, s.49; Karin De Vries "Right To Respect For Private and Family Life" in: **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed: Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, s.727. *Crémieux/Fransa*, İHAM, 11471/85, 25.02.1993, § 32-41.

⁷²⁴ *Funke/Fransa*, İHAM, 10828/84, 25.02.1993, § 55-57.

⁷²⁵ İHAM bu değerlendirilmesi yaparken; arama izninin verildiği sırada başka bir delilin olup olmadığını, arama kararının şekli ve kapsamını, arama sırasında bağımsız gözlemcilerin bulunup bulunmadığını, aramanın gerçekleştirilme şeklini ve aramadan etkilenen kişinin işi ve itibarına yönelik olan etkinin boyutunu dikkate alarak sonuca varmaktadır. Bu yönde detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Karin De Vries, "Right To Respect For Private and Family Life", İn: **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed: Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, s.728; Öncü, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8**, s.129. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Chappell/Birleşik Krallık*, İHAM, 10461/83,30.03.1989, § 60; *Buck/Almanya*, İHAM, 41604/98, 28.04.2005, § 45; *Camenzind/İsviçre*, İHAM, 21353/93, 12.12.1997, § 46.

⁷²⁶ AYM, 2005/43 E., 2008/143 K., 18.09.2008 T.

⁷²⁷ *Alaaddin Akkaşoğlu ve Akis Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.*, AYM, 2014/18247, 20.12.2017, § 19.

Arama tedbirine ilişkin bu hususlar ifade edildikten sonra CMK 141/1-i düzenlemesi ile tazminata konu olacak hâllerin belirlenmesi gerekmektedir. Bir suç isnadına bağlı olarak yapılan arama, “*adli arama*” olarak ifade edilmekteyken; önleme amaçlı yapılan arama, “*idari (önleme) arama*” olarak adlandırılmaktadır.⁷²⁸ CMK 141/1-i kapsamında tazminata konu olabilecek durum ise adli aramaya ilişkindir.⁷²⁹ Zira CMK 141/1’e göre, tazminat talep edilebilmesi için tedbirlerin bir suç soruşturması veya kovuşturması sırasında uygulanmış olması şarttır.⁷³⁰

Ancak adli aramaya ilişkin tüm hukuka aykırılıklar, CMK 141/1-i kapsamında tazminat nedeni değildir. Zira CMK 141/1-i düzenlemesinde yalnızca arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi durumu tazminat nedeni olarak belirlenmiştir. Bu nedenle, arama kararının kanuna aykırı olması durumunda, CMK 141/1-i kapsamında tazminat talep edilmesi mümkün değildir.⁷³¹

CMK 141 ile kanuna aykırı yakalama, tutuklama ve el koyma tedbirleri nedeniyle tazminat öngörülmüş olmasına rağmen, kanuna aykırı arama tedbiri için tazminatın neden öngörülmeyeceğine ilişkin mantıklı bir açıklama bulmak mümkün değildir. Ancak, ileride detaylıca izah edileceği üzere, arama kararının hukuka aykırı olması durumunun CMK 141/3 kapsamında değerlendirilmesinde engel bulunmamaktadır.

Son olarak CMK 141/1-i düzenlemesinde tazminata konu olan durumun, tatmin edici nitelikte gerekli açıklığı ve belirliliği bünyesinde bulundurduğunu söylemek güçtür. Gerçekten de tazminat nedeninin “*arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi*” şeklinde

⁷²⁸ Centel, Zafer, s.444.

⁷²⁹ Epözdemir, s.22.

⁷³⁰ Canoğlu, s.102; Özalp, s.117; Sürücü, Algan, s.52.

⁷³¹ Aynı yönde görüşler için ayrıca bkz. Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.583; Ünver, Hakeri, s.1083; Öztürk, Kazancı, Güleç, s.365; Özalp, s.117; Taştan, s.78; Günay, s.104; Aydın, s.92. Öğretide, yasa koyucunun neden böyle bir düzenleme getirdiğinin anlaşılamadığı gibi aramanın ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi ibaresinin de belirsiz olduğu ifade edilmektedir. Ancak bu görüşe göre, ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirmek oranlılık ilkesine aykırılık olarak anlaşılmalı ve bu nedenle arama koşullarının bulunmamasına rağmen gerçekleştirilmiş olması da madde kapsamında değerlendirilmelidir. Bu nedenle gece vakti aramanın koşulları oluşmadan geceleyin arama yapılması ya da gecikmesinde sakınca bulunmadığı hâlde böyle bir durumun oluştuğundan bahisle arama yapılması da ölçüsüz bir arama olarak kabul edilmelidir. Bu yönde düşünce için ayrıca bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, s.481.

belirlenmesi, farklı yorumlara ve tartışmalara açıktır. Hiç şüphesiz bu sorun yoğun ve tutarlı bir yargısal pratikle aşılabilecektir. Ancak yine de Öğretide, arama yapılan evdeki tüm eşyalarının dağıtılması, çamurlu ayakkabılarla çiğnenmesi, etrafın kirletilmesi, gerekenden fazla yıpratılması, duvarların kazılması, dolapların kırılması, üstü veya aracı aranan kişiye kötü davranılması gibi nedenlerden dolayı CMK 141/1-i kapsamında tazminat talep edilebileceği kabul edilmektedir.⁷³²

b. Yargısal Pratik

CMK 141/1-i'ye ilişkin Yargıtay kararları incelenmeden önce, teorik düzenlemeye ilişkin bilgiler ışığında, tazminat nedenine bağlı olarak yargılamada araştırılacak hususun ne olduğu belirlenmelidir.

Söz konusu tazminat nedenine ilişkin teorik düzenleme incelendiğinde; CMK 141/1-i kapsamında yürütülecek yargılamada araştırılacak husus, arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğidir. Ancak bunun tespiti kolay değildir. Zira kanuni düzenleme, uygulamaya yol gösterecek nitelikte, yeteri oranda açık veya belirli değildir. Nitekim bu durumun soruna neden olduğu aşağıda bahsi geçen yargı kararlarından anlaşılmaktadır. Ancak her durumda teorik düzenlemede, kişinin tazminata hak kazanması için, hakkında verilen kararın çeşidine göre bir ayrıma gidilmediği için, kişi hakkında yürütülen yargılamanın, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar/beraat veya mahkûmiyet kararıyla sonuçlanmış olmasının bir önem taşımaması gerektiği belirtilmelidir.

Görüldüğü üzere, söz konusu tazminat nedeni bağlamında en çok bahsi geçen husus, düzenlemenin yeteri açıklıkta olmamasıdır. Böylesi bir durum ancak yoğun ve tutarlı bir yargısal pratikle aşılabilecektir. Aksi takdirde söz konusu tazminat yolunun yeterli kesinlikte erişilebilir veya etkili olmadığı söylenecektir.

Bu anlatımlar ışığında Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları incelendiğinde; Yüksek Mahkemenin tazminat nedenine ilişkin yoğun bir pratiğinin bulunduğu görülmektedir. Ancak bu yöndeki yoğun pratik, tazminat nedeninin düzenlemeden kaynaklı belirsizliğini ortadan

⁷³² Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahri Öztürk (Ed.), s.583; Zafer, s.83; Özalp, s.117-118.

kaldırmak yerine belirsizliğin derinleşmesine neden olmuştur. Zira Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihatları tutarsızdır.

Örneğin Yargıtay'ın tazminat nedenine ilişkin ilk dönem içtihatlarında, kanuna aykırı arama tedbiri nedeniyle açılan tazminat davalarını; CMK 141/1-i kapsamında yalnızca arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi durumunun tazminat nedeni olarak belirlenmiş olduğu gerekçesiyle, reddettiği görülmektedir.⁷³³ Ancak Mahkeme, bu yöndeki yaklaşımını sonraki kararlarında değiştirmiştir.

Yargıtay'ın ikinci dönem kararları olarak ifade edilebilecek bu kararlarında ise; içtihat değişikliğine gittiği ve açıkça hukuka aykırı olarak verilen bir arama kararı nedeniyle tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna ulaştığı görülmektedir. Mahkeme bu yöndeki tutumuyla CMK 141/1-i düzenlemesine ilişkin belirsizliği daha da derinleştirmiş ve “*açıkça hukuka aykırı olarak verilen arama kararının*” hangi durumlarda oluşacağı sorusunu gündeme getirmiştir.

Örneğin Yargıtay bir kararında, kişi hakkında, toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakkında kanuna muhalefet etme suçu kapsamında başlatılan soruşturmada, kolluğun talep yazısı üzerine ortada makul şüphe olduğuna dair bir delil sunulmadan arama yapılmasını, İHAM kararlarındaki ölçütler ile ulusal mevzuata uygun olmadığı ve bu nedenle hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşarak tazminatın verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.⁷³⁴ Bu karardan hareketle Yargıtay'ın makul şüphenin bulunmadığı durumlarda arama kararı verilmiş olmasını açıkça hukuka aykırılık olarak kabul ettiği ve bu durumun tazminata konu olacağı sonucuna ulaştığı söylenecektir. Yine benzer şekilde Yargıtay diğer kararlarında somut delile dayanmayan, içinde makul şüpheyi barındırmayan, sadece bir telefon ihbarı üzerine kişinin evinde arama yapılması nedeniyle tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.⁷³⁵ Yargıtay'ın söz konusu

⁷³³ Yargıtay 12. C.D., 2012/29108 E., 2013/507 K., 09.01.2013 T.

⁷³⁴ Yargıtay 12. C.D. 2015/12815 E., 2015/19162 K., 10.12.2015 T. Söz konusu kararın muhalefet şerhinde; CMK'nın 141/1-i bendi yönünden ancak arama kararının infazının ölçüsüz olması hâlinde tazminata hükmedilebileceği, kararın verilmesindeki hukuka aykırılıkların tazminatı gerektirmeyeceği, sonradan arama kararının itiraz üzerine kaldırılmış olmasının da bu sonucu değiştirmeyeceği ifade edilmiştir.

⁷³⁵ Yargıtay 12. C.D., 2013/24450 E., 2014/938 K., 20.01.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/9105 E., 2013/30731 K., 24.12.2013 T. Söz konusu kararların muhalefet şerhinde, CMK'nın 141/1-i maddesinde hakkındaki arama kararı ölçüsüz şekilde gerçekleştirilen kişilerin tazminat isteyebileceklerinin belirtilmesi nedeniyle, davanın reddedilmesi gerektiği ve bu durum nedeniyle ancak idare mahkemesinde dava açılacağı ifade edilmiştir.

kararlarında dikkat çekici bir diğer husus ise İHAM’ın arama kararına dair ilke ve ölçütlerini içtihadına aktarmış olmasıdır.

Yargıtay’ın bu yöndeki yaklaşımı uzun süre devam etmemiş ve Yüksek Mahkeme tarafından tekrar içtihat değişikliğine gidilerek ilk dönem kararlarındaki görüşe geri dönmüştür. Yargıtay’ın bu yöndeki güncel yaklaşımına göre; CMK 141/1-i kapsamında, yalnızca arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi durumunda tazminat talep edilebilecektir. Bu nedenle örneğin arama kararı ve arama tutanağındaki usuli aykırılıklar⁷³⁶ veya arama kararının “açıkça hukuka aykırı olması” nedeniyle tazminat talep edilemeyecektir.⁷³⁷

Görüldüğü üzere Yargıtay’ın kararlarıyla CMK 141/1-i düzenlemesine ilişkin belirsizlikler aşılacak yerine konu daha karmaşık bir hâle getirilmiştir. Ancak Yargıtay’ın son dönem kararları dikkate alındığında, CMK 141/1-i kapsamında kanuna aykırı arama kararı nedeniyle tazminat talep edilmesinin mümkün olamayacağı söylenmelidir.⁷³⁸

Bu husus ele alındıktan sonra madde kapsamında tazminat nedeni olarak belirlenen, arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesine ilişkin Yargıtay’ın kararları incelendiğinde; Yüksek Mahkemenin kararına konu bir olayda davacı tarafından, gece ikametinde arama yapıldığını ancak arama kararının ölçüsüz şekilde gerçekleştirilerek zile basılmadan dış kapının doğrudan koçbaşı denen cisim ile kırıldığı ve hane halkına kaba davranılarak çocuklara ve davacıya kötü muamelede bulunduğu, kızlarının arama neticesinde psikolojilerinin bozulduğu iddia edilmiştir. Yargıtay tarafından verilen kararda, davacının ikametinde gerçekleştirilen arama işleminin ölçüsüz gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti bakımından; davacının dinlenilmesini talep ettiği tanıklar ile arama tutanağında ismi yer alan davacının komşularının tanık olarak ifadelerinin alınmadan sonuca varıldığı gerekçesiyle yerel mahkeme

⁷³⁶ Yargıtay 12. C.D., 2015/17220 E., 2017/6120 K., 11.09.2017 T.

⁷³⁷ Yargıtay 12. C.D., 2015/12475 E., 2016/13470 K., 19.12.2016 T.

⁷³⁸ Yargıtay’ın güncel yaklaşımı bu yönde olmakla birlikte, Yüksek Mahkemenin bu yöndeki kararlarında karşıyolara rastlamakta mümkündür. Örneğin Yargıtay’ın kararına konu olayda, kimliği belirsiz ve çocuk olduğunu beyan eden bir muhbirin telefon ihbarına dayanarak gece vakti evinde arama yapılması nedeniyle açılan tazminat davasında davanın reddine karar verilmişse de karşıyolda, makul şüphenin bulunmaması ve İHAM ilke ve ölçütlerine aykırılık nedeniyle tazminata hükmedilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu nedenle Yargıtay’ın konuya ilişkin kararları değişkenliğe açıktır. Bu yönde karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2015/11476 E., 2016/10212 K., 15.06.2016 T.

kararının bozulduğu görülmektedir.⁷³⁹ Bunun yanında Yargıtay'ın kaçak akaryakıt tankının yerinin tespiti ve mühürlenebilmesi için kazı yapılmasının gerekli olduğu⁷⁴⁰ veya davacı tarafından iddia ve talepleri haklı kılacak ve iddiasını ispatlayacak şekil ve nitelikte zarara uğradığına dair, hiçbir somut bilgi ve belge sunulmaması nedeniyle tazminat taleplerini reddettiği görülmektedir.⁷⁴¹

Söz konusu kararlardan hareketle Yargıtay'ın madde kapsamında tazminat nedeni olarak açıkça belirtilen “arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi” durumuna ilişkin dahi somut içtihatlarının henüz oluşmamış olduğu görülmektedir. Zira söz konusu kararlardan hiçbirinde, arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi nedeniyle tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmamıştır.

Son olarak Yargıtay'a göre, tazminat nedenine bağlı olarak açılacak davalarda asıl davada hüküm verilmesinin veya verilen hükmün kesinleşmesinin beklenmesine gerek bulunmamaktadır.⁷⁴² Ancak bu yaklaşımın da Yargıtay tarafından tutarlı bir şekilde uygulanıp uygulanmayacağı şüphelidir.⁷⁴³

⁷³⁹ Yargıtay 12. C.D., 2014/20697 E., 2015/11590 K., 23.06.2015 T.

⁷⁴⁰ Yargıtay 12. C.D., 2018/7847 E., 2018/12241 K., 17.12.2018 T.

⁷⁴¹ Yargıtay 12.C.D., 2015/1338 E., 2015/19164 K., 10.12.2015 T.

⁷⁴² Yargıtay 12. C.D., 2018/5169 E., 2019/1309 K., 04.02.2019 T.

⁷⁴³ Yargıtay'ın ikinci dönem içtihadı olarak ifade edilebilecek bir kararında; “(...) açıkça hukuka aykırı olarak verilen bir arama kararı nedeniyle tazminat isteminde bulunulup, bulunulamayacağıının, başka bir anlatımla, hukuka aykırı olduğu yargı kararıyla veya yapılan yasal denetimde açıkça anlaşılan arama kararına dayalı olarak gerçekleştirilen aramanın da tazminatı gerektirip gerektirmeyeceği hususunun açıklığa kavuşturulmasında zorunluluk bulunmaktadır. Aramanın dayandığı kararın hukuka aykırı olması hâlinde, buna dayanılarak yapılan aramanın hukuki olduğu dolayısıyla yasanın öngördüğü korumadan yararlanamayacağıının kabulü hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı gibi yasayla amaçlanan koruma ile de örtüşmemektedir. Ancak bu hallerde değerlendirme yapılırken, yargılamanın devam edip etmediği, arama ile delil olarak kabul edilebilecek bir belge veya eşyanın ele geçip geçmediği hususları dikkate alınarak, asıl yargılamada tartışılması gereken hususların değerlendirilmesinde kaçınılmalı, bu hallerde istem hükmün kesinleşmesinden sonra değerlendirilmelidir.(...)” şeklinde belirlemede bulunarak bazı durumlarda hükmün kesinleşmesinin beklenmesi gerektiği belirtilmiştir. Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2015/12815 E., 2015/19162 K., 10.12.2015 T.

Bunun yanında Yargıtay’a göre, aramanın ölçüsüz olduğu iddiasıyla açılacak tazminat davalarında dava açma süresi, arama kararının icra edildiği tarihten başlayacaktır.⁷⁴⁴ Belirtmek gerekir ki Yargıtay’ın bu yöndeki yaklaşımı, yeni sorunlara gebe dir.⁷⁴⁵

c. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması

CMK 141/1-i yoluna ilişkin teorik düzenleme ile yargısal pratik dikkate alındığında; söz konusu yolun, bireysel başvuru mekanizması bakımından etkili bir hukuk yolu niteliğinde olduğunu söylemek oldukça güçtür. Zira teorik düzenlemede yer alan sorunlar yargısal pratikle derinleştiği gibi bu yolun başarıyla uygulanarak sonuçlandığını gösteren somut içtihatlar bulunmamaktadır. Bu nedenle başvuru yolunun hem teoride hem de pratikte yeterli kesinlikte erişilebilir ve etkili olduğu söylenemeyecektir. Ancak aynı yaklaşımın İHAM ve AYM tarafından benimsenmediği görülmektedir.

AYM, konuya ilişkin yaklaşımını *Alaaddin Akkaşoğlu ve Akis Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.*⁷⁴⁶ kararı ile ortaya koymuştur. Söz konusu kararda başvuru, aramanın hukuka aykırı olması nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğinden yakınmıştır. AYM tarafından yapılan incelemede; Yargıtay’ın içtihat değişikliğine gittiği tarihe kadar, CMK 141/1-i yolunun usul kurallarına aykırı biçimde veya takdir yetkisi keyfi kullanılarak uygulanan aramalar nedeniyle uğranılan maddi ya da manevi zararı giderecek şekilde uygulama alanı bulduğu ve söz konusu yolun bu hâliyle, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği şikâyetleri yönünden, Anayasa md.40’ın gerekliliklerine uygun etkili bir kanun yolu niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Mahkemeye göre, başvurunun incelendiği tarih itibarıyla Yargıtay tarafından görüş

⁷⁴⁴ Yargıtay kararında bu hususu şöyle izah etmektedir: “5271 sayılı CMK’nın; “Tazminat istemi” başlıklı 141. maddesi incelendiğinde, bir kısım tazminat nedenleri konusunda karar verilmesi için, davanın esasıyla ilgili bir kararın verilmesi zorunluluğunun bulunmadığı, dolayısıyla bu nedenlere dayalı istemlerde, davanın sonuçlanmasına gerek bulunmadığı yasal düzenlemeden açıkça anlaşılmaktadır. Tazminat davasının, esas soruşturma dosyasında davacı hakkında verilen arama kararının ölçüsüz bir şekilde icra edildiği iddiasına dayanması karşısında, bahse konu arama kararlarının icra tarihi olan 22-23/07/2011 tarihinden itibaren 5271 sayılı CMK’nın 142/1 maddesinde belirtilen 1 yıllık süresinin geçtiğinin anlaşılması karşısında, davanın süre yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, arama işlemlerinde herhangi bir usulsüzlük bulunmadığı gerekçesi ile reddine karar verilmiş ise de, mevcut uygulama karşısında sonuç değişmeyeceğinden, bu husus sonuna etkili görülmemiştir.(...)” Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2018/4909 E., 2018/10613 K., 12.11.2018 T.

⁷⁴⁵ Yargıtay’ın bu yöndeki yaklaşımı nedeniyle oluşabilecek sorunlara ilişkin detaylı açıklamalara aşağıda yer verilecektir. Açıklamalar için bkz. “Dava Açma Süresinin Başlangıcı ve Kesinleşme Şartına İlişkin Sorunlar” Başlığı.

⁷⁴⁶ *Alaaddin Akkaşoğlu ve Akis Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.*, AYM, 2014/18247, 20.12.2017, § 26-31.

değiştirilerek arama kararının hukuka aykırılığı olduğu iddiaları yönünden bir inceleme yapılmamaktaysa da bu durum, başvuru yolunu tek başına etkisiz hâle getirmemektedir. Zira AYM'ye göre yasal düzenlemeyle oluşturulan ve kanunun objektif anlamına bakıldığında var olduğu hususunda bir tereddüt uyandırmayan bir başvuru yolunun kapsamının, ilgili yargı mercilerinin yorumları nedeniyle kısmen daralması bir mahkemeye erişim sorununa işaret edebilirse de o yolun etkili olmadığı sonucuna ulaşılabilmesi bakımından yeterli değildir. Bu nedenle, ihlal iddiası bakımından etkili olan CMK 141/1-i yolunun tüketilmesi şarttır.

AYM'nin söz konusu kararı, Mahkemenin CMK 141'in geneline ilişkin sorunlu yaklaşımının en çok göze battığı kararlarından biridir. Zira AYM'nin, Yargıtay'ın konuya ilişkin yaklaşımının farkında olarak, aramanın hukuka aykırı olduğu iddialarının incelenmeyeceği bir duvara/hukuk yoluna ısrarla başvuru yolları yönlendirmesinin makul ve mantıklı bir gerekçesi bulunmamaktadır.

AYM, söz konusu sorunlu yaklaşımını sonraki kararlarında ısrarla sürdürmüştür.⁷⁴⁷ Ancak Mahkeme, *Hasan Akboğa*⁷⁴⁸ kararında bu görüşünden vazgeçmiş ve arama kararının hukuka uygun olup olmadığı yönünde mahkemeye bir denetim yetkisi vermeyen herhangi bir dava yolunun, özel hayata saygı ve konut dokunulmazlığı haklarının ihlal edildiği iddiaları bakımından, etkili olamayacağını ifade etmiştir. Nitekim AYM tarafından, CMK 141/1-i yoluna ilişkin güncel Yargıtay uygulamasına göre arama kararının hukuka aykırılığına ilişkin şikâyetler bakımından inceleme yapılmadığı dikkate alınmış ve CMK 141/1-i yolunun tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

AYM bahsi geçen kararıyla isabetli bir yaklaşım sergilemişse de bunu sonraki kararlarında uygulamamış ve tekrar CMK 141/1-i yolunun, aramanın hukuki olmadığı iddiaları bakımından,

⁷⁴⁷ Aynı yönde AYM tarafından, aramanın hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yapılan başvurularda, CMK 141 yolunun tüketilmesi gerektiğine ilişkin verilen kararlar için ayrıca bkz. *Erdal Tercan*, AYM, § 92-96; *Meral Danış Beştas* (2), AYM, § 54-58; *Ömer Ulukapı*, AYM, 2017/17771, 17.07.2018, § 81-84; *Ömer Ulukapı*, AYM, 2017/17771, 17.07.2018, § 81-84; *Mehmet Takımsu*, AYM, § 105-108; *Salih Sönmez*, AYM, 2016/25431, 28.11.2018, § 73-77; *Ayşenur Parıldak*, AYM, 2017/15375, 28.11.2018, § 108-111; *Mehmet Özdemir*, AYM, 2017/37283, 29.11.2018, § 137-141; *Yakup Şimşek*, AYM, 2017/36064, 25.12.2018, § 124-127; *Dilek Hatipoğlu ve Nurullah Çiftçi*, AYM, 2015/15845, 10.01.2019, § 62-65; *Ramazan Bayrak*, AYM, 2016/22901, 07.02.2019, § 45-49; *Aziz Mahmut İstegün*, AYM, 2017/32195, 06.02.2019, § 94-97; *Erdem Doğan*, AYM, § 126-130.

⁷⁴⁸ *Hasan Akboğa*, AYM, 2016/10380, 27.03.2019, § 87-90.

tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁷⁴⁹ Mahkemenin görüş değiştirirken ortaya bir gerekçe koymaması soruna farklı bir boyut katmıştır. Bu nedenle, AYM'nin sonraki kararlarda nasıl bir sonuca varacağı oldukça belirsizdir.

Sonuç olarak; Mahkemenin konuya ilişkin sorunlu yaklaşımları bir kenara bırakıldığında, AYM'nin güncel yaklaşımına göre, aramanın hukuki olmadığı ya da ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirildiği iddiaları bakımından, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl soruşturma/kovuşturma sonuçlanmamış dahi olsa CMK 141/1-i'de yer alan hukuk yolu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yoludur.⁷⁵⁰

İHAM'ın konuya ilişkin yaklaşımı incelendiğinde ise; Mahkemenin, AYM'nin yaklaşımını dikkate alarak sonuca ulaştığı görülmektedir. Örneğin İHAM'ın *Aksoy/Türkiye*⁷⁵¹ kararında başvuru, evinde yapılan aramanın usulsüz olduğundan, arama emrinin sadece bir hâkim tarafından verilmesinden ve avukatların aranmasına ilişkin özel hükümlere aykırı olarak aramanın gerçekleştirilmesinden yakınmıştır. İHAM yaptığı incelemede; başvuru AYM'ye yaptığı başvurunun CMK 141/1-i ve CMK 141/1-j yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilebilir bulunmadığını, aramanın usulüne uygun olarak yapılmadığı durumlarda iç hukukta tazminatın öngörüldüğünü, başvuru hukuk yolunun etkililiğinden şüphe duymasının bu yolu tüketmesinden muaf tutmayacağını belirterek CMK 141/1-i ve CMK 141/1-j yollarının tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olduğu sonucuna ulaşmıştır. Görüldüğü üzere İHAM, somut başvuruda somut içtihat olup olmadığını herhangi bir şekilde değerlendirmemiş; yalnızca, AYM'nin konuya ilişkin yaklaşımından hareketle başvuru yolunu etkili görmüştür. Üstelik başvuru hukuka aykırı arama yapıldığı iddiaları bakımından CMK 141/1-i yolunda herhangi bir araştırmanın yapıp yapılmadığı da tartışılmış değildir.

⁷⁴⁹ Bu yönde karar için ayrıca bkz. *Uğur Gürses*, AYM, 2016/16201, 03.07.2019, § 40-44.

⁷⁵⁰ AYM'nin arama kararının hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yapılan başvurularda, CMK 141 yolunun tüketilip tüketilmediğiyle ilgili olarak tartışma yürütmeden açıkça dayanaktan yoksun bulunduğu kararları da bulunmaktadır. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Selim Öztürk*, AYM, § 34-40; *A.A.*, AYM, § 59-64; *Resül Kılıçaslan*, AYM, § 108-114; *İlker Deniz Yücel*, AYM, 2017/16589, 28.05.2019, § 146-150; *Cengiz Türkmen*, AYM, § 107-112; *Ahmet Karadavut*, AYM, § 48-53; *Aydın Sefa Akay*, AYM, 2016/24562, 12.09.2019, § 51-56; *İzzettin Üşümez*, AYM, 2016/32996, 25.09.2019, § 80-85; *Resul Çomoğlu*, AYM, 2017/8756, 26.09.2019, § 135-138; *Mustafa Österzi*, AYM, 2016/14597, 31.10.2019, § 52-56.

⁷⁵¹ *Aksoy/Türkiye*, İHAM, 47585/16, 05.03.2019, § 33-39.

Ancak İHAM’ın, CMK 141/1-i yoluna ilişkin farklı sonuca ulaştığı kararlarının da mevcut olduğu belirtmelidir. Örneğin İHAM, *Özgün Öztunç ve Diğerleri/Türkiye*⁷⁵² kararında, başvuru konusu olayın 13 Ocak 2004 tarihinde meydana geldiğini gözeterek, olay tarihinden itibaren bir yıl içerisinde CMK 141/1-i yolundan yararlanmanın mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. Yine İHAM, *Kırdök ve Diğerleri/Türkiye*⁷⁵³ kararında, CMK 141 yolunun meslek sırrı kapsamında olan eşyaların iadesine veya yok edilmesine imkân verecek nitelikte olmadığını, bu nedenle, söz konusu başvuru yolunda Sözleşme’nin 8. maddesine uygun olarak etkin bir denetimin yapılamayacağı sonucuna ulaşmıştır.

Sonuç olarak; İHAM’ın, AYM’nin konuya ilişkin yaklaşımını göz önüne alarak sonuca ulaştığı dikkate alındığında, aramanın hukuki olmadığı ya da ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirildiği iddiaları bakımından, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl soruşturma/kovuşturma sonuçlanmamış dahi olsa, CMK 141/1-i’de yer alan hukuk yolunu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul etme ihtimalinin bulunduğu söylenmelidir.

C. MÜLKİYET HAKKINA İLİŞKİN TAZMİNAT NEDENLERİ

Sözleşme’ye Ek 1. Protokol’ün 1. maddesi ile Anayasa’nın 35. maddesi, mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır.⁷⁵⁴ Mülkiyet hakkının öznesi her gerçek ve tüzel kişi⁷⁵⁵ olup hakkın

⁷⁵² *Özgün Öztunç ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 5839/09, 27.03.2018, § 44.

⁷⁵³ *Kırdök ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 14704/12, 03.12.2019, § 57.

⁷⁵⁴ Mülkiyet hakkına ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-2**, s.651-678; Gemalmaz, s.1 vd.; Aida Grgić, Zvonimir Mataga, Matija Longar, Ana Vilfan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap: İnsan Hakları El Kitapları-10**, Özgür Heval Çinar, Abdulcelil Kaya (çev.), Strazburg: Avrupa Konseyi Yay., 2007, s.6 vd.; Monica Carss-Frisk, **Mülkiyet Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No’lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz: İnsan Hakları El Kitapları-4**, Strazburg: Avrupa Konseyi Yay., 2001, s.4 vd.

⁷⁵⁵ Sözleşme’de hakkın öznesinin gerçek ve tüzel kişiler olduğu açıkça belirtilmiştir. Anayasa düzenlemesinde ise hakkın öznesi olarak “herkes” gösterilmiştir. Şüphesiz Anayasa’da geçen “herkes” ibaresi, gerçek kişileri olduğu gibi tüzel kişileri de kapsamaktadır. Ancak mülkiyet hakkının öznesi değerlendirilirken, 6216 sayılı Kanun’un 46/2 hükmü ve AYM’nin kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapamayacakları yönündeki katı yaklaşımının da göz önünde bulundurulması gerekecektir. Mülkiyet hakkının öznesi ve AYM’nin bu yönde yaklaşımına ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Gemalmaz, s.11-29.

kapsamına her türlü ekonomik değer girmektedir.⁷⁵⁶ Bu hak, mutlak bir hak olmayıp düzenlemelerde belirtilen koşullara uygun olarak sınırlandırılması mümkündür.⁷⁵⁷

Nitekim el koyma tedbirinin mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale niteliğinde olduğu şüphesizdir. İHAM ve AYM tarafından da malvarlığı değerlerine yönelik el koyma tedbiri, mülkiyetin kullanımının kontrolü türü müdahale⁷⁵⁸ olarak kabul edilmektedir.⁷⁵⁹ Zira koruma tedbiri olarak uygulanan el koyma tedbiri nedeniyle; kişi mülkiyetinden tamamen yoksun bırakılmamaktaysa da hakkın kullanımı engellenmekte veya sınırlandırılmaktadır.⁷⁶⁰

Mülkiyet hakkına yönelik bir müdahalenin ihlale neden olmaması için; müdahalenin hukuki/kanuni bir dayanağının olması⁷⁶¹, kamu yararı amacı taşıması (meşru amaç)⁷⁶² ve

⁷⁵⁶ Mülkiyet hakkının konusunu yalnızca taşınır ve taşınmaz mallar oluşturmaz. Hakkın kapsamına somut ve soyut varlıklar, hisse senetleri, patent, telif hakları, emeklilikte gelir elde etme hakkı, kiralanan bir mülkten gelir elde etme hakkı da girmektedir. Zira Sözleşme’de ve Anayasa’da geçen “mülk” kavramı özerk bir kavramdır. Nitekim İHAM ve AYM tarafından da her türlü ekonomik değer bu kapsamda değerlendirilmektedir. Hakkın kapsamına ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-2**, s.651-656; Gemalmaz, s.33-95.

⁷⁵⁷ Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-2**, s.651.

⁷⁵⁸ Mülkiyet hakkının üç farklı kuralı kapsayacak şekilde düzenlenmiş olduğu kabul edilmektedir. Nitekim İHAM, *Sporrong ve Lönnroth/İsviçre* kararında, bu üç kuralı ortaya koymuştur. Söz konusu karara göre, mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemenin birinci paragrafının ilk cümlesinde yer alan ilk kural, genel nitelik taşıyıp mülkiyetin barışçıl kullanılması ilkesini belirlemek; ilk paragrafın ikinci cümlesinde yer alan ikinci kural ise, mülkiyetten yoksun bırakmayı düzenleyerek bunun koşullarını ortaya koymakta; ikinci paragrafta yer alan üçüncü kural ise, devletlerin diğer hususlar arasında genel yarara uygun olarak, yasalar aracılığıyla mülkiyetin kullanımını kontrol etme yetkisine sahip olduklarını düzenlemektedir. Nitekim AYM’de, *Hanife Ensaroğlu* kararında, Anayasa’nın mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili üç kural ihtiva ettiğini belirtmiştir. Kararlar için ayrıca bkz. *Sporrong ve Lönnroth/İsveç*, İHAM, 7151/75, 23.09.1982, § 61; *Hanife Ensaroğlu*, AYM, 2014/14195, 20.09.2017, § 52. Mülkiyet hakkının üç kuralı, müdahale türünün tespit edilmesini sağlayarak, müdahalenin sınırlama rejimine uygunluğunun incelenmesi bakımından önem arz etmektedir. Mülkiyet hakkının üç kuralı ve bu kapsamda mahkemelerin yaptıkları incelemeye ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Gemalmaz, s.99-117.

⁷⁵⁹ *Raimondo/İtalya*, İHAM, 12954/87, 22.02.1994, § 7; *Hanife Ensaroğlu*, AYM, § 52; *Onur Tur Uluslararası Nakliyat Ltd. Şti.*, AYM, 2015/947, 15.11.2018, § 52.

⁷⁶⁰ Gemalmaz, s.106.

⁷⁶¹ AYM’ye göre, mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde ilk incelenmesi gereken ölçüt kanuna dayalı olma ölçütüdür. Bu ölçütün sağlanmadığı tespit edildiğinde diğer ölçütler bakımından inceleme yapılmaksızın mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. Müdahalenin kanuna dayalı olması, iç hukukta müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir ve öngörülebilir kanun hükümlerinin bulunmasını gerektirmektedir. Bu yönde karar için ayrıca bkz. *Türkiye İş Bankası A.Ş.*, AYM, 2014/6192, 12.11.2014, § 44. Benzer yönde İHAM kararı için ayrıca bkz. *Hentrich/Fransa*, İHAM, 13616/88, 22.09.1994, § 40-42.

⁷⁶² AYM’ye göre, Anayasa’nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Mahkemeye göre kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılması imkânı vermekle, bir sınırlandırma amacı olmasının yanı sıra mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında

orantılı/ölçülü olması⁷⁶³ şarttır.⁷⁶⁴ El koyma tedbirinin de mülkiyet hakkını ihlal etmemesi için söz konusu ilke ve prensiplere uygun olarak yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Aksi durumda mülkiyet hakkının ihlali gündeme gelecektir.

CMK 141’de öngörülen hukuk yolu ile diğer temel hak ve özgürlüklerin yanında mülkiyet hakkına müdahale anlamına gelen el koyma tedbiri nedeniyle de tazminat yolu öngörmüştür. Bu bağlamda CMK 141/1-j düzenlemesine göre; *“eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen”*

sınırlanamayacağını öngörerek ve bu anlamda bir sınırlama sınırı oluşturarak mülkiyet hakkını etkin bir şekilde korumaktadır. Bununla birlikte kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir kavram olup objektif bir tanıma elverişli değildir. Bu ölçütün her somut olayın temelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Makul bir temelden açıkça yoksun olan düzenlemelerin ve uygulamaların ise kamu yararının tespitine ilişkin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Yunis Ağlar*, AYM, 2013/1239, 20.03.2014, § 28-29; *Nusrat Külah*, AYM, 2013/6151, 21.04.2016, § 53. Benzer yönde İHAM kararı için ayrıca bkz. *Beyeler/İtalya*, İHAM, 33202/96, 05.01.2000, § 111. ⁷⁶³AYM’ye göre, mülkiyet hakkının ayrıca hakkın özüne dokunulmadan ve ölçülülük ilkesine riayetle sınırlandırılması gerekmektedir. Mahkemeye göre, hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan asli çekirdeği ifade etmekte olup, bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır. Bu çerçevede, hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hale getiren veya ortadan kaldıran sınırlamaların, hakkın özüne dokunduğu söylenecektir. Mülkiyet hakkı bağlamında da mülkiyet hakkını oluşturan yetkilerin tamamının veya bir ya da belirli bir kısmının ortadan kaldırılması, kullanılamaz hale getirilmesi veya kullanılmasının aşırı derecede güçleştirilmesi sonucunu doğuran müdahalelerin, bu hakkın özünü zedeleyeceği açıktır. Ölçülülük ilkesinin amacı da temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesini deyimleyen oranlılık unsurlarını içermektedir. Bu yönde karar için ayrıca bkz. *Yunis Ağlar*, AYM, § 32.

⁷⁶⁴ Mülkiyet hakkına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarında söz konusu ölçütler çoğunlukla birlikte uygulanmak suretiyle, bireyin hakkıyla kamu yararı arasında kurulması gereken adil dengeye vurgu yapılmaktadır. Bu noktada, belirtilen ölçütlere riayetle bir sınırlandırma yapılıp yapılmadığının tespiti için, müdahale teşkil ettiği ve mülkiyet hakkının ihlalini sonuçladığı iddia edilen önlemin temelini oluşturan kamu yararı karşısında, bireye düşen fedakârlığın ağırlığının göz önünde bulundurulması ve toplumun genel yararının gerekleri ile bireyin temel hakkının korunması arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi zorunludur. Mülkiyet hakkının sınırlandırılması mümkün olmakla beraber, sınırlamada öngörülen meşru amaç ile sınırlandırma arasında orantısızlık bulunmamalı, toplumun sınırlandırma ile ulaşacağı genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybının dengelenmesine özen gösterilmelidir. Bu yönde karar için ayrıca bkz. *Yunis Ağlar*, AYM, § 33. Benzer yöndeki İHAM kararı için bkz. *Sporrong ve Lönnroth/İsveç*, İHAM, § 69. Koşullara ilişkin detaylı açıklamalar ile İHAM ve AYM uygulaması için ayrıca bkz. Doğru, Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-2**, s.656-659; Gemalmaz, s.117-201.

kişilerin tazminat hakkı bulunmaktadır. Bu açıklamalardan sonra söz konusu tazminat nedenlerine daha yakından bakılmalıdır.

1. Eşyaya veya Diğer Malvarlığı Değerlerine Koşulları Oluşmadan El Konulması, Korunması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmaması, Amaç Dışı Kullanılması, Zamanında Geri Verilmemesi (CMK 141/1-j)

CMK 141/1-j düzenlemesi ile dört farklı durum tazminat nedeni olarak belirlenmektedir. Bunlar:

- Eşyaya veya Diğer Malvarlığı Değerlerine Koşulları Oluşmadan El konulması
- El konulan Eşya veya Diğer Malvarlığı Değerlerinin Korunması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmaması
- El konulan Eşya veya Diğer Malvarlığı Değerlerinin Amaç Dışı Kullanılması
- El konulan Eşya veya Diğer Malvarlığı Değerlerinin Zamanında Geri Verilmemesi

Tazminat nedenleri detaylı olarak incelenmeden önce üç önemli hususa dikkat çekilmesinde fayda bulunmaktadır.

İlk olarak, söz konusu nedenlere bağlı olarak tazminat talep edilebilmesi için el koyma tedbirinin bir suç soruşturması veya kovuşturması sırasında uygulanmış olması gerekmektedir. Zira aksi durum, madde kapsamında tazminat nedeni değildir.⁷⁶⁵

İkinci olarak, CMK 141/1-j düzenlemesinde “kişiler” ifadesine yer verilmesi nedeniyle tazminat hakkının öznesi, gerçek veya tüzel kişiler olabilecektir.

Üçüncü olarak ise uygulamada sıklıkla başvuru, CMK 133 düzenlemesine dikkat çekilmelidir. Söz konusu hükme göre, suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması hâlinde, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak, kayyım atanabilecektir. CMK 133/5 düzenlemesi ile madde uyarınca atanan kayyımların görevleriyle ilgili iş ve işlemlerinden dolayı tazminat davalarının CMK’nın 142 ilâ 144’üncü maddeleri

⁷⁶⁵ Örneğin Kabahatler Kanunu’nun 18/3. maddesi gereğince eşyaya el konulması durumunda, tedbir bir suç soruşturması veya kovuşturması sırasında uygulanmadığı için CMK 141/1-j kapsamında tazminat talep edilemeyecektir. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Özalp, s.119.

uyarınca Devlet aleyhine açılabilceğı kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemede dikkat çeken husus, tazminat nedeni olarak öngörölen durumun, CMK 141 kapsamında düzenlenmek yerine, CMK 133/5 kapsamında yer verilmiş olmasıdır. Ayrıca göröldüğü üzere, söz konusu düzenlemeyle, tazminata konu olan durum yalnızca kayyımların görevleriyle ilgili iş ve işlemlerle sınırlıdır. Bu nedenle örneğın koşulları oluşmadan hukuka aykırı olarak kayyım atanması durumunda CMK 133/5'e göre tazminat talep edilebilmesi mümkün değildir. Ancak Öğretide, kayyım atama işleminin özel bir el koyma çeşidi olarak kabul edildiğı dikkate alındığında⁷⁶⁶, aşağıda belirtilen tazminat nedenleri kapsamında, örneğın koşulları oluşmadan kayyım atandığı iddiası veya ölçüsüz bir süre boyunca kayyım atama tedbirinin uygulandığı iddiaları bakımından, CMK 141/1-j kapsamında tazminat talep edilebileceğı söylenebilecektir. Bu nedenle, kayyım atama kararlarına karşı açılacak tazminat davalarında CMK 141/1-j düzenlemesinin yanında CMK 133/5 hükmünün de göz önünde bulundurulması faydalı olacaktır.

Bu açıklamalardan sonra bahsi geçen tazminat nedenleri, teori ve uygulamasıyla ele alınabilir.

a. Teori

i. Koşulları Oluşmadan El Konulması

CMK 141/1-j düzenlemesine göre; “eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı hâlde” el konulan kişiler, tazminat isteme hakkına sahiptirler. Göröldüğü üzere söz konusu tazminat nedeni; el koyma tedbirinin hukuka aykırı olarak koşulları oluşmadan uygulanması durumunda gündeme gelmektedir.

El koyma tedbirinin anayasal dayanağını, Anayasa md.20 ve 21 oluşturmaktadır. Bu düzenlemelere göre, el koyma tedbirine, kural olarak, hâkim kararıyla başvurulabilecektir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile de el koyma yapılabilir. Nitekim CMK 127/1'e göre; gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, cumhuriyet savcısının, cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, el koyma işlemini gerçekleştirebileceklerdir. Bunun

⁷⁶⁶ Öztürk, Kazancı, Güleç, s.164; Ersan Şen, Sefa Eryıldız, **Elkoyma**, Ankara: Seçkin Yay., 2017, s.221; Uğur Ersoy, *Bir Koruma Tedbiri Türü Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m.133)*, **AÜHFD**, C.65, S.4, 2016, s.3400.

yanında hâkim kararı olmaksızın yapılan el koyma işleminin, hukuka uygun olabilmesi için, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması ve hâkim tarafından kırk sekiz saat içerisinde tedbir hakkında karar verilmesi gerekecektir. Aksi durumda, el koyma tedbiri kendiliğinden kalkacağı gibi hâkim kararına sunulmaması veya süresi içerisinde kararın açıklanmaması nedeniyle tedbirin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılacaktır.

CMK düzenlemelerinde el koyma tedbirine ilişkin genel düzenlemelerin yanında, özel el koyma çeşitlerine de yer verildiği görülmektedir. Örneğin; CMK 128 ile taşınmaz, hak ve alacaklara el konulması, CMK 129 ile postada el koyma, CMK 130 ile avukat bürolarında el koyma, CMK md.133 ile şirketlere kayyım atanması, CMK m.134 ile bilgisayarlara el koyma ve nihayet CMK 248 düzenlemesi ile kaçaklara ilişkin el koymanın koşulları özel olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında el koyma tedbirine, CMK düzenlemeleri dışında, başkaca özel kanunlarda da yer verildiği önemle belirtilmelidir. Söz konusu el koyma çeşitleri bakımından hukuka uygunluk denetimi, özel olarak yer alan düzenlemelere göre değerlendirilmelidir. Düzenlemelerde yer alan koşullara aykırı olarak el koyma işleminin yapılması durumunda, tedbirin hukuka aykırı olduğu söylenecektir.

Anlatıma CMK 141 penceresinden bakılacak olursa; CMK 141/1-j düzenlemesi ile tazminata konu olan ilk durum, el koyma tedbirine koşulları oluşmadan başvurulmuş olması durumudur. Bu anlamda örneğin; gerekli suç şüphesi oluşmadan el koyma tedbirine başvurulması, gecikmesinde sakınca bulunmamasına rağmen hâkim kararı olmaksızın el koyma işlemi yapılması ya da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde hâkim kararı olmaksızın yapılan el koyma işleminin 24 saat içerisinde hâkim onayına sunulmaması gibi durumlarda, el koyma tedbirinin hukuki/kanuni bir dayanağı olmayacağından, tazminat gündeme gelecektir.

ii. Korunması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmaması

CMK 141/1-j düzenlemesine göre; el konulan eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin korunması için gerekli tedbirlerin alınmaması da tazminat nedenidir. Görüldüğü üzere söz konusu tazminat nedeni, el koyma tedbirinin hukuka aykırı olup olmadığıyla ilgili olmayıp el konulan eşya veya diğer malvarlığı değerinin niteliğine uygun olarak muhafazasının yapıp yapılmadığını konu edinmektedir. Bu nedenle söz konusu tazminat nedeninin, mülkiyet hakkına el koyma tedbiri vasıtasıyla yapılan müdahalenin orantılı/ölçülü olup olmadığıyla ilgili olduğu söylenebilir.

Gerçekten de mülkiyet hakkının ihlal edilmemesi için yapılan müdahaleyle gerçekleştirilmek istenen amaç ve bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisi bulunmak zorundadır. Nitekim tedbirin konusu oluşturan malvarlığı değerinin korunması için gerekli tedbirlerin alınmaması durumunda, yapılan müdahalenin orantılı/ölçülü olduğu söylenemeyeceğinden madde kapsamında tazminat gündeme gelecektir.⁷⁶⁷

iii. Amaç Dışı Kullanım

CMK 141/1-j düzenlemesi ile tazminata konu olan bir diğer durum ise, el konulan eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin amaç dışı kullanılmasıdır. Söz konusu tazminat nedeni bakımından önem arz eden husus, el koymanın amacıyla ilintilidir.

AYM'ye göre, Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Mahkemeye göre, kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılmasına imkân vermekle bir sınırlandırma amacı olmasının yanı sıra mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlanamayacağını öngörerek bir 'sınırlama sınırı' oluşturmaktadır.⁷⁶⁸

El koyma tedbirinin genel amacı da suç delili olan veya müsadereye tabi eşyanın güvence altına alınmasıdır.⁷⁶⁹ Bu nedenle CMK 141/1-j kapsamında tazminat nedeni olarak öngörülen durumun, el konulan eşya veya malvarlığı değerlerinin, söz konusu amaçlardan sapılarak

⁷⁶⁷ El konulan eşyaların muhafazasına ilişkin düzenleme CMK 132'de yer almaktadır. Bu hükmü göre, el konulan eşyanın değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli tedbirler alınacaktır. Yine el konulan eşyanın muhafazasının sağlanması için; soruşturma evresinde cumhuriyet başsavcılığı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından, şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebileceği öngörülmüştür. Ancak bazı durumlarda el konulan eşyanın elden çıkarılması gerekebilir. Nitekim CMK 132/1'e göre; el konulan eşyanın, zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı hâlinde, hükmün kesinleşmesinden önce elden çıkarılabilir. Bu durumda, karar verilmeden önce, eşyanın sahibi olan şüpheli, sanık veya ilgili diğer kişiler dinlenecektir.

⁷⁶⁸ *Nusrat Külah*, AYM, § 53.

⁷⁶⁹ Bazı durumlarda bu amaç farklılaşabilir. Örneğin, CMK'nın 248. maddesine göre, kaçak sanığın duruşmalara gelmesini sağlamak amacıyla, mallarına, hak ve alacaklarına el konulacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, kaçak kişiler bakımından el koymanın amacı farklılaşmaktadır.

kullanılması olduğu söylenebilir. Örneğin, el konulan malvarlığı değerlerinin kişisel amaçlarla kullanılması durumunda madde kapsamında tazminat talep edilebilecektir.⁷⁷⁰

iv. Zamanında Geri Verilmeme

CMK 141/1-j düzenlemesi ile tazminata konu olan son durum ise, el konulan eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin zamanında geri verilmemesidir. Tazminat nedeni bakımından cevap aranılması gereken soru, el konulan eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin ne zaman verilmesi gerektiğidir.

Hiç şüphesiz el koyma tedbiri, varlığını sonsuza kadar koruyacak bir tedbir niteliğinde değildir. Nitekim söz konusu tedbir, diğer koruma tedbirleri gibi geçici niteliktedir. AYM'ye göre de el koyma tedbiri gerek kapsamı gerekse de süresi itibarıyla orantılı olarak uygulanmalıdır.⁷⁷¹

El konulan eşyanın ne kadar süre içinde geri verilmesi gerektiğine ilişkin CMK'da genel geçer ve açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan geri vermenin somut olayın koşulları ve el konulan eşyanın niteliği dikkate alınarak süresinde verilir verilmediği değerlendirilmelidir. Bu bağlamda CMK 131 düzenlemesi ile el konulan eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılmaması durumunda, resen veya istem üzerine, geri verilmesine karar verileceği düzenlenmiştir. Bunun yanında CMK 131/2 düzenlemesiyle, özel olarak, taşınmaz, hak ve alacakların suçtan zarar gören kişiye ait olması ve bunlara delil olarak ihtiyaç bulunmaması hâlinde sahibine geri verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁷⁷²

⁷⁷⁰ Şen, Eryıldız, s.107; Özalp, s.121.

⁷⁷¹ Hanife Ensaroğlu, AYM, § 67.

⁷⁷² CMK'da söz konusu düzenlemelerin yanında bazı eşyaların iadesine ilişkin belirli sürelerle yer verildiği görülmektedir. Örneğin, CMK md.134/2'ye göre, bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülmemesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecek olması hâlinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere el konulabilir. Ancak şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması hâlinde, el konulan cihazlar gecikmeksizin iade edilmelidir. Yine örneğin CMK md.130/2'ye göre, avukat bürolarında yapılacak aramalarda, yetkili hâkim tarafından el konulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğu saptandığında, el konulan şey derhâl avukata iade edilmelidir. Söz konusu düzenlemeler ile iadenin süresi belirlendiği için tazminat nedeni değerlendirilirken bu düzenlemelerden hareketle sonuca varılması gerekeceği açıktır.

CMK 141/1-j kapsamında tazminat nedeni olarak öngörülen son durum da el koyma tedbirinin somut olayın koşulları içerisinde süresi itibarıyla orantılı olarak uygulandığının söylenemeyeceği durumlara ilişkindir.

b. Yargısal Pratik

CMK 141/1-j kapsamındaki tazminat nedenleri bakımından Yargıtay kararları incelendiğinde, Yüksek Mahkemenin yukarıda izah edilen tazminat nedenlerine ilişkin yoğun bir pratiği olduğu görülmektedir.⁷⁷³

Yargıtay'ın CMK 141/1-j kapsamında; koşulları oluşmadığı hâlde el koyma kararı verilmesi⁷⁷⁴, el koyulan malvarlığı değerinin amaç dışı kullanılması veya korunması için gerekli tedbirler alınmaması⁷⁷⁵ ya da zamanında geri verilmemesi⁷⁷⁶ nedenlerine bağlı olarak tazminat verilmesi gerektiğine dair sonuca ulaştığı kararları bulunmaktadır.⁷⁷⁷

Bunun yanında Yüksek Mahkemenin kişi hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veya beraat kararı verilmesinden dolayı, uygulanan tedbirlerin haksız olduğu sonucuna ulaşarak tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde sonuca ulaştığı kararları da bulunmaktadır.⁷⁷⁸ Mahkemenin söz konusu kararlarında, el koyma tedbirinin kanuna

⁷⁷³ Yargıtay'ın CMK 141/1-j kapsamında verdiği kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2014/14751 E., 2015/15084 K., 12.10.2005 T.; Yargıtay 12. C.D., 2016/8276 E., 2017/7167 T., 09.10.2017 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/6261 E., 2014/23034 K., 18.11.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/8830 E., 2013/18335 K., 04.07.2013 T. Yargıtay 12. C.D., 2015/15437 E., 2017/1206 K., 20.02.2017 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/9888 E., 2015/7478 K., 05.05.2015 T.

⁷⁷⁴ Yargıtay 12. C.D., 2014/6869 E., 2014/26731 K., 25.12.2014 T.

⁷⁷⁵ Yargıtay 12. C.D., 2015/3950 E., 2016/1724 K., 10.02.2016 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/6846 E., 2014/26416 K., 23.12.2014 T.

⁷⁷⁶ Yargıtay 12. C.D., 2019/1497 E., 2020/1255 K., 10.02.2020 T.; Yargıtay 12. C.D., 2016/1576 E., 2016/8795 K., 25.05.2016 T.; Yargıtay 12. C.D., 2015/4064 E., 2016/62 K., 11.01.2016 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/12493 E., 2015/2806 K., 17.02.2015 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/5218 E., 2014/24340 K., 02.12.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/3510 E., 2014/18447 K., 23.09.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/26110 E., 2014/10285 K., 28.04.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/25939 E., 2014/324 K., 14.01.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2013/14435 E., 2013/21106 K., 23.09.2013 T.; Yargıtay 12. C.D., 2012/20468 E., 2012/17955 K., 10.09.2012 T.

⁷⁷⁷ Yargıtay, kişinin kendi rızası ile hayvanlarını kolluk personeline teslim etmesi durumunda da bu durumun uygulanan tedbiri, el koyma olmaktan çıkartmayacağı gerekçesiyle tazminata hükmedilmesi gerektiğini düşünmektedir. Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2015/9866 E., 2016/9713 K., 08.06.2016 T.

⁷⁷⁸ Yargıtay 12. C.D., 2016/2416 E., 2016/13294 K., 12.12.2016 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/23269 E., 2015/9476 K., 02.06.2015 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/6872 E., 2014/26429 K., 23.12.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/5303 E., 2014/11726 K., 14.05.2014 T.

aykırılığını tartışmadan doğrudan tazminat verilmesi gerektiği sonucuna ulaşması esasen sorunludur. Zira CMK 141/1-j kapsamında, teorik olarak, yürütülen yargılamanın nasıl sonuçlanmış olduğu önem arz etmemektedir. Ancak Yargıtay'ın kişi hakkında verilen karardan hareketle doğrudan sonuca ulaşması teorik düzenlemeyle uyumsuzluğa neden olmaktadır. Örneğin Yargıtay'ın bir kararında, kişi hakkında yürütülen yargılama neticesinde kişiye hapis cezasının verildiğini; ancak aracın müsaderesine dair talebin, suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı gerekçesiyle reddedildiğini dikkate alarak tazminat talep edilemeyeceği sonucuna ulaştığı görülmektedir.⁷⁷⁹ Yüksek Mahkemenin tazminat nedenleri bakımından değerlendirilmesini yaparken; el koyma tedbirine hukuka uygun olarak başvurulup başvurulmadığını veya muhafaza için gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığı ya da el konulan eşyanın zamanında geri verilip verilmediğini araştırması gerekmektedir, bu hususları göz ardı edip yalnızca nihai karardan hareketle sonuca varması hatalıdır.

Görüldüğü üzere söz konusu tazminat nedenlerinin kişi hakkında yürütülen yargılamanın nihai sonucuyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Yüksek Mahkemenin bu yöndeki yaklaşımı söz konusu yolun etkililiğine dair şüphe uyandırmaktadır. Zira CMK 141/1-j yoluna başvurulduğu takdirde hukuka aykırılığın tespiti, verilen sonuç karara göre değerlendirilmektedir.

Yargıtay'ın tazminat nedenine ilişkin sorunlu yaklaşımlarından biri de CMK 141/1-j kapsamında manevi tazminata hükmedilemeyeceği yönündeki içtihadıdır. CMK 141/1 düzenlemesi incelendiğinde, maddi ve manevi her türlü zararların istenebileceği açıktır. Ancak Yargıtay tarafından el koyma tedbiri nedeniyle kişinin manevi zarara uğrayamayacağı yönünde ön bir kabul hareket edilerek manevi tazminat istemleri reddedilmektedir.⁷⁸⁰ Bu yaklaşımın teorik düzenlemeyle uyumlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Üstelik bu durum, CMK 141/1-j yolunun “yeterli” bir hukuk yolu olduğu konusunda şüphe uyandırmaktadır. Zira bu yola başvurulduğu takdirde, manevi zararların giderilmemesi nedeniyle, ihlalin sonuçları yeteri oranda kaldırılmamaktadır.

⁷⁷⁹ Yargıtay 12. C.D., 2013/26089 E., 2014/10565 K., 30.04.2014 T.

⁷⁸⁰ YCGK, 2011/7-2 E., 2011/52 K., 12.04.2011 T.; Yargıtay 12. C.D., 2015/11720 E., 2015/18148 K., 24.11.2015 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/22556 E., 2015/13392 K., 15.09.2015 T. Bununla birlikte, Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin manevi tazminat talep edilemeyeceği yönünde ön kabul hareket etmediği bir kararının olduğu belirtilmelidir. Bu yöndeki karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2011/9804 E., 2012/14120 K., 05.06.2012 T. Ancak bu görüşün ilkesel olmadığı ve sonraki kararlarda görüşün sürdürülmediği açıktır.

Bunun yanında Yargıtay'ın CMK md.133 kapsamında kayyım atama tedbiriyle ilgili iddiaları CMK 141/1-j kapsamında değerlendirdiği herhangi bir kararına rastlanılmadığı belirtilmelidir. Kayyım atama kararına uygulamada sıklıkla başvurulmaktaysa da bu konuda somut bir içtihadın oluşmaması dikkat çekicidir.

Son olarak Yargıtay'ın, CMK 141/1-j nedenine bağlı olarak açılacak tazminat davalarında, asıl davada verilen hükmün kesinleşmesinin gerekip gerekmediği konusunda tutarsız bir yaklaşım sergilediği belirtilmelidir. Örneğin Yargıtay, koşulları oluşmadan el koyma kararının verildiği iddiaları bakımından asıl davada verilen kararların kesinleşmesini aramaktadır.⁷⁸¹ Bu durum Yargıtay'ın, tedbirlerin haksız olarak uygulanıp uygulanmadığı yönünde sonuca varırken asıl davada verilen nihai karardan hareketle değerlendirme yapacağına dair şüphe uyandırmaktadır. Oysa yukarıda da belirtildiği üzere, tedbirlerin haksız olarak uygulanıp uygulanmadığı ile dava sonucunda verilen nihai kararın bir ilişkisi bulunmamaktadır. Yargıtay'ın bu yöndeki yaklaşımı, söz konusu yolun, asıl davanın devam ettiği durumlarda, bireysel başvuru mekanizması bakımından etkili olarak kabul edilemeyeceği sonucuna götürmektedir.

Bahsi geçen sorunlu alanlar, CMK 141/1-j yolunun bireysel başvuru mekanizması bakımından etkililiğini doğrudan etkileyebilecek niteliktedir. Bu nedenle, İHAM'ın ve AYM'nin bu sorunlu alanları görerek CMK 141/1-j yolunu değerlendirmeleri daha isabetli olacaktır.

c. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması

CMK 141/1-j düzenlemesine ilişkin teorik düzenleme ile yargısal pratik dikkate alındığında, söz konusu başvuru yolunun bireysel başvuru mekanizması bakımından, el koyma tedbirine bağlı birçok iddia yönünden, tüketilmesi gerekli bir yol olarak kabul edilme ihtimalinin bulunduğu görülmektedir. Ancak Yargıtay'ın tazminat nedenine ilişkin yaklaşımında nihai karardan hareketle sonuca ulaştığı ve asıl davanın devam ettiği durumlarda tazminat taleplerini incelemeyeceği dikkate alındığında, CMK 141/1-j yolunun etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilemeyeceği söylenmelidir. Bunun yanında Yargıtay'ın manevi tazminata

⁷⁸¹ Yargıtay 12. C.D., 2014/2942 E., 2014/15491 K., 24.06.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2015/405 E., 2015/13976 K., 29.09.2015 T.; Yargıtay 12. C.D., 2011/6285 E., 2011/5210 K., 24.02.2012 T.

hükmedilmeyeceği yönündeki yaklaşımının da hukuk yolunun yeterliliği değerlendirilmesinde dikkate alınması gerekmektedir. Bahsedilen bu hususların, CMK 141/1-j yolunun etkili olarak kabul edilmesinde açık engeller oluşturduğu aşîkârdır. Buna rağmen, İHAM ve AYM cephesinde bu sorunlu alanlar görmezden gelinmektedir.

AYM'nin konuya ilişkin yaklaşımı incelendiğinde; Mahkemenin, el koyma tedbiri yönünden, olağan kanun yollarının tüketilmesi kuralı özelinde iki farklı kanun yolunu değerlendirerek sonuca ulaştığı görülmektedir:

AYM, tüketme koşulu özelinde yaptığı incelemede, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla, *el koyma tedbirinin devam edip etmemesine göre* olağan kanun yollarını belirlemekte ve buna göre sonuca varmaktadır. Bu bağlamda AYM, el koyma tedbirinin *devam ettiği durumlarda* öncelikle başvurunun olağan kanun yolu olarak el koyma kararına karşı “*itiraz*” yasa yoluna başvuru yapıp yapmadığını incelemektedir.⁷⁸² El koyma kararına karşı etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilen itiraz yasa yoluna başvuru yapılmadığı durumlarda, başvuru kabul edilebilir bulunmamaktadır.⁷⁸³

Ancak AYM tarafından, *el koyma tedbirinin sona erdiği durumlarda* ise bu kez CMK 141/1-j’de belirtilen hukuk yolunun tüketilip tüketilmediği dikkate alınmaktadır. Zira yukarıda ortaya konulduğu üzere, CMK 141/1-j’de öngörülen tazminat davası açma yolu, teorik olarak, el koyma tedbirini sona erdirecek nitelikte olmayıp yalnızca hakkın ihlalinin tespiti ile tazminata imkân tanımaktadır. Bu nedenle, el koyma tedbirinin devam ettiği durumlarda etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmesi mümkün değildir.⁷⁸⁴

AYM'nin CMK 141/1-j yoluna ilişkin yaklaşımı incelendiğinde ise; Mahkemenin, ceza soruşturması veya kovuşturması sırasında uygulanan el koyma tedbirinin hukuki olmadığı

⁷⁸² Aynı durum kayyım atama kararlarında da geçerlidir. Bu durumda da CMK md.267 uyarınca itiraz yasa yolunun tüketilmesi gerekmektedir. Bu yönde detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Gemalmaz, s.217.

⁷⁸³ *Günay Dağ ve Diğerleri*, AYM, § 121; *Nuray Işık*, AYM, 2014/7561, 28.09.2016, § 57; *Ali Şeker*, AYM, 2016/68962, 20.09.2018, § 100-102; *Muammer Koçan*, AYM, § 143-145.

⁷⁸⁴ Örneğin AYM, kayyım atama kararına karşı yapılan *Hamdi Akın İpek* başvurusunda, kayyım atanmasına ilişkin koruma tedbirinin devam ettiğini, CMK 141 kapsamında öngörülen hukuk yolunun giderim bakımından sadece tazminat içerdiğini bu nedenle, devam eden el koyma veya kayyım atanmasına ilişkin müdahaleler bakımından söz konusu hukuk yolunun bu aşamada etkili olarak görülemeyeceğini ifade etmiştir. Karar için ayrıca bkz. *Hamdi Akın İpek*, AYM, 2015/17763, 24.05.2018, § 77. Benzer yönde uygulanan tedbirin devam ettiği durumlarda verilen kararlar için ayrıca bkz. *Özgür Güleç*, AYM, 2014/11503, 01.02.2017, § 59-60; *İsmail Şahan*, AYM, 2016/54509, 28.11.2019, § 112-119.

iddiaları bakımından, *tedbirin sona erdiği tüm durumlarda*, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl dava sonuçlanmamış da olsa, söz konusu yolu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul ettiği görülmektedir.⁷⁸⁵

AYM'nin bahsi geçen yaklaşımında problemli alan, Yargıtay'ın CMK 141/1-j bakımından asıl davanın kesinleşmesi gerektiğine ilişkin yaklaşımının göz ardı edilmesidir. Gerçekten de yukarıda yer verilen kararlarda, Yargıtay'ın tazminat talep edilebilmesi için davanın kesinleşmesini aradığı görülmektedir. Bu durumda, başvurucunun, asıl davası devam ederken CMK 141/1-j yoluna yönlendirilmesi, âdeta bir duvara yönlendirilmesi anlamına gelmektedir. Ancak bu durumun AYM tarafından dikkate alındığını söylemek mümkün değildir. Üstelik AYM tarafından bu konuda dikkate alınan Yargıtay kararları da sorunludur.

Örneğin *Nuray Işık*⁷⁸⁶ kararında AYM, Yargıtay'ın davanın esasıyla ilgili bir kararın verilmesi zorunluluğu olmaması kaydıyla, '*arama tedbirinin ölçüsüz uygulandığı*' gerekçesiyle tazminat talebinde bulunulması durumunda, asıl davada hüküm verilmesini veya hükmün kesinleşmesini beklemeye de gerek bulunmadan tazminat talebinde bulunulabileceğini ifade ederek, başvurucunun da benzer yönde taleplerinin olduğu gerekçesiyle, söz konusu yolun etkili olduğu sonucuna ulaşmıştır.

⁷⁸⁵ Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Yıldırım Soysal*, AYM, 2014/14887, 17.11.2016, § 33-50; *Levent Özaslan*, AYM, § 37-45; *Harun Öksüz*, AYM, 2016/21060, 27.06.2018, § 27-31; *Mustafa Ünal*, AYM, 2017/21149, 28.11.2018, § 111-114; *Ramazan Bayrak*, AYM, 2016/22901, 07.02.2019, § 51-54; *Mehmet Takımsu*, AYM, § 71-75; *Erdem Doğan*, AYM, § 133-136; *Selim Öztürk*, AYM, § 28-31; *Uğur Gürses*, AYM, 2016/16201, 03.07.2019, § 40-44; *Edat Yücel Seyhan*, AYM, § 150-151; *Tarık Kavak*, AYM, § 83-84; *Selahattin Kayaalp*, AYM, § 102-103; *A.B.*, AYM, 2016/22702, 31.10.2019, § 45-51; *Mustafa Özterzi*, AYM, 2016/14597, 31.10.2019, § 57-60; *Murat Kılıç*, AYM, 2016/21201, 19.11.2019, § 72-75; *Mümtazer Türköne*, AYM, 2017/17839, 27.11.2019, § 110-111; *İsmail Çıtak*, AYM, 2016/78629, 28.11.2019, § 93-97; *Osman Berk*, AYM, 2017/12608, 11.12.2019, § 91-95; *A.L.*, AYM, § 91-92; *A.S.*, AYM, 2016/21966, 09.01.2020, § 54-55; *Sedat Laçiner*, AYM, 2016/47628, 12.02.2020, § 68-69; *A.E.S.*, AYM, § 99; *Raşit Hünel*, AYM, § 99; *Şenol Coşkun*, AYM, § 44-46; *Ahmet Çağlıyan*, AYM, § 87-88; *Bekir Demirci (2)*, AYM, § 111-114. AYM, başvuruçuların mal varlığına konulan tedbir nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yaptıkları başvurularda da aynı yaklaşımı sergilemektedir. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Abdulkadir Karaboğa ve Diğerleri (2)*, AYM, 2014/14510, 25.10.2017, § 30-33; *Ömer Ulukapı*, AYM, 2017/17771, 17.07.2018, § 65; *Ö.D.*, AYM, 2016/37804, 18.07.2018, § 65-68; *Mustafa Ünal*, AYM, 2017/21149, 28.11.2018, § 112-113; *Ramazan Çaylı (2)*, AYM, 2017/1436, 12.02.2020, § 31-35; *Mehmet Yıldız*, AYM, § 31; *Kemal Karanfil (2)*, AYM, 2016/54582, 23.06.2020, § 27-31.

⁷⁸⁶ *Nuray Işık*, AYM, § 67.

Görüldüğü üzere AYM, Yargıtay'ın arama tedbirinin ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirdiği iddiası bakımından yaptığı çıkarımlardan hareketle, aynı yorumun, el koyma tedbirinin koşulları oluşmadan uygulanması durumunda söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Ancak AYM'nin, Yargıtay'ın yerine yaptığı bu çıkarımını haklı gösterecek herhangi bir karar bulunmamaktadır. Aksine Yargıtay kararları incelendiğinde; koşulları oluşmadan el koyma tedbirinin uygulandığı durumlarda, asıl davanın kesinleşmesinin bekleneneğinin belirtildiği görülmektedir. Buna rağmen AYM tarafından asıl davanın devam ettiği durumlarda söz konusu yolun etkili görülmesi oldukça sorunludur. Ancak Mahkemenin görüşünü değiştireceğine dair ufukta herhangi bir emare bulunmamaktadır.⁷⁸⁷

Sonuç olarak; AYM'nin konuya ilişkin sorunlu yaklaşımları bir kenara bırakıldığında, Mahkemenin güncel yaklaşımına göre, ceza soruşturması veya kovuşturması sırasında uygulanan el koyma tedbirinin hukuki olmadığı ya da el koyma tedbiri nedeniyle uğranılan zararlara ilişkin iddialar bakımından, tedbirin sona erdiği tüm durumlarda, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl dava sonuçlanmamış dahi olsa, CMK 141/1-j'de yer alan hukuk yolu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yoludur. Aynı yorumun, Mahkeme tarafından, herhangi bir somut içtihat olmamasına rağmen, mülkiyet hakkına müdahale anlamına gelen kayyım atama kararları için de yapılabileceği hatırd tutulmalıdır.

İHAM'ın konuya ilişkin yaklaşımına bakıldığında da Mahkemenin CMK 141/1-j yolunu etkili kabul etme yönünde eğilime sahip olduğu görülmektedir. Örneğin İHAM *Güler/Türkiye*⁷⁸⁸ kararında, CMK 141/1-j yoluyla başvurunun yakındığı tüm durumlara ilişkin tazminat yolunun öngörüldüğünü ancak bu yolun, başvuru tarafından tüketilmemesi nedeniyle, mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasını esastan incelemeyeği görülmektedir. Söz konusu kararda, uygulanan tedbirlerin 2000-2004 yılları arasında uygulandığı, bu nedenle CMK 141'in olayda uygulanma ihtimalinin mümkün olmadığı İHAM tarafından dikkate

⁷⁸⁷ Gemalmaz'a göre, AYM'nin el koyma tedbiriyle ilgili olarak CMK 141 yolunu değerlendirdiği kararlarında atıf yaptığı Yargıtay kararları, sayısal açıdan başvuru yolunun etkililiği için yeterli kabul edilemezdir. Üstelik atıf yapılan az sayıda kararlardan biri el koymaya ilişkin olmayıp tutuklama tedbiri nedeniyle tazminat talebiyle ilgilidir. Bu yöndeki tespit ve açıklamalar için ayrıca bkz. H. Burak Gemalmaz, "Özgürlükten Yoksun Bırakma ve Malvarlığı Değerlerine El Koyma Tedbirlerinin Doğurduğu Sorunlarda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunun Kullanılması Şartı Olarak Tazminat Davası Açma Zorunluluğu Aranmasının Yerindeliği", **Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan**, İstanbul: On İki Levha Yay., 2019, s.611-612

⁷⁸⁸ *Güler/Türkiye*, İHAM, 20792/07, 14.10.2014, § 28-34.

alınmamıştır. Üstelik İHAM tarafından, söz konusu yolun başarıyla uygulanarak sonuca ulaştığına dair herhangi bir somut içtihadattan hareketle sonuca varılmamış ve yeni ortaya çıkmış bir yol, doğrudan etkili kabul edilmiştir. Bunun yanında Mahkeme sonuca ulaşırken, başvuru bireysel başvuru anındaki durumunu ve olayların meydana geldiği tarihi göz önünde bulundurmamıştır.

İHAM, *Hanbayat ve Diğerleri/Türkiye*⁷⁸⁹ kararında da benzer bir yaklaşımla, el koyma tedbirinin sona erdiğini dikkate alarak, haksız el koyma nedeniyle maddi ve manevi zararların tazmini açısından CMK 141 yolunun tüketilmemiş olması nedeniyle, başvuruyu kabul edilebilir bulmamıştır. Mahkemeye göre söz konusu yol ile hem ihlalin tespiti hem de tazminat imkânı sağlanmaktadır. Üstelik başvurucuların yakındıkları durumlar, düzenlemelerde açıkça tazminat nedeni olarak belirlenmiş bulunmaktadır. İHAM'ın bahsi geçen kararında da somut içtihat tartışması yürütmediği ve başvurucuların bireysel başvuru anındaki durumlarını dikkate almadığı görülmektedir.

Sonuç olarak; İHAM'ın, AYM'nin yaklaşımına benzer şekilde, el koyma tedbirinin hukuki olmadığı ya da el koyma tedbiri nedeniyle uğranılan zararlara ilişkin iddialar bakımından, CMK 141/1-j'de yer alan hukuk yolunu, tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yol olarak kabul ettiği belirtilmelidir.

D. “TORBA” TAZMİNAT NEDENİ: HÂKİM VE SAVCILARIN KARAR VEYA İŞLEMLERİ NEDENİYLE TAZMİNAT

CMK 141 düzenlemesine 6545 sayılı Kanun⁷⁹⁰ ile eklenen CMK 141/3 düzenlemesine göre;

“Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir.”

Görüldüğü üzere tazminat nedeni bakımından açık bir durum belirlemesi yapılmak yerine; genel olarak bir suç soruşturması veya kovuşturması sırasında, hâkim ve savcılarının kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dahil olmak üzere verdikleri kararlar veya

⁷⁸⁹ *Hanbayat ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 6940/07, 06.02.2018, § 22-30.

⁷⁹⁰ Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmî Gazete, 29044 Sayı, 28.06.2014 Tarih.

yaptıkları işlemler nedeniyle, tazminat davası açılabilceğı kabul edilmiştir. Bu nedenle, birçok temel hak ve özgürlüğe müdahale anlamına gelen karar veya işlemler nedeniyle tazminat talep edilebilecektir. Tazminat nedeninin belirli bir hak ve özgürlük ekseninde düzenlenmemesi ve bu yönde geniş bir kapsama sahip olması nedeniyle “torba” tazminat nedeni olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu kısa açıklamalardan sonra tazminat nedenine daha yakından bakılmalıdır.

1. Teori

CMK 141 düzenlemesine sonradan eklenmiş bulunan söz konusu tazminat nedeni, oldukça önemli bir rol üstlenmektedir. Zira bahsi geçen düzenlemeyle, tazminata konu olabilecek durumlar spesifik olarak tek tek sayılmak yerine “karar veya işleme dayanma” şeklindeki bir ölçütle belirlenmiş; böylelikle, yorum veya kıyas faaliyeti yürütülerek tazminat konusu edilebilecek durumların genişletilmesine imkân tanınmıştır. Özellikle Yargıtay uygulamasında, CMK 141/1 düzenlemeleriyle belirlenen tazminat nedenlerinin tahdidi nitelikte olduğu; bu nedenle, tazminat nedenlerinin kıyas veya yorum yoluyla genişletilemeyeceğı ilkesel olarak kabul edildiğinden, CMK 141/3’ün önemli bir sorunu aşmakta kilit bir rol üstlendiğı söylenebilecektir. Zira bahsi geçen düzenlemeyle, zarar doğurucu nitelikte olan hâkim ve savcılarının tüm karar ve işlemleri doğrudan tazminata konu olabilmekte ve CMK 141/1 kapsamında açıkça sayılmayan tüm durumlar, doğrudan madde kapsamında değerlendirilebilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, teorik düzenlemeye göre, CMK 141/3 kapsamında tazminat talep edilebilmesi için tazminata konu edilebilecek durumun CMK 141/1 kapsamında sayılmamış olması gerekmektedir.

CMK 141/3 düzenlemesinin varlık kazanmasıyla birlikte; CMK 141/1’de açıkça sayılmayan ancak zarara neden olan karar veya işlemlerin tazminata konu olması yönünde önemli bir adım atıldığı açıktır. Bu nedenle örneğın özel hayata saygı hakkına müdahale anlamına gelen “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK 135)”, “gizli soruşturmacı (CMK 139)” ve “teknik araçlarla izleme (CMK 140)” tedbirleri nedeniyle CMK 141/3 kapsamında tazminat talep edilebilecektir. Yine ölçsüz veya haksız olarak uygulanan adli kontrol tedbirleri nedeniyle tazminat talep edilmesinde engel bulunmamaktadır. Bu bağlamda örneğın, uygulamada sıklıkla başvuru olan ve uzun süreler boyunca uygulanmasında

mahsur görülmeyen yurtdışı çıkış yasağı, imza atma veya ev hapsi şeklindeki adli kontrol tedbirleri veya diğer adli kontrol tedbirleri nedeniyle tazminat talep edilmesi mümkündür.

Gerçekten de söz konusu tedbirlere uygulamada sıklıkla başvurulmaktaysa da bu tedbirlerin haksız olarak uygulanması nedeniyle, CMK 141/1 kapsamında açıkça bir tazminat belirlemesi yapılmamıştır. Üstelik CMK 141 düzenlemesinin koruma tedbirleri esas alınarak düzenlendiği dikkate alındığında, söz konusu tedbirler nedeniyle niçin tazminat yolunun öngörülmemiş olduğunun mantıklı bir açıklamasını bulmak güçtür. Ayrıca soruşturma ve kovuşturma sırasında meydana gelen zararların yalnızca koruma tedbirlerinin uygulanması nedeniyle ortaya çıkmadığı da bir gerçektir.⁷⁹¹ Zira hâkim ve savcıların keyfî karar veya işlemleri de zarar doğurucu nitelikte olabilmektedir.

Örneğin AYM veya İHAM kararlarının derece mahkemeleri tarafından keyfî olarak uygulanmaması ya da geç icra edilmesi durumları da hâkim ve savcıların kişisel kusurları kapsamında değerlendirilerek tazminata konu edilebilecektir. Zira AYM veya İHAM kararlarının bağlayıcı nitelikte olduğu açık olup; “*yerindelik denetimi yapıldığı*” veya “*kararın kesinleşmemiş olduğu*” şeklindeki hatalı gerekçelerle, söz konusu kararların gereklerinin yerine getirilmesinden kaçınılamayacaktır. Bunun güncel örneklerini, İHAM’ın *Osman Kavala* kararı ya da AYM’nin *Mehmet Altan*, *Şahin Alpay* veya *Kadri Enis Berberoğlu (2)* kararlarının derece mahkemeleri tarafından icra edilmemesi oluşturabilir.⁷⁹² Bu nedenle söz konusu örneklerin hepsinde, CMK 141/3 kapsamında tazminat talep edilebileceği söylenmelidir.

CMK 141/3 hükmü, bu yönleriyle olumlu olarak görülebilecekse de uygulamanın tazminat nedenini keyfî ve öngörülemez şekilde yorumlayarak hükmün kapsamını oldukça daraltma ihtimali de bulunmaktadır. Uygulamanın bu yönde bir yaklaşım sergilemesi durumunda, madde kapsamı oldukça daralacak ve düzenleme, getiriliş amacından uzaklaşarak “aldatıcı” nitelikte

⁷⁹¹ Örneğin, hâkim veya savcının taraflara karşı yaralama fiilini gerçekleştirmesi veya hakaret etmesi ya da keyfî olarak duruşma salonundan çıkarması gibi eylemleri madde kapsamında tazminat nedeni olabilecektir. Hatta kişilerin herhangi bir koruma tedbiri uygulanmadan sadece soruşturma veya kovuşturmayla karşı karşıya kalmalarının madde kapsamında tazminata konu olabileceği söylenebilecektir. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. Albayrak, s.78.

⁷⁹² Derece mahkemeleri tarafından AYM ve İHAM kararlarının gereklerinin yerine getirilmemesi Öğretide çokça eleştiri konusu edilmektedir. Bu yönde eleştiriler için bkz. Mehmet Kahraman, Muhammed Şahin, “*Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi*”, **AYD**, C.36, S.2, 2019, s.40-57; Tolga Şirin, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarının İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Etkisi*”, **AYD**, C.35, 2018, s.155-158.

olabilecektir. Özellikle CMK 141/3 düzenlemesi kapsamında, hâkim ve savcının karar veya işlemlerinin özel bir kastla hareket edilerek verilmiş olmasının aranılmadığına burada dikkat çekilmelidir. Bu bağlamda, hâkim veya savcının ihmali neticesinde de oluşan zararlar nedeniyle tazminata hükmedilebilecektir. Ancak uygulamada, bu “ihmallerin” mazur görülebilir nitelikte olduğu şeklinde getirilebilecek bir yorumla tazminatın verilmeyeceği sonucuna ulaşılabilir.

Bu endişenin aşılmasında, tazminat konusu edilen karar veya hükümlerin anonimleştirilmesinin önemli bir rol üstlenebileceği söylenebilir. Somutlaştırmak gerekirse, tazminat konusunda karar verecek ağır ceza mahkemesinin önüne taşınan karar veya hükmün hangi hâkim veya savcı tarafından verildiğinin bilinmemesi durumunda, objektif yorumlarla tazminat konusunda sonuca ulaşılabilir. Üstelik, aşağıda izah edileceği üzere, Yargıtay tarafından söz konusu hüküm bağlamında da asıl dava devam ederken tazminat davasının açılabilmesi kabul edildiğinden, yapılacak anonimleştirmenin tazminat talebinin başarıya ulaşmasında oldukça etkili olabileceği açıktır. Aksi takdirde, ağır ceza mahkemesinde yargılaması devam eden bir kişinin; yargılandığı mahkemenin bir karar veya işleminde kişisel kusur olduğunu iddia ederek açacağı CMK 141 davasında, başka bir ağır ceza mahkemesinin bu iddiayı haklı görerek tazminat verebileceğini söylemek gerçekçilikten uzak olacaktır.

Bu nedenle, uygulamanın yorum gerektiren tazminat nedenlerinde objektif sonuçlara ulaşması adına karar veya işlemlerin anonimleştirilmesinin en çok CMK 141/3 bağlamında önem taşıyacağı söylenmelidir. Üstelik UYAP sistemi vasıtasıyla, tazminat konusu edilebilecek karar veya işlemlerin anonimleştirilmesinin oldukça kolay olduğu belirtilmelidir.

CMK 141/3 bağlamında yaşanabilecek bu soruna dikkat çekildikten sonra, konuya ilişkin Yargıtay pratiğine bakılmalıdır.

2. Yargısal Pratik

CMK 141/3 düzenlemesinin “torba” nitelikte olması nedeniyle Yargıtay’ın konuya ilişkin her bir kararının tazminat yolunun somutlaşmasında büyük önem taşıyacağı açıktır. Bu bağlamda, CMK 141/3 düzenlemesine ilişkin Yargıtay’ın somut içtihatlarının olup olmadığı araştırıldığında; Yüksek Mahkemenin tazminat nedenine bağlı olarak yoğun bir pratiği bulunmamakla birlikte, tazminat nedeninin belirginlik kazanması adına, önemli içtihatlarının olduğu söylenebilir. Ancak Yargıtay’ın konuya ilişkin içtihatlarının gelişmekte olduğu, bu

nedenle, tazminat nedeninin yeterli açıklığa kavuştuğunu söylemenin bu aşamada güç olduğu önemle vurgulanmalıdır.

Örneğin Yargıtay, sanık sıfatı olmadığı hâlde hatalı olarak kişi hakkında dava açılarak yargılamanın yapılması durumunu CMK 141/3 kapsamında görerek tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.⁷⁹³

Yine Yüksek Mahkeme, davanın iddianamesinde mağdur sıfatıyla yer aldığını, iddianamede sanık olarak yargılananların kendisi hakkında tuttıkları fişleme kayıtlarının yer aldığını, bunlardan hangilerinin doğru hangilerinin yanlış olduklarının bu davanın seyri açısından önemli bir etkisi olmadığını, iddianamede yer alan kayıtların kişilik haklarına, aile şerefine, mesleki onuruna, maddi ve manevi bütünlüğüne olumsuz etkileri olduğunu, bu bilgilere iddianamede satır satır yer verilip kamuoyu ile paylaşılmasının gerekmediğini, kovuşturma sırasında da herhangi bir tedbir alınmadan bu iddianamenin kabul edilerek, kamunun bilgisine açılmasından zarar gördüğü iddialarını CMK 141/3 kapsamında değerlendirerek tazminat verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.⁷⁹⁴ Üstelik Yargıtay tarafından söz konu kararda ayrıca CMK 141/1 kapsamında; adli kontrol, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme gibi koruma tedbirlerinden doğabilecek zararların tazminat ödenmesini gerektiren nedenler arasında öngörülmediğini, ancak CMK 141/3 ile tazminat nedenlerinin kapsamının genişletildiği ve yeni tazminat nedenlerinin kabul edildiği belirtilmiştir.⁷⁹⁵

⁷⁹³ Yargıtay 12. C.D., 2017/9690 E., 2018/3774 K., 02.04.2018 T. Benzer yönde Yargıtay, adli işlemin hatalı uygulanması sonucu olarak işlemediği bir suç sebebiyle sisteme kimlik bilgileri şüpheli sıfatıyla kaydedilen ve hakkında ceza davası açılan davacı için CMK 141/3 vd. maddelerine göre makul ölçüde manevi tazminata, belge ile kanıtlanan maddi tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2014/10649 E., 2015/1856 K., 03.02.2015 T.

⁷⁹⁴ Yargıtay 12. C.D., 2015/13049 E., 2015/17584 K., 11.11.2015 T.

⁷⁹⁵ Ancak Yargıtay'ın konuya ilişkin tazminat verilmesi gerektiğine dair sonuca ulaştığı bir kararına ulaşamamıştır. Örneğin Yargıtay, iletişimin kayda alınması ve teknik araçlarla izleme tedbirleri nedeniyle açılan tazminat davalarda, tedbirlerin uygulandığı tarihten sonra CMK 141/3 hükmünün yürürlüğe girdiği, CMK 144/1-b maddesinde belirtilen "*Tazminata hak kazanmadığı hâlde, sonradan yürürlüğe giren ve lehte düzenlemeler getiren kanun gereği, durumları tazminat istemeye uygun hâle dönüşenler*" hükmü gereğince tazminata hak kazanılmadığı sonucuna ulaşarak davanın reddedilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2018/8279 E., 2019/2558 K., 25.02.2019 T.; Yargıtay 12. C.D., 2018/3737 E., 2018/8558 K., 24.09.2018 T.; Yargıtay 12. C.D., 2017/11361 E., 2018/4119 K., 09.04.2018 T.

Bunun yanında Yargıtay, 3 yıl 6 ay 18 gün süre ile uygulanan adli kontrol tedbirinin bir aşamadan sonra seyahat özgürlüğünü sınırlandırdığını, bu nedenle ölçsüz olduğunu ve CMK 141/3 kapsamında tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.⁷⁹⁶

Ancak Yargıtay, yeterli uzmanlığı bulunmayan bilirkişiye rapor düzenlettirip bu raporun esas alınıp dava açılması nedeniyle cumhuriyet savcısının eylemlerinden ötürü manevi tazminat istemine ilişkin tazminat davasında; tazminata konu işlem yönünden cumhuriyet savcısının özel kastla hareket edip kişilerin zarara uğramasına neden olduğu sonucuna ulaşamayacağı gerekçesiyle, tazminat taleplerinin reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.⁷⁹⁷ Burada Yüksek Mahkemenin “özel bir kastla” hareket etmiş olma şeklindeki ölçütünün hatalı olduğu ve hükmün kapsamını daralttığı söylenmelidir. Zira savcının soruşturmayı özenle yürütme yükümlülüğü olduğu açık olup uzmanlık alanı bulunmayan bilirkişiden alınan rapordan hareketle dava açılmasının, madde kapsamında tazminata konu olabileceği açıktır.

Yargıtay’ın bu yöndeki kararı, ayrıca madde kapsamında yaşanabilecek ispat sorunlarına da dikkat çekilmesini gerektirmektedir. Zira bahsi geçen olayda Yargıtay’ın aradığı “özel kastın” nasıl ispat edilebileceği büyük bir sorundur. Bu sorunlu durumlar, tazminat nedenini getiriliş amacından uzaklaştırabileceği gibi kapsamının kanuna aykırı olarak oldukça daralmasına neden olabilecektir. Bu nedenle, söz konusu tazminat nedeni bağlamında davacılaran sıkı ispat koşullarıyla iddialarını ispat etmelerinin beklenmemesi ve tazminata konu edilen karar veya işlemlerin “objektif” olarak yorumlanarak sonuca ulaşılması isabetli olacaktır.

Son olarak Yargıtay’ın kabulüne göre, CMK’nın 141/3’e bağlı olarak açılacak tazminat davalarında asıl davanın sonucunu beklemeye gerek bulunmadan doğrudan tazminat davası açılabilecektir.⁷⁹⁸ Yukarıda da dikkat çekildiği üzere, asıl dava devam ederken açılacak CMK 141/3 davasının, bu hâliyle, başarıya ulaşmasını beklemek gerçekçilikten uzaktır.

⁷⁹⁶ Yargıtay 12. C.D., 2014/13444 E., 2015/2705 K., 16.02.2015 T.

⁷⁹⁷ Yargıtay 12. C.D., 2019/9544 E., 2020/958 K., 03.02.2020 T.

⁷⁹⁸ Yargıtay 12. C.D., 2018/5456 E., 2018/12186 K., 17.12.2018 T.

3. Teori ve Pratiğin Bireysel Başvuruya Yansıması

CMK 141/3'e ilişkin teorik düzenleme ile konuya ilişkin yargısal pratik dikkate alındığında; söz konusu tazminat nedeni bakımından etkililik değerlendirilmesinin somut olay özelinde sonuçlandırılması gerektiği söylenmelidir. Zira söz konusu başvuru yolu ancak yargısal pratikle belirlilik kazanarak öngörülebilir nitelikte olmaktadır. Bu nedenle, somut içtihatların bulunduğu durumlarda söz konusu başvuru yolu etkili olarak kabul edilebilecekse de somut içtihatların bulunmadığı durumlarda, başvuru yoluna ihtiyatla yaklaşılması ve tüketilmesinin beklenmemesi gerekmektedir. Aksi yaklaşımlar, tüketme koşulunun katı ve şekilci yorumlanması anlamına gelecektir.

AYM'nin konuya ilişkin yaklaşımı incelendiğinde; Mahkemenin, farklı durumlarda CMK 141/3 yolunu etkili ve tüketilmesi gerekli bir yol olarak kabul ettiği görülmektedir. AYM'nin konuya ilişkin ilk kararı *M.Y.*⁷⁹⁹ kararıdır. Söz konusu kararda başvuru, hâkim ve savcılarının karar ve işlemleri nedeniyle toplumdaki saygınlığına zarar verilmesinden yakınmıştır. AYM yaptığı incelemede; her ne kadar bireysel başvuru anında söz konusu iddialar bakımından başvuru yolu bulunmamaktaysa da başvurudan sonra CMK 141/3 düzenlemesinin yürürlüğe girdiğini, başvuru ile beraber aynı hukuki statüde olan ve aynı dava kapsamında yer alan bir davacının yapılan işlemlere karşı bu yola başvurarak tazminat elde ettiğini, bu nedenle, söz konusu başvuru yoluyla özel hayatının ihlal edildiğinin tespiti hâlinde yetkili mahkemece başvuru lehine tazminata hükmedilebileceği, davacının açtığı CMK 141 davasının da hâlen devam ettiğini gözeterek başvuruyu kabul edilebilir bulmamıştır. AYM'nin benzer durumdaki kişilerin açtığı CMK 141 davalarından hareketle sonuca ulaşması isabetlidir. Ancak bu yaklaşımın ilkesel olarak ve tutarlı bir şekilde uygulanması gerektiği açıktır.

AYM, *H.Ö.*⁸⁰⁰ kararında ise, hükümlünün mektup ve faks gibi haberleşme araçlarının kullanımının yasaklanması yönünde alınan karardan yakınması üzerine yaptığı incelemede; başvuruçunun haberleşme hürriyetine yönelik müdahalenin sona erdiğini dikkate alarak, CMK 141/3 yolunu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmiştir. AYM'nin söz konusu kararında, benzer ihlal iddiasıyla açılan ve söz konusu yolun başarıyla uygulandığını gösteren somut bir içtihat olmadan karar vermesi oldukça problemlidir. Nitekim AYM'nin

⁷⁹⁹ *M.Y.*, AYM, 2014/7149, 22.11.2017.

⁸⁰⁰ *H.Ö.*, AYM, 2017/34332, 12.12.2018, § 29-43

kararında dikkate aldığı Yargıtay kararları yakından incelendiğinde⁸⁰¹ her iki kararın da bireysel başvuruya konu olayla benzer nitelik taşımayan bozma kararları olduğu görülmektedir. Üstelik Yargıtay, söz konusu bozma kararlarından birinde daha sonra tazminat verilmemesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.⁸⁰²

Bu somut örnek, AYM'nin etkililik değerlendirmesinde dikkate aldığı içtihatların nitelikleri itibarıyla da sorunlu olduğunu göstermektedir. AYM'nin değişme ihtimali bulunan bozma kararlarından hareketle, hukuk yolunun etkililiğine ilişkin belirlemeler yapmasının ne derece isabetli olduğu açıktır. Bu nedenle, hatalı sonuçlara ulaşılmaması için mahkemelerin

⁸⁰¹ Yargıtay 12. C.D., 2018/2990 E., 2018/6506 K., 11.06.2018 T.; Yargıtay 12. C.D., 2017/8495 E., 2018/5987 K., 28.05.2018 T.

⁸⁰² AYM'nin dikkate alarak sonuca vardığı Yargıtay kararı şu şekildedir: “(...)yeterli uzmanlığı bulunmayan bilirkişiye rapor düzenlettirerek, bu raporu esas alıp dava açan Cumhuriyet savcısının eylemlerinden ötürü manevi tazminat isteminde bulunduğu görülmekle, belirtilen davanın 5271 sayılı CMK'nın 141/3 maddesinde düzenlenen hakim ve Cumhuriyet savcısının verdiği karara ve yaptığı işleme dayanılarak açıldığı, 6545 sayılı Kanunun 70. maddesi ile ekli CMK'nın 141/3 maddesinde, 'Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilceği'nin belirtildiği, aynı Kanun'un 86. maddesi ile 5320 sayılı Kanuna eklenen geçici 8. maddesinde ki 'Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce suç soruşturması ve kovuşturması sırasında yapılan her türlü işlem veya alınan karar nedeniyle hâkimler ve Cumhuriyet savcıları hakkında hukuk mahkemelerinde açılan ve hâlen derdest olan tazminat davasına ilişkin dosyalar mahkemesince, Yargıtay incelemesinde bulunan dosyalar ise esaslı incelenmeksizin ilgili dairece yetkili ağır ceza mahkemesine gönderilir. Bu davalar ağır ceza mahkemelerince, Ceza Muhakemesi Kanununun 141 inci ve devamı maddeleri uyarınca Devlet aleyhine yürütülmek suretiyle karara bağlanır.' şeklinde düzenleme dikkate alındığında, CMK'nın 141/3 maddesinde belirtilen hakim ve Cumhuriyet savcılarının karar veya işlemlerine dayalı tazminat davalarının ağır ceza mahkemelerinde karar bağlanacağı hususu gözetilmeden, davanın görev yönünden reddine dair yazılı şekilde hüküm tesisi, Kanuna aykırı olup, ... sair yönleri incelenmeyen hükmün bu sebepten dolayı ... bozulmasına ... karar verildi(...)” Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2018/2990 E., 2018/6506 K., 11.06.2018 T. Söz konusu karar bozulduktan sonra Yargıtay tarafından verilen karar ise şu şekildedir: “(...) Davacı hakkında sesli, yazılı veya görüntülü bir ileti ile hakaret suçundan yürütülen soruşturma kapsamında görevli ... Cumhuriyet savcısının talimatı ile grafoloji hususunda bilgisi bulunmayan sosyal inceleme uzmanına imza incelemesi yaptırılıp, davacının el yazısının, suça konu yazılı belgedeki yazı ile benzer olduğu hususundaki rapora istinaden iddianame ile hakkında kamu davası açılmasına karşın yargılama sırasında iki farklı kurumdaki raporlarla suça konu belgedeki yazının davacının eli ürünü olmadığına anlaşılmaması üzerine davacı hakkında beraat kararı verildiği, yeterli uzmanlığı bulunmayan bilirkişiye rapor düzenlettirerek, bu raporu esas alıp dava açan Cumhuriyet savcısının eylemlerinden ötürü manevi tazminat istemine ilişkin davanın (...) Somut olayda tazminata konu işlem olarak 14/05/2013 tarihli iddianame gösterilmiş olması sebebiyle, tazminat konu işlem yönünden Cumhuriyet savcısının özel kastla hareket edip kişilerin zarara uğramasına neden olduğu sonucuna ulaşamayacağı, belirtilen gerekçe ile davanın reddine dair hükmün sonucu itibarıyla yerinde olduğu anlaşılmakla (...)” karar için bkz. Yargıtay 12. C.D., 2019/9544 E., 2020/958 K., 03.02.2020 T.

görüşlerini kesin olarak ortaya koyduğu nihai nitelikteki kararlardan hareketle sonuca varılması daha doğru olacaktır. Böylelikle, hem tüketme koşulunun ruhuna uygunluk sağlanacak hem de hatalı değerlendirmelerin önüne geçilebilecektir.

Bu sorunlu duruma dikkat çekildikten sonra AYM'nin konuya ilişkin son kararı olan A.Y.⁸⁰³ kararından bahsedilmelidir. Söz konusu kararda başvuru, tutuklu yargılandığı dosyada verilen tahliye kararına rağmen yaklaşık on yedi saat sonra tahliye edilmesinden yakınmıştır. AYM yaptığı incelemede; söz konusu iddianın CMK 141/1-a ve CMK 141/3 hükümleri kapsamında değerlendirilebileceğini, bu nedenle, tazminat yoluna başvurulmadan yapılan başvurunun kabul edilebilir bulunamayacağı sonucuna ulaşmıştır. AYM tarafından söz konusu başvuruda, benzer şekilde; ihlal iddiaları değerlendirilirken herhangi bir şekilde somut içtihat tartışması yürütülmemiş aksine, olumsuz şekilde sonuçlanan bir davadan örnek verilerek söz konusu başvuru yolu etkili görülmüştür. Tazminat verilmediğini gösteren, bu nedenle de hukuk yolunun başarı şansı tanınması bakımından fikir vermeyen bir örneğin, hukuk yolunun etkililik değerlendirilmesinde dikkate alınamayacağı açıktır. Ancak AYM, CMK 141 yolunda bu ısrarına devam etmekte; hem nitelikleri hem de nicelikleri itibarıyla sorunlu Yargıtay bozma kararlarıyla etkililik değerlendirmesi yapmaya devam etmektedir.

AYM'nin çalışma tarihi itibarıyla CMK 141/3 yolunu değerlendirdiği sadece bahsi geçen kararları bulunmaktaysa da söz konusu yolun yapılacak bireysel başvurularda ileride sıklıkla kendisinden söz ettireceği söylenebilir. Zira AYM, CMK 141/3'te belirtilen tazminat nedeninin kapsamını geniş algılama ve gündeme geldiği durumlarda, somut içtihatların olup olmadığını tartışmadan, etkili görme yönünde özel bir eğilime sahiptir.

CMK 141/3 düzenlemesinin “torba” tazminat nedeni niteliğinde olduğu dikkate alındığında; AYM tarafından, suç soruşturması ve kovuşturması sırasındaki hâkim ve savcılarının her türlü işlem veya kararları nedeniyle yapılan bireysel başvurularda, başvuru yolunu etkili ve tüketilmesi gerekli bir yol olarak kabul edebileceği söylenebilir. Bu bağlamda örneğin AYM tarafından, “*iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK 135)*”, “*gizli soruşturmacı (CMK 139)*” ve “*teknik araçlarla izleme (CMK 140)*” tedbirlerinin haksız yere uygulandığı iddialarıyla yapılacak başvurularda, başvuru yolunda tazminat elde edilebildiğini gösteren

⁸⁰³ A.A., AYM, 2016/59578, 12.02.2020, § 33-41.

herhangi başarılı bir örnek olmadan, CMK 141/3 yolu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilebilecektir.

CMK 141/3 yolunun bu yönüyle bireysel başvuru mekanizması bakımından giderek önemi artan bir hukuk yolu olacağı şimdiden söylenebilir. Ancak burada ayrıca, CMK 141/3 yolunun usulüne uygun olarak tüketilmesine rağmen, AYM önüne taşınacak bazı iddialar bakımından, “konu bakımından yetkisizlik” sorunuyla karşılaşma ihtimalinin de bulunduğu belirtilmelidir.

Örneğin, haksız olarak yakalama emrinin çıkarıldığı ancak henüz yakalamamanın infaz edilmediği durumlarda CMK 141/3 kapsamında tazminat talep edilebilecektir. Yine uygulamada uzun süreler uygulanmasında hiçbir mahsur görülmeyen yurtdışına çıkış yasağı veya imza atma şeklindeki adli kontrol tedbirleri nedeniyle de madde kapsamında tazminat talep edilebileceği açıktır. Ancak başvuru sahiplerinin söz konusu iddialar bakımından CMK 141/3 yolunu usulüne uygun olarak tüketmeleri, iddialarının esasının AYM tarafından inceleneceği anlamına gelmeyebilir. Bunun temel nedeni, AYM’nin söz konusu iddiaları, kategorik bir yaklaşımla, “ortak koruma alanı” içerisinde bulunmayan seyahat özgürlüğü kapsamında görmesidir.⁸⁰⁴

Ancak söz konusu iddiaların yalnızca seyahat özgürlüğü bağlamında değerlendirilmemesi gerektiği önemle belirtilmelidir. Nitekim İHAM, kişinin serbest dolaşımının, özellikle sınırların aşılmasının, özel yaşamı geliştirme hakkı bakımından önem arz ettiğini; bu nedenle, serbest dolaşıma yönelik yasaklamaların ölçüsüz olarak uygulanması durumunda, özel hayata saygı

⁸⁰⁴ AYM, yakalama emirlerinin henüz infaz edilmediği dönemde, yakalama emirlerinin temel hak ve hürriyetlere yönelik bazı etkileri bulunsun da henüz kişilerin fiziksel özgürlükleri maddi olarak kısıtlanmamış olduğundan söz konusu etkilerin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Aynı durum infaz edilmemiş tutuklamaya yönelik yakalama kararları için de geçerlidir. Yine AYM, yurtdışı çıkış yasağını da seyahat özgürlüğü bağlamında kategorik olarak değerlendirerek konu bakımından yetkisizlik kararı vermektedir. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Galip Ögüt*, AYM, 2014/5863, 01.03.2017, § 41; *İbrahim Tokgöz*, AYM, 2014/1081, 18.04.2018, § 26; *Ali Ekber Sultan*, AYM, 2015/8079, 19.02.2019, § 19; *Sebahat Tuncel*, AYM, 2012/1051, 20.02.2014, § 41-55. Burada seyahat özgürlüğü hakkı ile özgürlük ve güvenlik hakkı arasındaki farka da dikkat çekilmesinde yarar bulunmaktadır. Söz konusu haklar bakımından, kişinin hareket özgürlüğüne getirilen sınırlama bakımından derece olarak yoğunluk farkı bulunmaktadır. Getirilen sınırlama, kişinin hareket özgürlüğünü ortadan kaldırmıyorsa özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik bir müdahaleden söz edilirken; tamamen ortadan kaldırmadığı ancak sınırladığı durumlarda ise seyahat özgürlüğü hakkına yönelik bir müdahaleden söz edilecektir. Her iki hak arasındaki farklara ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.50-54.

hakkının ihlal edilebileceğini düşünmektedir.⁸⁰⁵ İHAM'ın pasaportlarına el konulan başvuruçular bakımından yaptığı bu yorum, benzer şekilde, keyfi olarak hakkında yurtdışı çıkış yasağı uygulanan kişiler veya uzun yıllar boyunca imza atmak zorunda kalan kişiler bakımından da yapılabilecektir. Zira bu durumlarda da kişilerin serbest dolaşımları ölçsüz bir şekilde engellenmektedir.

Sonuç olarak; başvuruçular şayet CMK 141/3 yolunu söz konusu iddialar bakımından tüketeceklerse, bu sorunlu alanı da dikkate alarak, bahsi geçen iddialarını özel yaşama saygı hakkı bağlamında somutlaştırmalıdır. Ancak AYM'nin de bu iddiaları kategorik olarak yalnızca “seyahat özgürlüğü” bağlamında değerlendirmemesi; bazı durumlarda, İHAM'ın yaptığı yorumları da dikkate alarak, özel hayata saygı hakkına yönelik bir müdahalenin de söz konusu olabileceğini değerlendirmesi gerekmektedir. Böylesi bir yorumun yapılması durumunda, konu bakımından yetkisizlik sorunuyla karşılaşılacaktır.

Son olarak; sıklıkla gündeme gelmesi itibarıyla önem arz eden, temel hak ve özgürlüklerin siyasi amaçlarla sınırlandırıldığı iddialarıyla CMK 141/3 yolu arasındaki ilişkinin açığa çıkarılması faydalı olabilir.

Sözleşme'de veya Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin, Sözleşme'nin ve Anayasa'nın ruhuna aykırı olarak, “yargı tacizi” ile sınırlandırıldığı durumlarda, CMK 141/3 kapsamında tazminat talep edilebileceği açıktır. Zira söz konusu durumlarda, temel hak ve özgürlükler sınırlandırılırken temel gerekçe siyasi nedenler olmakta ve hukuk, gizli amaçlara ulaşmak adına, araç olarak kullanılmaktadır. Böylesi bir durumda, CMK 141/3 kapsamında karar veya işlemlerin “özel kasta” dayandığı iddia edilerek hem söz konusu iddiaların tespiti sağlanabilecek hem de oluşan zararların tazmini sağlanabilecektir. Bu durum, temel hak ve özgürlüklerin siyasi amaçlarla sınırlandırıldığı iddiaları bakımından CMK

⁸⁰⁵ Örneğin İHAM'ın *Paşaoğlu/Türkiye* ve *İletmiş/Türkiye* kararlarında, pasaportlarına el konulan başvuruçular bakımından Mahkeme yaptığı incelemelerde, seyahat özgürlüğü hakkı ile özel yaşama saygı hakkı arasında sıkı bir ilişkinin bulunduğu dikkat çekmiş ve kişinin serbest dolaşımının, özellikle sınırların aşılmasının, özel yaşamı geliştirme hakkı bakımından önem arz ettiğini bu nedenle, yasaklamanın ölçsüz olarak uygulanması durumunda Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. İHAM'ın bu yönde getirdiği yorumun, benzer şekilde, yurtdışı çıkış yasaklarının keyfi olarak uzatıldığı veya imza atma şeklindeki adli kontrol tedbirlerinin uzun yıllar boyunca uygulandığı durumlarda da uygulanabilir nitelikte olduğu söylenebilir. Kararlar için bkz. *Paşaoğlu/Türkiye*, İHAM, 8932/03, 08.07.2008, § 38-48; *İletmiş/Türkiye*, İHAM, 29871/96, 06.12.2005, § 42-50. Bu yönde detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.53-54.

141/3 yolunun etkili bir hukuk yolu olup olmayacağı ve bu doğrultuda, tüketilmesinin gerekip gerekmediği sorusunun cevaplanmasını zorunlu kılmaktadır. Zira söz konusu hukuk yolu etkili bir hukuk yolu olarak kabul edildiği takdirde; bu yola başvuru yapılmadan İHAM ve AYM'ye bireysel başvuru yapılması durumunda, iddiaların esasının incelenememesi sorunu gündeme gelecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, temel hak ve özgürlüklerin Sözleşme'de veya Anayasa'da belirtilen güvencelere aykırı olarak siyasi amaçlarla sınırlandırılması durumunda, ilgili hak ve özgürlüğün yanında, Sözleşme'nin 18. maddesi ile Anayasa'nın 13. maddesinin ihlali gündeme gelecektir.⁸⁰⁶ Siyasi amaçlı sınırlandırmanın hem Sözleşme hem de Anayasa'yla yasaklanmış olması nedeniyle, "ortak koruma alanı" içerisinde bulunduğu açık olup konu bakımından yetkisizlik sorunu yaşanmayacağı söylenmelidir. Nitekim AYM'de söz konusu iddiaları Anayasa md.13 kapsamında değerlendirmektedir.⁸⁰⁷

⁸⁰⁶ Sözleşme'nin 18. maddesi, Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin Sözleşme'de öngörülen sınırlama sebeplerinin dışında başkaca amaçlarla sınırlandırılmasını yasaklamaktadır. Söz konusu düzenleme, Sözleşme veya Sözleşme'ye Ek Protokollerde düzenlenen haklarla birlikte ileri sürüldüğünde uygulama alanı bulmaktadır. Bu kapsamda bahsi geçen düzenleme sıklıkla Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında siyasi amaçla gerçekleştirilen tutuklamalarla gündeme gelmekteyse de özel hayata saygı hakkı veya mülkiyet hakkı kapsamında da hakkın ihlali gündeme gelebilmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Tolga Şirin, "Politik Amaçlı Tutuklama Yasağı İHAS md.18 ve Anayasa Şikâyeti", **Güncel Hukuk Dergisi**, 2016 Nisan, s.52-54; Benan Molu, **Siyasi Amaçlı Tutuklama Yasağı Çerçevesinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 18. Maddesinin Kapsamı, Uygulanması ve 18. Madde İhlali Kararlarının Sonuçları**, İstanbul: On İki Levha Yay., 2019, s.23 vd.

⁸⁰⁷ AYM'ye, siyasi amaçla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırıldığı iddialarıyla çok sayıda başvuru yapılmaktaysa da Mahkemenin henüz konuya ilişkin ihlal bulduğu bir kararı bulunmamaktadır. AYM'nin bu konudaki kararları incelendiğinde; Mahkemenin bu iddiaları ayrıca değerlendirmekten kaçındığı ve bu konuda detaylı bir inceleme yapmaktan imtina ettiği görülmektedir. AYM'nin bu yöndeki tutumu, söz konusu iddialar bakımından AYM'ye bireysel başvuru yolunun etkililiğini tartışmaya açmaktadır. Zira AYM'ye bu konuda yapılan başvurularda, her ne kadar ciddi ve somut belirtiler ileri sürülse de, Mahkeme tarafından bu konuda tespitler yapılmaktan kaçınılmakta ve her defasında başvurular, matbu cümlelerle reddedilmektedir. Bu yöndeki yaklaşım, bireysel başvuru yolunun, başvurularda makul bir başarı şansı tanımadığını göstermektedir. Üstelik AYM'ye çok sayıda başvuru olmasına ve bu konuda ciddi ve somut belirtilerin başvurulardan tarafından ileri sürülmesine rağmen "somut içtihatların" oluşmaması, AYM'ye bireysel başvuru yolunun söz konusu iddialar bakımından etkili olmadığını göstermektedir. İHAM tarafından her ne kadar *Hasan Uzun/Türkiye* kararıyla, ilkesel olarak, AYM'ye bireysel başvuru yolu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmişse de; söz konusu iddialar özelinde, sorunlu alanların fark edilerek, bu konuda AYM'ye bireysel başvuru yolunun etkili olup olmadığının ayrıca tartışılması gerekmektedir. Nitekim AYM tarafından bu konuda ihlal bulunmadığı hâlde, İHAM tarafından verilen ihlal kararlarının sayısının artması gerçekten de bu yolun etkililiğinin tartışılması gerektiğini göstermektedir. Bu yöndeki ihlal kararların artması, bireysel başvuru

Bu belirlemeden sonra, CMK 141/3 yolunun söz konusu iddialar bakımından etkililiği değerlendirilecek olursa; hukuk yolunun, yalnızca ihlalin tespiti ve tazminat imkânı sağlaması nedeniyle, temel hak ve özgürlüğün siyasi amaçla sınırlandırılmasına devam edildiği durumlarda, etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Zira ihlalin devam ettiği durumlarda etkili bir hukuk yolu, ihlali sona erdirmeye imkânı sağlamak zorundadır. Ancak CMK 141/3 yolu, ihlale son verecek nitelikte olmayıp yalnızca ihlalin tespitine ve tazminata imkân sağlamaktadır. Bu nedenle, söz konusu iddialar bakımından etkililik tartışmasının ancak siyasi amaçlı sınırlamanın sona erdiği durumlarda gündeme geleceği açıktır.

Siyasi amaçla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına son verilmesi durumunda, hak ihlalinin tespiti ile oluşan zararların tazmin edilmesine imkân tanıyan bir hukuk yolunun etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilebileceği ileri sürülebilir. Ancak bu çıkarımın doğru olabilmesi için hukuk yolunun yalnızca teoride değil, pratikte de etkili olması gerekmektedir. Şüphesiz hukuk yolunun pratikte de var olup olmadığı, somut içtihatların varlığıyla ortaya konulabilir.

Bu açıklamalardan hareketle; *siyasi amaçlarla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırıldığı iddiaları bakımından, sınırlama sona erse dahi, CMK 141/3 yolunun etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilemeyeceği* sonucuna ulaşılabacaktır. Bunun en az iki nedeni bulunmaktadır:

Birincisi, CMK 141/3 yolunun siyasi amaçlarla temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan herhangi bir kişi bakımından uygulama alanı bularak, ihlalin tespiti ile tazminat sağlandığını gösteren tek bir başarılı örneği bulunmamaktadır. İleri sürülen iddialar bakımından, somut içtihatların bulunmadığı bir hukuk yolunun bireysel başvuru mekanizması bakımından etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

İkincisi, CMK 141/3 yolu ileri sürülen iddialar bakımından gerçekçilikten uzak kalmaktadır. Bundan kasıt, hukuk yolunun teorik olarak sağladığı imkânların uygulamada hayat bulma şansının olmamasıdır. Bu anlatım bir örnekle somutlaştırılacak olursa; siyasi amaçlı tutuklanan bir gazetecinin veya siyasetçinin, uygulanan tedbir sona erse dahi, açacağı CMK 141/3 davasında, ağır ceza mahkemesi tarafından haksızlığın tespitinin yapılması imkânsızdır.

yolunu açıkça etkili olmaktan çıkaracaktır. AYM'nin konuya ilişkin yaklaşımı ve ilgili kararları için ayrıca bkz. Molu, s.87-95 ve Dip.270-275'de yer alan kararlar.

Bunun temel nedeni, CMK 141/3 yolunun öngördüğü imkânların, “kapalı devre” işleyen bir sistem içerisinde sağlanmasının mümkün olmamasıdır. Özellikle tazminat konusunda değerlendirme yapacak ağır ceza mahkemesinin, temel hak ve özgürlüğün “özel kastla” sınırlandırıldığı şeklinde bir tespit yapmaktan kaçınacağı, bu nedenle de ihlalin sonuçlarının gerçek anlamda ortadan kaldırılmasının önüne geçileceği açıktır.

Burada hukuk yoluna ilişkin yürütülecek etkililik tartışmasında başvuru yolunun işlediği genel yasal ve politik durumun da ayrıca dikkatle değerlendirilmesi gerektiği söylenmelidir. Örneğin siyasi amaçla tutuklanan bir gazetecinin, müdahale sona erse dahi, aynı politik durumun devam ettiği bir ortamda, CMK 141/3 yoluna başvurarak tazminat talep etmesini beklemek anlamsızdır. Zira başvuruçunun siyasi amaçla tutuklanmasına neden olan politik bağlam varlığını koruduğundan, bu yola başvurulmasıyla bir fayda elde edilemeyeceği açıktır. Bu nedenle de CMK 141/3 yolunun ancak politik durumun değiştiği ve müdahalenin sona erdiği bir ortamda etkililiğinin tartışılabilirliği söylenmelidir. Böylesi bir durumda dahi, somut içtihatların olmadığı gözetilerek, müdahale sona ermiş olsa dahi, CMK 141/3 yolunun tüketilmesi beklenmemelidir.

Bu tartışmaya özellikle dikkat çekilmesinin temel nedeni; AYM’nin hukuk yollarının etkililiğini değerlendirirken yalnızca teorik düzenlemelerden hareketle sonuca ulaşmasıdır. Oysa yukarıda ortaya konulduğu üzere; etkililik değerlendirmesinin yalnızca teorik düzenlemeye hapsedilerek neticelendirilmesi, hatalı ve uygulamada gerçekçi olmayan sonuçlara götürmektedir. CMK 141/3 yolu, bu sorunlu alanın somut bir örneğidir. Bu nedenle, yalnızca teorik düzenlemelerden hareketle sonuca ulaşılmayarak; pratikte somut içtihatların olup olmadığının tartışılması ve hukuk yolunun işlediği genel yasal ve politik durumun da dikkate alınması önem arz edecektir. Aksi durumda, bireysel başvuru mekanizması anlamsızlaşacağı gibi başvuruçuların yaşadığı mağduriyetlerin derinleştirilmesine neden olunacaktır.

E. MAHKEMELERİN YAKLAŞIMLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Bir kanun yolunun “etkili bir hukuk yolu” olarak nitelendirilebilmesi için; “*erişilebilir*”, “*yeterli*”, “*etkili*” ve “*makul ölçüde bir başarı şansı sunma*” kriterlerini karşılaması gerekmektedir. Ancak söz konusu kriterlere uygunluğun yalnızca teorik düzlemde kalmaması, bunun yanında, pratikte de bu ilkelerin görünür olması şarttır. Nitekim söz konusu kriterlere uygunluğun pratikte sağlandığının tespiti için; aynı veya benzer durumdaki kişiler bakımından,

başvuru yolunun başarıyla uygulanıp sonuçlandığına dair somut içtihatlardan yararlanılmaktadır.⁸⁰⁸

CMK 141 yolu bu bağlamda ele alındığında; bazı tazminat nedenleri bakımından, Yargıtay'ın görüşlerini ortaya koyduğu, böylelikle, tazminat yollarının belirginlik kazanarak pratikte de var oldukları görülmektedir. Ancak bu olumlu durum, ne yazık ki, tüm tazminat nedenleri bakımından geçerli değildir. CMK 141 yoluna ilişkin somut içtihatların bulunduğu durumlar, tazminat nedeninin bir yorum veya araştırma faaliyeti gerektirmediği durumlarda söz konusu olmaktadır. Tazminat nedeninin araştırmayı ve yorum faaliyetini kademeli olarak gerektirdiği durumlarda ise somut içtihatlar giderek azalmakta veya bulunmamaktadır. Bu sorunun daha iyi anlaşılabilmesi için üç farklı örnek üzerinden anlatıma devam edilmesinde yarar bulunmaktadır.

İlk örnek olarak CMK 141/1-e yolu ele alınabilir. Söz konusu başvuru yolunun tazminata hak kazanılabilmesi için yalnızca beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın verilmesini yeterli olarak görmesi nedeniyle, bir yorum faaliyetini gerektirmediği aşikârdır. Nitekim tazminat nedeninin bu yönde olması, yoğun bir pratiği beraberinde getirmiştir. Ancak bu olumlu durum, başvuru yolunun bireysel başvuru mekanizması bakımından etkili kabul edilmesini sağlamamaktadır. Zira haksız yere bir tedbire maruz kaldığını iddia eden kimse bakımından yeterli giderim, ihlalin tespitiyle mümkün olmaktadır. Oysa CMK 141/1-e yolunda, haksız yere yakalandığını veya tutuklandığı iddia eden kimse bakımından ihlalin tespitine imkân tanınmamakta; yalnızca kişi hakkında beraat/kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilip verilmediği odak noktasına alınmaktadır. Görüldüğü üzere, CMK 141 yoluna ilişkin yoğun pratiğin olduğu durumlar, yalnızca, bireysel başvuru mekanizması bakımından önem taşıyamayacak yollar bakımından gündeme gelmektedir.

İkinci örnek olarak tazminat nedenlerinin, CMK 141/1-e'den farklı olarak, daha az yorum faaliyeti gerektirdiği durumlar gösterilebilir. Örneğin; kanuni hakların hatırlatılmaması/hatırlatılan haklardan faydalanma isteklerinin yerine getirilmemesi (CMK 141/1-c) veya yakalamanın/tutuklamanın yakınlarına bildirilmemesi (CMK 141/1-h) ya da yakalama/tutuklama nedenleri ve hakkındaki suçlamaların açıklanmaması (CMK 141/1-g)

⁸⁰⁸ Etkili bir hukuk yoluna ilişkin ölçütler ile “somut içtihat” kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, “Tüketilmesi Gerekli Kanun Yolunun Nitelikleri” Başlığı.

şeklindeki tazminat nedenleri bakımından yapılacak yorum faaliyeti azdır. Bu nedenle, bahsi geçen yolların, yeterli bir yargısal pratiğin bulunması durumunda, etkili olarak kabul edilebileceği ileri sürülebilir. Ancak bahsi geçen nedenler bakımından dahi, tazminat nedenlerinin belirginlik kazandığını gösteren yeterli bir yargısal pratik yoktur. Bu durum bireysel başvuru mekanizması bakımından dikkate alınacak söz konusu yolların etkililiğine şüpheyile yaklaşılmasına neden olmaktadır.

Üçüncü örnek olarak ise CMK 141/1-a ve CMK 141/1-k yolları değerlendirmeye alınabilir. Her iki tazminat nedeninin Sözleşme md.5/1-c ve 5/4 düzenlemelerine aykırılık durumlarını tespit ve tazminata konu etme hedefinde olduğu dikkate alındığında, oldukça önemli bir rol üstlendikleri açıktır. Tazminat nedenlerinin, Sözleşme düzenlemesi de dikkate alınarak Anayasa ve CMK düzenlemelerinden hareketle yoğun bir yorum faaliyeti gerektirmesine rağmen, başarılı pratiklerine rastlamak mümkün değildir. Örneğin CMK 141/1-k yolu uygulama alanı bulduğu 2013 yılından bu yana, somut bir olayda başarıyla uygulanarak sonuçlanmış bir yol değildir. Yine kuvvetli suç şüphesi olmadan tutuklama tedbirine başvurulması nedeniyle, CMK 141/1-a yolunun uygulandığı ve bu yolun başarıya ulaştığına dair herhangi bir örneğe rastlamak mümkün değildir. Bu olumsuz örnekler, neredeyse yorum faaliyeti gerektiren her somut olayda çoğaltılarak arttırılabilmektedir. Ancak genel olarak, uygulanan tedbirlerin hukuki olmadığının iddia edildiği tüm örneklerde, özellikle tedbir sona ermesine rağmen asıl dava devam etmekteyse, bu yolların başarıyla uygulanarak sonuçlandığına dair somut içtihatlar rastlamak hayale dönüşmektedir.

Yapılan bu tespitlerin birkaç farklı sonuca götürmesi gerektiği söylenmelidir:

Varılması gereken temel sonuç, CMK 141 yolunun, yorum gerektiren tazminat nedenleri bakımından, etkili bir hukuk yolu niteliğinde olamayacağıdır. Zira CMK 141 yolunun, söz konusu durumlarda, pratikte etkili olduğunu gösteren somut içtihatlar bulunmamaktadır.

Varılması gereken diğer bir sonuç ise, CMK 141 yolunun etkili bir hukuk yolu olup olmadığı değerlendirilirken tümünden bir yaklaşımın yürütülmemesi gerektiğidir. Gerçekten de CMK 141 yolunda somut içtihatların olup olmadığı veya bunlar niceliği, her bir tazminata konu durum bakımından farklılaşmaktadır. Bu nedenle, bir hukuk yoluna ilişkin olan içtihatların, diğer hukuk yollarının etkililiği değerlendirilirken dikkate alınması hatalı sonuçlara götürebilecektir.

Son sonuç ise tazminat yollarının etkili olup olmadığı değerlendirilirken, içtihatların sayısal niceliğinin de yeterli olup olmadığının tartışılması gerektiğidir. Gerçekten de birinci bölümde ortaya konulduğu üzere, somut içtihatların sayısal niceliği hukuk yollarının etkililik değerlendirilmesinde önem arz etmektedir. Bu husus, CMK 141 kapsamında daha az yorum faaliyeti gerektiren tazminat nedenleri bakımından ayrıca önem kazanmaktadır. Zira özellikle bu durumlarda, “etkili bir hukuk yolu” kabulü için gerekli olan yeterli yargısal pratiğin olup olmadığı şüphelidir. Bu nedenle, böylesi durumlarda somut içtihatların niceliği de ayrıca tartışılmalıdır.

Varılan bu sonuçlar göz önüne alınarak CMK 141 yolunun somut başvurularda etkili bir hukuk yolu olup olmadığının tespit edilmesi isabetli olacaktır. CMK 141 yolunun onarıcı nitelikte bir hukuk yolu olmaya aday olduğu dikkate alındığında; aksi yöndeki yaklaşımlar, yeni sorunlara gebe olabilecek ve başvuru sahiplerinin maruz kaldıkları haksızlıkların derinleştirilmesine neden olabilecektir.

Nitekim bu çıkarımların AYM ve İHAM cephesinde kısmen karşılığı olduğu söylenebilir. Zira her iki mahkemenin de CMK 141 yolunu, somut içtihatların olmadığının farkında olarak, etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmediği durumlar mevcuttur. Ancak AYM’nin bu yöndeki tutumunu değiştirme ihtimali İHAM’a nazaran çok daha kolaydır. Bunun temel nedeni AYM’nin, CMK 141 yolunu, tümünden bir yaklaşımla her durumda etkili kabul etme yönündeki eğilimidir. AYM’nin B.T.⁸⁰⁹ kararı sonrasında içtihadında yaşanan gelişim ve özellikle CMK 141/1-k yoluna ilişkin verdiği kararlarında, somut içtihatlarının olmadığını belirtmesine rağmen; başvuru yolunu, bazı başvurularda etkili ve tüketilmesi gerekli bir yol olarak kabul etmesi bu eğilimini ortaya koymaktadır. Üstelik aradan geçen uzun zamana ve AYM’nin ısrarlı yönlendirmesine rağmen CMK 141 yolunda hâlen somut içtihatların oluşmaması, Mahkemenin fikrini değiştirmesine neden olmamaktadır.⁸¹⁰

⁸⁰⁹ B.T., AYM, § 51-60.

⁸¹⁰ *Gemalmaz*’ın dikkat çektiği üzere; AYM, uzun tutuklama dışındaki hemen her tür koruma tedbirinden kaynaklanan kararlarında, Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin tek bir kararına dayanmaktadır. Yazara göre, AYM’nin her bir koruma tedbiri bakımından yalnızca bir Yargıtay kararına atıf yapması, tazminat davası yolunun etkililiğini göstermeye sayısal açıdan yeterli değildir. Üstelik AYM tarafından, bazı tedbirler bakımından hiçbir Yargıtay kararının gösterilememesi muhakeme metodolojisinin yetersizliğini açıkça göstermektedir. Bunun yanında yazara göre, AYM tarafından, etkililik ilkesi de gözetilerek, daha çok sayıda aynı yönde Yargıtay kararına dayanılması gerekmektedir. Zira AYM tarafından belirtilmeyen

AYM'nin CMK 141 yolunu tümden "etkili bir hukuk yolu" olarak kabul etmesi yeni sorunlara da neden olmaktadır. Zira bu yaklaşımla nedeniyle, tedbirlerin haksız olarak uygulanması sonucunda yaşanan mağduriyetlerin tespiti ve onarılması başarılı ve yeterli olup olmayacağı belirsiz bir hukuk yoluna bırakılmaktadır. Bu nedenle, ihlallerin yeteri oranda ve zamanında giderilmesi geciktirildiği gibi, CMK 141 yargılamasında ortaya çıkan sorunlar nedeniyle, yeni hak ihlallerinin ön açılmaktadır.

Üstelik AYM'nin hayali başvuru yollarını etkili bir hukuk yolu hâline getirme gibi temel bir görevi olmadığı dikkate alındığında; bu yaklaşımın, Mahkemenin insan haklarını koruma yönündeki temel görevi ve misyonuna zarar verdiği açıktır. Bu nedenle, AYM'nin CMK 141 yolunda somut içtihatlarından hareketle sonuca ulaşması hem tüketme koşulunun ruhuna uygunluk hem de yaşanan mağduriyetlerin giderilmesi bakımından oldukça önemli olacaktır.

AYM'nin bu yöndeki yaklaşımlarına İHAM'ın kayıtsız kalamayacağı açıktır. Nitekim daha öncesinde bahsedildiği üzere İHAM, yakalama ve gözaltına alma nedenlerine bağılı olarak CMK 141/1-a yolunu değerlendirirken; açık bir şekilde, AYM'nin görüşünden hareketle sonuca ulaştığını belirtmektedir. Ancak yine de İHAM'ın, AYM'ye nazaran, CMK 141 yoluna ilişkin yaklaşımında ihtiyatlı davrandığı söylenebilir.⁸¹¹ Nitekim İHAM'ın Sözleşme'nin 5/4 düzenlemesine ilişkin ihlal iddiaları bakımından, CMK 141 yolunu, uygulamada söz konusu yolun başarıyla uygulanarak sonuçlandığına dair herhangi bir örneğin olmadığı gerekçesiyle, etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmemesi bu yöndeki yaklaşımını göstermektedir. Ancak yine de İHAM'ın, AYM'ye rağmen, ulaştığı bu görüşü ne kadar süreyle koruyabileceği şüphelidir. Zira İHAM'ın aksi yöndeki ulaşacağı sonuçlar, AYM'nin CMK 141 yolunu etkili kılma yönündeki isteğini boş çıkartacaktır.

Üstelik İHAM, somut içtihatlarından hareketle belirleme yapma yönündeki tutumunu CMK 141 yolunda ilkesel olarak uygulamamakta; bazı durumlarda, somut içtihat tartışması yürütmeden de sonuca ulaşabilmektedir. Bu yöndeki yaklaşımının benzer yönde yeni sorunlara

ancak tazminat verilmemesi gerektiği sonucuna varılan kararlar mevcut olabilecektir. Bu nedenle, koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin sadece bir veya iki kararın olması istikrarlı bir içtihadi eğilimin varlığını göstermeye yeterli değildir. Detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Gemalmaz, "Özgürlükten Yoksun Bırakma ve Malvarlığı Değerlerine El Koyma Tedbirlerinin Doğurduğu Sorunlarda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunun Kullanılması Şartı Olarak Tazminat Davası Açma Zorunluluğu Aranmasının Yerindeliği", **Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan**, s.594-596.

⁸¹¹ Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, s.264.

neden olacağı açıktır. Bu nedenle, İHAM'ın da başvuruçuları “oyalanma” yoluna itmemesi ve CMK 141 perdesini aralayarak somut içtihat tartışmasını ısrarlı bir şekilde yürütmesi isabetli olacaktır. Böylelikle tüketme koşuluna ilişkin gösterilen şekilci ve katı yaklaşımların önüne de geçilebilecektir.

Sonuç olarak; CMK 141 yoluna ilişkin mahkemelerin içtihatlarında sürekli olarak gelişmelerin yaşanacağı açıktır. Bunun temel nedeni, CMK 141 yolunun hâlen gelişmekte olmasından kaynaklanmaktadır. Doğaldır ki bu durum, CMK 141 yolunda somut içtihat tartışmasının yürütülmesini oldukça önemli bir hâle getirmektedir. Bu nedenle mahkemelerin, CMK 141 yolunu gelişmekte olan bir hukuk yolu olarak görmeleri ve somut içtihat tartışması neticesinde sonuca ulaşmaları tüm bu olumsuz sonuçları engelleyebilecektir.

IV. TEORİ VE UYGULAMADAKİ SORUNLU ALANLAR

CMK 141’de yer alan hukuk yoluna ilişkin birkaç farklı sorunun ayrıca izah edilmesinde yarar bulunmaktadır.

A. DAVA AÇMA SÜRESİNİN BAŞLANGICI VE KESİNLEŞME ŞARTINA İLİŞKİN SORUNLAR

CMK 141’e bağlı açılacak tazminat davalarında, davanın açılabileceği süreyi düzenleyen CMK 142/1’e göre;

“Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir.”

Söz konusu düzenleme, CMK 141’de yer alan hukuk yolunun somut olayın koşullarında etkili bir hukuk yolu niteliğinde olup olamayacağını doğrudan etkileyen bir düzenlemedir. Düzenlemenin böylesi bir öneme sahip olmasına rağmen yeteri açıklıkta olup olmadığı büyük bir muammadır. Aşağıda da izah edileceği üzere, CMK 142/1 düzenlemesi bazı durumlara cevap vermekte yetersizdir.

CMK 142/1 düzenlemesi incelendiğinde dava açma süresine ilişkin iki farklı sürenin belirlenmiş olduğu görülmektedir. Bunlar: üç aylık ve bir yıllık sürelerdir. Kısa olan üç aylık dava açma süresi, karar veya hükmün kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren

başlamaktadır.⁸¹² Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğ edilmediği durumlarda ise bir yıllık üst süre sınırı devreye girmektedir.⁸¹³ Bu durumda, davanın her hâlükârda karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde açılması gerekmektedir.⁸¹⁴ Öğretide

⁸¹² Onur Tatar, **Haksız Yakalama ve Tutuklamadan Doğan Tazminat Davaları**, Ankara: TBB Yay., 2012, s.25

⁸¹³ 466 sayılı Kanun kapsamında, davanın açılabilmesi için yalnızca 3 aylık süre öngörülmüş olup davanın açılması için herhangi bir üst süre sınırı belirlenmemiştir. Ancak Yargıtay uygulamasında tazminat davasının açılabilmesi için beraat veya kovuşturmayla yer olmadığına dair kararın kesinleşme tarihinden itibaren her hâlükârda 10 yıl içinde tazminat davasının açılması aranılmaktadır. Bu yönde Yargıtay kararları için ayrıca bkz. YCGK, 2014/141 E., 2014/229 K., 06.05.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2017/4598 E., 2018/4379 K., 16.04.2018 T. 466 Sayılı Kanun’a göre açılacak tazminat davasının üst süre sınırına ilişkin yaşanan sorunlar AYM önüne de taşınmıştır. AYM’nin, *Sülhattin Bozdemir* kararında, başvuru, haksız tutuklanma nedeniyle açılacak tazminat davaları için 466 sayılı Kanun’da azami dava açma süresi öngörülmediği hâlde mevzuatın hatalı yorumlanması sonucu açılan tazminat davasının süre aşımı nedeniyle reddedildiğini belirterek anayasal haklarının ihlalden yakınıştır. AYM tarafından yapılan incelemede, tazminat davasının başvuru hakkında verilen beraat kararının kesinleşmesinden on beş yıl sonra açıldığı, derece mahkemelerince hukuki belirlilik ve hukuk güvenliği ilkelerine uygun olarak değerlendirme yapıldığı ve ulaşılan sonucun dava açmayı imkânsız kılacak nitelikte aşırı şekilci bir yaklaşımdan kaynaklanmadığı, belirtilen kanun hükümlerine önceden öngörülmeyecek şekilde olağanın dışında bir anlam vermek suretiyle sonuca ulaşıldığına dair bir uygulama olarak da değerlendirilmemesi nedeniyle, başvurunun mahkemeye erişim hakkının özüne zarar verecek nitelikte bir sınırlama bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Sülhattin Bozdemir*, AYM, 2014/12288, 21/9/2016, § 19-46. Benzer yönde CMK 141 yoluna başvuru için öngörülen bir yıllık üst süre sınırı, mahkemeye erişim hakkı bağlamında, AYM önüne de taşınmıştır. Söz konusu karardaki olayda, başvuru beraat etmiş ancak hakkında verilen beraat kararı savcı tarafından temyiz edilmesi nedeniyle kesinleşmemiştir. Savcılık tarafından sonraki bir tarihte yapılan temyiz başvurusundan feragat edilmiş ve Yargıtay tarafından da incelenmesine yer olmadığına dair karar verilmiştir. Ancak söz konusu Yargıtay kararı başvurucuya tebliğ edilmemiştir. Yerel mahkemece 18.01.2012 tarihinde, başvuru hakkındaki beraat hükmünün 01.12.2011 tarihi itibarıyla kesinleştiğine dair kesinleşme şerhi düzenlenmiştir. Başvuru tarafından 14.01.2014 tarihinde açılan CMK 141 davasında dosyanın temyiz incelemesi aşamasında olduğunun zannedildiği, dosyanın akıbeti hakkında bilgi talep edilmesiyle feragatin öğrenildiği belirtilmişse de dava süre koşulu nedeniyle reddedilmiş ve karar AYM önüne taşınmıştır. AYM yaptığı incelemede, her ne kadar başvurunun savcının aleyhe temyiz talebinden vazgeçtiğinden bilgisi olduğuna ya da Yargıtay kararının başvurucuya tebliğ edildiğine dair herhangi bir bilgi ve belge bulunmasa da Mahkeme tarafından düzenlenen kesinleşme şerhine 18.01.2012 tarihinden itibaren UYAP üzerinden ulaşılacağı, başvurunun dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni gösterme yükümlülüğüne aykırı davrandığı sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Şahin Demir*, AYM, 2016/50524, 26.12.2018, § 21-28.

⁸¹⁴ Madde gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmektedir: “*Maddenin birinci fıkrasına göre, tazminat davasının açılması, ilgili kişi hakkındaki kararın veya hükmün kesinleşmesiyle olanaklı hâle gelecektir. Kesinleşme, ilgisine veya varsa vekiline tebliğ edildiğinde, tebellüğden itibaren üç ay içinde dava açılabilir. Karar veya hükmün, tebliğ edilememesi veya tebliğinin herhangi bir nedenle gerçekleştirilmemiş bulunması durumunda dava hakkı, karar veya hükmün kesinleşmesinden itibaren nihayet bir yıllık sürenin sona ermesiyle düşecektir. Tazminat istemeye hak sahibi olan kimsenin hakkındaki soruşturma ve kovuşturmanın akıbetini ve kesin sonuca bağlanışını takip ederek dava hakkını gecikmeden kullanması öngörüldüğünden bir yıllık hak düşürücü süre benimsenmiştir.*”

her iki sürenin hak düşürücü süre niteliğinde olduğu; bu nedenle, süresinde açılmayan davanın reddedileceği belirtilmektedir.⁸¹⁵

Yargıtay'ın dava açma süresine ilişkin yaklaşımı incelendiğinde ise Mahkemenin benzer yönde görüşe sahip olduğu görülmektedir. Yargıtay'a göre, üç aylık dava açma süresi kesinleşme şerhinin kişiye veya müdafisine tebliğinden itibaren başlamakta olup böylesi bir tebliğin yapılmadığı durumlarda ise, kesinleşmeden itibaren her durumda bir yıl içinde davanın açılması gerekmektedir.⁸¹⁶ Yine Yargıtay'a göre söz konusu süreler hak düşürücü niteliktedir.⁸¹⁷

Dava açma süresine ilişkin teorik düzenleme ile Yargıtay uygulaması bu yönüyle uyumludur. Ancak sorunlu alan, söz konusu sürelerin her bir tazminat nedeni bakımından hangi anda başlayacağına ilişkindir. Bu sorunun cevabı, tazminat davası açılabilmesi için asıl davada verilen nihai kararın kesinleşmesinin gerekip gerekmeyeceğiyle yakından ilgilidir.

Yargıtay'a göre bir kısım tazminat nedenleri konusunda karar verilebilmesi için, davanın esasıyla ilgili bir kararın verilmesi zorunluluğunun bulunmadığı dolayısıyla bu nedenlere dayalı istemlerde, davanın sonuçlanmasına gerek bulunmadığı yasal düzenlemeden açıkça anlaşılmaktadır. Bu anlamda örneğin Yüksek Mahkemeye göre, gözaltı süresi yasada açıkça belirtilmiş olup kişinin bu süre içinde hâkim önüne çıkarılıp çıkarılmadığının tespitinin davanın esasıyla herhangi bir ilgisi bulunmadığı gibi, bu konudaki talepler hakkında karar verilmesi için davanın esası hakkında karar verilmesine de gerek bulunmamaktadır. Yine aynı şekilde, kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma istemi yerine getirilmeden tutuklanan, kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan, yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan, yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen ya da hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde

⁸¹⁵ Öztürk, Kazancı, Güleç, s.370; Zafer, s.91; Canoğlu, s.147; Şahin, s.293; Günay, s.37; Aldemir, s.364; Yalvaç, s.280; Epözdemir, s.25; Serdal Baytar, “Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması”, **TBB Dergisi**, S.61, 2005, s.369; Mustafa Tarık Şentuna, **Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Ulusal ve Ulus Üstü İnsan Hakları, Anayasa ve Ceza Yargılaması Hukuku Açısından Tutuklama ve Adli Kontrol**, Ankara: Seçkin Yay., 2014, s.145.

⁸¹⁶ Yargıtay 12. C.D., 2015/11327 E., 2016/4556 K., 21.03.2016 T.; Yargıtay 12. C.D., 2019/1292 E., 2019/7722 K., 25.06.2019 T.

⁸¹⁷ YCGK, 2015/12-516 E., 2019/693 K., 05.12.2019 T.

gerçekleştirilen kişilerin tazminat istemleri konusunda, asıl davada hüküm verilmesini veya verilen hükmün kesinleşmesini beklemeye gerek bulunmamaktadır. Zira bu talepler, asıl davanın sonucunu etkileyici veya asıl davanın sonucuna bağlı talepler niteliğinde değildir.⁸¹⁸

Ancak Yargıtay’a göre, asıl davanın sonucuna bağlı veya asıl davada verilecek kararları etkileyici talepler yönünden mutlaka davanın esasıyla ilgili verilen karar veya hükmün kesinleşmesi zorunludur. Bu anlamda örneğin, kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilenler ya da mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması sebebiyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılanlar hakkında, mutlaka davanın esasıyla ilgili olarak verilen kararın kesinleşmesi gerekmektedir. Belirtilen bu hâllerde tazminat isteme hakkı, verilen karar veya hükmün kesinleşmesiyle doğacaktır.⁸¹⁹

Görüldüğü üzere Yargıtay kesinleşme şartını, asıl davanın sonucuna bağlı olan ve olmayan talepler şeklinde bir ayrıma giderek esnetmektedir. Yargıtay böylelikle 466 sayılı Kanun döneminden itibaren uygulanagelen “*tazminat davasının açılabilmesi için asıl davada verilen nihai kararın kesinleşmesi gerekeceği*” yönündeki anlayışı yıkmıştır. Ancak bu yöndeki yaklaşım, birkaç farklı açıdan yeni sorunlara gebedir.

İlk sorun, tazminat davası açılırken talebin asıl davanın sonucuna bağlı olup olmadığının tespiti davacıya bırakılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de CMK 141 kapsamında çok sayıda durumun tazminat konusu edildiği dikkate alındığında, davacıdan bu yönde bir tespiti yapmasının bazı durumlarda pek kolay olamayacağı açıktır. Bu durum, tedbirlerin hukuka aykırı olarak uygulandığı iddialarına ilişkin tazminat nedenleri bakımından daha da önem arz etmektedir. Örneğin el koymanın hukuka aykırı olduğu iddiasıyla açılacak tazminat davasında verilecek kararın asıl davanın sonucuna bir etkisinin olamayacağı çok açıktır. Ancak Yargıtay’a göre, bu kapsamdaki iddialar için asıl davada verilen kararların

⁸¹⁸ Yargıtay 12. C.D., 2012/20227 E., 2012/18818 K., 17.09.2012 T.; Yargıtay 12. C.D., 2011/20114 E., 2012/12183 K., 15.05.2012 T.; Yargıtay 12. C.D., 2015/13853 E., 2017/6124 K., 11.09.2017 T.

⁸¹⁹ Yargıtay 12. C.D., 2014/20624 E., 2015/12265 K., 01.07.2015 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/5283 E., 2014/21253 K., 28.10.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/5727 E., 2014/22344 K., 10.11.2014 T.

kesinleşmesi gerekmektedir.⁸²⁰ Yargıtay'ın bu yöndeki kararları, içtihadıyla ortaya koyduğu “asıl davanın sonucuna bağlı olmayan talepler” ilkesini tümünden alt üst etmektedir. Yargıtay'ın asıl davanın sonucuna bağlı olmayan talepleri örnekseme yoluyla ifade ederken, tedbirlerin haksız olarak uygulanması durumlarını örnek olarak dahi ortaya koymadığı dikkat çekmektedir.

Nitekim yerel mahkemelerce asıl davanın devam ettiği durumlarda, verilecek nihai karara etki edilebileceği düşüncesiyle, tedbirlerin haksızlığına ilişkin tespit yapılmaktan kaçınıldığı uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir sorundur. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarının olduğu durumlarda bu husus sorun teşkil etmeyecekse de herhangi bir somut içtihadın bulunmadığı tazminat nedenleri bakımından ne olacağı belirsizdir. Bu nedenle, Yargıtay'ın içtihadıyla ortaya koyduğu ilkeler yerine asıl davanın beklenmesine gerek olmadan tazminat davası açılabilceği durumların, yeteri açıklıkta yasal düzenlemeye aktarılması elzemdir. Zira uygulama, bu sorunu çözememektedir.

Bu sorunun farklı bir yansımasını açılan CMK 141 davalarının makul sürede sonuçlandırılmaması oluşturmaktadır. Yerel mahkemeler ile Yargıtay arasında, tazminat davasının açılabilmesi için asıl davanın kesinleşmesinin gerekip gerekmeyeceği konusunda yaşanan görüş farklılıkları, CMK 141 davalarının makul olmayan süreler boyunca uzamasına neden olmaktadır. Nitekim AYM'nin 6 yıl⁸²¹, 4 yıl 4 ay 26 gün⁸²², 11 yıl 4 ay⁸²³ ve 7 yıl⁸²⁴ süren CMK 141 yargılamaları nedeniyle, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini tespit ettiği önemle belirtilmelidir. Görüldüğü üzere oluşan hak ihlallerini gidermek amacıyla onarıcı nitelikte ortaya çıkan CMK 141 yolu, bünyesinde taşıdığı temel sorunlardan dolayı, yeni hak ihlallerine neden olmaktadır. Bu durum, CMK 141 yolunun hak ihlallerini giderme amacıyla konumlandığı düşüncesini alt üst etmektedir.

İkinci sorun, bu yöndeki yaklaşımın, dava açma süresinin başlangıç anına etki edip etmeyeceğine ilişkindir. Örneğin Yargıtay'a göre gözaltı süresi yasada açıkça belirtilmiş olup kişinin bu süre içinde hâkim önüne çıkarılıp çıkarılmadığının tespitinin davanın esasıyla

⁸²⁰ Yargıtay 12. C.D., 2014/2942 E., 2014/15491 K., 24.06.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2015/405 E., 2015/13976 K., 29.09.2015 T.; Yargıtay 12. C.D., 2011/6285 E., 2011/5210 K., 24.02.2012 T.

⁸²¹ *Kurtuluş Tumğa*, AYM, 2013/8490, 17.11.2014, § 20-29.

⁸²² *Haydar Kahraman*, AYM, 2014/6787, 19.11.2014, § 21-33.

⁸²³ *Ensari Karaduman*, AYM, 2013/9838, 22.06.2015, § 21-33.

⁸²⁴ *Murat Çiftçi ve diğerleri*, AYM, 2014/2257, 26.10.2016, § 65-75.

herhangi bir ilgisi bulunmadığı için kararın kesinleşmesi beklenmeden dava açılabilir. Ancak bu durumda dava açma süresinin hangi tarihten itibaren hesaplanmaya başlanacağı şüphelidir. Bu örnekte, kişinin serbest bırakıldığı veya tutuklandığı tarihten itibaren mi yoksa hakkındaki nihai kararın kesinleştiği tarihten itibaren mi sürelerin hesaplanmaya başlanacağı belirsizdir. Bunun yanında her iki durumda da ayrı ayrı sürelerin yeniden başlayabileceği ileri sürülebilecektir.

Üstelik bu sorun bir kararın olmadığı tazminat nedenleri bakımından konuyu daha da karmaşık bir hâle gelmektedir. Zira CMK 142/1 düzenlemesinde yalnızca karar veya hükümden bahsedildiği göz önüne alındığında, teorik düzenlemenin tazminat talebinin bir karara dayanmadığı durumlarda yetersiz kaldığı açıktır. Örneğin yakalama ve tutuklamanın yakınlarına bildirilmemesi, yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamaların kendilerine açıklanmaması, CMK 141/3'e göre bir karara dayanmayan hâkim ve savcılarının işlemleri veya aramanın ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirildiği iddiaları bakımından, bir karardan bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu durumlarda dava açma süresinin, müdahalenin sona erdiği tarihten itibaren mi yoksa kişi hakkındaki nihai kararın kesinleştiği tarihten itibaren mi hesaplanmaya başlanacağı belirsizdir. Bunun yanında her iki durumda da ayrı ayrı sürenin hesaplanmaya başlanarak davanın belirtilen sürelerle uygun olarak açılacağı de ileri sürülebilecektir.⁸²⁵

CMK 142 düzenlemesinin yarattığı karmaşa dikkate alındığında; hem müdahalenin sona erdiği durumlarda hem de asıl davanın kesinleşmesinin ardından belirtilen sürelerde dava açılması imkânın tanınmasının hakkaniyetli olacağı söylenecektir. Ancak Yargıtay farklı görüştedir.

Bahsi geçen sorunlar kendisini aramanın ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirildiği iddiasına dayalı olarak açılan bir tazminat davasında göstermiştir. Yakın tarihli Yargıtay kararına göre, arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştiği iddiasıyla açılacak tazminat davalarının, müdahalenin gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıllık süre içerisinde açılması gerekmektedir.⁸²⁶

⁸²⁵ Korkmaz'a göre, tazminat nedeninin bir karara dayanmadığı durumlarda, müdahale süresi boyunca veya müdahale sona erince ya da kişi hakkında verilen nihai karardan sonra belirtilen sürelerle uygun olarak dava açılabilir. Bu yönde düşünce için ayrıca bkz. Korkmaz, s.159-160.

⁸²⁶ Yargıtay 12. C.D., 2018/4909 E., 2018/10613 K., 12.11.2018 T.

Yargıtay'ın söz konusu kararından hareketle yukarıda bahsedilen ve bir karara dayanmayan diğer tazminat nedenleri bakımından da aynı yorumun yapılabilceğı söylenebilecektir. Bu nedenle karara dayanmayan tazminat nedenleri bakımından, yalnızca, müdahalenin sona erdiği tarihten itibaren dava açılabilir.

Yine Yargıtay yakın tarihli bir diğer kararında, en kısa sürede hâkim huzuruna çıkarılmaması iddiasına bağılı olarak açılan tazminat davasında, 13.09.2013 tarihinde davacının tahliye edildiğini ancak tazminat davasının 31.12.2014 tarihinde açıldığını dikkate almış ve davanın bir yıllık süre içerisinde açılmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar vermiştir.⁸²⁷ Görünen o ki Yargıtay, tazminat davasının açılması için asıl davanın kesinleşmesinin gerekmediğı durumlarda, bir karara dayanan tazminat nedenleri bakımından, süreyi müdahalenin sona erdiği tarihten itibaren başlatmaktadır. Ancak burada üç aylık kısa dava açma süresini değıl, bir yıllık süreyi dikkate almaktadır.

Yargıtay tarafından yapılan bu yorumun yakalanan, gözaltına alınan ve tutuklanan kişiler bakımından da yapılabilceğı, bu nedenle müdahalelerin sona ereceğı serbest bırakılma, tutuklama veya mahkûmiyet kararı verilmesi durumlarında, bu tarihlerden itibaren, bir yıllık dava açma süresinin başlayacağı söylenebilir.⁸²⁸ Bu sürelele uygun olarak dava açılmaması durumunda ise tazminat talep edilebilmesi için kişinin hakkında verilecek kararın, beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar olmasını ümit etmesi gerekecektir. Zira ancak böylesi bir durumda CMK 141/1-e kapsamında, bir yıllık sürenin yeniden başlayacağı söylenecektir. Ancak bu yönde tahmine dayalı olarak yapılan tüm bu açıklamaları doğrulayacak Yargıtay kararlarının henüz bulunmadığı söylenmelidir. Görüldüğü üzere CMK 141 yolunda, çok temel bir dava şartı olan dava açma süresine ilişkin dahi şüpheleri giderecek nitelikte somut

⁸²⁷ Yargıtay 12. C.D., 2017/2566 E., 2017/8762 K., 13.11.2017 T.

⁸²⁸ Benzer sorun el koyma kararı bakımından da yaşanmaktadır. Örneğın yargılama sırasında el koyma tedbirinin kaldırıldığı durumlarda, asıl dava kesinleştikten sonra da tekrar söz konusu yola başvuru yapma imkânının olup olmayacağı belirsizdir. Ancak yine de tedbirin kalkmasından itibaren, el koyma tedbirinin hukuki olmadığı iddiaları dışındaki iddialar bakımından, asıl davanın sonucu beklenmeksizin 3 ay içerisinde dava açılmasının faydalı olacağı söylenebilir. El koyma tedbirinin hukuki olmadığı iddiaları bakımından ise asıl davanın kesinleşmesi aranıldığından davanın kesinleşmeden sonra açılması gerekecektir. Ancak yine de tüm bu durumlarda Yargıtay'ın yaklaşımının net olduğu söylenememektedir. Bununla birlikte *Gemalmaz*'a göre, CMK md.142, sadece kararların değıl hükümlerin de kesinleşmesini müteakip söz konusu davanın açılabilceğini düzenlediğinden; kişiler ister tedbir kararının kesinleşmesinden sonra, isterlerse de davanın esasına dair hüküm (ve dolayısıyla tedbir) kesinleştikten sonra tazminat davası açabileceklerdir. *Gemalmaz*, **Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6**, s.220. Aynı yönde düşünce için ayrıca bkz. Korkmaz, s.160-161.

içtihatlar bulunmamaktadır. Bahsi geçen tüm sorunlu alanların yine mahkemeye erişim hakkı kapsamında AYM önüne taşınacağı şimdiden öngörülebilmektedir. Bu sorunlu durum; AYM ve İHAM'ın iş yükü sorunlarına aradığı cevabın CMK 141 yolunda olup olmadığını kendilerine yeniden sormaları gerektiğini göstermektedir.

B. TAZMİNAT MİKTARLARININ “YETERLİLİĞİ” SORUNU

CMK 141 yolunun gerçekten de etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilebilmesi, somut olayın koşullarında başvuru yolunun ‘yeterli’ olmasına bağlıdır. Bu doğrultuda CMK 141 yolunda, hem ihlal iddiasının her yönüyle incelenmesine imkân tanınması hem de ihlalin sonuçlarının yeteri oranda ortadan kaldırılması gerekecektir. Ancak böylesi bir durumda CMK 141 yolu, etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilebilecektir.

Nitekim İHAM, Sözleşme'nin 5/5 düzenlemesi doğrultusunda öngörülen hukuk yolunun yalnızca uğranılan maddi zararlar için tazminat imkânı sağlamadığını, bunun yanında, hakkın ihlali nedeniyle kişinin uğramış olabileceği sıkıntı, endişe ve hüsrân için de manevi tazminat imkânı tanıdığını belirtmektedir.⁸²⁹ Ayrıca Mahkemeye göre, Sözleşme'nin 5/5 düzenlemesi gereğince tanınan bu hakkın yalnızca teoride kalmaması aynı zamanda pratikte de yeterli kesinlikte mevcut ve erişilebilir nitelikte olması gerekmektedir.⁸³⁰

İHAM, Sözleşme'nin 5/5 düzenlemesi kapsamında böylesi bir tazminat imkânı tanıdığını belirtmekle birlikte söz konusu düzenlemenin doğrudan belirli bir miktarda tazminat öngörmediğini, bu konuda taraf devletlerin takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmektedir.⁸³¹ Ancak Mahkeme, ihlale nazaran oldukça önemsiz miktarda tazminat verilmesini, tazminat hakkının teoride mahkûm kalmasına neden olabileceğini vurgulamaktadır.⁸³² İHAM'ın bu yönde değerlendirme yaparken, somut olayın koşullarını da dikkate alarak, benzer durumlarda hükmettiği tazminat miktarlarından hareketle sonuca ulaştığı belirtilmelidir.⁸³³ Yine de İHAM'ın Sözleşme'ye taraf devletlerin, talep edilen tazminat için zararın ispatlanması şartını

⁸²⁹ Pavletić/Slovakya, İHAM, 39359/98, 22.06.2004, § 96; Khachatryan ve Diğerleri/Ermenistan, İHAM, 23978/06, 27.11.2012, § 157.

⁸³⁰ Vasilevskiy ve Bogdanov/Rusya, İHAM, 52241/14, 10.07.2018, § 22.

⁸³¹ Çağdaş Şahin/Türkiye, İHAM, 28137/02, 11.07.2006, § 34; Damian-Burueana ve Damian/Romanya, İHAM, 6773/02, 26.05.2009, § 89.

⁸³² Cumber/Birleşik Krallık, İHAM, 28779/95, 27.11.1996.

⁸³³ Bu konuda örnekler için bkz. “Sözleşme ile CMK 141 Arasındaki İlişki” Başlığı, Dip. 350.

getirebileceklerini ifade ettiği, bu nedenle, mağdurluk sıfatı olmasına rağmen tazmin edilecek bir zararın bulunmadığı durumlarda, tazminattan söz edilemeyeceğini belirttiğine dikkat edilmelidir.⁸³⁴

İHAM'ın Sözleşme md.5/5 bakımından benimsediği temel ilke ve prensiplerin AYM tarafından da Anayasa md.19/9 kapsamında yapılan incelemelerde takip edildiği görülmektedir. AYM'ye göre, kişinin özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin güvencelere aykırı bir işleme tabi tutulduğu derece mahkemeleri tarafından tespit edilmişse yalnızca, tazminat miktarının yeterli olup olmadığı yönünde sınırlı bir inceleme yapılacaktır. Derece mahkemelerinin tazminat için somut olayın koşullarına göre takdir yetkisi bulunmakla birlikte meydana gelen ihlalle orantılı olmayan önemsiz miktarda bir tazminat, Anayasa md.19/9'un ihlaline neden olacaktır. Tazminat miktarlarının yeterli olup olmadığı incelenirken, somut olayın koşulları da gözetilerek, AYM'nin benzer durumlarda hükmettiği tazminat miktarlarından hareketle sonuca varılacaktır.⁸³⁵

Nitekim AYM, *M.E.*⁸³⁶ kararıyla belirtilen ilkeleri başarılı bir şekilde içtihadına aktarmıştır. Söz konusu kararda, başvuru, haksız bir günlük gözaltı nedeniyle ödenen 639,24 TL maddi ve 150 TL manevi tazminatın çok düşük olduğundan yakınmıştır. AYM kararında, derece mahkemeleri tarafından ihlal tespitinin yapılması nedeniyle yalnızca tazminat miktarının yeterli olup olmadığını belirlemekle sınırlı bir inceleme yapmıştır. Bu doğrultuda derece mahkemesi

⁸³⁴ *Wassink/Hollanda*, İHAM, § 38.

⁸³⁵ AYM, açılan CMK 141 davalarının reddedilmesi veya ödenen tazminat miktarlarının düşüklüğü nedeniyle tazminat hakkının ihlal edildiği iddiaları bakımından inceleme yapabilmesi için Anayasa'nın 19. maddesinde belirtilen güvencelere aykırı olduğu iddia edilen müdahalenin zaman bakımından yetkisi içerisinde olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle örneğin, yakalama işleminin AYM'nin zaman bakımından yetkisi içerisinde olmayan dönemde gerçekleştirilmiş olması durumunda, müdahalenin Anayasa'nın 19. maddesine aykırılığın tespitinin zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle incelenememesi nedeniyle, tazminat hakkının da zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle esastan değerlendirilemeyeceği belirtmektedir. CMK 141 davasının zaman bakımından yetkisizlik sorunu yaşanmayacağı bir dönemde nihayete ermesi, AYM tarafından varılan bu sonucu değiştirmemektedir. Bu yönde sonuca varılan kararlar için ayrıca bkz. *Safkan Aydoğdu*, AYM, § 37-48; *Arif Çevik*, AYM, 2014/16144, 28.06.2018, § 30-40. Ancak AYM *Bayram Çelik* kararında vardığı bu sonucun aksine esastan incelemesini gerçekleştirmiştir. Söz konusu kararda başvuru, 03.04.2002 tarihinde tutuklanmış, 21.04.2003 tarihinde tahliye olmuş ve hakkındaki yargılama beraat kararıyla sonuçlanmıştır. Başvuru, açılan CMK 141 davasında hükmedilen tazminat miktarının azlığından yakınmıştır. AYM, başvurucuya ödenen 22.528,38 TL maddi tazminat ile 20.000 TL manevi tazminatı, davanın koşulları ve başvurunun uğradığı zararlar arasında açık bir orantısızlığa neden olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Karar için ayrıca bkz. *Bayram Keleş*, AYM, 2013/6163, 01.12.2015, § 60-75.

⁸³⁶ *M.E.*, AYM, § 39-52.

tarafından, toplanan delillerle maddi tazminat miktarının belirlendiğini, ödenen maddi tazminat miktarının, davanın koşullarında orantısız olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Ancak AYM manevi tazminat konusunda ödenen 150 TL tazminatın, benzer bir durumda hükmettiği tazminat miktarı⁸³⁷ ile somut olayın koşullarında, başvurusunun çocuk olduğunu dikkate alarak, tazminat hakkının özünü zayıflatacak nitelikte düşük olduğu sonucuna varmıştır. AYM, kararıyla birlikte 5.000-TL tazminatın ödenmesine hükmetmiştir.

AYM bu yöndeki yaklaşımını sonraki kararlarında korumuş ve başvuruçuların çocuk olduğunu gözeterek; 7 günlük gözaltı süresi için ödenen 700-TL⁸³⁸ ile 1 günlük gözaltı süresi için ödenen 100-TL⁸³⁹ manevi tazminatın hakkın ihlaline neden olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme her iki kararında da başvuruçulara 5.000-TL manevi tazminatın ödenmesine karar vermiştir. AYM'nin söz konusu kararlarında, manevi tazminatın zenginleşme aracı yapılamayacağını ancak belirlenecek tazminatın özgürlük gibi demokratik toplumda vazgeçilmez bir hakkın önemiyle orantılı olması gerekeceğini ifade ettiği önemle belirtilmelidir. Mahkemenin manevi tazminat miktarını belirlerken “zenginleşme aracı olamayacağı” yönündeki ölçütünün yerindeliği tartışmalıdır. Zira hiç kimsenin, zenginleşmek amacıyla, haksız yere özgürlüğünden mahrum kalmayı istemeyeceği çok açıktır.⁸⁴⁰ Üstelik AYM'nin her iki kararında, başvuruçuların gözaltı süreleri farklı olmasına rağmen, aynı miktarda tazminata hükmetmesinin ne denli doğru olduğu tartışmaya açıktır.

Benzer yönde açılan CMK 141 davasında, ödenen tazminat miktarının düşüklüğü bir İHAM kararına da konu olmuştur. İHAM, *Vedat Doğru/Türkiye*⁸⁴¹ kararında, başvurusunun açmış olduğu CMK 141 davasında, 45 günlük tutukluluk süresi için ödenmesine karar verilen 798,94 TL (yaklaşık 327 avro) maddi tazminat ile 1.200 TL (yaklaşık 492 avro) manevi tazminatın,

⁸³⁷ AYM kararında, gözaltının hukuka aykırı olması nedeniyle bugüne kadar bir ihlal kararı vermediğini ancak *Mehmet Baydan* kararında başvurusunun, herhangi bir suç isnadı olmaksızın polislerce karakolda 36 dakika tutulması nedeniyle hakkın ihlali ile başvuruçuya 5.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verdiğini dikkate alarak, bu kararın somut olay bakımından ölçü alınabileceğini belirtmiştir.

⁸³⁸ U.Ç., AYM, § 30-42.

⁸³⁹ M.Ş.T., AYM, § 28-40.

⁸⁴⁰ Öğretide benzer şekilde, Yargıtay'ın, manevi tazminat miktarını belirlerken kişinin zenginleşmesine neden olmayacak şekilde tayin edilmesi gerektiği şeklindeki ölçütü kullanması eleştirilmektedir. Zira kimse, zenginleşmek amacıyla haksız yere tutuklu kalma veya diğer tedbirlere maruz bırakılmayı istemeyecektir. Ayrıca manevi tazminatın fazla ödenmesi özendirici nitelikte olamayacaktır. Bu yönde düşünce için ayrıca bkz. Canoğlu, s.187.

⁸⁴¹ *Vedat Doğru/Türkiye*, İHAM, 2469/10, 05.04.2016, § 41.

benzer bir davadaki kendi içtihadına göre açıkça yetersiz olduğu sonucuna ulaşmıştır. İHAM'ın ve AYM'nin ödenen tazminat miktarlarını ihlale nazaran düşük bulduğu söz konusu kararları, CMK 141 yolunun yeterliliği konusunda şüphelere neden olmaktadır. Bu nedenle, CMK 141 yolunun yeterli bir hukuk yolu olup olmadığı teorisi ve pratiğiyle ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

CMK 141/1 düzenlemesine göre, tazminata konu olabilecek durumlar nedeniyle hem maddi hem de manevi tazminat talep edilebilecektir. Bunun yanında CMK 142/6 düzenlemesine göre; tazminat davasına bakacak ağır ceza mahkemesi, gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya yetkili olup tazminat hukukunun genel prensiplerine göre tazminat miktarını belirleyecektir. Söz konusu düzenlemeler, CMK 141 yolunun teorik olarak yeterli bir yol olabileceğini göstermektedir. Ancak gerçekten de CMK 141 yolunun yeterli olabilmesi için, uygulamanın, ihlalin sonuçlarını yeteri oranda ortadan kaldırabilecek miktarda tazminatlara hükmetmesi gerekmektedir. Aksi durumda söz konusu düzenlemelerin “aldatıcı” nitelikte olduğu söylenebilir.

Yargıtay'ın tazminat miktarlarına ilişkin genel yaklaşımı incelendiğinde, mahkemenin içtihadında iki sorunlu husus dikkat çekmektedir:

İlk sorun, Yargıtay'ın el koyma tedbirine bağlı tazminat talepleri bakımından manevi tazminat talep edilemeyeceği yönündeki içtihadıdır. CMK 141/1 düzenlemesi incelendiğinde; sayılan tüm tazminat nedenleri bakımından, maddi ve manevi her türlü zararların istenebileceği açıktır. Ancak Yargıtay tarafından, el koyma tedbiri nedeniyle kişinin manevi zarara uğrayamayacağı yönünde ön bir kabulle hareket edilmekte ve manevi tazminat istemleri değerlendirilmeden doğrudan reddedilmektedir.⁸⁴² Bu yaklaşımın teorik düzenlemeyle uyumlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Üstelik kişinin haksız el koyma tedbiri nedeniyle de manevi zarara uğrayabileceği, bundan kaynaklı olarak ıstırap ve sıkıntı görme ihtimalinin

⁸⁴² Yargıtay'a göre, manevi tazminat davası için, kişilik haklarının ihlal edilmesi özellikle sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin ihlali ve hukuka aykırı bir fiilin bulunması gerekmektedir. Yakalanan veya tutuklanan kimsenin gerek aile gerek iş çevresinde itibarının sarsılması, aile, çocuk ve yakınları için tutukevinde hasret çekilmesi, kişinin tutuklanması nedeniyle ruhi sıkıntılar çekmesi, cezaevi şartları, buralarda duyduğu acı ve ıstıraplar kişinin manevi zararının giderilmesini gerekli kılmaktadır. Bu nedenle, yalnızca haksız yere yakalanan ya da tutuklanan kişinin çektiği acının karşılığı olarak manevi tazminatın ödenmesi gerekmektedir. Haksız el koyma nedeniyle manevi tazminatın şartlarının oluşması mümkün değildir. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2015/11720 E., 2015/18148 K., 24.11.2015 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/22556 E., 2015/13392 K., 15.09.2015 T.

bulunduğu açıktır. Bu sorun, el koyma tedbirine bağlı tazminat nedenleri bakımından, CMK 141/1-j yolunun, yeterli bir hukuk yolu olmadığı sonucuna götürebilecektir.⁸⁴³ Zira söz konusu hukuk yoluna başvurulduğu takdirde, ihlalin sonuçlarının yeterli oranda ortadan kaldırılmadığı görülmektedir.

İkinci sorun, manevi tazminat miktarları belirlenirken “basmakalıp” bir anlayışın sergilenmesidir. Yargıtay, ilkesel olarak, manevi tazminat miktarları belirlenirken, objektif bir kriter olmamakla birlikte, hükmedilecek manevi tazminatın davacının sosyal ve ekonomik durumu, üzerine atılı suçun niteliği, tutuklanmasına neden olan olayın cereyan tarzı, tutuklu kaldığı süre, tutuklama tarihi ile tazminat davasının kesinleştiği tarihe kadar ele geçecek parasal değer ve benzeri hususlar da gözetilmek suretiyle hakkaniyet ölçüsünü aşmayacak bir şekilde, hak ve nefaset kurallarına uygun, makul bir miktar olarak tayin edilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁸⁴⁴ Ancak Yargıtay’ın bazı kararlarında, bu ilkelerin yalnızca basmakalıp şekilde ifade edilmekle yetinildiği, somut olayın koşulları da dikkate alınarak ilkelerin değerlendirilmediği yönünde izlenim uyanmaktadır.⁸⁴⁵ Nitekim söz konusu kararlarda hükmedilen manevi tazminat miktarları ile benzer durumda AYM’nin ve İHAM’ın hükmettiği

⁸⁴³ Aynı yönde düşünce için ayrıca bkz. Gemalmaz, “Özgürlükten Yoksun Bırakma ve Malvarlığı Değerlerine El Koyma Tedbirlerinin Doğurduğu Sorunlarda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunun Kullanılması Şartı Olarak Tazminat Davası Açma Zorunluluğu Aranmasının Yerindeliği”, **Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan**, s.614.

⁸⁴⁴ Yargıtay 12. C.D., 2019/374 E., 2019/5381 K., 22.04.2019 T.; Yargıtay 12. C.D., 2019/268 E., 2019/5063 K., 15.04.2019 T.; Yargıtay 12. C.D., 2018/8020 E., 2019/813 K., 22.01.2019 T.

⁸⁴⁵ Örneğin Yargıtay yakın tarihli bir kararında, mahsup kararı ile zararın telafi edildiği gözetilip 38 gün tutukluluk için sembolik miktarda tazminat ödenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2015/9863 E., 2016/7840 K., 04.05.2016 T. Yine Yargıtay’ın yaklaşık 5 aylık süreyle tutukluluk süresi için 1.615 TL manevi tazminata hükmettiği görülmektedir. Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2014/10016 E., 2015/1854 K., 03.02.2015 T. Yine Mahkemenin 1255 günlük tutukluluk süresi için işleyecek faizlerde dahil olmak üzere 23.808 TL tazminat ödenmesini fazla gördüğü kararları da mevcuttur. Karar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2016/2972 E., 2016/10264 K., 15.06.2016 T. Benzer şekilde Yargıtay tarafından, 1 günlük gözaltı süresi için hükmedilen 500-TL tazminat ile 51 günlük tutukluluk süresi için hükmedilen 5.000-TL tazminat yeterli bir giderim olarak görülmüştür. Kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2014/6217 E., 2014/23057 K., 18.11.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/4840 E., 2014/19762 K., 14.10.2014 T. Ancak bu kararların aksine kimlik bilgilerinin kullanılması nedeniyle gözaltına alınan ancak aynı gün serbest bırakılan kişi bakımından 8.000-TL manevi tazminata hükmedildiği de görülmektedir. Ancak söz konusu kararın karşılığında, askerlik şubesi başkanı davacı için ödenmesine karar verilen 8.000 lira manevi tazminatın emsal uygulamalara göre fazla olduğu, bu miktarın neredeyse istikrar kazanmış daire uygulamalarına göre 5 ay cezaevinde kalıp beraat eden davacılar için kabul edilen oran olduğu, nitekim zimmet suçundan 4 ay cezaevinde kalan davacı için hükmedilen 10.000 lira tazminat miktarının daire tarafından fazla kabul edildiğinin belirtildiğine dikkat çekilmelidir.

tazminat miktarları arasında oldukça büyük farklılıklar bulunmaktadır. Söz konusu farklılığın önemli ölçüde büyük olması, tazminat yolunun yeterliliğine şüpheyile yaklaşılmasına neden olmaktadır.⁸⁴⁶ Bu sorunun oluşmasında görünürde olmayan ancak arka planda düşünülen, gün hesabı üzerinden ortalama bir manevi tazminat miktarı belirleme yönünde “basmakalıp” bir anlayış yatmaktadır.⁸⁴⁷ Oysa tazminat miktarları belirlenirken tamamen somut olayın koşulları dikkate alınarak sonuca ulaşılması elzemdir.

Üstelik Yargıtay’ın birçok zarar kalemini maddi tazminat kapsamında değerlendirmemesi, hükmedilen tazminatların oldukça düşük miktarda olmasına neden olmaktadır.⁸⁴⁸ Ne yazık ki

⁸⁴⁶ Oğuz’a göre, CMK 141 yargılamasının, uzmanlık alanı tazminat hukuku olmayan ağır ceza mahkemeleri tarafından yürütülmesi sorunludur. Zira yazara göre, ceza mahkemeleri, uzmanlık alanlarının tamamen dışında kalması sebebiyle ihlal ile orantılı olmayan, miktar yönünden oldukça düşük maddi ve manevi tazminata hükmedebilmektedirler. Bununla birlikte aynı soruşturma ve kovuşturma kapsamında, benzer süreler ile haksız koruma tedbirine maruz kalan kişiler tarafından açılan CMK 141 davalarında, manevi tazminat yönünden oldukça farklı miktarlara hükmedilmektedir. Bu durumlar, CMK 141 yolunun, ihlalin giderilmesi noktasında etkili bir çözüm sunup sunmadığı tartışmasına neden olmaktadır. Bu yönde düşünce için ayrıca bkz. Batuhan Oğuz, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yolları Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Başvuru Yollarının Tüketilmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.93, S.5, 2019, s.197.

⁸⁴⁷ Yargıtay’ın bu yönde arka planda bir düşüncesinin olduğu izlenimini, tazminat miktarlarının tartışıldığı kararlarda verilen karşıoy yazıları düşündürmektedir. Söz konusu kararların karşıoylarında, Yargıtay 12.C.D.’nin manevi tazminata dair yerleşmiş uygulamasına göre, aylık 1.000–1.500 TL manevi tazminatın kabul gördüğü belirtilmektedir. Bir ay için öngörülen tazminat miktarlarının oldukça düşük olması bir kenara, bu yönde bir belirmenin, arka planda basmakalıp bir anlayışın var olduğu izlenimini uyandırması sorunludur. Bu yöndeki kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2014/6217 E., 2014/23057 K., 18.11.2014 T.; Yargıtay 12. C.D., 2014/4840 E., 2014/19762 K., 14.10.2014 T.

⁸⁴⁸ Yargıtay, maddi zararın hesaplanmasında sübjektif taktir yerine, somut delillere dayanılarak zarar miktarını belirlemektedir. Gerçek zarardan kasıt, zarara uğrayanın hâlen mevcut malvarlığı ile uygulanan koruma tedbiri olmasaydı bu malvarlığının olacağı hâl arasındaki farktan ibarettir. Yargıtay’a göre, zarara uğrayan zarar miktarını belirleyebilecek herhangi bir bilgi ve belge sunamamışsa, maddi zarar, tutuklu kalınan dönemde geçerli net asgari ücret üzerinden hesaplanacak ve bu hesapta hafta sonu, dini ve milli bayram tatilleri nedeniyle indirim yapılmayacaktır. Davacının, fiilen çalışmayacak bir konumda olmuş olması hâlinde de maddi bir kaybının olduğu kabul edilerek tazminat miktarı, geçerli net asgari ücret üzerinden belirlenecektir. Görüldüğü üzere Mahkeme, maddi zarar talepleri yönünden ispat şartını esas alarak belirleme yapmakta ancak uğranılan zararların ispat edilemediği durumlarda davacının yaşını da dikkate alınarak net asgari ücret tarifesini üzerinden hesap edilecek maddi zararı esas alarak sonuca varmaktadır. Bunun yanında Yargıtay, gözaltı ve tutuklulukta geçirilen süreler için tazminat taleplerini kabul etse de; serbest bırakılma ile yeniden işe girme tarihleri arasında geçen zamanı dikkate almamaktadır. Bu durum maddi tazminatın yeterliliğini sorgulatmaktadır. Yine Yargıtay tarafından cezaevinde olunması dolayısıyla zorunlu olarak yapılan masrafların maddi tazminat kapsamında değerlendirilmediği de belirtilmelidir. Yargıtay’ın maddi tazminatı hesabında dikkate aldığı maddi zarar kalemleri ile konuya ilişkin yaklaşımını ortaya koyduğu kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 12. C.D., 2019/700 E., 2019/10829 K., 13.11.2019 T.; Yargıtay 12. C.D., 2019/720 E., 2019/10436 K., 21.10.2019 T.; Yargıtay 12. C.D., 2019/10814 E., 2019/9582 K., 30.09.2019 T.; Yargıtay 12. C.D., 2019/276 E., 2019/5373 K., 22.04.2019 T.; Yargıtay 12. C.D., 2016/12964 E., 2017/3514 K., 26.04.2017 T.; Yargıtay 12. C.D., 2015/4748 E., 2016/5297 K., 30.03.2016 T.

ortaya çıkan bu sorunlu durum, İHAM ve AYM cephesinde etkililik değerlendirilmesi yapılırken tartışılmamaktadır.⁸⁴⁹ Oysa CMK 141 yolunun öne çıkan temel özelliği, hukuka aykırılıkları tespit etme imkânı sağlamasının yanında, zararların tazminine olanak sağlamasıdır. Bu temel özellik nedeniyle, başvuru yolunda oldukça düşük miktarda tazminat ödenmesi, hukuk yolunun “etkili bir tazminat yolu” olarak değerlendirilmesine engel olabilecektir.

C. ŞEKLİ VE MADDİ OLARAK TÜKETMEYE İLİŞKİN SORUNLAR

Olağan kanun yollarının tüketilmesi koşuluna göre, ihlal iddiasına ilişkin etkili hukuk yollarının tüketilmesi zorunludur. Ancak başvuru yollarının yalnızca kanun yollarına başvurmuş olmaları, tüketme kuralına uygunluk bakımından yeterli değildir. Başvurucuların aynı zamanda öngörülen kanun yollarını, şekli ve maddi olarak tüketme zorunlulukları bulunmaktadır.⁸⁵⁰

Bu zorunluluk, AYM ve İHAM tarafından, CMK 141 yolunun etkili ve tüketilmesi gerekli bir hukuk yolu olarak kabul edildiği durumlarda daha da önem kazanmaktadır. Zira mahkemeler tarafından CMK 141 yolunun etkili kabul edildiği durumlarda, başvuru yollarının kanun yolunu şekli ve maddi olarak tüketmemiş olmaları başvuruların esastan incelenmesi önünde engel olmaktadır.

Nitekim bu engel, AYM’nin *Ahmet Kürşad Özsoy ve Diğerleri*⁸⁵¹ kararında kendisini göstermiştir. Söz konusu kararda AYM, başvuru yollarından biri tarafından açılan CMK 141 davasının yerel mahkeme tarafından asıl davanın kesinleşmediği gerekçesiyle reddedilmesine

⁸⁴⁹ Gemalmaz’ın dikkat çektiği üzere; İHAM ve AYM tarafından atıf yapılan kararlar bozma kararlarından ibaret olmakta ve atıf yapılan kararlarda, ilk derece mahkemesi ya da Yargıtay tarafından hükmedilen tazminat miktarlarından bahsedilmemektedir. Oysa CMK 141 yolunun tazminat davası niteliğinde olması nedeniyle, verilecek tazminat türü ve miktarı, etkililik ve yeterlilik kriterleri bakımından oldukça önemli olacaktır. Gemalmaz, “Özgürlükten Yoksun Bırakma ve Malvarlığı Değerlerine El Koyma Tedbirlerinin Doğurduğu Sorunlarda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunun Kullanılması Şartı Olarak Tazminat Davası Açma Zorunluluğu Aranmasının Yerindeliği”, **Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan**, s.600.

⁸⁵⁰ Şekli ve maddi olarak tüketme zorunluluğuna ilişkin detaylı açıklamalara birinci bölümde yer verilmiştir. Bkz. Birinci Bölüm, “Tüketme Yükümlülüğünün Kapsamı” Başlığı.

⁸⁵¹ *Ahmet Kürşad Özsoy ve Diğerleri*, AYM, 2013/5387, 15.06.2016, § 37-40.

rağmen, Yargıtay 12. Ceza Dairesi tarafından kararın bozulduğunu ve bozma kararı üzerine yargılamanın hâlen devam ettiğini dikkate alarak başvuruyu kabul edilebilir bulmamıştır.⁸⁵²

Yine *Alper Kurtuldu*⁸⁵³ kararında AYM, başvurucunun üçüncü bir kişinin işlediği suçlardan sonra hakkında yapılan soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kendisine ait nüfus bilgilerini ilgili kamu görevlilerine verdiğini, ilgili kamu görevlilerinin gerekli incelemeyi ve araştırmayı yapmamaları nedeniyle birçok soruşturma ve kovuşturmaya maruz kaldığını ve hakkında bu nedenle tutuklama kararlarının verildiği yönündeki iddiaları bakımından, idari yargıda açılan tam yargı davasının tüketilmiş olmasını yeterli görmemiş, ihlal iddiaları bakımından etkili bir hukuk yolu olarak kabul ettiği CMK 141 yolunun tüketilmesini beklemiştir.

Benzer şekilde AYM, *Mehmet Ali Aslan*⁸⁵⁴ ve *Metro Turizm Ltd. Şti.*⁸⁵⁵ kararlarında da el koyma tedbirine bağlı ihlal iddiaları bakımından, başvuru tarafından açılan tam yargı davalarının tüketilmesini yeterli görmemiş ve somut olayın koşullarında etkili bir hukuk yolu olarak kabul ettiği, CMK 141/1-j yolunun tüketilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Görüldüğü üzere AYM, CMK 141 yolunu etkili kabul ettiği durumlarda, şekli olarak tüketilmesini beklemektedir. Üstelik Mahkeme, birden fazla başvuru yolunun olduğu durumlarda tüketilmesi gerekli etkili hukuk yolu olarak CMK 141 yolunu kabul etmektedir. Bu durum, henüz bu yönde bir karar verilmemişse de, CMK 141/3'te belirtilen hâkim ve savcıların karar ve işlemleri nedeniyle tazminat bakımından da önem taşımaktadır. Zira HMK md.46'da da hâkimlere karşı madde de sınırlı sayıda belirtilen nedenlerden dolayı tazminat davası açma imkânı tanınmaktadır. AYM, *M.Y.*⁸⁵⁶ kararında, HMK md 46'da hâkimlerin verdikleri kararlara karşı devlete açılacak tazminat davalarının düzenlediğini, ancak cumhuriyet savcılarının bir soruşturma nedeniyle yapmış olduğu işlemler nedeniyle açılacak tazminat davalarının madde

⁸⁵² AYM, *İbrahim Okur* kararında da başvurucunun malvarlığına tedbir konulması nedenine bağlı olarak açtığı CMK 141 davasının yerel mahkeme tarafından reddedilmesine rağmen karara karşı istinaf başvuru yoluna gidildiği ve davanın hâlen derdest olduğunu dikkate alarak söz konusu iddia bakımından başvuruyu kabul edilebilir bulmamıştır. Karar için ayrıca bkz. *İbrahim Okur*, AYM, § 146-149. Benzer yönde CMK 141 davasının derdest olduğu gerekçesiyle kabul edilebilir bulunmayan bir diğer karar için ayrıca bkz. *Figen Yüksekdağ Şenoğlu*, AYM, § 62-63.

⁸⁵³ *Alper Kurtuldu*, AYM, 2013/8064, 26.02.2015, § 24-37.

⁸⁵⁴ *Mehmet Ali Aslan*, AYM, 2013/2429, 30.03.2016, § 21-33.

⁸⁵⁵ *Metro Turizm Ltd. Şti.*, AYM, 2014/2481, 13.07.2016, § 33-55.

⁸⁵⁶ *M.Y.*, AYM, § 50.

kapsamında olmadığını belirtmiştir. Bu nedenle, CMK 141/3 ve HMK md.46 düzenlemelerinin ancak hâkimlerin işlemlerine yönelik tazminat talepleri bakımından bu bağlamda değerlendirilebileceği açıktır. Böylesi bir durumda ise hangi hukuk yolunun tüketilmesinin bireysel başvuru mekanizması bakımından yeterli olabileceği sorusu gündeme gelecektir.

Hâkimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin HMK md.46 vd. düzenlemeleri ile CMK 141/3 düzenlemesinin birbirinden farklı düzenlemeler olduğu açıktır. Nitekim Öğretide her iki düzenleme arasında sorumluluk kurumları, amaç, kaynak, koşullar ve sonuçlar bakımından farklı alanları düzenlemeleri nedeniyle farklı oldukları belirtilmektedir.⁸⁵⁷ Bu nedenle, her iki düzenleme arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi ya da önceki kanun-sonraki kanun ilişkisinden bahsedilemeyeceği veya birinin diğerinin yerine geçemeyeceği kabul edilmektedir. Bunun yanında koşulların oluşması durumunda, her iki yola birlikte başvurulmasında bir engelin bulunmadığı belirtilmektedir.⁸⁵⁸

Bu açıklamalardan hareketle tüketme koşuluna uygun olarak bahsi geçen yollardan yalnızca birinin tüketilmesinin yeterli olabileceği söylenebilir. Ancak AYM'nin CMK 141 yolunun ihlal iddiası bakımından gündeme geldiği durumlarda; CMK 141 yoluna öncelik verdiği ve bu yolun tüketilmesini beklediği göz önüne alındığında, başvuruların esasının incelenmesi için CMK 141/3 yolunun tüketilmesinin isabetli olacağı değerlendirilmektedir.⁸⁵⁹

Yapılan anlatımlar toparlanacak olursa, mahkemeler tarafından, CMK 141 yolunun etkili ve tüketilmesi gerekli bir hukuk yolu olarak kabul edildiği durumlarda;

- CMK 141 yoluna başvuru için belirlenen yöntem, biçim, süre ve diğer usul koşullarına uygun olarak davanın açılması ve davanın takibi için gerekli özenin gösterilmesi⁸⁶⁰,

⁸⁵⁷ Dilek Karademir, “Son Kanun Değişiklikleri Işığında Hâkimin Hukuki Sorumluluğu”, **TBB Dergisi**, S.119, 2015, s.260.

⁸⁵⁸ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, hâkimlerin genel olarak hukuki sorumluluğunu düzenleyen mevzuat ile koruma tedbirlerinden kaynaklanan tazminata ilişkin mevzuat arasında, genel-özel kanun ilişkisi ya da önceki-sonraki kanun ilişkisinin varlığından söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Bu yönde karar için ayrıca bkz. YHGK, 2012/4-48 E., 2012/133 E., 14.03.2012 T.;

⁸⁵⁹ *Korkmaz*’a göre, her iki hüküm arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi mevcut olup CMK 141/3 düzenlemesi özel kanun niteliğindedir. Bu nedenle, her iki maddenin ortak konusu kapsamında olan durumlarda, CMK 141/3 düzenlemesinin tüketilmesi gerekmektedir. Bu yönde açıklamalar için ayrıca bkz. *Korkmaz*, s.144-145.

⁸⁶⁰ *Şahin Demir*, AYM, § 21-28.

- Başvurucunun tazminat nedenine bağlı olarak sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını açtığı tazminat davasında zamanında sunması,
- Karar kesinleşinceye değin gerekli olan istinaf veya temyiz başvurularının yapılması,
- En geç “*kabul edilebilirlik incelemesinin yapıldığı tarih*” itibarıyla CMK 141 yolunun tüketilmiş olması,
- Birden fazla başvuru yolunun olduğu durumlarda CMK 141 yolunun tüketilmesi,

başvuruların esasının incelenebilmesi bakımından faydalı olacaktır. Aksi durumda AYM veya İHAM tarafından, başvurular, CMK 141 yolunun şekli anlamda tüketilmemesiyle nedeniyle kabul edilebilir bulunmayacaktır.

CMK 141 yolunun mahkemelerce etkili kabul edildiği durumlarda; şekli anlamda tüketme, tüketme kuralına uygunluk bakımından yeterli olmayabilecektir. Bu nedenle, aynı zamanda, CMK 141 yolunun maddi anlamda tüketilmesi gerekmektedir.

Örneğin AYM, *M.Ş.T.*⁸⁶¹ kararında, adli kontrol tedbiri konusunda tazminat davasında herhangi bir değerlendirme yapılmadığı ve bu nedenden dolayı herhangi bir tazminat ödenmediği yönündeki iddia bakımından; tazminat talebi konusunda açılan CMK 141 davasında, bu yönde bir talepte bulunulmadığını tespit ederek iddiayı esastan incelememiştir. *M.E.*⁸⁶² kararında ise Mahkeme, benzer yöndeki ihlal iddiasının, açılan CMK 141 davasında gerek dava dilekçesinde gerekse istinaf dilekçesinde ayrıntılı bir şekilde yer verildiğini tespit etmiş ve bu bağlamda esas incelemesini gerçekleştirerek, gerekçeli karar alma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁸⁶³

⁸⁶¹ *M.Ş.T.*, AYM., § 41-46.

⁸⁶² *M.E.*, AYM, § 65.

⁸⁶³Yine maddi anlamda tüketmenin gerekleri için AYM’nin *U.Ç.* kararının karşılığına dikkat çekilmesinde fayda bulunmaktadır. Söz konusu karşıoy yazısında; başvurucunun, yerel mahkemeden yalnızca CMK 141/1-e kapsamında tazminat talebinde bulunduğu ve uygulanan tedbirin hukuki olmadığı iddiasının inceleneceği CMK 141/1-a kapsamında herhangi bir talepte bulunulmadığı, bu nedenle, derece mahkemesi tarafından bu yönde araştırma yapılmadan tazminata hükmedildiği, tedbirin hukuki olmadığı iddiasının ilk defa bireysel başvuru yoluyla AYM önüne taşındığı belirtilerek başvurunun esasının incelenmemesi gerektiği yönünde düşünce ortaya konulmuştur. Çoğunluk tarafından bu görüşe uyulmayarak, CMK 141/1-e yoluna başvurulması, iddianın özü itibarıyla ileri sürülmüş olması bakımından yeterli görülmüşse de AYM’nin sonraki kararlarında bu görüşünü değiştirme ihtimalinin olabileceği açıktır. Bu sorun özellikle CMK 141/1-e kapsamında açılacak

Sonuç olarak; CMK 141 yolunun mahkemelerce etkili kabul edildiği durumlarda, hukuk yolunun maddi olarak tüketilmesi için ileride bireysel başvuruya konu edilebilecek tüm tedbirler nedeniyle tazminat talep edilmesi ve uygulanan tedbirlerin haksızlığının “özü itibarıyla” ileri sürülmesi, başvuruların esasının incelenebilmesi için faydalı olacaktır.

Son olarak bireysel başvuru yapıldıktan sonra CMK 141 davasının açılması durumunda AYM’ye bu konuda bilgi verilmesi gerekmektedir. Zira AYM’ye göre, CMK 141 davasının açılmış olması, başvurunun değerlendirilmesini önemli ölçüde etkileyebilecek niteliktedir. Böylesi bir bilginin verilmemiş olması durumunda, AYM tarafından, başvurunun *başvuru hakkının kötüye kullanımı* nedeniyle reddine karar verilmekte ve bu nedenle disiplin para cezasına hükmedilmektedir.⁸⁶⁴

tazminat davalarında, tedbirin hukuki olmadığı iddialarının başvuru yolunda tartışılmaması nedeniyle, sıklıkla gündeme gelebilecektir. Karar için ayrıca bkz. U.Ç., AYM.

⁸⁶⁴ Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. *Engin Çırakoğlu*, AYM, 2014/8520, 10.10.2018, § 21-29; *Bayram Türk*, AYM, 2014/15613, 18.04.2018, § 23-31.

DEĞERLENDİRME VE BULGULAR

DEĞERLENDİRME

Temel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunması, farklı gereksinimleri zorunlu kılabilir. Şüphesiz temel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunduğundan bahsedilebilmesi için ihlallerin, engelleyici/önleyici mekanizmalar vasıtasıyla, önüne geçilmesi gerekmektedir. Ancak ne yazık ki bu durum, her somut olayda kendisini göstermemekte ve kaçınılmaz bir sonuç olarak, temel hak ve özgürlüklerin ihlali meydana gelmektedir. Bu gibi durumlarda ise temel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunması, meydana gelen ihlallerin sonuçlarının ortadan kaldırılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle ihlallerin geriye dönük etki ile ortadan kaldırılamadığı durumlarda, mağdurlara “etkili bir tazminat yolu” öngörülerek meydana gelen zararların giderilmesi gerekmektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin ihlali durumunda, onarıcı nitelikteki hukuk yollarının oldukça önemli bir rol üstlendikleri açıktır. Bu durum, onarıcı nitelikteki hukuk yollarının diğer hukuk yollarından farklı olarak ayrı bir yerde görülmesini ve önemle değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Zira temel hak ve özgürlüğünün ihlaliyle birlikte mağduriyet yaşayan kimsenin “onarıcı nitelikteki hukuk yolu” nedeniyle mağduriyeti daha da derinleştirilmemelidir. Bu nedenle, onarıcı nitelikteki hukuk yollarına bu pencereden bakılması ve değerlendirmelerin bu bakış açısıyla yapılması elzemdir. Nitekim bu önemli durum, onarıcı nitelikteki hukuk yollarının etkili bir hukuk yolu niteliğinde olmasını da zorunlu kılmaktadır. Aksi durumda, temel hak ve özgürlüğü ihlal edilen bireyin yaşadığı mağduriyetin giderilmesi için başvurduğu hukuk yolunda, boşa oyalanmasına neden olunacaktır.

Onarıcı nitelikteki bir hukuk yolunun etkili bir hukuk yolu olabilmesi için bazı zorunlulukların başvuru yolunda bulunması gerekmektedir. Bu zorunluluklar, hukuk yolunun “erişilebilir”, “yeterli”, “etkili” ve “makul ölçüde bir başarı şansı sunması” şeklindeki ilkelerle kısaca ifade edilebilir.⁸⁶⁵ Ancak bu özelliklerin yalnızca teorik düzlemde kalmaması, bunun yanında, pratikte de hayat bulması gerekmektedir. Aksi durumda mağdurların önüne serilen onarıcı nitelikteki hukuk yolunun “aldatıcı” nitelikte olduğu söylenecektir. Bu nedenle, bahsi

⁸⁶⁵ Etkili hukuk yoluna ilişkin ölçütlere ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, “Tüketilmesi Gerekli Kanun Yolunun Nitelikleri” Başlığı.

geçen özelliklerin hem teoride hem de pratikte varlık kazanması, onarıcı nitelikteki hukuk yollarında bir gereklilikten çok zorunluluktur.

Bir hukuk yolunun pratikte de var olduğu “somut içtihatlar” vasıtasıyla test edilebilir. Zira somut içtihatlar; aynı veya benzer nitelikteki olaylarda, başvuru yolunun başarılı bir şekilde kullanılarak nihai sonuca ulaştığını açıkça göstermektedir. Nitekim somut içtihatların niceliğinin arttığı durumlarda, hukuk yolunun teorik düzlemde “aldatıcı” olarak yer aldığını söylemek pek de mümkün olmayacaktır. Ayrıca somut içtihatlar vasıtasıyla hukuk yolunun, ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından, etkili ve yeterli olup olmadığı ya da erişilebilir nitelikte olup olmadığı veya makul ölçüde bir başarı şansı tanıyıp tanımadığı çok rahat bir şekilde tespit edilebilecektir. Görüldüğü üzere, etkili bir hukuk yoluna ilişkin tüm ölçütler, somut içtihatlar vasıtasıyla anlam ve varlık kazanmaktadır.

Yapılan tüm bu açıklamaların bireysel başvuru mekanizmasında karşılık bulduğu söylenebilir. Zira başvuru sahiplerinin ihlal iddialarının esastan incelenebilmesi için; tüketme koşuluna uygun olarak, etkili hukuk yollarını tüketmiş olmaları yeterli görülmektedir. Nitekim İHAM ve AYM, tüketme koşulunu değerlendirirken, etkili hukuk yoluna ilişkin ölçütler üzerinden belirleme yapmakta ve buna göre, hukuk yolunun tüketilmesinin gerekip gerekmediği yönünde sonuca ulaşmaktadır. Bunun yanında her iki mahkeme de hukuk yolunun hem teoride hem de pratikte yeterli kesinlikte var olması gerektiğini belirtmektedir.

Mahkemeler hukuk yollarının etkililiğini ve dolayısıyla tüketilmesinin gerekli olup olmadığını değerlendirirken, doğru bir şekilde, somut içtihatlardan hareketle sonuca ulaşmaktadır. Ancak her iki mahkeme de, bazı durumlarda, bu yaklaşımlarını değiştirmekte ve somut içtihatlar olmaksızın da karar vermektedir. İşte sorun, tam olarak bu yönde gelişen bir anlayışla ortaya çıkmaktadır. Mahkemelerin geçmiş kararlarında vardıkları sonuçların aksine; somut içtihatlar olmaksızın etkililik değerlendirmesini gerçekleştirmeleri, belirtilen tüm ilkeleri alt üst etmektedir. Bu durum, hem tüketme koşulunun özüne zarar vermekte hem de etkili hukuk yoluna ilişkin yapılan tüm açıklamaları boşa çıkarmaktadır. Üstelik AYM cephesinde, *B.T.* kararıyla yaşanan değişimle birlikte, somut içtihatların olmamasının bir önem taşımayacağı şeklinde gelişen anlayış, sorunlu bir şekilde içtihadı aktarılmış bulunmaktadır. AYM’nin bu yaklaşımını, ihlal edildiği ileri sürülen haklar arasında bir ayırım gözetilmeksizin uygulaması, başvuru sahiplerinin hayali başvuru yollarında sürüklenmesine neden olmaktadır.

AYM tarafından benimsenen bu yaklaşımın, onarıcı nitelikteki hukuk yolları bakımından da uygulanmasının ne derece olumsuz sonuçlara yol açabileceği aşikârdır. Hâlihazırda temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesinden yakınan birinin, diğer temel hak ve özgürlüklerinin de potansiyel olarak ihlal edilme ihtimalinin bulunduğu bir yola yönlendirilmesinin isabetli olamayacağı ortadadır. Onarıcı nitelikte bir hukuk yolu olmaya aday olan CMK 141 yolunun da tüm bu açıklamalar ışığında okunması doğru olacaktır.

CMK 141 yolu, teorik düzlemde, bazı temel hak ve özgürlüklerin ihlaline neden olabilecek tedbirler nedeniyle hem ihlalin tespiti hem de uğranılan zararların giderilmesi için tazminat öngörmektedir. Bu bağlamda, özgürlük ve güvenlik hakkına müdahale anlamına gelen yakalama, gözaltına alma ve tutuklama tedbirleri, özel hayata saygı hakkına müdahale anlamına gelen arama tedbiri ve son olarak, mülkiyet hakkına müdahale anlamına gelen el koyma tedbiri nedeniyle farklı durumların tazminat nedeni olarak öngörülmesi oldukça önemlidir. Böylelikle bahsi geçen tedbirler nedeniyle, temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri süren kimseler bakımından, hak ihlallerinin tespiti ile oluşan zararların giderilmesi için imkân sağlanmaktadır.

CMK 141 yolunun, teorik düzlemde, böylesine geniş bir alanda onarıcı nitelikte olma iddiası bulunmaktaysa da aynı iddianın pratikte de hüküm sürdüğünü söylemek oldukça güçtür. Gerçekten de CMK 141 yoluna ilişkin somut içtihatların olup olmadığı incelendiğinde; bazı tazminat nedenleri bakımından yoğun bir pratik mevcutsa da bazıları için herhangi bir yargı kararının dahi bulunmadığı görülmektedir.

Örneğin herhangi bir yorum faaliyetinin yürütülmeyeceği CMK 141/1-e yolunda, yoğun bir yargısal pratik bulunmaktadır. Gerçekten de Yargıtay'ın CMK 141 yoluna ilişkin verdiği kararlarının büyük bir çoğunluğunu, söz konusu başvuru yolunda verilen kararlar oluşturmaktadır. Bu nedenle, CMK 141/1-e yolunun pratikte varlık kazandığını ve öngörülebilir nitelikte bir hukuk yolu olduğu çok rahat bir şekilde söylenebilmektedir. Ancak söz konusu başvuru yolunun, haksız yere yakalandığını veya tutuklandığı iddia eden kimseler bakımından ihlalin tespitine imkân tanımaması nedeniyle, bireysel başvuru mekanizması bakımından etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira haksız yere bir tedbire maruz kaldığını iddia eden kimse bakımından, yeterli giderim ancak ihlalin tespitiyle mümkün olmaktadır.

Tazminat nedenlerinin, CMK 141/1-e’den farklı olarak, daha az yorum faaliyeti gerektirdiği durumlar da ise yargısal pratik ciddi oranda azalmaktadır. Üstelik yorum faaliyetinin oldukça az olduğu tazminat nedenleri bakımından, bazı durumlarda, etkililik değerlendirmesi için gerekli ve yeterli bir yargısal pratiğin bulunduğunu söylemek pek de mümkün olmamaktadır.

Tazminat nedenlerinin yorum faaliyetini doğrudan gerektirdiği durumlarda ise yargısal pratiğe hiç rastlanılmamaktadır. Bu duruma örnek olarak, CMK 141/1-a ve CMK 141/1-k yolları gösterilebilir. Bireysel başvuru mekanizması bakımından da önem arz eden hukuk yollarının, yorum faaliyetini gerektiren tazminat nedenleri olduğu şüphesizdir.

Bu kısa özetlemenin de gösterdiği gibi CMK 141 yolu, her ne kadar teorik düzlemde onarıcı nitelikte olmaya adaysa da pratikte durum tersidir. Bunun temel nedenlerinden biri de CMK 141 yoluna ilişkin yargısal pratiğin hâlen gelişmekte olmasından kaynaklanmaktadır. 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren CMK 141 yolunun uygulama alanı bulduğu dikkate alındığında, başvuru yolunun etkililik kazanması adına yeterli bir sürenin geçtiği açıktır. Ancak aradan geçen bu uzun süreye rağmen bu yönde bir gelişimin olmaması, CMK 141 yolunun pratikte ‘etkili bir hukuk yolu’ olmadığını somut bir şekilde ortaya koymaktadır.

Bu sorunun, ‘başvurucuların CMK 141 yolunu bilmemeleri’ şeklindeki bir gerekçeyle açıklanmasının mümkün olmadığı aşikârdır. Zira CMK 141 kapsamında bir tazminat nedeni olan CMK 141/1-e yoluna ilişkin yoğun bir pratik bulunmaktadır. Başvurucuların, CMK 141 yolunun farkında olarak bu yola yönelmeleri, ileri sürülen bu gerekçenin haksızlığını ortaya koymaktadır. Yaşanan bu olumsuz durumun temel nedeni, bazı tazminat nedenlerinin yorum faaliyetini kademeli olarak gerektirmesine rağmen; bunu aynı oranda karşılayabilecek bir yargısal uygulamanın bulunmamasıdır.

Bu sorunlu durum, üzerinde durulmayacak nitelikte değildir. Başvurucuların tazminat nedenlerinin yorum faaliyetini gerektirdiği durumlarda CMK 141 yoluna hiçbir şekilde yönelmemelerinin nedeni, Türkiye yargı uygulamasının yorum gerektiren tazminat nedenleri bakımından oldukça başarısız bir izlenim vermesidir. Gerçekten de tazminat nedenlerinin oluşup oluşmadığı tespit edilirken bazı tazminat nedenleri bakımından hiç yorum yapılması gerekmezken; bazıları bakımından durum bunun aksidir. Doğaldır ki uygulamanın tazminat nedenlerini yorumlamakta gösterdiği kötü performans, başvurucuları, “yorum kurbanı” olmamak nedeniyle, en az yorum gerektiren tazminat nedeninin koşullarının oluşmasını

beklemeye itmektedir. Bu bekleyişin Türkiye uygulamasının gerçekliğinde haklılık payı olmadığını söylemek güçtür.

Üstelik Türkiye yargı uygulaması, nihai karar ile tedbirlerin haksızlığının bir ilgisi bulunmadığını ayırt etmekten uzaktır. Doğaldır ki bu anlayış, tazminat talebinde bulunacak kişileri, haklarında verilecek kararların beraat veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar olmasını beklemeye itmektedir.

CMK 141 yolunun teorik düzlemde gerektirdiği araştırmanın uygulamada gerçekçi olamamasının da önemli bir eksikliği oluşturduğu belirtilmelidir. Zira CMK 141 yolu, bir sulh ceza hâkimi/asliye ceza mahkemesi/ağır ceza mahkemesi tarafından verilen kararın, başka bir ağır ceza mahkemesi tarafından değerlendirilerek haksızlığının tespit edilmesini gerektirse de; ‘kapalı bir devre’ sisteminin içerisinde bunun pek mümkün olamayacağı ortadadır. Üstelik yapılacak bu tespitin, kişi hakkında yürütülen asıl dava devam ederken yapılmasının bir hayal olduğunu söylemek hiç de zor değildir. Zira tazminat konusunda karar verecek ağır ceza mahkemesi, kişi hakkında yürütülen yargılamayı etkileyeceği düşüncesiyle hareket ederek, uygulanan tedbirlerin haksızlığını tespit etmekten kaçınacaktır. Bunun yalnızca bir örnekle somutlaştırılması dahi bu sorunu hemen gün yüzüne çıkaracaktır.

Örneğin, İstanbul Adliyesinde bulunan bir ağır ceza mahkemesinde yargılanan bir gazetecinin “yargı taciziyle” kuvvetli suç şüphesi bulunmadan yaklaşık olarak 1 yıl boyunca tutuklu bulunmasının ardından, hakkında mahkûmiyet kararı verilerek tahliye edilmesi sonrasında, Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesinde açacağı CMK 141 davasında, kendisinin başarıya ulaşmasını beklemek hayaldir. Bunun birden fazla gerekçesi vardır: *İlk neden*, kişi hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi nedeniyle ağır ceza mahkemesinin uygulanan tedbirin haklı olup olmadığını tartışmadan doğrudan sonuca ulaşacak olmasıdır. Bu ihtimal hiç de uzak gelmeyen bir ihtimaldir. *İkinci neden*, kişi hakkında her ne kadar mahkûmiyet kararı verilmişse de hakkında istinaf yargılaması devam ettiğinden asıl davanın sonucuna etki edilebileceği düşüncesiyle bu konuda tespit yapılmaktan kaçınılacaktır. *Üçüncü bir gerekçe* olarak ise, sistemin “kapalı devre” işlemlerinden dolayı, bu yöndeki bir talebin başarıya ulaşma ihtimali bulunmamaktadır. Zira tedbiri uygulayan ağır ceza mahkemesi ile tedbirin haksız olduğunu tespit edecek ağır ceza mahkemesi hâkimleri birbirini en basit tabiriyle “tanımaktadır”. Bu hâliyle, birbirlerine “ters düşerek” tedbirlerin haksızlığını tespit etmelerini kendilerinden

beklemek zordur(!). Tazminat talebinin başarıya ulaşmayacağını açıkça gösteren bu örnek, farklı tüm ihtimallerde değerlendirilerek sayısız şekilde çoğaltılabilir.

Uygulamanın bu sorunlu yönlerini aşmak adına, tazminat talebine konu olacak karar veya işlemlerin kim tarafından verildiğinin “anonimleştirilmesi” ile dosya durumu veya sonucuna ilişkin bilgilerin tazminat davasına dahil edilmemesi önemli katkılar sunabilir. Zira tazminat konusu edilen işlem veya kararın kim tarafından verildiği bilinmeksizin, yalnızca dosyadaki somut verilerden hareketle tedbirlerin haksız olup olmadığının değerlendirilecek olması; hem ağır ceza mahkemesini objektif yorum yapmaya itebilecek hem de başvuru sahipleri bahsi geçen endişelerden uzaklaştırılabilecektir. Üstelik UYAP sistemi vasıtasıyla CMK 141 davasına özgü alınacak bu önlemlerin sağlanması oldukça kolaydır. Anonimleştirme gerçek anlamda uygulamada işler kılınmadığı sürece, CMK 141 yolunun pratikte etkili bir hukuk yolu olduğunu söylemek pek mümkün görünmemektedir.

Uygulamanın bu sorunlu yönlerinin İHAM ve AYM tarafından göz önünde bulundurulması elzemdir. Bu doğrultuda Mahkemelerin, tüketme koşulunun ruhuna uygun olacak şekilde, yalnızca teorik düzenlemeden hareketle, hukuk yolunun etkili olup olmadığını değerlendirmemeleri; aynı zamanda, bu yolların işlediği genel politik bağlam, başvuranın kişisel durumu ve somut uygulama gerçekliklerini de gözetenek sonuca ulaşmaları doğru olacaktır.

CMK 141 yolunun uygulama alanı bulduğu 2005 yılından bu yana pratikte varlık kazanamaması, söz konusu eksikliklerin yanında, teorik düzenlemeden kaynaklı sorunlar nedeniyle de derinleşmektedir. Gerçekten de teorik düzenleme birçok açıdan sorunludur. Bu sorunların başını, temel dava şartları olan dava açma süresi ile kesinleşme şartına ilişkin yaşanan belirsizlikler çekmektedir. Zira CMK 142 düzenlemesi incelendiğinde, hangi tazminat nedenleri bakımından asıl dava devam ederken başvuru yapılabileceğinin yeterli oranda açık olmadığı görülmektedir. Üstelik 466 sayılı Kanun döneminden itibaren uygulanagelen “asıl davanın kesinleşmesi gerektiği” yönündeki bir anlayışın uygulamada hüküm sürdüğü dikkate alındığında, başvuru sahiplerinin hangi durumlarda CMK 141 yoluna başvurabileceklerini belirlemeleri büyük bir muammaya dönüşmektedir.

Kesinleşme şartına bağlı olarak yaşanan belirsizlikler, CMK 141 yoluna başvuruda dava şartı niteliğinde olan dava açma süresi konusunda da haksız uygulamalara neden olabilecek

niteliktedir. Bunun yanında tazminat nedeninin bir karar veya hükme bağlı olmadığı durumlarda, asıl davanın kesinleşmesinin gerekip gerekmediği veya davanın hangi süre içerisinde açılması gerektiğine de CMK 142 düzenlemesinin cevap verdiğini söylemek mümkün değildir.

Yargıtay yaşanan tüm bu sorunları aşmak adına, “asıl davanın sonucuna bağlı olmayan talepler” bakımından kesinleşme şartını esnetmiştir. Ancak bu durum, sorunları aşmak yerine daha da derinleştirmektedir. Zira Yargıtay bu konuda sadece örnekseyici açıklamalarda bulunmakta, özellikle tedbirlerin haksız olduğunun iddia edildiği durumlarda, asıl davanın sonucunun beklenmesinin gerekip gerekmeyeceği konusunda, net açıklamalar yapmamaktadır. Üstelik Yargıtay’ın bunu tutarlı bir şekilde uyguladığını da söylemek güçtür. Kaldı ki dava şartı olan ve başvuru için süreyi belirleyecek olan bir hususun, Yargıtay içtihadına bırakılmış olmasının doğru bir yaklaşım olup olmayacağı tartışmalıdır.

Yapılan tüm bu açıklamalar, CMK 141 yoluna ilişkin hem teoride hem de pratikte bir keşmekeşin hüküm sürdüğünü göstermektedir. Üstelik hukuk yolunun etkililiğine doğrudan sirayet edebilecek nitelikte pek çok sorunlu alan, aradan uzun yıllar geçmesine rağmen, çözüme kavuşmuş değildir.

Onarıcı nitelikte bir hukuk yolu olmaya aday CMK 141 yolunda yaşanan tüm bu sorunlar, başvuru yolunun etkililiğine şüpheyle yaklaşılmasını zorunlu kılmaktadır. Aksi durumda hâlihazırda temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia eden kimseler bakımından, başvuru yolunda yalnızca “oyalanmalarına” neden olunabilecektir. Bu durum, yaşanan mağduriyetleri gidermek yerine arttırabilecek niteliktedir. Bunun yanında CMK 141 yolunun etkili olup olmadığı değerlendirilirken tümünden bir yaklaşımla hareket edilmesinin hatalı olacağı da açıktır. Zira tazminat nedenlerinin gerektirdiği yoruma göre, ters oranlı bir ilişkiyle yargısal pratik azalmaktadır. Bu nedenle bireysel başvuru mekanizması bakımından tüketme koşuluna uygunluğun, her bir somut olay özelinde, somut içtihat tartışması eşliğinde değerlendirilmesi daha doğru olacaktır. Ancak böylesi bir durumda tüketme koşulunun özüne zarar gelmediği ve katı/şekilci bir yorumun yapılmadığı söylenecektir.

CMK 141 yoluna ilişkin teorik düzenleme ile yargısal pratik dikkate alınarak varılan bu sonuçların, İHAM'ın ve AYM'nin ilk dönem kararlarında karşılığı olduğu söylenmelidir.⁸⁶⁶ Gerçekten de İHAM'ın, CMK 141'de yer alan hukuk yolunu, uzun yıllar boyunca, tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmediği görülmektedir. İHAM'ın bu yöndeki tutumunun gerekçesi, hükümet tarafından sunulan ve tazminat yolunun başarıyla uygulandığını gösteren somut bir içtihadın bulunmaması olmuştur. AYM'nin de CMK 141'e ilişkin ilk dönem içtihatlarında, aynı gerekçelerle, söz konusu hukuk yolunu tüketilmesi gerekli etkili bir yol olarak kabul etmediği görülmektedir.

Ancak mahkemelerin bu yöndeki görüşü zamanla değişmiş ve gelişim sergilemiştir. İHAM, CMK 141'e ilişkin tutumunu 2005-2012 yılları arasında korumuşsa da, *Şefik Demir/Türkiye* kararıyla içtihat değişikliğine giderek, hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşen kimseler bakımından, “uzun tutukluluk” şikâyetiyle yapılan başvurularda, CMK 141 yolunu tüketmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmiştir. Mahkeme bu yöndeki görüşünü sonraki kararlarında daha da ileriye taşımış ve;

- Yakalamanın veya gözaltına alınmanın hukuki olmadığı iddiaları (CMK 141/1-a)
- Kanuni gözaltı süresinin aşıldığı veya gözaltı süresinin makul olmadığı iddiaları (CMK 141/1-b)
- Yol tutuklaması nedeniyle derhâl hâkim önüne çıkarılmadığı iddiaları (CMK 141/1-d)
- Tutukluluğun makul veya azami süreyi aştığı iddiaları (CMK 141/1-d-a)
- Şartlı tahliyeden yararlanılması gereken süreden sonra da tutuklu kalındığı iddiaları (CMK 141/1-f)
- Aramanın hukuki olmadığı ya da ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirildiği iddiaları (CMK 141/1-i)
- El koyma tedbirinin hukuki olmadığı ya da el koyma tedbiri nedeniyle uğranılan zararlara ilişkin iddialar (CMK 141/1-j)

yönünden, müdahalenin sona ermiş olması kaydıyla, CMK 141 yolunu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmiştir. Yine İHAM'a göre, hakkındaki beraat kararı kesinleşen

⁸⁶⁶ CMK 141 yoluna ilişkin İHAM ve AYM kararları için ayrıca bkz. İkinci Bölüm, “Tazminata Konu Hâller” Başlığı.

kimselerin, tutuklamanın hukuki olmadığı iddiaları bakımından, CMK 141/1-a ve CMK 141/1-e yolunu birlikte tüketmeleri gerekebilecektir.

İHAM'ın kararlarında eleştiriye açık olan husus, bazı tazminat nedenleri bakımından, AYM'nin kararlarından etkilenecek, sonuca ulaşılmasıdır. Mahkemenin, bu yöndeki yaklaşımı önceki kararlardaki ilke ve prensiplerine ters düşmektedir. İHAM'ın hukuk yolunun etkililiğini değerlendirirken AYM'nin bakış açısını ölçüt olarak almasının yeni sorunlara neden olabileceği de açıktır. Ancak yine de İHAM'ın bazı durumlarda, AYM'nin görüşünün aksine sonuca ulaştığı belirtilmelidir. Örneğin İHAM, Sözleşme'nin 5/4 düzenlemesi kapsamındaki ihlal iddiaları bakımından, başvuru yolunun uygulanarak başarıyla sonuçlandığına dair herhangi bir somut içtihadın sunulmaması nedeniyle, CMK 141/1-k yolunu etkili ve tüketilmesi gerekli bir yol olarak kabul etmemektedir. Mahkemenin bu yöndeki tutumu doğrudur ve sürdürülmelidir. Ancak bu yaklaşımın “AYM'nin bakış açısı” şeklindeki ölçüte ne kadar direnebileceği şüphelidir. Zira İHAM'ın bu yöndeki yaklaşımı, AYM'nin iç hukukta bir hukuk yolunu etkili kılma yönündeki istencini de zayıflatmaktadır.

İHAM'ın, AYM'nin bu yöndeki isteğine karşı kayıtsız kalamayacaksa da, bu yaklaşıma yeterli bir tepki vermesi gerektiği de belirtilmelidir. Zira AYM, bu isteğini yalnızca CMK 141 yolunda ısrarla ortaya koymamakta; ihlal iddiasına ilişkin herhangi bir hukuk yolunun bulunmadığı diğer durumlarda da, mevzuat yorumlamasıyla uygulaması bulunmayan bir düzenleme bularak, başvuru yolları hayali yollara sevk etmektedir. Özellikle AYM'nin *B.T.* kararında, tutulma koşulları nedeniyle tazminata hükmedildiğini gösteren herhangi bir adli veya idari yargı kararının bulunmamasına rağmen, Anayasa'nın 125. maddesi ve 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi dikkate alarak, idari yargıda dava açılabilmesi sonucuna ulaşması bunu göstermektedir. Bu tutum açıkça göstermektedir ki; AYM ileride, herhangi bir başvuru yolunun veya uygulamasının bulunmadığı, makul sürede yargılanma hakkına aykırılık iddiaları için de Adalet Bakanlığı aleyhine idari yargıda tazminat davasının açılmasını bekleyebilecektir.

AYM'nin bu yönde ısrarlı bir tutum izlemesi ve İHAM'ın buna karşı yeterli tepkiyi kararlarında ortaya koyamaması; bireysel başvuru mekanizmasını anlamsızlaştırabileceği gibi mahkemelerin içtihatlarının sıfırlanmasına ve ortaya konulan temel ilkelerin ters düzeltilmesine neden olabilecektir. Bu nedenle, bu sorunlu alanın ve gidişatın İHAM tarafından da

görülmesi ve AYM'nin 'uygulaması olmayan yollara' ilişkin ısrarlarına yeterli tepkinin kararlarda gösterilmesi elzemdir.

Bu hususa işaret edildikten sonra İHAM'ın CMK 141 yoluna ilişkin bakış açısına döndüğünde Mahkemenin yine de, AYM'ye nazaran, CMK 141 yoluna ihtiyatla yaklaştığı ve somut içtihatların var olup olmamasına göre sonuca vardığı genel olarak söylenebilecektir.

AYM'nin konuya ilişkin yaklaşımına bakıldığında ise Mahkemenin güncel içtihadının, neredeyse her durumda, CMK 141 yolunun etkili olduğu yönünde bir anlayışla geliştiği görülmektedir. Örneğin AYM;

- Yakalamanın veya gözaltına almanın hukuki olmadığı iddiaları (CMK 141/1-a)
- Kanuni gözaltı süresinin aşıldığı veya gözaltı süresinin makul olmadığı iddiaları (CMK 141/1-b)
- Kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklardan faydalandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanma (CMK 141/1-c)
- Tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın yapıldığına ilişkin iddialar (CMK 141/1-d-k)
- Tutukluluğun makul veya azami süreyi aştığı iddiaları (CMK 141/1-d-a)
- Suç isnadıyla yakalanan kişilerle ilgili olarak, yakalama nedenlerinin veya suçlamaların bildirilmediği iddiası (CMK 141/1-g)
- Tahliye taleplerinin veya tutukluluğun devamı kararlarına yapılan itirazların incelenmediği veya incelemenin kısa sürede yapılmadığı (CMK 141/1-k)
- Tutukluluğun devamı kararlarının ya da bunlara itiraz sonucunda verilen kararların tebliğ edilmediği (CMK 141/1-k)
- Tutukluluğun devamı kararına yapılan itirazların sürüncemede bırakıldığı (CMK 141/1-k)
- Aramanın hukuki olmadığı ya da ölçsüz bir şekilde gerçekleştirildiği iddiaları (CMK 141/1-i)
- El koyma tedbirinin hukuki olmadığı ya da el koyma tedbiri nedeniyle uğranılan zararlara ilişkin iddialar (CMK 141/1-j)
- Hâkim ve savcılarının karar veya işlemleri nedeniyle uğranılan zararlara ilişkin iddialar (CMK 141/3)

yönünden, müdahalenin sona ermiş olması kaydıyla, CMK 141 yolunu tüketilmesi gerekli etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmektedir. Yine AYM'ye göre, hakkındaki beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar kesinleşmiş olan kimselerin, tutuklamanın hukuki olmadığı iddiaları bakımından, CMK 141/1-a ve CMK 141/1-e yolunu birlikte tüketmeleri gerekmektedir.

AYM'nin CMK 141 yoluna ilişkin kararlarında eleştiriye açık olan husus ise *B.T.* kararıyla içtihadına kattığı sorunlu yaklaşımını sürekli uygulama yönündeki eğilimidir. Örneğin AYM, CMK 141/1-k yolunu etkili kabul ettiği tüm durumlarda herhangi bir somut içtihadın olmadığını özellikle vurgulamaktadır. Ancak burada ilginç olan ve AYM'nin fark etmediği husus; söz konusu başvuru yolunun etkili görüldüğü ilk karardan bu yana, aradan yaklaşık 5 yıl gibi çok uzun bir süre geçmesine rağmen, herhangi bir somut içtihat oluşmamıştır. Bu durum, AYM'nin ısrarla yönlendirdiği başvuru yolunun uygulaması olmayan bir yol olduğunu açıkça göstermektedir. Yaşanan bu gelişmeye rağmen, Mahkemenin içtihat değişikliğine gitmek yerine, CMK 141/1-k'nın etkili görüldüğü durumları daha da genişletme yönünde bir eğilimi bulunması sorundur. Bu durum, AYM'nin başvuruculara aşılmaz bir CMK 141 duvarı örmekte olduğu yönünde izlenim uyandırmaktadır.

İHAM'ın ve AYM'nin, somut içtihat tartışması yürütmeden CMK 141 yolunu etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmeleri bu bakımdan pek çok yeni soruna gebecektir. Mahkemelerin bu yöndeki yaklaşımlarının doğal bir sonucu olarak; temel hak ve özgürlükleri ihlal edilmesiyle birlikte mağdur olan kimselerin, onarıcı olduğu şüpheli bir hukuk yolunda oyalanmaları beklenmektedir. Üstelik mahkemelerce işaret edilen hukuk yolunda, potansiyel olarak başta makul sürede yargılanma hakkı ve mahkemeye erişim hakkı olmak üzere diğer temel hak ve özgürlüklerinin de ihlal edilmesi riskleri bulunmaktadır. Bu durum, mahkemelerin iş yükü sorununa karşı aradıkları cevabın CMK 141 yolunda olup olmadığını kendilerine yeniden sormaları gerektiğini somut bir şekilde göstermektedir. Bu nedenle hem AYM'nin hem de İHAM'ın önlerine çektikleri CMK 141 perdesini aralayarak, söz konusu problemlili alanları görmeleri ve somut içtihatlardan hareketle sonuca ulaşmaları isabetli olacaktır.

BULGULAR

- 1- CMK 141 yolunda, birçok ihlal iddiası bakımından, tazminat verildiğini gösteren “somut içtihatlar” bulunmamaktadır.

- 2- CMK 141 yolu, yürütülen yargılamada resen uygulanan şekli eksikliklerden dolayı “etkili bir hukuk yolu” niteliğinde değildir.
- 3- CMK 141 yolu, hükmedilen tazminat miktarlarının oldukça düşük olması nedeniyle, ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından “yeterli” bir hukuk yolu değildir.
- 4- CMK 141 yoluna, dava açma süresi ve kesinleşme şartına ilişkin yaşanan sorunlar nedeniyle, hangi anda başvurulabileceği yeterli kesinlikte ortada değildir.
- 5- AYM’nin, CMK 141 yolunun etkililiğini değerlendirirken dikkate aldığı içtihatlar “niceliksel” olarak sorunludur. AYM, CMK 141 yoluna ilişkin çoğu kararında aynı Yargıtay kararlarına atıf yapmaktadır.
- 6- AYM’nin, CMK 141 yolunun etkililiğini değerlendirirken dikkate aldığı içtihatlar “niteliksel” olarak da sorunludur. AYM, başvuru yolunda tazminat verildiğini göstermeyen veya ihlal iddiasıyla ilgili olmayan bozma kararlarıyla etkililik değerlendirmesini gerçekleştirmektedir.
- 7- AYM, bazı durumlarda, herhangi bir Yargıtay kararı olmaksızın da CMK 141 yolunu etkili görebilmektedir. Bu durum, tüketme koşulu ile etkili hukuk yoluna ilişkin ölçütleri ters düz ettiği gibi hayali başvuru yollarına yönelmeyi zorunlu kılmaktadır.
- 8- AYM’nin CMK 141 yolunu etkili kabul ettiği ilk kararlarından bu yana yaklaşık olarak 7 yıl geçmesine rağmen hâlen somut içtihatlar oluşmamıştır. Bu durum, AYM’nin ısrarına rağmen, başvuru yolunun pratikte etkililik kazanmadığını göstermektedir. AYM’nin oluşan bu durumu fark ederek, içtihadını gözden geçirmesi gerekmektedir.
- 9- İHAM, AYM’ye nazaran, CMK 141 yoluna ilişkin yaklaşımında ihtiyatlıdır. AYM ise CMK 141 yolunu, gündeme geldiği durumlarda, her hâlükârda etkili görme eğilimindedir.
- 10- İHAM’ın, yalnızca AYM’nin bakış açısından hareketle CMK 141 yolunu etkili gördüğü durumlar bulunmaktadır. Bu durum, tüketme koşulu ile etkili hukuk yoluna ilişkin ölçütleri ters düz ettiği gibi AYM’nin etkili gördüğü her ‘hayali’ başvuru yolunun etkili kabul edilmesi tehlikesine neden olmaktadır.
- 11- İHAM’ın somut içtihatlar olmaksızın CMK 141 yolunu etkili gördüğü durumlar bulunmaktadır. Bu yaklaşım, tüketme koşulu ile etkili hukuk yoluna ilişkin ölçütlere aykırıdır.
- 12- İHAM’ın, CMK 141 yolunu etkili bir hukuk yolu olarak kabul ettiği ilk kararlarından bu yana yaklaşık 8 yıl geçmesine rağmen, hâlen çoğu tazminat nedeni bakımından

somut içtihatlar oluşmamıştır. İHAM’ın oluşan bu durumu da fark ederek, içtihadını yeniden ele alması gerekmektedir.

13- İHAM ve AYM, CMK 141 yolunun “yeterliliği” sorununu kararlarında tartışmamaktadır.

14- İHAM ve AYM, CMK 141 yoluna ilişkin yaklaşımlarında; başvuru sahiplerinin, başvuru anındaki durumunu veya verilen kararların ardından başvuru yoluna başvurma imkânlarının olup olmadığını dikkate almamaktadır. Üstelik AYM, bu sorunu aşmak adına, bazı kararlarında, başvuruları kabul edilebilir bulmuşsa da bu yaklaşımını tutarlı bir şekilde uygulamamaktadır. Bu durum AYM’nin, CMK 141’e ilişkin içtihadında yaşanan karmaşayı daha da derinleştirmektedir.

KAYNAKÇA

AKKAYA Hikmet Murat, “Sevk Tutuklaması” Sorunu ve Aihm’in Yaklaşımı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.4, 2013, s.129-153.

AKSOY İPEKÇİOĞLU Pervin, “Yakalama veya Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007, s.1215-1254.

ALACAKAPTAN Uğur, “Haksız Tutma ve Yakalama Hâllerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, 1961, s.185-221.

ALBAYRAK Mustafa, “Son Yargıtay Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Verilmesi Kabul Edilen Haller”, Terazi Hukuk Dergisi, C.11, S.118, s.76-98.

ALDEMİR Hüsnü, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri Yakalama Gözaltına Alma Tutuklama ve Adli Kontrol, Ankara: Adalet Yay., 2018.

ARSLAN ÖNCÜ Gülay, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ed: Sibel İnceoğlu, 1. Baskı, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2013.

ARSLAN ÖNCÜ Gülay, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2019.

ATALI Murat, **ERMENEK** İbrahim, Medenî Usul Hukuku, Ankara: Seçkin Yay., 2019.

ATASAYAN Gözde, “Anayasa Mahkemesinin “Twitter” ve “Youtube” Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2014, s.13-36.

ATAY Ender Ethem, İdari Yargılama Hukuku, Ankara: Seçkin Yay., 2018.

AYBAY Rona, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Gözlemler ve 14. Protokol”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 88, 2010, s.225-260.

AYBAY Rona, Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Ankara: TBB Yay., 2006.

AYDIN Hüseyin, “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Koruma Tedbirleri”, CHD, C.7, S.18, 2012, s.75-112.

BARKHUYSEN Tom, **EMMERİK** Michiel Van, “Right To An Effective Remedy (Article 13)”, in: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Ed: Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, Fifth Edition, Cambridge: Intersentia, 2018, s.1035-1061.

BAYTAR Serdal, “Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması”, TBB Dergisi, S.61, 2005, s.359-373.

BEKRİ Nedim, “Yakalama ve Tutuklama Nedeniyle Tazminat Düzenlemesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Açısından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.1, 2012, s.37-58

BLEİCHRODT Edwin, “Right to Liberty and Security”, in: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Ed: Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, Fifth Edition, Cambridge: Intersentia, 2018, s.439-495.

CAROZZA Paolo G., “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, The American Journal of International Law, C.97, S.38, 2003, s.38-79.

CARSS-FRİSK Monica, Mülkiyet Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No’lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz: İnsan Hakları El Kitapları-4, Strazburg: Avrupa Konseyi Yay., 2001.

CENGİZ Serkan, **DEMİRAĞ** Fahrettin, **ERGÜL** Teoman, **MCBRİDE** Jeremy, **TEZCAN** Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara: Şen Matbaa, 2008.

CENTEL Nur, **ZAFER** Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Beta Yay., 16. Bası, 2019.

ÇELİK BOZKURT Özlem, “Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Tutuklama Kararlarına Karşı Bireysel Başvuruda CMK 141. Maddenin Durumu”, in: Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Feridun Yenisey/İzzet Özgenç/Ayşe Nuhoğlu/Adem Sözüer/Faruk Turhan (ed.), Ankara: Seçkin Yay, 2018.

DE VRİES Karin “Right To Respect For Private and Family Life” in: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Ed: Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn, Zwaak, Fifth Edition, Cambridge: Intersentia, 2018, s.667-733.

DOĞANYİĞİT Saadettin, “Sayıştay Yargısında Kanun Yolları”, Sayıştay Dergisi, S.44-45, 2002, s.3-10.

DOĞRU Osman, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul: Legal Yay., 2012.

DOĞRU Osman, **NALBANT** Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-1, 1. Baskı, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2012.

DOĞRU Osman, **NALBANT** Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt-2, 1. Baskı, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2013.

EFE Metin, Anayasa Mahkemesi Uygulamaları Kapsamında Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları, Ankara: Seçkin Yay., 2016.

EKER KAZANCI Behiye, “AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbirleri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması”, TBB Dergisi, S.98, 2012, s.75-104.

EKİNCİ Hüseyin, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.30, 2013, s.161-197.

EKİNCİ Hüseyin, “Kabul Edilebilirlik Kriterleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadının Anayasa Mahkemesi İçtihadına Olası Etkileri”, in: Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), Musa Sağlam (Ed.), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., 2013.

EPÖZDEMİR Rezan, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, Terazi Hukuk Dergisi, C.12 S.135, s.14-28.

EREM Faruk, “Haksız Tevkif Edilenlere Tazminat”, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, S. 2, 1956, s.83-86.

ERMAN R. Barış, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1, 2010, s.679-701.

ERMAYASI Mustafa, Anayasa Mahkemesi’ne Yapılan Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirlik Bakımından İncelenmesi, Ankara: Adalet Yay., 2018.

ERSOY Uğur, “Anayasa Mahkemesine Yapılacak Bireysel Başvurularda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın İtiraz Yetkisinin Etkileri ve Sonuçları”, Ankara Barosu Dergisi, S.2, 2016, s.125-153.

ERSOY Uğur, “Bir Koruma Tedbiri Türü Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m.133), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, C.65, S.4, 2016, s.3393-3431.

ERSOY Uğur, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Kavramları Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın İtiraz Yetkisi”, Ceza Hukuku Dergisi, C.10, S.29, 2015, s.67-124.

ERYILMAZ Mesut Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Ankara: Seçkin Yay., 2012.

GEMALMAZ H. Burak, “Özgürlükten Yoksun Bırakma ve Malvarlığı Değerlerine El Koyma Tedbirlerinin Doğurduğu Sorunlarda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunun Kullanılması Şartı Olarak Tazminat Davası Açma Zorunluluğu Aranmasının Yerindeliği”, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan, İstanbul: On İki Levha Yay., 2019, s.587-620.

GEMALMAZ H. Burak, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2018.

GÖKCAN Hasan Tahsin, “Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, TBB Dergisi, S.135, 2018, s.9-76.

GÖKCEN Ahmet, **BALCI** Murat, **ALŞAHİN** M. Emin, **ÇAKIR** Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku-II, Ankara: Adalet Yay., 2017.

GÖREN Zafer, “Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.11, 1994, s.97-134.

GÖZTEPE Ece, “Anayasa Mahkemesi’nin “Mobbing” Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.32, 2015, s.17-33.

GÖZTEPE Ece, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 95, 2011, s.13-40.

GÖZTEPE Ece, Anayasa Şikâyeti, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1998.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, **GÖLCÜKLÜ** Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 10. Bası, Ankara: Turhan Yayıncılık, 2013.

GRABENWARTER Christoph, European Convention on Human Rights: Commentary, München: C.H. Beck, Oxford: Hart, Baden-Baden: Nomos, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.

GRGIĆ Aida, **MATAGA** Zvonimir, **LONGAR** Matija, **VİLFAN** Ana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap: İnsan Hakları El Kitapları-10, Özgür Heval Çınar, Abdulcelil Kaya (çev.), Strazburg: Avrupa Konseyi Yay., 2007.

GÜNAY Erhan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara: Seçkin Yay., 2018.

GÜRÜHAN Caner, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunun Ceza Mahkemelerinden Verilen Kararlar Bakımından Değerlendirilmesi”, in: Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), Sevtap Yokuş (Ed.), Ankara: Seçkin Yay., 2014.

HAMDEMİR Berkan, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Ankara: Seçkin Yay., 2. Baskı, 2018.

HARRİS David, **O’BOYLE** Michael, **BATES** Ed, **BUCKLEY** Carla, Law of the European Convention on Human Rights, Fourth Edition, Oxford: Oxford University Press, 2018.

I.C.J. Reports, 1959.

İNCEOĞLU Sibel (Ed.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 1. Baskı, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2013.

İNCEOĞLU Sibel, “Etkili Başvuru Hakkı”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ed: Sibel İnçeoğlu, 1. Baskı, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2013.

İNCİ Z. Özen, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, Ankara: Seçkin Yay., 2017.

KABOĞLU İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), İstanbul: Legal Yay., 2014.

KABOĞLU İbrahim, Anayasa Yargısı Demokrasi Kavramının Dönüşümü Üzerine, Ankara: İmge Yay., 1994.

KAHRAMAN Mehmet, **ŞAHİN** Muhammed, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi”, AYD, C.36, S.2, 2019, s.37-61.

KALYONCU Betül, Türk Pozitif Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Ankara: Adalet Yay., 1. Baskı, 2017.

KAPLAN Recep, “Bireysel Başvuruda Gerilimli Bir Alan: Başvuru Yollarının Tüketilmesi”, Haşim Kılıç’a Armağan Cilt 2, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., 2015.

KARAARSLAN Abdulkadir, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirliğe Dair Bir Usul Sorunu Olarak Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı ve Kanunla Kurulan Tazminat Komisyonları”, TBB Dergisi, S.132, 2017, s.9-54.

KARADEMİR Dilek, “Son Kanun Değişiklikleri Işığında Hâkimin Hukuki Sorumluluğu”, TBB Dergisi, S.119, 2015, s.241-276.

KARAMAN Ebru, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, İstanbul: On İki Levha Yay., 2013.

KARAN Ulaş, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İn: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ed: Sibel İnCEOğlu, 1. Baskı, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2013.

KARAN Ulaş, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2015.

KAYA Seyithan, 2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru, Ankara: Adalet Yay., 2018.

KILINÇ Bahadır, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.25, 2008, s.19-59

KIRATLI Metin, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu), Ankara: Sevinç Matbaası, 1966.

KOÇ Coşkun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi (Kişi Özgürlük ve Güvenliği) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Yakalama ve Gözaltına Alma, İstanbul: Legal Yay., 2020.

KORKMAZ Muzaffer, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Ankara: Seçkin Yay., 2019.

KURU Baki, **ARSLAN** Ramazan, **YILMAZ** Ejder, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara: Yetkin Yay., 25. Baskı, 2014.

LEACH Philip, Taking A Case To The European Court Of Human Rights, Fourth Edition, Oxford: Oxford University Press, 2017.

MACOVEİ Monica, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapçıkları No. 5, Almanya: Avrupa Konseyi Yay., 2002, s.118.

MADRA Ömer, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1981.

MOLU Benan, Siyasi Amaçlı Tutuklama Yasağı Çerçevesinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 18. Maddesinin Kapsamı, Uygulanması ve 18. Madde İhlali Kararlarının Sonuçları, İstanbul: On İki Levha Yay., 2019.

OĞUZ Batuhan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yolları Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Başvuru Yollarının Tüketilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C.93, S.5, 2019, s. 180-198.

ÖZALP Nabi, “Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, TBB Dergisi, S.45, 2019, s.81-158.

ÖZBEK Veli Özer, “Türk Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, CHKD, C.2, S.1-2, 2014 s.135-155.

ÖZBEK Veli Özer, **DOĞAN** Koray, **BACAKSIZ** Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Seçkin Yay., 12. Baskı, 2019.

ÖZTÜRK Bahri, **EKER KAZANCI** Behiye, **SOYER GÜLEÇ** Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Ankara: Seçkin Yay., 3. Bası, 2019.

ÖZTÜRK Bahri, **TEZCAN** Durmuş, **ERDEM** Mustafa Ruhan, **GEZER** Özge Sırma, **SAYGILAR KIRIT** Yasemin F., **ALAN AKCAN** Esra, **ÖZAYDIN** Özdem, **ERDEN TÜTÜNCÜ** Efser, **ALTINOK VİLLEMİN** Derya, **TOK** Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Bahri Öztürk (Ed.), Ankara: Seçkin Yay., 13. Baskı, 2019.

REİD Karen, A Practitioner's Guide To The European Convention On Human Rights, London: Sweet & Maxwell, Fifth Edition, 2015.

ROAGNA Ivana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması: Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Ayşe Gül Alkış Schäling (çev.), Strazburg: Avrupa Konseyi Yay., 2012.

SABUNCU Yavuz, **ESEN ARNWEIN** Selin, "Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", Anayasa Yargısı Dergisi, C.21, 2004, s.229-246.

SARIGÜL Ali Tanju, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiy Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Ankara: Seçkin Yay., 2013.

SARITAŞ Hatice, "4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları", Sayıştay Dergisi, S.59, 2005, s.141-157.

SCHABAS William, The European Convention on Human Rights: A Commentary, First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2015.

SÜRÜCÜ Sinan, **ALGAN** Doğukan, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları", İzmir Barosu Dergisi, S.2, 2014, s.45-102.

ŞAHBAZ İbrahim, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", TBB Dergisi, S.58, 2005, s.163-188.

ŞAHİN Cumhur, **GÖKTÜRK** Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Ankara: Seçkin Yay., 10. Bası, 2019.

ŞAHİN Cumhur, **GÖKTÜRK** Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-II, Ankara: Seçkin Yay., 9. Baskı, 2019.

ŞAHİN Ragıp, **Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları**, Ankara: Seçkin Yay., 2020.

ŞEN Ersan, **ERYILDIZ** Sefa, **Elkoyma**, Ankara: Seçkin Yay., 2017.

ŞEN Murat, “Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı”, in: **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**, Hüseyin Turan, Recep Kaplan (Ed.), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., 2015.

ŞENTUNA Mustafa Tarık, **Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Ulusal ve Ulus Üstü İnsan Hakları**, **Anayasa ve Ceza Yargılaması Hukuku Açısından Tutuklama ve Adli Kontrol**, Ankara: Seçkin Yay., 2014.

ŞİRİN Tolga, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Etkisi”, **AYD**, C.35, 2018, s.147-167.

ŞİRİN Tolga, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Yönelik Önemli Gelişmeler CMK md.141 Etkili Bir Hukuk Yoludur”, **Güncel Hukuk Dergisi**, S.169, 2018, s.48-51.

ŞİRİN Tolga, “Politik Amaçlı Tutuklama Yasağı İHAS md.18 ve Anayasa Şikâyeti”, **Güncel Hukuk Dergisi**, 2016 Nisan, s.52-54.

ŞİRİN Tolga, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yay., 2015.

ŞİRİN Tolga, **Bireysel Başvuru Usul Hukuku Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7**, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2018.

ŞİRİN Tolga, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, Avrupa Konseyi Yay., Ankara, 2018

ŞİRİN Tolga, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, İstanbul: On İki Levha Yay., 2013.

TANÖR Bülent, **YÜZBAŞIOĞLU** Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta, 2014.

TAŞTAN Mehmet, Açıklamalı İçtihatlı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Ankara: Adalet Yay., 2019.

TATAR Onur, Haksız Yakalama ve Tutuklamadan Doğan Tazminat Davaları, Ankara: TBB Yay., 2012.

TAYTAK Mustafa, **SAKINÇ** Süreyya, “Sayıştay’ın Yargılama Fonksiyonu ve Sayıştay Yargısında Kanun Yolları”, Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi, C.5, S.1, 2018, s.81-105.

TEZCAN Durmuş, **ERDEM** Mustafa Ruhan, **SANCAKDAR** Oğuz, **ÖNOK** Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara: Seçkin Yay., 8. Baskı, 2019.

TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), İstanbul: Beta, 12. Bası, 2007.

TURHAN Mehmet, **KUZU** Burhan, **SAĞLAM** Fazıl, **GÖREN** Zafer, **TÜRK** Hikmet Sami, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Tartışma Paneli”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.21, 2004, s.248-295.

TOTAL Erhan, “Bireysel Başvurunun İşlev ve Niteliği İle Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu” Haşim Kılıç’a Armağan, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., 2015.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, TBB Yayınları, 2007.

UNGAN Abdulkadir, Haksız Fiil Tazminatı ile Koruma Tedbirlerine Aykırılıktan Doğan Tazminat, Ankara: Seçkin Yay., 2017.

ÜNVER Yener, **HAKERİ** Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 2, Ankara: Adalet Yay., 15. Baskı, 2019.

YALVAÇ Gürsel, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.3, S.2, 2015, s.267-306.

YENİSEY Feridun, **NUHOĞLU** Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Seçkin Yay., 7. Baskı, 2019.

YILDIRIM Fikret, “Tahkimde İptal Davası ve İptal Davasının Amaçları Bakımından Bazı Değerlendirmeler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağanı Cilt-III), C. 22, S. 3, 2016, s.3005-3026.

YILDIZ Ali Kemal, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14, S.1, 2006, s.131-214.

YILMAZOĞLU Yunus Emre, Bireysel Başvuru Rehberi, Ankara: Adalet Yay., 2019.

YOKUŞ Sevtap, “Türkiye’den Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Başvuruda İç Hukuk Yolu Olarak Anayasa Şikâyeti”, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.1, S.2, 2016, s.33-50.

ZAFER Hamide, “Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Mağdurlarının Tazminat Hakkı”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.2, s.77-99.

ZWAAK Leo, **HAECK** Yves, **HERRERA** Clara Burbano “Procedure Before The Court”, in: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Ed: Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, Fifth Edition, Cambridge: Intersentia, 2018, s.79-271.

Yararlanılan İnternet Siteleri

<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (E.T. 27.02.2020)

<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (E.T. 09.03.2020)

<https://hudoc.echr.coe.int/> (E.T. 01.09.2020)

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (E.T. 01.09.2020).

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=122187&pkanunnumarasi=6459> (E.T. 02.04.2020)

<https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 30.11.2019)

https://www.anayasa.gov.tr/media/5601/bb_istatistik_2018.pdf (E.T. 01.09.2020)

https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf (E.T. 30.11.2019)

https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592018_ENG.pdf (E.T. 01.09.2020)