

T.C.

**BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ**

**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ  
KARARLARININ TÜRK CEZA ve CEZA MUHAKEMESİ  
HUKUKLARINA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ BAĞLAMINDA  
ETKİSİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**NIHAT KAYA**

**Tez Danışmanı: PROF.DR.AYŞE NUHOĞLU**

**İSTANBUL 2020**



## ÖZET

### AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ TÜRK CEZA VE CEZA MUHAKAMESİ HUKUKLARINA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ BAĞLAMINDA ETKİSİ

Nihat Kaya

Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu

Eylül 2020, 157 Sayfa

Çalışmamızın konusu, tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin denetim mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Türkiye hakkında vermiş olduğu kararların, Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuklarına olan etkileridir.

Çalışmamızın amacı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye hakkında verilen kararları incelenerek, Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuklarındaki etkilerinin neler olduğu anlatmaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında dile getirilen ve mahkemenin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırmasında dikkate aldığı ölçülülük ilkesinin, Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuklarına etkilerini, mahkeme kararları, yargı içtihatları ve doktrindeki görüşlerden yararlanarak saptamaktır.

Bu açıdan, mahkeme kararlarının iç hukuka etkilerinin anlaşılması bağlayıcılığı üzerinde durulduktan sonra, Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukları ölçülülük

ilkesinin ne anlama geldiği ve etkilerinin neler olduğu açıklandıktan sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargıtay'ın ölçölölük ilkesine başvurduğu kararlara yer verilmiş, ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının, Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuklarına etkileri, ölçölölük ilkesi yönüyle aktarılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bağlayıcılık, iç hukuka etki, ölçölölük, ceza ve ceza muhakemesi hukukları.

### ABSTRACT

The subject of our study is the impact of the decisions made by the European Court of human rights on Turkey, the Supervisory Mechanism of the European Convention on human rights, to which we are a party, on Turkish Criminal and Criminal Procedure laws.

The aim of our study is to examine the decisions of the European Court of Human Rights in Turkey and to explain what their effects are in Turkish Criminal and Criminal Procedure Law.

It is to determine the effects of the moderation principle expressed in the decisions of the European Court of Human Rights and which the court takes into account in the limitation of fundamental rights and freedoms on Turkish Criminal and Criminal Procedure Law by using the opinions of court decisions, judicial case law and doctrine.

In this respect, court decisions after the understanding of the effects of binding focused on the domestic law of the Turkish Criminal Code and Criminal Procedure Law after explaining the meaning and what are the effects of the principle of proportionality, the European Court of human rights refers to the principle of proportionality and the Supreme Court decisions that are included in there, and then the decisions of the European Court of human rights, the Turkish Criminal Code and the Criminal Procedure Law, the effects of Aspect were transferred to the principle of proportionality.

**Keywords:** European Court of Human Rights, binding, impact on domestic law, moderation, criminal and criminal procedure laws.

## İÇİNDEKİLER

ÖZET .....	ii
ABSTRACT.....	iii
KISALTMALAR .....	viii
GİRİŞ .....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

3

1.AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI	3
1.1 GENEL OLARAK.....	3
2.ULUSLARARASI HUKUKUN İÇ HUKUKA ETKİSİ .....	4
2.1 GENEL OLARAK.....	4
2.1.1 TEKÇİ (MONİST) GÖRÜŞ .....	4
2.1.2 İKİCİ (DUALİSTE) GÖRÜŞ .....	6
2.1.3 TEORİK GÖRÜŞLERİN UYGULANMASI.....	7
3.ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN İÇ HUKUKTAKİ YERİ VE ETKİSİ .....	8
3.1 GENEL OLARAK.....	8
3.2 ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN TÜRK İÇ HUKUKUNDA YERİ.....	10
3.2.1 GENEL OLARAK.....	10
3.2.2 ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN KANUNLARLA EŞ DEĞER OLDUĞU GÖRÜŞÜ .....	11
3.2.3 ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN KANUNLARDAN ÜSTÜN OLDUĞU GÖRÜŞÜ .....	12
3.2.4 ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR ARASINDA AYRIM YAPAN GÖRÜŞ.	13
4.AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN İÇ HUKUKTAKİ YERİ .....	14
4.1 ÖZELLİKLERİ.....	14
4.1.1 BİREYİ ULUSLARARASI HUKUK SÜJESİ HALİNE GETİRMESİ.....	14

4.1.2 ETKİLİ BİR DENETİM MEKANİZMASI KABUL ETMESİ .....	15
4.1.3 SÖZLEŞMENİN GÜVENCESİ İKİNCİL OLMASI .....	16
4.1.4 KARŞILIKLILIK ESASINI BENİMSEMEMİŞ OLMASI .....	16
4.1.5 VATANDAŞLIK ESASININ OLMAMASI .....	17
4.1.6 SÖZLEŞMENİN DOĞRUDAN UYGULANABİLMESİ .....	17
4.1.7 AİHS'NİN DİĞER ÖZELLİKLERİ .....	18
4.2 AİHS'NİN HUKUKİ NİTELİĞİ .....	18
4.3 AİHS'NİN KAPSAMI .....	20
4.4 AİHS'NİN, TÜRK HUKUK SİSTEMİNDEKİ YERİ .....	22
4.4.1 GENEL OLARAK .....	22
4.4.2 AİHS'NİN, NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ .....	28
4.4.3 AİHS'NİN BAĞLAYICILIĞI .....	30
4.4.4 YÜKSEK MAHKEME KARARLARINDA AİHS'NİN NİTELİĞİ .....	32
5. AİHM VE AİHM'NİN KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI .....	36
5.1 GENEL OLARAK .....	36
5.2 AİHM'NİN YAPISI .....	38
5.2.1 11. NOLU PROTOKOLDEN ÖNCEKİ HAL .....	38
5.2.2 11. VE 14. NOLU PROTOKOLDEN SONRAKİ HAL .....	41
6. AİHM'NİN KARARLARI VE BAĞLAYICILIĞI .....	42
6.1 GENEL OLARAK .....	42
6.2 AİHM'NİN KARARLARI .....	44
6.3 AİHM'NİN ESASA İLİŞKİN KARARLARI .....	47
6.3.1 ADİL TAZMİN .....	48
6.3.2 MADDİ OLMAYAN BİREYSEL TEDBİRLER .....	49
6.3.2.1 YARGILAMANIN YENİLENMESİ .....	49

6.3.3 TARAF DEVLET TARAFINDAN ALINABİLECEK DİĞER TEDBİRLER ....	52
6.3.3.1 YASAL DÜZENLEMELERDEN KAYNAKLI İHLALLER HALİNDE ALINACAK TEDBİRLER.....	52
6.3.3.2 UYGULAMADAN KAYNAKLI İHLALLER HALİNDE ALINACAK TEDBİRLER.....	57
6.3.4 MADDİ OLMAYAN GENEL TEDBİRLER.....	58
6.4 AİHM KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ VE YERİNE GETİRİLMEMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUK .....	59
6.4.1 GENEL OLARAK .....	59
6.4.2 ARA KARARLAR .....	61
6.4.3 AVRUPA KONSEYİ STATÜSÜNÜN 8.MADDESİNİN UYGULANMASI....	62
6.4.4 AİHM’NİN, AİHS’NİN 46. MADDESİNDE BELİRTİLEN YETKİLERİ .....	63
6.4.4.1 KARARIN YORUMLANMASI İÇİN MAHKEMEYE BAŞVURU .....	63
6.4.4.2 KARARIN TARAF DEVLET TARAFINDAN YERİNE GETİRİLMEMESİ HALİNDE MAHKEMEYE BAŞVURU.....	64

## İKİNCİ BÖLÜM

66

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ TÜRK CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKLARINA ETKİSİ.....	66
1. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ.....	67
1.1 GENEL OLARAK.....	67
1.2 TARİHSEL GELİŞİMİ.....	73
1.3 ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN TANIMI .....	75
1.4 ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ.....	77
1.4.1 1961 ANAYASASI DÖNEMİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ .....	79
1.4.2 1982 ANAYASASI DÖNEMİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ .....	83
1.5 SINIRLAMANIN AMACI VE ARACI .....	87

1.6 ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ALT İLKELERİ.....	89
1.6.1 ELVERİŞLİLİK İLKESİ .....	89
1.6.2 GEREKLİLİK İLKESİ .....	95
1.6.3 ORANTILILIK İLKESİ.....	101
2.CEZA HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ .....	111
2.1 CEZA YAPTIRIMLARINDA, CEZANIN SINIRLARININ BELİRLENMESİNDE VE BİREYSELLEŞMESİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ .....	115
3. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ.....	122
3.3 KORUMA TEDBİRLERİNDE ÖLÇÜLÜLÜK.....	127
4. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ.....	131
<b>ÜÇÜNCÜ BÖLÜM</b>	
<b>137</b>	
1. AİHM KARARLARININ TÜRK CEZA VE CEZA MUHAKEMELERİNE ETKİSİ .....	137
2. AİHM'NİN KARARLARININ ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ YÖNÜYLE TÜRK CEZA VE CEZA MUHAKEMELERİNE ETKİSİ.....	140
SONUÇ .....	150
KAYNAKÇA.....	156

## KISALTMALAR

<b>AİHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>AKBK</b>	: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin kısaltması olarak
<b>Akt</b>	: Aktaran
<b>AÜSBF</b>	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi
<b>AYM</b>	: Anayasa Mahkemesi
<b>Bkz</b>	: Bakınız
<b>Ed</b>	: Editör
<b>c</b>	: Cümle
<b>C</b>	: Cilt
<b>CD</b>	: Ceza Dairesi
<b>CMK</b>	: Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>CMUK</b>	: Ceza Muhakemesi Usul Kanunu
<b>DEÜHF</b>	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>dp</b>	: Dipnot
<b>TBBD</b>	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
<b>eTCK</b>	: Eski Türk Ceza Kanunu
<b>TCK</b>	: Türk Ceza Kanunu
<b>prg</b>	: paragraf
<b>S</b>	: Sayı
<b>s</b>	: Sayfa
<b>vd</b>	: ve devamı
<b>Y</b>	: Yıl
<b>YCGK</b>	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

## GİRİŞ

Bilindiği üzere ülkemiz, Avrupa Konseyine üye olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini imzalamıştır. Bu uluslararası sözleşmeye taraf olmanın getirdiği yükümlülüklerin en önemlisi ve başta geleni ise sözleşmenin 11. Nolu Protokolü gereğince oluşturan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği kararların uygulanmasını taahhüt etmektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye hakkında verdiği kararlar neticesinde, Türk Ceza ve Ceza Muhakemesinde önemli sayılabilecek kanun değişikliklerine, yargı organlarının verdiği kararlarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlara uygun içtihat değişikliği yapıldığı ve kanuni düzenlemelerin yargı organlarınca uygulanmasında değişikliğe gidildiği görülmektedir.

Çalışmamızda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Türkiye hakkında verdiği kararların, yukarıdaki paragrafta bahsettiğimiz etkisini, Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuklarına ölçülülük ilkesi açısından ele alınacaktır. Çalışmada özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Türkiye hakkında verdiği kararlar incelenecektir.

Çalışmada, öncelikle bir uluslararası hukuk kaynağı olan uluslararası sözleşmelerin ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, iç hukuka etkisi anlatılacak, daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, üye ülkeler hakkında verdiği kararlarının, üye ülkelere nasıl yerine getirildiği ve bu konuda aldığı tedbirler, tekrar mahkemenin önüne benzer başvuruların gelmemesi için üye devletlerin alması gereken tedbirlerden bahsedilecek ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarının üye devletlerce yerine getirip getirmemesi halinde üye devletlere hangi tür yaptırımların uygulanacağı ve bu yaptırım nasıl ve hangi organca yerine getirileceği anlatılacaktır.

Çalışmanın, daha sonraki aşamasında ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Türkiye hakkında verdiği kararların, Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ölçülülük ilkesi açısından etkisini anlatabilmek için ceza ve ceza muhakemesi hukuklarında ölçülülük ilkesi anlatılacak, ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının, Türk Ceza ve Ceza Muhakemesine ölçülülük ilkesi yönüyle anlatılacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye hakkında verdiği İncal kararında, Devlet Güvenlik Mahkemesinde askeri hâkim bulunmasını adil yargılanmanın ihlali olduğunun tespit etmesi üzerine Anayasa ve ilgili yasalarda gerekli değişiklik yapılarak askeri hâkimin, Devlet Güvenlik Mahkemesinde görev yapması uygulaması son verilmiştir. Mahkemenin, Türkiye aleyhinde verdiği ihlal kararlarının neticesinde ihlallerin sona erdirilmesini önlemek için HMK, CMK ve İYUK'ta yapılan değişikliklerle, mahkemenin, ülkemiz aleyhinde verdiği kararlarda ihlal tespit edilmesi yeniden yargılama sebebi olarak kabul edilmiştir. Mahkeme, kararları Türk Hukukunun gelişimine verdiği doğrudan ve dolaylı katkılar nedeniyle ilgili çalışmanın yapılmasında etkili olmuştur.

Yapılan çalışmayla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi üzerindeki etkisi anlatılarak, mahkeme kararlarının, daha iyi bir şekilde anlaşılmasına ve insan hakları ihlallerine tekrar sebebiyet verilmemesi için yasama, yürütme ve yargı organlarına neler yapılmasına yol göstermektedir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### 1.AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI

#### 1.1 GENEL OLARAK

AİHS'nin, 46/1 maddesine göre üye devletler, mahkemenin verdiği kesinleşmiş kararlara uymaya taahhüt edeceklerdir. Mahkemenin kararları, sözleşmenin 46/1 maddesinde ifade edildiği gibi üye devletler açısından bağlayıcıdır. AİHS'ne, üye olmayan devletler sözleşmeye taraf olmadıkları için AİHM kararlarına uyma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle AİHS'ye üye olmayan devletler için AİHM kararları uymadıkları için sorumluluğu da söz konusu olmamalıdır<sup>1</sup>.

AİHS'nin, 46/2 maddesine göre de AİHM'nin, kesinleşen kararlarının infazının denetleyecek makamı Bakanlar Komitesi olarak belirlenmiştir.

AİHM'nin, kararlarının bağlayıcılığı konusunda öncelikle, AİHM, AİHS'nde düzenlenen hakların uygulanıp uygulanmadığı konusunda denetim mekanizması olduğu için en başta bir uluslararası sözleşme olan AİHS'nin, iç hukuktaki yeri üzerinde durulması gerekir.

AİHM, AİHS'nin, düzenlediği insan haklarına koruma ve var olabilecek insan hakları ihlallerini denetleyen mekanizmasıdır<sup>23</sup>. AİHM, sadece sözleşmenin ihlal edilip edilmediğine dair tespit kararı verir. AİHM, kararları iç hukukta verilen kararları kaldırmaz, sadece iç hukukta verilen kararların AİHS'ni ihlal ettiğini tespit eder<sup>4</sup>.

AİHM'nin, Büyük Dairesinin verdiği kararlar kesindir (AİHS m.44). Daire kararları ise kesin nitelikte olmamakla beraber, üç halde kesinleşebilir (AİHS m.43.) Bunlar; taraflar, daire kararlarını, Büyük Daireye göndermeyeceklerini beyan etmeleri, daire kararının üç ay içinde Büyük Daireye gönderilmesi istenilmezse ve Büyük Daire bünyesinde AİHS

<sup>1</sup> Ebru Karaman, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.72, S.1, s.413.

<sup>2</sup> Ayhan Döner, İsmail Köküsarı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarını Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olup Olmayacağı Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, S.1-2, s.672.

<sup>3</sup> Cem Şenol, AİHS Hükümleri ve AİHM Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerine Etkisi, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2012, S.1, s.266.

<sup>4</sup> Şeref Ünal, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkisi, s.63.

m.43 hükmünce oluşturulacak kurulun, sözleşmenin 43. madde çerçevesinde sunulan istemi reddedilmesidir.

Aşağıdaki başlıklarda, uluslararası hukukun iç hukuka etkisi incelenecek, ardından bir uluslararası hukuk kaynağı olan uluslararası sözleşmenin iç hukuka yeri, etkisi ve bağlayıcılığı anlatılacak ve AİHS'nin, Türk iç hukuka etkisine değinilecektir.

## **2.ULUSLARARASI HUKUKUN İÇ HUKUKA ETKİSİ**

### **2.1 GENEL OLARAK**

Ulusal hukuk, bir devletin bireylerin kendileri arasında veya bireyin devlet ile arasındaki ilişkilerin düzenleyen hukuku ifade eder. Uluslararası hukuk ise uluslararası düzeyde hak sahibi olabilecek ve yükümlülük altına girebilecek devletler, uluslararası örgütler, devlet niteliği kazanmamış örgütlenmiş topluluklar, hatta bireylerin uluslararası hukuk işlerini düzenleyen hukuk olarak tanımlanabilir<sup>56</sup>.

Uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki etkisini açıklayan temelde iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan biri tekçi(monist) görüş, diğeri ise ikici(dualist) görüştür.

#### **2.1.1 Tekçi (Monist) Görüş**

Tekçi görüş sahiplerine göre, dünyada var olan bir tane hukuk düzeni bulunmaktadır. Uluslararası hukuk ile iç hukuk bir bütünü oluşturmaktadır. Bazı yazarlar<sup>7</sup>, uluslararası hukukun, iç hukukun bir parçası olduğunu ifade etmişler, bazı yazarlar ise uluslararası hukukla, iç hukukun bir bütün olduğunu savunmuşlardır<sup>8</sup>.

Tekçi görüşe göre, uluslararası hukuk hiçbir atıf veya gerekli düzenlemelere gerek kalmadan doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Böylelikle, ulusal devlet, bir

<sup>5</sup> Yusuf Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I, 2.Baskı, Y.2012, s.22.

<sup>6</sup> Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, 10.Bası, Y.2011, s.4-5.

<sup>7</sup> Yusuf Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I, 2.Baskı, s.170, İbrahim Şahbaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Yargı Sistemindeki Yeri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2004, S.54, s.2, Ahmet Burak Bilgin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.22, S.1, s.85.

<sup>8</sup> Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, 10.Bası, s.19, Cüneyt Taner, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk İç Hukukuna Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Y.2009, s.68, Sevtap Çalışkan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzdaki Yeri, Yüksek Lisans Tezi, Muğla, Y.2004, s.70, Hasan Tahsin Fendoğlu, Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "BAĞIMSIZ ÖLÇÜ NORM" veya "DESTEK NORM" Sorunu, Anayasa Yargısı Dergisi, Y.2000, C.17, s.366, Hasan Tunç, Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi, Anayasa Yargısı Dergisi, Y.2000, C.17, s.175.

sözleşmenin iç hukukta uygulanabilmesi için ayrıca bir düzenleme yapmasına gerek yoktur. Bu görüşe göre, uluslararası sözleşmeler, iç hukukta etkisini doğrudan göstermektedir. Uluslararası sözleşmenin, iç hukuka doğrudan uygulanabilir olması için uluslararası sözleşmenin doğrudan uygulanabilme kabiliyetinin<sup>9</sup>(self-executing) olması gerekir. Doğrudan uygulanabilir kabiliyeti olan uluslararası sözleşmelerde<sup>10</sup>, ulusal devletin, sözleşmeyi imzalaması veya onaylamasıyla iç hukukunda doğrudan uygulanacaktır.

Tekçi görüş fikri benimsediğinde, uluslararası hukukun mu üstün olacağı yoksa iç hukukun üstün olacağı konusunda bir sorun meydana gelmektedir. İç hukukun, uluslararası hukuka üstün olacağı fikrini savunanların temel dayanağını, uluslararası alanda devletler-üstü bir otoritenin bulunmayışı ve ulusal devletlerin uluslararası sözleşme yapma yetkisini kendi anayasalarında tanınan yetki çerçevesinde yapabilmeleridir<sup>11</sup>.

Uluslararası hukukun, doktrindeki çoğunluk görüşe göre iç hukuka üstün olduğunu kabul etmektedir. Tekçi görüşü savunanlardan Hans Kelsen'e göre, son derecede bir temel kural vardır, o da söze bağlılıktır(pacta sunt servanda). Böylelikle aynı temel kurala dayanan uluslararası hukuk ile iç hukuk tek bir hukuk düzenini oluşturur. Uluslararası hukuk ile iç hukukun çatışmasını engelleyebilmek ve uygulama alanlarını düzenlemek için birinin diğerinden üstün olmasıyla gerçekleşebilir. Bu nedenle üstün olan uluslararası hukuktur<sup>12</sup>.

Uluslararası hukuk kuralları ancak uluslararası hukukun belirlediği şekilde ortadan kaldırılabılır. Taraf devlet, tek taraflı işlemiyle uluslararası hukuk kuralının uygulanmasından vazgeçemez. Bu nedenle, uluslararası hukuk kuralına aykırı, anayasa ve yasa hükümleri mevcutsa, uluslararası hukuk kuralına aykırı olan anayasa ve kanun hükümleri sakattır. Çünkü ulusal devlet, uluslararası sözleşmeyi kabul ettiğinde söze bağlı(pacta sunt servanda) kalacağı konusunda taahhütte bulunmuştur. O halde söze bağlılık(pacta sunt servanda) kuralı gereğince, uluslararası hukuk, iç hukuktan üstün

---

<sup>9</sup> Aksar, s.120, Taner, s.68.

<sup>10</sup> Bu tür sözleşmeye örnek olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi örnek gösterilebilir.

<sup>11</sup> Pazarcı, s.19

<sup>12</sup> Pazarcı, s.20.

olmalıdır<sup>13</sup>. Bir diğerk görüş sahibi olan G. Scelle'e göre ise, uluslararası hukuk ile iç hukukun sürekli çatışma halinde bulunmaması gerektiğini, aksi halde ise uluslararası toplum çerçevesinde uluslararası dayanışmanın sağladığı ortak yaşam alanı ortadan kalkacaktır. Bu gerekçeyle toplumsal yaşamın idamesi için uluslararası hukuk, iç hukuka üstün olması gerekir<sup>14</sup>.

Bir başka görüşe göre ise hem uluslararası hukukun hem de iç hukukun nihai sùjeleri bireylerdir. Bireylere uygulanacak her iki hukuk düzeni arasında farktan söz edilemez. Bu hukuk düzenleri ya eşitlik ya da tabilik ilişkisi içindedirler. Uluslararası hukuk ile iç hukuk arasında eşitlik ilkesinden bahsedile bilinmesi için bu eşitliği oluşturan ve anılan hukuk düzenlerinin geçerlilik alanlarını belirleyen üçüncü ve üstün bir normlar sistemi olması gerekir. Böyle bir düzen mevcut olmadığı için uluslararası hukuk ile iç hukuk arasında tabilik söz konusudur. Bu gerekçeyle, uluslararası hukuk iç hukuktan üstündür<sup>15</sup>.

### **2.1.2 İkici (Dualiste) Görüş**

Devletin egemenliğini üstün tutan bu görüşe<sup>16</sup> göre, uluslararası hukuk ile iç hukuk farklı hukuk düzenleridir. Uluslararası hukuk, iç hukukun bir parçası değildir. Uluslararası hukuk ile iç hukukun farklı iki hukuk düzeni olmamasının iki temel nedeni bulunmaktadır. Birinci neden, her iki hukuk düzeninin, düzenledikleri ilişkilerin farklı olmasıdır. İç hukukta, bireyin bireyle veya bireyin devlet arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Ayrıca iç hukuk, bireylerin bağımlı bir erk tarafından düzenlenmektedir. Oysa uluslararası hukukta ise, birbiriyle eşit durumda olan iki veya daha fazla devletler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir<sup>17</sup>.

Uluslararası hukuk ile iç hukukun farklı iki hukuk düzeni olmasındaki ikince neden ise, her iki düzeninin kaynaklarının farklı olmasıdır. İç hukuk, bir devletin üstün otoritesinin bağılı olarak ortaya çıkan tek taraflı bir iradenin ürünüdür. Uluslararası hukukta ise devletlerin egemenliğin eşitlik ilkesi bulunmaktadır. Bu nedenle uluslararası hukuk iki veya daha fazla eşit devletin ortak iradelerini yansıtan bir düzendir. İç hukukun

---

<sup>13</sup> Çalışkan, s.71.

<sup>14</sup> Pazarcı, s.20.

<sup>15</sup> Tunç, s.175.

<sup>16</sup> Aksar, s.173.

<sup>17</sup> Pazarcı, s.20, Tunç, s.174.

bağlayıcılığının dayanağı kanun koyucunun iradesidir, uluslararası hukukta ise söz konusu bağlayıcılık ise söze bağlılık(pacta sunt servanda) ilkesinden kaynaklanır<sup>18</sup>.

Uluslararası hukuk ile iç hukuk farklı iki hukuk düzeni olduklarına göre, bu hukuk düzenleri arasında herhangi bir çatışma ve hukuksal etkiler yaşanması söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle uluslararası hukuk ile iç hukuk düzeni kurallarının, birbirlerinde uygulanması için ayrıca bir işleme gerek duyulmaktadır. Bu itibarla, bir hukuk düzenini diğerinde geçerli olabilmesi için ya bir düzenin diğerine gönderme(atıf) veya aktarma(iktibas) yapması gerekir<sup>19</sup>.

### 2.1.3 Teorik Görüşlerin Uygulanması

Yukarıda değinilen teorik görüşler bugün devletlerin uygulamasında tek başına yeterli olmamaktadır. Bu nedenle, devletler her iki teorinin mantıki sonuçlarını seçmektedirler<sup>20</sup>. Her iki teorinin de zayıf noktaları bulunduğundan, devletlerin uygulamasının, tekçi ve ikici görüşün karmasından meydana geldiği anlaşılmaktadır<sup>21</sup>.

Fransa Anayasasının 55. maddesine göre, usulüne uygun onaylanan uluslararası antlaşmaların, yayımlanmış olması koşuluyla, kanunlara göre öncelikli olduğu kabul edilmiştir<sup>22</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri Anayasasına göre, durum tam aksinedir. Bura göre, Amerika Birleşik Devletleri, uluslararası hukukun uygulanması için açık bir iç hukuk normu aramaktadır<sup>23</sup>.

Teorik görüşlerin ortaya çıkması ve devletlerin uygulamasındaki farklılığın temelinde, devletlerin anayasalarına göre onayladıkları uluslararası antlaşmalarla ilgili genel bir uluslararası hukuk kuralı yaratılmaması yatmaktadır. Uluslararası hukuk normunun, iç hukuk normunu açıkça ilga etse bile ulusal mahkeme, uluslararası hukuk normunun aleyhinde hüküm verebilmesi mümkündür. Devletlerin, uluslararası antlaşmalara onaylama veya imzalamasına ilişkin usulünü, devletin iç hukuk normu olan anayasa

---

<sup>18</sup> Pazarcı, s.19,

<sup>19</sup> Pazarcı, s.19, Bilgin, s.85, Tunç, s.175.

<sup>20</sup> Işıl Özkan, Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkileri, kaynak; <https://bit.ly/2XwadrS> s. 2135.

<sup>21</sup> Aksar, s.173.

<sup>22</sup> Akt. Aksar, s.173.

<sup>23</sup> Akt. Aksar, s.173-175.

veya kanunlarında düzenlemektedir. Uluslararası hukukta, kendisiyle çelişen iç hukuk normuna ilga eden genel bir hüküm bulunmamaktadır<sup>24</sup>.

Bu nedenle, uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiyi her devletin kendi özel durumuna ve bu alanda anlayışına göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Bazı devletler uluslararası hukuka öncelik tanımıştır. Bazıları ise iç hukuka öncelik tanımış durumdadır. Uygulanan hukukta, uluslararası hukuk ile iç hukuk arasında ast-üst ilişkinin varlığını kabul eden evrensel bir hukuk kuralı bulunmamaktadır<sup>25</sup>.

Uluslararası hukukun, iç hukuka üstünlüğü konusunda önemli çıkarımlardan biri de 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin, 27.maddesinde görülmektedir. Sözleşmenin, 27.maddesinde, bir taraf bir antlaşmaya icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramayacağını ve bu kararın sözleşmenin 46.maddesine hâlel getirmeyeceği ifade edilmiştir<sup>2627</sup>.

### **3.ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN İÇ HUKUKTAKİ YERİ VE ETKİSİ**

#### **3.1 GENEL OLARAK**

Anayasanın, 90. maddesinde uluslararası sözleşmelerin yeri ve etkisini düzenleyen bir düzenleme olduğunu görülmektedir. Anayasanın, 15,16,42 ve 92 maddelerin de yine uluslararası antlaşmalarla ilgili kısmi düzenlemelere yer verildiği anlaşılmaktadır.

Anayasanın, 15. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması düzenlemiştir. Buna göre, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemek kaydıyla temel hak ve hürriyetlerin sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler kastedilen biri de uluslararası sözleşmeden doğan yükümlülüklerdir<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Özkan, s.2136.

<sup>25</sup> Pazarcı, s.22,

<sup>26</sup> Selami Kuran, Derya Aydın Okur, Meltem Sarıbeyoğlu, Reşat Volkan Günel, Uluslararası Hukuk Temel Metinler, 2.Baskı, Y.2011, s.92.

<sup>27</sup> Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 46.maddesinde;

1.Bir devlet, bir antlaşmaya bağlanma rızasının iç hukukunun antlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıklandığı vakasına, rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvuramaz; meğer ki ihlal, aşikâr ve iç hukukunun temel önemi haiz bir kuralı ile ilgili olsun.

2.Bir ihlal, söz konusu meselede normal uygulamaya göre ve iyi niyetle hareket eden herhangi bir Devlet için objektif olarak açık görünüyorsa, aşikârdır.

<sup>28</sup> Tunç, s.176.

Anayasanın, 16. maddesinde ise temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir, düzenlemesini içermektedir. Bu düzenlemede, milletlerarası hukuk terimiyle sadece uluslararası sözleşmelerle sınırlama yapmamış, yapılageliş kuralına vb. düzenlemeleri de içermektedir<sup>29</sup>.

Anayasanın, 42/son maddesinde, Türkçe 'den başka hiçbir dilin, eğitim ve öğretim dili olarak okutulamayacağı ve öğretilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Maddenin, son cümlesinde ise milletlerarası antlaşma hükümlerinin saklı tutulacağını ifade etmiştir. Anayasanın bu hükmü gereğince, uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan bir yükümlülük varsa genel kurala getirilen bir istisna olduğu anlaşılmaktadır. Bu açıdan, Türkiye Cumhuriyeti'nin, imzaladığı bir uluslararası sözleşme gereği belirli hallerde, kişilerin Türkçe dili dışında eğitim alabileceklerini düzenleme altına almıştır<sup>30</sup>.

Anayasanın, 92. Maddesinde, iki halde milletlerarası hukuka atıfta bulunmaktadır. İlk hal, savaş ilanına ilişkindir. Buna göre, Türkiye, milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerde savaş ilan edebilecektir. Diğer hal ise Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesi veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de, bulunmasına izin vermesidir. Diğer halde olduğu gibi bu halde de karar verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir. Ancak, ikinci halde Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkeye gönderebilmesi veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de, bulunmasına izin verebilmesi için milletlerarası antlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller içinde kalmalıdır.

Anayasanın, 90/5. maddesi, uluslararası antlaşmaların Türk iç hukuktaki etkisini ve yerini düzenleyen normdur. Anayasanın 90/5 maddesine göre;

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”.

Aşağıdaki başlıklarda Anayasanın, 90/5. maddesindeki düzenlemeye göre uluslararası antlaşmaların yeri ve etkisi incelenecektir.

<sup>29</sup> Pazarcı, s.22,

<sup>30</sup> Örnek olarak, Lozan Sözleşmesinde azınlıklar hakkındaki düzenlemelerdir.

## 3.2 ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN TÜRK İÇ HUKUKUNDA YERİ

### 3.2.1 Genel Olarak

Yukarıda değinilen Anayasanın, 90/5. maddesinin ilk cümlesinde uluslararası antlaşmaların, normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemektedir<sup>31</sup>. Buna göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir ve doğrudan hüküm doğurur<sup>32</sup>.

Anayasanın, 90/5. maddesinin ikinci cümlesinde ise uluslararası antlaşmaların, Türk iç hukukundaki değerini belirlemektedir<sup>33</sup>.

Anayasanın, 90/5. maddesiyle uluslararası antlaşmaların, kanunlarla çatışması halinde uluslararası antlaşma hükümlerinin mi önceliği bulanacaktır yoksa kanun hükmünün mü önceliği bulanacaktır? Konusundaki tartışmaya tam bir çözüm getirmemiştir. Anayasanın, 90/5. maddesinde, sadece temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası antlaşmaların, kanunlarla aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda uluslararası antlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiği düzenlemiştir. Bu durumda Anayasanın 90/5. maddesindeki 2004 yılında yapılan değişiklikle uluslararası antlaşmaların, normlar hiyerarşisindeki yerinin ne olduğu ve uluslararası antlaşmaların değerini ne olduğuna bakılmalıdır?

Anayasanın, 90/5. maddesindeki düzenleme de ifade edildiği gibi usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların, Anayasa aykırılık iddiasının ileri sürülememesi hali, kimi yazarlar için uluslararası antlaşmaların, kanundan üstün olduğu görüşü ileri sürmelerine neden olmuştur<sup>34</sup>. Ancak bazı yazarlar, uluslararası antlaşmaların, Anayasa aykırılık iddiasının ileri sürülememesi durumunun, devletin, uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluğunu doğmasını engellemek olduğunu ve

---

<sup>31</sup> Pazarcı, s.26, Aksar, s.190.

<sup>32</sup> Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması 11.Bası, Y.2016, s.21, Tunç, s.177.

<sup>33</sup> Pazarcı, s.26, Gözübüyük/Gölcüklü, s.21.

<sup>34</sup> Bilgin, s.93'deki 28 nolu dipnot ifade edilen yazarlar.

uluslararası antlaşma hükümlerinin uygulanmasında ayrıcalık tanınması olduğunu belirterek, uluslararası antlaşmaların kanunla eş değerde olduğunu ifade etmişlerdir<sup>35</sup>.

### 3.2.2 Uluslararası Antlaşmaların Kanunlarla Eş Değer Olduğu Görüşü

Anayasanın, 90/5. maddesinin birinci cümlesinde geçen kanun hükmündedir, ibaresiyle uluslararası antlaşmaların, kanun hükmünde olduğu görüşü öne sürülmüştür<sup>36</sup>. Bu görüşü savunanların temel kalkış noktası kanun hükmündedir, ibaresidir. Buna göre, uluslararası antlaşmalarla yasalar eş değerdedir. Birinin, diğerine üstünlüğü bulunmamaktadır.

Bu görüşü savunan yazarlara göre, Anayasanın, 90/5. maddesinin ikinci cümlesindeki, anayasa aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz, ifadesinin, uluslararası antlaşmaların, kanunla eş değer olduğunu etkilemediğini ifade etmişler. Bu ifadenin Anayasaya konulma amacının, devletin uluslararası sorumluluğunu doğmasını engellemek, uluslararası antlaşmaların uygulanmasında öncelik tanınması, devletin uluslararası kuruluşlara girebilmesini sağlama<sup>37</sup> ve ayrıca uyumsuzluğun çözümü noktasında mahkemeleri kuşkudan kurtarmak<sup>38</sup> düşüncesi var olduğudur.

Bu düşüncüyü destekleyecek bir başka fikir ise Anayasada, uluslararası antlaşmaların kabul edilmesinden sonra çıkarılacak kanunun, uluslararası antlaşmaya aykırı olacağına dair bir hüküm bulunmamasıdır. Uluslararası antlaşmaya aykırı çıkarılacak bir kanun iç hukuk açısından bağlayıcılığı bulanacaktır. Ancak burada kanun koyucu devletin uluslararası sorumluluğunu da doğacağını bilmesi gerekir<sup>39</sup>.

Yine, Anayasanın, 90/5. maddesine eklenen son cümlenin mefhum-u muhalif (a contrario) yorumundan hareketle, Anayasanın sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların yasalara üstün tutulacağını kabul ettiğini, bunun dışında kalan uluslararası antlaşmaların, kanunlarla eş değerde olduğu belirtmiştir<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Bilgin, s.92'deki 25 nolu dipnot ifade edilen yazarlar.

<sup>36</sup> Pazarcı, s.26, Aksar, s.190, Ergün Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 11.Baskı, Y.2010, s.229, Bilgin, s.92.

<sup>37</sup> Özbudun, s.228.

<sup>38</sup> Tunç, s.176.

<sup>39</sup> Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması 11.Bası, Y.2016, s.21-22.

<sup>40</sup> Pazarcı, s.26,

Bu görüşe göre, uluslararası antlaşma hükümleriyle, kanun hükümleri çatışması halinde, lex posterior veya lex specialis kurallarına göre hareket etmek gerekir<sup>41</sup>. Sonraki düzenleme önceki düzenlemeyi ilga eder kuralı geçerlidir. Kısacası, uluslararası antlaşma, yasayla eş değerde olduğundan, iç hukuktaki kanunlar çatışması kuralı (sonraki kanun-önceki kanun ve genel-özel kanun) uygulanacaktır<sup>42</sup>. Bir diğer görüş ise uluslararası antlaşmayla, kanun arasında çatışma mevcut ise öncelikle, yargının ikisini bağdaştıracak bir yorum ortaya koyması bu mümkün değilse iki yasa arasındaki çatışmasındaki kurallar uygulanmalıdır<sup>43</sup>.

### 3.2.3 Uluslararası Antlaşmaların Kanunlardan Üstün Olduğu Görüşü

Anayasanın, 90/5. ikinci cümlesindeki, uluslararası antlaşmaların Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamamasından hareketle, uluslararası antlaşmaların, kanunlardan üstün olacağını ileri sürmüşlerdir<sup>44</sup>.

Anayasanın, 90/5. düzenlemesine göre, Anayasa aykırılık denetimi mümkün olmayan uluslararası antlaşmalar, Anayasaya aykırılığı denetimi mümkün olan kanunlardan, kendinden önce ya da sonra çıkan kanuna aykırılığı ya da sonradan çıkan kanunun, uluslararası antlaşmanın hükümlerini değiştirdiği ileri sürülerek, uluslararası antlaşmanın iç hukukta uygulanması söz konusu olamaz<sup>45</sup>. O halde, uluslararası antlaşmaların, iç hukuktaki kanunlardan üstün olduğunun kabulü gerekir.

Bu görüşe temel olarak yapılan eleştiri ise Anayasanın, 90/5. maddesine eklenen son cümledir. Bu düzenlemeye göre; usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla, kanunların aynı konuda farklı hükümleri içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası antlaşma hükümleri uygulanacaktır. Bu düzenlemenin, mefhum-u muhalifinden çıkarılacak yoruma göre temel ve hak özgürlüklere ilişkin antlaşmaların dışında kalan, uluslararası antlaşmaların, kanunlarla eş değerde olduğudur<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Özkan, s.2149.

<sup>42</sup> Bilgin, s.92, Özbudun, s.229.

<sup>43</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.22.

<sup>44</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.22, Pazarcı, s.26, Bilgin, s.93, Çalışkan, s.71, Aksar, s.190, Rona Aybay, Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, TBB, Y.2007, S.70, s.198.

<sup>45</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.22.

<sup>46</sup> Pazarcı, s.27, Özbudun, s.229.

Anayasanın, 90/5. maddesine göre Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen uluslararası antlaşmaların, bu görüş desteklediğinde, kanunlara üstünlüğü kabul edilmiştir. Sorun ise uluslararası antlaşmanın, Anayasa hükümlerine aykırı olduğunda hangisi uygulanacaktır. Bu görüşü destekleyenler bir kısmı, Anayasa hükümlerine aykırı bile olsa uluslararası antlaşmaların uygulanacağıdır. Çünkü iç hukukun bir parçası olan uluslararası antlaşma, Anayasaya aykırı kurallar ihtiva etse bile Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine göre, Anayasaya rağmen uygulanacaktır<sup>47</sup>. Bir kısmın görüşüne göre ise Anayasaya öncelik verilmesi gerektiğini, bir diğer kısım görüş sahipleri ise uluslararası antlaşma hükümleri ile Anayasaya hükümleri arasında, hükümlerin çatışma kuralları uygulanması gerektiğini ifade etmiştir<sup>48</sup>.

### **3.2.4 Uluslararası Antlaşmalar Arasında Ayrım Yapan Görüş**

Bu görüşe göre uluslararası antlaşmalar, arasında ayırım yapılmıştır. Temel ve hak özgürlüklere<sup>49</sup> ilişkin uluslararası antlaşmaların, diğer yani temel ve hak özgürlüklerle ilişkin olmayan uluslararası antlaşmalara göre kanunlardan üstün olduğu savunmuşlardır<sup>50</sup>. Bu görüş, yukarıda bahsedilen, uluslararası antlaşmaların, kanunlardan üstün olduğu görüşüne benzerliği bulunmaktadır. Ancak, bu görüşe göre sadece temel ve hak özgürlükleri düzenleyen uluslararası antlaşmalar, kanunlardan üstündür.

Uluslararası antlaşmaların, kanunlardan üstün olduğu görüşüne eleştirilenlerin nispeten de olsa bu görüşü kabul ettiği anlaşılmaktadır. Buna göre, Anayasanın, 90/5. maddesine eklenen son cümle sadece temel ve hak özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların, kanunlardan üstün olacağını belirtmektedir. Anayasanın, 90/5. maddesine eklenen son cümlelerin, mehfum-u muhalifinden çıkan anlama göre temel ve hak özgürlüklerle ilişkin olmayan uluslararası antlaşmaların, kanunlardan üstünlüğü olmayacağıdır<sup>51</sup>.

Bu görüşün doğmasında, Anayasanın, 90/5. maddesine eklenen son cümle etkili olmaktadır. Bu görüşe yapılan eleştirilerden biri ise Anayasanın, 90/5. maddesine

---

<sup>47</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.22.

<sup>48</sup> Bilgin, s.94 ve s.94'deki 30. ve 31. dipnotlar.

<sup>49</sup> Temel ve hak özgürlükler deyimi için bkz. Aybay, s.202-204.

<sup>50</sup> Bilgin, s.94.

<sup>51</sup> Pazarcı, s.27, Özbudun, s.229.

eklenen son cümlelerin, kanun çatışması kuralı olarak ihdas edildiğidir<sup>52</sup>. Kanunlar arasında çatışma varsa, kanun çatışması kuralı, uyuşmazlığın çözümünde hangi hukuk kuralının uygulanacağını düzenlemektedir<sup>53</sup>.

## **4.AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN İÇ HUKUKTAKİ YERİ**

### **4.1 ÖZELLİKLERİ**

Uluslararası hukukun kaynağı olan uluslararası sözleşmelerden bir olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>54</sup>, diğer uluslararası sözleşmelerden ayıran temelde iki özelliği mevcut bulunmaktadır. Bunlar; bireyi, uluslararası hukuk süjesi haline getirme ve etkili bir denetim mekanizması kabul etmesi yani bireysel başvuru hakkı ihdas etmiş olmasıdır. Bunun dışında AİHS'nin, başkaca özelliklere de bulunmaktadır. Örneğin, sözleşmenin ikincil olması, karşılıklılık ilkesini dayanmaması gibi.

#### **4.1.1 Bireyi Uluslararası Hukuk Süjesi Haline Getirmesi**

Uluslararası hukukun süjeleri; uluslararası hukuk kişiliği kavramı dar olarak ele alındığında, devletler ve uluslararası örgütlerdir<sup>55</sup>. Ancak günümüzde, uluslararası hukukun süjeleri sadece devletler ve uluslararası örgütleri değildir. Bugün, uluslararası hukukun süjeleri olarak, devlet niteliği kazanmamış insan toplulukları, bireyler, tüzel kişiler sayılabilir.

AİHS'yi, diğer uluslararası sözleşmelerden ayıran başlıca özelliklerinden biri, bireyi uluslararası hukuk süjesi (hak sahibi) haline getirmesidir<sup>56</sup>. AİHS'nin, birinci maddesinde, taraf devletlerin, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese, AİHS'nin, birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanır, şeklinde amir hükmü bulunmaktadır. Bu hükme göre, AİHS'ye taraf devlet, sözleşmeye taraf olmakla beraber uluslararası yükümlülük altına girerek, bireylere bazı haklar tanımıştır<sup>57</sup>. AİHS, bireye, haklarını çiğneyen devlete karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine<sup>58</sup> bireysel başvuru yapabilme imkânı sağlamıştır. Bireyin, haklarını çiğneyen devlete karşı, AİHM'ne

---

<sup>52</sup> Aybay, s.202.

<sup>53</sup> Aybay, s.202.

<sup>54</sup> Bundan sonra, sözleşmenin kısaltılması olan AİHS, ifadesi kullanılacaktır.

<sup>55</sup> Pazarıcı, s.27.

<sup>56</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.11,15, Şenol, s,264, Çalışkan, s.20, Taner, s.31.

<sup>57</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.15, Şenol, s,264.

<sup>58</sup> Bundan sonra, mahkemenin kısaltılması için AİHM, ifadesi kullanılacaktır.

bireysel başvuru yapabilmesiyle, devletin uluslararası yargı organı önüne çıkarılarak, uluslararası adaletin, ulusal adalete benzetilmesi, AİHS'yle mümkün olmuştur. Böylece birey, hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini, ileri sürme fırsatını AİHS'yle elde ederek, uluslararası hukuk alanında hak sahibi olmuştur<sup>59</sup>.

#### 4.1.2 Etkili Bir Denetim Mekanizması Kabul Etmesi

AİHS'yi, diğer uluslararası sözleşmelerden ayıran bir diğer temel özellik ise AİHS'nin, bir denetim mekanizması kabul etmiş olmasıdır<sup>60</sup>. AİHS'nin, 34 maddesinde, bireyin, sözleşmede tanınan hakların, taraf devletlerden biri tarafından ihlalinden zarar görmesi halinde, bireysel başvuru yapabileceğini belirtmektedir. Bu özelliğiyle, AİHS, etkin bir denetim mekanizması<sup>61</sup> kabul etmesiyle, insan haklarını düzenleyen diğer uluslararası hukuk sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Kimi uluslararası sözleşmeler<sup>62</sup>, bireyin hak ve özgürlüklerini, düzenlemiş ancak bireyin hak ve özgürlükleri ihlal edildiğinde bunu denetleyecek etkili bir denetim mekanizması kurmamıştır. AİHS, bireyin, hak ve özgürlüklerini tanıma, koruma ve ihlal etmeme konusundaki taahhüdünü taraf devletin inisiyatifine bırakmamış, taraf devletin bireyin hakkını ihlal ettiğinde, denetim mekanizmasıyla aracılığıyla koruma altına almıştır. Bireye, bireysel başvuru hakkı tanınması, uluslararası hukuk süjesinin doğal bir sonucudur. Çünkü bireyin, ihlal iddiası ileri sürerek taraf devletin, sözleşmede taahhüt ettiği yükümlülüğünün yerine getirmesini, uluslararası yargı organının kararıyla sağlamış olacaktır<sup>63</sup>.

AİHS'nin, etkili bir denetim mekanizmasını kabul etmesiyle yani bireye, bireysel başvuru imkânı tanınmasıyla Avrupa kamu düzeni fikrini temelini oluşturmasında önemli bir etkiye sahiptir<sup>64</sup>. AİHS'nin kabul edilmesinde, ortak bir Avrupa kamu düzeni kurma

<sup>59</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.15, Çalışkan, s.21.

<sup>60</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.15, Şenol, s.265.

<sup>61</sup> Rona Aybay, İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3.Baskı, Y.2017, s.132; AİHS'nin, 11.nolu protokolle, değiştirilemeden önceki halinde bireyin, bireysel başvuruda bulunma hakkı, taraf devletin ayrı bir beyanına bağlıydı ve süre ile sınırlanabiliyordu. Yani, birey, bireysel başvuru hakkını doğrudan kullanamıyordu. 11.nolu protokolle, değişen sözleşmeyle birlikte artık bireyin, bireysel başvuru hakkını kullanması taraf devletin inisiyatifinden çıkartılmış, birey doğrudan doğruya, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabilecektir.

Günümüzde, bir devletin, Avrupa Konseyine üyeliğe kabul edilmesi için AİHS'yi onaylamış olması ya da onaylamış olsa bile bireysel başvuru yolunu kabul etmesi bir ön şarttır.

<sup>62</sup> Örneğin, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, bkz. Taner, s.24.

<sup>63</sup> Şenol, s.265.

<sup>64</sup> Taner, s.31.

düşüncesi yatmaktadır<sup>65</sup>. AİHS’ni kabul eden taraf devletler, Avrupa kamu düzeninin amacına uymak ve korumak için nesnel yükümlülükler yüklenmiştir. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi için denetim mekanizması ise bireysel başvuru hakkıdır. Bu nedenle bireysel başvuru hakkını AİHS’nin belkemiği olduğu ifade edilmiştir<sup>66</sup>.

#### 4.1.3 Sözleşmenin Güvencesi İkincil Olması

Yukarıda başlıkta AİHS’nin, etkili bir denetim mekanizması kabul ettiğini belirtmiştir. AİHS’nin, denetim mekanizmasının devreye girebilmesi için yani bireysel başvuru hakkının kullanılması için bireyin, hak ihlaline ilişkin iddiasını ulusal yargı makamlarına başvurması gerekir. Yani, birey öncelikle iç hukuk yollarını istisnalar hariç olmak üzere tüketme zorunluluğu bulunmaktadır<sup>67</sup>.

AİHS’nin kurduğu düzende, bireyin haklarının iç hukuk tarafından korunması asıldır. Bu nedenle AİHS’deki koruma, ikincil ve tamamlayıcı niteliktedir. Böylelikle de bireyin, AİHS’deki düzenlenen hakkının ihlal edildiği AİHM kararıyla sadece tespiti yapılmaktadır. Yani, AİHM’nin verdiği ihlal kararıyla, üye devletin kanunları doğru uygulayıp uygulamadığı kontrol edilmez, sadece hak ihlalinin var olup olmadığının tespiti yapılmaktadır. Bu yönüyle, AİHM temyiz mercii konumunda değildir<sup>68</sup>.

#### 4.1.4 Karşılıklılık Esasını Benimsememiş Olması

AİHS’ye, taraf olan devletlerin, sözleşmeden doğan yükümlülüğü nesnel yükümlülüktür<sup>69</sup>, karşılıklılık ilkesine dayanmaz. Bu nedenle taraf devlet, kendi ülkesinde yaşayan bir yabancıyı, uyuşuna ait olduğu devletin sözleşmeye taraf olmadığı dermeyan ederek, sözleşmeyi uygulamayı imtina edemeyecektir. AİHS’nin, birinci maddesinde, taraf devletin, herkese, hak ve özgürlükleri tanır, ifadesini kullanmıştır, bu ifadeyle taraf devletin sadece kendi vatandaşının değil yabancı

---

<sup>65</sup> Şenol, s.263.

<sup>66</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.15.

<sup>67</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.16, Çalışkan, s.35, Sadık Kocabaş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2009, s.9.

<sup>68</sup> Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s.16, Sevtap Çalışkan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzdaki Yeri, Yüksek Lisans Tezi, s.21.

<sup>69</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.17; “Avusturya/İtalya davasında, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu raporunda, sözleşmeye taraf devletlerin amacı, Avrupa hür demokrasileri için bir topluluk kamu düzeni yaratmaktır, ayrıca taraf devletlerin yükümlülükleri, objektif nitelikte olup sübjektif ve karşılıklı haklar doğurmayı değil, bireylerin temel haklarını taraf devletlerin gelecek ihlallere karşı korumaktır”.

bireylerin hak ve özgürlüklerini tanıyacağını ifade etmiştir. Hal böyle olunca AİHS'yle, karşılıklılık veya vatandaşlık esasının sözleşmede benimsenmediği anlaşılmaktadır<sup>70</sup>.

Karşılıklılık esasının benimsenmemesiyle, taraf devletin himayesinde bulunan bireylerin haklarının etkili ve gerçek koruma altına alması hedeflenmektedir<sup>71</sup>.

#### **4.1.5 Vatandaşlık Esasının Olmaması**

AİHS'nin, birinci maddesinde, sözleşmeye taraf devletlerin kendi yetki alanı içinde bulunan (yer bakımından yetki) herkese (kişi bakımından yetki), hak ve özgünlükleri tanır. AİHS'nin bu hükmüyle, taraf devlet, sözleşmenin uygulanmasında, himaye altında bulunan vatandaş veya yabancı ayrımı yapabilmesi söz konusu olamayacaktır. Taraf devlet de yaşayan bir yabancının da AİHS'deki düzenlenen hakların taraf devletçe çiğnendiğinde, taraf devlet aleyhine bireysel başvuruda bulunma hakkı olacaktır<sup>72</sup>.

#### **4.1.6 Sözleşmenin Doğrudan Uygulanabilmesi**

Uluslararası antlaşmaların taraf devletçe imzalanmasıyla iç hukuktaki etkisi, taraf devletin, Anayasasında veya kanunlarında belirlenmiştir. Taraf devlet, uluslararası antlaşmayı imzalamasıyla, uluslararası antlaşmaların iç hukukta nasıl uygulanacağı sorunsalı ortaya çıkmaktadır. Çünkü bazı uluslararası sözleşmelerin doğrudan uygulanabilme<sup>73</sup> (self-executing) kabiliyeti bulunmamaktadır<sup>74</sup>. Bu türden sözleşmelerin, uygulanabilmesi için taraf devletin, iç hukukunu sözleşmeye uygun hale getirmesi veya sözleşmenin uygulanabilmesi için birtakım yasal düzenlemeler yapması gerekir<sup>75</sup>.

AİHS, doğrudan uygulanabilme kabiliyeti bulunan bir uluslararası sözleşmedir. Sözleşmenin, uygulanması için taraf devletlerin yasal düzenleme yapma zorunluluğu

---

<sup>70</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.16-17, Taner, s.32.

<sup>71</sup> Taner, s.32.

<sup>72</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.17-18, Taner, s.31-32.

<sup>73</sup>Sözleşmelerin, doğrudan uygulanabilmesiyle kastedilenin, sözleşmenin taraf devletçe imzalanmasıyla artık iç hukukta uygulanması için yasal düzenleme yapma zorunluluğu olmamasıdır. Bazı uluslararası sözleşmelerin, iç hukukta uygulanabilmesi için ulusal kanun koyucunun sözleşmenin, iç hukukta uygulanması için örneğin, bir kurum ihdas etmesi veya bir alt yapı oluşturması gerekir. Bu nedenle, AİHS'nin, taraf devletin iç hukukunda uygulanması için taraf devlete, belirli kurum veya alt yapı oluşturma gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

<sup>74</sup> Aybay, 2007, s.206-207; yazar burada, doğrudan uygulanabilme kabiliyeti olmayan sözleşmelerin muhatabının hukuk uygulayıcıları değil, yasama organı olduğunu ifade etmiştir.

<sup>75</sup> Taner, s.33.

yoktur. AİHS, taraf devletçe imzalanması veya kabul edilmesiyle doğrudan iç hukukta uygulanabilecektir.

AİHS, doğrudan uygulanabilme kabiliyeti bulunduğu için taraf devletin iç hukukuna da sözleşmeye uygun hale getirmesi gerekir. Aksi halde, sözleşmeye aykırı hukuk normlarının uygulanmasıyla birey açısından hak ihlali oluşturacağından ve taraf devletin AİHM tarafından mahkûm edilmemesi için bu gereklidir<sup>76</sup>.

#### 4.1.7 AİHS'nin Diğer Özellikleri

AİHS'nde, bireyi hak ve özgürlüklerini sınırsız olarak kullanamayacağını ilişkin birtakım sınırlamalarda getirmiştir. Örneğin, sözleşmenin onuncu maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün, sözleşmenin onuncu maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen hallerde, sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, sözleşmenin on beşinci maddesinde, olağanüstü hallerde, taraf devletin, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini askıya alabilmesini de düzenlemiştir.

AİHS'nin, 57. Maddesinde, çekinceleri düzenlemiştir. Taraf devletin, uluslararası sözleşmeye çekince koyması, sözleşmenin bazı hükümlerinin kendisi açısından uygulanmasını istememesidir. Ayrıca, uluslararası sözleşmelerde, çekince maddesi konularak sözleşmeye daha fazla taraf devletin katılımı sağlanmak istenmiş olabilir<sup>77</sup>. AİHS'nin, 57. maddesine göre taraf devletçe çekince konulabilmesi için; çekincenin belli madde veya maddelere ilişkin olabileceği, genel çekince konulamayacağı, çekince, ulusal bir yasanın, sözleşmeyle bağdaşmadığı durumda ve ölçüde olması gerektiği ve çekince konusu yasa veya yasa hükümleri açıkça belli edilmesi gerekir<sup>78</sup>.

#### 4.2 AİHS'NİN HUKUKİ NİTELİĞİ

AİHS, sui generis (nevi şahsına münhasır, kendine özgü) niteliğiyle, klasik iki taraflı (sinallagmatik, iki tarafa borç doğuran) uluslararası antlaşmalardan farklıdır. AİHS, bir uluslararası antlaşmadır. Ancak, sözleşmede, klasik uluslararası antlaşmalarda görülen taraf devletler arasındaki hukuki, siyasi veya ekonomik ilişkileri düzenlemekten öte sözleşmenin birinci maddesinde belirtilen insan haklarına saygı yükümlülüğü

<sup>76</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.18, Taner, s.33.

<sup>77</sup> Taner, s.37.

<sup>78</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.18

düzenlenmektedir. Bu nedenle sözleşmenin, süjesi devletler olduğu kadar, taraf devletlerin, hak ve özgünlüklerini tanımaya taahhüt ettiği bireyler olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle AİHS'nin, ulusal veya iç hukukun konusu olan bireyin hak ve özgürlüklerini uluslararası hukuk alanına konu etmiştir<sup>79</sup>.

AİHS, taraf devletlere, nesnel ve objektif<sup>80</sup> bir yükümlülük yüklemiştir. Sözleşmenin, birinci maddesinde, taraf devletin, himayesi altındaki herkese, hak ve özgürlüklerine tanıma şeklindeki objektif ve nesnel yükümlülüğü somutlaştırılmıştır. Taraf devletin, sözleşmeye taraf başka devletin, sözleşmeyi uymadığı gerekçesiyle, defa ileri sürerek, sözleşmeyi uygulamayı imtina edemeyecektir. AİHS, sözleşmesi taraf devlete sadece yükümlülük yüklememiş, aynı zamanda kabul ettiği etkili denetim mekanizmasıyla, taraf devletin yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği bireysel başvuru yoluyla denetim altında tutmuştur<sup>81</sup>.

AİHS, sui generis niteliğiyle ilgili bir başka özelliği ise sözleşmenin klasik karşılıklı borç doğuran antlaşmalardan olmadığı, AİHS, başlangıç kısmında belirtilen bir amacı<sup>82</sup> müştereken gerçekleştirmeye yönelik yasa antlaşma<sup>83</sup> olduğudur<sup>84</sup>. Sözleşmede, belirlenen amacın, ortak bir Avrupa kamu düzeni kurmayı amaçladığı ve bu amaca ulaşmak için taraf devlete nesnel yükümlülükler yüklenmiştir<sup>85</sup>.

AİHS, sadece hak ve özgürlükleri düzenlememiş, bu hakların taraf devletler tarafından ihlal edildiğinde etkili bir denetim mekanizması da kabul etmiştir. Bu denetim mekanizması taraf devletin başvuruları veya bireysel başvurularla harekete geçilmektedir.

AİHS, doğrudan uygulanabilme özelliği de bulunmaktadır. Bu özelliğine göre sözleşme taraf devletin başkaca işlemine hacet bırakmaksızın uygulanabilecektir<sup>86</sup>.

---

<sup>79</sup> Çalışkan, s.76-77.

<sup>80</sup> Tunç, s.184

<sup>81</sup> Çalışkan, s.76-77.

<sup>82</sup> Aybay, 2017, s.156.

<sup>83</sup> Bkz. Pazarıcı, s.39;" Yalnızca ya da büyük ölçüde soyut hukuk kuralı koyan ve dolayısıyla bir uluslararası hukuk kaynağı işlevine yerine getiren antlaşmalara" denir.

<sup>84</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.24.

<sup>85</sup> Şenol, s.263.

<sup>86</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.24, Tunç, s.184

### 4.3 AİHS'İN KAPSAMI

Sözleşmenin kapsamıyla kastedilmek istenilenin, konu, yer ve kişi bakımından düzenlemelerin neleri kapsadığıdır.

AİHS'de, kişi bakımından yapılan düzenlemelere bakıldığında, sözleşmenin özellikleri başlığında bahsedilen, sözleşmenin vatandaşlık esasını kabul etmemiş olmasıdır. AİHS'nin, birinci maddesinde hareketle, sözleşmenin sadece taraf olan devletin vatandaşlarının değil sözleşmeye taraf olmayan devletlerin vatandaşların da sözleşmenin koruma alanından yararlanması söz konusudur. Sözleşmenin, birinci maddesinde açıkça taraf devletin herkesin<sup>87</sup>, hak ve özgürlüklerini tanınacağı ifadesiyle, yabancı-vatandaş ayrımı yapılmamıştır<sup>88</sup>. AİHS'nin, birinci maddesi düzenlemesiyle, vatandaşlık bağı, sözleşmede tanımlanan hakların korunmasının bir ön koşulu değildir. Yani taraf devlet, kendi vatandaşının hakkını nasıl koruyacaksa bir yabancının hakkını aynı şekilde koruyacaktır<sup>89</sup>.

AİHS'nin, yer bakımından yapılan düzenlemeye ilişkin olarak sözleşmenin birinci maddesinde, sözleşmenin taraf devlet açısından yetki çevresi belirlenmiştir. Sözleşmenin, birinci maddesinde, sözleşmenin, taraf devletlerin, kendi yetki alanında bulunan herkes uygulanacağı söylenmiştir<sup>90</sup>. Yetki alanı ise taraf devletin egemenliğini kapsadığı, ülke sınırlarıdır<sup>91</sup>. Eğer taraf devletin egemenlik tasarrufu kendi ülke sınırlarının dışına söz konusu ise o halde taraf devletin ülkesi sınırlarını dışında da sözleşme uygulama alanı bulunuyordur<sup>92</sup>.

AİHS'nin, madde veya konu bakımından kapsamı ise sözleşmede hangi tür hak ve özgürlüklerin düzenlendiğidir. Sözleşme ve ek protokollerine bakıldığında, sözleşmede kişi hakları ve siyasal haklar adı altında klasik-liberal (birinci kuşak) hak ve

---

<sup>87</sup>Akt. Aybay, 2017, s.155; "AİHS, kamusal uluslararası hukuk anlamında, çok taraflı bir uluslararası antlaşmadır. Doğal olarak taraf devletlere belli yükümlülükler getirmiştir. Taraf devletlerin, birbirlerine karşı sözleşmenin ihlali iddialarını ileri sürme imkânı vardır. Her uluslararası antlaşmada bulunan taraf devletlerin birbirlerine karşı iler sürebilme hakkının yanında, sözleşmenin, herkesin yararlanabilmesi genel ve objektif nitelikte bazı temel haklar ve güvenceler getirdiği de bir gerçektir ve AİHS'nin, asıl önemi de bu gerçeğe dayanmaktadır".

<sup>88</sup> Taner, s.38-39.

<sup>89</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.18.

<sup>90</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.18, Aybay, 2017, s.156.

<sup>91</sup>Akt. Taner, s.39-40; Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun yetkisini kabul ederken, yerel uygulama alanını olarak sözleşmenin sadece Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki fiillere uygulanacağı beyan etmiştir.

<sup>92</sup> Taner, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk İç Hukukuna Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, s.39-40.

özgürlüklerin düzenlendiği görülmektedir. AİHS'nin, sosyal haklar gibi ikinci kuşak ve çevre hakkı gibi üçüncü kuşak hakları güvence altına almadığı görülmektedir<sup>93</sup>.

Sözleşmede, sosyal ve ekonomik haklara hiç yer verilmemiştir. Avrupa Konseyi, bu hakları ayrı bir sözleşmede olan Avrupa Sosyal Şartında düzenlemiştir<sup>94</sup>. Sosyal ve ekonomik içerikli hakların, sözleşmede düzenlenmesinin nedeni ise bu türden hakların, taraf devlete pek çok pozitif yükümlülük yüklemesi ve bu hakların içeriklerinin, sözleşmenin yapıldığı tarihte tam olarak net bir şeklinin olmaması ve ayrıca Avrupa Konseyine üye devletlerin farklı ekonomik durumlarda olması nedeniyle taraf devletin yükümlülüklerini yerine getiremeyeceği endişesidir<sup>95</sup>.

Sözleşme ve eklerinde yer alan haklar sınırlı olduğu görülmektedir. Sözleşmede, hakların çeşitleri ayrıntılı bir şekilde ele alınmamıştır. Bu nedenle AİHS, tüm hak ve özgürlükleri düzenleyip güvence altına almamıştır. Yukarıda da belirtildiği gibi sözleşmede sadece birinci kuşak haklara yer verilmiştir. Ancak sözleşme ve ek protokollerinde birinci kuşak hakların tamamlayıcı niteliğinde olan sosyal ve ekonomi haklardan olan; mülkiyet, eğitim ve sendika haklarına yer verildiği anlaşılmaktadır<sup>96</sup>.

Sözleşmeyle güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerin, kimi taraf devletlerce kısıtlama getirerek, sözleşmenin kapsamını kendisi açısından daraltmıştır. Bu kısıtlama iki şekilde yapıldığı görülmektedir. Birincisi, sözleşmeyi onaylayan devlet bazı maddelere çekince<sup>97</sup> koymas. İkincisi ise sözleşmeyi onaylayan devletin, sözleşmenin ek protokollerini onaylamamasıdır<sup>98</sup>.

---

<sup>93</sup> Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuk, Ekin Yayınları, Bursa, Ekim, 2018, 2.baskı, s.496, Çalışkan, s.18, Gözübüyük/Gölcüklü, s.12.

<sup>94</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.12, Aydın Ömür Surlu, İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yargıtay İçtihatlarına Yansıması, TBB Dergisi, Sayı 87, 2010, s.160.

<sup>95</sup> Kocabaş, s.5.

<sup>96</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.12, Kocabaş, s.5-6.

<sup>97</sup> Akt. Aybay, 2017, s.161; "Bir antlaşmaya, çekince koyarak taraf olmak, o antlaşmayla bağlı olmayı ilke olarak kabul etmiş olmakla birlikte bazı konular bakımından o antlaşma ile bağlı olmadığını açıklamaktır. Başka bir deyişle, çekince koyan taraf, antlaşmada öngörülmuş bulunan yükümlüklerin bütünüyle değil, çekince koyduğu konular dışındaki hükümleriyle bağlı olmaktadır".

<sup>98</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.12.

#### 4.4 AIHS'NİN, TÜRK HUKUK SİSTEMİNDEKİ YERİ

Uzun adı, “İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Sözleşme olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi üyesi 10 devlet tarafından, 4 Kasım 1950’de, Roma’da imzalanmış ve sözleşme 3 Eylül 1952’de yürürlüğe girmiştir.

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini, 4 Kasım 1950’de imzalamış ve 18 Mayıs 1954 tarihinde sözleşme onaylanmıştır<sup>99</sup>. Bazı uluslararası sözleşmelerin, imzalanması halinde yürürlüğe girmesi vakidir. Ancak, AIHS’nin, 59. maddesine göre sözleşmenin onaylanmadan yürürlüğe girmesi mümkün değildir<sup>100</sup>.

##### 4.4.1 Genel Olarak

Uluslararası sözleşmelerin, iç hukuktaki yerini yukarıda bahsettiğimiz, uluslararası hukuk ve özde uluslararası sözleşmelerle iç hukuk arasındaki ilişkiyi açıklayan, monist ve düalist görüşlere göre belirlenir. Taraf devletlerin, bu sistemlerden hangisini kabul ettiği, öncelikle uluslararası sözleşmelerin, iç hukukun bir parçası haline getirilip getirilmediği ile ilgili bir husus olup; ancak uluslararası hukukun kaynağı olan uluslararası sözleşmelerin, taraf devletlerin iç hukuktaki hiyerarşisinde neresinde yer aldığı hususu, kabul edilen sistemden bağımsız olarak taraf devletin iç hukuk normlarıyla tayin edilecektir. Taraf devletin, kabul ettiği sistemle öncelikle olarak uluslararası sözleşmenin, o devletin idare ve yargı organlarınca somut olaya uygulanacak bir hukuk kaynağı olup olmadığına cevap vermekte olup; uluslararası sözleşme iç hukukun bir parçası haline geldiğinde, uluslararası sözleşmenin iç hukuk normları karşısındaki yerini belirlemede yeterli olmamakta, bu durum, kabul edilen sistemden ayrı olarak taraf devletin iç hukuk kurallarına göre belirlenir<sup>101</sup>.

Taraf devletin, monist veya düalist sistemlerinden birinin kabul etmesiyle, uluslararası sözleşmelerin iç hukukun bir parçası haline getirmesinde farklılık ortaya çıktığı görülmektedir.

Düalist sistem, iç hukuk ile uluslararası hukuku iki farklı hukuk sistemi olarak kabul ettiği için düalist sistemde, uluslararası sözleşmelerin iç hukukun bir parçası haline

<sup>99</sup> Resmî Gazete, 19 Mart 1954, Sayı 8662, 6366 sayılı kanun.

<sup>100</sup> Aybay, 2017, s.150.

<sup>101</sup> Bilgin, s.84.

gelebilmesi için bir aktarma(transformation) veya yollama (atıf: reference) işlemine ihtiyaç bulunmaktadır<sup>102</sup>.

Monist sistem, iç hukuk ile uluslararası hukuku, tek bir hukuk sistemi olarak kabul ettiğinden, ayrıca taraf devletin, uluslararası sözleşmenin iç hukukun bir parçası haline gelebilmesi için ayrıca bir işleme ihtiyaç bulunmamaktadır<sup>103</sup>. Ancak bu sistemin kabulü halinde, ortaya uluslararası hukukun mu yoksa iç hukukun üstün olacağı sorunu mevcut olmaktadır.

Türk hukuku bakımından, monist sistemin mi yoksa düalist sistemin mi kabul edildiği konusunda net bir ittifakın olmadığı anlaşılmalı beraber, çoğunluk görüşün, tekçi sistemin kabul edildiği yönündedir<sup>104</sup>.

Anayasanın, 90. maddesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir, kuralından da açıkça görüleceği gibi Türk hukukunda antlaşmalar yasa gücündedir ve doğrudan hüküm<sup>105</sup> doğurmaktadır.

Anayasanın, 90/5. maddesine eklenen ikinci cümleye göre ise “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmü mevcuttur.

AİHS, bir uluslararası sözleşmedir. Bu nedenle iç hukuktaki yerinin tayininde Anayasanın, 90/5. maddesine eklenen son cümleye bakılması gerekir. Buna göre, Anayasal düzenlemeye göre, usulüne uygun yürürlüğe konulmuş bir temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmenin varlığı gerekmektedir. AİHS'nin, süjesi insanlardır. İnsan hakları sözleşmelerinden biri olan AİHS de kişilerin hak ve özgürlüklerini belirlenmesi ve duyurulması amaçlanır<sup>106</sup>. O halde AİHS'nin,

---

<sup>102</sup> Bilgin, s.87, Gözübüyük/Gölcüklü, s.21, Pazarcı, s.19.

<sup>103</sup> Kocabaş, s.5.

<sup>104</sup> Özkan, s.2151, Kocabaş, s.11, Bilgin, s.101, Necmi Yüzbaşıoğlu, Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt:11, Sayı:1, Mayıs 1994, s.30, Çalışkan, s.84, Şahbaz, s.188, Gözler, s.113.

<sup>105</sup> Bir uluslararası sözleşmenin doğrudan hüküm doğurmasıyla, bir uluslararası hukuk sözleşmesinin doğrudan uygulanabilme (self-executing) kabiliyeti farklı kavramlardır. Uluslararası sözleşmenin doğrudan uygulanabilme kabiliyeti o sözleşmenin, taraf devletin onaylamasıyla başkaca bir kanuni düzenleme ihtiyaç duyulmadan somut uyuşmazlığına uygulanmasıdır. Doğrudan hüküm doğurma ise sözleşmenin uygulanması için iç hukuka dâhil edilmesidir.

<sup>106</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.23.

Anayasanın, 90/5,2.c’de belirlenen bir uluslararası sözleşme olduğu hususunda bir duraksama mevcut değildir.

Anayasanın, 90/5. düzenlemesine göre uluslararası sözleşmeler, yasa hükmündedir, Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez ve uluslararası sözleşme, temel hak ve özgürlükleri düzenliyor ise ve iç hukuk normları ile çelişirse antlaşma hükümleri uygulanır<sup>107</sup>. Konunun açıklığa kavuşması için Anayasanın, 90/5. maddesi düzenlemesinin incelenmesi gerekir.

Anayasanın, 90/5. maddesinin ilk halinde, uluslararası sözleşmelerin yasa hükmünde olduğu ve Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceği düzenlemesi mevcuttu. Daha sonra Anayasanın ilgili hükmüne ikinci cümle eklenerek, temel ve hak özgürlükleri düzenleyen uluslararası sözleşmenin, kanunla çatışması halinde sözleşme hükümleri esas alınacağı düzenlemesi yapılmıştır. Anayasanın, 90/5. maddesinin ikinci cümle eklenmesine ilişkin kanun gerekçesi ise şu şekildedir;

“Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın halinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir”<sup>108</sup>.

Anayasa değişikliğine ilişkin kanun gerekçesi irdelendiğinde, Anayasanın, 90/5. maddesine eklenen son cümlenin, temel ve hak özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeyle, kanunla arasında ihtilafının yani çatışmasının sona erdirilmesine ilişkin yapıldığı kanaati ortaya çıkmaktadır<sup>109110</sup>.

Yapılan anayasa değişikliği beraber ilk defa temel ve hak özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler hakkında ayrıksı(istisna) bir düzenleme yapılmıştır. Anayasanın, 90/5. maddesindeki düzenlemeyle, AİHS, temel ve hak özgürlüklere ilişkin kanun hükümlerinden öncelikli uygulanma alanı bulmuştur.

Anayasanın, 90/5. maddesinde değinilen temel ve hak özgürlükler ifadesiyle ne kastedilmek istenmektedir. Anayasada, yapılan değişiklikte, temel ve hak özgürlüklere

---

<sup>107</sup> Anayasanın 90/5 maddesi.

<sup>108</sup> Akt. Aybay, 2007, s.201.

<sup>109</sup> Aybay, 2007, s.205-206, Bilgin, s.105, Özbudun, s.229.

<sup>110</sup> Farklı düşüncede, bkz. Gözler, s.114, Pazarcı, s.27.

ilişkin uluslararası sözleşmelerin, kanunlar ile aynı konuda farklı hükümler içerirse uluslararası sözleşmeler uygulanacaktır. Peki, temel ve hak özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler nasıl belirlenecektir. Ya da temel ve hak özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ile kastedilmek istenen nedir?

Bu konuda yürütülen bir mantık ise ya sözleşmelerin adına bakılarak tespitte bulunmak ya da sözleşmenin içeriğine bakılarak tespitte bulunmaktır<sup>111</sup>. Bir başka fikir, uluslararası sözleşmenin genel konusuna bakılmaksızın, sadece temel ve hak özgürlüklere ilişkin hükmü temel alınarak tespit yapılması gerekir<sup>112</sup>. Bir diğer fikir ise kastedilmek istenilenin her temel hak ve hürriyetle ilgili değil, doğrudan insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmeler olduğudur<sup>113</sup>. Anayasada yapılan bu değişiklik eleştirilmekte<sup>114</sup>, hangi uluslararası sözleşmelerin, temel ve hak özgürlüklere ilişkin sözleşmelere girdiğini tespit edilmesinde güçlüklerin var olduğu belirtilmektedir. Gerçekten uluslararası sözleşmelerin adına bakılarak tespitte bulunulursa örneğin ikiz sözleşmeler olarak bilinen, iki Birleşmiş Milletler belgelerinin adlarında, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ve medeni ve siyasal haklar, terimlerine yer verilmiştir. Bu açıdan sözleşmenin adına bakılarak, tespitte bulunmak hatalı olacaktır<sup>115</sup>.

Uluslararası sözleşmelerin, içeriğine ya da konusuna bakılarak tespitte bulunulursa, bir uluslararası sözleşmenin eki ve protokollerinde düzenlenen ancak esas metninde düzenlenmeyen temel ve hak özgürlüklerin olabilmesi uluslararası sözleşmenin, temel ve hak özgürlüklere ilişkin olup olmadığı konusunda güçlükler yaratır. Bu nedenle bir düşünce olarak uluslararası sözleşmelerin, doğrudan uygulanabilir olanları temel alınması gerekir<sup>116</sup>.

Uluslararası sözleşmelerin, sadece temel ve hak özgürlüklerine ilişkin hükümlerinin esas alınması, Anayasa değişikliğindeki düzenlemenin amacına uygun yorum olacağına

---

<sup>111</sup> Aybay, 2007, s.203.

<sup>112</sup> Bilgin, s.114 dp.81.

<sup>113</sup> Gözler, s.114.

<sup>114</sup> Gözler, Anayasa değişikliğini bir başka açıdan eleştirmekte (bkz. Gözler, s.115-116), Anayasa düzenlemesine göre, temel hak ve özgürlükleri uluslararası sözleşmelerden daha iyi koruyan kanunların var olması halinde bile Anayasanın amir hükmüne göre uluslararası sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Bir diğer eleştirisi ise Anayasa düzenlemesinin, uyuşmazlıklarda uygulanacağını yani bu düzenlemenin asıl muhatabı olarak yargı organlarını hedef aldığını, idari organların muhatap olmadığını belirtmiştir.

<sup>115</sup> Aybay, 2007, s.203-204.

<sup>116</sup> Aybay, 2007, s.204.

dair bir fikir de zikredilmektedir<sup>117</sup>. Bir diğerk fikir ise uluslararası sözleşmelerin, temel ve hak özgürlüklere ilişkin olup olmadığının tespitinde tereddüt ortaya çıkacaksa, istisnalar dar yorumlanır ilkesi uyarınca sözleşmenin, temel ve hak özgürlüklere ilişkin olmadığı kabul edilmesi lazımdır. Çünkü, uluslararası sözleşmelerin, kanun değeriinde olması kural, temel ve hak özgürlüklere ilişkin olup kanun üstü olması istisnadır<sup>118</sup>.

AİHS'nin de Anayasanın, 90/5, c.2'de ifade edilen, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme olduğuna dair bir herhangi bir şüphe bulunmamaktadır<sup>119</sup>. AİHS'nin, birinci maddesinde, sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin, taraf devlet tarafından herkes için güvence altına alınacağı düzenlemesiyle, hak ve özgürlüklerle ilgili korunması vurgusu yapılmıştır. Ayrıca sözleşmenin, ikinci ve devamı maddelerinde, hak ve özgürlüklerin ayrıntılı olarak düzenlenmiş, hak ve özgürlüklerin, sınırlanması ve durdurulması objektif ve sıkı şekil şartlarıyla bağlanmıştır. Bu da sözleşmenin, merkezinin, hak ve özgürlüklerle ilişkin olduğunu kanıtlamaktadır.

Anayasanın, 90/5. düzenlemesi ele alındığında, AİHS'nin, Türk hukuk bakımından yeri ve değeri konusunda şunlar söylenebilir<sup>120</sup>;

1. Sözleşme iç hukukun bir parçasıdır, ayrık bir yere sahiptir.
2. Sözleşme iç hukukta kendiliğinden (doğrudan) uygulanır, ayrı bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyulmaz, sözleşmenin birinci maddesindeki tanırlar, ifadesi buna delalet eder.
3. Sözleşmenin, Anayasanın, 90/5 birinci cümlesine göre Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Bu nedenle, sözleşme, Anayasaya aykırı olsa bile uygulanır<sup>121122</sup>.
4. Sözleşmenin, olağan bir kanun olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Sözleşme, Anayasa metnine göre kanun hükmündedir. Ancak Türkiye'yi bağlayan bir uluslararası sözleşmedir. Dolayısıyla, sözleşmenin, bir yasa ile değiştirilmesi söz konusu olamaz. Uluslararası sözleşmeler, kendi koyduğu kurallara göre bozulabilir veya değiştirilebilir. Taraf devlet tek taraflı işlemiyle,

---

<sup>117</sup> Bilgin, s.114 dp.81.

<sup>118</sup> Gözler, s.114.

<sup>119</sup> Bilgin, s.114 dp.81.

<sup>120</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.23.

<sup>121</sup> Bkz. Akt. Bilgin, s.94 dp.30.

<sup>122</sup> Yüzbaşıoğlu, s.34.

uluslararası sözleşmeyi değiştiremez. Bu anlamda, AİHS'nin ne Anayasa ne de kanunla sarıh veya zımnî olarak değiştirilmesi mümkün değildir<sup>123</sup>.

5. Sözleşmenin, Anayasaya hükmüne göre Anayasaya aykırılığı dermeyeran edilemeyecekse o halde kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle uygulanmaması da düşünülemez. Sözleşmeden sonra yürürlüğe giren Anayasa, sözleşmeyi değiştiremeyecekse kanunun sözleşmenin değiştireceğini kabulü çelişki yaratır.

Anayasanın, 90/5, c.2'deki düzenlemesiyle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin, diğer uluslararası sözleşmelerden, yani temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerden, somut uyuşmazlıklara uygulanması konusunda ayrıksı bir düzenleme getirdiği görülmektedir. Bu temelde, AİHS'nin, somut Anayasa düzenlemesi karşısında temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme olduğu anlaşılmaktadır. O halde, AİHS'nin, kanunla aynı konuda farklı düzenlemeler içermesi halinde, AİHS'nin, somut uyuşmazlığına uygulanması gerekmektedir. AİHS'nin, doğrudan uygulanabilme (self- executing) kabiliyeti bulunduğundan sözleşmenin uygulanması için ayrıksı bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır<sup>124</sup>.

Taraf devletlerin, uluslararası hukukun iç hukuktaki etkisi konusunda hangi sistemin seçtiğine bakılmaksızın, AİHS'nin, iç hukukunun bir parçası haline getirmesi ve iç hukukta doğrudan uygulanabilmesi gerekir. AİHS'nin, birinci maddesinin emredici nitelikteki hükmünde, taraf devlete, hak ve özgürlükleri güvence altına alırlar, şeklinde somut bir yükümlülük yüklediği anlaşılmaktadır. Taraf devletin, sözleşmeyi uygulamama da imtina etmesi de söz konusu da olamayacağına göre o halde sözleşmenin, uygulanması için gerekirse somut kanuni düzenlemeleri yapması veya sözleşmeye aykırılığı net olan kanunların değiştirilmesi de gerekir.

---

<sup>123</sup> Böylesi bir durumda, taraf devletin, imzalayarak veya onaylayarak uluslararası hukukta yükümlülük altına girdikten sonra, iç hukukundaki bir düzenlemeyle sözleşmeyi değiştirerek, kendisi açısından sözleşmeyi uygulanmaz hale getirmesi halini ortaya çıkacaktır. Bu da taraf devletin, başta ortaya koyduğu söze bağlılık (pacta sunt servanda) iradesine aykırılık taşır.

<sup>124</sup> Aybay'a göre; Anayasanın 90/5 maddesine göre, doğrudan uygulanabilen temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme var ise, sözleşmenin hükmü esas alınmasının gerektiğini, doğrudan uygulanabilir olmayan uluslararası sözleşmelerin, Anayasanın 90/5 maddesinin kapsamının dışında olduğunu belirtmektedir. Bu türden bir sözleşme yani doğrudan uygulanabilir olmayan temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeyle kanun çatışması halinde iki ayrı ve bağlayıcılık bakımından eşit nitelikte hüküm değil sadece bir kanun hükmü vardır. O halde, doğrudan uygulanabilir olmayan sözleşme hükmü, ancak kanun hükmünün yorumlanmasında yardımcı olur (Aybay, 2007, s.207.)

#### 4.4.2 AİHS'nin, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Anayasanın, 90/5. maddesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin, kanun hükmünde olacağı düzenlemesi bulunmaktadır. Aynı maddeye eklenen ikinci cümlede, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin, kanunlarla aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde çıkabilecek uyumsuzluklarda uluslararası sözleşmelerin hükümleri esas alınır, düzenlemesini içermektedir. Anayasadaki normatif düzenlemelerin, uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki kurallar kademelenmesindeki yeri konusunda somut bir tespit bulunmamaktadır. Bu nedenle öğretide, uluslararası sözleşmelerin, normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda farklı düşüncelerin ortaya çıktığı görülmektedir.

Bir düşünceye göre, uluslararası sözleşmeler, kanun eş değerinde olduğu bir diğer görüşe göre ise uluslararası sözleşmelerin kanun üstün olduğu olduğunu ileri sürülmüştür. Bu görüşleri yukarıda açıklamıştık. Konumuz açısından, AİHS'nin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme olduğundan, bu konuda ileri sürülen bir diğer görüş olan uluslararası sözleşmeler arasında ayırım yapan görüş esas alınmalıdır.

Bazı yazarlar<sup>125126</sup>, uluslararası sözleşmelerin, kanunlarla eş değerinde olduğunu belirtmişlerdir<sup>127</sup>. Anayasanın, 90/5. maddesindeki yapılan değişiklikle beraber, bazı yazarlar tarafından, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin, kanundan üstün olduğunu belirtmişlerdir<sup>128</sup>. Bu nedenle, AİHS'nin, Anayasanın 90/5 maddesinde yapılan değişiklik gereğince, diğer uluslararası sözleşmeler yani temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası sözleşmelere, kanunlardan üstün olduğu görülmektedir. Bu görüşün, Anayasadaki değişikliğin, amacına uygun bir yorum olarak isabetli olduğu görülmektedir. Anayasaya koyucu, bu değişikliğin amacınının, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin, kanunlarla ihtilafı halinde, somut uyumsuzluğun çözümü açısından, uluslararası sözleşmeleri, kanunlardan üstün tutarak hukuk uygulayıcılarına kolaylık sağlamayı amaçlamıştır<sup>129</sup>.

<sup>125</sup> Özbudun, s.228, Gözler, s.114, Pazarcı, s.27.

<sup>126</sup> Bu görüşte yazarlar için bkz. Akt. Fendoğlu, s.372-374.

<sup>127</sup> Kemal Gözler, bu görüşü desteklemekte, uluslararası sözleşmelerin, kanundan üstün bir değeri sahip olabilmesi için bu sözleşmenin, temelinde yatan iradenin, yasama organının adi çoğunluğundan daha yüksek bir çoğunluk tarafından açıklanan bir irade olması gerektiğini ifade etmiştir (Gözler, s.114)

<sup>128</sup> Özbudun, s.229, Gözler, s.114, Pazarcı, s.27.

<sup>129</sup> Anayasanın 90/5. maddesi değişikliğinin gerekçesinden.

Bu görüş açısından, AİHS, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası sözleşme olduğundan, doğal olarak sözleşme, kanundan üstündür. Ancak sözleşmenin, kanundan üstün olduğu kabul edilmişken veyahut sözleşmenin normlar hiyerarşisinde, kanundan üstte Anayasanın altında olduğu dile getirilecektir. Bundan sonra acaba AİHS'nin, Anayasayla eş değerde<sup>130</sup> veya Anayasanın üstünde olduğu<sup>131</sup> düşünülebilir mi?

Anayasanın, 90/5. maddesi düzenlemesinden hareket eden bir görüşe göre madem AİHS'nin, Anayasaya aykırılığı ileri sürüleliyorsa, bunun doğal neticesi olarak da sözleşmenin, Anayasaya aykırı olsa bile uygulanacaksa, o halde, AİHS, Anayasadan üstündür<sup>132</sup>. Bu görüşü destekleyecek bir düşünce ise, uluslararası sözleşmelerin, değiştirilmesindeki kuralların farklılığıdır. Bilindiği gibi uluslararası sözleşmeler, kendi koyduğu kurallara göre bozulabilir veya değiştirebilir. Taraf devlet, tek yanlı bir hukuki işlemle, uluslararası sözleşmeyi değiştirmesi mümkün değildir. Uluslararası sözleşmeden sonra yürürlüğe girecek Anayasaya değişikliğiyle de sözleşmenin değiştirilmesi de mümkün olamayacaktır<sup>133134</sup>.

AİHS'nin, iç hukuktaki yeri yukarıdaki gibi tartışmalı olduğu görülmektedir. AİHS'nin ve dolayısıyla uluslararası sözleşmelerin, Anayasaya aykırılığı söz konusu olabilecekse, Anayasaya Mahkemesine iptal davası açılabilir mi? Normlar hiyerarşisinde göre her norm bir üstteki norma uygun olması yani ona aykırı olmaması da gerekir. Bu konuda Anayasada somut bir düzenlemeye yer verildiği için tartışma sona ermiştir. Anayasanın 90/5. maddesine göre; usulüne göre yürürlüğe konulmuş, uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceği düzenlemesi getirilmiştir. Bu konuda ileri sürülen bir fikre göre Fransız hukukunda ayrılabilir işlem (acte detachable) kavramından hareket edilerek, eğer onaylama kanunu, onaylanmasını uygun bulduğu sözleşmeden ayrılabiliriyorsa, yani bağımsız tek başına hüküm ifade ederse Anayasaya aykırılığı ileri sürülebilir; ancak, uygun bulma kanunu, sözleşmeyle birlikte anlam taşıyorsa, Anayasaya aykırılığı ileri sürülebilir. Burada dile getirilen husus, uluslararası

---

<sup>130</sup> Bkz. Akt. Bilgin, s.94 dp.31.

<sup>131</sup> Bu görüşte yazarlar için bkz. Fendoğlu, s.374-377, Şahbaz, s.188.

<sup>132</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.23.

<sup>133</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.23.

<sup>134</sup> Özbudun, farklı görüştedir. Yazara göre; her ne kadar uluslararası sözleşmelerin, Anayasaya aykırılığı ileri sürülmezse de sözleşmelerin iç hukuktaki etkileri sonradan çıkarılacak bir kanunla değiştirmek veya kaldırmak mümkündür. Ancak bu halde, taraf devlet, uluslararası yükümlülüklerine aykırı davranması nedeniyle, uluslararası hukuki sorumluluğu söz konusu olabilecektir (Özbudun, s.229).

sözleşmenin kendisinin değil onu iç hukukun bir parçası haline getiren uygun bulma kanunun Anayasaya aykırılığı denetlenmesidir<sup>135</sup>.

#### 4.4.3 AİHS'nin Bağlayıcılığı

Uluslararası sözleşmenin bağlayıcılığı denilince; sözleşmenin, taraf devlet tarafından uygulanmasını sağlaması veya sözleşmede düzenlenen hakları çiğnenmemesidir. Bağlayıcılık açısından ele alınması gereken bir diğer başlık ise taraf devletin, sözleşmeyle kendisine yüklenen yükümlülüklerin bir kısmına bağlı olmadığını dile getirdiği beyan olan çekince kavramıdır<sup>136</sup>.

AİHS'nin, bağlayıcılığı konusunda temel normatif düzenlemesi birinci maddedir. Sözleşmenin birinci maddesinde, taraf devletlerin, yetki (egemenlik) alanı içinde bulunan herkesin, sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri güvence altına alırlar, ifadesiyle emredici bir dil kullandığı anlaşılmaktadır. Sözleşmenin, bu maddesiyle, taraf devletin, yükümlülüğü kesin bir şekilde ifade edile gelmiştir<sup>137</sup>.

AİHS'nin, hukuksal anlamda bağlayıcılığı iki değişik başlıkta incelenebilir. Bunlardan, birincisi; kamusal uluslararası hukukun genel ilkeleri açısından. İkincisi ise; AİHS'nin, kendi hükümleri ve Avrupa Konseyi yapısı açısından<sup>138</sup>.

AİHS, niteliği itibariyle uluslararası hukukun kaynağı olarak bir sözleşme olduğundan, antlaşmalar hukuku bakımından Viyana Sözleşmesi açısından bağlayıcılığı hakkındaki ilkeler, AİHS açısından da caridir<sup>139</sup>.

AİHS, taraf devletlerin, yetki alanı içerisinde bulunan herkes hakkında uygulanabilme özelliği bulunmaktadır. Sözleşmeyle, taraf devlete yüklenen yükümlülük sadece basit bir taahhütten ibaret olmadığı, AİHM'nin, taraf devlet hakkındaki yükümlülüğü yerine getirip getirmediğini denetlemek amacıyla kurulmasıdır. Ayrıca taraf devlet, sözleşmeyle imzalayarak, AİHM, kararlarının uymayı da kabul etmiştir. Taraf devlet

---

<sup>135</sup> Özbudun, s.229-230, Fendoğlu, s.182-183.

<sup>136</sup> Aybay, 2017, s.161.

<sup>137</sup> Tunç, s.185.

<sup>138</sup> Aybay, 2017, s.157.

<sup>139</sup> Aybay, 2017, s.157.

açısından, AİHM kararlarına da uyup uymamayı da denetleyecek olan bir organ bulunmaktadır. Bu organ, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesidir<sup>140141</sup>.

AİHS'nin hem bağlayıcılık hem de yaptırım gücü bulunmaktadır. Sözleşmenin, birinci maddesinde bağlayıcılık özelliği, kırk altıncı maddesinde ise yaptırım özelliği düzenlenmiştir. Sözleşmenin bu iki özelliği 11. Protokol'ün yürürlüğe girmesinden önce, iki farklı durum oluşturduğu görülmektedir. Taraf devlet, AİHS'ni onaylayıp, sözleşmenin, denetim mekanizması olan bireysel başvuru, yolunu kabul etmemesi olası bir ihtimaldi. 11. Protokol'le birlikte, artık taraf devlet, bireysel başvuru yolunu kabul etmeden, sözleşmeyi onaylaması mümkün değildir<sup>142</sup>.

AİHS'nin birinci maddesine göre sözleşmenin bağlayıcılığı kapsamı, sözleşmeyi taraf olan devletler için gündeme gelecektir. Bununla kastedilmek istenen, sözleşmeyi bağlayıcılığı sadece taraf devlet açısından mümkün olabilmektedir. Bunun anlamı, sözleşmenin, taraf devletler haricindeki yani gerçek kişilerin veya tüzel kişilerin, AİHS ve ek protokoller kapsamında düzenlenen bir hakkın ihlal edilmesiyle sorumluluklarının bulunmamasıdır. Taraf devletin, AİHS ve ek protokollerinde düzenlenen hak ve özgürlüğün ihlal etmesiyle, ihlal ile devlet gücünün kullanılması noktasında bir bağlantı kurulması gerekir<sup>143</sup>.

Taraf devletin güç kullanması ile ihlal arasında bağı tespit etmek her zaman kolay olmayabilir. Devlet adına güç kullanmaya yetkili olan kişi veya mercilerin, görevlerini yerine getirirken doğrudan veya ihmaliyle kusuruyla sebebiyet verdikleri sözleşme ihlallerinden taraf devlet, sorumlu tutulacaktır. Aksi bir durumda ise yani devlet adına güç kullanmaya yetki olmayan kişi veya mercilerin kusurlu eylemlerinden, ilke olarak devletin sorumluluğuna gidilemez<sup>144</sup>.

AİHS'nin, yukarıda da bahsedildiği gibi taraf devlet ile birey arasında çatışma halinde taraf devletin varsa sorumluluğu söz konusudur. İki kişi arasında gerçekleşecek hukuki ilişki sonucunda bir kişinin hakkının ihlal edilmesiyle taraf devletin sorumlu olmaması doğaldır. Ancak, taraf devlet, sözleşme kapsamındaki ve birinci maddesinde belirlenen

---

<sup>140</sup> Bundan sonra, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin kısaltması olarak AKBK, ifadesi kullanılacaktır.

<sup>141</sup> Aybay, 2017, s.157.

<sup>142</sup> Aybay, 2017, s.132,158.

<sup>143</sup> Aybay, 2017, s.159.

<sup>144</sup> Aybay, 2017, s.159.

genel sorumluluğunun göz ardı edilmemesi gerekir. İki kişi arasındaki hukuki ilişki neticesinde taraflardan birinin, hakkının korunması için açacağı hukuk veya ceza davasında adil yargılanma hakkının da ihlal edilmemesi gerekir. Bu taraf devletin, herkesin yararlanabileceği ortak bir kamu düzeni oluşturma yükümlülüğüdür<sup>145</sup>.

#### 4.4.4 Yüksek Mahkeme Kararlarında AİHS'nin Niteliği

1982 Anayasasının, uluslararası hukuk kurallarını, hukukun genel ilkelerini ve Atatürk ilke ve inkılâplarını anayasallık blokuna dâhil edildiği görülmektedir<sup>146</sup>. Anayasa Mahkemesi de AİHS, referans norm olarak veya dayandığı Anayasa kurallarını uygulamada destekleyici ilke olarak kullanmıştır<sup>147</sup>. Anayasa mahkemesinin, AİHS'ni, bağımsız ölçü norm olarak değil ancak destek ölçü norm olarak kullanmaktadır<sup>148</sup>. Anayasa mahkemesi, genel kurul veya bireysel başvuru kararlarında, AİHS'ni, destek ölçü norm olarak kullanarak, sırf AİHS'ne aykırı olduğu gerekçesiyle mahkeme, norm denetimini yaparak kanunu maddesini iptal etmemektedir. Yine, Anayasa mahkemesi siyasi parti kapatma davalarında, ilgili kanun hükümlerinin, sözleşmeye aykırı olduğu gerekçesiyle kapatma kararı vermiş değildir<sup>149</sup>. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi geçmişten gelen uygulamasına bakıldığında, genelde uluslararası sözleşmeleri özelde AİHS'ni, norm denetimde, hukuk normunun, Anayasa aykırı olduğunu ilişkin kararlarında, AİHS'ni destek (ölçü) norm olarak kullanmıştır<sup>150</sup>.

Anayasanın, 90/5. Maddesi değişmeden önceki bir kararında<sup>151</sup> Anayasa Mahkemesi, ilgili kararında; uluslararası sözleşmelerin, iç hukuktaki kurallar kademelenmesindeki yerine ilişkin net bir belirleme yaparak, uluslararası sözleşmelerin, Anayasanın, 90/5 maddesi düzenlemesinden hareketle kanunla eş değerde olduğunu ifade etmiştir. İç hukuk yönünden, antlaşmalar ile yasalar arasında herhangi bir çatışma olması halinde,

<sup>145</sup>Aybay, 2017, s.159,160.

<sup>146</sup> Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Kararı; “ Milletlerarası hukuku, devletlerin taraf oldukları iki veya çok taraflı andlaşmalar, milletlerarası teamüller (örf ve adet), medeni milletlerce kabul edilen ve temel hukuk prensiplerinden bulunan, iyiniyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkeleri ve yardımcı kaynak olarak sayılan ilmi ve kazai içtihatlar oluşturmaktadır”(E.1984/14, K.1985/7- E.1986/18, K.1986/24)

<sup>147</sup>Fendoğlu, s.364-365, Şahbaz, s.194.

<sup>148</sup> Özbudun, s.412, Şahbaz, s.197, Bilgin, s.96, Fendoğlu, s.379.

<sup>149</sup> Bilgin, s.96,97.

<sup>150</sup> Bilgin, s.97,98.

<sup>151</sup> AYM Genel Kurul Kararı; E. 1996/55 – K. 1997/33, 27.2.1997.

yorum yoluyla çözüm bulunamaması durumunda, iç hukuktaki, iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurallarla sorunun çözümü gerekeceğini, dile getirmektedir.

Anayasanın, 90/5. Maddesinde 2004 yılında yapılan değişikliğiyle, Anayasa Mahkemesi, AİHS'ni, uygulamasında köklü bir değişikliğe gitmemiştir. Ancak 2004 değişikliğinden sonra, Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruları da incelediğinden, 2004 yılındaki değişiklikten sonraki Anayasa Mahkemesi kararlarını, genel kurul kararları ve bireysel başvuru kararlarını olarak bakmak gerecektir.

Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru dışındaki kararlarında, yukarıda bahsedilen şekildeki görüşünü muhafaza etmiştir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, HAK-PAR kararında<sup>152</sup>, AİHS'nin, 10 ve 11. Maddelerinde düzenlenen, örgütlenme ile düşünce ve ifade özgürlüğü konularını değinilmekle yetinmiştir<sup>153</sup>. Anayasa Mahkemesi, iptal ve itiraz davalarında da AİHS'ni, yine destek ölçü norm olarak kullanmış, AİHS hükümleri bağımsız ölçü norm olarak kullanmamıştır. Anayasa Mahkemesi, hukuk normunun, hukuka uygunluğunu yine Anayasa hükümlerine göre bakarak tayin ettiği görülmektedir<sup>154</sup>.

Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru davalarında verdiği kararlar incelendiğinde, Mahkemenin, sıklıkla ve özellikle, AİHS'ne ve AİHM kararlarına atıflarda bulunduğu görülmektedir. Daha doğrusu, Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru davalarında, AİHS ve AİHM uygulamasına daha yakın kararlar verdiği anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru davalarında, hak ihlalinin tespitinde bulunduğu için mahkemenin kararlarında, AİHS'nin, kurallar kademesindeki yeri konusunda veya sözleşmeyle kanun hükmünün çatışması halinde nasıl hareket edileceği konusunda bir tespit bulunmamıştır. Bireysel başvuru davalarının, temeli veya konusu hak ihlalinin tespiti olduğundan, mahkemenin, hukuk normlarının, AİHS'ne aykırılı olup olmadığının tespitinin beklenmesi de çok haklı bir beklenti olarak görülmemesi gerekir. Ancak mahkeme, bir kararında<sup>155</sup>, kanun hükmünün, AİHS'ne aykırı olduğunu ve Anayasa'nın 90/5, c.3 hükmü uyarınca uygulanmaması gerektiğini açıkça söylemiştir<sup>156</sup>.

---

<sup>152</sup> Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Kararı; E.2002/1, K.2008/1, 29.1.2008.

<sup>153</sup> Bilgin, s.106.

<sup>154</sup> Bilgin, s.110.

<sup>155</sup> AYM bireysel başvuru kararı; Başvuru No: 2013/2187, 19.12.2013.

<sup>156</sup> Bilgin, s.111.

Yukarıda, uluslararası sözleşmelerin ve dolayısıyla da AİHS'nin, hukuk normlarının, anayasa uygunluğu denetiminde kullanılan ölçü normlarından, yani anayasallık blokuna dâhil olduğunu ifade edilmiştir. Anayasada, AİHS'nin, anayasallık blokuna dâhil olduğuna dair açık hüküm bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, AİHS'ni, anayasallık blokuna, içtihatlarıyla dâhil ettiği görülmektedir. Doktrinin de bunu kabul ettiği görülmektedir. Ancak doktrinde, AİHS'nin, anayasallık blokuna dâhil edilmesinin sebebi olarak bazıları, uluslararası hukukun, iç hukuka üstün olduğu fikrinden hareket ederek, bazı yazarlar ise Anayasanın ikinci maddesinde ifade edilen insan haklarına saygılı bir devlet olmanın gereği olarak, AİHS'nin, mahkemenin norm denetiminde destek ölçü norm olarak kullanması gerektiğini beyan etmişlerdir<sup>157</sup>.

Yargıtay kararlarında ise AİHS'nin yeri konusunda, Anayasanın, 90/5 maddesinde yapılan 2004 yılında değişikliğe göre birtakım farklılıkların göze çarptığı anlaşılmaktadır. Ancak yüksek mahkeme, 2004 değişikliği öncesinde de AİHS'nin, kurallar kademelenmesi konusunda yasalarla eş değerde olduğunu, sözleşmeyle kanun arasında ihtilaf çıktığında, önceki-sonraki kanun, genel-özel kanun ilişkilerine bakılarak uygulanacak hüküm tayin edileceğini ifade etmiştir. 2004 değişikliğinden sonra Yargıtay, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin, diğer sözleşmelere göre kanunlardan üstte olduğunu, kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin çatışması halinde, sözleşme hükümlerinin somut uyuşmazlıkta uygulanacağını belirtmiştir. 2004 değişikliğinden sonra Yargıtay, AİHS gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin, kanunlardan üstte olduğunu dile getirerek, AİHS'nin, kurallar çatışmasında ayrıksı bir düzenleme yeri seçtiğini görülmektedir<sup>158</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 19/09/2018 tarih ve 2018/9-584 Esas ve 2018/1332 Karar sayılı ilamında; Anayasanın, 90'ncü maddesinin son fıkrasında usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma

<sup>157</sup> Özbudun, s.412-413, Şahbaz, s.197-200, Kemal Gözler, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır? Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.55, S.3, s.89-93.

<sup>158</sup> Şahbaz, s.200, Bilgin, s.112.

hükümlerinin esas alınacağı ifade edilmiştir. Bu ifadenin Yargıtay'ın, çeşitli kararlarında dile getirildiği anlaşılmaktadır<sup>159</sup>.

Yargıtay'ın, ifade özgürlüğüne temas edecek suçlarla ilgili yargılamalarda, çoğu kez AİHS'nin, maddelerine atıf yapılarak yer verildiği ayrıca yüksek mahkemenin, AİHM'nin içtihatlarına yer vererek somut uyuşmazlıkları değerlendirdiği anlaşılmaktadır<sup>160</sup>. Yargıtay kararlarında AİHS'nin, normlar hiyerarşisindeki yeri hususuna ilişkin istikrarlı bir şekilde herhangi bir değerlendirmeye yer verilmediği görülmektedir. Yüksek mahkemenin, AİHS'nin, kanunla çatışması halinde sözleşme hükmünün esas alınacağına ilişkin tespiti yer vermiştir. AİHS'nin, Anayasaya karşı konumu yani sözleşmenin anayasa hükmünde olup olmadığı veya Anayasadan üstün olup olmadığına hiç değinilmemiştir<sup>161</sup>.

Danıştay'ın, AİHS'nin normlar hiyerarşisindeki yeri hususunda Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'a göre farklı yaklaşımlar sergilediği görülmektedir. Yüksek mahkeme Anayasanın, 90/5. maddesinde 2004 yılından önce yapılan değişiklikten önce bile, uluslararası sözleşmelerin Anayasanın, 90/5. hükmüne göre Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğinden hareketle, uluslararası sözleşmeyle kanunun çatışması halinde, uluslararası sözleşme hükümlerine üstünlük tanımış ve AİHS'nin Anayasal değerde olduğunu kabul etmiştir<sup>162</sup>. Danıştay'ın, 2004 yılındaki Anayasa değişikliği sonrasında benzer yaklaşımda bulunmuştur. Danıştay'ın aksi yönde yaklaşımda bulunan kararı mevcut bulunmamaktadır<sup>163</sup>.

Danıştay'ın, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'a göre AİHS'nin, normlar hiyerarşisindeki konumu açısından farklı yaklaşımlarda bulunduğunu bahsetmiştik. Danıştay'ın yakın tarihli kararlarına bakıldığında yukarıda zikrettiğimiz tespitlerin yer verilmediği anlaşılmaktadır. Danıştay'ın, yukarıda tespitlerine ilişkin kararları eski tarihli kararları olduğu dikkati çekmiştir, dolayısıyla Danıştay'ın aksi yaklaşımında

---

<sup>159</sup> Yargıtay 21.Hukuk Dairesinin, 2018/2761 Esas ve 2019/1676 Karar, 05/03/2019, 2018/279 Esas ve 2019/1216 Karar, 21/02/2019, 2018/1529 Esas ve 2019/1207 Karar, 21/02/2019, 2017/4250 Esas ve 2018/8463 Karar, 20/11/2018.

<sup>160</sup> Yargıtay 19.Ceza Dairesi, 2017/6373 Esas ve 2018/5569 Karar, 03/05/2018, 2018/7892 Esas ve 2019/526 Karar, 21/01/2019, 2018/6819 Esas ve 2019/525 Karar, 21/01/2019, 2018/7729 Esas ve 2019/524 Karar, 21/01/2019, 2018/7735 Esas ve 2018/13080 Karar, 10/12/2018.

<sup>161</sup> Bilgin, s.112-113 ve 113. sayfadaki 79 nolu dipnot.

<sup>162</sup> Bilgin, s.98-99, zikredilen kararlar için bkz. Akt; Bilgin, s.98-99'daki, 46 nolu dipnot. Şahbaz, s.201.

<sup>163</sup> Bilgin, s.112.

kararları bulunmadığından karine olarak önceki yaklaşımını muhafaza ettiği söylenebilir<sup>164</sup>.

## **5.AİHM ve AİHM'İN KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI**

AİHS'nin, denetim mekanizmasını yerine getiren organ AİHM'dir. AİHM, AİHS'nin, önceki yani esas metninde yer almamaktaydı. Sözleşmenin, eki olan 11.nolu protokolün onaylanmasıyla, AİHM, bugünkü şekilde tam zamanlı mahkeme olarak çalışmaya başlamıştır<sup>165</sup>. AİHM'nin, yapısının temeli 11.nolu protokolle atılmıştır. 14.nolu protokolle ise AİHM'nin, zamanla artan iş yükünün azaltılmasına yönelik olarak değişiklikler yapıldığı görülmektedir.

Öncelikle, konumuz nedeniyle AİHM'nin yapısı incelenecek ve AİHM'nin verdiği kararların türü, niteliği ve bağlayıcılığı anlatılacaktır.

### **5.1 GENEL OLARAK**

AİHM, AİHS'nin, 19.maddesinde belirtildiği gibi taraf devletlerin, sözleşmeyle üstlendikleri taahhütleri yerine getirmelerini güvence altına almak için kurulmuş, uluslararası bir mahkemedir<sup>166</sup>. Bir oluşumun, mahkeme olarak kabul edilmesi için doğal olarak mahkemenin, dava adı verilen çekişmeyi yani nizayı sonuca bağlaması gerekir. Mahkemede bulunması gereken temel koşullar ise bağımsızlık ve tarafsızlıktır. AİHS'nin, 6.maddesinde, mahkemenin tarafsız ve bağımsız olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu gerekçeyle, mahkemede olmazsa olmaz niteliklerdir.

Yargılama; usul kuralları gereğince yürütülen faaliyet neticesinde karar verilmesidir. Yargılama faaliyetini mahkemeler yerine getirmektedir. Mahkemenin, yargılama yapabilmesi için yargılama yetkisinin pozitif hukukta bir dayanağının var olması gerekir. Ulusal mahkemeler, yargılama yetkisinin anayasalarından veya ilgili yasalarından alırlar. Anayasaya göre yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız

---

<sup>164</sup> Bilgin, s.112.

<sup>165</sup> AİHS'nin, 19.maddesi.

<sup>166</sup> Aybay, 2017, s.165.

mahkemelerce kullanılır. Ulusal mahkeme kararlarında, Türk Milleti Adına karar verilir ibaresinden, ulusal mahkemelerin yargı yetkisini Anayasadan aldığı anlaşılmaktadır<sup>167</sup>.

Uluslararası mahkemelerin, yargılama yetkisinin hukuksal dayanağını, kural olarak ya da genel olarak uluslararası sözleşmelerden aldıkları anlaşılmaktadır. AİHM, AİHS'nin, 19.maddesinden yargılama yetkisini aldığı anlaşılmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı'nın, yargı yetkisini ise Birleşmiş Milletler Anayasasına ve bu yasanın ayrılmaz parçası olan Adalet Divanı Statüsüne dayanmaktadır<sup>168</sup>.

Uluslararası mahkemelerin, yargılama yetkisini, istisna da olsa uluslararası sözleşmelerden değil uluslararası örgütlerin aldıkları kararlarla da kurulduğu görülmektedir. İkinci dünya savaşından sonra kurulan Nürnberg ve Tokyo Savaş Suçları Mahkemeleri bunlara örnektir<sup>169</sup>. Burada dikkate çeken bir ayrıntı ise uluslararası sözleşmelerle kurulan uluslararası mahkemeler, tam zamanlı veya devamlı niteliği bulunan yargı organlarıdır. Bunlar dışında kalan mahkemeler ise belirli olayları yargılamak için kuruldukları için bu fonksiyonları amaca ulaştıklarında hukuki varlıkları sona ermiştir.

AİHM'nin, diğer uluslararası mahkemelerden kuruluş amacı açısından farklı olduğu anlaşılmaktadır. AİHM'nin ve dolayısıyla, AİHS'nin, ortaya çıkışında, özellikle İkinci Dünya Savaşının Avrupa'da yaptığı siyasal, toplumsal ve ekonomik çöküntülerin etkili olduğu anlaşılmaktadır<sup>170</sup>. AİHS'yle, insan haklarının bölgesel düzeyde tanınması ve korunmasını amaçlanmıştır<sup>171</sup>. AİHS, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden esinlenerek bir takım birinci kuşak hakları düzenlenmekle kalmamış, amacın insan haklarının tanınması ve korunması olduğundan ortak güvence sistemine dayanan uluslararası bir yargısal denetim mekanizması oluşturmuştur<sup>172</sup>.

---

<sup>167</sup> Aybay, 2017, s.168.

<sup>168</sup> Aybay, 2017, s.169.

<sup>169</sup> Aybay, 2017, s.170.

<sup>170</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.7

<sup>171</sup> Surlu, s.159.

<sup>172</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.11

## 5.2 AİHM'İN YAPISI

AİHM'nin yapısını AİHS'nin, eki olan 11.nolu protokolden önceki hali ve sonraki haliyle bakmak gerekir. AİHS, 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11.nolu protokolden önce Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı olarak iki organdan oluşmaktaydı<sup>173</sup>.

### 5.2.1 11. Nolu Protokolden Önceki Hal

Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun temel görevi, bireysel başvuruları kabul edilebilirlik koşullarını incelemektir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, bireysel başvuruların kabulü veya reddi konusunda kararlar almaktaydı. Komisyonun, başvuruyu kabul edilemez kararı kesindi. Komisyonun, başvuruyu kabulüne karar vermesi halinde başvurunun esasına ilişkin ancak bağlayıcılığı bulunmayan raporu sunarak; denetim mekanizmasının ikinci ve üçüncü organı Avrupa İnsan Hakları Divanına ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ancak başvurunun kabul edilmesi üzerine komisyonun, esas hakkındaki raporunu hazırlayıp Bakanlar Komitesine sunmasından sonra görev yapabiliyorlardı (AİHS'nin, eski 26-37, 44, 47, 48 mad.)<sup>174</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı vermesinden sonra, bir yandan ihlale ilişkin olayları soruştururken öte yandan dostça çözüm için de çalışmalar yapmaktaydı (AİHS'nin, eski 32 m.). Komisyon, işin esası hakkında düzenleyeceği raporla, davalı devlet tarafından, AİHS hükmünün ihlal edip etmediği hususundaki görüşünü bildirmekle yetinmekteydi. Bağlayıcılığı bulunmayan bu rapor, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine gönderiliyor ve bağlayıcı olan kesin karar duruma göre Bakanlar Komitesi veya Avrupa İnsan Hakları Adalet Divanı tarafından veriliyordu<sup>175</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonunda, AİHS'ne taraf olan üye devlet adına bir tane üye bulunmaktaydı. Bu üyeler, taraf devletin danışma meclisindeki temsilci parlamenterlerin gösterdiği üç aday arasından, altı yıl için Bakanlar Komitesince seçilirler. Üyeler, adına

<sup>173</sup> Gözler, s.497.

<sup>174</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.27,497, Çalışkan, s.43. Bkz. Resmi Gazete, 19/03/1955 tarih, S.8662, 6366 sayılı kanun.

<sup>175</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.27.

seçildiği devletin temsilcisi olarak kendi adına bağımsız olarak görev yaparlar (AİHS'nin, eski 21, 23 m.)<sup>176</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Divanı, AİHS'nin, denetim mekanizmasının üst ve ikinci organıdır. Divanın temel görevi yapılan başvuruları karara bağlamaktır. Divana doğrudan başvuru yapılamıyordu. Divana, dava, belli kişilerce ve belli koşullar mevcut olduğunda getirilebiliyordu (AİHS'nin, eski 44,46,47,48,49 md). Bu nedenle başvurunun Divana önüne gelebilmesi için, başvuru öncelikle Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvurusu, Komisyonun, bu başvuruyu kabul edilebilir olduğuna karar vermesi ve esas hakkındaki raporunu hazırlayarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine göndermesi gerekirdi. Divanın, yargılama yapabilmesi için taraf devletin, Divanın zorunlu yargı yetkisini kabul etmesi gerekir (AİHS'nin, eski 46 m.)<sup>177</sup>. Divan, ilgili başvuru hakkında yargılama yapıp karar verir. Divan, AİHS'nin, ihlal edilmesi halinde tespit hükmü niteliğinde bir karar vermekteydi. Bu karar kesindi. Divan kararının yaptırımını ise adli tazmindir<sup>178</sup>.

Divan, Avrupa Konseyine üyesi devletlerin sayısı kadar yargıçtan oluşmaktaydı (AİHS'nin, eski 38 m.). Yargıçlar, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından seçilirdi<sup>179</sup>.

Divan, daire, büyük daire ve genel kuruldan oluşmaktaydı. Dairede, dokuz; büyük dairede ise yirmi bir hâkimden oluşmaktaydı. Dairenin bakacağı başvuruda davalı üye devletin hâkimi doğal üye (ex officio) olarak katılırdı. Başvurulara ilişkin davalar, normalde dairede görülür. Ancak dava, AİHS'nin, yorumlaması bakımından sorun yaratabilecek nitelikteyse daire davayı Büyük Daireye gönderirdi. Büyük Daire de eğer içtihat değişikliğine yol açabilecek o da davayı Genel Kurulu gönderirdi<sup>180</sup>.

11.nolu protokol öncesi, AİHS'ne taraf olan devlet açısından, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanının yargı yetkisi ihtiyariydi yani taraf devlet AİHS'nin var olan yargı mekanizmasına dâhil olmamayı istemesi mümkündü. 11.nolu

<sup>176</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.27, Çalışkan, s.44.

<sup>177</sup> Türkiye, Divanın, yargı yetkisini 22/01/1990 tarihinde kabul etmiştir.

<sup>178</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.28, Çalışkan, s.55-58, Gözler, s.498.

<sup>179</sup> Gözler, s.498, Çalışkan, s.56.

<sup>180</sup> Gözler, s.498, Çalışkan, s.56-57.

protokolle, taraf devlet açısından, artık AİHM olarak adlandırılan yargı organının, yargı yetkisi zorunlu hale gelmiştir. Ezcümle, 11.nolu protokolü onaylayan taraf devlet, AİHM'nin zorunlu yargı yetkisi de kabul etmiş olacaktır<sup>181</sup>.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Divan ve Komisyondan farklı olarak Avrupa Konseyi Statüsüyle geçerlilik kazanmış bir kurumdur (Avrupa Konseyi Statüsü m.10). Avrupa Konseyinin en yüksek karar organı olan Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyine üye devletlerin Dışişleri Bakanlarından oluşur.

Bakanlar Komitesinin, AİHS'den ve Avrupa Konseyi Statüsünden kaynaklı yetkileri ve görevleri bulunmaktadır. Avrupa Konseyi Statüsünün, 8.maddesinde; üçüncü madde<sup>182</sup>hükümlerini ciddi surette ihlal eden, her üyesi temsil hakkından bir süre için mahrum edilebilir ve Bakanlar Komitesi tarafından 7. Maddedeki koşullar dâhilinde Konseyden çekilmeye davet edilebilir. Bu davet dikkate alınmadığı takdirde Komite, bizzat Komitenin tayin edeceği tarihten itibaren söz konusu üyenin artık Konseye mensup olmadığına dair karar verebilir, hükmü mevcut bulunmaktadır. Buna göre, Bakanlar Komitesi, yükümlülüklerini yerine getirmeyen üye devlete en ağır yaptırım olan Konsey üyeliğinden çıkarabilecektir<sup>183</sup>.

Bakanlar Komitesinin, AİHS'den kaynaklanan üç tane yetkisi vardır. Bunlardan bir tanesi AİHS'nin, 11.nolu protokolle değişmeden önceki 21.maddesinden kaynaklanan, Parlamenter Meclis tarafından belirlenen adaylar arasından Avrupa İnsan Hakları Komisyonu üyesini oybirliği seçmektir.

Bakanlar Komitesinin, ikinci yetkisi AİHS'nin 32.maddesinden kaynaklıdır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun, başvuru hakkındaki düzenlediği raporu, Bakanlar Komitesine sunar. Bundan sonra iki seçenek vardır. Eğer Sözleşmeyi ihlal eden taraf devlet, Divanın yargı yetkisini kabul etmişse davanın tarafları, olayı Divanın önüne

---

<sup>181</sup> Gözler, s.498, Aybay, 2017, s.132.

<sup>182</sup> Avrupa Konseyi Statüsü 3.maddesinde;” Avrupa Konseyinin her üyesi, hukukun üstünlüğü prensibini ve yasal yetkisi altında bulunan her şahsın insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanma prensibini kabul eder. Birinci bölümde yazılı gayenin güdülmesine samimi ve fiili bir surette katılmayı etmeyi taahhüt eder” denilmektedir.

<sup>183</sup> Çalışkan, s.59.

götürebilirler. Olay Divanın önüne gelirse artık bu aşamadan sonra Bakanlar Komitesinin, bir yetkisi kalmamaktadır<sup>184</sup>.

AİHS’ni ihlal eden devlet, Divanın yargı yetkisin tanımamışsa veya tanımış olmakla birlikte olayı Divana götürmek istemezse, Bakanlar Komitesi devreye girer. Komisyonun, başvuru hakkındaki esas hakkında verdiği kararın kesinleşmesi için Bakanlar Komitesinin olay hakkında 3 ay içinde karar vermesi gerekir<sup>185</sup>.

Bakanlar Komitesinin üçüncü yetkisi AİHS’nin eski 54.maddesinden kaynaklanan, taraf devletlerin, Divan kararlarının yerine getirip getirmediğini denetlemektir. Üye devlet, gereken önlemleri almaması halinde, Bakanlar Komitesi yukarıda bahsedilen yetki kullanarak üye devleti, Avrupa Konseyinden çıkarabilecektir<sup>186</sup>.

Avrupa Konseyine üye olan devlet sayısının artmasıyla dolayısıyla AİHS’ni de taraf olan devlet sayısında da artış olmuştur. Üye devlet sayılarının artmasıyla, AİHS’yle kurulan denetim mekanizmasına başvurusu sayısında da artış yaşanmıştır. Bu sebepten kaynaklı olarak, AİHS, 11.nolu protokolle köklü değişikliğe uğramıştır. 11.nolu protokolün asıl amacının, AİHS’nin denetim mekanizmasının artan iş yükünün azaltılmasını sağlamaya yöneliktir. Bu değişiklikle insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması, sürdürülmesi ve ilerletilmesi sağlanmak istenmiştir<sup>187</sup>.

### **5.2.2 11. ve 14. Nolu Protokolden Sonraki Hal**

AİHS’nin, denetim mekanizmasında önce 11.nolu protokolle daha sonra ise 14.nolu protokolle köklü değişiklikler yapılmıştır. 11.nolu protokolle, komisyon ve divan olarak iki başlı çalışan denetim mekanizması ayırımına son verilerek, AİHM adında devamlı olarak çalışan bir mahkeme kurulmuştur. Ayrıca 11.nolu protokolle, AİHM’nin, yargı yetkisi zorunlu hale getirilmiştir. 11.nolu protokolden önce, başvuruların esas hakkında, siyasi organ niteliğindeki Bakanlar Komitesinin karar verebilmesi söz konusu iken, 11.nolu protokolle, Bakanlar Komitesinin, yargısal olan bu yetkisi kaldırılarak,

---

<sup>184</sup>Çalışkan, s.60.

<sup>185</sup>Çalışkan, s.60.

<sup>186</sup>Çalışkan, s.62.

<sup>187</sup>Çalışkan, s.62.

Bakanlar Komitesine, sadece AİHM'nin kararlarının uygulanmasını denetlemek görevi ihdas edilmiştir<sup>188</sup>.

14.nolu protokol<sup>189</sup>, AİHM'nin işleyişinde hızlandırma sağlayacak ve kararların uygulanması açısından Bakanlar Komitesinin yetkisinin güçlendiren yenilikler getirmiştir. 11.nolu protokolün, onaylanmasıyla, AİHM'ne başvuru yapabilmek daha kolay hale gelmiştir. Bu nedenden kaynaklı olarak AİHM'nin, iş yükünde büyük artışlar olmuştur. Bu iş yükündeki artışın, AİHM'nin kendi iç yapısındaki yönetsel nitelikteki değişikliklerle giderilemeyeceği anlaşılmıştır. Bu gerekçeyle, 14.nolu protokolle, tek yargıçlı oluşumlar, üç yargıçlı komitelerin yetkileri genişletilmiştir. AİHS'nde başvurulara ilişkin yeni kabul edilebilirlik kriterleri, dostça çözüm sürecinde yenilikler ve kararların yerine getirilmesinde Bakanlar Komitesinin yetkilerin artırılması şeklinde yenilikler göze çarpmaktadır<sup>190</sup>.

11.ve 14.nolu protokolden sonra, AİHM, tek yargıçlı oluşumlar, üç yargıçlı komiteler, yedi yargıçlı daireler ve on yedi yargıçlı büyük daire olarak çalışmaya başlamıştır.

## **6. AİHM'NİN KARARLARI VE BAĞLAYICILIĞI**

AİHS'nin, 46/1 maddesini göre sözleşmeye taraf olan devletlerin, taraf oldukları davalarda AİHM'nin, son kararlarına uymayı taahhüt ederler. AİHM'nin, son kararları, Bakanlar Komitesine gönderilir; Komite bu kararların yerine getirilmesini gözetir (AİHS, m.46/2).

### **6.1 GENEL OLARAK**

İç hukukumuzda, bir mahkeme kararının bağlayıcılığından bahsedilebilmesi için ilgili kararın, kesin hüküm teşkil etmesi gerekir. Kesin hüküm, bazen mahkeme kararının verilmesi birlikte gerçekleşmesi söz konusu iken bazı hallerde ise kararın kesin hüküm niteliğine kavuşması için kanunda belirtilen, kanun yollarına başvurulmasıyla verilen karara veya mahkeme kararıyla ilgili kanun yoluna başvurulmadan kesin hüküm niteliğine kavuşur.

<sup>188</sup> Gözler, s.499, Aybay, 2017, s.191, Taner, s.43.

<sup>189</sup> Bu protokol, 01/06/2006 tarih ve 5512 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuştur.

<sup>190</sup> Aybay, 2017, s.192.

Yine iç hukukumuzda mahkeme kararının kesin hüküm olarak değerlendirilmesi için kararın hem şekli anlamda hem de maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi gerekir. Maddi anlamda kesin hüküm, dava konusu uyuşmazlığın tarafının ve dava konusunun aynı olmasını, şekli anlamda kesin hüküm ise maddi anlamdaki hükmün kanun yollarına başvurularak kararın kesinleşmesidir. AİHS'nin 44. maddesine göre AİHM'nin, Büyük Daire kararı kesindir, Daire kararlarının kesinleşmesi için tarafların davayı Büyük Daire önüne götürme yönünde talepleri olmadığını beyan etmeleri durumunda veya Daire kararın verilmesinden itibaren üç ay içinde davayı Büyük Dairenin önüne götürme talep edilmemesiyle bu sürenin sonunda kesinleşir (AİHS m.44).

AİHS'nin yukarıda değinilen ilgili düzenlemesine bakıldığında, AİHS'nin, iç hukukumuza benzer şekilde verilen kararların kesinleşmesi için belirli sürenin geçmesini veya bir üst dereceli makama başvurulmasının neticesini beklenmesini öngörmektedir.

AİHS'nin, 46/1 maddesiyle, AİHM tarafından verilen kararlara, taraf devletler uymayı taahhüt etmişlerdir. Bunun anlamı taraf devletin, hakkında verilen karardaki gerekleri yerine getirmesidir. Ayrıca AİHS, taraf devletin, AİHM tarafından verilen karara uymasını sadece taraf devletin inisiyatifine bırakmamış, AİHM kararlarının yerine getirilmesini denetleme görevinin Bakanlar Komitesine yetki vermiştir (AİHS, m.46/2).

AİHM'nin kararlarının bağlayıcılığın kapsamı, AİHS'ne taraf olan devletler için geçerlidir. Sözleşmeye taraf olmayan devletler veya devletler haricindeki gerçek ve tüzel kişilerin, AİHS'nde düzenlenen hakları ihlal etmesi halinde sorumluluktan söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, AİHM'nin kararlarının, bağlayıcılığı konusunda temel süjenin AİHS'ne taraf devletler olduğu anlaşılmaktadır. Yine taraf devletin, AİHM'nin, kararlarını kendisi açısından bağlayıcılığının kabul edilmesi için AİHM'ne konu söz konusu ihlalde, taraf devletin AİHS'den kaynaklanan yükümlülüklerini doğrudan veya ihmali davranışıyla yerine getirmeyerek sorumlu tutulabilmesi gerekir<sup>191</sup>.

---

<sup>191</sup> Ebru Karaman, s.414, Aybay, 2017, s.159.

## 6.2 AİHM'İN KARARLARI

AİHM, bir yargılama makamı olduğundan, dolayısıyla yargısal kararlar vermektedir. Ancak mahkeme, netice itibariyle yargılama faaliyetini yürüten bir birleşim olduğu için yargısal kararların alınması adına birtakım idari kararlar da alması gerekmektedir. Konumuz itibariyle, AİHM'nin yargısal nitelikteki kararları inceleyeceğiz.

AİHM'nin, yargısal kararları sadece AİHS'nin, ihlal edilip edilmediğini tespit eden kararlardır. AİHM'nin kararları nitelik olarak tespit kararıdır. Mahkeme bir ihlali tespit etmesi halinde, ayrıca ihlalin mahkemeye başvuran açısından bir zarara yol açtığını tespit ederse, söz konusu tespit kararının yanında ayrıca başvurucuya tazminat ödenmesini emreden bir eda kararı verebilir<sup>192</sup>.

Mahkeme, sadece ihlalin tespitine karar vermektedir. Mahkeme, temyiz makamı olmadığı için ihlale sebebiyet veren kanun hükmünü kaldırma, idari işlemi iptal etme, kaldırma veya yargı kararını bozma yetkisi bulunmamaktadır<sup>193</sup>. Bunun nedenlerinden biri ise AİHS, hak ihlalini, taraf devlet tarafından öncelikli olarak kendi içerisinde giderilmesini sağlamaktır. Aksi halde mahkeme, ölçüsüz bir iş yüküyle karşılaşması söz konusu olacaktır.

Diğer neden ise AİHM'nin, ikincil özelliğidir. Buna göre mahkemenin yetkisi ancak ve ancak iç hukuk yollarının tüketilmesi sonrası devreye girecektir. AİHS'nin, 35/1. maddesine göre başvurunun dinlenebilir olması için iç hukuk yollarının tüketilmesini istemektedir. Mahkeme, taraf devletin iç hukuku tarafından verilen kararı inceleyerek karar verdiği için önüne gelen somut başvuru için bir iç hukuk kararı verilmesi elzemdir.

AİHM yargılamasında, taraflar arasında dostane çözüm<sup>194</sup> yoluyla ihtilaf sonlandırılmadığında, mahkeme, davanın esasını incelemeye geçmekte taraf devletin,

---

<sup>192</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.129, Ebru Karaman, s.414, Şenol, s.266, Döner/Köküarı, s.673, Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkisi, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:17, Y.2000, s.195, Gözler, s.539.

<sup>193</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.129, Taner, s.60, Gözler, s.539, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Y.2016, 6. Baskı, s.25.

<sup>194</sup> Bkz. Gözler, s.539, Gözübüyük/Gölcüklü, s.129.

AİHS’ni ihlal etmesi halinde başvurunun kabulüne; mahkeme eğer bunun aksi kanaatinde ise başvurunun reddine karar vermektedir<sup>195</sup>.

AİHM’nin, davanın esası hakkında, AİHS’nin ihlal edilmediği, ihlal edildiği ve ihlal olması halinde ihlalin neticesini ortadan kaldıracak maddi olmayan bireysel tedbirlere veya adil tazmine<sup>196</sup> karar verebilecektir<sup>197</sup>. Ayrıca mahkemenin, esas hakkında karar vermeden önce davanın derdest olduğu halde tedbir kararları verebilmesi de söz konusudur. AİHM’nin iç tüzüğüne 21 Şubat 2011 tarihinde eklenen 61. maddesiyle, mahkemenin pilot karar<sup>198</sup> usulüne başvurabileceği düzenlenmiştir<sup>199</sup>.

AİHM’nin, davayı esastan incelemeyen önce kabul edilebilirlik kararı, esas hakkında hükümler ve kabul edilebilirlik ve esas hakkında hükümler verdiği görülmektedir<sup>200</sup>. Kabul edilebilirlik kararları, AİHM’ne yapılmış bir bireysel başvurunun, incelenebilir (dinlenebilir) olup olmadığına ilişkindir. AİHM, bir bireysel başvurunun dinlenebilir olup olmadığını AİHS’nin 35. maddesindeki belirtilen hallere inceleyerek karar verecektir. Bu inceleme neticesinde, başvurunun dinlenebilir olmadığını sonucuna ulaşırsa, başvurunun kabul edilemez (dinlenemez) veya kayıttan düşürülmesine (strike-out)<sup>201</sup> karar verilir. Bu karar<sup>202</sup> tek yargıç tarafından kesin olarak verilir. Eğer tek yargıç, bir başvurunun kabul edilemez olduğuna veya düşmesine karar vermemiş ise başvuruyu daha fazla incelenmek üzere bin komiteye veya Daireye gönderir (AİHS, m.27/3)<sup>203</sup>.

AİHM, bireysel başvurunun, kabul edilebilir olduğuna yani dinlenebilir olduğuna karar verdikten sonra davanın esası hakkında hüküm verecektir. Bu hüküm iki çeşittir. Mahkeme, AİHS’nin ihlal edildiğini kanaat getirmişse ihlal hükmü, yok eğer AİHS’nin ihlal edilmediğini ifade etmişse ihlal olmadığı yönünde karar verecektir. İhlal hali söz

<sup>195</sup> Döner/Köküarı, s.673, Aybay, 2017, s.216.

<sup>196</sup> Doğru, s.199.

<sup>197</sup> Gözler, s.538-539, Karaman, s.414-415, Aybay, 2017, s.219, Gözübüyük/Gölcüklü, s.124.

<sup>198</sup> Gözler, s.540.

<sup>199</sup> Pilot karar usulü hakkında kapsamlı bilgi için bkz.; Kerem Altıparmak, Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Karada Bin Adaletsizlik, Ankara Barosu Yayınları, 2009 s.65 vd. (<http://www.aihmiz.org.tr/files/AIHMpilotkarar.pdf>).

<sup>200</sup> Gözler, s.540.

<sup>201</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.129; Başvurunun kayıttan düşürülmesi veya davanın düşürülmesi kararı, AİHS’nin 37. Maddesinde sayılan hallerde veya dostane çözüm halinde verilmektedir.

<sup>202</sup> Kastedilmek istenen AİHS’nin 27 maddesinde belirtilen karardır.

<sup>203</sup> Aybay, 2017, s.216-217, Gözler, s.540.

konusu ise mahkemenin, yukarıda da belirtildiği gibi adil tazmin hükmü vermesi veya dostane çözüm üzerine hüküm verecektir<sup>204</sup>.

AİHM, kabul edilebilirlik incelemesi ve esas hakkında incelemesi birlikte yaparak her iki durum hakkında karar vermesi söz konusudur. Mahkemenin, bu tür kararlarına kabul edilebilirlik ve esas hakkında hükümler derilmektedir<sup>205</sup>.

AİHM'nin, başvuruya ilgili olarak, iç hukukta sıklıkla başvuru ve geçici hukuki korumalardan biri olan ihtiyati tedbir kararı verebilecek midir? Her ne kadar AİHS'nin metninde bu hususa dair bir düzenleme mevcut değilse de başvurunun esası hakkında karar verilmesinin uzun süre aldığı bilindiğine göre başvuru sahibinin mağduriyetinin artmaması için AİHM iç tüzüğünde düzenleme yapılarak AİHM'nin, başvuru hakkında geçici tedbir kararı verebilecektir<sup>206</sup>.

Geçici tedbirler, AİHM'nin, yerleşik uygulamasına göre telafisi mümkün olmayan bir zararın meydana gelmesi ilişkin bir riskin söz konusu olduğu hallerde acilen uygulanması gereken tedbirlerdir. Bu nedenle AİHM'nin, her başvuruda geçici tedbir kararı vermesi söz konusu olmayacaktır. AİHM'nin, iç tüzüğünün 39. maddesinde geçici tedbir düzenlemesinde, aksi düzenlemesi olmamasına rağmen, geçici tedbir hükmedilecek başvuruların kapsamı daralmıştır. Özellikle, sınır dışı etme ya da iade kararının uygulanması halinde, başvurucunun yaşam hakkının ihlali veya işkenceye, kötü muameleye veya insanlık dışı muameleye maruz kalma tehlikesinin olduğu durumlardır. Bu hallerde mahkemenin geçici tedbir kararı verebilecektir<sup>207</sup>.

AİHM'nin, uzun tutuklulukla ilgili bireysel başvurulardaki geçici tedbir taleplerini reddetmektedir<sup>208</sup>.

AİHS'nin metninde geçici tedbir düzenlemesine yer vermemesine rağmen, taraf devletin, AİHM'nce verilen tedbir kararına uyma yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna

---

<sup>204</sup> Aybay, 2017, s.219, Gözler, s.539, Gözübüyük/Gölcüklü, s.126.

<sup>205</sup> Gözler, s.539.

<sup>206</sup> Aybay, 2017, s.218.

<sup>207</sup> Geçici Tedbirler, Tematik Bilgi Notu-Basın Bildirimi, (<https://bit.ly/2yw3fui>), Münci Özmen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru AİHM kararına karşı başvuru yolları ve AİHM kararlarının icrası ile ilgili pratik bilgiler, ([http://d.barobirlik.org.tr/2017/20171206\\_ahm.pdf](http://d.barobirlik.org.tr/2017/20171206_ahm.pdf)) s.14.

<sup>208</sup> Münci Özmen, s.14.

ilişkin olarak iki tane Büyük Daire kararında<sup>209</sup>, özellikle AİHS'nin 34. Maddesiyle bu durum açıklığa kavuşturulmuştur<sup>210</sup>.

AİHM'nin iç tüzüğüne, 21 Şubat 2011 tarihinde eklenen 61. maddesiyle, mahkemenin pilot karar verebileceği düzenlenmiştir. AİHS ve eki protokollerinde yer almayan pilot karar usulünün amacı, AİHM'ni yapılan mükerrer ve potansiyel başvuruların altında yatan temel sorunları tespit edilerek, taraf devletten bu sorunların çözümü beklemektedir. Böylelikle, AİHM'ne benzer başvuruların gelmesi engellenerek mahkemenin iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmaktadır<sup>211</sup>.

AİHM'nin iç tüzüğünün 61 maddesinde, sözleşmeye taraf devletin, yapısal ya da sistemik bir sorun ya da benzer başvurulara neden olan başka benzer işlevsizlikler ortaya çıkarması durumunda, Mahkeme pilot-karar uygulaması başlatabilir ve pilot-karar verebilir, denilerek pilot karar usulünün ihdas edilmesinin amacı dile getirilmiştir. Pilot karar usulü benzer başvuruların, AİHM'nin önüne gelmesini engelleyecek olsa bile AİHM'nin, AİHS'nde düzenlenmeyen bir usule başvurulması ve AİHM iç tüzüğünün 61/6-a düzenlemesiyle, pilot kararlarda öngörülen gerekli düzeltici tedbirlerin uygulanmasını bekleyen bütün benzer başvuruların incelenmesini ertelemesine karar verebilmesi yönüyle de eleştirilmektedir<sup>212</sup>.

### **6.3 AİHM'NİN ESASA İLİŞKİN KARARLARI**

Bu bölümde AİHM'nin, başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verdikten sonra, başvurunun esası hakkında inceleme<sup>213</sup> yapılarak, başvurunun nihai olarak hakkında verilebilecek hükümler incelenecektir.

Yukarıdaki bölümde bahsedildiği üzere AİHM'nin, başvuruyla ilgili olarak AİHS'nin, ihlal edildiğini kanaat getirmişse ihlal hükmü verecektir. AİHM'nin ihlal kararı vermesiyle birlikte taraf devletin, AİHM'nin kararlarına uyma yükümlülüğü altındadır. AİHS'nin 46/1 maddesinde, açıkça taraf devletin, taraf oldukları davalarda mahkemenin son kararlarına uymayı taahhüt edeceklerini ifade edilmiştir.

---

<sup>209</sup> Kararlar için bkz.: Geçici Tedbirler, Tematik Bilgi Notu-Basın Bildirimi, s.11-13.

<sup>210</sup> Geçici Tedbirler, Tematik Bilgi Notu-Basın Bildirimi, s.11.

<sup>211</sup> Gözler, s.540, Altıparmak, s.65-66.

<sup>212</sup> Altıparmak, s.67-68.

<sup>213</sup> Daha geniş bilgi için bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s.114 vd.

AİHM'nin kararlarına uymayı taahhüt eden taraf devlet, AİHM'nin ihlal kararındaki tespit edilen; ihlali sona erdirmek ve mümkün olduğunca ihlal öncesi (eski hale iade- in integrum restitutio) durumu yeniden sağlamaya yönelik tedbirler alarak ihlalin neticelerini gidermek yükümlülüğü altındadır<sup>214</sup>. AİHM'nin, ihlal kararında ifade edilen ihlalin anlamı ise mahkeme, başvurudaki somut olayları saptayarak<sup>215</sup> ortaya çıkan olguların, AİHS'ndeki hangi hak veya özgürlüğünün ihlal edildiği tespit edilerek ve gerekli gördüğü takdirde AİHS'nin hükümlerini uygulayarak hakkaniyete uygun tazmin kararı yani maddi veya manevi tazminata hüküm etmektedir<sup>216</sup>.

AİHM'nin, ihlal kararında somut olarak ihlal tespit edilmesiyle birlikte davanın tarafı olan ve AİHS'ne taraf olan devlete, birtakım yükümlülükler yüklemektedir. Klasik olarak dile getirilen ve AİHS'nin birinci maddesindeki yükümlülüğünü yerine getirmeyen taraf devletin, mahkemenin ihlal kararında belirtilen; ihlalin durdurulması, ihlal sonuçlarının giderilmesi ve ihlalin tekrarlanmamasını sağlamak şeklinde üç temel yükümlülüğü mevcuttur<sup>217</sup>. İhlal sonuçlarının giderilmesi, mahkeme kararında tayin edilen tazminatın ödenmesi şeklinde gerçekleşmektedir. İhlalin durdurulması ise tutuklu kişinin serbest bırakılması veya özel af ilanı olabilecektir. İhlalin tekrarlanmaması için de taraf devletin; bireysel veya genel nitelikte önlemler almasıdır. Örneğin, yargılamanın yenilenmesi, mevzuat değişikliği veya içtihat değişikliği<sup>218</sup>.

Bu başlık altında yukarıda paragraftaki belirtilen taraf devletçe yerine getirilmesi gereken yükümlülükler çerçevesinde mahkemenin kararları incelenecektir.

### 6.3.1 Adil Tazmin

AİHS'nin, 41. maddesi hükmü uyarınca, mahkeme, sözleşmenin veya ek protokollerinin ihlal edildiğini tespit ederse ve ilgili sözleşmecî devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen giderme imkânı tanıyorsa, mahkeme gerekli görmesi halinde zarara uğrayan

<sup>214</sup> Karaman, s.414, Gözler, s.543.

<sup>215</sup> Daha geniş bilgi için bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s.114 vd.

<sup>216</sup> Doğru, s.196.

<sup>217</sup> Karaman, s.414, Doğru, s.196.

<sup>218</sup> Şenol, s.269, Döner/Köküsarı, s.673, Burhan Akdoğan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İç Hukuka Etkisi, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, s.108-109 ( <http://genchukukcular.org/pdfs/birikimler4.pdf>).

başvurana, adil bir karşılık verilmesine hükmeder. Buna hakkaniyetine uygun tatmin veya adil karşılık da denilmektedir<sup>219</sup>.

Mahkeme, adil tazmin kararını, ihlalden doğan maddi veya manevi tazminat ya da eski hale iade ile başvuruçunun ödediği yargılama giderlerini (vekâlet ücreti, harç veya seyahat giderleri) kapsamaktadır. Adil tazmin kararı, AİHM'nin, AİHS hükümlerine göre taraf devlete buyurabileceği tek önlemdir<sup>220</sup>.

Adil tazmin kararı mahkemece verilebilmesi için ihlal ile zarar arasında nedensellik (illiyet) bağının bulunması gerekir. Zararı, AİHM, otonom kavramlar doktrini uyarınca kendisi belirler. Zararın, belgelendirilmesi gerekir. İhlal doğan neticenin giderilmesi iç hukukta mümkün olmaması gerekir. Bazen de sadece ihlalin tespiti adil tazmin sayılabilecektir<sup>221</sup>.

Adil tazmin için AİHS'nin ihlal edilmesi gerekir. Adil tazmin ek güvence niteliğindedir. Adil tazmin, kamu düzenine ilişkin bir hüküm olmadığı için başvuruçudan adil tazmin istenmezse; mahkeme resen adil tazmine hükmedemez<sup>222</sup>.

Mahkeme ödenecek adil tazmin miktarını ve para cinsini kendisi belirlemektedir<sup>223</sup>.

### **6.3.2 Maddi Olmayan Bireysel Tedbirler**

AİHM'nin, ihlal kararıyla vermiş olduğu adil tazminin, davalı olan taraf devletçe ödenmesi bazen, iç hukuktaki düzenlemenin veya yargı kararlarının sebebiyet verdiği ihlalin tüm neticelerine ortadan kaldırmaya yetmeyebilir. Bu açıdan ihlale sebebiyet veren durumlardan biri de yargı kararları oluşturur. Eğer yargı kararları, AİHS'nin çiğnenmesine neden oluyorsa bu ihlalin sona erdirilmesi için yargılamanın yenilenmesi gerekir<sup>224</sup>.

#### **6.3.2.1 Yargılamanın Yenilenmesi**

AİHM'nin, adil tazmin kararı gereğince taraf devlet tarafından bu tazminat miktarının ödenmesi her zaman başvuruçuyu tatmin etmeyebilir. İhlale sebep olan iç hukuktaki

<sup>219</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.126.

<sup>220</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.126, Doğru, s.199, Karaman, s.415.

<sup>221</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.126-127, Gözler, s.539.

<sup>222</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.126-127, Gözler, s.539.

<sup>223</sup> Karaman, s.415.

<sup>224</sup> Karaman, s.416, Döner/Köküsarı, s.673, Doğru, s.200.

mahkeme kararı ise başvuruçunun mağduriyetinin tam olarak giderilmesi veya eski hale iadenin söz konusu olması için iç hukuktaki mahkeme kararının yargılamanın yenilenmesi suretiyle kaldırılması gerekir<sup>225</sup>.

AİHM kararları, taraf devletler açısından başka bir devlet mahkemesince verilen kararlar olmadıklarından, taraf devlet tarafından tenfiz edilemez. Ancak bu aşamadan sonra yapılması gereken ise yargılamanın yenilenmesi usulünü uygulamaktır. Yargılamanın yenilenmesi usulü, iç hukuktaki kararın kesinleşmesine etki etmektedir. AİHM'nin kararı neticesinde yargılamanın yenilenmesinin daha çarpıcı bir etkisi olabilmektedir. Bakanlar Komitesinin, 19/01/2000 tarihli ve 2000/2 sayılı tavsiye kararında, taraf devletlerin, bazı ulusal düzeydeki davaların gözden geçirilmesini dile getirilmiştir. Bu karar gereğince ilgili tedbirin yerine getirilmesi için iki şartın var olması gerekir. İlk şart ihlalin niteliği bakımındandır; buna göre ihlal, iç hukuk tarafından verilen kararda ciddi bir şüphe doğurmaya yönelik ağırlıkta olması gerekir. Diğer şart ise başvuruçunun adil tazmin ile telafi edilemeyen ancak yargılamanın yenilenmesi neticesiyle ortadan kaldırılacak olan iç hukuktaki hükmün, ağır olumsuz neticelerinin devam ediyor olması gerekir<sup>226</sup>.

AİHS'ne taraf olan devletler, AİHM'nin verdiği ihlal kararlarının iç hukuka uyumunu sağlamak için AİHM'nin, vermiş olduğu ihlal kararını yargılamanın yenilenmesi açısından bir neden olarak kabul etmiş bulunmaktadırlar<sup>227</sup>.

1412 sayılı eCMUK'ya, 4771<sup>228</sup> sayılı kanunla eklenen 327/a maddesi uyarınca; kesinleşmiş bir ceza hükmünün AİHM, AİHS veya ek protokollerin ihlâli suretiyle verildiği saptandığında ihlâlin niteliği ve ağırlığı bakımından, AİHS'nin, 41. maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, AİHM'ne, başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, AİHM, kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından yargılamanın yenilenmesini talebinde bulunabileceği düzenlemesi getirilmiştir. Kanun hükmünün yürürlüğe giriş tarihinden bir yıl sonra

<sup>225</sup> Doğru, s.200, Döner/Köküarı, s.673, Tezcan/Erdem,/Sancakdar/Önok, s.25-26, Akdoğan, s.110.

<sup>226</sup> Karaman, s.416-417, Akdoğan, s.110. İbrahim Şahbaz, AİHM Kararlarının Bağlayıcılığı ve İç Hukukta Uygulanması, s.9, Gözübüyük/Gölcüklü, s.135.

<sup>227</sup> Karaman, s.417, Şahbaz, AİHM Kararlarının Bağlayıcılığı ve İç Hukukta Uygulanması, s.9, Gözübüyük/Gölcüklü, s.135.

<sup>228</sup> Bkz. 09/08/2002 tarihli Resmî Gazete, S.24841.

uygulanması eleştirilmiş<sup>229</sup> ve 4793 sayılı kanunla bu eksiklik giderilmiştir. İlk yapılan kanuni düzenlemede, yargılamanın yenilenmesinin kabule şayan olup olmadığı Yargıtay Ceza Genel Kurulu karar vermektedir. Sonraki yasal düzenlemeyle bu hüküm de kaldırılmıştır.

5271 sayılı CMK m.311/1-f'de, eCMUK'ya benzer düzenlemeye yer verilerek, AİHM'nin, AİHS'nin ve eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği ve hükmün bu aykırılığa dayandığı kararıyla tespit edilmiş olması, yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul edilmiştir. Daha sonra CMK m.311/1-f'e, 7145 sayılı kanunun 18 maddesiyle eklenen düzenlemeye göre ayrıca; ceza hükmü aleyhine AİHM'ne, yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı bildirme sonucunda düşme kararı verilmesi hali de yargılamanın yenilenmesi sebebi kabul edilerek, AİHM'ne yapılan bireysel başvurularla ilgili yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin genişletildiği görülmektedir. 7145 sayılı kanunun gerekçesi incelendiğinde 18 maddenin ihdasının neden yapıldığı konusunda açıklık bulunmadığı görülmektedir. AİHM'ne yapılan bireysel başvuruyla ilgili olarak dostane çözüm veya tek taraflı bildirme<sup>230</sup> başvurulması halinde, mahkeme düşme kararı vermektedir. Düşme kararında, mahkeme esasa ilişkin inceleme yapmadığı için davanın esası hakkında yani AİHS'nin, ihlal edilip edilmediğine ilişkin karar vermemektedir. Bu nedenle, bireysel başvuru, dostane çözüm ile nihayete ermesine rağmen bireysel başvuruya neden olan iç hukuk hükmünün, düzeltilme imkânı bulunmamaktaydı. 5271 sayılı kanunun 311/1-f hükmünde sadece AİHS'nin ihlal edilmesi aranmaktaydı. Bu nedenle kanuni düzenlemeyle bu eksikliğin giderilmesi sağlanmış, ihlalin olduğu taraf devlet tarafından kabul edilerek, dostane çözüm veya tek taraflı bildirme sonuçlanan başvuruyla ilgili ceza hükmü hakkında yargılamanın yenilenmesinin yolu açılmıştır.

CMK ve eCMUK'daki, düzenlemelere göre, AİHM'nin ihlal kararının, yargılamanın yenilenmesi kabul edilmesinin bir diğer şartı yasal düzenlemelerde dile getirilen, bireysel başvuruların tarihiyle ilgilidir. Buna göre, yasal düzenleme gereğince 04/02/2003 tarihinden sonra AİHM'ne yapılan başvurular üzerine verilen kararlar hakkında yargılamanın yenilenmesi uygulanacaktır.

---

<sup>229</sup> Akdoğan, s.111.

<sup>230</sup> Tek taraflı deklarasyon için bkz. Gözler, s.537-538.

### 6.3.3 Taraf Devlet Tarafından Alnabilecek Diğer Tedbirler

AİHM'nin, AİHS'deki her bir hak ve özgürlüklerle ilgili devlete üç tane yükümlülük yüklemektedir. Bu yükümlülükler, hak ve özgürlüklere göre değişiklik göstermekle birlikte; temel olarak devletin, ihlalin durdurulması, ihlal sonuçlarının giderilmesi ve ihlalin tekrarlanmamasını sağlamak şeklinde üç temel yükümlülüğü mevcuttur. Örneğin, yaşama hakkıyla, devletin yükümlülüğü mahkemece şu şekilde yorumlanmış; öldürmeme yükümlülüğü, yaşamı koruma yükümlülüğü ve ölümü soruşturma yükümlülüğüdür<sup>231</sup>.

Taraf devletin, yükümlülükleri etrafında birtakım tedbirler alması gerekir. Buradaki amaç, tekrar AİHS'nin ihlal edilmemesini sağlamaktır. Ayrıca taraf devlet, mahkemenin ihlal kararı sonrasında, ihlalin sonuçlarını gidermesi yani ihlalin etkilerini ortadan kaldırması gerekir.

Yargılamanın yenilenmesi ve adil tazmin kararı bireysel tedbirler olarak göze çarpmaktadır. Taraf devletin, genel tedbirler alması da mümkün olabilir. Bunun sağlanması için AİHM'nin kararındaki ihlalin kaynağının tespiti önemlidir. Örneğin ihlalin kaynağı, bir iç hukuk normundan kaynaklanabilir. Taraf devletin, benzer ihlalin doğmaması için iç hukuk normunda AİHM'nin, ihlal kararındaki somut tespitlere bakılarak, iç hukuk normunda gereken değişiklikler yapılması gerekir<sup>232</sup>.

Yukarıda bahsettiğimiz gibi taraf devlet tarafından başvurulması gereken tedbirin hangisini olduğuna, mahkemenin ihlal kararındaki, ihlalin kaynağına tespit edilmesi zaruridir. Aşağıda ihlal kaynağının tespitine göre alınacak tedbirler incelenecektir.

#### 6.3.3.1 Yasal Düzenlemelerden Kaynaklı İhlaller Halinde Alınacak Tedbirler

AİHM'nin, ihlal kararı doğrudan iç hukukta etkisini göstermez. Mahkeme sadece, AİHS'nin ihlal edilip edilmediğine karar verir. Mahkeme kararıyla, AİHS'ne aykırılığı ortaya koyduğu iç hukuktaki, mahkeme kararını veya herhangi bir işlemi veya idari işlem veya tasarrufu ne iptal eder ne de değiştirir. Mahkemenin, görev ve yetkisi sözleşmenin ihlal edilip edilmediğini belirlemektir. Taraf devletin yükümlülüğü ise

<sup>231</sup> Osman Doğru, Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü, 1.Baskı, Y.2010, s.5.

<sup>232</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.136.

mahkemenin kararına uymak ve kararda kendisine yüklenen yükümlülüğü yerine getirmektir<sup>233</sup>.

AİHM'nin kararlarının iç hukukta doğrudan infaz kabiliyeti bulunmadığından, kararın icrası için gereken önlemleri almak davalı olan taraf devlete düşmektedir. Bu açıdan, taraf devleti hangi önlemleri alacağına dair bağlayıcı herhangi bir düzenleme mevcut olmadığından, taraf devlet AİHM'nin kararının icrasında, gereken önlemi alma ve kararı yerine getirme yöntemini seçmede serbestisi vardır. Taraf devletin, kararın yerine getirilmesinde kendi yöntemini seçmede serbestisi olsa dahi AİHM'nin, ihlal kararının yerine getirilmesinde temel olarak göz önünde bulundurulması ve elzem olan şey ihlalden doğan bütün sonuçların ortadan kaldırılmasıdır<sup>234</sup>.

AİHM'nin kararlarının, taraf devlet açısından bağlayıcılığı, AİHS'nin 46/1 maddesinde ifade edilmiştir. Ancak, uluslararası hukukta, devletleri egemenliğinin geçerli bir kural olduğu bilinildiğinde, uluslararası hukukta, taraf devlete, cebri icranın söz konusu olamayacağı izahtan varestedir. AİHM'nin, kararları taraf devletin iç hukukunda doğrudan sonuç doğurma niteliğinden söz edilemez. Taraf devlet, AİHS'nin 46/1 gereğince, AİHM'nin kararlarına uygulama yükümlülüğü altındadır. AİHS'de, taraf devlete, AİHM ihlal kararının nasıl yerine getireceği veya hangi önlemleri alacağı konusunda herhangi düzenlemeye yer verilmiş değildir. Bu nedenle, taraf devlet, ihlal kararını inceleyerek gereken tedbirleri alması gerekir. Bu açıdan, sözleşme organları, taraf devlete, ihlal kararının yerine getirilmesinde talimat verme yetkisine haiz değildir. Taraf devlete yüklenen yükümlülük, sonuç yükümlüdür. Taraf devletin, sonuç yükümü gözetmekle yetkili organ Bakanlar Komitesidir<sup>235</sup>.

Taraf devletin, AİHM ihlal kararın nedeniyle, ihlalin tekrarlanması yönünde yükümlülüğü mevcuttur. Bakanlar Komitesi, AİHM'nin kararlarının yerine getirilmesini takip ettiğinde, ihlalin, taraf devletin iç hukukundaki yasal düzenlemelerden kaynaklandığı tespit ettiğinde yasal düzenlemelerde, AİHS ve mahkeme kararlarına uygun hale getirmesini taraf devletten talep etmektedir<sup>236</sup>. Taraf devletin, ihlalin

---

<sup>233</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.133, Taner, s.76.

<sup>234</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, Çalışkan, s.88.

<sup>235</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.133-134, Şenol, s.268, Gözler, s.543.

<sup>236</sup> Karaman, s.422, Doğru, s.209.

tekrarlanması için gereken çabayı gösterip iç hukuk normlarını AİHS'ne ve AİHM kararlarına uygun hale getirmelidir.

D) AİHM kararındaki ihlalin, iç hukuktaki mevzuatın soyut olarak AİHS'ne aykırılığında söz edilebilir. Bu hal ancak, AİHS'nin, 33. maddesinde düzenlenen devlet başvurularında görülmektedir. Sözleşmenin, 33. maddesine göre, sözleşmecî devlet, sözleşme ve eki niteliğindeki protokol hükümlerinin, sözleşmecî taraf başka bir devlet tarafından ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ne başvurabilir. Burada dikkate edilmesi gereken şey, taraf devletin iç hukukunda yer alan hukuk normunun, başvuru hakkında uygulanmadan önce sözleşmeye aykırılığı iddiası söz konusudur. Mahkeme bu başvuruda yani devlet başvurusunda söz konusu hukuk normunun varlığının, tek başına sözleşmeye aykırı olup olmadığı tespitine dair karar vermektedir. Bir taraf devlet aleyhinde bu türden bir karar verilmesi halinde taraf devlete düşen yükümlülük, ihlal kararında bahsedilen hukuk normunun, sözleşmeye uygun hale getirmektir<sup>237</sup>.

Nitekim 01/07/1982 tarihinde, Fransa, Norveç, Danimarka, İsveç ve Hollanda, Türkiye aleyhinde, başvurularında<sup>238</sup>, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, vatandaşlarının haklarını ihlal edildiğini düşündükleri uygulamaların varlığını iddia etmiştir<sup>239</sup>.

II) İhlalin, mevzuatın soyut olarak değil de somut olarak uygulanmasından kaynaklanması mümkündür. AİHS'nin 34. maddesine göre, yapılan bireysel başvuruyla iç hukuktaki mevzuatın ancak başvurucuya uygulanması halinde sözleşmenin ihlal edilip edilmediği ileri sürülebilir. Mahkeme de somut olarak yasal düzenlemenin, başvurana uygulanması halinde, ilgili yasal mevzuatın, sözleşmeyi ihlal edip etmediğini karara bağlar. Bu halde, taraf devlete, düşen yükümlülük, söz konusu ihlal kararındaki gerekçeye ve hükme bakarak ihlalin kaynağını tespit etmesi gerekir<sup>240</sup>.

İhlalin, iç hukuktaki yasal düzenlemelerden şu üç şekilde gerçekleşiyor olabilir<sup>241</sup>;

1. AİHS'de, düzenlenen hak veya özgürlüklerin kullanılması, iç hukukta yasaklanmış veya mevzuat tarafından demokratik bir toplumda gerekli olmayacak şekilde sınırlanmış olabilir.

<sup>237</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.36-37-136, Gözler, s.502.

<sup>238</sup> Başvuru numaraları; 9940/82, 9941/82, 9942/82, 9943/82, 9944/82.

<sup>239</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.37, Gözler, s.502.

<sup>240</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.136.

<sup>241</sup> Şenol, s.267.

2. Yasanın tek başına var olması sözleşmeye aykırılık teşkil edebilir. Nitekim Dudgeon/İngiltere<sup>242</sup> davasında, mahkeme Kuzey İrlanda'nın, 1885 tarihli Ceza Kanununun, iki erkek birey arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkinin suç olarak düzenlenmesine ilişkin normu, AİHS'ne aykırı olduğunu ifade etmiştir<sup>243</sup>.
3. İç hukuktaki düzenlemenin, öngörülebilir olmaması, belirlilik içermemesi veya sınırlarının tespit edilememesi halinde bu halin, kamu mercileri tarafından keyfi uygulamalarda bulunulmasına ve bir kısıtlamanın başvurusunun zararına olacak şekilde kapsamlı olarak uygulanmasına söz konusu olabilecektir. Nitekim mahkeme, Işıkırık/Türkiye kararında<sup>244</sup>, TCK m.220/6 uygulanarak başvurucuya ceza verilmesini, TCK'nın 220/6 maddesinin öngörülebilir bir müdahaleyi içermediği gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir<sup>245</sup>.

Mahkemenin, ihlal kararının gerekçesinde veya hükmünde ihlal kaynağının sebebi olarak, açıkça iç hukuktaki yasal düzenlemeyi işaret etmesi halinde, AİHS'ne aykırılığın devamlı ve doğrudan kaynağını saptamış olacaktır. O halde, taraf devletin, yasal düzenlemeyi AİHS'ne uygun hale getirmelidir<sup>246</sup>.

Mahkemenin, Ülger/Türkiye<sup>247</sup> kararında, AİHM, başvuranın kararın bir kopyasını alamadan mahkeme harcını ödemekle yükümlü tutulmasının, üzerinde aşırı bir yük oluşturduğu ve mahkemeye erişim hakkını bu hakkın özünü zedeleyecek derecede kısıtladığı kanısındadır. Gerekçesiyle, 492 sayılı harçlar kanununun 28/a maddesiyle "*Karar ve İlam Harcı ödenmedikçe ilgiliye ilam verilmez.*" hükmü nedeniyle ihlal kararı vermesinin, ardından, 492 sayılı kanununun 28/a maddesinde, kanun gerekçesinde dile getirildiği gibi "*adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesine uyum sağlanarak bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olmasının, müteakip işlemlerin yapılmasına engel teşkil etmemesi sağlanmaktadır*" gerekçesiyle<sup>248</sup> kanunda gereken değişiklik yapılarak, AİHS'ne taraf olma ve AİHM kararlarına doğan ihlal kararının neticelerini giderme yükümlülüğü ve ihlalin tekrarlanması yükümlülüğünü yerine getirilmiştir.

---

<sup>242</sup> Doğru, s.211.

<sup>243</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.136.-137.

<sup>244</sup> Başvuru no: 41226/09.

<sup>245</sup> Karar için bkz. <https://www.kisa.link/MiPp>

<sup>246</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.136.

<sup>247</sup> Başvuru no. 25321/02.

<sup>248</sup> Bkz. <https://www.kisa.link/MjOu>

İhlale sebep veren mevzuat sadece davanın esasına ilişkin hükümlerle değil, usule ilişkin hükümleri de içermektedir. Bazen, AİHM, usul kanunlarında yer alan bazı düzenlemelerin başvuru hakkında uygulanmasını ihlal olarak kabul etmiştir. Büyük Dairenin, İncal/Türkiye<sup>249</sup> kararında, başvurunun Devlet Güvenlik Mahkemesinde yargılanmasını, başvuranın bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanmadığına ifade ederek AİHS'nin 6/1 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda, Devlet Güvenlik Mahkemesi heyetinde askeri yargıcın bulunması, ihlalin kaynağının temeli olarak kabul edilmiştir. Mahkemenin, bu karardan sonra Anayasada<sup>250</sup> ve yasalarda<sup>251</sup> değişiklik yapılarak Devlet Güvenlik Mahkemeleri kaldırılmıştır<sup>252</sup>.

**III)** Son olarak da ihlalin, mevzuattaki boşluktan kaynaklanıyor olmasıdır. Bu durumda, taraf devlet, pozitif yükümlülüğünü yerine getirmeyerek, AİHS'nde düzenlenen bir hak veya özgürlükten başvurunun yararlanmasını sağlamamış; iç hukuktaki mevzuattaki boşluk ihlale sebebiyet vermiştir<sup>253</sup>. Bu durumda, taraf devletin yükümlülüğü, ihlalin tekrarlanması için var olan mevzuattaki boşluğu doldurulmasıdır.

Bazı hallerde, mevzuattaki boşluğun ve mevzuatın somut olarak uygulanması hallerinin iç içe geçtiği ve her iki halin de ihlale sebep olduğu görülmektedir. TCK m.215'de düzenlenen, suçu ve suçluyu övme suçundaki, 2013 yılına kadar değişiklik yapılana kadar, AİHM'nin ifade özgürlüğü konusundaki içtihatlarına<sup>254</sup> aykırı olarak mahkûmiyet kararlarının verildiği görülmüştür<sup>255</sup>. TCK'nın 215 maddesinde 11/04/2013 tarihinde, değişiklik yapılarak ” *bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması hâlinde*” ibaresi eklenmiştir. Değişikliğin gerekçesi olarak da TCK m.215'e, eklenmesi öngörülen ibareyle, kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin var olamaması hâlinde, yapılan söylemlerin suçu ve suçluyu övme suçunu oluşturmayacağı ifade edilmiştir. Bu şekilde kanun koyucu, madde hükmünün yanlış uygulanmasından kaynaklanan, ihlallere son vermek ve pozitif yükümlülüğü yerine

<sup>249</sup> Başvuru no: 22678/93.

<sup>250</sup> Anayasanın 143 maddesini kaldıran kanun 5170 sayılı kanundur.

<sup>251</sup> 5190 sayılı kanunla da Devlet Güvenlik Mahkemesi, kaldırılmıştır.

<sup>252</sup> Şahbaz, AİHM Kararlarının Bağlayıcılığı ve İç Hukukta Uygulanması, s.6.

<sup>253</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.137, Doğru, s.209.

<sup>254</sup> Bkz. Yalçınkaya ve diğerleri/Türkiye davası, başvuru no: 25764/09.

<sup>255</sup> Nisan Kuyucu, Yargının Siyasallaşması Çerçevesinde Suçu ve Suçluyu Övme Suçu; Yeni Düzenlemenin Anlamı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 69, No. 4, 2014, s. 820.

getirerek, değişiklik yapmış. Böylelikle, söz konusu hukuk normundan kaynaklanan ihlalleri sona erdirmeye çalışmıştır.

### **6.3.3.2 Uygulamadan Kaynaklı İhlaller Halinde Alınacak Tedbirler**

AİHM'nin, ihlal kararının sebebini, ulusal mevzuatın varlığından değil de bu mevzuatın yanlış uygulanması nedeniyle AİHS'nin ihlal edildiği de görülmektedir. Özellikle de yargı organlarının, iç hukukta var olan hukuk normunun, sözleşmeye veya mahkeme içtihatlarına aykırı olarak yorumlayarak uygulaması neticesinde, ihlal mevcut olabilecektir. Taraf devlet bakımından alınması ve yerine getirilmesi gereken tedbir, sözleşmeye veya mahkeme içtihadına aykırı, yargı içtihadında değişiklik yapmaktır<sup>256</sup>.

İhlal durumunun, iç hukuktaki mevzuatın varlığıyla oluşması halinde, taraf devletin yasama organı tarafından yapılacak yasal düzenlemelerle, tekrar ihlal durumu ortaya çıkması engellenmiş olacaktır. AİHM'nin, kararını yerine getirmede temel yükümlülük biri de ihlalin tekrarlanmaması ise yargı içtihadında gereken değişikliklerin ise taraf devletin, yargı organları yerine getirilmesi gerekir. Bu açıdan, yargı içtihadında yapılan değişiklikler, yasal düzenlemelerdeki yapılan değişikliklere göre daha kolay yapılabileceği düşüncesi ortaya çıkmaktadır. Ancak, ulusal mahkemelerin, sözleşmenin ihlal edilmemesi için içtihat değişikliği yapması, yasama veya yürütme erklerinin ilgili mevzuat değişikliği yapmalarından daha zor olduğu görünmektedir<sup>257</sup>.

AİHS'nin, iç hukukun bir parçası haline getirilmesiyle, ulusal yargı makamlarının, AİHM'nin içtihatlarını benimseyip bu kararlar doğrultusunda karar tesis ettikleri konusunda doğrudan bir bağlantı olduğu tespit edilememiştir. Sözleşmenin, taraf devletin iç hukukunun bir parçası haline getirilmesiyle; ulusal yargı makamlarının, mahkeme içtihatlarının, öncelikle uygulanacağını garantisini vermemektedir. Mahkeme içtihatlarının, ulusal yargı makamlarının, ne zaman öncelik tanıyacağı ulusal yargı organlarının kararıyla anlaşılacaktır. Bu durumun, ortaya çıkmasında sebep ise taraf devletin, iç hukuk düzenindeki yüksek mahkemelerin, sözleşmenin iç hukuktaki yeri açısındaki farklı görüşleri olabilmektedir<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.139, Doğru, s.219, Gözler, s.544, Şenol, s.267, Karaman, s.422-423.

<sup>257</sup> Doğru, s.219.

<sup>258</sup> Doğru, s.219.

Uygulamadan kaynaklı ihlal halinde, taraf devletin yükümlülüğü daha da zorlaşmaktadır. Taraf devlet, AİHM'nin kararının, gereğini yerine getireceğini bildirdiğinde, yargı makamı olan mahkemelerin, AİHS'ne uygun yorum yaparak karar vereceklerinin taahhüt edemeyecektir. Kuvvetler ayrılığı prensibince taraf devletin, bu şekilde taahhüt vermesi zor görülmektedir. Bu aşamada taraf devlete düşen yükümlülük, içtihat değişikliği sağlanması için yasal düzenlemeler veya birtakım idari işlemler yapmaktır<sup>259</sup>.

Lingens/Avusturya davasında, başvuru bir siyasetçiyi hakaret ettiği gerekçesiyle cezalandırılmasını, AİHM, AİHS'ndeki ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini karar vermiştir. Avusturya Ceza Kanununun 114 maddesinde, düzenlenen hakaret suçlarında, başvurucudan iddialarını ispatlamayı aramasını, mahkeme, başvurucağın değer yargılarını ispatlaya çalışma külfetini, demokratik bir toplumda gerekli olmayan bir müdahale olduğunu ifade etmiştir<sup>260</sup>.

#### **6.3.4 Maddi Olmayan Genel Tedbirler**

Yukarıda başlıklarda, AİHM'nin ihlal kararı sonrasında, davalı taraf devletin, ihlal kararının yerine getirmesi halinde alabileceği tedbirleri açıklanmıştır. Ancak, mahkemenin, ihlal kararının neticeleri sadece yukarıda sayılan tedbirler uygulanarak, yerine getirilmez. Mahkeme, kararlarında, adil tazmin kararı haricindekilerde, taraf devlete ihlali nasıl sona erdireceği yani başvurucağın mağduriyetinin nasıl sonlandırılacağını açıkça ifade etmez. Taraf devletin, mahkeme kararını inceleyerek, alacağı tedbirlere kararı icra etmesi gerekir<sup>261</sup>.

Taraf devletin, ihlalin neticelerini gidermek için özel af, adli sicildeki ilamın silinmesi, taşınmazın devrinin gerçekleştirilmesi, başvurucağın salıverilmesi gibi genel tedbirlere başvurulabilir<sup>262</sup>.

Son olarak da bahsedilmesi gereken genel tedbir ise AİHM'nin kararlarının yayınlanmasıdır yani taraf devletin yasama, yürütme ve yargı organlarının bildirilmesidir. Bu tedbirini ifa edilebilmesi için ihlal kararının, sözleşmecî devletin

<sup>259</sup> Doğru, s.220, Karaman, s.423.

<sup>260</sup> Doğru, s.220.

<sup>261</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.134, Karaman, s.422-423.

<sup>262</sup> Akdoğan, s.109, Gözübüyük/Gölcüklü, s.140.

resmi diline çevrilmesi gerekir. Bu tedbirin amacı, bilhassa yargı organların, ihlal kararını tetkik ederek tekrar ihlal tekrarının önlenmesi için yargı içtihadında değişikliğin sağlanması veya yasal mevzuatın, mahkeme içtihadına uygun olarak yorumlanmasını amaçlamaktır. Mahkemenin, resmi dilleri Fransızca ve İngilizcedir. O halde, iç hukukumuzda kararın anlaşılması için kararın tercümesinin yapılması da taraf devlete düşen bir yükümlülüktür<sup>263</sup>.

#### **6.4 AİHM KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ VE YERİNE GETİRİLMEMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUK**

İç hukukumuzda göre bir mahkeme kararının yerine getirilmesi için bazı istisnalar dışında ilamın kesinleşmesi gerekir. AİHS'nin, 46/1. maddesine uyarınca taraf devletlerin, AİHM'nin, nihai kararlarına uymayı taahhüt edeceğini belirtmiştir. Son kararlar kast edilmek istenilen, mahkemenin başvuru hakkındaki nihai kararıdır. Yukarıda bahsedildiği gibi bu nihai karar, sözleşmeyi ihlal edilip edilmediğine ilişkin kararlardır. Mahkeme kararlarının hangi halde ve zamanda kesinleşeceğini, sözleşmenin 44. maddesinde ifade edilmiştir. Taraf devlet, mahkemenin kesinleşen nihai kararını uygulamakla yani yerine getirmekle yükümlüdür (AİHS m.46/1). Bu yükümlülük, taraf devletin, mahkemenin yetkisinin kabullenmesinin bir sonucudur<sup>264</sup>.

Yukarıdaki başlıkta, mahkeme kararlarının gerekçesine ve hüküm kısımları incelenerek taraf devletin, mahkeme kararlarını nasıl yerine getireceği ifade edilmişti. Tekrara düşmemek adına, AİHM'nin kararlarının nasıl yerine getirileceğine değinilmeyecektir. Bu başlık altında taraf devletin, mahkeme kararlarını yerine getirmemesi halinde hakkında ne tür yaptırımlara başvurulacağı veya hangi tedbirler uygulanacağı ifade edilecektir.

##### **6.4.1 Genel Olarak**

AİHS'nin 46/1 maddesine göre taraf devletin, yükümlülüğü açıkça ifade edilmiştir. Sözleşme hükmüne göre taraf devletin, mahkeme kararını uygulama yükümlülüğü bulunmaktadır. AİHM'nin kararları, somut başvurunun tarafları bakımından bağlayıcıdır, yani tarafların, AİHM'nin kararları aleyhine itiraz etme olanağı bulunması

<sup>263</sup> Karaman, s.423, Doğru, s.207-208.

<sup>264</sup> Karaman, s.424.

söz konusu değildir. Mahkeme kararlarını, somut başvuruyu göz önünde bulundurarak verdiği için yani olay yargılaması yaptığından, taraf devlet açısından tarafı olduğu davalara ilişkin kararları yerine getirme yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>265</sup>.

Sözleşme hükümlerinde taraf devletin, AİHM'nin nihai kararlarını yerine getirmemesi halinde taraf devlete hangi tedbirlerin uygulanacağı konusunda açık düzenleme bulunmamaktadır. Sözleşmenin, 46/2. maddesinde mahkemenin nihai kararlarını yerine getirilmesini gözetlemekle Bakanlar Komitesi yetkilendirilmiştir. Mahkeme kararı, mahkeme başkanı tarafından Bakanlar Komitesine gönderilir. Karar, Bakanlar Komitesine iletilir iletmez, gündeme kaydedilir. Dava daha sonra en az altı ay bir olma üzere nihai çözüm alınıncaya kadar Bakanlar Komitesinin toplantısında kayıt edilir<sup>266</sup>. Bakanlar Komitesi, taraf devletin, mahkemenin kararının yerine getirdiği sonucuna vardığında, kararın tam olarak uygulandığına (satisfactory execution) karar verir<sup>267</sup>.

Mahkeme ihlal kararı vermesi halinde, Bakanlar Komitesi, taraf devlete mahkeme kararını yerine getirmek için ne gibi önlemlere başvuracağını bildirmesini ister. Bakanlar Komitesi, AİHM kararının yerine getirilmesi için taraf devlete bildiriminde bulunurken, kararın nasıl yerine getireceğine ilişkin bir öneride bulunmaz; mahkeme kararının yerine getirilmesi konusunda hangi yolun tercih edileceği veya hangi bireysel veya genel tedbirlere başvurulacağı davalı taraf devletin takdirine bırakılmaktadır. Mahkeme, kararında sözleşmenin, 46. maddesi uyarınca yalnızca adil tazminin ödenmesini istiyorsa bu durumda Bakanlar Komitesi prensip olarak açık bir biçimde kararın uygulanmasının tam olarak sağlanmasını için başka bir tedbire gerek olmadığını taraf devlete bildirmesi gerekir. Bakanlar Komitesi, adil tazminin ödenmesi haricinde, başvuru hukuki durumunun ihlalden önceki haline getirilmesi için örneğin, yargılanmanın yenilenmesi isteyebilir<sup>268</sup>.

Davalı taraf devletin, mahkeme kararlarını yerine getirildiğini tespiti için taraf devletin, Bakanlar Komitesine aldığı önlemleri bildirmesi gerekir. Devlet ne şekilde yani bireysel veya genel tedbir almışsa bunların Bakanlar Komitesine bildirmesi gerekir. Bu Bakanlar

---

<sup>265</sup> Metin Özdemir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yerine Getirilmesi ve İhlal Prosedürü, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.2, s.134, kaynak; Jurix.

<sup>266</sup> Karaman, s.424, Gözübüyük/Gölcüklü, s.138, Taner, s.65-66, Özdemir, s.134.

<sup>267</sup> Gözler, s.545.

<sup>268</sup> Gözler, s.545, Karaman, s.425, Gözübüyük/Gölcüklü, s.138, Taner, s.65-66, Özdemir, s.138,144.

Komitesinin, denetim görevinin bir tezahürüdür<sup>269</sup>. Devlet tarafından, Bakanlar Komitesine bildirilen tedbirler, Komite tarafından yeterli görülüyorsa yani taraf devlet tarafından bildirilen tedbir yeterli iyileştirmeyi sağlamaz yani başvuruçunun mağduriyetini tatmin edemeyecek düzeydeyse Komite yeni tedbirlerin alınmasını isteyebilir<sup>270</sup>. Gerekli tedbirler, taraf devlet tarafından alınmıyorsa veya devlet kararı uygulamıyorsa Bakanlar Komitesinin, iki aracı bulunmaktadır. Bunlar; ara kararlar ve Avrupa Konseyi Statüsünün 8. maddesinin uygulanmasıdır.

#### 6.4.2 Ara Kararlar

Bakanlar Komitesi, AİHS'nin 46/2.maddesine göre AİHM'nin kararlarının yerine getirilmesini denetleme yetkisi ve görevi bulunmaktadır. Bakanlar Komitesi, söz konusu bu görevini, "Mahkeme Kararlarının ve Dostane Çözüm Şartlarının Uygulanmasının Denetimine Dair Kurallar" çerçevesinde yerine getirmektedir<sup>271</sup>.

AİHS'nin 46/2. maddesinin gereği Bakanlar Komitesi aldığı 16 numaralı karara göre; Bakanlar Komitesi, uygulamaya dair ilerlemeler hakkında durum ne olduğunu saptamak veya kararın uygulanmasına ilişkin kaygısına dile getirmek ve önerilerini de sunmak için ara kararlar alabilir<sup>272</sup>.

Bakanlar Komitesinin başvuracağı birden farklı ara karar çeşidi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, taraf devletin, AİHM nihai kararına uymadığı ve herhangi tedbire almaması durumunda, Bakanlar Komitesi, taraf devlete nihai kararı uymasını davet etmektir. Bu kararla Bakanlar Komitesi, taraf devlete karara uymadığı için ihtarda bulunmaktadır. Kararlardan ikincisi ise Bakanlar Komitesi, taraf devlete, belirli bazı ilerlemeleri kaydetmesi veya ileriye yönelik tedbirler almaya yönelik teşvik etme kararıdır. En sık başvuruçunun bu kararda Bakanlar Komitesi, kararın uyulması yani yerine getirilmesi için belirlenen seçeneği taraf devlete iletmesidir. Kararlardan sonuncusu ise de Bakanlar Komitesi, geçen süreye rağmen taraf devletin kararı uymadığında durumun

<sup>269</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.138, Özdemir, s.144.

<sup>270</sup> Karaman, s.425.

<sup>271</sup> Karaman, s.426, Gözübüyük/Gölcüklü, s.138, Özdemir, s.144.

<sup>272</sup> Karaman, s.426.

aciliyeti nedeniyle taraf devlete ciddi yaptırım uygulanacağını ihtarıyla tehdit edilmesidir<sup>273</sup>.

#### **6.4.3 Avrupa Konseyi Statüsünün 8. Maddesinin Uygulanması**

AİHM kararı gereğince yükümlülüklerini yerine getirmemekte direnen taraf devlete uygulanacak en ağır yaptırım, Avrupa Konsey Statüsünden çıkarılması veya üyeliğinin askıya alınmasıdır<sup>274</sup>.

Avrupa Konseyi Statüsünün 3.maddesinde; Avrupa Konseyinin her üyesi, hukukun üstünlüğü ilkesiyle yargı yetkisi içindeki herkesin insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanması ilkesini kabul eder ve 1. Bölümde belirlenen Konsey amacının gerçekleşmesinde içten ve etkin bir biçimde iş birliği yapmayı üstlenir, düzenlemesi mevcuttur. Avrupa Konseyine üye devletler, konseyi statüsünün 3.maddesine göre hukukun üstünlüğü ilkesini kabul etmek ve insan haklarına saygı göstermek zorundadır<sup>275</sup>.

Avrupa Konseyi Statüsünün 8.maddesine göre; “3. madde hükümlerini ciddi biçimde çiğneyen herhangi bir Konsey üyesinin temsil hakları askıya alınabilir ve Bakanlar Komitesi tarafından 7. madde hükümlerine göre çekilmesi istenebilir. Böyle bir üye bu isteğe uymazsa Komite, belirleyebileceği bir tarihten başlayarak bu üyenin Konsey üyeliğinin sona erdiğine karar verebilir.”. AİHM’nin nihai kararının, sürekli bir biçimde infaz edilmemesi, Konsey Statüsünün 3.maddesi açısından, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı ilkesine aykırılık teşkil edecektir<sup>276</sup>.

Taraf devlete uygulanacak en ağır tedbir olan Konsey Statüsünden çıkarılması veya üyeliğin askıya alınması, AİHM kararlarını uygulamamakta direnen taraf devletlere açısından uygulama yeri bulacaktır. Taraf devletin, mahkeme kararlarını uygulamaması yani yerine getirmemesi çeşitli saiklere dayanabilir. Taraf devletlerden bazılarının, mahkemenin kendisi aleyhinde verdiği ve hatalı olarak gördüğü kararlar nedeniyle, benzer ihlaller halinde verilen kararları yerine getirmemesinde gerekçe olabilmektedir. Yine taraf devletlerin, AİHM’nin, güvenilir bir organ olmadığı, demokratik bir yapıya

---

<sup>273</sup> Karaman, s.426-427.

<sup>274</sup> Karaman, s.428.

<sup>275</sup> Taner, s.65.

<sup>276</sup> Karaman, s.428.

sahip olmadığı, siyasi saiklerle hareket ettiği ve bazı taraf devletlere önyargılı davrandığı gerekçesine dayanarak, mahkeme kararlarının uygulanmasında direnç gösterdiği görülmektedir. Ya da bazı mahkeme kararların icra edilmesi halinde yaratacağı kapsamlı sonuçlar taraf devlet göz önüne aldığı<sup>277</sup>, mahkeme kararı icra etmemektedir. Taraf devletlerin, çeşitli saiklerle mahkeme kararlarını uygulamamadaki direncine rağmen, Bakanlar Komitesi, bugüne kadar, Konsey Statüsünün 8.maddesinde belirtilen tedbire başvurmuş değildir. Bakanlar Komitesinin, taraf devletlerin dışişleri bakanlarından veya daimî temsilcilerinden oluşması bu durumu açıklar vaziyettedir<sup>278</sup>.

#### **6.4.4 AİHM'nin, AİHS'nin 46. Maddesinde Belirtilen Yetkileri**

AİHS'nin, 46/3.maddesinde, Bakanlar Komitesinin, kesinleşmiş nihai kararın yerine getirilmesinde kararlar ilgili bir yorum sorunun ortaya çıkması halinde AİHM'ne başvurusunu düzenlemektedir. Sözleşmenin, 46/4-5.maddelerinde ise de taraf devletin, yükümlülüğünün yerine getirilmediğinin yargı yoluyla yani mahkeme kararıyla saptanmasını düzenlemektedir.

##### **6.4.4.1 Kararın Yorumlanması İçin Mahkemeye Başvuru**

AİHM tarafından verilmiş bulunan nihai kararların icrasında, kararda yer alan bir kavramın veya ifadeden ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşlerin ortaya çıkması veya kararın uygulanmasında duraksamaya sebep olacak durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bu halde, Bakanlar Komitesi, AİHS'nin 46/3.maddesine göre yorum sorununun çözülmesi adına karar vermesi için meseleyi mahkemeye taşıyabilir. Bakanlar Komitesinin, bu kararı yani bu usulü işletilebilmesi için temsilcilerin üçte iki çoğunluğunun oyu gerekir<sup>279</sup>.

AİHS'nin 46/3.maddesiyle getirilen düzenlemeyle, AİHM'nin nihai kararlarının uygulanmasındaki, belirsizlik ve ihtilaflar sona erdirilmesi amaçlanmıştır. Çünkü

<sup>277</sup> Örneğin, Loizidou/Türkiye Davası.

<sup>278</sup> Karaman, s.428, Özdemir, s.151, Rona Aybay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14.Protokol, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mayıs-Haziran 2010, S.88, s.243.

<sup>279</sup> Aybay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14.Protokol, s.257, Aybay, 2017, s.187.

kararın anlaşılabilirliği, kararın kısa sürede ve amacına uygun olarak uygulanmaması yol açabilir<sup>280</sup>.

AİHS'nin 46/3.maddesindeki düzenleme uyarınca AİHM'ne, bu türden bir başvuruyu münhasıran Bakanlar Komitesi yapabilecektir. Taraf devletin veya başvurusunun, bu usulü başvurma yetkisi bulunmamaktadır. Bu düzenlemenin amacı mahkemenin iş yükünün artmasını engellemektir. Sözleşmede, bu usulü başvurulması için herhangi bir zaman kısıtlaması belirtenmemiştir. Dolayısıyla, mahkemenin sonraki içtihatlarıyla, yorum sorunu çözülecekse bu usulü başvurulamaz<sup>281</sup>.

#### **6.4.4.2 Kararın Taraf Devlet Tarafından Yerine Getirilmemesi Halinde Mahkemeye Başvuru**

AİHS'nin 46/1.maddesinde, sözleşme; taraf devlete, AİHM'nin nihai kararlarını uymasını taahhüt etmeyi emreder. Sözleşmenin 46/2.maddesine göre de nihai kararların, yerine getirilmesini Bakanlar Komitesi gözetir yani denetler. Ancak bu düzenlemelere rağmen, ilgili devlet mahkeme kararlarını yerine getirmemiş olabilir veya taraf devlet mahkeme kararını yerine getirmek istemeyebilir. Bakanlar Komitesi, bu tür hallerin ortaya çıkması halinde, sözleşmenin 46/4.maddesi hükmünce, Komitede yer alma hakkı bulunan temsilcilerin üçte iki çoğunluğuyla verdiği kararla, ilgili devletin, sözleşme uyarınca yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini mahkeme tarafından saptanmasını isteyebilir<sup>282</sup>.

Mahkemeye başvurulması, sözleşmenin 46/3.maddesinde düzenlemesine benzer şekilde sadece Bakanlar Komitesine hasredilmiş bulunmaktadır. Bakanlar Komitesinin üçte ikisi çoğunluğunun kararı gerekmektedir. Mahkemeye başvuru yapılabilmesi için Bakanlar Komitesi karar almadan önce mahkeme nihai kararının ilgili taraf devlete tebliğ edilmesi gerekir. Taraf devlet hakkında mahkemeye başvurulmadan gerekli ihtarin, kural olarak Komite kararının alınmasından en az altı ay öncesinden yapılmış olması gerekir. Bakanlar Komitesinin, mahkemeye başvuru kararı gerekçeli ara karar şeklinde alınır<sup>283</sup>.

---

<sup>280</sup> Karaman, s.430.

<sup>281</sup> Karaman, s.430.

<sup>282</sup> Aybay, 2010, s.256.

<sup>283</sup> Aybay, 2010, s.256, Aybay, 2017, s.188, Karaman, s.431.

Bakanlar Komitesinin başvurusu üzerine AİHM, ilgili taraf devletin, AİHS'nin 46/1.maddesinde belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmediği tespit etmesi halinde durumun değerlendirilmesi ve uygulanacak tedbirlerin belirlenmesi için dosyayı Komiteye gönderir. Taraf devletin, yükümlülüğü yerine getirmiş olduğu anlaşılırsa dosya kapatılır<sup>284</sup>.



---

<sup>284</sup> Aybay, 2010, s.256.

## İKİNCİ BÖLÜM

### AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ TÜRK CEZA ve CEZA MUHAEMESİ HUKUKLARINA ETKİSİ

Bir önceki bölümde AİHM'nin kararları, kararların bağlayıcılığı ve mahkeme kararlarının icrası ve bu kararların uygulanmaması halinde AİHS'nin, 46. maddesinin uygulanacağı aktarılmıştır.

Bu bölümde ise AİHM'nin, Türkiye hakkında vermiş olduğu kararlar incelenerek, Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuklarına etkisi incelenecektir. Ancak konunun başlığı itibariyle AİHM kararlarının, Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuklarına etkisi çok geniş başlıklar ve konuları içerdiğinden biz bu nedenle çalışmada AİHM kararlarının Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuklarına etkisini; ölçülülük ilkesi bağlamında ele alacağız. Mahkeme kararlarında sıklıkla dile getirilen ve gözetilen bir ilke olan ölçülülük ilkesinin, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukuna etkisi açıklanmış olacaktır.

Temel hak ve özgürlüklere sınırlama ve istisna getiren hukuk dallarından biri de ceza ve ceza muhakemesi hukuklarıdır. Temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırma rejiminde gözetilen kriterlerden biri de ölçülülük veya diğer adı ile orantılılıktır. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklere yapılacak olan müdahalelerin, en basit anlamı ile orantılı olması gerekir. Bunun sağlanması adına yani orantılı bir müdahaleden bahsedilmesi için yani temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamanın; amacı ile aracı arasında dengenin var olması gerekir. Bir temel hak ve özgürlüğe ilişkin sınırlamanın, ölçülülük ilkesine uygun olmaması halinde kişinin, temel hak ve özgürlüğüne aşırı müdahalede bulunmuş olacaktır.

Ceza ve ceza muhakemesi hukukları, normları itibariyle kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahaleler ve sınırlamalar öngörmektedir. Ceza ve ceza muhakemesi hukukları normları, kişi hakkında uygulanması halinde doğal olarak kişinin temel hak ve özgürlükleri sınırlanmış olacaktır. Söz konusu bu sınırlamanın, yukarıda ifade edildiği gibi ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir. Bu nedenle ceza ve ceza

muhakemesi hukukları normlarının uygulanmasında ölçülülük ilkesi gözetilmesi gerekir.

Çalışmamızda ölçülülük ilkesinin, ceza ve ceza muhakemesi hukuklarına etkisini doktrindeki görüşler, Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarına incelenerek aktırılacaktır.

## 1. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Anayasanın, 13. maddesinde yer verilen ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında göz önünde bulundurulmuş bir ilkedir. Pozitif hukuk normlarında yer verilen bu ilkenin sadece ceza ve ceza muhakemesi hukuklarında uygulaması yer bulan bir ilke değildir. Ölçülülük ilkesinin devletin her türlü eylem ve işlemlerinde geçerli olduğu konusunda bir uzlaşmanın bulunduğu görülmektedir. Bu açıdan ölçülülük ilkesi, yargısal ve idari uygulamalarda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejiminin bağımsız bir kriteridir<sup>285</sup>.

### 1.1 GENEL OLARAK

Anayasanın 13. maddesinde<sup>286</sup> temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması konusu düzenlenmiştir. Anayasanın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlere yapılacak olan sınırlamanın, ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Ölçülülük ilkesi, 1982 Anayasasına, 2001 yılında yapılan değişiklikle getirilmiştir. Ancak buna rağmen Anayasa Mahkemesi, 2001 yılından öncede ölçülülük ilkesini, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında bir ilke olarak kabul etmiş ve bu ilkeye aykırı olan kanunları iptal etmiştir. Doktrinde de Anayasada pozitif temeli olmamasına rağmen bazı yazarlar, Anayasanın 13. maddesinin eski düzenlemesinin 2. fıkrasından, Anayasanın 15/1. düzenlenmesine ve Anayasanın 2. maddesinde yer verilen ölçülülük ilkesinden çıkarmışlardır<sup>287</sup>.

---

<sup>285</sup> Gözler, s.379, Yüksel Metin, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük; Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir? Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2017, S.1, s.1.

<sup>286</sup> ‘Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.’

<sup>287</sup> Gözler, s.366, Mahmut Gökpınar, Anayasal Devlette Temel Hak ve Özgürlükler Düzeni, Doktora Tezi, Ankara, Y.2016, s.177-178.

Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasındaki usulü belirlemiştir. Bir temel hak ve özgürlük ancak kanunla sınırlanabilir. Bu temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasındaki yöntemidir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasındaki güvenceler ise Anayasanın 13. maddesinin ikinci cümlesinde ifade edilmiştir. Bunlardan biri ise ölçülülük ilkesidir. Ölçülülük ilkesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamanın, orantısız olmamasını ve amaca uygun davranılarak yapılmasını ihtiva etmektedir<sup>288</sup>. Anayasanın 13. maddesinin ikinci cümlesinde yer verilen ölçülülük ilkesi bir genel koruma hükmüdür. Bu şekli ile kanun koyucuya temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında neleri yapacağı değil de neleri yapamayacağı ifade edilmiştir<sup>289</sup>.

Temel hak ve özgürlüklerin korunması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bireyin yararlarının, anayasada temel hak ve insan hakları olarak tanımlanıp en iyi şekilde hukuki korunma konumu belirlenmesi gerekir. Bireyin temel hak ve özgürlüğü olabildiğince iyi korunması söz konusu olduğunda temel hak ve özgürlüklerin kayıtsız-şartsız olarak kullanılması sonucu doğuracaktır. Bu ise kaosa neden olabilecektir. Temel hak ve özgürlüklerin en iyi biçimde korunması, temel hak ve özgürlüklerin birey tarafından kullanılması halinde toplumsal yararın zorunlu kıldığı ve izin verdiği ölçüde korunması ile aynı anlamı taşır. Temel hak ve özgürlüklerin en iyi ve etkili korunması, kanun koyucunun hukuk normunu ihdas ederken kanunun amaç ve etkisini makul bir seviyede belirlemesini, idare açısından ise ölçülü yani orantılı işlem yapılmasını içermektedir<sup>290</sup>.

Ölçülülük ilkesinin hukuksal dayanağı ya da kaynağının ne olduğu tartışmalı bir konudur. Eşitlik, keyfilik yasağı ve hukuk devleti ilkeleri ölçülülük ilkesini açıklamak için kullanılan ilkelere bazılarının<sup>291</sup>. İlkenin kaynağını hukuk devleti olarak açıklayan bir görüşe göre; '*hukuk devleti ilkesi, ölçülülük ilkesinin yaygın geçerliliğini açıklayan en uygun*' ilke olduğunu ifade etmiştir<sup>292</sup>. İlkenin kaynağının, '*demokrasi ve hukuk*

<sup>288</sup> Gökpınar, s.172, Yusuf Şevki Hakyemez, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Ölçülülük İlkesi, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s.1387.

<sup>289</sup> Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırılmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara 2002, s.209-210.

<sup>290</sup> Christian Rumpf, Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği, Anayasa Yargısı Dergisi, C.10, Y.1993, s.26-27.

<sup>291</sup> Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Y.1982, s.117-118. Gökpınar, s.176.

<sup>292</sup> Sağlam, s.118. Benzer şekilde bkz.: Hakyemez, s.1292.

*devletinin ayrı tutulmasına olanak olmadığını*’ ifade eden görüşe göre ise ilkenin ‘*ya demokrasi ya da hukuk devleti ilkesinden*’ kaynaklandığını beyan etmiştir. Yine bu görüşe göre ilkenin kaynağı ‘*bireysel menfaatler ile kamu menfaati arasında makul bir dengeyi kuran demokratik hukuk devletinin bir ürünüdür*’<sup>293</sup>.

Alman Anayasa Mahkemesi kararına göre ‘*ölçülülük ve aşırılık yasağı ilkeleri devletin tüm davranışlarının ana kuralları olarak hukuk devleti ilkesinden çıkarılır ve bunun için anayasal değer sahibidir*’<sup>294</sup>. AAM, ölçülülük ilkesini, doğrudan hukuk devleti ilkesine bağlı olduğunu ifade etmiştir<sup>295</sup>.

Ölçülülük ilkesinin temel alanının, temel hak ve özgürlüklerdir. Çünkü ilkenin temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejiminde önemli bir yeri bulunmaktadır. Buradan hareketle ölçülülük ilkesinin işlevinin temel hak ve özgürlüklerle ilgili olduğu görülmektedir. Ölçülülük ilkesinin işlevlerinden biri; kamu otoritesinin kamu yararını gerçekleştirmek adına temel hak ve özgürlükleri nereye kadar sınırlandırabileceğini gösterir. Diğer deyişle ölçülülük ilkesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırını belirler. Bunun yanı sıra ilke kamu otoritesinin, temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunduğu bu müdahalenin orantılı olup olmadığının denetleme imkânı verir. Böylelikle ilkenin, idarenin veya kamu otoritesinin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin müdahalede; amaca uygun sınırlamanın gerçekleştirmesi için yol gösterici rolü de vardır. Bu nedenle idarenin, hukuk normunda belirtilen amaca uygun sınırlamayı gerçekleştirmek için sınırlama ile hiçbir alakası olmayan aracı kullanmamasını ya da sınırlama amacına ulaşmada herhangi bir katkısı olmayan tedbire başvurmamasını ilke sağlamaktadır. Yine idarenin, amaca uygun olan elverişli ve gerekli tedbirinin, orantılı olacak biçimde ifa edilmesini ilke yerine getirmektedir<sup>296</sup>.

Ölçülülük ilkesi aynı zamanda bir yorum ölçütüdür. İlkenin idarenin takdir yetkisini yönlendirme fonksiyonunun yanında normatif seviyede norm somutlaştırılmasında norm alanlarının belirlenmesinde önemli bir işlevi bulunmaktadır. Bu yönü ile ölçülülük ilkesinin, sınırlama işlevinden ziyade dengeleyici bir işlevi olduğu ifade edilebilir. Söz

---

<sup>293</sup> Rumpf, s.44, Yücel Oğurlu, AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak ‘Ölçülülük İlkesi’ DEÜHF Turhan Tufan Yüce Armağanı, İzmir, Yıl 2001, s.491.

<sup>294</sup> Akt.: Rumpf, s.34.

<sup>295</sup> Yücel Oğurlu, Karşılaştırılmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002, s.24.

<sup>296</sup> Metin, 2002, s.193-194, Gökpinar, s.174.

konusu sınırlama işlevi, olumsuz bir biçimde ilgili temel hakkın düzenlendiği hukuki norma giren; anayasal korunma altında bulunan menfaatler(meşru sınırlama nedenleri) tarafından yerine getirilir. Bunun yanı sıra ölçülülük ilkesinin, dengeleştirici işlevi de mevcuttur. Temel hakların korunmasında veya başkasının hukuki menfaatini sınırlayıcı fonksiyonuna ağırlık vermektedir. Başka bir ifadeyle, ölçülülük ilkesi bir somutlaştırma ölçütüdür; ilgili çatışan ve hukuken korunan menfaatlerin(temel hak ve özgürlüklerin) norm unsurlarının somutlaştırılmasında önemli bir ölçüttür<sup>297</sup>.

Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında kanun koyucuya nasıl hareket etmesini gerektiğini gösterir. Bu açıdan ilke sadece yürütme organı açısından değil yasama organı açısından da bağlayıcılığı vardır. Buna göre ölçülülük ilkesinin, kanun koyucunun özgürlükleri kısıtlama konusundaki takdir yetkisini sınırlayıcı bir fonksiyonu vardır. Kanun koyucu herhalde anayasada belirtilen meşru sınırlama nedenlerine dayanarak temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunamaz. Anayasa normlarına uygun sınırlamadan söz edilebilmesi için ölçülülük ilkesine riayet edilmesi gerekir. Bu da aslında ölçülülük ilkesinin, temel hak ve özgürlüklerin ölçüsüz bir biçimde sınırlanmasını önüne geçen bir güvenceyi de sağlamaktadır<sup>298</sup>.

Ölçülülük ilkesi her ne kadar Anayasada yer verilen bir ilke olsa da uygulama alanı sadece Anayasa hukuku değil özellikle idare hukuku başta olmak üzere diğer hukuk dallarında örneğin ceza hukuku da uygulaması mevcuttur<sup>299</sup>. Ölçülülük ilkesinin yaygın olarak idare hukukunda uygulanması söz konusudur. Çünkü ilkenin, idare hukukundaki takdir yetkisi ve hukuka uygunluk arasında sıkı bir bağı vardır. İlke, idarenin kamu yararını sağlamak adına başvurduğu işlem veya faaliyetleri ile temel hak ve özgürlüklerin korunmasında denge unsurudur. İdarenin, işlem ve faaliyetleri amaca uygun, orantılı olmalı ve kişilere ölçüsüz yükümlülükler getirmemelidir<sup>300</sup>. Ölçülülük ilkesi, özellikle kolluk faaliyetlerinin dengeli olarak icra edilip edilmediğinin denetlemeye yarayan bir ilkedir. Kolluk, adli arama kararı gereğince arama işlemi yaparken ilgililerin sızlanmasına neden olmayacak şekilde hareket etmesi gerekir.

---

<sup>297</sup> Rumpf, s.45, Gökpınar, s.174-175, Oğurlu, 2002, s.23, Metin, 2002, s.194-195, Hakyemez, s.1331-1332.

<sup>298</sup> Hakyemez, s.1331-1332, Metin, 2002, s.194-195.

<sup>299</sup> Oğurlu, 2001, s.486-487, Sağlam, s.117, Hilal Erdol, Ceza Hukuku ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Y.2017, s.12, Jülide Gül Erdem, Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2013, S.4, s.972.

<sup>300</sup> Metin, 2002, s.59, Hakyemez, s.1290-1291.

Arama fiili icra edilirken kişilerin mülkiyet hakkına ve özel yaşamına saygı duyularak yerine getirilmesi gerekir<sup>301</sup>.

Ceza hukukunun en belirgin yaptırımını olan cezanın, en karakteristik özelliğinden biri de cezanın, suçla orantılı olmasıdır. Bu durum TCK'nın, 3. maddesinin, birinci fıkrasında açıkça düzenlenmiştir<sup>302</sup>. Yaptırım kavramının içeriğinin genişlemesiyle beraber idare hukukuna taşınması ve idari yaptırımların ortaya çıkması ile ilkenin uygulama alanı idare hukuku olmuştur<sup>303</sup>. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ceza kanunlarının, insan yaşamına saygı esasından hareket etmeli, eziyet ve işkence içeren yaptırımlar barındırmamalıdır. Sanığa işlediği fiille orantılı olacak biçimde ceza tatbik edilmesi gerekir. Suç ile ceza arasında orantının bulunması adaletin ve insanlığa saygının bir tezahürü olarak kabul edilmiştir. Ölçülülük ilkesine göre ceza ve ceza muhakemesi hukuklarında somut uyumsuzlukla ilgili özel şartlar dikkate alınarak, alınacak tedbirlerle ulaşılmak istenen amaca erişebilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olması gerekir. Bu hususta yani yargısal denetimin iki şekilde var olduğu söylemek mümkündür. Birincisi, anayasa yargısı ile hukuk normunun, ölçülülük ilkesine uygunluğu denetlenecektir. İkincisinde ise hukuk normunda belirlenen tedbirin, orantılı olacak şekilde yerine getirilip getirilmediğine bakılacaktır<sup>304</sup>.

Ölçülülük, ceza hukukunda hukuka uygunluk halleri olan meşru savunma ve zorunluluk halinde de karşılaşılan bir ilkedir. Meşru savunmanın saldırı ile orantılı olması gerektiği ve aynı şekilde zorunluluk halinin de tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu aranmaktadır<sup>305</sup>.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejiminde sadece ölçülülük ilkesi kendisine yer bulmaz. Bu ilkenin yanında, Anayasanın 13. maddesinde ifade edildiği gibi demokratik toplum düzeninin gerekleri ve hakkın özü yani öze dokunmama yasağı ilkeleri de

---

<sup>301</sup> Oğurlu, 2001, s.487, Hakyemez, s.1290-1291.

<sup>302</sup> TCK m.3/1; Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.

<sup>303</sup> Gökpınar, s.175, Oğurlu, 2001, s.487, 2002, s.30.

<sup>304</sup> Metin, 2002, s.69-70.

<sup>305</sup> TCK m.25; (1) Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

(2) Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

bulunmaktadır. Durum böyle olduğunda ise hangi ilkenin önce veya sonra uygulanacağı sorunsalı ortaya çıkmaktadır. Anayasanın 13. maddesinin lafzından hangi ilkeye öncelik tanındığı belirlenememektedir<sup>306</sup>. Doktrinde ise bir görüş ölçülülük ilkesinin, hakkın özü ve demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterlerinden daha önce uygulanması gerektiğini ifade etmiştir<sup>307</sup>. Bu görüşe göre öze dokunma yasağı, temel hak ve özgürlüğün sınırlamanın sınırını gösterir ve dokunulmaz çekirdek alanı belirtir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ise öze dokunma yasağı kadar belirli değilse de ölçülülük ilkesi, demokratik toplum düzeninin gereklerinden daha önce devreye girmelidir<sup>308</sup>. Yine bu görüşe göre ölçülülük ilkesi ile sınırlama amacına hiçbir katkısı olmadığı halde temel hak ve özgürlükleri sınırlayan müdahalelerden ve temel hakkını kullanan bireye beklenmedik yükümlülükler getirilmemiş olacaktır. Bunun sağlanması için ölçülülük ilkesinin, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlama rejiminde diğer iki olan öze dokunma yasağı ve demokratik toplum düzeninin gereklerinden daha önce başvurulması gerekir<sup>309</sup>.

Başka bir görüş ise yukarıda sayılan üç kriterden ise öncelikle gözetilmesi gereken kriterin öze dokunmama yasağı olduğunu dile getirmiştir. Gerekçe olarak da hakkın özüne dokunan sınırlamanın, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkelerine evleviyetle aykırı olacaktır<sup>310</sup>.

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki görüşü ve uygulaması ise mahkeme kararlarında<sup>311</sup>; demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri ise iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişkinin olduğunu, temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın, demokratik toplum için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığını incelenmesi gerektiğini, belirtilen nitelikleri gereği, Anayasanın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan ‘temel hak ve hürriyetlerin özü’, ‘demokratik toplum düzeninin gerekleri’ ve ‘ölçülülük ilkesi’

<sup>306</sup> Gözler, s.339; yazar burada bu durumu açıklamıştır.

<sup>307</sup> Hakyemez, s.1326-1327, Gözler, s.379-380, yazar görüşünün dayanağını s.338-341’de açıklamıştır.

<sup>308</sup> Hakyemez, s.1327.

<sup>309</sup> Hakyemez, s.1328.

<sup>310</sup> Metin, s.5.

<sup>311</sup> Anayasa Mahkemesi, 14/07/2016 tarih ve E.2016/37 ve K.2016/135 sayılı kararı. Akt. Gözler, s.379-380, benzer diğer kararlar için bkz. Gözler, s.380, dp.105.

kavramları, bir bütün parçaları olup demokratik bir hukuk devletinin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütler oluşturduğunu, ifade etmiştir<sup>312</sup>.

Ölçülülük ilkesinin, temel uygulama alanı temel hak ve özgürlükler alanıdır. Ceza hukukunun ve ceza muhakemesi hukukunun kişinin temel ve hak özgürlüklerine yakından temas halinde olduğu görülmektedir. Suçun, yaptırımını olarak hürriyeti bağlayıcı ceza verildiğinde kişinin özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlandığı keza kişi hakkında tutuklama tedbiri uygulandığında da özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlanmış olacaktır. Bu açıdan, ölçülülük ilkesinin, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku uygulamasında göz önünde bulundurulması elzem olan bir ilke olacaktır. Çünkü ölçülülük ilkesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında, sınırlamanın sınırını göstermektedir<sup>313</sup>.

## 1.2 TARİHSEL GELİŞİMİ

Günümüzde ölçülülük ilkesi, Anayasa ve yasalarda kendisine yer bulmakta ise de aslında ilkenin varlığı eskiye dayanmaktadır.

Platon, Devlet adlı eserinde devletin ana erdemlerine şu şekilde sıralamış; bilgelik, yiğitlik, ölçülülük ve adalettir. Platon düşüncesine göre devletin temelini oluşturan ilkelerin başında ölçülülük ilkesi gelmektedir<sup>314</sup>.

Ölçülülük ilkesine, ilk defa açık şekilde Aristo'nun, Nikomakhos'a Etik adlı eserinde rastlanılmaktadır. Ölçülülük ilkesi araç ve amaç arasındaki ilişki üzerine kuruludur. Bu ilişkinin de Aristo'nun geliştirdiği doğru oran kavramına dayanır<sup>315</sup>.

Ölçülülük ilkesi, temel hukuk düzenlemesini ilk defa Almanya'da kendini göstermiştir. Almanya'da, kolluk faaliyetlerinin hukuka uygunluk denetiminde geliştirilen bir ilke olmuştur. Ölçülülük ilkesi Almanya'da, sadece kolluk hukuku alanında uygulanan bir ilke olarak kalmamış, ilke sırasıyla Anayasa hukuku alanında ve aynı zamanda diğer hukuk dallarının alanında etkili olmuştur<sup>316</sup>.

---

<sup>312</sup> Gözler, Anayasa Mahkemesinin bu görüşünü eleştirmektedir. Eleştirel görüşleri için bkz. Gözler, s.379-380.

<sup>313</sup> Metin, s.6.

<sup>314</sup> Erdol, s.4.

<sup>315</sup> Gözler, s.236.

<sup>316</sup> Gözler, s.236, Metin, s.18-19, Erdem, s.974-975.

1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin, 8. maddesinde, “Kanun, sadece kesin ve açık bir şekilde gerekli olan cezaları koymalıdır” kuralına yer vererek ölçülülük ilkesinin açık şekilde yer veren pozitif hukuk normudur<sup>317</sup>.

Fransız hukukunda ölçülülük ilkesinin, idarenin işlem veya faaliyetlerinin denetiminde sıklıkla kullanılan, açık hata ve bilanço ölçütleri şeklinde tezahür ettiği görülmüştür. Fransa’da, idarenin takdir yetkisinin denetimi söz konusu olduğunda, Fransız idari yargısı yerindelik denetimi sınırını aşmamak için açık hata ölçütünü geliştirmiştir. Bu ilke zamanla gelişmiş ve idarenin takdir yetkisini daha fazla denetlemede yani adaletin tecelli etmesinden sıklıkla kullanılmıştır. Açık hata ölçütü, öncesinde yargının, daha az denetim yaptığı alanlarda örneğin, yabancılarla ilgili meselelerde bile idarenin takdir yetkisinin denetiminde kullanılmıştır<sup>318</sup>.

Zamanla açık hata ölçütü, Fransız idari yargısında, idarenin takdir yetkisinin denetiminde etkin bir yargısal denetimi gerçekleştirme ihtiyacını gidermede yetersiz kaldığı görülmüştür. Bunun üzerine idari yargı, bilanço ölçütünü geliştirmiştir. Bu ilkeye göre yargıç, idari işlemin dayandığı olguları inceleyerek kar-zarar değerlendirmesi yapacaktır. Yani yargıç idari işlemin avantaj ve dezavantajlarını tespit ederek orantılama yapacak ve denge arayacaktır<sup>319</sup>.

İngiliz hukukunda ölçülülük ilkesinin, AİHM’nin, Birleşik Krallık hakkında verdiği Sunday Times ve Dudgeon kararlarından sonra İngiliz hukuk sistemine yerleşmiş olduğu görülmüştür<sup>320</sup>.

Türk hukukunda ölçülülük ilkesi, temel hukuk normlarında yerini ilk defa 1982 Anayasasında, 2001 tarihinde yapılan anayasa değişikliğiyle yer bulmuştur. Ancak 1961 Anayasası, döneminde Anayasa Mahkemesinin kararlarında<sup>321</sup> açıkça zikredilmese bile dolaylı olarak ölçülülük ilkesinin uygulama alanı bulduğu görülmüştür<sup>322</sup>.

---

<sup>317</sup> Gözler, s.236.

<sup>318</sup> Erdem, s.977.

<sup>319</sup> Erdem, s.978.

<sup>320</sup> Erdem, s.979-980.

<sup>321</sup> Örnek karar için bkz. Akt. Erdem, s.980, dip. 23; AYM, Karar Tarihi:18.2.1971, Esas No.:1970/22, Karar No.:1971/20 (www.anayasa.gov.tr).

<sup>322</sup> Erdem, s.366.

### 1.3 ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN TANIMI

Ölçülülük ilkesinin üç alt ilkesi bulunmaktadır. Bunlar; elverişlilik, gereklilik ve orantılılıktır. Bu alt ilkeleri aynı tanımda yer veren Ergun Özbudun'a göre ilke şu şekilde tanımlanmıştır; *“Bu ilke, sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın, sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder”*<sup>323</sup>. Tanımdan da anlaşılacağı gibi ölçülülük ilkesinin, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır.

AYM, norm denetimi ile ilgili bir kararında ölçülülük ilkesini şu şekilde tanımlamıştır; *‘Kanun koyucu düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. Elverişlilik, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, orantılılık ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir’*<sup>324</sup>. AYM'nin, tanımını incelendiğinde ölçülülük ilkesinin alt ilkelerine dayalı olarak bir tanım yapıldığı anlaşılmaktadır.

Alman Anayasa Mahkemesi 1960 yıllarında ölçülülük ilkesini şöyle tanımlamıştır; *‘Yasa koyucu tarafından kullanılan aracın, istenilen amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli (ılması gerekir. Araç, istenilen sonuca varılmasına yardımcı olabiliyorsa, elverişlidir. Yasa koyucu aynı derecede etkili olup, ilgili temel hak üzerine sınırlayıcı etkisi daha az olan bir aracı bulamıyorsa, araç gereklidir’*<sup>325</sup>. Mahkemenin tanımına bakıldığında ölçülülük ilkesinin sadece iki unsurundan; elverişlilik ve gereklilik söz edildiği anlaşılmaktadır<sup>326</sup>. Mahkeme daha sonraki bir kararında ise ölçülülük ilkesini *‘müdahale, amacına ulaşmak için elverişli ve gerekli olmalıdır: ilgili şahsa aşın bir şekilde yük getirmemeli, yani yüklenebilir bir ağırlıkla olmalıdır’*<sup>327</sup> şeklinde açıklayarak ilkenin üç unsurunu tanımda yer vermiş bulunmaktadır.

---

<sup>323</sup> Özbudun, s.114.

<sup>324</sup> AYM, E.2018/143, K.2019/39, 15/05/2019, prg.11.

<sup>325</sup> Akt.: Rumpf, s.33.

<sup>326</sup> Rumpf, s.33.

<sup>327</sup> Akt.: Rumpf, s.34.

AİHM, Handyside kararında hedeflenen meşru amaçla ölçülü olma gereğini, bağımsız bir şart olarak değil demokratik toplum düzeninin bir gereğinin sonucu olarak kabul etmiştir. Bu haliyle AİHM'nin, ölçülülük ilkesini, demokratik toplum düzeninin gereklerinin bir zorunlu sonucu olarak kabul etmiştir. Mahkeme ölçülülük ilkesini, demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesinden türetmiştir. Bir diğer kararında mahkeme, gereklilik kavramını, müdahalenin, zorlayıcı sosyal bir ihtiyacı karşılama gereğini ve özellikle de ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı olması gerektiğini ifade etmiştir<sup>328</sup>.

Ölçülülük ilkesinin, temel araç ile amaç arasındaki ilişki yani bağıdır. İlke uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamada kullanılacak olan aracın, ulaşılmak istenen amaca erişmek için elverişli ve gerekli olup olmadığı, başvuru aracın ulaşılmak istenen amaca uygun mu yani orantılı olup olmadığı sorunu ele alınmaktadır<sup>329</sup>. Ölçülülük ilkesi denetiminde, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşmak için kullanılan aracın denetlenmesidir. İlke gereğince, temel hak ve özgürlükler sınırlanırken, elverişli ve gerekli yani ulaşılmak istenen amaca katkı sağlayan, en az yükümlülük yükleyen araçlar kullanılmalı ve sınırlama orantılı bir şekilde olmalıdır<sup>330</sup>.

Ölçülülük ilkesi, temel ve hak özgürlüklere uygulanacak sınırlamanın sınırını belirlemektedir. Kişilerin temel hak ve özgürlüklerine, kamu otoritesi tarafından uygulanacak sınırlamaların, yargı denetiminde ölçülülük ilkesi önemli bir yeri vardır. Ölçülülük ilkesiyle, kamu otoritesinin uygulayacağı sınırlamanın, sadece kanunilik denetimiyle sınırlı olarak değil aynı zamanda bu sınırlamanın elverişli ve gerekliliği de incelenecektir. Bu nedenle, ölçülülük ilkesinin amacı ve işlevi, kamu otoritesinin yaptırım yani sınırlama gücünü sınırlamak, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini en üst seviyede güvence altına almaktır<sup>331</sup>.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak uygulanacak kısıtlamalarda kamu otoritesinin kullandığı aracın, ulaşılmak istenen amaca uygunluğu ölçülülük ilkesiyle

---

<sup>328</sup> Metin, 2002, s.83.

<sup>329</sup> Metin, s.6, Erdol, s.5, Dilara Yüzer, Kamu İcra Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 4844, Onur Uçar, Ahmet Burçin Yereli, Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak "Ölçülülük" İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi, Maliye Dergisi, Ocak-Haziran Y.2019; S.176:s.579, Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.691.

<sup>330</sup> Metin, s.6.

<sup>331</sup> Metin, s.6.

sağlanmaktadır. O halde ilkenin, işlevlerinden biri de kamu otoritesinin gücünün sınırlanmasını da sağlamaktır. İlkenin ortaya çıkışı da bu şekilde olmuş yani temel hak ve özgürlüklerin zaman zaman sınırlandırılabilceği kabul edilirken öte yandan sınırlamanın sınırlanmasındaki öneminin benimsenmesinden doğmuştur<sup>332</sup>. Haliyle de ilke, kamu otoritesi de bir temel hak ve özgürlüklere ilişkin yapılacak sınırlamalar konusunda da yol gösterici mahiyeti de bulunmaktadır.

Ölçülülük ilkesinin özü ifade edilmek istenirse adaletin temel ilkesi olduğu söylenebilir. Adaletin temel prensibi olması hasebiyle ölçülülük ilkesi, hukuk devleti olmanın bir gereği olarak idarenin takdir yetkisine yön vermektedir. İdareye, serbesti tanıyan takdir yetkisinin, idare tarafından serbest bir şekilde kullanılmasını, ölçülülük ilkesi engellemektedir. Çünkü idare takdir yetkisini kullanırken bu yetkisiyle yaptığı işlemin gerekçesini de belirtmesi gerekir. Gerekçesinde, işlemin ölçülü olduğunu ifade etmesi gerekir. Hukuk uygulamasında, ölçülülüğün, somut parametrelere bağlı olarak ifade edilmesi mümkün olmadığından, ölçülülük ilkesi kıstas olarak kabul edilir<sup>333</sup>.

#### 1.4 ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

4709 sayılı Anayasa değişikliği ile ilgili kanunla birlikte ölçülülük ilkesi, Anayasanın 13. maddesine eklenmiştir<sup>334</sup>. Değişiklikten önceki metinde ise açık bir şekilde ölçülülük ilkesinden bahsedilmemiştir<sup>335</sup>. Ancak buna rağmen kimi yazarlara göre ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejiminde uyulması gereken genel bir ilke olarak kabul edilmiştir<sup>336</sup>. Ölçülülük ilkesinin, Anayasa’da pozitif dayanağı olmadığı zamanlarda doktrinde, ilkenin dayanağını, farklı ilkelere yola çıkılarak açıklanmak istenmiştir. Bu görüşlerden birine göre ‘ölçülülük ilkesini, yaygın

---

<sup>332</sup> Erdem, s.984.

<sup>333</sup> Yüzer, s. 4846-4847.

<sup>334</sup> Anayasanın 13. maddesi; ‘Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz’.

<sup>335</sup> 4709 sayılı kanunla değişikliğinden önceki Anayasanın 13. maddesi;

‘(1)Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağliğin korunması amacı ile ve Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

(2)Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz’.

<sup>336</sup> Bkz. Sağlam, s.110-128, Oğurlu, 2001, s.492-495, Rumpf, 25-48.

*geçerliliğini en uygun olarak açıklayan pozitif temel olarak hukuk devleti’ ilkesidir<sup>337</sup>. Yine bu görüşe göre ölçülülük ilkesi, ‘temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını belirli rasyonel ilkelere bağlayarak hukuk devletinin temelini oluşturan hukuka bağlılık ve güven duygusunu güçlendirici bir görevi yerine getirmektedir. Diğer yandan ise temel hak ve özgürlüklerin koruyarak hukuk devletinin önemli bir unsuru olan devlete karşı temel hak ve özgürlükler düşüncesinin somutlaşmasını sağlamaktadır<sup>338</sup>.*

Ölçülülük ilkesinin, Anayasanın, 4709 sayılı kanunla değişmeden önceki 13/2. maddesinde geçen ‘sınırlamaların öngörülen amaç dışında kullanılması yasağı’ndan ve 15/1<sup>339</sup>. maddesindeki ölçülülük ilkesinden çıkarıldığını ifade eden görüşe göre; Anayasanın, 13/2. maddesinde belirtilen temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamaların; ‘demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz’ şeklinde iki genel anayasal sınır ifade edilmiştir. Anayasanın 13. maddesinde ifade edilen öngörülen amaç dışında sınırlamanın mümkün olmayacağı ile aslında sınırlama için öngörülen bir amaç ileri sürülerek başka bir amaca ulaşılacak adına bir temel hak ve özgürlüğün sınırlanmasının mümkün olmayacağıdır<sup>340</sup>. Bu da aslında ölçülülük ilkesinin bir alt ilkesi olan elverişlilik ilkesini ifade etmektedir.

Anayasanın 15/1. maddesinde, olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması düzenlemiştir. Bu görüşe göre Anayasa hükmünde ‘durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir’ bulunmaktadır. Bu hükümde geçen durumun gerektirdiği ölçüde ile kastedilmek istenen ölçülülük ilkesidir. Eğer olağanüstü halin varlığı söz konusu olduğunda temel hak ve özgürlüklerin, ölçülülük ilkesine uyularak

---

<sup>337</sup> Sağlam, s.118, Gözler, s.367.

<sup>338</sup> Sağlam, s.118, Sağlam’ın bu düşüncesine eleştiriler için bkz. Gözler, s.367.

<sup>339</sup> Anayasanın 15.maddesi;

‘(1)Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. (2)Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler, dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

<sup>340</sup> Oğurlu, 2001, s.493.

sınırlandırılması mümkünse o halde olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında ölçülülük ilkesi evleviyetle uygulanması gerekir<sup>341</sup>.

Kanaatimizce, her ne kadar 2001 yılındaki Anayasa değişikliğine kadar ölçülülük ilkesi, Anayasada açıkça yer verilmemiş olması bu ilkenin hukuken var olmayacağı anlamını taşımamaktadır. Kaldı ki Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Gerekçesinde ‘*öngörülen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve özgürlükler sınırlanmayacak yahut meşru amaç güdülerek sınırlanmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır. Diğer bir deyimle, amaç ve sınırlama orantısı herhalde korunacaktır*’ ifadesi ile ölçülülük ilkesinin unsurlarından bahsedilmiştir<sup>342</sup>. Anayasa Mahkemesinin birkaç kararında ise ölçülülük ilkesinin somut norm denetiminde kullanıldığı görülmektedir<sup>343</sup>.

#### **1.4.1 1961 Anayasası Döneminde Ölçülülük İlkesi**

1961 Anayasasında temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasını, 11. maddede düzenlenmiştir<sup>344</sup>. Daha sonra Anayasanın, 11. maddesi, 1488 sayılı kanunla değiştirilmiştir<sup>345</sup>. Anayasanın özgün metni ve değiştirilmiş metinlerinde açık bir şekilde ölçülülük ilkesine yer verilmemiştir. Anayasanın 11. maddesinin özgün hali ile ilgili olarak yapılan değerlendirmede temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması için dört kurala uyulması gerekir. Birincisi, sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalı. İkincisi, Anayasanın öngördüğü sebeplere dayanmalı(nedensellik kuralı). Üçüncüsü, sınırlama kanunla yapılmalı ve idari işlemlerle sınırlama yapılmamalı. Son

<sup>341</sup> Oğurlu, 2001, s.493-494, Özbudun, s.114, Gözler, s.366-367.

<sup>342</sup> Özbudun, s.114.

<sup>343</sup> Kararlar için bkz. Özbudun s.114; AYM 1986/12 Esas, 1987/4 Karar; 1986/17 Esas, 1987/11 Karar; 1988/14 Esas, 1988/18 Karar. Bkz. Oğurlu, 2001, s.494; AYM, 1989/27 Karar sayılı kararında ayrıntılı olarak ölçülülük ilkesini tanımlamıştır. Oğurlu, 2002, s.55.

<sup>344</sup> 1961 Anayasasının özgün 11. maddesi;

‘(1)Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir.

(2) Kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz’.

<sup>345</sup> 1961 Anayasasının değişik 11. maddesi;

‘(1)Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir.

(2)Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz.

(3)Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz.

(4)Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir’.

olarak sınırlama, hakkın ve özgürlüğün özünde dokunmamalıdır(öze dokunma yasağı)<sup>346</sup>. Anayasada yapılan değişikliklerle beraber denilebilir ki devletin temel hak ve hürriyetlerle neleri yapamayacağı değil neleri yapabileceği söylenmiştir. Anayasada yapılan bu değişikliklerle temel hak ve hürriyetlerle ilgili bir genel sınırlama kuralı ihdas edilmiştir. Bu durumun aksini iddia eden görüşler olmuşsa da Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın eskiden olduğu gibi değişiklikten sonra da 11. maddenin genel sınırlama olduğu yönünde kararlar vermişlerdir<sup>347</sup>.

1961 Anayasası döneminde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında dikkati çeken ilke öze dokunmama yasağı olmuştur. Sağlam'a göre, 1961 Anayasası döneminde temel hakların sınırlanması soyut düzeyde tartışılmıştır. Bu da sınırlamanın, somutlaşması sırasına kanun koyucunun uyması gereken ilkeler sorusuna bir cevap getirmemiştir. İşte bu nedenle Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında anayasaya aykırılığın kriteri olarak daha çok hakkın özü kavramını kullanmış, ondan önceki aşamada belli ilkelere dayalı bir denetim sağlama yönünde fazla bir çaba göstermemiştir<sup>348</sup>. Anayasanın bütünlüğü içinde sınırlamayı yakından ilgilendiren en önemli ilke hukuk devleti ilkesidir. Bu nedenle ölçülülük ilkesi hukuk devleti ilkesinin somutlaşmış biçimi olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında göz önünde bulundurulmuş bir ilke olmuştur<sup>349</sup>. 1961 Anayasası döneminde ölçülülük ilkesi, Anayasada açıkça yer verilmemişse de yukarıda değinildiği gibi özellikle hukuk devleti ilkesinden yola çıkılarak ölçülülük ilkesi, mahkeme kararlarında yer bulmuştur<sup>350</sup>. Bu dönemde Anayasa Mahkemesi kararlarında ölçülülük ilkesi açıkça belirtilmemişse de uygulandığı kararlara rastlanılmaktadır. Ölçülülük ilkesi bu dönemde çoğu kez somut olayla ilgili olarak sınırlı olarak uygulanmış; ileride karşılaşılabilecek sorunlara cevap verebilecek gelişmiş bir ilke boyutuna varamamıştır<sup>351</sup>.

Bu dönemde Anayasa Mahkemesini norm denetimi yaptığı kararlarında ölçülülük ilkesine rastlanılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin, 274 sayılı Sendikalar Kanununun 29/7/1970 günlü 1317 sayılı Kanunla, değiştirilen 9. maddesinin 2. fıkrasının a,b ve c bendlerinin, Anayasa aykırılığı incelediği bir kararında, mahkeme Türkiye çapında

<sup>346</sup> Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul 2010, s.382-383.

<sup>347</sup> Tanör, s.416.

<sup>348</sup> Sağlam, s.111.

<sup>349</sup> Sağlam, s.112.

<sup>350</sup> Hakyemez, s.1305, Metin, 2002, s.197.

<sup>351</sup> Metin, 2002, s.197, Sağlam, s.120-121.

çalışacak sendikaların kurulmasının engellenmesi halinde belirli bölgelerde sendikaların yoğunlaşacağını, güçsüz sendikaların ortaya çıkacağını bunun yasa kuralı getirilmek istenen amaç açısından elverişli değildir. İhdas edilen kanuni düzenleme ile kamu yararının korunması amaçlanmıştır. Ancak bu hüküm, bu amacı gerçekleştirmek için elverişli değildir. Anayasa Mahkemesi kararında ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan elverişlilik ilkesinden tek başına yararlanıldığı görülmektedir<sup>352</sup>. Anayasa Mahkemesinin, elverişlilik ilkesini yer verdiği bir başka kararı ise 3236 sayılı kanunun 1. ve 2. maddeleri ilgili verdiği kararında rastlanılmaktadır<sup>353</sup>. Kanun koyucu, ihdas etmiş olduğu bu düzenlemede kan gütme saikiyle kasten öldürme veya teşebbüs veya başkasını bu cürmü işlemeye azmettiren veya tahrik eyleyen kimsenin, cürüm işlendiği zaman bir dam altında yaşayan usul ve fûruları ve kardeşleri ve karı veya kocası ikametgâhlarının bulunduğu yerden başka bir yere nakledilmesini düzenlemiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında, *'bu haliyle kendilerine ceza verilmekle birlikte suç işlemeğe alışan kimseler hakkında -emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulmaktan başka - bir emniyet tedbiri alınmasına elverişli bulunmamaktadır'* şeklinde gerekçeye yer vermiştir. Kararda özellikle suç işlemeyen kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasının, suçların şahsiliğine ilkesine aykırılık oluşturacağını ifade etmiştir<sup>354</sup>.

Anayasa Mahkemesinin, 1961 Anayasası döneminde oranlılık ilkesine yer verdiği kararlarına bulunmaktadır. Oranlılık ilkesinin yer bulduğu kararlarda mahkemenin, suç ile orantılı ceza verilmesi ilişkini incelemiştir. Anayasa Mahkemesi bir kararında *'Ancak, cezada en başta suçun ağırlığının ve emniyet tedbirlerinde ise en önde suçun toplum için gösterdiği tehlikenin göz önünde bulundurulması gerekir. Böylece, her suçun cezası ile varsa emniyet tedbirinin önceden belli olması ve bunların işlenen suçların ağırlığı ve suçun teşkil edeceği tehlikenin büyüklüğü ile orantılı bulunması esaslarına uygunluk sağlanmış olur. Yukarıda gösterilen evrede suçlunun kişiliği söz konusu değildir'*<sup>355</sup>, diyerek işlenen suça karşılık orantılı ceza verilmesini beyan etmektedir. Sağlam'ın da ifade ettiği gibi Anayasa Mahkemesi, somut norm denetiminde ölçülülük ilkesini, Anayasaya uygunluk denetiminde sarfinazar eylediği

---

<sup>352</sup> Sağlam, s.121, Metin, 2002 s.198-199.

<sup>353</sup> AYM, E.1963/330, K.1964/15, 11/02/1964.

<sup>354</sup> Sağlam, s.122, Metin, 2002 s.198.

<sup>355</sup> AYM, E.1970/42, K.1971/30, 09/03/1971.

görülmektedir<sup>356</sup>. Bu görüşü destekleyen türden bir kararda Anayasa Mahkemesi, ‘...suç işleyen kişinin cezalandırılması ve suçlunun fiilinin ağırlığı ile orantılı bir cezaya çarptırılması lüzumu da aşikâr...’ değerlendirmesinde bulunduktan sonra ‘suç ile ceza arasında oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye göre takdir etmek zorunluluğu vardır. Yoksa herhangi bir suça karşı konmuş olan bir ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın, bu oranı tayinde esas olamayacağı açık bir gerçektir<sup>357</sup>’ şeklinde gerekçe ileri sürerek Anayasa Mahkemesi iptal başvurusunun reddine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin, suç ile ceza arasındaki orantıyı ölçülülük ilkesine gereğince değerlendirmede bulunmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemenin, burada kanun koyucunun, ceza hukuku alanındaki yetkisine saygı göstererek suç ile ceza arasındaki orantıyı incelemiştir. Ancak, bu konuda dikkat edilmesi gereken hususun hukuk devleti ilkesi gereği ölçülülük ilkesi olması gerekir<sup>358</sup>.

1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 15/3. fıkrasında sıkıyönetim komutanına bu Kanunda yazılı suçlardan sanık kişileri, komutanlık nezdindeki askerî mahkemeye sevk edilip tutuklanmaları gerekip gerekmediği hakkında bir karar alınıncaya dek en çok 30 gün gözetim altında tutma yetkisini tanımıştır. Bu kanun hükmü ile ilgili iptal başvurusunda Anayasa Mahkemesinin, ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden gereklilik ve oranlılık ilkelerini birlikte denetiminde kullandığı görülmüş. Mahkeme, bir sanığın hâkim önüne çıkarılmaksızın otuz gün gözetim altında tutulmasını sıkıyönetimin gereklerini aşan bir nevi fiili tutuklama olarak nitelendirmiş; mahkemeye göre hâkim önüne çıkarılmadan ve herhangi bir yargısal denetimi olmayan uzun süre kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması ulaşılmak istenen amaç açısından elverişli olmadığını ifade etmiştir<sup>359</sup>.

Anayasa Mahkemesinin bu dönemdeki kararlarında, açıkça ölçülülük ilkesinden bahsetmemiş ve bu ilkenin tanımı da yer vermiş değildir. Anayasa Mahkemesi, kararlarında ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden yararlanarak soyut veya somut norm denetimi yapmıştır. Ancak vurgulamak gerekirse bu dönemdeki kararlarda, mahkeme

---

<sup>356</sup> Sağlam, s.123.

<sup>357</sup> AYM, E.1965/30, K.1965/58, 02/11/1965.

<sup>358</sup> Sağlam, 123-124.

<sup>359</sup> AYM, E.1971/31, K.1972/5, 16/02/1971, Sağlam, 124-125, Metin, 2002 s.202.

ölçülülük ilkesini genel bir denetim aracı olarak kullanmaktan ziyade soyut veya somut norm denetimindeki başvurunun kaynağı olan hukuki kurumların yorumlamada kullandığı görülmektedir.

#### 1.4.2 1982 Anayasası Döneminde Ölçülülük İlkesi

Bu dönemde ölçülülük ilkesinin iki farklı dönem olarak ele alınması gerekir. Çünkü 2001 yılında Anayasanın 13. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Yapılan bu değişiklikle ölçülülük ilkesi, Anayasada açıkça yer verilmiştir.

2001 değişikliğinden önceki Anayasanın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlama nedenleri geniş kapsamlı ve soyut kavramlardan oluşmaktadır. Bu durumda ölçülülük ilkesine olan gereksinimi artırmaktadır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak yapılan sınırlandırmada Anayasa Mahkemesi, sınırlama konu özgürlüklerle ilgili buna dayanak sınırlama nedenleri arasında ölçülü bir bağ kuracaktır<sup>360</sup>.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununa eklenen Ek 2. maddede, *‘Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler’* düzenlemesi ile ilgili Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi ise teslim ol emrine uyulmaması ve kolluk güçlerinin silah kullanmaya teşebbüs edilmesi herhalde hedefe karşı doğrudan silah kullanılmasını gerektirmediğini belirtmiştir. Ancak mahkeme, her somut olayın özelliğine göre hareket edilmesini gerektiğini bazı durumlarda faillerin, canını daha az tehlike sokan yöntemlerle etkisiz hale getirilmesini mümkün olabileceği bu nedenle kolluk güçlerinin daha az tehlike yöntem kullanmadan doğrudan ateşli silahla müdahale yönteminin, failin yaşama hakkını kısıtlanması yönünden orantılı olmadığı belirtmek istemiştir<sup>361</sup>. Mahkeme bu kararında açıkça ölçülülük ilkesinden bahsetmemişse de gerekçeye bakıldığında teslim ol emrine uyulmaması halinde doğrudan ve duraksamadan ateşli silah kullanılması durumunu, yaşam hakkına yapılan müdahale açısından orantılı bir müdahale değildir. Kaldı ki kanun koyucu Anayasa Mahkemesinin iptalinden sonra

---

<sup>360</sup> Hakyemez, s.1334.

<sup>361</sup> AYM, E.1996/68, K.1999/1, 06/01/1999.

yaptığı kanun değişikliği ise ‘*Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda "teslim ol" emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler*’ şeklinde olmuştur. Yapılan değişiklikle kolluk kuvvetlerinin silah kullanımının, tehlikeyi etkisiz kılacak ölçüde ve orantıda olması gerektiği ifade edilmiştir. Görüleceği üzere bir temel hak olan yaşam hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olması gerektiği dikkat çekilmek istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununun, ek 2. maddesinin son cümlesini Anayasaya aykırı bulmuştur. Kanun hükmü ile kişi hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanması halinde kişi hakkında verilecek ceza miktarını üç katı olarak uygulanacaktır. Mahkeme bu düzenlemenin, orantılı olmadığını ifade etmiştir. Çünkü ihdas edilmek istenen kanun hükmünün, araç ile amaç arasındaki mantıki bağın ortadan kaldıracağını, dolayısıyla suç ile ceza arasında orantının aşıldığını söylemiştir. Mahkeme göre ayrıca bu kadar sert tedbirin, demokratik toplum düzeni açısından basın özgürlüğünü tehdit edeceği ifade etmiştir. Mahkeme bu kararında temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırmasındaki amaç ile araç arasındaki dengeni olmasını vurgulamıştır<sup>362</sup>.

Anayasa Mahkemesi, 765 sayılı TCK’nın 403. Maddesinin son fıkrasında yer alan ‘*Birinci, ikinci bentlerle beşinci, altıncı ve yedinci bentlerin idam cezası tertip veya bu cezalar yerine başka bir ceza tayin olunduğu hallerde failin bilcümle menkul ve gayrimenkul mallarının müsadere sine dahi hükmolünür*’ hükmünü anayasa aykırı bulmuştur. Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenleme ile temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasından değil tümüyle ortadan kaldırılmasının söz konusu olduğunu ifade ederek temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması mümkün olacaktır. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. Mahkeme sınırlandırmanın ölçüsünü belirlemiştir. Buna göre kanun hükmü ile götürülmek istenen gelen müsadere şeklindeki güvenlik tedbirinin, temel hak ile ilgili sınırlandırmayı aşan, hakkı ortadan

---

<sup>362</sup> AYM, E.1986/12, K.1987/4, 11/02/1987.

kaldıran nitelikte bulunduğunu, bunun ise orantılı olmadığını ifade ortadadır<sup>363</sup>. Mahkeme öngörülen tedbirin aşırı olacağını şeklindeki gerekçesiyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasındaki ölçülülük ilkesini denetim aracı olarak kullanmıştır<sup>364</sup>.

Anayasa Mahkemesinin, suç ile ceza arasında orantının bulunması gerektiği ile ilgili bir başvuruda, mahkeme göre kanun koyucunun, ceza hukuku alanında soyut cezayı belirlerken Anayasanın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı olması gerekir. Hangi eylemlerin suç olarak düzenleneceğini, bu eylemlere ilişkin olarak hangi türde ve miktarda cezanın belirleneceğini ve ayrıca bir suçla ilgili ağırlaştırıcı ya da hafifletici hallerinin belirleme yetkisinin kanun koyucunun yetkisindedir. Bu nedenle mahkeme kaçakçılığa teşebbüs nedeniyle hükmolunan hapis cezasının paraya çevrilmesine hükmolunması durumunda, para cezasının tutarının hesabında hapis cezasının her bir günü için sanayi sektörü için belirlenen yürürlükteki asgari ücretin bir aylık tutarının yarısı esas alınmasını cezaların yasallığı ilkesine ve Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bir yön görmemiştir<sup>365</sup>. Mahkeme, amaca ulaşmak için değişik ölçütlerin seçimi kanun koyucunun takdir yetkisi içinde olduğunu ve kanun koyucunun belirlemiş olduğu araç ile amaç arasındaki orantının var olduğunu ifade etmiştir.

Suç ile ceza arasında orantının bulunması gerektiğine ilişkin bir başka iptal başvurusuna konu olan 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun, 153. maddesinde '*...karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına, erbaşlar hakkında rütbenin geri alınmasına hükmolunur*' hükmünün, yerel mahkeme tarafından Anayasa'nın 2., 20. ve 41. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi bu başvuruda eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, ölçülülük ilkesi olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de, elverişlilik, zorunluluk ve orantılık ilkeleri oluşturmaktadır. Elverişlilik ilkesi, öngörülen yaptırımın ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, zorunluluk ilkesi, öngörülen yaptırımın ulaşılacak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve orantılık ilkesi ise öngörülen yaptırım ile ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir<sup>366</sup>. Ölçülülük

<sup>363</sup> AYM, E.1987/28, K.1988/16, 03/06/1988.

<sup>364</sup> Anayasa Mahkemesinin amaçla orantılılık ölçütüne yer verdiği kararı için bkz. Turan Yıldırım, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanmasında Sınırlamanın Sınırı, s.470-471.

<sup>365</sup> AYM, E.1990/35, K.1991/13, 06/06/1991.

<sup>366</sup> AYM, E.2014/176, K.2015/53, 27/05/2015(bu karar oyçokluğuyla alınmıştır).

ilkesinin, ceza hukuku alanındaki uygulama şekline dair açıklama bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi iptal başvurusunun ise reddine karar vermiştir. Mahkeme göre, özel hayatın korunmasını, istisnai bir alanda ve anayasal ilkelere uygun olarak asgari oranda sınırlandırılan düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik oluşturmaz. Bu manada kuralın, askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığını, sınırlamanın bu açıdan da ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olduğu ifade etmiştir.

5271 sayılı kanununun, 286. maddesinin, 2. fıkrasının, (d) bendinin Anayasa aykırılığı Anayasa'nın 36. maddesine dayanak gösterilmiştir. Mahkeme iptal başvurusunu incelerken, kararın 26. paragrafında ölçülülük ilkesinin klasik tanımını yer vermiştir. Mahkeme göre hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik sınırlandırmalar orantılı olmalıdır. Orantılılık, amaç ile araç arasında adil bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Buna göre hükmün denetlenmesini talep etme hakkına getirilen sınırlamayla ulaşılmak istenen meşru amaç ve aleyhine hüküm kurulan kişinin bu hükmü denetletirebilmesindeki bireysel yarar arasında makul bir orantı kurulmalıdır. Hedeflenen amaca ulaşıldığında elde edilecek kamusal yararlar kıyaslandığında, sınırlama ile kişiye yüklenen külfetin aşırı ve orantısız olmaması gerekir<sup>367</sup>.

Mahkeme göre hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin mahkûmiyet hükmünün denetletirilmesi vasıtasıyla elde edecek bireysel yarar, kişinin makul sürede yargılanma hakkına ve usul ekonomisi ilkesine feda edilemeyecek kadar değerli olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle bölge adliye mahkemesince ilk defa verilen ve hürriyeti bağlayıcı ceza içeren mahkûmiyet hükümlerine karşı denetim imkânının bulunmamasının hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik orantısız bir sınırlama getirdiğini, bu nedenle düzenlemenin Anayasa aykırı olduğunu ifade etmiştir. Bu kararında Anayasa Mahkemesinin özellikle hükümlünün hakkında verilen hükmün bir üst dereceli kanun yoluna başvuramaması ile elde edilecek olan kamu yararının, bireysel yarara üstün tutulamayacağını ifade etmiştir. Bu kararda Anayasa Mahkemesi,

---

<sup>367</sup> AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018.

kanun koyucu tarafından ihdas edilen hukuk normunun, ölçülülük ilkesinin tüm alt ilkelerine aykırı olduğu ifade etmiştir<sup>368</sup>.

### 1.5 SINIRLAMANIN AMACI VE ARACI

Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerine değinmeden önce temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki amaç ve araçtan bahsedilmesi gerekir. Çünkü ölçülülük ilkesinin tanımında yer verildiği üzere ilkenin, temeli araç ile amaç arasındaki ilişki yani bağıdır. Bu ilişkinin açıklanması için sınırlamanın amacı ve aracının ne olduğu izah edilmesi gerekir. Ölçülülük ilkesinin, sınırlamanın amacı ile aracı arasındaki ilişkiyi temel aldığı yani bu ilişkiyi incelediğini ifade edilmişti. Bu başlıkta ise sınırlamanın amacı ve aracının ne olduğu aktarılacaktır.

Anayasada yer verilen sınırlama sebepleri(ör. kamu düzeni, kamu yararı vb.) kapsamı geniş olan kavramlarla ifade edilmiştir. Kanun koyucu bir temel hak ve özgürlükleri sınırlandırırken bu türden geniş kavramları, düzenlediği konuya göre somutlaştırması gerekir. Aksi halde, hukuk devletinin gereklerinden biri olan belirlilik sağlanmamış olacaktır. Bu durumda sınırlamadaki amaç-aracı ilişkisini denetlemek güçleşir<sup>369</sup>.

Amaç-aracı ilişkisinin, ölçülülük ilkesi açısından önemi erişilmek istenen amaçtan yola çıkarılarak bu amaç için seçilen aracın denetlenmesidir. Seçilen aracın denetlenmesi için araca başvuranın, mutlaka bir takdir alanına sahip olması gerekir. Yani araca başvuranın, başka bir şekilde karar verme veya vermeme yetkisine haiz olması gerekir. Ölçülülük- ilkesinin alt ilkelerinden veya unsurlarından olan elverişlilik de ve gereklilik de amaç-aracı ilişkisi bulunması zaruridir. Çünkü aracın, belirli bir amaçla bağlantısının olması lazımdır. Diğer alt ilke olan orantılılık da ise amaç-aracı ilişkisi aranmaz<sup>370</sup>.

Anayasa ve kanun hükmünde yer verilen sınırlama amacını gerçekleştirmek için başvuru alanı Anayasada güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüğün sağladığı bireysel hukuki statünün sınırlanış şeklini ifade eder<sup>371</sup>. Sınırlamanın aracıyla kastedilmek istenen, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılan sınırlayıcı tedbirlerdir. Tatbik edilecek hukuk alanına ve konuya göre tedbirler/araçlar çeşitlilik

<sup>368</sup> Özellikle kararın 27-33 paragraflarına bakılmalıdır.

<sup>369</sup> Sağlam, s.114, Metin, 2002, s.191.

<sup>370</sup> Metin, 2002, s.25-26.

<sup>371</sup> Sağlam, s.114.

gösterecektir. Ceza muhakemesi hukukunda tutuklama, ceza hukukunda hapis cezası, idare hukukunda disiplin cezası, vergi hukukunda vergi zıyaı cezası, icra hukukunda haciz, medeni hukukta ihtiyati tedbir olmak üzere çeşitleri var olduğu görülmektedir<sup>372</sup>.

Sınırlama aracının kaynağı, hukuk normunun kendisinde çoğu zaman ifade edilir<sup>373</sup>. Suçun yaptırımını cezadır, ancak bazı hallerde hukuk normunda sınırlamanın hangi araçla gerçekleştirileceği açıkça ifade edilmez. Anayasanın, 26. maddesinde düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin hangi hallerde sınırlandırılacağı belirtilmiştir. Sınırlandırma aracının nasıl olması gerektiği ise Anayasanın 13. maddesinde düzenlenmiştir.

Sınırlamadaki amaçtan kastedilen, sınırlamaya konu olan temel hak ve özgürlüğün öngörüldüğü hukuk normunda yer alan sınırlama sebepleridir. Kanun koyucu bu sınırlama sebeplerinden ayrı şekilde sınırlama amacı belirleyemez. Hukuk normunda belirtilen sebeplere dayanarak temel hak ve özgürlü sınırlamak, kanun koyucuya tanınmış bir ödev değil, bir yetkidir. Yani kanun koyucu sınırlama yaparken, ileri sürebileceği sebeplerden dilediğini seçmekte serbestisine haizdir<sup>374</sup>.

Sınırlamanın amacı ise sınırlamayla ulaşılmak istenen neticedir<sup>375</sup>. Yukarıda da bahsedildiği gibi Anayasanın, 26. maddesinde düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise de sınırlamanın amacının neler olduğu sıralanmıştır. Bu minvalde sınırlama amacı; millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi olabilecektir.

Sınırlandırmadaki amaç, hukuk normunda aranmalıdır. Amacı, tespit etmek önemlidir. Çünkü araç aynı olsa bile amaç değişikçe araç gerekli ve orantılı olmayabilir. Sınırlamadaki amaç, mahiyeti itibariyle subjektiftir. Kanun koyucu, hukuk normunu ihdas ederken, belirli düşüncelerle hareket etmektedir. Amaç subjektif olsa da amacın,

---

<sup>372</sup> Metin, 2002, s.190.

<sup>373</sup> Gözler, s.376.

<sup>374</sup> Sağlam, s.113.

<sup>375</sup> Gözler, s.376.

belirlenebilir, öngörülebilir, kesinlik içermesi gerekir. Hâkim tarafından tespit edilemeyecek, amacın olması durumunda temel hak ve özgürlüklerin, öngörülenden daha geniş şekilde sınırlanması durumu vaki olabilir. Bu nedenle, sınırlamanın amacının meşru ve demokratik toplumda gerekli olması gerekir<sup>376</sup>.

## 1.6 ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ALT İLKELERİ

Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. Elverişlilik, başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, orantılılık ise başvuru önlem ve ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir temel hak ve özgürlükle ilgili yasama ve yürütme organı tarafından sınırlama öngörüldüğünde, ölçülülük ilkesinin tüm alt ilkelerine tabiri caizse testinden geçirilmelidir. Yani, başvuru olacak sınırlamanın, sırasıyla elverişlilik, gereklilik ve en son olarak da orantılılık ilkesine uygun olup olmadığına bakılmalıdır. Öngörülen sınırlamanın elverişli ve gerekli olması onu mutlaka orantılı yapmayacaktır. Hatta çoğu zaman elverişli ve gerekli olan sınırlamaların, orantılılık kriterini sağlayamadığı görülmektedir. O halde ölçülülük ilkesine ters düşmeyecek sınırlamalar, ölçülülük ilkesinin, tüm alt ilkelerini karşılayacak biçimde ve içerikte olması gerekir

### 1.6.1 Elverişlilik İlkesi

Elverişlilik ilkesi, sınırlamada başvuru aracın, sınırlama amacına gerçekleştirmeye elverişli olması yani uygun olmasını ifade eder. Bu açıdan, sınırlamada başvuru aracın, amaca uygunluğu ve elverişliliğine bakılması gerekir. Eğer, kullanılan araç, amaca uygun değilse ya da amaca katkı sağlamıyorsa, söz konusu araç elverişli olmayacaktır. Alınacak tedbirin, istenen amaca tam katkı sağlaması gerekmekte olup amacı tamamıyla gerçekleştirmesini beklenmeyip kısmi elverişlilik de yeterli kabul edilmektedir<sup>377</sup>. Böylelikle aslında kanun koyucuya bir takdir alanı yani bir nevi yanılma payı bırakılmıştır. Görülüyor ki elverişlilik ilkesinin uygulamayı alanı dar tutulmuştur. Geri kalan kısmın ise ölçülülük ilkesinin diğer alt ilkeleri ile sağlanmış

<sup>376</sup> Gözler, s.376-377, AYM Kararı, 2013/1822 bireysel başvuru kararı, prg. 28-34.

<sup>377</sup> Gözler, s.237, Erdem, s.986, Erdol, s.8-9, Metin, s.9-10, Yüzer, s. 4847-4848, Uçar/Yereli, s.580, Hakyemez, s.1319, Metin, 2002, s.26, Sağlam, s.114, Gökpinar, 179.

olacaktır<sup>378</sup>. Bu nedenle idarenin, kullandığı araç, yasanın amacına hizmet etmiyor, amaca aykırı ise ve bu şekilde amaca ulaşmak imkânsız hale gelirse, elverişlilikten bahsedilmesi söz konusu olamayacaktır.

Elverişlilik ilkesinin, ölçülülük ilkesi bağlamında aracın, amaca uygunluğu sorgulanmakta eğer araç ile amaç arasında uygunluk yoksa aracın, amaç bakımından elverişli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu açıdan; kamu otoritesinin, somut hukuk normunun tatbiki sırasında, yalnızca hukuk normunda belirtilen amaca ulaşmak için elverişli olan araçları kullanabilecek, kullanılacak araçların elverişliliğine de objektif standartlara göre belirleyecektir<sup>379</sup>.

Elverişlilik ilkesine göre kamu erki tarafından alınacak tedbirin yardımıyla öngörülen ve istenilen amaca ulaşılabiliriyorsa bu halde alınan tedbirin meşrudur. Kişilere yükümlülük getiren tedbirlerin, kural olarak kamu yararı bulunan somut bir amaç güder. Hukuk devletinde, idarenin kişilerin hak ve özgürlüklerine gereksiz müdahalelerin bulunmaması gerekir. Bu da amaca uygunluk denetimi ile gerçekleştirilir<sup>380</sup>.

Elverişlilik ilkesi, sınırlamada başvuru alan aracın, sınırlama amacına gerçekleştirmeye elverişli olması yani uygun olmasını ifade eder. Temel hak ve özgürlüklerin, sınırlanmasını öngören hukuk normundaki amacın, mutlaka meşru ve hukuk düzeni tarafından korunmuş olması gerekmektedir. Bu kanun koyucunun hukuken meşru olmayan bir amaç uğruna temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını engellemektedir. Bir görüşe temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin amacın Anayasada düzenlenmiş olması gerekir. Anayasadaki sınırlama amaçları ya ilgili temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği hükümlerde kendine yer bulabilir ya da genel sınırlama nedenlerine yer verilen maddelerde<sup>381</sup>.

Elverişlilik ilkesi denetiminde iki sorunla karşılaşılmaktadır. Birincisi, kanun koyucunun birçok olayda kanuni düzenleme yaparken hangi amaçları güttüğüdür. Çünkü kanun koyucunun yasa ihdas ederken ki amacı açıkça belli olmayabilir. Kanun koyucu yasa ihdas ederken birden fazla amacı gerçekleştirmek isteyebilir. Bu güçlükler rağmen hukuk normunun amacının tespit edilmesi gerekir. Hukuk normunun amacı

---

<sup>378</sup> Sağlam, s.114.

<sup>379</sup> Yüzer, s. 4848, Erdem, s.986.

<sup>380</sup> Metin, 2002, s.26.

<sup>381</sup> Hakyemez, s.1320, Metin, 2002, s.27.

tepsi edilemezse amaca elverişli aracın seçilip seçilemediği de çözülemez. Elverişlilik denetimi yukarıda da ifade edildiği gibi ancak meşru bir amaç söz konusu olursa yapılabilir. İkinci sorun ise amaç için elverişli olduğu ifade edilen aracın, nasıl bir elverişlilik kriterine sahip olacağıdır. Bu konuda Alman Anayasa Mahkemesinin geliştirmiş olduğu kıstas, kanun koyucunun güttüğü amaca kısmen de olsa karşılayabilen aracın olması yeterlidir<sup>382</sup>.

Sınırlamanın amacına ulaşılacak için elverişli olacak aracın tespiti varsayıma dayalıdır. Yani bir aracın, amaca ulaşmak için elverişliliğinin tespiti net olarak yapılamamaktadır. Bir aracın elverişlilik varsayımının doğruluğu, istenilen amacı tamamen veya kısmen gerçekleştirip gerçekleştirilemeyeceği denetiminde bulunan kişiler için zorluk teşkil eder. Bu sebeple elverişlilik ilkesi denetiminde hâkimin, varsayımda bulunanların içinde bulunduğu durumu gözden uzak tutmamalı ve bunu hesaba katması gerekir. Varsayım denetiminde hâkimin, varsayımı yaptığı dönem önemlidir. Çünkü sonradan yapılan denetimde fiili durumdan kaynaklı sorunlar olabilir. Bu nedenle Alman Anayasa Mahkemesinin, kanun koyucunun iradesine saygı gösterip çekingen bir tavır sergilemektedir. Bir nevi mahkeme, kendini kanun koyucunun yerine koyarak denetimde bulunmaktadır<sup>383</sup>.

Anayasa Mahkemesinin, elverişlilik ilkesi ile ilgili olarak örnek verilen kararların başında 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununa, 3266 sayılı Kanunla eklenen ek 1.nci maddede ‘ *basılmış eserlerin, Kurul tarafından küçükler için muzır nitelikte olduğuna karar verilenler, bu eserin basım adedinin Katma Değer Vergisi dâhil toplam satış bedeli üzerinden %40 oranında bir meblağı, Kurul kararının tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde Toplu Konut Fonuna aktarılmak üzere Maliyeye yatırma...* ’ zorunluluğu getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, yapılan bu değişikliği Anayasaya aykırı görmemiştir<sup>384</sup>. Kanun koyucunun amacı küçüklere zararlı olabilecek bu yayınların küçükler tarafından alınmasını engellemek istemektedir. Zaten söz konusu yayınlar zarf veya poşet içine konulup sadece 18 yaşından büyüklere satılması mümkündür. Kanun koyucu bu şekilde 18 yaşından küçük olanların maneviyatını koruyucu mahiyette tedbirleri almıştır. Söz konusu yayınların satılabilmesi için ayrıca

---

<sup>382</sup> Metin, 2002, s.27.

<sup>383</sup> Metin, 2002, s.28-29.

<sup>384</sup> AYM, E.1986/12, K.1987/4, 11/02/1987.

satış bedeli üzerinden %40 oranında bir meblağın Maliyeye yatırılması güdülen amaç bakımından elverişli bir araç değildir. Burada kanun koyucunun amacının, devlete gelir kazandırmak değil, küçükleri korumak olması gerekir<sup>385</sup>.

743 sayılı Türk Medeni Kanununu 21. Maddesinde, '*Kocanın ikametgâhı karının ve ana babanın ikametgâhı velâyetleri altındaki çocuğun ve mahkemenin bulunduğu yer vesayet altındaki kimsenin ikametgâhı addolunur*' düzenlemesi mevcut bulunmaktaydı. Bu düzenlemenin, Anayasa'nın 10., 13. ve 23. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi ise iptal başvurusunun reddine karar vermiştir. Mahkeme itiraza konu kanun hükmü ile eşin, ikametgâhını seçme özgürlüğünün, aile birliğinin sağlanmasındaki kamu yararı nedeniyle sınırlandırıldığını ifade etmiştir. Bu sınırlamanın, Anayasa'da yer alan aileyi korumaya ilişkin kurallara uygun olduğu gibi, demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırılık oluşturmamaktadır. Sınırlama, amaca ulaşmaya elverişli, uygun ve evlilik birliği içinde kimi koşulların gerçekleşmesi durumunda taraflara ayrı ikametgâh seçme ve oraya yerleşme özgürlüğü tanıyan kuralların da varlığı nedeniyle ölçülü olduğunu ve Anayasa aykırı olmadığını ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin yapmış olduğu değerlendirmenin, aile birliğini korumak adına alınan bu düzenlemenin, elverişlilik ilkesine uygun olarak denetimde bulunduğu görülmektedir.

AİHM'sinde ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri yoktur ve başarılı ile uygulanmaktadır. Çünkü ilkeyi alt unsurlara ayırarak inceleme yapmanın bazen sınırlandırmanın hangi unsuru ilgilendirdiğini tespiti güçlük taşıdığından, ilkenin alt unsurlarıyla değil genel olarak uygulanmasının isabetli olacağı ileri sürülmüştür<sup>386</sup>. AİHM, ölçülülük ilkesini, özellikle AİHS'nin, 8. ve 11. maddelerinin, ikinci fıkralarına dayanarak içtihatlarında kabul etmiştir. Ölçülülük ilkesi bir yandan insan haklarının olumlu güvence altına alınması gereğiyle diğer yandan ise belli sınırlama sebeplerince çizilen koruma alanının belirlenmesinde uygulanır<sup>387</sup>.

AİHM'nin, elverişlilik ilkesi çerçevesinde yapması gereken denetim, şikâyet edilen devletin takdir alanını kullanırken; haklı, iyi niyetli ve titizlikle karar verip vermediğini tespit etmekle sınırlıdır. Mahkemenin bu aşamada görevi, somut başvuruya konu olayı

<sup>385</sup> Gözler, s.371, Metin, 2002, s.223-224.

<sup>386</sup> Hakyemez, s.1317, Oğurlu, 2002, s.164.

<sup>387</sup> Rumpf, s.30.

göz önünde bulundurarak, ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı ve uygun ve yeterli bir diğer ifadeyle elverişli olup olmadığında bakmaktır<sup>388</sup>.

AİHM sisteminde biraz önce bahsedildiği gibi ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri bölünerek bir denetim mekanizmasından söz edilmesi mümkün değildir. Klasik ölçülülük ilkesi denetiminde, ölçülülük ilkesinin unsurları olan alt ilkelerine teker teker incelenerek somut olaydaki kişi hakkında uygulanan veya uygulanacak tedbirlerin bu ilkelerini karşılayıp karşılayamadığı incelenecektir. AİHM kararlarında, bu şekilde inceleme görmek mümkün değildir. Bu nedenle ölçülülük ilkesinin yararlanıldığı kararlara bakılarak, ölçülülük ilkesinin hangi alt ilke veya ilkelerine aykırılığın bulunması gerekir.

AİHM'nin, Özçelebi/Türkiye kararı elverişlilik ilkesine iyi bir örnektir. Anılan bireysel başvuruda<sup>389</sup>, başvuru, 24 Kasım 1997 tarihinde bir gemide gerçekleştirdiği denetim ziyareti sırasında, duvarda yer alan Atatürk portreleriyle alay ederek, bir astsubaya '*Daha büyük kellesini assaydın bari*' dediği gerekçesiyle hakkında soruşturma yürütülmüştür. Netice olarak başvurana 7.300 TL adli para cezası verilmiş ve cezasının infazı ertelenmiştir. Mahkeme değerlendirmesinde, başvurana para cezası mahkûmiyeti kararı verilerek AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenen, ifade özgürlüğünün sınırlanmasının, hükmedilen cezaların niteliği ve ağırlığı da müdahalenin orantılı olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme söz konusu olduğunda, dikkate alınması gereken unsurlardandır. Eğer kişinin ifade özgürlüğüne müdahale söz konusu olacaksa bu müdahalelerin, özgürlüğün kullanılması açısından caydırıcı bir etki oluşturmaması gerekir. Mahkeme para cezasını yumuşak yaptırım olarak görse bile özgürlüğün kullanılması açısından caydırıcı etkiyi ortadan kaldırma yönünden yeterli olamayacağını ifade etmiştir<sup>390</sup>. Mahkeme, başvuranın hakaret gerekçesiyle mahkûm edilmesinin "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığı belirterek AİHS'nin 10. maddesi ihlal edildiği hükmetmiştir. Mahkemenin, değerlendirilmesi incelendiğinde, AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün sınırlandırılması gündeme geldiğinde, bunun demokratik toplum düzeninde gerekli ve ölçülü olabilmesi için hapis cezası veya adli para cezası şeklindeki sınırlama araçlarının, amacı gerçekleştirmek adına elverişli

<sup>388</sup> Oğurlu, 2002, s.168.

<sup>389</sup> Başvuru no:34823/05. Kaynak: <https://hudoc.echr.coe.int/tur>

<sup>390</sup> Bkz: prg.44.

olmadığıdır. Eğer amaç kişilerin şöhretini veya kişilik haklarını korumak ise uygulanacak olan tedbirin, erişilmek istenen amacı koruması gerekir. Bir kişiye hapis veya adli para cezası hükmedilmesi tek başına kişinin şöhretini veya kişilik haklarını korumada yeterli olmaz. Bu sadece tedbir uygulanan kişi hakkında bir baskı oluşturur.

Bir başka kararda AİHM, ifade özgürlüğünde konu bireysel başvuruda<sup>391</sup>, siyasi parti genel başkanı olan başvurucunun 25 Şubat 1994 tarihinde Bingöl’de, yerel seçim kampanyası sırasında halka açık bir toplantı sırasında konuşma yapmıştır<sup>392</sup>. Bunun neticesinde başvurucuya bir yıl hapis ve 220,000 Türk Lirası para cezasına mahkûm edilmiştir. AİHM, başvurana 220.000 TL. para ve bir yıl hapis cezasına çarptırılmasının yanı sıra, birçok medeni ve siyasi haklarının kısıtlanmasına maruz kalmasını, tanınmış bir siyasetçi için ağır müeyyideler olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu kararında kişi hakkında uygulanan güvenlik tedbirlerinin, kişinin siyasi haklarının kullanamamasına neden olduğunu, böylesi bir durumun kişinin siyasi haklarını kullanmada çekinmesine sebebiyet vereceği ifade etmiştir. Burada görüldüğü üzere bir siyasetçi hakkında sürdürülen cezai soruşturma demokratik bir toplumun menfaati ve siyasi mücadele özgürlüğü göz önünde bulundurulduğunda öngörülen meşru amaçlarla orantılı bulmadığını belirterek AİHS’nin 10. maddesi ihlal edildiğini hükmetmiştir.

Elverişlilik ilkesinin, ölçülülük ilkesi denetimi içerisindeki yerinin diğer ilkelere daha dar kapsamlı olduğu görülmektedir. Somut hukuk normunun, elverişlilik ilkesi açısından Anayasaya aykırılığı ileri sürmek çoğu zaman mümkün olmaz. Hukuk normlarının özellikle de kanunların, kazuistik olmayışları genel ve soyut olmalarından dolayı amacının tespitinde zorluklar çıkarmaktadır. Elverişlilik ilkesinin önemli bir fonksiyonu kanun koyucu ve idareye keyfi müdahalelere izin vermemesinde kendisini göstermektedir. Eğer bir amaca ulaşılmak isteniyorsa o amaca hizmet eden bir aracın seçilmesi elzendir. Elverişlilik ilkesinde kısmen de olsa amaca elverişli bir araç tercih edilmesi kanun koyucu ve idareye takdir alanı yaratmaktadır. Kanun koyucu ve idarenin her zaman elverişlilik denetiminin varlığından haberdar olup titizlikle elverişli aracı tercih etmesi gerekir. Son olarak elverişlilik, ölçülülük ilkesi denetiminin en önce uygulanan ilkesidir.

---

<sup>391</sup> Başvuru no:59405/00. Kaynak: <https://hudoc.echr.coe.int/tur>

<sup>392</sup> Konuşmanın içeriği uzun olduğu için aynen aktarılmamıştır.

## 1.6.2 Gereklilik İlkesi

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin yapılacak sınırlamada amaca ulaşılmak isterken kullanılan araç elverişli olabilir; söz konusu aracın elverişli olması yeterli değildir. Hukuk normunda belirtilen amaca ulaşmak için kullanılacak aracın, en yumuşak olanını yani temel hak ve hürriyete en az sınırlayan, aracın seçilmesi gerekmektedir. Böylece amaca ulaşmak için birden çok elverişli araç mevcut ise bunların arasından kişiye veya kamuya en az zarar verecek veya en az külfet yükleyecek aracın kullanılması gerekir. Dolayısıyla daha az kısıtlamaya yer veren araç seçilmiş aynı veya daha iyi sonuç elde edilecekse araç gereklidir. Alman Anayasa Mahkemesine göre bu seçim amaca ulaşmak için aynı derece netice veren araçlar arasından seçilmelidir. Aksi takdirde söz konusu sınırlama Anayasaya aykırı olur.<sup>393</sup>

Gereklilik ilkesi, ulaşılmak istenen amaca gerçekleştirme açısından birbirine aynı veya yakın derecede elverişli olan araçlardan en yumuşak olanını yani daha az sınırlama öngören aracın seçilmesini sağlamaktadır. Böylece, amaca ulaşmak adına hem elverişlilik ilkesi yerine getirilmiş olacak hem de en yumuşak ve en az sınırlama öngören aracın seçilmesiyle, amaca ulaşma için daha az maliyet ortaya çıkmış olacaktır.<sup>394</sup>

Alman Anayasa Mahkemesi gereklilik ilkesini şu şekilde tanımlamıştır; “Aynı derecede etkili, ancak temel hakkı hiç veya hissedilir şekilde daha az sınırlayan başka bir aracın seçilme imkânı yoksa araç gereklidir”<sup>395</sup>. Gereklilik ilkesi, amaca ulaşmak için kullanılacak elverişli tedbirlerden en yumuşak olanının tercih edilmesini mecbur bırakmaktadır. Ancak bu durumda tercih edilen araç veya tedbir amaca ulaşmada yetersiz kaldığı anlaşılırsa, tercih edilmesi gereken yeni tedbirin ise öncekine nazaran bir derece ağır tedbirler arasından seçilmesi uygun olacaktır<sup>396</sup>. Bu durum Alman Anayasa Mahkemesinin bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “olası bir tehlikeyi bertaraf etmek maksadıyla kanun koyucunun daha yumuşak önleme araçlarına

<sup>393</sup> Gözler, s.238, Erdem, s.987, Erdol, s.10, Metin, s.11, Yüzer, s.4848, Uçar/Yereli, s.580-581, Engin Saygın, Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz, Ankara Barosu Dergisi, Y.2017 S.2, s.68, Sağlam, 115, Gökpınar, s.182, Hakyemez, s.1322.

<sup>394</sup> Metin, s.11.

<sup>395</sup> Akt. Erdem, s.987.

<sup>396</sup> Uçar/Yereli, s.581.

başvurmaksızın genel yasaklama yoluna gitmesi ölçülülük ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir<sup>397</sup>.

Gereklilik denetimi ilkesi denetimi yapılırken ilk önce sınırlamanın amacının tespit edilmesi gerekir. Daha sonra ise temel hak ve özgürlükleri sınırlayacak amacı gerçekleştirmek için getirilen önlemin gerekli olup olmadığına bakılacaktır<sup>398</sup>.

Gereklilik ilkesinin özünü, elverişli birçok araç arasından en hafifinin seçilmesidir. Alman Anayasa Mahkemesi, sınırlamada başvuru aracının gerekli olup olmadığını, yumuşak araç nitelendirmektedir. Dolayısıyla başvurulacak tedbirin, mutlak suretle amaca erişmek için gerekli olup olmadığına değil amaca ulaşmak için zorunlu olup olmadığına denetimi yapılır<sup>399</sup>.

Gereklilik ilkesi açısından daha az sınırlamayı öngören aracın tercih edilebilir araç olması için amaca ulaşmak bakımından aynı etkiyi sağlaması gerekir. Kanun koyucu tarafından seçilen aracın karşısında yer alan yumuşak araç, kanun koyucu tarafından seçilen araca göre amaca erişmek için daha az elverişli ise alternatif olan araç gereklilik denetiminde dikkate alınmaz. Burada söylenmesi gereken bir başka şey ise alternatif araçların maliyetinin yüksek olması halinde ne yapılacağıdır. Alternatif araçların seçilmesi ile kamu maliyetinin artması hali gereklilik denetiminde sınırlı bir etkiye sahiptir<sup>400</sup>.

Anayasa Mahkemesinin, gereklilik ilkesinin tanımını verdiği ve kamuoyunda imam nikâhı kararı olarak bilinen kararında, ölçülülük ilkesi uyarınca sınırlama amacını gerçekleştirebilecek daha hafif bir sınırlama aracı bulunmaktayken daha ağır bir sınırlama aracının seçilmesi mümkün değildir. İtiraza konu kanun hükmü ile özel hayatın korunması hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne daha hafif bir sınırlama aracıyla müdahalede bulunularak, sınırlama amacı olan aile düzenini korumak mümkünken bundan daha ağır bir müdahale aracı kullanılması, ölçülülük ilkesine uygun düşmez. Mahkeme, kanun koyucunun zaten resmi evlilik dışındaki ikinci evliliğin hukuk düzeninde bir yaptırıma bağladığını yani bu evliliği yok saydığını bir de bunun üstüne hukuki müeyyide aracından daha ağır bir müeyyide öngören suç ve ceza aracına

---

<sup>397</sup> Akt. Uçar/Yereli, s.581.

<sup>398</sup> Hakyemez, s.1322.

<sup>399</sup> Metin, s.12.

<sup>400</sup> Metin, 2002, s.34.

başvurulmasını gerekli bulmamıştır<sup>401</sup>. TCK'nın, 230. maddesinin 5 ve 6 numaralı fıkralarını, Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında resmi nikâhı olan bireyin, bu nikâhı devam ederken halk arasında imam nikâhı olarak tabir edilen başka bir evliliğin mevcudiyetinin, ceza normları dışında başka hukuk normları ile yok sayıldığından bundan başka suretle yani ceza normları ile ikinci evliliğin yasaklanmasını gereklilik ilkesine aykırı olacağına ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesine göre ikinci evlilik zaten hukuki düzen tarafından korunmamakla kişiler hakkında bir yaptırım belirlenmiştir. Bir de bunun üzerine ikinci bir ceza yaptırımının belirlenmesi gereksizdir. Çünkü ceza normları dışındaki hukuk normları ile kanun koyucunun ulaşmak istediği amaç olan aile düzeninin korunmasına sağlanmıştır. Anayasa Mahkemesinin bu kararı eleştirilmiştir. Mahkemenin yapmış olduğu değerlendirmenin hatalı olduğu buna göre iptal edilen kanun hükmünün amacının, iptal kararının gerekçesinde yer verildiği gibi aile düzenini korumak olmadığı, Anayasanın 174. maddesinde düzenlenen inkılâp kanunlarını korumak olduğu söylenmiştir. Hatta iptal edilen kanun hükmünün, inkılâp kanunlarını korumak için resmi nikâhı olmadan ikinci evliliğin müeyyideye bağlanması ölçülü bir tedbirdir<sup>402</sup>.

AİHS'nin, kendisinde ölçülülük ilkesinin tanınan unsurları bile açıkça yazılıdır; demokratik bir toplumun gerekleri sınırlamanın sınırlanması olarak ölçülülük ilkesinin ilk adımı olan gereklilik unsuru ifade etmektedir<sup>403</sup>. AİHM, sınırlandırmanın demokratik bir toplumda gerekli olduğu kadar zorlayıcı toplumsal ihtiyacının ürünü olup olmadığını göz önünde bulundurarak, sınırlandırmanın sözleşmede belirtilen meşru amaçlarla orantılı olup olmadığını denetlemektedir<sup>404</sup>.

AİHM, gereklilik kavramını, zorlayıcı toplumsal ihtiyaç ve özellikle ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı olması ve demokratik toplumda gerekli olma alt kavramlarını kullanarak açıklamaktadır. Bu açıdan, temel hak ve özgürlükleri sınırlamada kullanılacak araç yerine aynı etkide ancak daha az sınırlama içermeyen bir araç bulunmuyorsa başvuru sınırlama aracı gerekli değildir. Hak ve özgürlükleri

---

<sup>401</sup> AYM, E.2014/36, K.2015/51, 27/05/2015.

<sup>402</sup> Gözler, s.378.

<sup>403</sup> Rumpf, s.30.

<sup>404</sup> Oğurlu, 2002, s.164-165.

sınırlamada kullanılacak iki araç bulunuyorsa bunlardan daha az sınırlama içerenin, seçilmesi gerekir<sup>405</sup>.

AİHM göre gereklilik ilkesi denetimi yapılırken sınırlamanın amacının ortaya konulması gerekir. Bunun ardından temel hak ve özgürlükleri, amaca uygun sınırlama için getirilen tedbirin gerekli olup olmadığına bakılmalıdır. Mahkeme, sözleşmede öngörülen sınırlama nedenlerine bağlı olarak sınırlama yapmak zorundadır. AİHM, yapmış olduğu denetimde taraf devletin yapmış olduğu sınırlamanın, zorlayıcı toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığını bakmaktadır. Demokratik toplumlarda sınırlamanın istisna olabilmesi için bunun ancak zorunlu durumlarda mümkün olabilmektedir<sup>406</sup>.

AİHM'ne yapılan ve aleyhinde bireysel başvuruda bulunulan taraf devletin, sınırlandırmasının gerekli olup olmadığı ispatlanması gerekir. Aksi halde mahkemenin tavrı, sınırlamanın gerekli olmadığı yönündedir. Bu açıdan taraf devlet, mahkemeyi sözleşmede belirtilen sınırlama nedenlerine uygun sınırlama yaptığına ikna etmelidir. Mahkeme, sınırlamanın zorunlu olduğuna karar verebilmesi için sınırlandırma nedenlerinin inandırıcı olduğuna ikna edilmesi gerekir<sup>407</sup>.

AİHM, bireysel başvuruya<sup>408</sup> konu olayda, başvuran, Vakıflar Genel Müdürlüğüne hitaben bir mektup ile bir rapora sonuçlarına itiraz etmiştir. Başvuran bilhassa, söz konusu raporun öznel bir şekilde ifade edildiğini ve hukuki hatalar içerdiğini iddia etmiştir. Yapılan yargılama neticesinde başvuran 406 TL adli para cezası ile cezalandırılmıştır.

Mahkeme değerlendirmesinde, müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığının ve müdahaleyi haklı göstermek için ulusal mahkemeler tarafından ileri sürülen gerekçelerin bu doğrultuda uygun ve yeterli olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Mahkeme, olgular ile değer yargısı arasında bir ayrıma gidilmesi gerektiğini ve maddi olgular ispatlanabilse bile, değer yargılarının doğruluğunu ispatlamanın mümkün olmadığını belirtmektedir. Bununla birlikte, değer yargısının söz konusu olması durumunda, müdahalenin orantılılığı ihtilaf konusu sözlerin dayandığı

<sup>405</sup> Oğurlu, 2002, s.165.

<sup>406</sup> Hakyemez, 1322-1323.

<sup>407</sup> Oğurlu, 2002, s.165-166.

<sup>408</sup> Başvuru no:30905/09. Kaynak: <https://hudoc.echr.coe.int/tur>

yeterli olgusal temelin varlığına bağlıdır: Olgusal temelin bulunmaması halinde, değer yargısı aşırı olarak değerlendirilebilir. Bir olgunun isnat edilmesi ile değer yargısı arasında bir ayrıma gidilmesi için davanın koşullarını ve sözlerin genel vurgusunu göz önünde bulundurmak gerekir. Mahkeme, ifade özgürlüğü hakkının kullanımında müdahalenin orantılılığını değerlendirmek için aleniliğin bulunmamasını dikkate almanın önemini işaret etmektedir. Mahkeme, başvuruya verilen cezanın en hafif ceza olması halinde bile yine de ceza alanında bir ceza teşkil ettiğini ve her hâlükârda, bu durumun tek başına, başvuranın ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahaleyi haklı göstermek için yeterli olmayacağını hatırlatmaktadır. Böylelikle, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin bu özgürlüğün kullanılması konusunda caydırıcı bir etki yaratabileceğini ve bu durumun, para cezasının nispeten hafif niteliğinin ortadan kalkmasına yeterli olmayacağı bir risk oluşturduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, yukarıda belirtilenler ışığında, başvuran hakkında verilen mahkûmiyet kararının, ifade özgürlüğü hakkına yönelik orantısız bir müdahale teşkil ettiği ve söz konusu müdahalenin, AİHS'nin 10. maddesi anlamında demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kanısına vararak AİHS'nin 10. maddesi ihlal edildiğine hükmetmiştir.

AİHM, yakın zamanda vermiş olduğu bir kararında gereklilik ilkesinin uygulanması ile ilgili bir karar vermiştir. Bu kararda, mahkeme 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu çerçevesinde mahkûmiyet kararları ile ilgili değerlendirme yapmıştır. Mahkeme, 3713 sayılı Kanunun 7. maddesinin ikinci fıkrasına dayanılarak açılan ceza yargılamalarına müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği ile ilgili ilkeler başlığını yer verdiği kararında<sup>409</sup>;

Mahkeme, 3713 Sayılı Kanunun 7. maddesinin 2. fıkrasına dayanılarak açılan ceza yargılamalarına ilişkin davalarda, ihtilaf konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varırken genel olarak iki tür inceleme yapmıştır.

Mahkeme, ilgili kişilerin cezaya mahkûm edilmesinin dayanağını oluşturan ihtilaf konusu yazılar ile beyanları ve aynı zamanda başvuranlar aleyhinde iddia edilen diğer eylemleri kendisi de incelemiştir. Mahkeme, bu davalarda, söz konusu yazılar, beyanlar ve eylemlerin, bir bütün olarak ele alındığında, bazen düşmanca olsalar bile ve devlet

---

<sup>409</sup> Başvuru no:69270/12. Kaynak: <https://hudoc.echr.coe.int/tur>

yetkililerine yönelik sert eleştiri veya belirli yasa dışı örgütlerin, liderlerinin veya üyelerinin lehinde olduğu düşünülebilecek olan görüşler içerseler bile, bunların, şiddet kullanımı, silahlı direniş veya ayaklanma çağrısı içerdiği veya nefret söylemi teşkil ettiği şeklinde değerlendirilemeyeceği ve kendi nazarında dikkate alınması gereken önemli unsurlar olduklarını belirtmekle birlikte, bunların belirli kişilere yönelik derin ve mantık dışı bir nefret aşılıyarak şiddeti teşvik edemeyecekleri sonucuna varmıştır.

Buna karşın, Mahkeme, 3713 Sayılı Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrasına dayanılarak açılan ceza yargılamalarına ilişkin olarak, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna vardığı bazı diğer davalarda, başvuranların ulusal mahkemeler tarafından cezaya mahkûm edilmesine sebep olan ihtilaf konusu yazı, beyan veya eylemleri, kendisi incelememiş olup, daha çok, ulusal mahkemelerin kararlarında ilgililerin mahkûm edilmesine dayanak gösterdikleri gerekçeler hakkında usul yönünden bir incelemede bulunmuştur. Mahkeme, bu inceleme yöntemine, özellikle ihtilaf konusu yazı, beyan veya eylemlerin şiddet kullanımına, silahlı direnişe ya da ayaklanmaya çağrı içerdikleri veyahut da nefret söylemi teşkil ettikleri şeklinde değerlendirilemeyeceğinin kesin ve net olmadığı durumlarda başvurmuştur ve bu konu, Sözleşme'nin 10. maddesi açısından şiddeti, nefreti veya hoşgörüsüzlüğü beslediği ya da haklı gösterdiği ileri sürülen sözlü veya yazılı ifadelerle ilgili içtihatlarında oluşturulan ilkelere uygun olarak özellikle söz konusu yazı, beyan veya eylemlerin içeriğine, dâhil oldukları bağlama, zarar verme ihtimaline ve davanın koşullarına ilişkin bir inceleme yapılmasını gerektirmiştir.

Mahkeme ayrıca, bu ikinci dava grubunda, ulusal makamların, başvuranların cezaya mahkûm edilmesini haklı göstermek için tatmin edici bir gerekçelendirme yapmadıkları ya da ilgili ve yeterli sebepler sunmadıkları ve özellikle ihtilaf konusu yazı, beyan veya eylemlerin, içerikleri, yazıldıkları bağlam ve zarar verme ihtimalleri bakımından, şiddet kullanımına, silahlı direnişe veya ayaklanmaya çağrı olarak ya da nefret söylemi teşkil ettikleri şeklinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hakkında yeterli açıklamalarda bulunmadıkları; ulusal makamların, ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda Mahkeme tarafından bildirilen ve uygulanan bütün kriterler bakımından, uygun bir incelemede bulunmadıkları veya başvuranın ifade özgürlüğü hakkı ile izlenen meşru amaçlar arasında adil ve içtihatlarıyla belirlenen kriterlere uygun bir denge gözetmedikleri kanaatine varmıştır.

Mahkeme, ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlama söz konusu olduğunda gereklilik denetimini iki farklı şekilde yaptığı görülmektedir. Mahkeme açısından, başvuru kişinin kullandığı ifadelerin veya yazmış olduğu yazıların içerikleri önem taşımaktadır. Eğer başvuru kişinin eylemi olarak ifade edilen söz, yazı ve açıklamalar şiddet içeren, şiddeti teşvik eder nitelikte bulunması halinde mahkeme, gereklilik denetimini başvuru kişinin eylemine bakarak değerlendirme yapar. Başvuru kişinin, eylemi şiddeti tetikleyecek mahiyette ise mahkeme, bunların sınırlanıp sınırlanmayacağını sadece bu eylemleri değerlendirerek yapar. Ancak, bireysel başvuruda bulunan başvuru kişinin eylemleri şiddet içermeyecek mahiyette ise burada mahkeme ilgilendiği husus; taraf devletin sınırlandırmaya dayanak gerekçeleridir. Mahkeme gerekçeler hakkında usul yönünden bir incelemede bulunmaktadır. Bu gerekçelerin, gereklilik ilkesi denetimi açısından testten geçebilmesi için zorlayıcı toplumsal ihtiyacı karşılaması ve öngörülen meşru amaçla orantılı olup olmadığına bakılır. Mahkeme taraf devletin, sınırlandırmasını gereklilik ilkesi açısından gerekli olmadığına kanaat edinemezse ihlal kararını hükmeder.

Gereklilik ilkesi denetiminin, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamada kullanılacak araçlar arasında bir kıyas ve tartım yapılmaktadır. Kanun koyucu, sınırlama nedeni öngörmesi halinde, idare de kişiye sınırlama tedbiri uygulaması halinde kişi hakkında en az sınırlama öngören ve en az külfet yükleyen aracı seçmeleri gerekir. Gereklilik ilkesini, ölçülülük denetiminin ikinci aşamasıdır. Bu aşamaya gelene kadar sınırlama için tercih edilen aracın elverişli olması gerekir. Elverişlilik ilkesine uygun olmayan aracın, gerekli olmasından bahsedilmesi mümkün değildir. Gereklilik denetimi aynı zamanda zorunluluk denetimidir. Demokratik toplum düzeninde, sınırlamanın istisna olması için sınırlama nedenlerine bağlı kalınarak zorunlu hallerde mümkün olması gerekir. Gereklilik ilkesi AİHM uygulamasında, zorlayıcı toplumsal ihtiyaç baskısının olup olmadığının tespitinde aranmaktadır. Buna göre mahkeme açısından, zorlayıcı toplumsal ihtiyacın oluşması halinde kişi hakkında taraf devlet tarafından uygulanacak tedbir gereklidir.

### **1.6.3 Orantılılık İlkesi**

Orantılılık ilkesi veya dar anlamda ölçülülük ilkesine gereğince, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırma ulaşılmak istenen amaç ile sınırlandırmada

kullanılacak araç arasında makul bir denge bulunmalıdır. Yani amaç ile araç arasında orantının bulunması gerekir, ölçsüz bir oran olduğunda orantılılık ilkesi yerine getirilmemiş olacaktır<sup>410</sup>. Orantılılık ilkesi, sınırlandırmada kullanılacak tedbir veya aracın kişiye uygulanmasıyla yani kişiye külfet yüklemesiyle elde edilecek menfaat ile toplumun geri kalanının kişiye uygulanan tedbirle elde edilen fayda arasında makul bir dengenin sağlanmasını gerekli kılar. Gereklilik ilkesinde, kıyasa konu edilen elverişli olan araçlar iken orantılılık ilkesinde ise amaç ile araçtır. Bu ilkeyle amaç ile araç arasındaki ilişki değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. İlkenin işlevi gereği sınırlama aracı ile hedeflenen amaç arasında orantısızlığın söz konusu olmaması gerekir. Bir diğer anlamıyla sınırlama aracının, ulaşılmak istenen amaç ile arasında makul bir ilişki içinde olma zorunluluğu var olmalıdır<sup>411</sup>.

Orantılılık ilkesine göre amacı gerçekleştirmek için sınırlamada kullanılacak tedbir veya araçla kişiye yüklenecek yükümlülük tahammül edilemez seviyede olmaması gerekir. Kişiye tatbik edilecek tedbir ile kişide yarattığı kişisel kaybın, toplumun elde edeceği menfaat arasında dengenin kurulması sağlanmalıdır<sup>412</sup>. Alman Anayasa Mahkemesi, orantılılık ilkesini, bireylere, ölçsüz yükümlülükler getirmeme ve katlanılamaz olmama şeklinde açıklamaktadır. Elverişli ve gerekli tedbir neticesinde ortaya çıkan dezavantajlar ile orantısız bir oran içinde bulunup bulunmadığını, yani müdahalenin ağırlığı ile ortaya çıkan netice arasında orantısızlık bulunup bulunmadığı ve bu sebeple müdahaleden imtina edilip edilmediği durumları denetim aşamasında incelenmelidir<sup>413</sup>.

Gereklilik ilkesinde sabit bir amaç bulunmakta ve bu amaca ulaşılmak için bir veya birden çok araç arasındaki ilişki söz konusu iken orantılılıkta ise iki değişkenin yani amaç ile araç arasındaki ilişki söz konusudur. Bu durumda aslında ilkenin nispi bir ölçüt sağladığı görülmektedir. Alman Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle amaç ve araç birbirine karşı ölçsüz bir oran içinde olmaması gerekir<sup>414</sup>.

Bir düşünceye göre araçla amacın ölçülü bir oran içinde olması aranmamakta sadece başvuru tedbirin ölçsüz olmaması beklenmektedir. Bu durumun ilkenin uygulama

---

<sup>410</sup> Gözler, s.239, Erdem, s.988, Metin, s.12-13, Yüzer, s.4849, Saygın, s.68-69, Sağlam, s.116, Metin, 2002, s.36, Gökpınar, s.184-185.

<sup>411</sup> Uçar/Yereli, s.582, Hakyemez, s.1324.

<sup>412</sup> Uçar/Yereli, s.582, Gözübüyük/Gölcüklü, s.156.

<sup>413</sup> Metin, s.13, Sağlam, s.116.

<sup>414</sup> Sağlam, s.116.

alanını daralttığı ifade edilmektedir. Alman Anayasa Mahkemesini yaklaşımı ise demokratik bir toplum düzeni içinde kanun koyucu yetki alanı ile kendi denetim yetkisi arasındaki sınırı aşmamak endişe ile açıklamak gerektiğini ifade etmiştir<sup>415</sup>.

Oranlılık ilkesi ile keyfi davranmama ilkesi arasında bir ilişkiden söz edilebilir. Eğer, makul ölçünün dışına çıkılarak yani amaç ile araç arasındaki denge söz konusu olmadığında keyfiliğe kaçılmış olacak ki bu da ölçülülük ilkesinin amacına aykırıdır<sup>416</sup>.

Orantılılık ilkesinden önce yapılan elverişlilik ve gereklilik denetimlerinde daha ziyade sınırlama kullanılan aracın özelliklerine odaklanılır. Sınırlama araçlarının elverişli ve yumuşak olup olmadığı bir değerlendirmeye tabi tutulur. Buna karşın orantılılık denetiminde daha çok sınırlama için seçilen amacın temel hak ve özgürlüklere getirdiği sınırlamanın etkisi ile ulaşılmak istenen amacın anayasal açıdan taşıdığı önem arasındaki ilişkiye bakılır. Orantılılık denetimi, bir nevi tartım sorunudur. Bireysel yarar ile kamusal yarar arasındaki tartımın asıl hedefi pratik uyuşumun sağlanmasıdır. Pratik uyuşum, çatışan iki hukukî değerden her ikisine de en uygun bir etki sağlayacak bir çözümün bulunması anlamına gelmektedir. Amaç ile araç arasında makul dengenin bulunması, bu ilişkinin optimal olduğu anlamına gelmemektedir<sup>417</sup>.

Bir araç elverişli ve gerekli olabilir, ancak bu aracın amaca ulaşmak için orantılı olmadığı yani aracın uygulanması ile ortaya çıkabilecek dezavantajların, elde edilmesi beklenen fayda ile arasında makul bir denge bulunmaması halinde sınırlama aracının kullanılmasından vazgeçilip vazgeçilemeyeceği orantılılık ilkesi denetiminde yapılamaktadır. Oranlılık ilkesi, bir tarafta kamusal yararın elde edilmesi için bir yasama ve yürütme tedbiri, diğer tarafta ise sınırlama için kullanılan tedbirle bireyin hak ve özgürlüklerine yapılan müdahale sonucu elde edilen hukuki durum arasındaki yani çatışan menfaatler arasındaki yapılacak tartım ile ilgilidir<sup>418</sup>.

İç hukukumuzda ölçülülük ilkesinin uygulanmasını Yargıtay kararlarında rastlanılmaktadır. Yargıtay kararları incelendiğinde, ölçülülük ilkesinin, suç ile ceza arasındaki orantıda ve ifade özgürlüğünü sınırlayan suçlarla ilgili mahkûmiyetlerin

---

<sup>415</sup> Sağlam, s.116.

<sup>416</sup> Hakyemez, s.1325.

<sup>417</sup> Sağlam, s.116, Metin, s.14.

<sup>418</sup> Metin, 2002, s.37.

demokratik toplum düzeninde gerekli olup olmadığına<sup>419</sup> ve koruma tedbirlerinin uygulanması halinde bu tedbirlerin orantılı olup olmadığına ilişkin denetimde kullanıldığı görülmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, arama, koruma tedbirinin hukuka uygun olup olmadığını değerlendirdiği kararlarında<sup>420</sup>; arama tedbirine başvurulabilmesi için üç ön şartın birlikte bulunması gerektiğini bunlardan birinin ölçülülük olduğunu (diğerleri, gecikmede sakınca ya da tehlike bulunması ve görünüşte haklılık) ifade etmiştir. Ölçülülük ilkesinin temel amaç ve işlevi, arama tedbirine muhatap olacak kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almak için kullanılacak kamu gücünü, hak ve özgürlükler lehine sınırlandırmak, müdahalelerde aşırılığa gidilmesini ve buna bağlı olarak doğabilecek mağduriyetleri önleyebilmektir. Dar anlamda ölçülülük de denilen orantılılık ise; tedbirin ilgililere “ölçsüz bir yükümlülük” getirmemesini ve “katlanılamaz” nitelikte olmaması gerektiğini ifade etmektedir. YCGK, delil elde edilmesi için kişinin özel yaşam hakkı ve mülkiyet hakkı sınırlayarak, arama tedbiri icra edilirken muhakkak ölçülü olunması gerekir. Arama yapılırken ilgililerin sızlanmasına neden olunmaması gerekir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, taksirle ölüme neden olma suçu nedeniyle sanık hakkında TCK m.61/1’de belirtilen nedenler dikkate alınarak alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesiyle ilgili olarak değerlendirme yaptığı kararında<sup>421</sup>; TCK’nın “Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi” başlıklı 3. maddesi uyarınca işlenen fiil ile hükmolunan ceza ve güvenlik tedbirleri arasında “orantı” bulunması, böylelikle suç işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması için suç işleyen kimseye uygulanacak yaptırımın haklı ve ölçülü olması gerektiği de göz önünde bulundurulacaktır. YCGK, kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi adına kişiye verilecek ceza miktarında aşırıya kaçılması durumunda, araç ile amaç arasındaki dengenin kurulamadığını ifade etmektedir. Böylelikle kişiye ölçsüz ceza uygulanması ile kişinin

<sup>419</sup> YCGK, 2007/4-105 Esas, 2007/174 Karar, 17/07/2007.

<sup>420</sup> YCGK, 2016/8-427 Esas, 2019/688 Karar, 03/12/2019, 2016/7-935 Esas, 2019/678 Karar, 28/11/2019, 2017/7-736 Esas, 2019/651 Karar, 07/11/2019, 2016/20-610 Esas, 2019/634 Karar, 05/11/2019, 2016/20-1062 Esas, 2019/441 Karar, 16/05/2019, 2016/20-1431 Esas, 2019/481 Karar, 18/06/2019.

<sup>421</sup> YCGK, 2013/12-795 Esas, 2015/77 Karar, 31/03/2015. Benzer bir diğer karar için bkz. YCGK, 2012/15-116 Esas, 2012/191 Karar, 15/05/2012. Yargıtay, 3.CD. 2011/19247 Esas, 2012/44329 Karar, 18/12/2012. Benzer şekilde bkz. Yargıtay 3.CD’nin, 2015/31153 Esas, 2015/32851 Karar, 17/11/2015, 2015/19360 Esas, 2015/34797 Karar, 03/12/2015, 2017/9278 Esas, 2018/3549 Karar, 01/03/2018, 2019/6246 Esas, 2019/14432 Karar, 03/07/2019.

özgürlük ve güvenlik hakkı keyfi olarak sınırlandırılacaktır, bu da kişinin cezanın neticelerinden bir olan topluma geri kazanılmasını güçlendirecektir.

Yargıtay kararları incelendiğinde, ölçülülük ilkesinin klasik inceleme ve denetim usulü olan alt unsurlara ile denetimin yapılmadığı görülmektedir. Yani Yargıtay sınırlandırma aracının, sırası ile elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığında tek tek bakmamakta sadece başvuru aracın, orantılı olup olmadığını değerlendirmektedir. Aslında bu yüksek mahkeme açısından bir pratiklik. Çünkü bir kanun hükmünde yer verilen, sınırlama aracına başvurulması halinde bu aracın orantısız olmasının ifade edilmesi çoğu zaman o kanun hükmünün anayasa aykırı olduğuna delalet etmez. Ancak, özellikle elverişlilik ilkesine aykırı sınırlama aracının, yapılan denetim neticesinde böyle olduğu tespit edildiğine o kanun hükmü hakkında Anayasa Mahkemesine soyut norm denetimi usulüne başvurulması gerekir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında ölçülülük ilkesinin diğer alt unsurlarında olduğu gibi orantılılık alt ilkesinin de uygulama alanı rastlanılmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarında, ceza ve ceza muhakemesi alanına giren konularda yer almaktadır. Mahkemenin, orantılılık denetimi diğer alt ilkelere uygulama alanı daha geniştir.

Anayasa Mahkemesi, hırsızlık suçunun gece vaktinde işlenmesi halinde kişi hakkında verilecek cezada yarı oranında artırılmasını öngören kanun hükmünü Anayasaya aykırı olup olmadığını incelemiştir<sup>422</sup>. Mahkeme, gece vakti hırsızlık suçunun işlenmesinin olası etkileri nedeniyle suçta caydırıcılığı sağlamak amacıyla düzenlediği dolayısıyla da kamu yararını amaçladığı anlaşılmaktadır. Ayrıca kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır. Bu ilke ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik, getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, orantılılık ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade eder. Öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da ölçülülük ilkesi gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur. Anayasa Mahkemesi, hırsızlık suçunun toplumsal etkisi ve işlenme oranı ile gece vakti işlenmesinin kamusal açıdan ciddi boyutta tehlikeler doğurabileceği dikkate alındığında verilen cezanın hâkime takdir

---

<sup>422</sup> AYM, E.2016/16, K.2016/3, 05/05/2016.

hakkı tanınmaksızın yarı oranında artırılmasının ağır ve orantısız olmadığını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında sınırlama aracı olan cezada artırım yapılmasını, ölçülülük ilkesinin tüm alt unsurları ile incelemiştir.

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında ise Türk Silahlı Kuvvetlerinde subay olarak görev yaparken konutunda bir kadınla birlikte karı koca gibi nikâhsız olarak yaşadığı ileri sürülen sanık hakkında, Askeri Ceza Kanununun, 153. maddesi hükmünün uygulanmasının, Anayasaya aykırı olup olmadığını değerlendirmiştir<sup>423</sup>. Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde öngörülen sınırlama aracı ile kişinin özel yaşam hakkına müdahalede bulunulacağını, ancak kişilerin askerlik mesleğini seçmekle birlikte artık sivillere getirilemeyecek bazı sınırlamaların askerî disiplinin tesisi için kendileri açısından uygulanmasını kabul etmiş olacaklarını ifade etmiştir. Mahkemeye göre, askerî ceza kanunları tarafından aynı veya benzer eylemler askerlik hizmetinin gereği olarak, genel ceza kanunlarına nispeten daha ağır veya daha hafif bir şekilde cezalandırılabilir. Mahkeme, kanun hükmünü anayasaya aykırı bulmamıştır. Çünkü askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından, sınırlamanın bu açıdan da ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olduğunu benimsemiştir. Mahkeme burada orantılılık üzerinde değerlendirme yapmış olsa da burada mahkemenin, gereklilik ve elverişlilik kavramları üzerinde de durulması gerekir.

Anayasa Mahkemesi, ceza muhakemesini ilgilendiren bir karar da vermiş bulunmaktadır. Buna göre mahkeme, CMK'nın, 286/2-d maddesinde düzenlenen, İlk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararlarının temyiz edilmez kararlar olacağına dair hükmü anayasaya aykırı bulmuştur<sup>424</sup>. Mahkeme bu kararında ölçülülük ilkesinin tanımına yer vermiştir. Mahkeme, hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik sınırlandırmaların orantılı olması gerektiğini ifade etmiştir. Orantılılık, amaç ile araç arasında adil bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Buna göre hükmün denetlenmesini talep etme hakkına getirilen sınırlamayla ulaşılmak istenen meşru amaç ve aleyhine hüküm kurulan kişinin bu hükmü denetletirebilmesindeki bireysel yarar arasında makul bir orantı kurulmalıdır. Hedeflenen amaca ulaşıldığında elde edilecek

<sup>423</sup> AYM, E.2014/176, K.2015/53, 27/05/2015.

<sup>424</sup> AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018.

kamusal yararlarla kıyaslandığında, sınırlama ile kişiye yüklenen külfetin aşırı ve orantısız olmaması gerekir. Kişiye yüklenen külfetin aşırı olup olmadığının tespitinde hükmün konusu ve kişinin hak ve menfaatleri üzerinde oluşturduğu tesir ve sınırlamanın gerekçesini oluşturan meşru amacın niteliği göz önünde bulundurulmalıdır. Mahkemenin, burada hükmün denetlenmesinin kısıtlanmasını öngören hükmün orantılı olmadığına özellikle yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amaçlarıyla bağdaşmayacağını ifade etmiştir. Aslında mahkeme, yasa ile getirilen sınırlamanın, adil yargılanma hakkını ölçsüz sınırladığını ifade etmiştir. Kişi daha üst yargı merciine daha kaliteli denetim yapılacağı düşüncesi ile başvurmak istemektedir. Kanun koyucu ise yasa hükmü ile kişiler hakkında belirli hapis cezalarının, belirli bir raddeden sonra kesinleşmesini arzulamaktadır. Çünkü kanun koyucu davaların makul süre içinde ve daha az masrafla sonuçlanmasının sağlanması amacıyla hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlandırılmasının anayasal açıdan meşru bir amaca dayandırmak istemektedir. Burada kanun koyucu bireysel menfaatlerle, kamusal menfaatleri tartmış ve iki yıla kadar hapis cezası mahkûmiyetlerinin, temyiz edilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesine göre ise kanun koyucunun yapmış olduğu bu tartımın ölçsüz olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, davaların daha az masrafla ve kısa süre içinde sonuçlanması için kişilerin, hükmü denetlenmesi hakkının elinden alınmayacağını ifade etmiştir.

AİHS, sınırlama konusunda koymuş olduğu kıstas müdahalede orantılılıktır. İki ayrı menfaat arsına dengenin sağlanması gerekir. Ulaşılmak istenen meşru amaçla, müdahalenin gerekçesi bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasında orantılılık, sınırlama ile elde edilecek genel yarar ile bireysel zarar arasındaki dengeyi ifade eder. AİHM, adil bir dengenin sağlanmasını gayret edilmesini gerektiğini beyan etmektedir. Mahkeme kurulacak adil dengeyi genel yarar ile bireysel yarar arasında hakların korunmasında devlete düşen pozitif yükümlülük hususunda aramaktadır. Mahkeme açısından orantılılık, sadece müdahale için ileri sürülen amacın, sözleşme açısından meşru olması yeterli değildir. Müdahale, demokratik toplum düzeninde; zorlayıcı toplumsal ihtiyacı karşılaması gerekir. Bu ihtiyaca matuf olmayan, araç zaten orantılı değildir. Mahkeme açısından orantılılık, bireysel menfaat ile genel menfaat arasında adil

denge kurulması ile gerçekleşecektir. Kuşkusuz mahkeme, orantılılıktan önce müdahale aracının, ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı olmasını istemektedir<sup>425</sup>.

AİHM, bireysel başvuruya<sup>426</sup> konu olayda, başvuran yaklaşık altı aylık bir zaman diliminde Atatürk büstüne dört kez boya dökmüştür. Yapılan yargılama sonucunda ilk derece mahkemesi, başvurana on üç yıl bir ay on beş gün hapis cezası vermiştir.

AİHM, bireysel başvuruya ilgili değerlendirmesinde, bir hakka ilişkin kısıtlamanın veya cezanın güdülen meşru amaçla orantılı gerektiğini ifade etmiştir<sup>427</sup>. Mahkeme denetleme yetkisini kullanırken, söz konusu müdahaleyi bir bütün olarak davanın ışığında bakmakta bilhassa, söz konusu müdahalenin “güdülen meşru amaçlarla orantılı” olup olmadığına ve ulusal makamların bu müdahaleyi gerekçelendirmek amacıyla ileri sürdüğü nedenlerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığına incelemektedir. Mahkeme, hiçbir gerekçelendirmenin, söz konusu eylemler nedeniyle böylesi ağır bir ceza verilmesini haklı çıkarmaya yetmeyeceğini değerlendirmiştir. Bu sebeple mahkeme, başvurana verilen cezaların, güdülen amaçlarla oldukça orantısız olduğu ve bu nedenle “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı sonucuna vararak AİHS’nin 10. maddesi ihlal edildiğine hükmetmiştir<sup>428</sup>.

Bireysel başvuruda AİHM, bireyin eyleminin içeriğine bakmaktadır. Bireysel başvuruda olduğu gibi eğer başvuranın eylemi; barışçıl olarak nitelendirildiğinde, mahkeme somut eylem açısından başvurana hapis cezası mahkûmiyeti şeklindeki tedbirin, demokratik toplum düzeninde güdülen meşru amaca göre orantılı olup olmadığına odaklanmaktadır. Mahkeme açısından, barışçıl eylemlerin hapis cezası ile sınırlandırılmasını sözleşme açısından zaten demokratik toplum düzeni açısından gerekli olmadığını söylemektedir. Başvurana eylemi nedeniyle hapis cezası verilmesinin yanında bir de ölçüsüz şekilde katlanılamayacak yani orantısız cezaya hükmedilmesi evleviyetle, demokratik toplum düzeni açısından gerekli ve orantılı olmayacaktır.

Keza mahkeme, bu tavrını, bir diğer bireysel başvuruda<sup>429</sup> ortaya koymuştur. Başvuran hakkında yaptığı bir konuşma nedeni ile ay hapis ve 91,260,000 eski Türk lirası para

<sup>425</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.156, Oğurlu, 2002, s.166-167.

<sup>426</sup> Başvuru no:9540/07. Kaynak: <https://hudoc.echr.coe.int/tur>

<sup>427</sup> Bkz: prg.62.

<sup>428</sup> Bkz: prg.66-68.

<sup>429</sup> Başvuru no:15450/03. Kaynak: <https://hudoc.echr.coe.int/tur>

cezası vermiştir. Mahkeme değerlendirmesinde ulusal yargı makamlarının, ifade özgürlüğü dikkate alınmak suretiyle, müdahalenin orantılı olup olmadığı hususunun veya hakların denkleştirilmesi ilkesinin incelendiğine dair bir bulgunun olduğunu gözlemlemiştir. Mahkeme ayrıca, hükmedilen cezaların niteliğinin ve ağırlığının, müdahalenin orantılılığı değerlendirilirken dikkate alınması gereken faktörleri de teşkil ettiğini vurgulamaktadır. Bu açıdan mahkeme, başvuran hakkında hükmedilen altı aylık hapis cezasının ağır olduğunu ifade etmiştir<sup>430</sup>. Mahkeme, altı aylık hapis cezasının ulaşılmak istenen meşru amaç dikkate alındığında orantısız ve ağır bulmuştur.

Mahkeme bir başka kararında ise bu kez başvuran hakkında verilen hapis cezasını değil başvuran hakkında hapis cezasına seçenek olarak uygulanan hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve kovuşturmanın ertelenmesi tedbirlerini, göz önünde bulundurduğunda, somut olayda, bu koşullarda başvuranın söz konusu ceza yargılaması nedeniyle ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahaleden dolayı mağdur olduğu kanısına varıp varamayacağı hususunun ortaya çıktığını belirtmektedir. Mahkeme, ihtilaf konusu ceza yargılamasının neden olabileceği caydırıcı etki dikkate alındığında, önemli bir süre boyunca derdest olarak kalan ve katı bir şekilde cezalandırılan bir suçtan dolayı başvuran hakkında yürütülen bu yargılamanın başvuran açısından yalnızca varsayıma dayalı riskler içerdiği şeklinde değerlendirilemeyeceği, ancak bu risklerin kendiliğinden gerçek ve etkili baskılardan ibaret olduğu kanaatine varmaktadır. Mahkeme ayrıca, söz konusu erteleme süreleri boyunca başvuran üzerinde baskı oluşturacak nitelikte, bu yargılamanın sonunda verilen, beş yıl süreyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ve üç yıl süreyle yargılamanın ertelenmesi kararı nedeniyle, başvuranın benzer konular hakkında açıklamalar yaptığı takdirde adli anlamda endişe duymayacağı konusunda bu süreler boyunca emin olmadığını ifade etmektedir. Mahkeme, yukarıda belirtilenleri dikkate alarak, ihtilaf konusu tedbirlerin, zorunlu bir sosyal ihtiyaca karşılık gelmediği, her halükârda, hedeflenen meşru amaçlarla orantılı olmadığı ve bu nedenle, demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kanısına varmıştır. Bu nedenle mahkeme, AİHS'nin 10. maddesi ihlal edildiğine hükmetmiştir.

AİHM'nin, yukarıda verilen kararları ifade özgürlüğü ile ilgilidir. Mahkemenin nezdinde, ifade özgürlüğü demokratik toplum düzeninin vazgeçilmezidir. O halde

---

<sup>430</sup> Bkz: prg.16,18.

mahkeme, bu özgürlüğe yapılacak olan sınırlama nedenlerine daha sıkı incelediği görülmektedir. Mahkemenin, özellikle şiddet içermeyen ve barışçıl olarak nitelediği ifadelerin, hapis cezası sınırlandırılmasını AİHS’nde, öngörülen meşru amaçla orantılı olmayacağını sıklıkla ifade etmiştir.

Ölçülülük ilkesinin, alt ilkelerinden en zor tespit edileni ise orantılılık ilkesidir. Çünkü araç ile amaç arasındaki orantıyı arayan hâkim, makul dengeyi objektif kriterlerle tespit etmesi mümkün değildir<sup>431</sup>. Orantılılık denetimine kadar geçen süreçte sınırlamada başvuru aracın, ilk önce elverişliliği daha sonra da gerekliliği tartışılır. Bu tartışmalardan sonra belirlenen aracın, amaca göre orantılı olup olmadığı en son aşamada değerlendirilir. Bu nedenle, ölçülülük ilkesi denetiminde can alıcı nokta orantılılıktır. Çünkü elverişli ve gerekli olduğu kanaatine varılan aracın, en son aşamada orantılı olup olmadığı değerlendirilir. Bu açıdan orantılılık, ölçülülük ilkesinin en çok başvuru ilkesidir. Hâkim, bir sınırlama aracının, ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığını en kolay şekilde orantılılık ilkesine başvurarak tespit edebilir. Ölçülülük ilkesinin diğer alt ilkelerinin, tespiti somut olay açısından net olarak tespiti mümkün olmayabilir. Elverişlilik ilkesinde sınırlama amacının tespitinin zorluğu, gereklilik ilkesinde ise uygun sınırlama aracının tespit edilmesi güçlük çıkartır. Buna rağmen, orantılılık denetiminde bu tür zorluklar diğerlerine göre yoğun değildir. Hâkim, orantılılık tespitinde genel yarar ile özel yararı tartmaktadır. Başvuru sınırlama aracını bu tartıma göre orantılı olup olmadığını değerlendirmektedir. Orantılık denetimi diğer ilkelere göre daha pratiktir. AİHM’nin ölçülülük denetiminin çoğunluğunun, orantılık denetimi olarak yapılması bunu desteklemektedir. Orantılılık denetimi, AİHM uygulaması olduğu gibi demokratik toplum düzeni açısından zorlayıcı toplumsal ihtiyacı karşılama esnasında devreye girer. Eğer, bir sınırlama aracı demokratik toplum düzeninde gerekli değilse orantılı da değildir. Orantılılık ilkesi, keyfî sınırlamalara da ket vurmaktadır. Keyfî hukuki müdahalelerin bu ilke ile önüne geçilmektedir.

---

<sup>431</sup> Akt. bkz. Rumpf, s.46; "Ölçülülük ilkesinin işlevi normların yorumuna dayanan bir kararı en iyi sonuca vardır için, belirli sınırları da vardır. Bu sınırlar, kanun koyucuya ve idareye bazı bağlamlarda "elverişlilik" ve "gereklilik" ile ilgili bırakılan değerlendirme serbestliği tarafından çizilmektedir. İlk iki aşamada, mahkemenin denetiminin gene sıkı olduğu söylenebilir de orantılık aşamasında özel sorunlarla karşılaşırız. Çünkü artık -kullanılışları yanlış da olsa- hukukun dışında bulunan "akıl veya "makuliyet" kavramları önümüze çıkar: orantılık, araç ile amaç arasındaki "makul" dengeyi ifade eder. İşte yargıç makulün ne olduğunu normatif ve ampirik ölçütlerle tespit etmez. Burada yargıcın toplumsal ve fikri konumu, adalet duygusu, kararın son aşamasına esas olur. Bu son dengeleşmenin aslında akıl, mantık, ratio ile ilgisi yoktur. Yargıcın akli aslında duygudur. Orantılık aşamasında, ölçülülük ilkesinin ölçüt olarak işlevi bitmiştir".

Demokratik toplum düzeninde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının istisna olduğu herkesçe kabul edilmektedir. İstisna olan bu sınırlamanın, ancak ve ancak orantılı kabul edilen sınırlama aracı ile yapılması gerekir. Bu nedenle orantılılık ilkesi, ölçülülük ilkesinin diğer alt ilkelerine göre daha ön plandadır.

## 2.CEZA HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Ölçülülük ilkesi, temelde anayasa hukukunda var olan bir ilke olsa da zamanla uygulama alanı genişlemiştir. Kişinin temel hak ve özgürlükleriyle yakın ilişki içinde olan ceza hukuku, öngördüğü yaptırımlarıyla kişinin başta özgürlük ve güvenlik hakkına, seyahat özgürlüğüne, mülkiyet hakkına kısıtlamalar getirmektedir. Her temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejiminde olduğu gibi ceza hukukundaki yaptırımların uygulanarak kişilerin temel hak ve özgürlükleri sınırlandırılmak istendiğinde, tatbik edilecek sınırlamaların, ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekir.

Türk Ceza Hukukunun, temel ceza yasası olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda doğrudan ifade edilmese de ölçülülük ilkesine yer verilmiştir. TCK'nın, adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi başlıklı üçüncü maddesinde ölçülülük ilkesi düzenlenmiştir. Kanunun lafzına göre, suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbiri uygulanacağı ifade edilmiştir. TCK'nın, üçüncü maddesinin gerekçesinde ise kanunda düzenlenen ölçülülük ilkesini açıklamıştır. Gerekçeye göre; suçun işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması için faile uygulanacak ceza hukuku yaptırımlarının, haklı ve ölçülü olması gerektiğini, ancak suçun ağırlığıyla orantılı bir yaptırım ile suç işleyen kişinin bu fiilden pişmanlık duyması sağlanabilir ve yeniden topluma kazandırabileceğini ve bireylerin hukuka olan güvenlerinin pekişmesi ve cezanın caydırıcılık etkisinin doğru biçimde gösterilebilmesi için de ceza hukukunun temel ilkelerinden olan orantılılık ilkesine uyması gerektiğini ifade edilmiştir. Gerekçedeki açıklamaya göre Türk Ceza Kanunu sisteminde, ölçülülük ilkesinin ceza hukukunun temel ilkelerinden olduğunu, ölçülülük ilkesinin uygulanmasıyla kişilerin hukuka olan güvenlerinin pekişeceğini, cezaların caydırıcılığının ölçülülük ilkesine uyulmasıyla elde edileceğini belirtilmiştir<sup>432</sup>.

---

<sup>432</sup> Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.33, Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.80, Sinan Kocaoğlu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Ölçülülük İlkesi Açısından Değerlendirilmesi, s.35-37.

Fransız hukukçu Guy Braibant ölçülülük ilkesini, ‘sineğin çekiçle ezilmemesi’, Alman hukukçu Fritz Fleiner ise ‘polis, serçelere topla ateş etmemelidir...sert tedbirlere en son başvurulmalıdır. Polisiye tedbirler ölçülü olmalıdır’ şeklinde tanımlamışlardır<sup>433</sup>.

Devletin, ceza hukukunun içeriğinin nasıl düzenlemesi gerektiği maddi olarak hukuk devleti ilkesi belirlemektedir. Devletin, hukuk devleti ilkesine bağlı olmasının sonucu olarak; ceza kanunlarının insana saygı esasından hareket etmeli, insanın onuru ile bağdaşmayacak cezalar öngörmemeli, hâkimlerin takdir hakkını keyfiliğe yol açacak şekilde hükümlere yer vermemesi, öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinin ise tehlikenin derecesi ve fiilin ağırlığı ile orantılı olacak şekilde belirleyip eşitlik ilkesine uygun normlar ihdas etmesi gerekir<sup>434</sup>.

Hukuk devleti ilkesinin sonucu olarak devletin aşırıya kaçmaması gerekir. Devlet eylem ve işlerinde orantılı ve eşit davranmalıdır. Ceza hukuku açısından eşit ilke kuralı gereğince devletin, tüm bireylere eşit yaklaşmalı ve orantılı hukuk düzenlemesi yapması gerekir. Bu ilkenin ceza hukukuna yansması ise suç ile ceza arasında orantının bulunmasıdır. Ceza hukukunda bir işleme başvurulması ile elde edilmek istenen menfaat ile bu işlem neticesinde ortaya çıkması muhtemel zarar arasında orantının bulunması zaruridir. Açık bir şekilde orantısızlık söz konusu olması durumunda hâkimin bu işlemi yapmaktan çekinmesi gerekir. Somut olaya göre hâkim, ceza hukukundaki bir işlem ile örneğin hapis cezası tatbik etmesi neticesinde orantısızlığı fark etmişse de artık hapis cezasının uygulanmasından sarfi nazar edip duruma göre adli para cezası veya hapis cezasına seçenek diğer tedbirleri uygulaması gerekir. Açıklanan bu ilke doktrinde, aşırılık yasağı veya diğer ifadeyle oranlılık ilkesi olarak tanımlanmıştır<sup>435</sup>.

Ölçülülük ilkesi ceza hukuku özelinde somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak başvurulmak istenen tedbirin, ulaşılmak istenen amaç açısından mutlak surette elverişli, gerekli ve orantılı olması gerekir. Ceza hukuku açısından, başvurulmak istenen tedbirin amaca hizmet eden yani elverişli olan, kişilere en az külfet yükleyen veya kişilerin temel hak ve özgürlüklerini en sınırlayan ve son olarak mevcut suç işleme şüphesinin derecesi ve konumu dikkate alınarak meşru amaç açısından orantılı olması gerekir. Ceza

---

<sup>433</sup> Akt. Kocaoğlu, s.30.

<sup>434</sup> Metin, 2002, s.69.

<sup>435</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s.80, Oğurlu, 2002, s.30.

hukukunu ilgilendiren bir konuda ölçülülük ilkesi denetimi iki ayrı şekilde yapılmaktadır. Birincisi, anayasa yargısı denetimi ile ceza hukuku normunun ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı denetlenecektir. İkincisi ise de ceza hukukunda tedbire başvuran hâkimin, tedbire başvurmadan önce söz konusu somut tedbirin ölçülülük ilkesine uygunluğunu denetlemesidir<sup>436</sup>.

Ölçülülük ilkesinin, alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık, ceza hukuku uygulamasında sıklıkla karşılaşılmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun, bazı maddelerinde<sup>437</sup> suçun yaptırımı olarak hapis cezasına seçenek olarak, adli para cezası öngörülmüştür. Bu düzenlemeyle de görüleceği gibi kanun koyucu, bazı fiillerin yaptırımı, sadece hapis cezası olarak düzenlememiştir. Kanun koyucu, fiilin ve kusurun ağırlığını dikkate alarak, hapis cezasına alternatif olarak adli para cezasını öngörmüştür. Burada gereklilik ilkesinin yansımalarının olduğu görülmektedir. Gereklilik ilkesine göre hak ve özgürlükleri sınırlandırmada en yumuşak aracın kullanılması gerekir. Kanun koyucu, kusurun ve fiilin ağırlığı düşünerek sırf hapis cezasının uygulanmasını, ölçülü olmayacağını düşünerek hapis cezasına göre daha az ağır sonuç doğuran adli para cezasını öngörmüştür.

Ceza hukukunda ölçülülük ilkesini, TCK'nın somut hükümlerinde de yer verildiği görülmektedir. Bir hukuka uygunluk sebebi olan ve somut olayda şartların var olması halinde kişiye ceza verilmemesini sağlayan meşru müdafanın, TCK'nın 25/1. maddesinde<sup>438</sup> belirtildiği saldırı ile orantılı olması gerekir. Saldırı ile orantılı olmayacak şekilde meşru müdafada bulunulamaz. Saldırı ile savunma arasındaki denge yani orantı ise iki bakımdan ele alınır. Birincisi savunmada kullanılan araç ile saldırıda kullanılan araç bakımından; ikincisi ise saldırıya maruz kalan hak ile zarar verilen hak arasında oran bulunması gerekir. Burada çıkan anlam mal varlığına karşı saldırı yapılan kişi, saldıran kişinin yaşam hakkına saldırıda bulunmaması gerekir. Keza kendisine bıçakla gelen saldırı yapan kişiye ateşli silahla karşılık verilmemesi gerekir. Ceza hukukunda meşru savunmada orantıda aslında ölçülülük alt unsurlarının tümüne uygun olması gerekir. Bir diğer deyişle meşru savunmada, meşru savunmanın amacına en

---

<sup>436</sup> Metin, 2002, s.70.

<sup>437</sup> TCK m.86/2, 125/1, 106/1.2.cümle, 151 vs.

<sup>438</sup> TCK m.25/1; 'Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez'.

uygun, saldırıda bulunan kişinin temel hakkını en az sınırlamada bulunan ve bu amacı gerçekleştirirken en orantılı müdahalenin yapılması gerekir<sup>439</sup>.

Ölçülülük ilkesinin TCK'daki bir diğer somut düzenlemesi ise kusurluğu ortadan kaldıran bir neden olan zorunluluk(ıztırar)halinde görülmektedir. TCK'nın 25/2. maddesinde<sup>440</sup>, tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunması gerektiğini aramıştır. Buna göre korunan hak ile feda edilen haktan üstün olması gerektiği veya en azından ikisinin birbirine eşit olması gerekir<sup>441</sup>.

Ceza hukukunda başvuru tedbirler, yukarıda değinildiği gibi kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlamaktadır. Bunun sonucu olarak kişi hakkında uygulanacak ceza hukuku tedbirlerinin, sanığa yüklenen somut eylemin ağırlığına göre değişkenlik gösterebilmeli ve orantılı olması gerekir. Yani ceza hukuku tedbirleri katı ise her somut olayın özelliğine göre değişmezse orantılı olmayacaktır<sup>442</sup>. Cezanın belirlenmesinde failin kusurluluğu ile orantılı olmasının esas olduğu halde güvenlik tedbirinde durum farklıdır. Güvenlik tedbirleri, ıslah etmeye yönelik olarak, fail hakkında ceza yerine veya ceza yanında uygulanan tehlikelik esasına dayanan müeyyidelerdir<sup>443</sup>. Bu nedenle, güvenlik tedbirine başvurulurken fiil ve failin kişiliğinden kaynaklanan tehlikelik önemlidir.

Tehlikelik durumu artması güvenlik tedbiri daha ağır uygulanabilir veya azalması halinde güvenlik tedbirine başvurulamayacaktır. TCK'nın 54/3. maddesine göre: suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir. Kanun koyucu müsadere kararı verilmesinde veya müsadere ile kişinin mülkiyet hakkına sınırlama yapılmasında orantılı olunmasını gerektiğini belirtmek istemiştir. Hâkim, her somut olayın özelliğine bakarak müsadere kararını verip vermeme inceleme yapması gerekir<sup>444</sup>. Eğer suçla elde edinmek istenen menfaat

---

<sup>439</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.506-509.

<sup>440</sup> TCK m.25/2; 'Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez'.

<sup>441</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.581.

<sup>442</sup> Metin, 2002, s.71.

<sup>443</sup> Kocaoğlu, s.26, Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.955.

<sup>444</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.978.

ile suçta kullanılan eşya arasında açıkça orantısızlık bulunması halinde müsadere kararı verilebilir. Bu duruma örnek olarak 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun, müsadere başlıklı 13. maddesinin, 1. fıkrasının, (b) bendi gösterilebilir. Kanuni düzenlemeye göre; kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya naklinin, bu aracın kullanılmasını gerekli kılması halinde müsadere kararına hükmedilecektir.

Yargıtay kararında<sup>445</sup> ölçülülük ilkesi şu şekilde tasvir edilmiştir; TCK'nın “Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi” başlıklı 3. maddesi uyarınca işlenen fiil ile hükmolunan ceza ve güvenlik tedbirleri arasında “orantı” bulunması, böylelikle suç işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması için suç işleyen kimseye uygulanacak yaptırımın haklı ve ölçülü olması gerektiği de göz önünde bulundurulacaktır. Yargıtay uygulamasına göre sanık hakkında ceza tayini dikkate alınması gereken bozulan toplum düzeninin tekrar sağlanması için bu amaca uygun elverişli, kişinin temel hak ve özgürlüklerini en az sınırlayan aracın seçilmesi gerekir. Seçilen bu aracın da meşru amaca ulaşmak için orantılı olarak uygulanması gerekir. Elverişlilik ve gereklilik ilkesine göre belirlenen araç hapis cezası ile bu hapis cezası tedbirinin orantılı olması isteniyorsa sanığın somut eylemine göre orantılı ceza belirlenmesi gerekir.

Ceza hukukunda, ölçülülük ilkesini, ceza yaptırımların uygulanmasında ve ceza sınırlarının belirlenmesinde ve bireyselleştirilmesinde uygulandığı görülmektedir.

## **2.1 CEZA YAPTIRIMLARINDA, CEZANIN SINIRLARININ BELİRLENMESİNDE ve BİREYSELLEŞMESİNDE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ**

5237 sayılı TCK'nın, üçüncü maddesinde, ceza hukukunda ölçülülük ilkesinin düzenlenmiş olduğunu belirtmiştik. Ölçülülük ilkesinin, kanun koyucunun cezanın alt ve üst sınırlarını belirleme konusundaki takdir marjını kısıtlamaktadır. Ceza kanunlarının ihdasında kanun koyucuyu kısıtlayan bu ilkeye göre yapılacak olan yasal düzenlemelerin, korunması gereken hukuksal değere, korumaya elverişle düzenlemeler yapılmasını gerektirmektedir<sup>446</sup>.

---

<sup>445</sup> YCGK, 2013/12-795 Esas, 2015/77 Karar, 31/05/2015.

<sup>446</sup> Erdol, s.16.

Ceza kanunlarında, cezaların alt ve üst sınırları düzenlenmektedir. Cezanın caydırıcı fonksiyonundan bahsedebilmek için cezanın miktarı ağır olması düşüncesi vakidir. Ancak ceza miktarının ağırlığı halinde failin, topluma geri kazandırılması sekteye uğrayacaktır. Ceza miktarının azlığında ise suç işleme oranını artması ve mağdurun korunamaması gibi dezavantajları gündeme gelecektir. Bu nedenle ceza diğer ceza hukuku sistemlerinde olduğu gibi TCK'da suçun alt ve üst sınırları belirlenerek ceza normları oluşturulmuştur.

Cezanın belirlenmesi, iki şekilde gerçekleşir. Somut ve soyut olmak üzere; soyut belirlemede kanun koyucu, ceza hukuku normunda cezanın türünü ve bu cezaların alt ve üst sınırlarını belirtir. Somut belirleme de ise hâkim, hukuk normundaki genel sınırları belirtilen ilgili suçun düzenlendiği maddedeki yer verilen cezaları dikkate alarak yaptırımını tayin etmesidir<sup>447</sup>. Cezanın soyut olarak belirlenmesi kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Kanun koyucu ilk önce cezalar ve güvenlik tedbirleri sistemini belirler. Yani kanun koyucu ceza ve güvenlik tedbirlerinin, türlerine, ağırlıklarını kanunda düzenler. Buna soyut-genel belirleme denir. İkinci aşamada ise kanunda yer verilen suça karşılık hangi türden ve hangi ağırlıktan ceza ve güvenlik verileceği belirlenir. Buna da soyut-özel belirleme denir<sup>448</sup>.

Soyut cezanın tayininde önemli olan orantılılık ilkesidir. Buna göre failin eyleminin ağırlığı ile hakkında başvurulacak tedbir arasında bir dengenin bulunması gerekir. Suçun ortaya çıkaracağı ağır neticeler dikkate alınarak bu ölçüde ağır tedbirlere başvurulabilir. Eğer, daha hafif tedbirlerle ceza hukukunun amacına ulaşılabilirse bu tedbirin uygulanmasına karar verilmesi ölçülülük ilkesinin bir gereğidir. Ölçülülük ilkesinin ceza hukukunda aşırılığa kaçılmasını engellemektedir. Soyut cezanın belirlenmesinde ölçülülük ilkesine bağlı kalınması kanunilik ilkesinin bir neticesidir<sup>449</sup>.

Cezanın amacını açıklayan mutlak teorilerden, adalet teorisine göre cezanın belirli bir amaca yönelik olmayıp sadece adalet düşüncesinin gerçekleştirilmesi istenmektedir. Adaletin yerine getirilmesi için failin kusuru oranında ceza verilmesi gerekir<sup>450</sup>.

---

<sup>447</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, 4.Baskı, s.873, Gökhan Taneri, Temel Cezanın Belirlenmesi, s.130.

<sup>448</sup> Nur Centel, Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, s.356.

<sup>449</sup> Taneri, s.131.

<sup>450</sup> Centel, s.338, Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.825.

Karma teoriye göre suç geçmişte olduğu gibi günümüzde de bir kötülük olarak görülmekte ve suç işleyen kişinin kusuru ile orantılı olarak cezalandırılması gerekir. Cezanın kusurlu olması kefaret düşüncesinin bir gereğidir. Bu anlayışa göre cezanın dayanağı ve ölçüsü, fiilin haksızlığı ve failin kusurundan alması, cezanın sınırlanmasından açısından hukuk devletinin ve insan haklarının bir ihtiyacı olan ölçülülük ilkesi gereğidir. Ölçülülük ilkesinde cezanın belirlenmesinde haksızlık ve kusur ölçülerine uyulması gerektiğinden dolayı orantılılık ve bunun ceza hukukundaki yansıması olan kusur ilkesi ile bağdaşmaktadır. Bu gerekçeyle suça öngörülen cezanın ölçülü olması gerekir<sup>451</sup>.

Temel cezayı, kanun koyucu tarafından izlediği ceza siyasetine göre belirleyecektir. Anayasa Mahkemesinin deyimiyle, 'hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Yasa koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Bu nedenle suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında ceza miktarlarının kıyaslanması değil o suçun toplumda yarattığı infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, zarar görenin kişiliği ile ona verilen zararın azlığı veya çokluğu, işlenme oranındaki azalma veya artış gibi faktörlerin de dikkate alınması gerekir<sup>452</sup>.

Cezanın alt ve üst sınırları arasında farkın fazla olması halinde cezanın belirlenmesindeki orantının sağlanması konusunda değişiklik uygulamaları karşılaşılabılır ve adil olmayacak sonuçlar doğurabilecektir<sup>453</sup>. Kanun koyucunun, cezanın alt sınırı belirlerken, fiil ile öngörülen yaptırım arasında makul ve hakkaniyete uygun bir denge bulunmalı ve kanun koyucunun belirlediği yaptırım, cezalandırmada

---

<sup>451</sup> Centel, s.347, Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.829, Kocaoğlu, s.34.

<sup>452</sup> AYM, E.2010/68, K.2011/114, 30/06/2011.

<sup>453</sup> Erdol, s.18.

güdülen amaçla ölçülü olmalıdır<sup>454</sup>. Aksi halde kanun koyucun, takdir yetkisinin asmış olacaktır. Bunu denetimi ise Anayasa Mahkemesi yapacaktır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 6545 sayılı kanunla, 5237 sayılı kanunun, çocukların cinsel istismarını düzenleyen 103/2. maddesinde yapılan değişiklikle, çocuk mağdurlara karşı işlenen cinsel istismar eyleminin, vücuda cinsel organ veya sair bir cisim sokulması halinde cezanın alt sınırı on altı yıl hapis cezası belirlenmesini, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacın, her somut olaya göre aynı orantıda ve ölçüde olamayacağını ifade etmiştir<sup>455</sup>. Mahkeme, suç tipine göre fiil ile öngörülen yaptırım arasında makul ve hakkaniyete uygun bir dengenin olması gerektiğini, bu açıdan kanun koyucu tarafından belirlenecek soyut cezanın cezalandırmada güdülen amaçla ölçülü olması gerekir. Mahkemenin dikkat çektiği bir diğer husus da bu kadar katı ceza miktarının, fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldıracak ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Yukarıda aktarıldığı gibi<sup>456</sup> hukuk devletinde, devletin orantılı ceza belirlemesi gerektiği gibi aynı zamanda eşit ilke kuralına riayet etmesi gerekir. Bazen kanun koyucunun öngördüğü sert ceza sınırları, her somut olaya uygun olmayabilir. Sanığın eyleminin yoğunluğu ve tekrarının göz önünde bulundurularak cezanın alt ve üst sınırı belirlenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesindeki iptal başvurusunun da aslında bu şekilde ele alınması gerekir. Somut iptal talebinde olduğu gibi cezanın alt sınırının yüksek olması orantısızdır ve açıklandığı üzere de eşitsizdir.

Cezanın bireyselleşmesi ise hâkimin, TCK 61. ve 3. maddelerini göz önünde bulundurarak, failin, sübuta ermiş somut fiilinin karşılığı olan yaptırımı belirlemesidir. Hâkim, failin somut fiili hakkında ceza tayin ederken, TCK m.61'de sayılan halleri inceleyecek ve belirlediği ceza hakkında kusurluluğu etkileyen nedenler, nitelikli haller

<sup>454</sup> AYM, E.2015/26, K.2015/100 Karar, 12/11/2015, prg.10.

<sup>455</sup> AYM, E.2015/26, K.2015/100 Karar, 12/11/2015, prg.10.

<sup>456</sup> Bkz. s.113, prg.3.

ve erteleme, seçenek tedbirlerin uygulanıp uygulanmamasına açısından bir belirleme yaparak failin fiil hakkında netice cezayı hükmedecektir. Buna cezanın bireyselleştirilmesi denmektedir.

Hukuk dünyasında gerçekleşen her olay diğerinden farklı olduğu ve suçu işleyen failin kişiliği de farklılık taşıması doğaldır. Failin, benzer olmayan eylemlerinde bile farklı kişilik yansımaları görülebilir. Dolayısıyla, her somut olay kendi içinde değerlendirilerek, hâkim temel cezayı tespit ederken ve bireyselleştirirken, somut olay bağlamında, cezayı failin kişiliğine uydurması gerekir<sup>457</sup>.

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleşmesi, ölçülülük ilkesi soyutlanarak yapılmaması gerekir. Yargıtay kararlarında da belirtildiği, temel cezanın belirlenmesinde TCK'nın, 61. ve 3. maddeleri göz önünde bulundurulması gerekir<sup>458</sup>. Gerçekten orantılı olmayan cezanın, sanık hakkında uygulanması halinde, cezanın bireyselleşmediği sonucu ortaya çıkacak, sanığın hak etmediği cezayı infaz ederek, topluma kazandırılması akamete uğrayacağı gibi sanığın hukuka olan inancı da sarsılacaktır. Sanığa hak edilenden fazla ve orantısız ceza verilmesi ulaşılmak istenilen amaca aykırılık oluşturacaktır. TCK m.1'de, ceza kanununun amacını açıklamıştır: Kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek. Eğer cezai yaptırımla, kişinin hak ve özgürlükleri korunacaksa, bunu ihlal eden sanığın hak ve özgürlüğünün öngörülen amaca aykırı olarak orantısız olarak sınırlanmaması gerekir.

Ölçülülük ilkesine aykırı olarak sanığa ceza hükmedilmesi halinde bu halin, kişinin temel hak ve özgürlüklerinden birinden veya birkaçının ihlali anlamı taşıyabilir. Neticede kişi, düşünce ve ifade özgürlüğünü kullanarak suç oluşturmadığı düşüncesiyle açıklama, yorum yapabilir veya eylemde bulunabilir. Kişinin ifade özgürlüğünü kullanarak ortaya koyduğu eyleminin, suç oluşturduğu ve hakkında ceza soruşturması ve kovuşturması yapılarak ceza alması hali ölçülülük ilkesine aykırı olabilecektir. Bu nedenle ölçülü olmayan sınırlamanın, kişinin hak ve özgürlüklerin ihlali anlamı taşıyacaktır. O halde hâkim veya mahkemenin, kişinin temel hak ve özgürlükleriyle yakın temas içeren ceza hukuku konu olan eylemler hakkında cezanın belirlenmesi ve

---

<sup>457</sup> Enver Kumbasar, Türk Hukukunda Cezanın Belirlenmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Y.2006, s.72.

<sup>458</sup> YCGK, 2012/15-116 Esas, 2012/191, 15/05/2012.

bireyselleşmesinde, ölçülülük ilkesini göz önünde bulundurması gerekir. Aksi halde kişinin hak ve özgürlükleri ihlal edilmiş olacaktır.

Cezanın somut düzeyde belirlenmesi, cezanın işlevinin ve amacının gerçekleştirilmesine katkı sağlayacaktır. Cezanın belirlenmesinde ilk yol gösterici olan şey cezanın amacıdır. Kişinin somut eylemine yani işlediği suça karşılık orantılı cezaya hükmedilmesi cezanın bireyselleştirilmesi ile olur. Hâkim gözlemine göre; sanığın hal ve davranışlarına inceleyerek orantılı cezayı tayin etmesi gerekir<sup>459</sup>.

Yukarıda yer verildiği üzere soyut cezayı belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir. Somut cezayı belirleme yetkisi hâkime aittir. Bu nedenle, soyut cezanın tayin edilmesinde veya belirlenmesinde bir itiraz olunacaksa bunu değerlendirilmesini Anayasa Mahkemesi yapacaktır. Somut cezanın belirlenmesi yani cezanın bireyselleşmesi neticesinde sanık hakkında bir ceza ve güvenlik tedbiri belirlenmiş ise ve buna bir itiraz söz konusu olduğu bunun değerlendirmesini, Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtay yapacaktır. Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtay'ın yapacağı denetim sadece cezanın suç ile orantılı olup olmadığına ibaret değildir. Kaldı ki Yargıtay, hapis cezası ile birlikte seçenek olarak adli para cezasının öngörüldüğü halde orantılı olmayacak şekilde hapis cezasının tercih edilmesini orantılı bulmamaktadır. O halde hapis cezası tercihi somut olaya göre orantılı olmayacaktır. Ulaşılmak istenen amaca daha az sınırlama içeren adli para cezası ile ulaşılması mümkündür<sup>460</sup>.

Nitekim AİHM'nin, Murat Vural/Türkiye<sup>461</sup> davasında; başvuruçunun yaklaşık sekiz aylık zaman diliminde farklı tarihlerde, Atatürk büstüne beş kez boya dökerek, Atatürk Hatırasına Alenen Hakaret suçundan toplamda on üç yıl bir ay on beş gün hapis cezası verilmesini, başvurana verilen cezaların, güdülen amaçlarla oldukça orantısız olduğu ve bu nedenle "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığı sonucuna varmaktadır. AİHS'nin 10. maddesi ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, söz konusu müdahalenin güdülen meşru amaçlarla orantılı olup olmadığına ve ulusal makamların bu müdahaleyi gerekçelendirmek amacıyla ileri sürdüğü nedenlerin ilgili ve yeterli olup olmadığına bakmaktadır. Mahkeme, verilen cezaların mahiyeti ve ağırlığının da

---

<sup>459</sup> Centel, s.358, Taneri, s.132.

<sup>460</sup> Yargıtay 4. CD. 2013/6028 Esas , 2015/3651 Karar, 04/02/2015.

<sup>461</sup> Başvuru no. 9540/07.

müdahalenin orantılılığını değerlendirirken göz önünde bulundurulması gereken etkenler olduğunu belirtmektedir. Mahkeme açısından şiddet içermeyen yani barışçıl ifade biçimlerine karşılık başvurucuya yüksek miktarda hapis cezası uygulanması gerekir. Çünkü başvurucusu barışçıl bir eylemde bulunmuştur. Bu eyleminin doğuracağı etkiye karşılık, bu kadar dengesiz yaptırım uygulanmaması gerekir.

Kişi hakkında, ölçülülük ilkesine aykırı olarak mahkemece belirlenen cezaya alternatif erteleme şeklindeki tedbirin de kişinin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmesi söz konusu olabilecektir. Kişiye uygulanacak olan tedbirin, amaca uygun olarak orantılı şekilde belirlenmesi gerekir. Kişinin ihlal ettiği ileri sürülen hukuki değerın önemi ve bu hukuki değerın nasıl ihlal edildiğine bakılması gerekir.

Nitekim mahkeme, Özçelebi/Türkiye davasında<sup>462</sup>, Atatürk'ün fotoğrafına bakarak kelle ifadesi kullanılması nedeniyle uzun süren yargılama sonucunda kişi hakkında bir yıl hapis cezası verilmesi ve bu hapis cezası hakkında daha sonra yürürlüğe giren kanun düzenlemesi gereğince kovuşturmanın ertelenmesi şeklinde tedbir kararı verilmesini başvuranın özgürlükten yoksun bırakıcı bir cezaya mahkûm edilmesi, hatta bu cezanın hâlihazırda infazı ertelenen bir seçenek tedbire çevrilmesi, 10. madde çerçevesinde, izlenen amaçla orantısız bir yaptırım teşkil edeceğini işaret etmiştir.

Mahkeme gerekçesinde ise söz konusu müdahalenin haklı kılmak için ulusal mahkemeler tarafından ileri sürülen gerekçelerin yeterli olmadığı ve söz konusu müdahalenin izlenen meşru amaca nazaran orantısız olduğu söylemiştir. Mahkeme, başvuranın hakaret gerekçesiyle mahkûm edilmesinin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmaktadır.

Ölçülülük ilkesinin, soyut ve somut cezanın belirlenmesinde etkisinin var olduğu anlaşılmaktadır. Bu açıdan soyut cezanın ölçülülük ilkesine uygun olarak belirlenip belirlenmediğinin tespitini Anayasa Mahkemesi yapacaktır. Somut cezanın, ölçülülük ilkesine uygun olarak bireyselleşmesinin yapıp yapılmadığı ise Bölge Adliye veya Yargıtay tespit edecektir. Yargı makamlarının, temel cezanın belirlenmesinde sanığın kusurunun ağırlığı, meydana gelen tehlike ve ulaşılmak istenen amacın göz önünde bulundurarak incelemesi yapması gerekir. Yüksek yargı makamlarının bu tespiti uygulama açısından önemlidir. Çünkü ölçülü olmayan bir diğer deyişle aşırı cezanın

---

<sup>462</sup> Başvuru no. 34823/05.

keyfiligine neden olabilir. Yüksek yargı makamları ayrıntılı incelemeleri neticesinde keyfi olan bu cezaların, hukuk dünyasından ithal edilmesine yardımcı olacaktır. Yargıtay uygulamasına bakıldığında sanki ölçülülük ilkesi sadece somut cezanın belirlenmesinde faktör olduğu görülse de yukarıda da belirtildiği sadece somut cezanın orantılı olup olmadığı Yargıtay veya Bölge Adliye Mahkemesi tayin eder. Ölçülülük ilkesine riayet edilerek somut ve soyut cezanın belirlenmesi hukuk devleti ilkesi olmanın bir sonucudur.

### 3. CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Kişinin, temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanması Anayasanın 13.maddesinde<sup>463</sup>düzenlenmiştir. Anayasanın ilgili maddesine göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında dikkate alınması gereken niteliklerden biri de ölçülülük ilkesidir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin birçok kuruma ve düzenlemeye yer verilen ceza muhakemesi hukukunda, kişi hakkında koruma tedbirlerine başvurulması durumunda söz konusu tedbirin ölçülülük kıstasına uygunluğu gündeme gelecektir. Ceza muhakemesi hukukunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında başta tutuklama tedbiri olmak üzere birçok koruma tedbirlerine yer verilmiştir. Her bir tedbirin uygulanmasında kanunda açık düzenlemeye yer verilmese bile ölçülülük ilkesinin kontrolünden geçirilmesi gerekir.

5271 sayılı CMK'da, 5237 sayılı TCK'nın aksine ölçülülük ilkesiyle ilgili açık bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. CMK'da açıkça ölçülülük ilkesinden bahsedilmemesi CMK'da düzenlenen, delil araçlarının kullanılması ve koruma tedbirlerine başvurulması halinde ölçülülük ilkesinin bir kıstas olarak kullanılamayacağı anlamı çıkmaz. CMK m.100'de düzenlenen tutuklama koruma tedbirinde, açıkça işin önemi, verilmesi beklenen ceza ve güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez, denilerek ölçülülük ilkesinin, tutuklama tedbirine karar verilmesinde öngörülmesi gereken bir kıstas olarak ifade edilmiştir.

Ceza muhakemesinde ölçülülük ilkesinin daha net anlaşılması için sınırlandırmadaki araç ve amacın ne anlama geldiğinin ortaya konulması gerekir. Ceza muhakemesi

---

<sup>463</sup> Anayasanın 13.maddesi: 'Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz'.

hukukundaki amaç yakın tehlikenin doğurabileceği zarar ihtimalinden muhakemeyi korumaktır. Araç ise ceza muhakemesi tedbiri ile hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasıdır. Bahsedilen bu araç ile amaç arasında uygun dengenin yani orantının bulunması lazımdır. Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşmak ise bu amaca erişmek için kişinin temel hak ve hürriyetini en az sınırlayan tedbirin seçilerek orantılı olarak temel hak ve hürriyete sınırlama uygulanması gerekir<sup>464</sup>.

Ceza muhakemesi hukukunda ölçülülük, failin eylemine karşılık onun hakkında uygulanacak tedbir ile arasındaki dengedir. Ceza muhakemesi hukuku açısından ölçülülük bahsedilmesi için ceza muhakemesi hukuku gereği yapılan veya yapılacak usul işleminden beklenen fayda ile bu usul işleminin uygulanmasıyla meydana gelmesi muhtemel zarar arasında oranının bulunmasıdır. Ölçülülük ilkesi cari olduğunda, ulaşılmak istenen amaca, daha hafif tedbirle ulaşıyorsa ağır tedbirin uygulanmasından vazgeçilmesi gerekir. Ölçülülük ilkesi gereği bireye ve devlete ait olan çatışan menfaatlerden üstün olanın, tercih edilmesi gerekir. Failin basit bir eylemi hakkında ağır tedbirin uygulanırsa ölçülülükten bahsedilemeyecektir<sup>465</sup>.

Doktrinde ölçülülük ilkesini, ceza muhakemesinin temel ilkeleri arasında kabul eden yazarlar bulunmaktadır. Ölçülülük ilkesi, bir hukuk devletinin, aşırılığa kaçmaması, eylem ve işlemlerinde orantılı davranmasını gerektirir. Hukuk devleti kişilere eşit davranması gerekir. Bazen bu eşit davranma nedeniyle bazı kişiler açısından aşırı veya orantılı olmayan sonuçlar doğurabilir. Bunun önüne geçilmesi için orantılı davranılması gerekir. Ceza muhakemesi anlamında ölçülülük, ceza muhakemesi tedbiri ile elde edilmek istenen menfaat ile bu tedbirin başvurulması neticesine meydana gelmesi muhtemel zarar arasında dengenin olmasıdır<sup>466</sup>. Hukuk devleti ilkesi olarak suçsuzluk karinesi gözetilerek kişinin bir suç dolayısıyla özgürlük ve güvelik hakkının sınırlandırılması için telafisi mümkün olacak hallerde etkin bir cezanın verilmesinin, kişinin özgürlüğüne nazaran daha ağır basması gerekir. Bu tartım ölçülülük ilkesi

---

<sup>464</sup> Coşkun Koç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesi (Kişi Özgürlük ve Güvenliği) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Yakalama ve Gözaltına Alma, s.104-105.

<sup>465</sup> Z. Özen İnci, Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.2, Aralık 2017, s.126-127, Mahmut Koca, Tutuklamada Oranlılık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının “Adli Kontrol” Tedbirinin Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.2, 2003, s.116.

<sup>466</sup> Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.49-50.

uygulanarak yapılacaktır. Ölçülülük ilkesi tutukluğun süresi açısından da önemlidir. Bu ilkenin baskısıyla yapılacak işlemler çabuklaşır. Böylece kısa sürede tutuklu kişi hakkında kamu davası açılması ve nihai kararın verilmesini sağlar<sup>467</sup>.

Ölçülülük ilkesinin üç alt ilkesi bulunmaktadır. Bunlar; elverişlilik, gereklilik ve orantılılıktır. Ceza muhakemesinde ölçülülük ilkesi, ilk olarak, muhakeme işlemi yapacak makamın, başvuracağı işlemin seçimini yaparken dikkate alınacaktır. Elverişlilik ilkesi gereği ceza muhakemesi hukuku aracı olarak seçilen tedbirin, ulaşılmak istenen amaca elverişli bir aracın seçilmesi gerekir. Seçilecek araçla istenilen amaca ulaşılması gerekir. CMK'nın, 74. maddesinde, gözlem altına alınma düzenlenmiştir. Gözlem altına alınma tedbirine, fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığı, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için başvurulmaktadır. Bu tedbirin amacı, kişinin TCK m.32 anlamında akıl hastası olup olmadığının saptanmasıdır. Bu tedbire başka şekilde örneğin, sanığın veya şüphelinin beden muayenesi yapılması adına başvurulması mümkün değildir<sup>468</sup>.

Gereklilik ilkesine göre amaca ulaşabilmek için kişinin temel hak ve özgürlüklerine en az sınırlama getiren veya kişiye en az yükümlülük yükleyen tedbirin yani aracın seçilmesi gerekir. Şüphelinin, üzerine atılı eylem ve soruşturma dosyasındaki delillere göre hakkında tutuklama tedbirine başvurulması gerekebilir. Ancak, bu amaca adli kontrol tedbiri uygulanarak da ulaşılabilir. CMK'nın, 100/1. maddesine göre tutuklama tedbiri, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olması halinde ölçülüdür. Kısa süreli hapis cezası söz konusu olan bir eylem için tutuklama tedbiri yerine gereklilik ilkesi gereği adli kontrol tedbirine başvurulması gerekir<sup>469</sup>.

Ceza muhakemesi hukukunda ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden incelenmesi gereken en son ilke ise orantılılıktır. Orantılılık ilkesinde, amaç ile araç arasındaki dengeye bakılır. Yani başvurulacak araç ile ihlal edilen menfaatin, aracın kullanılmasıyla elde edilmek istenen menfaat arasında dengenin bulunması gerekir. O halde önemi daha az olan bir menfaat veya amaç için daha yüksek olan menfaatin ihlal edilmemesi gerekir.

---

<sup>467</sup> Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.47-48.

<sup>468</sup> Koca, s.116-117.

<sup>469</sup> Koç, s.104.

Kısacası, aracın, amaçtan daha değerli olmaması gerekir<sup>470</sup>. Orantılılık ilkesi daha önceden de vurgulandığı gibi diğer ilkelere nazaran tespit edilmesi daha zordur. Bunun nedeni ise amacın ne olduğunun tespit edilmesinde ortaya çıkan tereddütlerdir<sup>471</sup>. Bu nedenle özellikle tedbire başvuracak olan, hâkim veya Cumhuriyet savcısının hukuk normunun amacını belirlemeli ve bundan sonra tedbirin uygulanıp uygulanmamasına karar vermelidir.

Kanun koyucu, CMK'da bazı fiillere ilişkin olarak belirli tedbirlerin uygulanmasını yasaklamıştır. Burada kanun koyucu en başta bazı fiiller açısından belirli tedbirlerin uygulanması halinde orantısızlığını kabul etmiş, uygulamacıya da bu konuda uyarı ve yasaklama getirmiştir. Söz gelimi, CMK'nın 100/4.maddesine göre sadece adli para cezasını gerektiren suçlarda veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez, denilmektedir. Kanun koyucu, adli para cezasını gerektiren bir fiilin mevcudiyeti halinde tutuklama yasağını ihdas ederek orantısız müdahalelerin önüne kesmek istemektedir.

Orantılılık denetimi belirli bir süre için yapılmaz. Yani, orantılılık denetimi başvuru tedbirin icrası süresince devam etmektedir<sup>472</sup>. Koruma tedbirlerinin vasıta oluşu ve gecikemezlik özellikleri söz konusu dengenin zamanla değişmesinden kaynaklanmaktadır. Yargılamanın ilerleyişi sanık veya şüpheli lehine gelişirse ceza muhakemesi tedbirinin başvurulmasını gerektiren şüphenin derecesi ile muhtemel zararın ağırlık derecesi beklenen orantılılığın altına düşerse kişi hakkında uygulanan tedbir hafifletilebileceği gibi kaldırılması da mümkündür. Eğer yargılama sanık veya şüpheli aleyhine gelişmesi halinde bu sefer kişi hakkında uygulanan tedbir ağırlaşacaktır. Çünkü burada denge muhakemeyi koruma aleyhinde bozulmuştur<sup>473</sup>. Örneğin, tutuklama kararı verilmesi anında, tutuklama tedbiri amaç bakımından orantılıdır. Sonradan belirli bir süreni geçmesi halinde somut fiile göre alınacak ceza miktarı bakımından tutuklama tedbirinin orantılılığı söz konusu olmayacaktır. Bu durumu kanun koyucu öngörmüş ve CMK'da açık bir düzenlemeye yer vermiştir. CMK m.102'de tutuklama sürelerinin, ağır ceza mahkemesinin ve asliye ceza mahkemesinin

---

<sup>470</sup> Koca, s.117.

<sup>471</sup> Bkz. Gözler, s.376-377.

<sup>472</sup> Koca, s.120.

<sup>473</sup> Koç, s.104.

görev alanına giren suçlar açısından, soruşturma ve kovuşturma evreleri açısından ayrı ayrı düzenlemiştir.

Ölçülülük ilkesinin bazen ceza muhakemesinde kullanılan koruma tedbirlerinin icra edilmesinde kullanıldığı görülmektedir. CMK'da bazı koruma tedbirlerinin ne kadar süreyle uygulanacağı belirtilmiştir. CMK m.135'de düzenlenen, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbiri, m.135/4' e göre en çok iki ay için uygulanabilir, bu süre, bir ay daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim yukarıdaki sürelerle ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilmektedir. Keza, benzer düzenleme, CMK m.140'da düzenlenen, teknik araçlarla izleme tedbirinde de görülmektedir<sup>474</sup>. Ancak kanun koyucu, CMK m.139'da düzenlenen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinde biraz önce belirtilen tedbirlerin aksine tedbirin ne kadar süreyle uygulanacağına ilişkin bir süre düzenlemesi yapmış değildir. Kanun koyucu, kanundaki bu boşluğu bilinçli olarak bıraktığı kanaatindeyiz. Çünkü gizli soruşturmacının amacı, CMK m.139/4'de belirtildiği gibi faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamaktır. Gizli soruşturmacının delil toplaması, örgütün yapısına ve büyüklüğüne göre değişiklik gösterebilmesi mümkündür. Kanun koyucu bu durumu öngörerek tedbirin uygulanması açısından süre belirlememiş olabilir. Ancak kanun koyucunun, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanması açısından süre belirlememiş olması, bu tedbirin süresiz olarak uygulanacağı anlamına gelmez. Burada sınırı ölçülülük ilkesi çizmektedir. Gizli soruşturmacının amacı elde etmesi yani örgütle ilişkin araştırma yapması ve delil toplaması sona erdiği anlaşıldığında bu tedbirin uygulanmasına son verilmelidir. Çünkü başvuru tedbirle ulaşılmak istenen amaca erişilmiştir<sup>475</sup>.

Ceza muhakemesi hukuku açısından koruma tedbirleri söz konusu olduğunda ölçülülük ilkesi gündeme geldiğinden bunun incelenmesi gerekir.

---

<sup>474</sup> CMK m.140/4.

<sup>475</sup>Ramadan Sanıvar, Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Tedbiri, Ceza Hukuku Dergisi, Y.14, S.40, Ağustos 2019, s.436-437.

### 3.3 KORUMA TEDBİRLERİNDE ÖLÇÜLÜLÜK

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Ceza muhakemesinin sağlıklı yürütülebilmesi ve verilen kararların uygulanabilmesi için ve şüpheli veya sanığın hazır edilebilmesi için ve son olarak delillerin karartılması veya yok edilmesinin engellenmesi için başvurulmuş zorunlu tedbirlere koruma tedbirleri denilmektedir<sup>476</sup>.

Koruma tedbirlerinin ortak özellikleri ve ön şartları bulunmaktadır. Biz konumuz ile bağlantılı olarak koruma tedbirlerinin sadece ölçülülük özelliğini ve ön şartını ele alacağız.

Koruma tedbirlerinde ölçülülük veya orantılılık ilkesine uymak zorunludur. Koruma tedbirinde orantı veya ölçülü demek koruma tedbirine başvurularak elde edilmek istenen menfaat ile bu tedbirin uygulanması ile doğması muhtemel zarar arasında makul bir oranın bulunmasıdır. Bu hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Kişi hakkında uygulanacak tedbir, amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olması gerekir. Söz konusu tedbirin bireye katlanamayacağı bir yük yüklememeli, kişi üzerinde yarattığı etki makul düzeyde olması gerekir. Ceza muhakemesinin amacının gerçekleştirilmesi için kişi hakkında koruma tedbirine başvurularak kişinin temel hak ve özgürlüğünün sınırlanması göze alınmışsa bu tedbirin ölçülü olması gerekir. Bunun anlamı sınırlama aracının, sınırlama aracından değerli olmaması hatta daha az etki doğuran sınırlama aracının kullanılması ile amaca ulaşılabilecekse bu aracın kullanılması gerekir<sup>477</sup>.

Ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbirindeki amaç yakın tehlikenin doğuracağı riskten muhakemeyi korumaktır. Araç ise koruma tedbiri ile temek hal ve özgürlüklerde zorunlu olarak yapılan sınırlamalardır. Koruma tedbirlerinde ölçülülük, biraz önce açıklanan amaç ile araç arasındaki orantıyı ifade eder. Koruma tedbirine başvurulmasının ile bir bedeli vardır. Her koruma tedbirine başvurulduğundaki bedel, bizi korkutan zarardan daha fazla değerli olmamalı, koruma tedbirinde hak aramayıp

---

<sup>476</sup> Koç, s.86, Muzaffer Korkmaz, Koruma Tedbiri Nedeniyle Tazminat Davaları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, s.23.

<sup>477</sup> Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı, Sesim Soyer Güleç, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, s.34-35, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.309, Ed. Bahri Öztürk, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.441, Cumhur Şahin, Neslihan Öztürk, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, s.275-276, Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.368.

görünüşte haklılığa bakıldığından, bu sebeplerin kuvveti ile bir orantı aranmalıdır. Şüphe sebeplerinin kuvveti azsa ödenen bedel de az olmalıdır<sup>478</sup>.

Koruma tedbirlerinin, şüphe sebeplerinin kuvvetlerine göre başvurulmaktadır. CMK'nın, 116. maddesinde düzenlenen arama tedbirine başvurulması için makul şüphe gerekir. CMK'nın 100. maddesinde düzenlenen tutuklama tedbirine başvurulması için kuvvetli suç şüphesi aranmaktadır. Koruma tedbirlerinin vasıta oluşu ve gecikemezlik özellikleri amaç ile araç arasındaki dengeyi değiştirmektedir. Biraz önce bahsedildiği gibi koruma tedbirleri sisteminde, şüphe sebeplerine göre koruma tedbirlerine başvurulur. Bu yüzden orantılılık sadece koruma tedbirine başvurulmadan önce göz önünde bulundurulması gereken bir ilke değildir. Kişi hakkında tedbire başvurulurken şüphe derecesi az olabilir bu halde kişi hakkında daha az etki doğuran koruma tedbirine başvurulur. Zamanla şüphe derecesinin artması ile kişi hakkındaki koruma tedbirinin ağırlaşmasına neden olur<sup>479</sup>.

Koruma tedbirlerinde ölçülülüğü bazen kanun koyucu belirler. CMK, m.100/1'de işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez, denilerek ölçülülük ilkesine açıkça yer verilmiştir. Keza aynı maddenin dördüncü fıkrasında ise sadece adli para cezasını gerektiren suçlarda veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez, denilerek bu tür suçları işleyen kişiler hakkında tutuklama tedbirine en baştan başvurulması ölçüsüz olacağı belirtilmek istenmiştir. Kanun hükmünde açıkça yer verilmese de bile her koruma tedbirine başvurulmak istendiğinde ölçülülük ilkesine riayet edilmesi gerekir<sup>480</sup>.

Yargıtay 12.CD'nin, bir kararında<sup>481</sup>; hakkında yapılmakta olan bir soruşturma ve kovuşturmanın bulunması veya suç ihbarı üzerine işin esaslı araştırılıp şüpheli veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin bulunduğu hususunda makul şüphe değerlendirmesi ve başka suretle delil elde edilme imkanının bulunup bulunmadığı ve buna ait somut gerekçeler de gösterilmek suretiyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararındaki ölçütler de nazara alınarak, arama kararı verilmesi

---

<sup>478</sup> Yenisey, Nuhoglu, s.309.

<sup>479</sup> Yenisey, Nuhoglu, s.310.

<sup>480</sup> Öztürk/Kazancı-Eker/Güleç-Soyer, s.35.

<sup>481</sup> Yargıtay 12.CD. 2013/9105 Esas, 2013/30731 Karar, 25/12/2013.

gerekirken davacının uyuşturucu ticareti ve silah kaçakçılığı yaptığına ilişkin telefon ihbarı üzerine CMK'nın 160. maddesi gereğince yetkili Cumhuriyet Savcılığınca işin gerçeği araştırmaya başlanmadan, ortada makul şüphe olduğuna dair bir delil ve başka kişi veya olaylar hakkında yapılan bir soruşturma da bulunmadığı ve yapılan aramanın AİHM kararlarındaki ölçütlere ve ilkelere uygun olmadığı dolayısıyla hukuka aykırı olduğu anlaşılınca davacı lehine makul bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesini hukuka aykırı olduğunu belirterek müdahalenin izlenen meşru amaçla makul bir orantı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, bir bireysel başvuru kararında<sup>482</sup>, tutukluluğun makul süreyi aşp aşmadığı ve bu nedenle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edilip edilmediğini incelemiştir. Mahkeme, özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamında ölçülülük ilkesi açısından şu tespitlerde bulunmuştur;

Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Anayasanın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan tutuklamayı zorunlu kılan ibaresiyle de tutuklamanın ölçülü olması gerektiğine işaret etmiştir. 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde; işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması hâlinde, tutuklama kararı verilemeyeceği ifade edilmiştir. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesini gözetmek öncelikle tutuklamayı yapan ve tutuklamayı devam ettiren yargı mercilerinin görevidir. Bu nedenle bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında uygulanan ya da sürdürülen tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığı öncelikle tutukluluğa ilişkin kararların gerekçeleri üzerinden tespit edilebilir.

Buna göre 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 gösterilmesi gerekir. Başvurucu hakkındaki tutukluluğun devamına ilişkin derece mahkemelerince açıklanan gerekçelerin hürriyetten yoksun bırakılmanın meşru nedenlerinin belirtilmesi bakımından ilgili ve yeterli olması ve davanın yürütülmesinde bir özensizliğin bulunmaması dikkate alındığında 2 yıl 4 ay 4

---

<sup>482</sup> Başvuru no: 2014/4994.

günlük tutukluluk süresinin somut olayın koşullarında makul olduğu sonucuna varılmıştır.

AİHM, bireysel başvuruya<sup>483</sup> konu olayda, soruşturma kapsamında, başvuranların bu dönemde paylaştığı Ü.S.nin bürosunda bir arama gerçekleştirmişlerdir. Başvuranlar arama kararının verilmesini, aramanın konusunu çok belirsiz bir şekilde dile getirerek, söz konusu karara itiraz etmişlerdir. Mahkeme göre, bir avukatlık bürosunda yapılan el koymalarla ilgili mevzuat ve uygulama, kötüye kullanmalara ve keyfiliğe karşı uygun ve yeterli güvenceleri sunması gerekmektedir. Kime ait olduğu kesin olarak tespit edilen belgelerin avukat-müvekkil gizliliği kapsamına girmesine rağmen bunlara el konulduğu yönünde gerekçeli iddialarla kendisine başvuru hâkim, somut bir orantılılık denetimi gerçekleştirmeli ve gerektiği takdirde, bu belgelerin iade edilmesine karar vermelidir. Mahkeme, bu unsurların tamamı ışığında, başvuranların elektronik verilerine el konulmasına ve bu verilerin iade edilmesinin ya da yok edilmesinin reddedilmesine ilişkin ilgililer hakkında uygulanan tedbirlerin zorunlu bir sosyal ihtiyaca karşılık gelmemesi nedeniyle somut olayda Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği, bu tedbirlerin her halükârda izlenen meşru amaçlarla orantılı olmadığı ve dolayısıyla, demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kanaatine varmıştır. Bu nedenle mahkeme AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Yüksek yargı organlarının, uygulamalarına bakıldığında ceza muhakemesi hukukundaki koruma tedbirlerinin olmazsa olmazı olarak ölçülülük veya orantılık olduğu ifade edilmiştir. Koruma tedbirleri bakımından ortak özellik kabul edilen ölçülülük ilkesi, uygulanan tedbir ile henüz hakkında mahkûmiyet kararı verilmemiş bir kişinin temel hak ve özgürlüğünü bir müdahale taşıması nedeniyle meşruiyet kaynağı oluşturmaktadır. Koruma tedbirinin ölçülülük şartını taşıyabilmesi için tedbir nedeniyle kişinin temel hak ve özgürlüklerine yaptığı etkinin, soruşturma suç ve bu suçla ilgili elde edinmek istenen deliller arasında makul bir dengenin bulunması gerekir. Tedbirde ölçülülük, tedbire başvuran makamın, müdahalenin ağırlığına ve gerekliliğine en uygun tedbirin seçmesini sağlar. AİHM'ne göre tutukluluk ana kural özgürlüğe istisna getiren ağır bir önlem olduğundan alternatifinin bulunduğu halde bu tedbire başvurulması gerekir. Tutuklama ile amaçlanan kişinin kaçmasının engellenmesi ile adli kontrol

---

<sup>483</sup> Başvuru no:14704/12. Kaynak: <https://hudoc.echr.coe.int/tur>

hükümlerinden birine karar verilerek bu amaca ulaşılması mümkün ise o halde adli kontrol hükümlerinin uygulanması gerekir<sup>484</sup>.

Ölçülülük ilkesinin, ceza muhakemesinin gerçekleştirilmesi için başvuru koruma tedbirlerinin seçilmesinde ve uygulanmasında önemli bir kriterdir. Yukarıda belirtildiği gibi ölçülülük ilkesi sadece koruma tedbirleri için öngörülen bir ilke olmayıp aynı zamanda ceza muhakemesinin temel ilkelerindedir. Öngördüğü normları itibariyle ceza muhakemesinin, temel hak ve özgürlükleri sınırlaması hasebiyle ölçülülük ilkesinin var olmadığı düşünülmesi mümkün değildir. En basit ceza muhakemesi tedbiri bile kişinin temel hak ve özgürlüklerini kısıtlamaktadır. Ölçülülük ilkesinin bariz olarak uygulandığı koruma tedbirlerinin başında tutuklama tedbiri gelmektedir. Tutuklama tedbiri, kişinin özgürlük ve güvenlik hakkına en ağır sınırlamayı getirendir. Bu nedenle kanun koyucu diğer koruma tedbirlerine nazaran tutuklama tedbirinde ölçülülüğü daha açık ve detaylı düzenlemiştir. Ölçülülük ilkesinin uygulama açısından en önemli yanı kişi hakkında uygulanacak en uygun tedbirin seçilmesini sağlamasıdır.

#### **4. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ**

AİHS ve ek protokollerinde, ölçülülük ilkesi açıkça düzenlenmiş değildir. AİHS'nde ve ek protokollerinde ölçülülük ilkesinin yansımaları görülmektedir. Sözleşmenin, 8 ila 11. maddelerinin ikinci fıkralarında, sözleşmenin 8,9,10 ve 11. maddelerinde düzenlenen hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi ifade edilmiştir. Mahkeme, önüne gelen başvurularda, taraf devlet tarafından yapılacak hak ve özgürlüklere dair sınırlamanın ölçülülük veya diğer adıyla orantılılık ilkesine aykırı bir şekilde yapılamayacağını benimseyerek ölçülülük ilkesinin uygulamasını genelleştirmiştir. Böylece mahkeme içtihatlarıyla, ölçülülük ilkesini, AİHS'nin getirdiği koruma mekanizmasını sağlamada kullanılan genel bir ilkeye dönüştürmüştür. Sözleşmenin 15. maddesinde, olağanüstü durumlarda taraf devletin, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini, durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde, sözleşmeyle üstlendiği yükümlülüklerini azaltabileceğini ifade ederek, ölçülülük ilkesine zımni olarak yer

---

<sup>484</sup> Korkmaz, s.29, Ragıp Şahin, Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, s.30.

vermiştir. Sözleşmenin, sınırlama konusunda koyduğu kriter tedbirde ya da müdahalede ölçülülüktür<sup>485</sup>.

AİHM'ne, ölçülülük ilkesi Alman Hukuku tarafından taşınmıştır. Durum böyle olmakla birlikte Alman Hukukunun, AİHM'ne etkisi sınırlı olmuştur. Bunun altında yatan sebep ise mahkemenin, AİHS'nin benimsediği farklılaşmış ve kademelenmiş sınırlama sistemi çerçevesinde sözleşme yer alan her bir hak ve özgürlükle ilgili sınırlama sebebine bağlı kalmasıdır. Mahkemenin tatbikatı neticesinde ölçülülük ilkesi evrensel boyuta ulaşarak önemi artmıştır<sup>486</sup>.

AİHM, ölçülülük ilkesini şu şekilde tanımlamıştır; “ölçülülük ilkesi, ulaşılmak istenilen meşru amaçla, müdahalenin gerekçesi bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki orantılılık veya sınırlama ile elde edilebilecek genel yarar ile sınırlamanın neden olduğu bireysel zarar arasındaki dengedir”<sup>487</sup>. Kısacası, hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalenin, sınırlama getiren önlemlerde ölçüyü aşmamaktır<sup>488</sup>.

Doktrindeki bir görüşe göre ölçülülük ilkesinin, AİHS ve ek protokollerdeki varlığını iki farklı şekilde ele almaktadır. Bu görüşe göre ilk olarak ölçülülük ilkesinin, hafif örtülü biçimde düzenlendiği hükümler, diğerinde ise potansiyel olarak ölçülülük ilkesine yer hükümler bulunmaktadır. Sözleşmenin, 8,9,10,11 ve 15. maddelerinin ikinci fıkralarındaki hükümler ilk kategoriye; sözleşmenin 5. maddesi ve 1. protokolün 1. maddesi de ikinci kategoriye giren hükümlerdir. Sözleşmedeki bazı hükümlere göre hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların, gerekli, zorunlu ve kesinlikle zorunlu olması gerektiğini doğrudan; bazı hükümlerde ise yorum veya içtihatla yoluyla ölçülülük ilkesine göre yapılmasını ilke olarak kabul edilmiştir. Sözleşmenin, 8 ila 11. maddelerinin ikinci fıkralarında, bu maddelerde düzenlenen hak ve özgürlüklerin, kullanılmasının bir kamu otoritesinin müdahalesiyle ancak demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde olması gerektiğini belirtilmiştir<sup>489</sup>.

---

<sup>485</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.156, Metin, s.25, Onur Uçar, Vergi Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi ( Yüksek Yargı Organları Kararlarında Bir Değerlendirme ), Doktora Tezi, Ankara 2018, s.148, Ali Ceylan, Teoride ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s.75, Oğurlu, 2001, s.504, Hakyemez, s.1298.

<sup>486</sup> Metin, s.25, Ceylan, s.75.

<sup>487</sup> Akt. Ali Ceylan, s.75.

<sup>488</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.156.

<sup>489</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.156, Metin, s.25-26, Uçar, s.150.

AİHS’nde düzenlenen ve güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin, nasıl ve ne şekilde sınırlandırılacağı sözleşmede bizzat düzenlenmiştir. Sözleşmenin 8 ila 11. maddelerin ikinci fıkralarında sınırlandırma sebepleri sayılmıştır. Bunlar sınırlandırmaların meşru amaçlarıdır. Sözleşmenin ilgili bu hükümleri incelendiğinde sınırlandırmaların demokratik bir toplumda gerekli olmasından bahsedilmektedir. O halde sadece bir hakkın sınırlandırılması için meşru amacın bulunması yeterli değildir. Bu gerekçeyle sınırlamanın, demokratik bir toplumda ulaşılmak istenen amaca erimek için gerekli olduğu ölçüde yapılması zorunludur. Bir diğer ifadeyle, sınırlamanın zorunlu ve meşru olması halinde bile ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı olması gerekir. AİHM’ne göre bir hak ve özgürlüğe yapılacak olan sınırlamanın, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacı karşılaması ve öngörülen meşru amaçla orantılı olması gerekir. Sözleşmeye taraf devlet, bir hak ve özgürlükle ilgili herhangi bir sınırlamaya başvururken mahkemenin ifade ettiği gibi adil bir denge sağlamaya gayret edecektir. Bu sadece yalnız veya açıkça öngörülmüş bulunan hallerde değil tüm sözleşme hükümlerinin uygulanmasında dikkate alınması gereken egemen bir ilkedir<sup>490</sup>.

AİHM’nin, AİHS’nde düzenlenen hak ve özgürlüklerin sınırlandırmasında demokratik bir toplumda gerekliliğini, ölçülülük ilkesini kullanarak yaptığı görülmektedir. Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için sadece meşru bir amacın bulunması yeterli değildir. Meşru amaç olmadan sınırlandırmadan söz edilmesi de mümkün değildir. Sınırlandırmanın, mahkemenin denetiminden olumlu şekilde geçebilmesi için meşru amaca dayanan sınırlandırmanın, demokratik bir toplum için gerekli olması gerekir. Bunun da sağlanması için demokratik bir toplumda gereklerine yani zorlayıcı bir sosyal ihtiyaca cevap verilmeli ve sınırlamanın meşru amaçla orantılı olması gerekir. Mahkemenin denetimi incelendiğinde demokratik toplum düzenindeki gerekliliğin, ölçülülük ilkesiyle yapıldığı görülmektedir. Netice olarak demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir sınırlamadan da bahsedilse bile bunun meşru amaçla orantılı olması gerekir. Taraf devlet, yukarıda bahsedildiği gibi müdahalesiyle adil dengeyi korumaya çalışmalıdır<sup>491</sup>.

AİHM’nin, ölçülülük ilkesini alt ilkeleriyle (elverişlilik, gereklilik ve ölçülülük) birlikte sıkı bir denetime tabi tutmaktadır. Mahkeme bazen ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden

<sup>490</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.156, Metin, s.27, Ceylan, s.75-76, Oğurlu, s.505.

<sup>491</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.156-157, Ceylan, s.75-76, Uçar, s.148.

birine bazen de birkaçına başvurmaktadır. Mahkeme, sınırlandırmadaki amaç ile araç arasındaki dengeyi incelerken; muhtemel durumlara karşı başka önlemler alınıp alınmadığını, önlemlerin kaldırılması halinde ortaya çıkacak durumların tespit edilip edilmediğini, önleme aracının uygulama şeklinin belirlenip belirlenmediğini, önlemin hangi nitelikte olduğunu, yaygınlığını, etki edeceği alanı ve olası zarar verici sonuçlarını dikkate almaktadır<sup>492</sup>.

Ölçülülük ilkesi, AİHS'ne taraf devletin takdir yetkisinin sınırlarıyla yakından ilgisi bulunmaktadır. AİHM, sözleşmeye taraf devlete takdir yetkisi tanımakla beraber, bu takdir alanı sözleşmede öngörülen demokrasinin asgari standartları arasındaki dengenin sağlanıp sağlanmadığı, ölçülülük ilkesi kullanılarak denetlenmektedir. AİHM, ulusal mahkemelere, ülke içinde ortaya çıkan sorunların çözümünde ve bu sorunun çözüm sürecinde sözleşme gereklerinin ulusal durumlara uygulanmasında takdir yetkisine izin veren bir doktrin geliştirmiştir. Mahkeme, takdir yetkisi konusunu mutlak bir hak olarak görmemekte, takdir yetkisinin kullanılması halinde, denetimi her zaman elinde tutmaktadır. Mahkeme, sözleşmenin 8 ila 11. maddelerinde düzenlenen hak ve özgürlüklerle ilişkin olarak sözleşmeye taraf devletin, takdir yetkisini tanımaktadır. Ancak mahkeme, sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı, 3. maddesinde düzenlenen işkence yasağı ve 4. maddesinde düzenlenen kölelik ve zorla çalıştırma gibi medeni ülkelerce mutlak olarak kabul edilen konularda taraf devletin takdir yetkisini tanımamaktadır<sup>493</sup>. Bu anlamda bir görüşe göre ölçülülük ilkesinin yoğunluğu uygulandığı hak ve özgürlüğe göre değişiklik gösterebilecektir. Sözleşmenin, 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı açısından, mutlak gereklilik ile demokratik bir toplumda gerektiği ölçüde kriterlerinin orantısının farklı olduğu, bu orantının daha katı ve dar kapsamlı olacaktır. Sözleşmenin, 1 nolu protokolünün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkında ise gereklilik dengesi daha yumuşak ve gevşek biçimde uygulanmaktadır<sup>494</sup>.

AİHM, ölçülülük ilkesi denetimini, bu ilkenin alt ilkelerini kullanarak yapmaktadır. Bir görüşe göre mahkeme, ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan elverişlilik ilkesi denetimi çok istisnai hallerde yapmaktadır. Çünkü mahkeme bu denetimi örtülü bir şekilde

---

<sup>492</sup> Ceylan, s.76, Uçar, s.149.

<sup>493</sup> Uçar, s.149, Oğurlu, s.504.

<sup>494</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.157.

yapmaktadır. Gereklilik ilkesi denetimi de çoğunlukla ölçülülük ilkesi adı altında yapılmaktadır. Bu gerekçeyle bir hak ve özgürlükle ilgili yapılan sınırlamanın denetiminin temeli orantılılık ilkesi oluşturmaktadır. Mahkeme, gereklilik ilkesini, sınırlamanın zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç ve özellikle ulaşılmak istenen amaçla orantılı olması ve demokratik toplumda gerekli olma alt kavramlarıyla açıklamaktadır. Elverişlilik ise sınırlandırmada kullanılacak aracın, sınırlama amacını ulaşmayı sağlamasıdır. Biraz önce bahsedildiği gibi mahkemenin ölçülülük ilkesinin temel denetimini orantılılık ilkesiyle yapmaktadır. Orantılılık denetimi yapılırken sınırlamanın AİHS'nin sağladığı güvencelere sahip bireylere yüklediği yükümlülük ile ulaşılmak istenen meşru amacın devlet açısından taşıdığı önem tartışılmaktadır. Mahkeme, sınırlamayla ulaşılmak istenen meşru amacın orantılı olup olmadığını incelerken, sözleşmeye taraf devletin ileri sürdüğü gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığına bakmaktadır<sup>495</sup>.

AİHM, bireysel başvuruya konu<sup>496</sup> olayda, başvuranların yakını bir askeri operasyonda hayatını kaybetmiştir. Mahkeme özellikle, güç kullanımının, söz konusu olduğunda AİHS'nin 2. maddenin bentlerinde öngörülen amaçlara ulaşılması bakımından kesin olarak orantılı olmalıdır. Mahkeme, kullanılan gücün ilgili koşullarda gerekli olup olmadığını ve Hükümetin böylece öldürme olayını gerekçelendirme yükümlülüğünü tatmin edici şekilde yerine getirip getirmediğini belirlemektedir. Güç kullanımının mutlak surette gerekli ya da kesin olarak orantılı olup olmadığına ve kolluk kuvvetleri tarafından güç kullanılması hakkındaki ilgili ulusal mevzuata uygun olup olmadığına ilişkin ulusal düzeyde bir değerlendirme yapılmamıştır. Mahkeme, Hükümetin, askerler tarafından başvuranların yakınına karşı uygulanan güç kullanımının, Sözleşme'nin 2. maddesinin bentleri kapsamında öngörülen amaçlara ulaşılması bakımından mutlak surette gerekli ve kesin olarak orantılı olduğunu ispat edemediği sonucuna varmaktadır. Mahkemenin, burada özellikle yaşam hakkının söz konusu olduğu zaman ölçülülük ilkesinin daha sert uygulandığı anlaşılmaktadır. Diğer özgürlükler ve haklar açısından ölçülülük ilkesine uyulmadığında bunun hukuki olarak telafi edilmesi mümkün olabilecektir. Ancak yaşam hakkı söz konusu olduğunda çoğu zaman müdahalelerin geri

<sup>495</sup> Oğurlu, s.507-509, Metin, s.28, Uçar, s.149.

<sup>496</sup> Başvuru no:65815/15. Kaynak: <https://hudoc.echr.coe.int/tur>

dönüşü olmayacak sonuçlar doğurması muhtemeldir. Bu tehlikenin farkında olan Mahkeme, ölçülülük ilkesini, yaşam hakkı açısından daha sıkı ve sert uygulamaktadır.

AİHM, bireysel başvuruya<sup>497</sup> konu olayda, gazeteci olan başvuru, yazmış olduğu makale sebebiyle hakkında yürütülen yarılama zamanaşımına uğramıştır. Mahkeme değerlendirmesinde, ihtilaf konusu tedbirin yani hapis cezası gerektirebilecek ciddi suçlamalara dayanarak başvuran hakkında açılan ceza soruşturmalarının kayda değer bir süre boyunca devam etmesinin zorlayıcı bir sosyal ihtiyacı karşılamadığı, her ne olursa olsun, amaçlanan meşru amaçlarla orantılı olmadığı ve bundan dolayı, söz konusu tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kanaatine varmıştır. Bu nedenle mahkeme AİHS'nin 10. maddesi ihlal edildiğini hükmetmiştir. Burada da mahkemenin, demokratik toplum düzenini vazgeçilmezlerinden kabul ettiği düşünce ve ifade hürriyetine yapılacak olan sınırlamaların, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacı karşılaması gerektiğini ifade etmiştir. Bu ihtiyacı, taraf devletin ulusal yargı makamları somut olayın özelliklerine belirlemesi gerekir. Mahkeme bu aşamada taraf devlete takdir alanı bırakmıştır. Mahkeme, taraf devletin takdir alanını belirlemede taraf devletin sınırlama gerekçelerine odaklanmaktadır. Gerekçeler, meşru amacı gerçekleştirmeye ilgili, yeterli ve belirli olması gerekir.

AİHM, bireysel başvuruya<sup>498</sup> konu olayda, 13 Mart 2001 tarihinde, Aydın Ceza Mahkemesi Hâkimi, Aydın Cezaevi yakınlarında bulunan kırk üç ev için bir arama emri çıkarmıştır. Bu arama, tutukluların bir tünel yoluyla kaçmalarına yönelik her türlü yardımı engellemek amacıyla gerçekleştirilmiştir. Mahkeme gereklilik kavramının acil bir sosyal ihtiyaca dayalı ve özellikle izlenen meşru amaçla orantılı bir müdahale anlamına geldiğini belirtmektedir. Arama emrinin içerik ve kapsamı ile ilgili olarak AİHM, belgenin kesin olmayan ifadelerle kaleme alındığını söylemiştir. Hâkim arama emrini verirken, hiçbir konuda sınırlama koymamış, sadece tarihini ve bunun bir defaya mahsus olduğunu belirtmiştir. Aramanın gerekçesi ve neyin arandığı hakkında hiçbir bilgi içermeyen bu emir, bu şekliyle polisler için oldukça geniş bir yetki tanımıştır. Oysa AİHM'nin kanaatine göre, bir arama emrinin, aramayı yürüten polislerin belirlenen araştırma alanına uyum gösterip göstermedikleri konusunda kontrol imkânı sağlayan asgari bilgiler içermelidir. Mahkeme, demokratik toplumun menfaati doğrultusunda

<sup>497</sup> Başvuru no:29680/05. Kaynak: <https://hudoc.echr.coe.int/tur>

<sup>498</sup> Başvuru no: 17811/04. Kaynak: <https://hudoc.echr.coe.int/tur>

konut dokunulmazlığının sağlanması dikkate alınarak yapılması gereken bu ihtilaflı müdahalenin izlenen meşru amaçla makul bir orantı göstermediği sonucuna varmaktadır.

AİHM'nin, ölçülülük ilkesini uygulamadaki beşiği demokratik toplum düzeninde gerekliliktir. Mahkeme uygulamasına göre AİHS'ne uygun olarak temel hak ve özgürlüklere müdahalenin mümkün olabilmesi için bunun sözleşmenin maddelerinde yer verilen, meşru amaca dayalı, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacı karşılaması ve öngörülen meşru amaçla orantılı olması gerekir. Mahkeme açısından orantılılık ikincildir. Çünkü bir müdahale söz konusu ise bu müdahalenin ilk önce demokratik toplum düzeninde gerekli olması gerekir. Bu aşamayı geçemeyen müdahalenin orantılı olup olmadığına bakılmasına da gerek yoktur. Mahkeme açısından ilk elden önemli olan demokratik toplum düzeni gerekliliği denetimidir.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### 1. AİHM KARARLARININ TÜRK CEZA ve CEZA MUHALEMELERİNE ETKİSİ

Ulusal-üstü yargı organlarının, iç hukuka veya iç hukuktaki yargı organlarına etkisinden bahsedebilmesi için o yargı organının verdiği kararların bağlayıcılığıyla ilgilidir.

İncelememiz, AİHM'nin kararları olduğundan, mahkemenin kararlarının bağlayıcılığı hususunu bir önceki bölümde bahsetmemizden dolayı tekrar oluşmamasına adına bu konu üzerinde burada durulmayacaktır. Önceden de belirtildiği gibi AİHM'nin kararlarının, büyük başlık altında Türk hukuku, alt başlık altında ise ceza ve ceza muhakemesi hukuklarına etkisi söz konusu olduğunda ya da etkisinden bahsedilmek istendiğinde çok geniş bakış açıları veya konuların olacağı izahtan varestedir. Bu bölümün başlangıcında belirtildiği gibi biz AİHM'nin kararlarının, ceza ve ceza muhakemesi hukuklarına etkisini, yukarıda açıklandığı gibi mahkemenin bireysel başvurulardaki, denetiminde argüman olarak sıklıkla kullandığı ölçülülük ilkesini kullanarak bahsedeceğiz.

AİHM'nin kararlarının, iç hukuka, özelde ise ceza ve ceza muhakemesi hukuklarına etkisini inceleyen eserlere<sup>499</sup> (tez, makale, eser) bakıldığında yani incelendiğinde, mahkemenin Türkiye aleyhindeki verilen kararların iç hukuka etkisini temelde Anayasada, kanunlarda yapılan değişikliklere ve iç hukuktaki yüksek yargı organlarının içtihat değişikliklerine inhisar ettikleri gözlemlenmiştir. Bizim incelememizin amacı bunlardan farklı olacaktır. Biz açıkladığımız üzere ölçülülük ilkesinden hareket ederek, mahkemenin kararlarının, ceza ve ceza muhakemesi hukuklarına etkisine yer vereceğiz. Amacımız ise ölçülülük ilkesine vurgu yapılmasıdır.

Yukarıdaki başlıklarda değindiğimiz gibi ölçülülük ilkesine TCK'nın, 3. maddesinde yer verilmiştir. Yine ölçülülük ilkesinin ceza hukukundaki anlamının ne olduğu açıklanmıştı. AİHM'nin, yukarıda bahsedildiği gibi bireysel başvuru incelemesinde ölçülülük ilkesini bir denetim aracı olarak kullandığını açıklamıştık. İç hukukta ise özellikle ifade özgürlüğüne yakın temasta bulunan bazı suçların örneğin hakaret suçundan mahkûmiyet kararı verildiğinde üst dereceli mahkemelerin ve yüksek mahkemelerin bilhassa demokratik toplum düzeninde gerekli kabul edilmeyen, kanuni

---

<sup>499</sup> Bkz. Hamide Zafer, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuzdaki Yeri (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, Aralık 2013, Sayfa: 121-148, Burak Çelik, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Türk Ceza Hukuku Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Ocak 2006, Sayfa: 135-173, Emine Eylem Aksoy Retornaz, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Uygulanması ve Ceza Yargılaması Hukukuna Yansımaları, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, Ocak 2010, Sayfa: 943-962, Haluk Çolak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İfade Özgürlüğü, İç Hukuka Etkisi ve Yeni Türk Ceza Kanunu Perspektifinde Normatif Düzenlemeler, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Eylül 2006, Sayfa: 263-321.

düzenlemeye göre de suç vasfı oluşan eylemlerle ilgili incelemelerinde ölçülülük ilkesine başvurulduğu görülmektedir. Gerçekten bazı eylemler örneğin TCK m.125/3-a'da düzenlenen kamu görevlisine hakaret suçunu oluşturabilecektir. Söz konusu bu eylem demokratik toplumda gerekli değil ise derece mahkemesinin eyleme karşılık olarak tatbik edilecek cezanın ölçülü olmayacağından hareketle sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına ya da beraat kararı verilebilecek midir? Bu soruya CMK, cevaz vermemektedir. CMK'nın, 223.maddesinin, 2.fıkrasında hangi hallerde beraat kararı verileceğinin, 3 ve 4. fıkralarında ise hangi hallerde ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verileceği sınırlı olarak sayılmıştır. Bu haller genişletilemez. Bu haller arasında cezanın ölçülü olmaması nedeniyle beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verileceği düzenlenmemiştir.

AİHM, Özçelebi/Türkiye<sup>500</sup> kararında; hükmedilen cezaların niteliği ve ağırlığı da müdahalenin orantılı olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme söz konusu olduğunda, dikkate alınması gereken unsurlardandır. İfade özgürlüğüne yapılan müdahale, bu özgürlüğün kullanılması konusunda caydırıcı bir etki yaratabilmektedir. Bu bağlamda, Mahkeme, para cezası gibi bir yaptırımın nispeten ılımlı niteliğinin, bu tür bir caydırıcı etkinin oluşma ihtimalinin ortadan kalkması için yeterli olmadığı kanaatine varmıştır. Başvurucunun, Atatürk portresine kastederek *kelle* ifadesinin kullanılmasıyla başvurucuya adli para cezası verilmesinin, ifade özgürlüğünü kısıtladığını ifade etmiştir. Mahkeme, ifade özgürlüğünün kullanılması söz konusu olduğunda bu özgürlüğün sınırlandırılması için adli para cezası mahkûmiyetinin bile ölçülülük ilkesine uygun yaptırım olmayacağını belirtmiştir. Mahkeme değerlendirmesinde ise '*...Mahkeme, ihtilaf konusu müdahaleyi haklı kılmak için ulusal mahkemeler tarafından ileri sürülen gerekçelerin yeterli olmadığı ve söz konusu müdahalenin izlenen meşru amaca nazaran orantısız olduğu kanaatine varmaktadır. Mahkeme, başvuranın hakaret gerekçesiyle mahkûm edilmesinin "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığı sonucuna varmaktadır.*' demektedir. Ulusal mahkemelerin, yer vermediği ölçülülük ilkesine uygulamıştır.

---

<sup>500</sup> Başvuru no. 34823/05.

## 2. AİHM'İN KARARLARININ ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ YÖNÜYLE TÜRK CEZA VE CEZA MUHALEMELERİNE ETKİSİ

Yukarıdaki başlıklarda konuyu açıklamak adına yer verdiğimiz AİHM kararlarında, mahkemenin, ölçülülük ilkesini denetim aracı olarak kullandığı görülmüştür. Yer verilen kararlar, ceza ve ceza muhakemesi hukukları ile ilgilidir.

Yer verdiğimiz AİHM kararlarının, ceza hukukuyla ilgili olanlara bakıldığında bu bireysel başvurularda AİHS'nin, 10. maddesinde düzenlenen, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verildiği görülmektedir. Mahkemenin, ifade özgürlüğüne ilişkin olarak yapılacak sınırlandırmaların, demokratik bir toplumda gerekli olması gerektiğini ifade etmiştir. Yapılan sınırlandırmada kullanılan aracın, yapılan sınırlandırma açısından amaca uygun orantılı olmasını gerektiğini vurgulamıştır. Taraf devlet veya ulusal makamlar tarafından yapılan sınırlandırmalar, bazen hapis cezası bazen de adli para cezası olarak tezahür edildiği görülmektedir. Mahkeme bu türden yani ifade özgürlüğüne yapılan sınırlandırma söz konusu olduğunda istikrarlı biçimde şu içtihadını vurgulamaktadır<sup>501</sup>; “Mahkeme değerlendirmesinde, başvurana para cezası mahkûmiyeti kararı verilerek AİHS'nin 10.maddesinde düzenlenen, ifade özgürlüğünün sınırlanmasıyla ilgili olarak ‘Hükmedilen cezaların niteliği ve ağırlığı da müdahalenin orantılı olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme söz konusu olduğunda, dikkate alınması gereken unsurlardandır (Perna/İtalya [BD], No. 48898/99, § 39, AİHM 2003-V). İfade özgürlüğüne yapılan müdahale, bu özgürlüğün kullanılması konusunda caydırıcı bir etki yaratabilmektedir. Bu bağlamda, Mahkeme, para cezası gibi bir yaptırımın nispeten ılımlı niteliğinin, bu tür bir caydırıcı etkinin oluşma ihtimalinin ortadan kalkması için yeterli olmadığı kanaatine varmıştır (Yukarıda anılan, Morice, § 127)”.

Mahkeme yukarıda verilen içtihadına göre bir kişinin ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda ve bu kişinin bu özgürlüğüne sınırlama getirilmesi halinde kişi hakkında uygulanacak cezanın (hapis veya adli para cezası olması halinde), ifade özgürlüğünün kullanılması konusunda caydırıcı olabileceğini belirtmiştir. Kısacası mahkemenin yukarıda yer verdiğimiz kararlarında, AİHS'ne taraf devletin ulusal makamlarının, ifade özgürlüğünün sınırlanmasında, iç hukuk normunda öngörülen hapis cezası ve adli para

<sup>501</sup> Özçelebi kararı, prg.44 (Başvuru no:34823/05).

cezasının, birer sınırlandırma aracı olarak kullanılmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bahsedilen bu araçlar, kullanılması halinde ise ifade özgürlüğü açısından, demokratik bir toplumda orantılı bir müdahale oluşturmayacaktır.

Mahkeme, Vural/Türkiye kararında, hapis cezasının miktarının fazlalığını, Dilipak/Türkiye kararında kişi hakkında uzun süren ceza soruşturmasının, Çetin/Türkiye kararında ise başvuruna verilen cezanın en hafif ceza olsa bile yine ceza teşkil edeceğini, Demirtaş/Türkiye kararında ise başvuran verilen ceza hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve ardından ertelenme hükümlerinin uygulanması, hallerini birer ihlal olarak görmüştür. Bu nedenle mahkeme, sadece, kişi hakkında hapis veya adli para cezasının uygulanmasını orantılı olarak kabul etmemiştir. Mahkeme, biraz önce bahsedilen örneğin uzun süren ceza soruşturmasını bile orantılı olmadığını kanaat edinmiştir. Çünkü bir ceza soruşturmasıyla kişinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahale, bu özgürlüğün kullanılması konusunda caydırıcı bir etki yaratabilmektedir.

Mahkemenin, yer verdiğimiz ceza muhakemesi hukukuyla ilgili kararlara bakıldığında bu bireysel başvurularda büyük başlık altında ceza muhakemesi kanununda düzenlenen koruma tedbirlerinin konu olduğu görülmektedir. Koruma tedbirlerinin, kişinin AİHS'nin, 5. maddesinde düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkını, yine sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile yaşamına saygı hakkını sınırladığı bilinmektedir. Dolayısıyla, mahkeme, bu bireysel başvurularda ise AİHS'nin, 5. maddesinde düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkını, 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile yaşamına saygı hakkını ihlal ettiğini karar vermiştir.

Ceza muhakemesinde yargılamanın yapılabilmesi veya ileride verilebilecek hükmün yerine getirilmesi amacıyla bazı tedbirlerin alınması gerekir. Bu tür tedbirlere ceza muhakemesinde koruma tedbirleri denilmektedir. Bu tedbirlere başvurulmasında amaç şüpheli veya sanığın hazır edilmesi veya delillerin karartılmasını engellemektir. Koruma tedbirleri, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı mahiyette olduğu için önem taşımaktadır. Bu amaçla koruma tedbirlerinin kanunla düzenlenmesi zaruridir. Koruma tedbirlerinin ön şartlarından biri ise orantılılıktır. Koruma tedbirleri vasıtasıyla (ör. tutuklama tedbiri) kişinin temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmak isteniyorsa kuşkusuz, başvuru tedbirle işin önemi ve muhtemel ceza arasında orantı bulunması

hukuk devletinin bir gereğidir. Orantının bulunması, araçla aracın, yöntemle hedefin dengeli olmasıdır. Kişiyeye uygulanacak tedbirle elde edilmek istenen yararlar, kişinin uğrayacağı muhtemel zarar arasında dengenin bulunması gerekir<sup>502</sup>.

AİHM'nin, yukarıda yer verdiğimiz kararları göz önünde ceza muhakemesi hukukunda kullanılan koruma tedbirlerinden, tutuklama, arama ve iletişimin tespiti ön plana çıkmaktadır. Kanun koyucu, 5271 sayılı CMK'nın, 100/1. maddesinde, tutuklama tedbirinin, açıkça ölçülü olması halinde uygulanacağını düzenlemiştir. CMK'nın, arama kararını düzenlediği 119/2. maddesinde arama kararında nelerin bulunması gerektiğini belirtmiştir. Bu hüküm incelendiğinde, arama kararının kapsamını bir sınırı olduğu anlaşılmaktadır. Arama kararını verecek merci, kararını, neye dayandığını somut olarak belirtmesi gerekir. Aksi halde, sınırı belirlenmeyen ve kapsamı belli olmayan arama kararının icrasıyla, kişinin temel hak ve özgürlüğüne ölçüsüz müdahale edilmiş olacaktır.

AİHM kararlarının, ceza ve ceza muhakemesi hukuklarına etkilerini aşağıdaki başlıkta sıralayacağız.

D) Yer verilen AİHM kararları ve Yargıtay kararlarında, özellikle de kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesinin önemli bir faktör olduğu ve çoğu zaman da ölçülülük ilkesine riayet edilmeden, amaca uygun olmayan sınırlamalara yer verildiği görülmektedir. Başta AİHM, olmak üzere Yargıtay'ın ölçülülük ilkesini kişilerin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken bir ilke olduğuna işaret etmiştir.

Yargıtay kararlarında ölçülülük veya orantılılık ilkesi, kişinin sübut bulan ve suç olan eylemine karşılık olarak tatbik edilen ceza yaptırımının belirlenmesinde ve bireyselleştirilmesinde, kişinin temel hak ve özgürlüklerinden biri olan AİHM'nin, 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün kullanması nedeniyle hakkında uygulanan cezanın hukuka uygun olup olmadığında, ceza muhakemesi hukukunda başvuru koruma tedbirlerinden aramanın ve iletişimin tespitinin hukuka uygun olup olmadığına yani hukuka aykırı delil olup olmadığına ilişkin olduğu görülmektedir.

---

<sup>502</sup> Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Baskı, İstanbul, Eylül 2013, s.309,312.

Yargıtay kararlarında tutuklama koruma tedbiri ile ilgili olarak herhangi bir karar verilmediği görülmektedir. Tutuklama kararına uygulamada hem itiraz edilmekte hem de CMK'nın, 104/1'de düzenlendiği gibi tahliye talebinde bulunmaktadır. Yargıtay'ın, tutuklama tedbiriyle ilgili olarak herhangi bir karar verilmemesinin sebebi ise tutuklama kararına karşı kanun yolunun itiraz<sup>503</sup> olmasıdır. Tutuklama kararı, hâkim kararı olduğundan bu karar aleyhine ancak itiraz kanun yoluna başvurulabilmektedir<sup>504</sup>. Yargıtay, kanun yollarından temyizi inceleyen yüksek mahkeme olduğundan, tutuklama tedbiri ile ilgili karar verememektedir. Bu nedenle Yargıtay'ın, AİHM'nin aksine tutuklama tedbirinin hukuka uygun olup olmadığına ilişkin yerleşik içtihatlarına rastlanılmamaktadır. Yargıtay'ın, tutuklama tedbirinin, ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığına dair herhangi bir değerlendirmesi de doğal olarak bulunmamaktadır. Ancak, Yargıtay'ın, hükmen tutuklu bırakılan sanık hakkındaki hükümle ilgili temyiz kanun yolunda, bozmanın niteliğine ve tutuklu kaldığı süreye göre sanığın tahliyesine karar verdiği de görülmektedir<sup>505</sup>. Burada da aslında Yargıtay'ın, sanığın tutukluluk durumunu, CMK, m.100/1.maddesinde belirtildiği gibi sanığa verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez, hükmüne dayandığı söylenebilir.

**II) Aktarılan, AİHM ve Yargıtay kararları gözlemlendiğinde, AİHM'nin ölçülülük ilkesini, AİHS'nin, 8. ila 11. maddelerinde ifade edilen demokratik bir toplumda gereklilik ilkesiyle birlikte değerlendirmektedir. AİHM, doğrudan ölçülülük ilkesini kullandığı görülmemektedir. AİHM, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasındaki müdahalenin, ölçülülüğünü, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına bakmaktadır. AİHM'ne göre demokratik bir toplumda gerekliliği sağlanmayan müdahalenin, ölçülü olup olmadığına bakılmasına gerek yoktur. Çünkü müdahalenin, ölçülü olmadan evvel demokratik bir toplumda gerekli midir? Bunun tespit edilmesi gerekir. AİHM, demokratik bir toplumda gereklilik ilkesindeki, gerekli**

<sup>503</sup> CMK m.267; Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.

<sup>504</sup> CMK M.268/3-a; Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir.

<sup>505</sup> Yargıtay, 20.CD. 2019/2702 Esas, 2019/7465 Karar, 23/12/2019.

nitelemesini, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı ifade eder. AİHM'ne göre ancak zorlayıcı toplumsal ihtiyacı karşılayan müdahale meşrudur. Bu gereksinim, yani zorlayıcı toplumsal ihtiyacın takdiri veya tayini ulusal yargı makamlarına aittir. Kuşkusuz, demokratik bir toplum düzeninde gerekli olan müdahale, meşru amaca uygun ve bu amaçla orantılı gerekir. Ölçülülük ilkesi, müdahalenin, demokratik bir toplum düzeninde orantılılığı sorgulandığında ortaya çıkmaktadır. Yargıtay kararları incelendiğinde yüksek mahkemenin, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasındaki müdahalenin, demokratik bir toplum düzeninde gerekli olup olmadığını tartışmamaktadır<sup>506</sup>.

Yargıtay, kararlarında demokratik bir toplumda gereklilik ilkesini yer vermekle beraber bu ilkeyi, AİHM gibi kararlarında tartışmadığı görülmektedir. Yargıtay'ın daha ziyade kanun yolu incelemesi sırasında, sanığa verilen ceza hükmünü değerlendirdiğinde, sanığın somut olaydaki fiili, ceza kanunu açısından suç oluşturmadığı takdirde örneğin hakaret suçlarında, sanığın Anayasa'da ve AİHS'nde düzenlenen ve ifade özgürlüğünün bir görünüşü olan eleştiri hakkını kullandığı belirterek beraat kararı verilmesini gerektiğini ifade etmektedir. Bu saikle Yargıtay'ın, kararlarında demokratik toplum düzeninde gerekliliği ilkesini ilişkin değerlendirmelere rastlanılmamaktadır. Yargıtay'ın, burada sanığın fiilinin suç oluşturmadığı yani hakkını kullanması nedeniyle anladığı durumda, kişinin ifade özgürlüğünün, sınırlandırılmasını demokratik toplum düzeninde gereklilik yönünden ele almamaktadır. AİHM'nin, sadece kişiye ceza verilmesini ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmekle yetinmemiş ayrıca bu türden kişinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin ileride diğer kişilere uygulandığında da ihlal oluşturacağı da kararlarından ayrıca anlaşılmaktadır.

Yargıtay'ın bu anlayışının ceza muhakemesi kanunuyla uyumlu olduğu söylenebilir. Çünkü Yargıtay'ın, AİHM gibi hak ihlali tespit etme gibi bir görevi bulunmamaktadır. Yargıtay, verilen hükmün hukuka uygun olup olmadığına karar verir. Hukuka aykırı bir hüküm, ancak ceza muhakemesi kuralları içerisinde hukuk dünyasından ihraç edilebilir. Bu gerekçeyle hukuka aykırı bir hüküm sonrasında sanığın beraati söz konusu olacaksa CMK m.223.hükümlerine uygun hareket edilmesi gerekir. O halde sanığın eleştiri hakkını veya ifade özgürlüğünü kullandığı gerekçesiyle beraatine karar verilmelidir.

---

<sup>506</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.397-400.

III) AİHM'nin, kişinin hak ve özgürlüklerine karşı yapılan müdahalenin orantılılığında, müdahale için kullanılan aracının etkilerini de tartıştığı görülmektedir. Mahkemenin, ifade özgürlüğüne konu bireysel başvurularında sıklıkla başvurucuya, hükmedilen cezaların niteliği ve ağırlığı da müdahalenin orantılı olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme söz konusu olduğunda, dikkate alınması gereken unsurlar olduğunu belirtmektedir. Mahkeme, başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahale, bu özgürlüğün kullanılması konusunda caydırıcı bir etki yaratabileceğini ifade etmektedir. Mahkeme, sadece hapis cezasının etkisinden değil bu bağlamda adli para cezası gibi bir yaptırımın nispeten ılımlı niteliğini olduğunu kabul ederek, adli para cezasının bile caydırıcı etkinin oluşma ihtimalinin ortadan kalkması için yeterli olmadığını söylemektedir. Mahkemenin yaptığı bu değerlendirme, mahkemenin ifade özgürlüğüne bakış açısıyla ilgilidir. Yer verilen mahkemenin kararlarına bakıldığında, mahkemenin çoğu zaman ihlal kararı verdiği görülmektedir. Mahkeme çok istisnai haller dışında ifade özgürlüğünün sınırlandırılmaması gerektiğini içtihatlarında dile getirmektedir. Mahkemeye göre ifade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her bireyin gelişmesini sağlaması açısından, demokratik toplumun temel dayanaklarından biridir. Mahkeme bu açıdan sadece olağan, zararsız, iyi niyetli ve saldırgan olmayan ifadelerin değil şoke edici, rahatsızlık veren, aşırı, provokatif, marjinal ifadelerin de korunmasını gerektiğini ifade etmiştir<sup>507</sup>.

Yargıtay'ın, hakaret suçuyla ilgili içtihatlarına bakıldığında, sanığa hükmedilen cezanın türüne veya niceliğine ilişkin ifade özgürlüğünün kullanılması konusunda caydırıcı etkiye dair herhangi bir değerlendirme yapılmadığı anlaşılmaktadır. Yargıtay, ceza miktarıyla ilgili değerlendirmeyi, TCK m.61 ve 3.maddesi söz konusu olduğunda yani kişinin sabit olan eylemine karşılık orantılı olmayacak şekilde ceza verilmesi halinde yapmaktadır. AİHM, sanığa verilen ceza türünün ve miktarının da orantısızlığını vurgulamaktadır. Ama bunu sadece ölçülülük ilkesine değil demokratik toplumda gerekliliğine dayandırmaktadır. AİHM, açısından özellikle de ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin türü önem taşımaktadır. AİHM, sadece hapis veya adli para cezasının uygulanması halinde müdahalenin ölçülü olmadığı ifade etmemektedir. Mahkeme, kişi hakkında uzun süreli ceza soruşturmasının yapılması, kişi hakkında verilen hapis cezasının, hükmün açıklanmasının geri bırakılması veya ertelenmesini bile

<sup>507</sup> Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.426-427.

demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığı dolayısıyla ölçülü olmadığına ifade etmektedir.

**IV)AİHM, Aydemir/Türkiye<sup>508</sup>** kararında koruma tedbirlerinden biri olan aramanın, nasıl yapılacağını gösteren arama kararında bulunması gerekenleri belirtmiştir. Buna göre mahkeme, arama kararında arama kararını veren merciin, aramayı gerektiren suçun ciddiyeti, arama emrinin çıkarılma koşulları ve ne şekilde çıkarıldığı, özellikle aramadan önce elde bulunan diğer delil unsurları, yine özellikle arama yapılacak yerin niteliği ve müdahalenin mantık dışı etkileri olmaması amacıyla alınan önlemler bakımından arama emrinin içeriği ve kapsamı ve son olarak da aramanın hedef aldığı kişinin itibarı üzerindeki olası yankıları gibi kıstasları dikkate almasını gerektiğini ifade etmiştir. Böylelikle, hâkimin hangi delil unsurlarına dayanarak ihtilaflı arama emrini çıkardığı açık bir şekilde ortaya konulmuş olacaktır. Aksi hale, aramanın gerekçesi ve neyin arandığı hakkında hiçbir bilgi içermeyen bu emir, bu şekliyle polisler için oldukça geniş bir yetki tanıyacaktır. Mahkemeye göre, bir arama emrinin, aramayı yürüten polislerin belirlenen araştırma alanına uyum gösterip göstermedikleri konusunda kontrol imkânı sağlayan asgari bilgiler içermelidir. Arama kararında yukarıda belirtilen unsurlar içermemesi halinde mahkeme, müdahalenin, pratikte, izlenen amaçla orantılı olmadığına hükmetmiştir.

Yargıtay, arama kararının içeriğini ise CMK'nın, 119/1. maddesinde<sup>509</sup>, ifade edilen gecikmesinde sakınca bulunan halin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmaktadır. Yargıtay, Cumhuriyet Savcısı tarafından gecikmesinde sakınca bulunduğu bahisle verilmiş yazılı bir arama izni bulunmasına rağmen arama kararında gecikmesinde sakınca bulunan halin gerekçesinin belirtilmediği, dosya içerisinde bulunan 09.02.2012 tarihli arama tutanağının tarih ve saati incelendiğinde aramanın hafta içi mesai saatleri içerisinde yapılmış olması nedeniyle arama kararının savcılık tarafından verilemeyeceği, buna göre yapılan aramanın usul ve yasaya aykırı olduğu, sanık aşamalarındaki savunmalarında ise sigaraları içmek amacıyla aldığını, ticari amacının

---

<sup>508</sup> Başvuru no: 17811/04.

<sup>509</sup> CMK m.119/1; Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir.

olmadığını beyan etmiş olup ele geçen sigara miktarı ile usulsüz arama sonucu kanuna aykırı olarak elde edilen delil (eşya) dışında sanığın mahkûmiyetini gerektirecek başka bir delil de elde edilemediği belirterek, hukuka aykırı olan arama kararı nedeniyle sanığa beraatine karar verilmesini gerektiğini söyleyerek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur<sup>510</sup>.

Yargıtay ve AİHM'nin, arama koruma tedbirindeki veriler kararın içeriğinin denetimi birbirine benzerlik göstermektedir. AİHS'nin, 8. ve 11. maddelerinin ikinci fıkralarında dile getirilen ve AİHM'nin kararlarında zikredilen demokratik toplumda gereklilik ilkesine göre kişinin temel hak ve özgürlüklerine haklı kılacak müdahalenin, zorlayıcı toplumsal ihtiyacı karşılaması gerektiğini, bu ihtiyacı gerekçelerin, uygun, ilgili, yeterli ve inandırıcı olması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesinin temel uygulama alanı temel hak ve özgürlükler alanıdır. Bu nedenle, ulusal makamların kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırmaya başvurduklarında, sınırlandırmanın amacına uygun olarak gereğinden fazla ve keyfi sınırlamalara yer verilmemesi gerekir. Bu açıdan Yargıtay'ın arama kararını, kişinin, AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile yaşamına saygı hakkını olabildiğince daha az sınırlanması için ve amaca uygun olmasını gerektiğini ve istisnai olan Cumhuriyet savcısının arama kararını vermesi eleştirmiştir. Yargıtay'ın, burada AİHM gibi kişinin temel hak ve özgürlüklerine yapılan sınırlandırmaların, ilgili, inandırıcı gerekçelere dayanmasını gerektiğini bildirmiştir<sup>511</sup>.

V)CMK'nın, 100/1. maddesinin amir hükmüne göre işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemeyeceğidir. Kanun maddesinin gerekçesinde ise tasarı, adli kontrol kurumunu kabul etmiş bulunması nedeniyle, tutuklama tedbirini bütünü ile yeniden ele almış ve konuya 119 ilâ 129 uncu maddeleri kapsayan bağımsız bir bölüm ayırmış, mevzuatımızda yeni hükümler getirmiştir. Tasarıya göre tutuklama, artık istisnai niteliktedir ve önce düşünülmesi gerekli husus, adli kontrolün uygulanmasının gerekip gerekmediğidir.

Adli kontrol, tutuklamada ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak uygulamada hâkime kişiye serbest bırakma ile tutuklama kararı verme arasında bir seçime zorlamamak için

<sup>510</sup> Yargıtay 7.CD. 2016/1952 Esas, 2019/39308 Karar, 23/12/2019.

<sup>511</sup> Ceylan, s.36, Gözübüyük/Gölcüklü, s.400.

kabul edilmiş bir koruma tedbiridir. Buradan da anlaşılacağı üzere hâkimin tutuklama kararı vermeden önce adli kontrolün şartlarının var olup olmadığını değerlendirmesi gerekir. Bu değerlendirmenin yapılmaması halinde kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı orantısız şekilde sınırlandırılmış olacaktır. AİHM'ne göre tutuklama tedbirine son çare olarak başvurulması gerekir. Amaca ulaşmak için kişinin temel hak ve özgürlüklerini daha az sınırlayan tedbirler uygulanmalıdır<sup>512</sup>.

CMK'nın, 100/1. maddesindeki, tutuklamadaki ölçülülük ilkesine göre hâkim tarafından yapılacak değerlendirmeye göre tutuklama haksızlığa sebep oluşturmayacaksa, yani tutuklama tedbiri, amaca uygun ve ölçülü olması halinde hâkim, tutuklama tedbirine yerine bir başka koruma tedbirine başvurarak amaca ulaşıp ulaşamadığına inceleyerek tutuklama tedbirinin gerekli olup olmadığına bakmalıdır. Tutuklamadaki ölçülülük ilkesinin en önemli neticesi, somut olayda tutuklama şartlarının gerçekleşmiş olmasına rağmen tutuklama tedbiri yerine yani kişinin özgürlük ve güvenlik hakkını daha az kısıtlayacak başka bir tedbirin olup olmadığına bakılmasını sağlamasıdır. Bu halde, başka bir tedbirle yani tutuklama tedbirine başvurulmadan amaca ulaşabileceksen artık tutuklama tedbirine başvurmak ölçüsüz olacaktır. Ceza muhakemesi sistemimizde, değinilen husus çerçevesinde tutuklama tedbirinin ölçülülük ilkesi açısından alternatifi adli kontrol tedbiridir<sup>513</sup>.

AİHM, tutuklama alternatif tedbirlerin örneğin, kefarete, ev hapsi, yurt çıkış yasağı değerlendirilmemiş olması AİHS (m. 5/3) kapsamında ele almakta ve ihlal kararları vermektedir. Tutuklama, ana kural olan kişinin özgürlüğüne sınırlama getiren ağır bir tedbir olduğu dikkate alındığında, alternatif tedbirin bulunması halinde tutuklamaya başvurulmaması gerekir. Bu açıdan, kişi hakkında adli kontrol tedbirine başvurulabilir. AİHM'nin, tutuklama alternatifi olarak değerlendirilen ve tutuklamanın ölçülü olmadığı halde adli kontrolün uygulanmasını gerektirdiğini beyan eden kararları bulunmaktadır. Ancak mahkemenin Türkiye hakkında bu konuda verdiği kararı bulunmamaktadır. Mahkeme, Wemhoff/Almanya kararında, tutukluluk, ana kural olan kişinin özgürlüğüne, istisna getiren bir tedbir olduğuna göre tutuklama tedbirinin alternatifi bulunması halinde tutuklama tedbirine başvurulmaması gerekir. Sanığın kaçma

<sup>512</sup> Sesim Soyer Güleç, Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler, TBB, Y.2012, S.98, s.42-43.

<sup>513</sup> Koca, s.121.

tehlikesi, bir güvence alınarak sağlanabiliyorsa tutuklama tedbirinin artık uygulanmaması gerekir<sup>514</sup>.

VI)CMK'nın, 135. maddesinde iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması koruma tedbiri düzenlenmiştir<sup>515</sup>. Her koruma tedbirinde olduğu gibi bu koruma tedbirinde de ölçülülük ilkesine uygun davranılması gerekmektedir. AİHM, CMK'da, düzenlenen diğer koruma tedbirleriyle ilgili olarak yaptığı değerlendirmeyi iletişimin tespiti tedbirinde de yapmaktadır. Mahkeme iletişimin tespitinde aranan şartlar arasında ölçülülük ilkesinin olmasını gerektiğini belirtmektedir. Bir kişinin, iletişimin tespiti yapılarak örneğin üçüncü kişilerle yaptığı konuşmaların, delil elde edilmesi amacıyla kayıt altına alınarak, AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile yaşamına saygı hakkına müdahalede bulunulacaktır.

AİHM, kişinin diğer haklarına müdahale bulunulduğunda incelemesini kişinin iletişiminin tespiti yani konuşmalarının kayıt altına alınması halinde de benzer şekilde yapılmaktadır. Mahkeme göre kişinin, konuşmalarının kayıt altına alınarak delil elde edilmek isteniyorsa kuşkusuz, müdahalenin meşru bir amacının olması ve demokratik bir toplumda gereklilik şartlarını sağlaması gerekir. AİHS'nin 8/2. maddesinde, kişinin özel ve aile yaşamına saygı hakkının, suçun ve düzensizliğin önlenmesi amacıyla müdahalede bulunacağı ifade edilmiştir. Her ceza soruşturmasına konu olayda iletişimin tespitine başvurmak mümkün değildir. Buna öncelikle iç hukuk düzenlemeleri izin vermemektedir. CMK'nın, 135/8. maddesinde sınırlı olarak sayılan suçlarla ilgili yürütülen soruşturmalar haricinde, iletişimin tespitine başvurulamaz. Kanun koyucu burada en baştan bazı suçların soruşturulmasında (örneğin, kasten yaralama) iletişimin tespitine başvurulmasını ölçüsüz olacağını kabul etmiştir.

AİHM'ne göre iletişimin tespitinin meşru olabilmesi için bu tedbirle kişinin özgürlüğüne yapılacak müdahale demokratik bir toplumda gerekli olması gerekir. Kişinin, özgürlüğünün müdahaleye ilişkin gerekçelerinde ilgili, yeterli ve inandırıcı olması gerekir. Bu aşamada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise ölçülülüktür.

<sup>514</sup> Koca, s.121, Güleç, s.43, Gözübüyük/Gölcüklü, s.257.

<sup>515</sup> CMK m.135/1; Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir.

Mahkeme, kişinin, AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen hakkının kullanması ile aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen demokratik bir toplumun korunması için kişinin üçüncü kişilerle yaptığı konuşmaların kayıt altına alınmasında duyulan ihtiyaç arasında dengenin bulunması gerekmektedir<sup>516</sup>. Benzer değerlendirmelerin, Yargıtay kararlarında yapıldığı görülmektedir. Yüksek mahkemenin, bu hususta değerlendirme yaptığına ilişkin bir karara rastlanılamamaktadır. Yargıtay'ın eğer iletişimin tespiti koruma tedbirine ilişkin bir hukuka aykırılık bulunduğu anlaşıldığında, yüksek mahkeme, söz konusu bu tedbirle elde edilen delilin, hukuka aykırı olacağını ve muhakemede kullanılmaması gerektiğini ifade etmektedir<sup>517</sup>.

Yargıtay ve AİHM, kararlarına bakıldığında, Yargıtay'ın, bazı kararlarında ölçülülük ilkesini doğrudan kullandığı görülmektedir. Söz konusu sanığa verilen hapis cezasının miktar açısından fazlalığı olduğu durumlarda Yargıtay doğrudan ölçülülük ilkesine işaret ederek orantısız şekilde ceza verilmesini bozma sebebi yapmıştır. Yargıtay, bazı kararlarında ise özellikle ifade özgürlüğüne müdahale eden dosyalarda, ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin ölçülülük ilkesine uygun olmasını gerektiğini, hatta sanığa ceza verilmesini de ölçsüz olacağını ifade etmiştir. Yargıtay'ın, AİHM'nin aksine ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin hapis veya adli para cezası olması halinde kişinin ifade özgürlüğünün kullanılması konusunda caydırıcılığından bahsetmediği görülmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi Yargıtay bu durumu genelde eleştiri hakkının kullanılması olarak değerlendirmektedir.

AİHM'nin, ölçülülük ilkesini, demokratik bir toplum düzeninde gereklilik ilkesiyle birlikte değerlendirdiği görülmektedir. Bu açıdan ölçülülük ilkesinin, tek başına ölçü norm olarak kullanılmadığı görülmektedir. Yargıtay'ın, yukarıda belirtildiği sadece ceza miktarının orantısız olduğu durumda ölçülülük ilkesini ölçü norm olarak kullanmaktadır.

## SONUÇ

AİHM kararlarının, Türk ceza ve ceza muhakemesi hukuklarına etkisini inceleyebilmek için öncelikle AİHS'nin incelenmesi gerekir. AİHS'nin, uluslararası hukukun bir

<sup>516</sup> Seyfi Bulduk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları İle Ceza Muhakemesi Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Doktora Tezi, Y.2014, s.90.

<sup>517</sup> Yargıtay 5.CD. 2015/6487 Esas, 2019/9699 Karar, 15/10/2019.

kaynağı ve parçası olduğu görüldüğünde, AİHS'nin, dolayısıyla uluslararası hukukun iç hukuka etkisine bakılmalıdır. Uluslararası hukukun iç hukuka etkisi, bu konudaki öne çıkan iki teoriyle açıklanmaktadır. Tekçi ve ikici teorilerdir. Bu teorilere göre uluslararası antlaşmaların, iç hukuktaki yeri açıklanmaktadır.

Anayasanın 90/5. maddesine göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır. AİHS'nin, Anayasa hükmünde ifade edildiği gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmedir. Bu açıdan, kanun ile AİHS, arasında çatışma çıkması halinde AİHS hükümlerinin esas alınması gerekir.

AİHS'nde, sözleşmede düzenlenen hakları güvence altına alınması ve bu hakların ihlal edilmesini engelleyecek etkili bir denetim sistemi oluşturulmuştur. Sözleşmenin, 19. maddesinde sözleşmeye taraf devletlerin, sözleşme ile üstlendikleri taahhütleri yerine getirmelerini güvence altına almak için AİHM'nin, kurulacağını ifade edilmiştir. Sözleşme hükmüne göre mahkemenin kuruluş amacının, hak ve özgürlükleri korumak ve hak ihlallerine karşı etkili bir denetim oluşturmaktır. AİHM'nin, en temel özelliği ise hak ihlalinin mevcut olması halinde sadece bu hususu tespit etmek yetinmemesi ayrıca sözleşmeyi ihlal eden taraf devlet hakkında yaptırım kararı vermesidir.

AİHM'nin, bireysel başvuru sonucunda ihlali tespit etmesi halinde, AİHS'nin 41. maddesinde düzenlenen adil tazminata hükmedebilmektedir. Taraf devlet, mahkemenin kararlarını yerine getirmekle ve uymakla yükümlüdür. Sözleşmenin, 46/1. maddesine göre sözleşmeye taraf devletlerin, kendilerinin taraf oldukları davalarda mahkemenin, son kararlarına uymayı taahhüt edeceklerini ifade edilmiştir. Buna göre sözleşmeye taraf devletin, mahkemenin kararlarını yerine getirmemeye ilişkin herhangi bir çekince ileri süremez. Taraf devlete düşen yükümlülük mahkeme kararlarının icrasını sağlamaktır. Mahkeme, kararlarının nasıl yerine getirileceğini, kararlarında belirtmez. Bu konuda taraf devlete bir serbesti tanınmaktadır. Ancak mahkeme adil tazminata hükmetmesi halinde taraf devlet açısından bu kararın yerine getirilmesi sadece tazminat miktarının başvurucuya ödenmesidir.

Taraf devletin, AİHM'nin ihlal kararından sonra ihlalin tüm sonuçlarını ortadan kaldırmak şeklinde bir yükümlülüğü doğmaktadır. Çoğu zaman, başvurucuya adil

tazminat ödenmesi ihlali sonlandırmayabilir. Bu nedenle taraf devletin yükümlülüğü sadece adil tazminatı ödemekle sınırlı değildir. İhlalin bütün sonuçlarının ortadan kalkması adına taraf devletten birtakım işlemlerde bulunulması istenebilir. Aksi halde mahkeme kararı yerine getirilmemiş olacaktır. Bu aşamada taraf devletin, ihlali sonlandırmak için başvurucunun yeniden yargılanmasını sağlamak, eğer ihlal bir hukuk normundan kaynaklanıyorsa bu hukuk normunun ihlal kararı çerçevesinde değişiklik yapılması, eğer ihlal iç hukuktaki bir normun yanlış uygulanmasından kaynaklanıyorsa yüksek mahkemelerin içtihat değişikliğine yapılması sağlanmasıdır. Ayrıca taraf devlet, ihlali sonlandırmak için başvurucunun tutuklu olması halinde serbest bırakabilir.

AİHM'nin, kararları taraf devlet açısından bağlayıcı olduğuna göre taraf devlet eğer mahkeme kararlarını yerine getirmemesi halinde sorumluluğu doğmaktadır. Sözleşme hükümlerinde taraf devletin, AİHM'nin nihai kararlarını yerine getirmemesi halinde taraf devlete hangi tedbirlerin uygulanacağı konusunda açık düzenleme bulunmamaktadır. Sözleşmenin, 46/2. maddesinde mahkemenin nihai kararlarını yerine getirilmesini gözetlemekle Bakanlar Komitesi yetkilendirilmiştir. Bakanlar Komitesi, taraf devletin, mahkemenin kararının yerine getirdiği sonucuna vardığında, kararın tam olarak uygulandığına (satisfactory execution) karar verir. Mahkeme ihlal kararı vermesi halinde, Bakanlar Komitesi, taraf devlete mahkeme kararını yerine getirmek için ne gibi önlemlere başvuracağını bildirmesini ister. Bakanlar Komitesi, AİHM kararının yerine getirilmesi için taraf devlete bildiriminde bulunurken, kararın nasıl yerine getireceğine ilişkin bir öneride bulunmaz; mahkeme kararının yerine getirilmesi konusunda hangi yolun tercih edileceği veya hangi bireysel veya genel tedbirlere başvurulacağı davalı taraf devletin takdirine bırakılmaktadır.

Bakanlar Komitesi, AİHS'nin 46/2. maddesine göre AİHM'nin kararlarının yerine getirilmesini denetleme yetkisi ve görevi bulunmaktadır. AİHS'nin 46/2. maddesinin gereği Bakanlar Komitesi tarafından alınan 16 numaralı karara göre; Bakanlar Komitesi, uygulamaya dair ilerlemeler hakkında durum saptaması yapmak veya kararın uygulanmasına ile ilgili kaygısına dile getirmek ve önerilerini dile getirmek için ara kararlar alabilir. Bakanlar Komitesinin başvuracağı birden farklı ara karar çeşidi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, taraf devletin, AİHM nihai kararına uymadığı ve herhangi tedbire almaması durumunda, Bakanlar Komitesi, taraf devlete nihai kararı uymasını davet etmektir. Bu kararlar Bakanlar Komitesi, taraf devlete karara uymadığı

için ihtarda bulunmaktadır. Kararlardan ikincisi ise Bakanlar Komitesi, taraf devlete, belirli bazı ilerlemeleri kaydetmesi veya ileriye yönelik tedbirler almaya yönelik teşvik etme kararıdır. En sık başvuru bu kararda Bakanlar Komitesi, kararın uyulması yani yerine getirilmesi için belirlenen seçeneği taraf devlete iletmesidir. Kararlardan sonuncusu ise de Bakanlar Komitesi, geçen süreye rağmen taraf devletin kararı uymadığında durumun aciliyeti nedeniyle taraf devlete ciddi yaptırım uygulanacağına ihtarıyla tehdit edilmesidir.

AİHM kararı gereğince yükümlülüklerini yerine getirmemekte direnen taraf devlete uygulanacak en ağır yaptırım, Avrupa Konsey Statüsünden çıkarılması veya üyeliğinin askıya alınmasıdır.

AİHM'nin kararlarının bağlayıcının sonucu olarak mahkeme kararlarının iç hukuk üzerine etkisi de olacaktır. Mahkeme verdiği ihlal kararından sonra iç hukukta ihlal kararları doğrultusunda birtakım yasal değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan bir tanesi Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kaldırılmasıdır. Mahkeme kararlarının etkisi sadece yasal değişikliklerle sınırlı kalmamıştır. Mahkemenin ihlal kararları neticesinde yüksek mahkeme içtihatlarında da değişikliğe gidilmiştir. Yargıtay kararlarında sıklıkla AİHM'nin kararlarına atıfta bulunarak kanun yolu başvurusu neticeye bağlandığı görülmektedir.

AİHM'nin, Türk ceza ve ceza muhakemesi hukuklarına etkisi birden çok başlık ve konu ile açıklanması ve değerlendirilmesi mümkündür. Biz çalışmamızda daha sınırlı bir inceleme yapmayı amaçladık. Çalışmada, AİHM'nin, kararlarında kullandığı, Anayasanın, 13. maddesinde belirtilen ölçülülük ilkesinin etkilerinin, ceza ve ceza muhakemesi hukuklarına etkisi yer vermektir. Ölçülülük ilkesinin, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin, sınırlandırılmasında, sınırlamanın sınırı oluşturan ölçüt olduğu anlaşılmaktadır. Ceza ve ceza muhakemesi hukuklarının, nitelikleri ve amaçları göz önünde bulundurulduğunda içerdikleri normların, kişinin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırdıkları veya müdahalede buldukları görülmektedir. Ceza hukukundaki hapis cezasının, ceza muhakemesi hukukundaki koruma tedbirlerinin (tutuklama, arama, göz altı, iletişimin tespiti), kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıran birer araçlardır. Bu araçlar kullanılarak, kişinin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırılmak istenirse ölçülülük ilkesini riayet edilmesi gerekir.

Ölçülülük ilkesinin, temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması rejimindeki yerine değinilmiştir. Ölçülülük ilkesinin, TCK'nın, temel ilkeler ve tanımlar bölümünün 3. maddesinde açıkça düzenlenmiş, CMK'da ise tutuklama tedbirini düzenleyen 100/1. maddesinde ölçülülük ilkesine yer verilmiştir. CMK'da düzenlenen diğer koruma tedbirlerinde ölçülülük ilkesinden bahsedilmemişse de koruma tedbirlerinin temel özellikleri ve uygulanması için aranan şartlardan biri de ölçülülük ilkesidir. Ölçülülük ilkesinin ceza hukukunda cezaların bireyselleşmesi ile belirlenmesinde görünümünün olduğu ceza muhakemesi hukukunda ise koruma tedbirlerinin uygulanmasında ve takdirinde görüldüğü anlaşılmaktadır.

AİHM'nin kararlarında ölçülülük ilkesine yer verildiği görülmektedir. AİHM'nin, ölçülülük ilkesini, demokratik toplum düzeninde gereklilik ilkesiyle birlikte değerlendirildiğini anlaşılmaktadır. Mahkemenin içtihatlarında özellikle ifade özgürlüğüne konu bireysel başvurularda, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesini etkilerinin daha çok yer verildiği görülmüştür. Mahkeme ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın özellikle de hapis veya adli para cezası olması halinde bu türden sınırlama araçlarının, ifade özgürlüğünün kullanılmasındaki caydırıcı etkisinden sıklıkla bahsetmiştir. Mahkeme, bazı kararlarında ise ceza soruşturmasının uzunluğunun aynı etki yarattığını ifade etmiştir. Mahkeme, arama, iletişimini kayda alınması gibi koruma tedbirlerinin de orantısızlık oluşturması halinde ihlal kararlarının verildiği görülmektedir.

Ölçülülük ilkesinin, Yargıtay kararlarında da etkilerinin olduğu görülmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile Ceza Dairelerinin, kararlarında ölçülülük ilkesine yer verdiği görülmektedir. Yargıtay, ölçülülük ilkesini, bazen sanığa hükmedilen ceza miktarının fazla olması halinde kullandığı gibi bazen de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında yani hakaret suçuyla ilgili dosyalarda verilen mahkûmiyet hükümlerinin, hukuka aykırı olduğunda başvurduğu gözlemlenmiştir.

AİHM'nin, ölçülülük ilkesini Yargıtay'dan farklı olarak kullandığı görülmüştür. AİHM'ne göre ölçülülük ilkesi, demokratik bir toplumda gereklilik ilkesiyle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Yargıtay, ölçülülük ilkesine başvurduğu her kararında demokratik toplumda gereklilik unsuru incelemeyeceği anlaşılmaktadır. AİHM'ne göre ölçülülük denetiminde kişinin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasındaki

müdahale aracının, ayrıca değerlendirmesi gerekir. Bir başvuruçunun ifade özgürlüğü hapis cezası ile sınırlandırılmaması gerekir. Yargıtay ise hapis cezasının boyutlarını, AİHM gibi tartışmadığı görülmüştür. Eğer bu şekilde bir durum var ise Yargıtay, kişinin eleştiri hakkını kullandığını veya kişinin hakkını kullandığı gerekçesiyle beraat kararı verilmesini tercihini kullandığını görülmektedir. Yargıtay'ın bu anlayışının ceza muhakemesi kanunuyla uyumlu olduğu söylenebilir. Çünkü Yargıtay'ın, AİHM gibi hak ihlali tespit etme gibi bir görevi bulunmamaktadır. Yargıtay, verilen hükmün hukuka uygun olup olmadığına karar verir. Hukuka aykırı bir hüküm, ancak ceza muhakemesi kuralları içerisinde hukuk dünyasından ihraç edilebilir. Bu gerekçeyle hukuka aykırı bir hüküm sonrasında sanığın beraati söz konusu olursa CMK m.223. hükümlerine uygun hareket edilmesi gerekir. O halde sanığın eleştiri hakkını veya ifade özgürlüğünü kullandığı gerekçesiyle beraatine karar verilmelidir.

Ölçülülük ilkesinin, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimindeki önemi ve uygulaması, ceza ve ceza muhakemesi hukuklarında da değinilmesi gerekmektedir. Ölçülülük, ceza hukukunda, cezanın belirlenmesi açısından her zaman göz önünde bulundurulması gerekir. Orantısız şekilde verilen bir ceza kişinin hukuka olan inancını da sarsacaktır. Orantısız bir ceza kişinin olması gerekenden çok daha ağır infaz rejiminin uygulanması anlamına da gelir. Bu açıdan ölçülülük, ceza hukukunda diğer boyutlarıyla da düşünülmesi gereken bir ilkedir. Ceza ve ceza muhakemesi hukuklarımızda ölçülü olmayan bir yaptırım söz konusu olması halinde, bu duruma özgü bir düzenlemenin eksikliği hissedilmektedir. Uygulamada bu durum daha çok kişinin beraat etmesiyle sonuçlandığı için çok da tartışılmadığı görülmektedir. Bu nedenle en azından ülkemiz hukuku açısından bağlayıcılığı olan AİHM kararları dikkate alınarak bu konuda gereken düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Ceza muhakemesi açısından koruma tedbirlerinin başvurulmasında mutlaka ölçülülük ilkesi nazara alınması gerekir. Tutuklama tedbiri açısından kanun koyucu ölçülülük ilkesini zikretmiştir. Diğer koruma tedbirleri için zikredilmemişse de ölçülülük ilkesi mutlaka dikkati alınması gerekir. Bu gereksinim demokratik bir hukuk devleti olması bir gereğidir.



## KAYNAKÇA

**Akdoğan, Burhan;** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İç Hukuka Etkisi, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, ( <http://genchukukcular.org/pdfs/birikimler4.pdf>).

**Aksar, Yusuf;** Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2012.

**Altıparmak, Kerem;** Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Karada Bin Adaletsizlik, Ankara Barosu Yayınları, 2009 (<http://www.aihmiz.org.tr/files/AIHMpilotkarar.pdf>).

**Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

**Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

**Aybay, Rona;** Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl.2007, Sayı70, s.187-213.

**Aybay, Rona;** İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3.Baskı, İstanbul 2017.

**Aybay, Rona;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14.Protokol, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mayıs-Haziran, Yıl 2010, Sayı 88, s.225-260.

**Bilgin, Ahmet Burak;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2016 Cilt 22, Sayı 1, s.81-130.

**Bulduk, Seyfi;** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları İle Ceza Muhakemesi Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Doktora Tezi, 2014.

**Centel, Nur;** Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, (<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Centel-3.pdf>).

**Centel, Nur/Zafer, Hamide;** Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

**Centel, Nur/Zafer, Hamide;** Ceza Muhakemesi Hukuku, 16.Bası, Beta Yayınları.

**Ceylan, Ali;** Teoride ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008.

**Çalışkan, Sevtap;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzdaki Yeri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Muğla, Yıl 2004.

**Çelik, Burak;** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Türk Ceza Hukuku Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2006, Cilt 5, Sayı 1, s.135-173,

**Çolak, Haluk;** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İfade Özgürlüğü, İç Hukuka Etkisi ve Yeni Türk Ceza Kanunu Perspektifinde Normatif Düzenlemeler, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 2006, Cilt 1, Sayı 1, s.263-321.

**Doğru, Osman;** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkisi, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl 2000 Cilt 17, s.194-225.

**Doğru, Osman;** Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü, 1.Baskı, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2010.

**Döner, Ayhan/Köküsarı İsmail;** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarını Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olup Olmayacağı Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2008, Cilt 12, Sayı 1-2, s.663-686.

**Erdem, Jülide Gül;** Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2013, Cilt 62, Sayı 4, s.971-1006.

**Erdol, Hilal;** Ceza Hukuku ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Yıl 2017.

**Fendoğlu, Hasan Tahsin;** Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “BAĞIMSIZ ÖLÇÜ NORM” veya “DESTEK NORM” Sorunu, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl 2000, Cilt 17, s.363-384.

**Geçici Tedbirler,** Tematik Bilgi Notu-Basın Bildirimi, (<https://bit.ly/2yw3fui>),

**Gökpinar, Mahmut;** Anayasal Devlette Temel Hak ve Özgürlükler Düzeni, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Yıl 2016.

**Gözler, Kemal;** İnsan Hakları Hukuk, 2.Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2018.

**Gözler, Kemal;** Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır? Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl 2000, Cilt 55, Sayı 3, s.81-101.

**Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması 11.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

**Güleç-Soyer, Sesim;** Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 2012, Sayı 98, s.25-74.

**Hakeri, Hakan;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

**Hakyemez, Yusuf Şevki;** Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayınları, İstanbul 2001.

**İnci, Z.Özen;** Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2017, Cilt 7, Sayı 2, s.119-168.

**Karaman, Ebru;** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 2014, Cilt 72, Sayı 1, s.411-434.

**Koca, Mahmut;** Tutuklamada Oranlilik İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının "Adli Kontrol" Tedbirinin Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2003, Cilt 5, Sayı 2, s.109-142.

**Kocabaş, Sadık;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2009.

**Kocaoğlu, Sinan;** 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Ölçülülük İlkesi Açısından Değerlendirilmesi, İlk Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

**Koç, Coşkun;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesi (Kişi Özgürlük ve Güvenliği) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Yakalama ve Gözaltına Alma, 2.Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2020.

**Korkmaz, Muzaffer;** Koruma Tedbiri Nedeniyle Tazminat Davaları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, İlk Baskı, Seçkin Yayınları Ankara 2019.

**Kumbasar, Enver;** Türk Hukukunda Cezanın Belirlenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.

**Kuran, Selami/Okur-Aydın, Derya/Sarıbeyoğlu, Meltem/Günel, Reşat Volkan;** Uluslararası Hukuk Temel Metinler, 2.Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2011.

**Kuyucu, Nisan;** Yargının Siyasallaşması Çerçevesinde Suçu ve Suçluyu Övme Suçu; Yeni Düzenlemenin Anlamı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl 2014, Cilt 69, Sayı 4, s. 807-834.

**Metin, Yüksel;** Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırılmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

**Metin, Yüksel;** Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük; Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir? Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2017, Cilt 7, Sayı 1, s.1-74.

**Oğurlu, Yücel;** AIHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak ‘Ölçülülük İlkesi’ DEÜHF Turhan Tufan Yüce Armağanı, İzmir, Yıl 2001, s.485-522. (<https://bit.ly/2yzeHWd> Erişim tarihi:16/04/2020).

**Oğurlu, Yücel;** Karşılaştırılmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.

**Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.

**Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar;** Ceza Muhakemesi Hukuku, 12.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.

**Özbudun, Ergun;** Türk Anayasa Hukuku, 11.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

**Özdemir, Metin;** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yerine Getirilmesi ve İhlal Prosedürü, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2018, Cilt 17, Sayı 2, s.133-184. Kaynak; Jurix.

**Özkan, Işıl;** Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkileri, kaynak; <https://bit.ly/2XwadrS>.

**Özmen, Münci;** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru AİHM kararına karşı başvuru yolları ve AİHM kararlarının icrası ile ilgili pratik bilgiler, ( [http://d.barobirlik.org.tr/2017/20171206\\_ahm.pdf](http://d.barobirlik.org.tr/2017/20171206_ahm.pdf)).

**Öztürk, Bahri/Kazancı-Eker, Behiye/Güleç-Soyer, Sesim;** Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 3.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.

**Öztürk, Bahri(Ed.);** Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.

**Pazarıcı, Hüseyin;** Uluslararası Hukuk, 10.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

**Retornaz-Aksoy, Emine Eylem;** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Uygulanması ve Ceza Yargılaması Hukukuna Yansımaları, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2010, Cilt 9, Sayı 1, s.943-962.

**Rumpf, Christian;** Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği, Anayasa Yargısı Dergisi, C.10, Y.1993, s.25-48.

**Sağlam, Fazıl;** Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBF Yayınları, Ankara Yıl 1982.

**Sanıvar, Ramadan;** Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Tedbiri, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 2019, Sayı 40.

**Saygın, Engin;** Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2017, Sayı 2, s.59-88.

**Surlu, Aydın Ömür;** İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yargıtay İçtihatlarına Yansımaları, TBBD, Yıl 2010, Sayı 87, s.150-194.

**Şahbaz, İbrahim;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Yargı Sistemindeki Yeri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 2004, Sayı 54, s.178-216.

**Şahbaz, İbrahim;** AİHM Kararlarının Bağlayıcılığı ve İç Hukukta Uygulanması, (<https://bit.ly/2X3a4Nz>).

**Şahin, Ragıp;** Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, İlk Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.

**Şahin, Cumhur/Öztürk, Neslihan;** Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 10.Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.

**Şenol, Cem;** AİHS Hükümleri ve AİHM Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerine Etkisi, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2012, Sayı 1, s.259-288.

**Taner, Cüneyt;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk İç Hukukuna Etkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Yıl 2009.

**Taneri, Gökhan;** Temel Cezanın Belirlenmesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2016, Sayı 3, s.129-161.

**Tanör, Bülent;** Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 19. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2010.

**Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat Murat;** İnsan Hakları El Kitabı, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

**Tunç, Hasan;** Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl 2000, Cilt 17, s.174-192.

**Uçar, Onur;** Vergi Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi ( Yüksek Yargı Organları Kararlarında Bir Değerlendirme ), Doktora Tezi, Ankara 2018.

**Uçar, Onur/Yereli, Ahmet Burçin;** Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak “Ölçülülük” İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi, Maliye Dergisi, Ocak-Haziran Yıl 2019, Sayı 176, s.575-598.

**Ünal, Şeref;** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkisi, Anayasa Yargı Dergisi, Yıl 2000, Cilt 17, s.63-85.

**Ünver, Yener/Hakeri, Hakan;** Ceza Muhakemesi Hukuku, 16.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

**Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe;** Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.

**Yıldırım, Turan;** Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanmasında Sınırlamanın Sınırı, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/38238>, erişim tarihi; 06/09/2020).

**Yüzbaşıoğlu, Necmi;** Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Yıl 1994 Cilt 11, Sayı 1.

**Yüzer, Dilara;** Kamu İcra Hukukunda Ölçölülük İlkesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, Yıl 2014, Cilt 16, Özel Sayı 2014, s. 4843-4893.

**Zafer, Hamide;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuzdaki Yeri (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, Yıl 2013, Cilt 8, Sayı 2, s.121-148.