



BİREYSEL BAŞVURU SEÇME KARARLAR

2014

Ankara, 2015

© Anayasa Mahkemesi Yayınları

ISBN : 978-975-7427-67-4

Kapak Tasarımı : Gamze Tiraki

Sayfa Mizanpaj : Gamze Tiraki

Baskı ve Cilt

KALKAN MATBAACILIK

www.kalkanofset.com • 0312 341 92 34

ÖNSÖZ

23 Eylül 2012 tarihinde bireysel başvurunun uygulamaya geçirilmesi ile birlikte Anayasa Mahkemesi yeni bir döneme girmiştir. Bu yeni dönemle birlikte, kamu gücünü kullanan kişi ve kurumların sebep olduğu hak ihlallerine karşı ulusal hukuk düzeninde en üst düzeyde koruma sağlanması imkânı doğmuştur. Geride kalan süre zarfında Mahkememizin sergilediği hak eksensiz yaklaşım, bireysel başvurunun hak ve özgürlüklerin alanını genişletmede etkili olabileceğini göstermiştir.

Mahkememiz bireysel başvurunun başlangıç tarihinden 2 Temmuz 2013 tarihine kadar olan dönemde tabii olarak kabul edilebilirlik kriterlerine ilişkin meselelere yoğunlaşmıştır. Kabul edilebilirlikle ilgili ilkelerin belli ölçüde gelişmesi ve yerleşik hale gelmesi sonrasında anayasal haklarla ilgili esasa ilişkin kararlar ve ihlal kararları da verilmeye başlanmıştır.

Elinizdeki bu eserde, 2014 yılında Mahkememizce bireysel başvuru kapsamında verilmiş olan, içtihadın gelişimi açısından önem taşıyan ve kamuoyu tarafından da yakından takip edilen bir kısım kararlara yer verilmiştir.

Kitabın ilgililer açısından faydalı olmasını dilerim.

Nisan 2015

Zühtü ARSLAN

Anayasa Mahkemesi Başkanı

SUNUŞ

Anayasa Mahkemesinin geride kalan 2012 ila 2013 yıllarında bireysel başvuru açısından kabul edilebilirlikle ilgili meseleleri belli ölçüde açıklığa kavuşturması sonrasında Mahkeme Bölümleri ve duruma göre Genel Kurul başvuruların esası ile ilgili meselelere daha fazla yoğunlaşma imkânına kavuşmuştur.

Her ne kadar kabul edilebilirlik kriterlerine ilişkin hususlar önceki dönemde birçok açıdan açıklığa kavuşmuş olsa da, elinizdeki bu kitapta bireysel başvuruların esası hakkındaki kararlar yanında, temel haklarla bağlantılı çok az sayıda kabul edilemezlik kararına da yer verilmiştir. Başvuruların esasının incelendiği kararlar seçilirken özellikle ihlal kararları esas alınarak bir çalışma yapılmıştır.

Önceki dönemlerde olduğu gibi, kitapta yer verilen kararların seçiminde; söz konusu kararların içtihadın gelişimi açısından taşıdığı önem ve benzer nitelikteki konularda emsal teşkil edebilecek olması ile kamuoyunca yakından takip edilmesi gibi hususlar gözetilmiştir.

Kararların sınıflandırılmasında öncelikle temel hakların Anayasa'da yer aldığı ilgili maddeler esas alınarak bir sıralama yapılmış, ardından her bir temel hakla ilişkin kararlar karar tarihleri dikkate alınarak kronolojik olarak sıralanmıştır.

Bireysel başvuru kararlarında, bir kararın içerisinde birden fazla hakla ilişkin şikayetlerin değerlendirilmesi söz konusu olabilmektedir (aynı karar içinde adil yargılanma hakkı, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti vb. söz konusu olabilir). Bu çerçevede kararın altında sınıflandırılacağı temel hak başlığı seçilirken o kararda tartışılan temel mesele üzerine odaklanılmış ve karar sadece bir temel hakla ilgili başlık altında sunulmuştur. Ayrıca kitabın içindekiler bölümünde, kararın neden o hak başlığı altında verildiğinin daha iyi anlaşılabilmesi ve karar hakkında genel bir fikir edinilebilmesi açısından kısa özetlere yer verilmiştir.

İÇİNDEKİLER

YAŞAMA HAKKI (MD. 17/1)

1. Sadık Koçak ve Diğerleri, B. No: 2013/841, 23/1/2014 3
Askerde intihar: Anayasa Mahkemesi, yaşanan intihar sonrasında yürütülen ceza soruşturmasında bir eksikliğin bulunduğu söylenemeyeceğini ve yürütülen ceza soruşturmasında yaşam hakkının usuli boyutunun ihlaline neden olabilecek bir yön bulunmadığını tespit etmiş ve sonuç olarak başvuru konusu olayda yaşam hakkına ilişkin şikâyetler açısından, kapsamlı bir ceza soruşturmasını müteakip ihlali tespit eden ve makul bir tazminata hükmeden etkili bir idari dava yolunun bulunduğu kanaatine ulaşmıştır. Mahkeme, açıklanan nedenlerle, yaşam hakkı yönünden başvurucuların mağdur sıfatının kalktığı anlaşıldığından başvurunun bu bölümünün kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.
2. Nail Artuç, B. No: 2013/2839, 3/4/2014 33
Tıbbi ihmâl: Yapılan tıbbi müdahale açısından ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmesi gerektiğine ilişkindir.
3. Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya, B. No: 2013/1280, 28/5/2014 47
Mağdur statüsünün ortadan kalkması: 5233 sayılı Kanun tarafından belirlenen maddi tazminat miktarı ile davanın koşulları ve başvurucuların uğradığı zararlar arasında açık bir orantısızlık bulunmadığından Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının ihlal edilmediğine ilişkindir.
4. Rahil Dink ve Diğerleri, B. No: 2012/848, 17/7/2014 73
Usul boyutu: Hrant Dink cinayetinde sorumlulukları ve ihmalleri olduğu iddia edilen kamu görevlileri ve amirleri hakkında özellikle AİHM kararı üzerine yeniden açılan soruşturmanın bir bütün olarak etkili olmadığına ve Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının Devletin usul yükümlülüğü yönünden ihlal edildiğine ilişkindir.
5. Salih Ülgen ve Diğerleri, B. No: 2013/6585, 18/9/2014 109
Pozitif yükümlülükler: Başvuruculardan Salih Ülgen'in kalıcı şekilde yaralanmasına neden olan mayın patlamasının meydana gelmemesi için alınması gerekli güvenlik tedbirlerinin somut olayda yeterli düzeyde bulunmadığı sonucuna varıldığından Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının pozitif yükümlülük boyutunun ihlal edildiğine ilişkindir.

İŞKENCE VE EZİYET YASAĞI (MD. 17/3)

1. Cemil Danışman, B. No: 2013/6319, 16/7/2014 129
Usul boyutu: Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına

alınan işkence ve eziyet yasağının etkili soruşturma yürütme yükümlülüğü yönünden ihlal edildiğine ilişkindir.

2. Cezmi Demir ve Diğerleri, B. No: 2013/293, 17/7/2014 175

Esas ve usul boyutu: TELEKOM'a ait bakır tellerin kesilmesi olayı sonrasındaki gelişmelerle ilgili derece mahkemesinin gerekçesinde belirttiği vahim nitelikteki eylemler dikkate alındığında, işlenen suç ile verilen ceza arasında orantısız bir uygulama yapılmış olması ve verilen cezanın yasal olmayan bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki doğurmaması nedenleriyle, devletin söz konusu davada başvuruçuların fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini kanunlar aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmede, ayrıca soruşturma ve davaların uzaması, bazı sanıklar hakkındaki suçlamaların zaman aşımına uğramasına, bazı sanıklar hakkındaki cezaların ise çok geç kesinleşmesine neden olmuş, bu olaylar işkence uygulayan veya uygulanmasına göz yuman kamu görevlilerinin hiç ceza almaması ya da çok geç alması sonucunu doğurduğundan Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan işkence yasağının maddi yönden ve usul yönünden ihlal edildiğine ilişkindir.

3. Tuncay Alemdaroğlu, B. No: 2012/827, 15/10/2014 211

Usul boyutu: Mahkemelerin fiziksel bütünlüğe yönelik saldırılardan dolayı suçlanan kişilere ilişkin yargulamaları ivedilikle sonlandırması ve dolayısıyla davanın zamanaşımına uğramasını önlemesi gerekir. Derece Mahkemesi önündeki süreçte kayda değer bir gecikmenin olduğu, bu gecikmenin makul bir nedene dayanmadığı, sanığın cezasız kalmasına engel olacak ivedilikte hareket edilmediği ve cezai başvurunun etkisiz olmasına sebebiyet verildiği gerekçesiyle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının öngördüğü Devletin etkili soruşturma yapma usul yükümlülüğünün ihlal edildiğine ilişkindir.

MADDİ VE MANEVİ VARLIĞINI KORUMA VE GELİŞTİRME HAKKI (MD. 17/1)

1. Gülsim Genç, B. No: 2013/4439, 6/3/2014 227

Evli kadının soyadı: Bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru haline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde ayırt edici önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan soyadı da kişinin manevi varlığı kapsamındadır. İlgili uluslararası sözleşmelerin somut uyusmazlıkta esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmış, salt ilgili kanun hükmü esas alınarak başvuruçunun isim hakkına yapılan müdahalenin "kanunilik" şartını sağlamadığı anlaşılmıştır. Dolayısıyla evli kadının evlenmeden önceki soyadını kullanamamasının manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğine karar verilmiştir.

2. İlhan Cihaner, B. No: 2013/5574, 30/6/2014 239

Kişilik haklarını hedef alan yayımlar: Özel hayata basın vb. yollarla müdahale edildiğine dair şikâyetlerin başvuruçunun özel hayatı ile gazetecilerin basın ve haber verme özgürlüğü arasında adil bir dengeyi sağlanıp sağlanmadı-

ğı açısından değerlendirilmesi gerekir. Bu dengenin kurulmasında uygulanacak kriterler; haber veya makalenin kamu yararına yönelik bir tartışmaya yapacağı katkı, hedef alınan kişinin tanınırlığı ve haber veya makalenin konusu, ilgili kişinin önceki davranışı, yayımın içeriği, şekli ve yansımaları, haber veya makalenin yayınlanma şartlarıdır. Bu kriterler somut olaya uygulandığında ve yargısal makamların farklı çıkarları dengelerken sahip oldukları takdir payları da dikkate alındığında, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan pozitif yükümlülüklerin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

KİŞİ HÜRRİYETİ VE GÜVENLİĞİ HAKKI (MD. 19)

1. Mehmet İlker Başbuğ, B. No: 2014/912, 6/3/2014

267

Tutulmaya itiraz: Başvurucu hakkındaki hükmün açıklanmasından itibaren geçen sürede gerekçenin açıklanmaması nedeniyle temyiz incelemesinin yapılamadığı, özgürlükten yoksun bırakmanın hukuki olmadığı iddiasının ve salıverilme talebinin temyiz merciince incelenemediği dikkate alındığında adli kontrol hükümleri de değerlendirilerek tahliye talebi hakkında karar yargılamayı yürüten mahkemece bir karar verilmemesinin Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasını ihlal ettiğine ilişkindir.

2. Hanefi Avcı, B. No: 2013/2814, 18/6/2014

291

Tutuklulukta makul süre: Anayasa Mahkemesi tutuklulukta makul süre incelemesinde, serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararların gerekçelerine bakmakta ve aynı davada yargılanan bazı sanıkların durumlarından hareketle genelleme yapılarak diğerlerinin de aynı davranışta bulunabileceğinin var sayılmasını, kişiselleştirmeyi engellediğini belirterek kabul etmemektedir. Bu çerçevede somut olayda tutukluluk süresinin makul olmaması ve tahliye taleplerinin formül gerekçelerle reddi nedeniyle Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ (MD. 20)

1. Ercan Kanar, B. No: 2013/533, 20/2/2014

313

Kişisel verilerin korunması: Başvurucu hakkında mesleğiyle bağlantılı ve olumsuz olarak nitelendirilebilecek istihbarî nitelikteki değerlendirmenin hukuki kesinlik taşımamasına ve başvuru hakkında bir isnada dayanak teşkil etmemesine rağmen, dava dosyasına konulmak suretiyle alenileştirilmesiyle başvurunun özel hayatına yönelik ağır bir müdahalenin gerçekleştiğine ve özel hayata saygı (kişisel verilerin korunması) hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİ (MD. 24)

1. Tuğba Arslan, B. No: 2014/256, 25/6/2014

329

Dinini veya inancını açığa vurma hakkı (Başörtüsü): Dini inanç gereği başörtüsü takma hakkının yeri ve tarzı konusunda sınırlama getiren kamu gücü işlem ve eylemlerinin kişinin dinini açığa vurma hakkına bir müdahale teşkil et-

tiği kabul edilmelidir. Bu müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen diğer koşulları yerine getirmede Anayasa'nın 13. ve 24. maddelerinin ihlalini teşkil edecektir. Oysa somut olayda başvuruçunun din ve inanç hürriyetini sınırlandıran ve Anayasa'nın 13. maddesinin aradığı anlamda kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne geçen ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olacak, erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmünün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle anılan hürriyete yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı açıktır.

DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA VE YAYMA HÜRRİYETİ (MD. 26 VD.)

1. Yaman Akdeniz ve Diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014

373

Twitter.com kararı: TİB tarafından uygulanan erişimin engellenmesi kararı, yalnızca bu engellemeye dayanak gösterilen ve URL bazlı verilen kararların muhataplarını değil, twitter.com ağından yararlanan tüm kullanıcıların ifade hürriyetine yönelik ağır müdahale niteliğinde olduğundan ve hukuki dayanağı bulunmadığından Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade hürriyetinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

2. Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri, B. No: 2014/4705, 29/5/2014

387

Youtube.com kararı: Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz. Bununla beraber anayasal haklara yönelik müdahalenin bir kanuna dayanması yeterli olmayıp, bu kanun belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olmalıdır. Dolayısıyla ifade hürriyetine bir sınırlama (resen erişimin engellenmesi) imkânı getirildiği hallerde ilgili Kanun'da böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli bir açıklıkla tanımlanması da gerekir. Oysa somut olayda youtube.com sitesine erişimin tümüyle engellenmesine yönelik müdahalenin, yeterince açık ve belirgin bir kanuni dayanağa sahip olmadığı ve bu yönüyle başvuruçular açısından öngörülebilir nitelikte bulunmadığı anlaşılmaktadır.

3. Abdullah Öcalan, B. No: 2013/409, 25/6/2014

421

Kitaba el koyma: Hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamada devreye girecek temel güvencelerden birisi "ölçülülük ilkesi" dir. Bu ilke bağlamında somut olayda kitabın toplatılması tedbiri nedeniyle müdahale edilen hürriyetler ile kitabın toplatılmasındaki kamu yararı arasındaki dengenin ölçülü olup olmadığının incelenmesi ve kitabın toplatılmasına ilişkin gerekçelerin inandırıcı, başka bir deyişle, ilgili ve yeterli olup olmadıklarına bakılması gerekir. Oysa bir koruma tedbiri niteliğindeki el koyma kararına dayanarak söz konusu kitapların toplanması ve toplanan kitapların bir kısmının kanunda öngörülen usule uyulmaksızın imha edilmesi amaçlanan hedefler açısından orantısız olduğundan ve bu bağlamda demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülülük ilkesine uygun olmadığından başvuruçunun düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile basın hürriyetinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Somut olayda üst düzey bir kamu görevlisi olan başvuruçunun, diğer tarafın üniversite yerleşkesinin girişindeki güvenlik turnikelerinin kaldırılmasının zamanlamasının manidar olduğu yönündeki eleştirilerine karşı daha fazla tahammül göstermesi gerekirken karşı tarafın hakaret içermeyen ve sert de olmayan eleştirilerine karşı çok daha sert biçimde ve bu sözlerin “*aşağılık duygularının yansıması*” olduğu biçiminde cevap verdiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bu olayda yaptığı değerlendirmede, başvuruçunun kendisine yöneltilen eleştirilere karşı kullandığı sözlerden dolayı aleyhine açılan tazminat davasında 3500,00 TL tazminat ödemeye mahkûm edilmesinden ibaret müdahalenin başvuruçunun ifade özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale oluşturduğunun ve davacının itibar hakkının korunmasını isteme hakkı ile başvuruçunun ifade hürriyeti arasında kurulması gereken dengeyi bozduğu aleyhine bozduğunun söylenemeyeceğine karar vermiştir.

Ceza tehdidi altında bulunulması: Kamu otoriteleri veya toplumun bir kesimi için hoş olmayan düşüncelere, şiddeti teşvik etmediği, terör eylemlerini haklı göstermediği ve nefret duygusunun oluşmasını desteklemediği sürece sınırlama getirilemez. Bu sebeple, başvuruya konu kitapları yayınlaması nedeniyle başvuruçunun yaklaşık 11 yıl kadar uzunca bir süredir soruşturma ve kovuşturmaya tabi tutulması ve kovuşturmaya tabi tutulma riskinin halen devam etmesi nedeniyle başvuruçunun ifade hürriyetine yönelik müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır.

MÜLKİYET HAKKI (MD. 35)

Kamulaştırmaz el atma: Anayasa ve kanunlara uygun bir kamulaştırma işlemi yapılması gerekirken, dayanağını Anayasa ve kanundan almayan, bireylerin mülkiyet hakkına son veren bir kamulaştırmaz el atma uygulaması, idareye resmi kamulaştırma kurallarının ötesine geçme imkânı vermekte ve taşınmaz sahipleri için öngörüleemeyen ve hukuki olmayan bir müdahale riski içi taşımaktadır. Başvurucuya ait taşınmazın bir bölümüne dere ıslah çalışması kapsamında idarenin ihmali neticesinde kamulaştırmaz el atmasının Anayasa’nın 35. ve 46. maddeleriyle 2942 sayılı Kanun’da belirtilen usule uymayan bir müdahale olduğu ve mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanunilik ilkesini ihlal ettiği kanaatine ulaşılmıştır.

Meşru beklenti: Alacak haklarının mülkiyet hakkı kapsamında korunabilmesi için, ya bir mahkeme hükmü, hakem kararı, idari karar gibi bir işlemle “*yeterli derecede icra edilebilir kılınmış olması*” ya da en azından bunlarla bağlantılı olarak “*meşru bir beklenti*”nin bulunması gerekir. Meşru beklenti objektif temelden uzak bir beklenti olmayıp, bir kanun hükmü, yerleşik bir yargısal içtihat veya aynı menfaatle ilgili hukuki bir işleme dayalı beklentidir. Somut olayda başvuruçuyu, iddia ettiği hakkı elde etme konusunda meşru bir beklentiye sevk edecek bir kanun hükmü veya yerleşik yargısal bir içtihat

bulunmadığından başvuru Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına ilişkin korumadan yararlandırılması mümkün değildir.

3. Tülay Şahin, B. No: 2013/1568, 8/5/2014

539

Kamulaştırma bedelinin geç ödenmesi: Başvuruya konu kamulaştırma bedelinin tespiti davasında dava tarihine göre belirlenen kamulaştırma bedelinin başvurucuya ödenmesine kadar olan süre zarfında enflasyonda meydana gelen artıştan kaynaklanan değer kaybı dikkate alındığında, başvuru üzerine idarenin ulaşmak istediği meşru kamu yararı ile haklı gösterilemeyecek şekilde orantısız ve aşırı yük yüklediği sonucuna ulaşıldığından, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

4. Türkiye Emekliler Derneği, B. No: 2012/1035, 17/7/2014

555

Mülkiyetin kontrolü: Devletin mülkiyetin kullanımını kontrol/düzenleme yetkisi açısından tapuda mesken olarak görünen yerlerin iş yeri olarak kullanımının engellenmesi, başvuru mülkiyetine yapılan müdahale bahsedilen mülkü kiraya verme veya başka türlü bir tasarrufla kullanılmasına mani olmadığından, diğer bir ifadeyle başvuru kanunlarla getirilen sınırlamalar çerçevesinde mülkiyet hakkını kullanabileceğinden somut olayda müdahalenin başvuru önemi ölçüde zararına sebebiyet vereceği söylenemez.

ADİL YARGILANMA HAKKI (MD. 36)

1. B. E., B. No: 2012/625, 9/1/2014

571

Makul sürede yargılanma hakkı (ceza yargılaması): Yargılama süresinin makul olup olmadığının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken davadaki sanık sayısı, davanın karmaşıklığı, atılı suçun vasfı ve mahiyeti, söz konusu suç için öngörülen cezanın miktarı gibi unsurların hiçbirisi somut davadaki yargılama süresinin makul olarak değerlendirilmesine olanak vermemektedir. Tek bir sanığın yargılandığı ve karmaşık nitelikte olmayan somut olaydaki yargılama süresi makul olarak değerlendirilemez.

2. İsmail Taşpınar, B. No: 2013/3912, 6/2/2014.

581

Medeni hak ve yükümlülükler: İlçe Seçim Kurulu Başkanının seçim konularıyla ilgili şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin hükme bağlama görevi yönünden yargısal bir faaliyet icra ettiği ve hâkim bağımsızlığı ve tarafsızlığına sahip olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla onun Anayasa'nın 36. maddesinde "yargı yeri" olarak belirlenen organlardan olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Öte yandan adil yargılanma hakkının norm alanının genişlemesinin bir sonucu olarak bireyler sahip olduğunu iddia ettikleri tüm yasal hak ve yükümlülükleri talep edebilir; aynı zamanda devletin bu hak ve yükümlülükleri yaptığı her türlü müdahaleye yargı önünde itiraz edebilirler. Bu çerçevede başvuru 3586 sayılı Kanun'dan doğan statüsünden kaynaklanan oda yönetim ve disiplin kurullarında üye olmak ve odanın yönetsel işlerinde görev almak için seçimlerde aday olmak hakkının Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan güvencelerden faydalanacağı kabul edilmelidir.

3. Faik Gümüş, B. No: 2012/603, 20/2/2014 597

Silahların eşitliği ilkesi: Bu ilke davanın taraflarının usuli haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması, taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olmasıdır. Başvuru konusu davada başvuru, mahkemenin hatası nedeniyle duruşmaya katılamayarak bilirkişi raporlarına itiraz edememesiyle ilgili şikâyeti, başvuru katılamadığı duruşmada mahkeme karar verdiğinden ilk derecede dile getirilememiştir. Derece Mahkemesinin son duruşmayı önceki duruşmada belirtilen ve UYAP portalında görünen tarihten iki gün önce yapması dolayısıyla adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir.

4. Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım, B. No: 2013/711, 3/4/2014 613

Mahkemeye erişim hakkı (Yargı kararlarının icrası): Mahkeme kararlarının uygulanması, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Somut olayda Belediyenin, aleyhe verilen, kesinleşmiş ve infaz edilebilir yargı kararlarının infazını sağlamak için gerekli tedbirleri almaması nedeniyle mahkemeye erişim hakkı; aynı zamanda hükmedilen taşınmaz bedelinin Belediye tarafından ödenmemesi nedeniyle mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir.

5. A. Ş., B. No: 2013/596, 8/5/2014 629

Vergi uyumsuzlukları: Vergi aslını ilgilendiren uyumsuzluklar dahil olmak üzere, her ne kadar kamusal niteliği ağır basan bir ilişki olsa da, salt vergisel uyumsuzlukların, başta mülkiyet hakkı olmak üzere medeni hak ve yükümlülükler alanında önemli yansımaları bulunan bir ilişki olduğu belirtilmiş ve belirtilen tespitler çerçevesinde, vergi uyumsuzluklarının adil yargılanma hakkına ilişkin güvenceler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda vergi uyumsuzluklarının bir bütün olarak adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil olduğuna karar verilmiştir.

6. Aziz Turhan, B. No: 2012/1269, 8/5/2014 647

Gerekçeli karar hakkı: Bu hak yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılamaz. Gerekçe gösterme zorunluluğu, kararın niteliğine göre değişebilir. Bununla birlikte başvuru, ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddialarının cevapsız bırakılmış olması bir hak ihlaline neden olacaktır. Bu çerçevede başvuru, ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren iddiasının, derece mahkemelerince tartışılmamış ve karşılanmamış olması nedeniyle ihlal kararına varılmıştır.

7. Sencer Başat ve Diğerleri, B. No: 2013/7800, 18/6/2014 663

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı: Hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için “silahların eşitliği” ve “çelişmeli yargılama” ilkeleri ışığında, taraflara iddialarını sunmak hususunda uygun olanakların sağlanması şarttır. Taraflara tanık delili de dâhil olmak üzere delillerini sunma ve inceletme noktasında uygun imkânların tanınması gerekir. Somut olayda, dijital delillerin değerlendirilmesine ilişkin şikâyetlerin karşılanmadığına

dair iddialar ile dönemin Genelkurmay Başkanı ve Kara Kuvvetleri Komutanının tanık olarak dinlenmesi taleplerinin reddi nedeniyle tanık dinletme hakkına ilişkin şikâyetler açısından Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

8. Bülent Karataş, B. No: 2013/6428, 26/6/2014 703

Silahların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılama: Başvurucu, kendisine bildirilmeyen ve hükme esas alındığı görülen belgelerin incelettirilmesi için başvuru yapmış ancak talebi gerekçesiz olarak reddedilmiştir. Başvurucunun davalı idarenin savunması ekinde sunulan ve AYİM kararında hükme esas alınan gizlilik dereceli belgelerin incelettirilmemesi nedeniyle silahların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılama hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

9. Zekiye Şanlı, B. No: 2012/931, 26/6/2014 721

Silahların eşitliği ilkesi: Kanun koyucunun, mevcut davaya etkili kanun çıkararak görülmekte olan davaya müdahale etmesinde zorlayıcı bir kamu yararı olduğu kanaatine ulaşılmışsa da yasamanın müdahalesinin taraflar arasında yargılama başladıktan sonra gerçekleştiği ve davanın esasına ilişkin sonucu belirlediği, müdahale sonucunda başvurunun davayı kazanmasının imkânsız hale geldiği, oysa dava açıldığı zaman yerleşik içtihat çerçevesinde başvurunun davayı kazanmasının kuvvetle muhtemel olduğu, bu çerçevede öngörülebilir olmayan müdahalenin meşru kabul edilemeyeceği, müdahale sonucunda davalı Vakfın, başvurucuya nazaran önemli ölçüde avantajlı hale geldiği, bu şekilde yararlar dengesinin kendisine katlanılması zor külfetler yüklenen başvuru aleyhine bozulduğu ve bu durumun silahların eşitliği hakkına yönelik orantısız bir müdahale oluşturduğu anlaşıldığından adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

10. Mesude Yaşar, B. No: 2013/2738, 16/7/2014 749

Hakkaniyete uygun (adil) yargılanma hakkı: Oğlu terör örgütü mensuplarının öldürülen başvurunun yerleşim yerini terör olaylarından kaynaklanan güvenlik kaygısıyla terk ettiği dosya kapsamındaki belgelerden açıkça anlaşılmasına rağmen aksi yönde karar verilmiş olması nedeniyle hakkaniyete uygun (adil) yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

11. İbrahim Can Kişi, B. No: 2012/1052, 23/7/2014 775

Mahkemeye erişim hakkı: Bu hakka ilişkin sınırlandırmaların, hakkı özünü zedeleyecek şekilde kısıtlamaması, meşru bir amaç izlemesi, açık ve ölçülü olması ve başvuru üzerinde ağır bir yük oluşturmaması gerekir. Somut olayda, tazminat alacağının kayda değer bir kısmından mahrum kalan ve lehine adli yardım kararı verilmiş olması itibarıyla maddi durumunun elverişsiz olduğu anlaşılan, ıslaha yönelik talep hakkı kısıtlanan başvurunun, nispi vekalet ücreti nedeniyle katlanmak zorunda bırakıldığı külfetin, hedeflenen meşru amaçlarla orantısız olması nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

Gözetiminde avukat yardımı: Adil yargılanma hakkının yeterince uygulanabilir ve etkili olabilmesi için, kural olarak şüpheliye kolluk tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren avukata erişim hakkı sağlanmalıdır. Bu hak ancak, davanın kendine özgü koşulları bu hakkın kısıtlanması için zorunlu sebepler ortaya çıkarması halinde kısıtlanabilecektir. Avukata erişim hakkının kısıtlanmasına istisnai olarak zorunlu sebeplerin gerekçe gösterilmesi durumunda bile, bu kısıtlamanın savunma haklarına zarar vermemesi gerekir. Avukat erişimi sağlanmayan sanığın kolluk soruşturması sırasındaki ifadelerinin mahkûmiyet kararında kullanılması durumunda savunma haklarına telafi edilmez biçimde zarar verilmiş olacaktır. Somut olayda gözetiminde iken alınan ifadelerin mahkûmiyet için belirleyici biçimde kanıt olarak kullanıldığı, sonraki aşamalarda sağlanan müdafî yardımı ve yargılama usulünün diğer güvencelerinin soruşturmanın başında başvurusunun savunma hakkına verilen zararı gideremediği görülmektedir. Bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Tercüman yardımı: AİHS'in 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (e) bendi, hakkında suç isnadı olan kişinin, mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde, bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkını güvence altına alır. Bu hak yalnızca hakkında suç isnadında bulunan kişilere tanınmış bir haktır ve bu haktan faydalanabilmek için sanığın ödeme gücü olup olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Somut başvuruda, olayların gerçekleştiği tarihte başvurusunun savunmasını Türkçe yaptığı ve yargılamanın 10. celsesinde Kürtçe savunma yapmak talebinin İlk Derece Mahkemesince Türkçeyi iyi bildiği gerekçesiyle ve Anayasa'ya uygun olarak reddedildiği görülmektedir. Dolayısıyla başvurusunun Kürtçe savunma yapma talebinin o tarihte yürürlükte olan mevzuat uyarınca reddedilmesi nedeniyle savunma hakkının kısıtlanmadığı ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

SUÇ VE CEZALARA İLİŞKİN ESASLAR (MD. 38)

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi: Suç ve cezalara ilişkin kanuni düzenlemelerin sınırlarının, yasama organı tarafından belirgin bir şekilde çizilmesi, yürütme organının sınırları kanunla belirlenmiş bir yetkiye dayanmaksızın, düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etmemesi, ceza hukukunu uygulamakla görevli yargı organının da kanunlarda belirlenen suç ve cezaların kapsamını yorum yoluyla genişletmemesi gerekir. Somut olayda genelgeleyle yüklenen ve Kanun'da öngörülmemiş olan bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle başvurusunun idari para cezası ile cezalandırılmasının, suç ve cezada kanunilik ilkesini ihlal ettiğine karar verilmiştir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi: İdari para cezası ve bu cezaya karşı başvurusunun mahkemelerce reddedilmesi nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiği iddiası Anayasa ve AİHS'in ortak koruma alanı kapsamında-

dır. Somut olayda kabahat nedeniyle başvurucuya bir yaptırım uygulanmış, ancak henüz bu yaptırım kararı yerine getirilmeden, sonradan yürürlüğe giren kanunla, isnat edilen suçun unsurlarında ve cezasında lehe olacak şekilde değişiklik yapılmıştır. Mahkemece, cezası henüz infaz edilmemiş olan başvuru hakkında lehe kanun uygulamasının yapılması gerekirken bu uygulamanın yapılmaması nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

SENDİKA HAKKI (MD. 51)

1. Tayfun Cengiz, B. No: 8463, 18/9/2014

849

Sendikal faaliyet hakkı: Sendika hakkına ilişkin Anayasa'da sayılan sınırları dırmaların, Anayasa'nın 13. maddesindeki demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı incelenmelidir. Başvurucunun sendika faaliyetleri çerçevesinde işe gelmemek şeklindeki eylemine verilen disiplin cezası nedeniyle müdahale edilen sendika hakkı ile disiplin cezası ile ulaşılmak istenen kamu yararı arasındaki dengenin ölçülü olduğunun kabulü halinde, disiplin cezası verilmesine ve açılan davanın derece mahkemelerince reddedilmesine ilişkin gerekçelerin inandırıcı, başka bir deyişle ilgili ve yeterli oldukları sonucuna varılabilir. Tüm bunlara karşın verilen ceza hafif olsa da, başvuru gibi sendikaya üye kişileri, çıkarlarını savunmak amacıyla yapılan meşru grev veya eylem günlerine katılmaktan vazgeçirecek bir niteliğe sahiptir. Dolayısıyla sendika hakkına yapılan müdahale nedeniyle Anayasa'nın 51. maddesinin ihlal edildiğine ilişkindir.

SEÇME, SEÇİLME VE SİYASÎ FAALİYETTE BULUNMA HAKLARI (MD. 67)

1. Sebahat Tuncel, B. No: 2012/1051, 20/2/2014

867

Siyasi faaliyette bulunma hakkı: Seçilmiş milletvekilinin yasama faaliyetine katılmasına yönelik müdahale, sadece onun seçilme hakkına değil, aynı zamanda seçmenlerinin serbest iradelerini açıklama hakkına ve siyasi faaliyette bulunma hakkına yönelik bir müdahale de olabilir. Somut olayda bir koruma tedbiri niteliğindeki “yurt dışına çıkamamak” kararı nedeniyle başvurunun mahkûmiyet kararından sonraki süreçte yurt dışına çıkamamasından ibaret müdahalenin demokratik toplumun gereklerine aykırı olmadığı gibi başvurunun milletvekilliği görevlerini yapabilmesi nedeniyle amaçlanan hedefler açısından da ölçüsüz olduğu söylenemeyecektir. Bu nedenle başvurunun Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

YAŞAMA HAKKI
(MD. 17/1)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/841

Karar Tarihi: 23/1/2014

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Alparslan ALTAN
Üyeler	: Osman Alifeyyaz PAKSÜT Recep KÖMÜRCÜ Engin YILDIRIM Celal Mümtaz AKINCI
Raportör	: Cüneyt DURMAZ
Başvurucular	: Sadık KOÇAK Fatma KOÇAK Nurten KOÇAK Nurgül ÖZER Yunus KOÇAK Bayram KOÇAK Ali KOÇAK Hacer KOÇAK Rabia KOÇAK
Vekili	: Av. Ahmed Emir BİNİCİ ve Av. Keziban TÜLEN BİNİCİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucular, yakınları Şaban KOÇAK'ın askerlik görevini yerine getirdiği sırada idarenin kusuru sonucu intihar ettiği, olay hakkında yürütülen ceza soruşturmasından sonuç alınamadığı, idare aleyhine açtıkları maddi ve manevi tazminat davasında hükmedilen tazminatın yetersiz olduğundan bahisle Anayasa'da düzenlenen yaşam hakkı ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, başvuruçuların vekili tarafından 22/1/2013 tarihinde Menderes Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön in-

celemede başvurunun Komisyona sunulmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca, 19/3/2013 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 26/6/2013 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 27/6/2013 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, görüşünü 21/8/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvuruca 6/9/2013 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu, görüşünü 1/10/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAYLAR VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru dilekçesinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucuların ikisinin çocuğu ve diğer yedisinin kardeşi olan Şaban Koçak, Iğdır/Aralık 5. Hudut Taburu 6. Hudut Bölüğü Komutanlığına bağlı Aşağı Çiftlik Karakol Komutanlığı emrinde piyade onbaşı olarak askerlik görevini yerine getirirken kendisine kalorifer kazan dairesinin zimmeti verilmiştir.

9. Şaban Koçak, anne ve babasıyla yaptığı telefon görüşmelerinde kalorifer dairesinin zimmetinin kendisine verildiğini, bu görevi yapamayacağından korktuğunu ve yanlış bir şey yaparsa ailesinin malvarlığına el konacağı tehdidi altında olduğunu ifade etmiştir.

10. Başvuru konusu olayın gerçekleşmesinden 10 saat önce görevli asker V.S.'den ısrarla silah ve mühimmat istemiş, bu talep komutanın emriyle yerine getirilmemiştir.

11. 2/5/2010 tarihinde kendi görev mahalli olan karakolun kazan dairesinde diğer bir askerin hücum yeleğinden aldığı dolu şarjörü kendi silahına takarak kendisini vurmuş ve hayatını kaybetmiştir.

12. Olayla ilgili olarak T.C. Kara Kuvvetleri Komutanlığı 12. Mekanize Piyade Tugay Komutanlığı Askeri Savcılığı (Askeri Savcılık) 2011/120 esas numarasıyla soruşturma başlatmıştır. Soruşturma sonucunda Askeri Savcılık, 28/1/2011 tarih ve E.2011/120, K.2011/3 sayılı kararında, intiharın Şaban Koçak'ın kendi iç dünyasından kaynaklanan ancak dışa yansıtmadığı şahsi, ailevi ve maddi sıkıntılar nedeniyle girmiş olduğu psikolojik bunalım sonucu

gerçekleşmiş olduğunu ve başkasına atfedilebilecek bir suç unsuru bulunmadığını belirterek kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermiştir.

13. Bunun üzerine başvuru sahipleri 1/3/2011 tarihinde uğradıkları maddi ve manevi zararların tazmini amacıyla Milli Savunma Bakanlığına dilekçeyle başvurmuşlardır. Milli Savunma Bakanlığı dilekçeye süresi içinde cevap veremeyerek başvuruyu zımnen reddetmiştir.

14. Başvuru sahipleri zımni ret üzerine 31/5/2011 tarihinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesine (AYİM) dava açmışlardır.

15. AYİM 31/10/2012 tarih ve E.2011/989, K.2012/1053 sayılı kararıyla başvuru sahiplerinin tamamı için yapılan toplam 250.000 TL maddi ve 100.000 TL manevi tazminat talebinin, olayın meydana geliş şekli, tarihi, müteveffanın askerlik statüsü, davacıların sosyal durumları ve müteveffanın müterafik kusuru dikkate alınarak, Şaban KOÇAK'ın anne ve babası için toplam 7.100 TL maddi, davacıların tamamı için toplam 5.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Davanın reddedilen kısmı üzerinden nispi olarak hesaplanan 19.624 TL vekâlet ücretinin davacı olan başvuru sahiplerinden alınarak davalı idareye ödenmesine karar verilmiştir.

16. Anılan karar üzerine başvuru sahipleri karar düzeltme başvurusunda bulunmuştur. Söz konusu başvuru AYİM'in 15/5/2013 tarih ve E.2013/601, K.2013/584 sayılı kararı ile reddedilmiştir.

17. Bakanlık, 21/8/2013 tarihli görüşünde (§ 5) başvuru konusu olaya ilişkin ilave olarak aşağıdaki bilgilere yer vermiştir:

1. Askerlik Süreci

18. Başvuru sahiplerinin yakını Şaban Koçak'a askerlik öncesi son yoklamasında askerliğe elverişli olduğu yönünde rapor verilmiştir. Şaban Koçak bu rapora itiraz etmemiştir.

19. Başvuru sahiplerinin yakını Şaban Koçak, 14/12/2009 tarihinde askerlik hizmetine başlamış, acemilik eğitimini tamamlamasının ardından 1/3/2010 tarihinde Iğdır/Aralık 5. Hudut Komutanlığına bağlı Aşağı Çiftlik Karakoluna katılmıştır.

20. Şaban Koçak'a sosyal risk tarama anketi yapılmıştır. Şaban Koçak, bu ankette herhangi bir sağlık sorunundan bahsetmemiştir. Ayrıca intihar eğilimi olmadığını ve ailesinde intihar edenin bulunmadığını belirtmiştir.

21. Karakol komutanı kendisi ile mülakat yapmış, mülakatta, Şaban Koçak'a teslim edilen emniyet ve kaza önleme talimatları sözlü olarak anlatılmış ve sağlık sorunu olduğunda haber vermesi söylenmiş ve askerlik hizmeti sırasın-

da nasıl hareket etmesi gerektiği açık bir şekilde izah edilmiştir. Şaban Koçak tırnak batması dışında herhangi bir sağlık sorunu olmadığını beyan etmiştir.

22. Şaban Koçak, ayağına tırnak batması şikayeti ile ilgili olarak, 2/3/2010 ve 28/4/2010 tarihlerinde revire çıkmış ve muayenelerinin ardından birliğine geri gönderilmiştir.

23. 2/5/2010 tarihinde, karakola ait kazan dairesinde, geçirdiği ruhi bunalım sonucu, ani müdahale mangasında görev yapan er S. Y.'nin hücum yeleğini çıkartmasından istifade ederek aldığı şarjörü kendi silahına takıp göğsüne ateş etmiştir. Şaban Koçak önce Aralık Devlet Hastanesine, buradan da Iğdır Devlet Hastanesine sevk edilmiş, yapılan müdahalelere rağmen kurtarılamayarak hayatını kaybetmiştir.

2. Ceza Soruşturması Süreci

24. Şaban Koçak'ın kendisini vurması üzerine durum derhal Askeri Savcılığa bildirilmiştir. Askeri Savcılığın talimatı ile Iğdır Cumhuriyet Başsavcılığı aynı gün ölü muayene işlemini yapmıştır. Ölenin kamera kaydı ve fotoğraflama işlemleri yapılmış, el, yüz, avuç içi svapları ve parmak izleri alınmıştır. Ölenin üzerinden çıkan çeşitli eşyalar tutanak ile muhafaza altına alınmıştır. Ölü muayene işlemi sonucunda kesin ölüm nedeninin belirlenmesi için klasik otopsi işlemi yapılmasına karar verilmiştir.

25. Iğdır Cumhuriyet Başsavcılığı, 2/5/2010 tarihinde olay yerini incelemiştir. Olay yeri inceleme ekibi fotoğraflama ve kamera kaydı işlemlerini yapmış, olay yerinin krokisini çizmiş, olay yeri ile olay yerinde bulunan silah ve şarjördeki parmak izlerini incelemiş, balistik inceleme için bunlara el koymuştur. Aynı gün Iğdır Cumhuriyet Savcısı nezaretinde, ölenin dolabı ve yatağında arama yapılmıştır.

26. Aynı gün silah sesi üzerine kazan dairesine giden N.S., S.K., V.S. ve M.G. tanık olarak dinlenmiştir. S.K. ve N.S. silah sesi üzerine kazan dairesine gittiklerini, kazan dairesine vardıklarında Şaban Koçak'ın kanlar içinde yerde yatıp yatmadığını belirtmişlerdir. V.S. ifadesinde, kendisinin manga komutanı olduğunu, olaydan 10 saat kadar önce Şaban Koçak'ın kendisinden mühimmat istediğini ancak vermediğini ve durumu komutan H.N.'ye anlattığını, Şaban Koçak'ın maddi sorunları olduğunu ancak psikolojik sorunları olduğunu bilmediğini belirtmiştir. M.G. ise, Şaban Koçak'ın can dostu olduğunu, onu olay günü görmediğini, maddi sorunları olduğunu bildiğini ancak psikolojik sorunları olduğunu bilmediğini belirtmiştir.

27. Olay yeri inceleme ekipleri olay yeri incelemesi sonucunda rapor düzenlemiş ve soruşturma dosyasına dâhil etmişlerdir. Raporda tüfeğin G-3 piyade tüfeği olduğu, emniyetin açık ve atıma hazır konumda olduğu belirtilmiştir.

28. 12/5/2010 tarihinde Trabzon Adli Tıp Grup Başkanlığı Kimya İhtisas Dairesi toksikolojik raporunu açıklamıştır. Buna göre ölümlen alinan örneklerde, uyuşturucu maddeye, alkole ve toksikolojik bulguya rastlanmamıştır.

29. 1/6/2010 tarihinde klasik otopsi raporu açıklanmıştır. Klasik otopsi sonucunda, kesin ölüm nedeni ateşli silah yaralanmasına bağlı iç organ harabiyeti olarak tespit edilmiştir. Ayrıca atışın bitişik atış olduğu ve cesetten mermi çekirdeği veya saçma elde edilemediği belirtilmiştir.

30. 23/6/2010 tarihinde ölenin elbiseleri ile ilgili kriminal raporu açıklanmıştır. Raporda parkada bir adet delik olduğu, atışın bitişik olduğu ve atış artıklarının bulunduğu belirtilmiştir.

31. Silahın balistik incelemesi yapılmıştır. 17/6/2010 tarihli raporda, silahın G-3 makineli, tam otomatik çalışma düzeninde bir silah olduğu, herhangi bir arızasının bulunmadığı, kendiliğinden ateş alamayacağı, bir adet suça konu kovanın bu silahtan atıldığı, teşhise ve mukayeseye elverişli yeterli izin bulunmadığı belirtilmiştir.

32. Alınan svaplar üzerinde yapılan inceleme sonucu açıklanan 28/6/2010 tarihli uzmanlık raporunda, Şaban Koçak'a ait olduğu belirtilen svapların söz konusu silahtan kaynaklanan atış artıkları olabileceği belirtilmiştir.

33. Mağdur sıfatı ile başvurulardan Fatma Koçak ve Sadık Koçak'ın ve tanık sıfatı ile Ali Koçak'ın ifadeleri alınmıştır. Bu kişiler ifadelerinde Şaban Koçak'ın psikolojik sorunu olmadığını belirtmişlerdir.

34. Askeri Savcılık, ölenin dayısının oğlu M.K.'yi tanık olarak dinlemiştir. Tanık ifadesinde, Şaban Koçak'ın psikolojik sorunu olmadığını belirtmiştir.

35. Karakol komutanı H.S., bölük komutanı O.K., tabip asteğmen F.K. ile piyade üstçavuş R.A. tanık olarak dinlenmiştir. H.K. ifadesinde; Şaban Koçak'ın kendisine ailevi sorunlarından bahsetmediğini, V.S. isimli askerin kendisine Şaban Koçak'ın mühimmat istediğini söylediğinde, vermemesi ve gerekirse nöbete çıkarılmaması gerektiğini söylediğini, ancak aynı gün Şaban Koçak'ın kazanda olması nedeniyle çağırıp konuşmadığını belirtmiştir. O.K. ise ifadesinde, Şaban Koçak'ın kendisine maddi durumunun iyi olmadığını söylediğini, bunun dışında bir sorunundan bahsetmediğini belirtmiştir. R.A. ise, Şaban Koçak'ın maddi sorunları dışında sessiz ve efendi birisi olduğunu, herhangi bir sıkıntısından bahsetmediğini, olaydan sonra S.Y. isimli askerin kendisine gelerek bir adet şarjörünün kaybolduğunu söylediğini, ancak Şaban Koçak'ın kimseyle bir sorunu olmadığını belirtmiştir.

36. Şaban Koçak'ın samimi arkadaşları S.E. ve N.A. ile yakın akrabası M.K. tanık olarak dinlenmiştir. Bu kişiler Şaban Koçak'ın herhangi bir psikolojik

sorunu olmadığını belirtmişlerdir.

37. Olay günü, Şaban Koçak'ın gizlice şarjörünü aldığı er S.Y. tanık olarak dinlenmiştir. S.Y. ifadesinde, olay günü saat 14.00 civarında içinde şarjör bulunan hücum yeleğini çıkararak gazinoya gittiğini, o esnada komutanının çağırıldığını, saat 16.00 civarında ise hücum yeleğinin olmadığını hatırladığını ve geri almaya gittiğini, öleni tanıdığını, içine kapanık birisi olduğunu, Şaban Koçak'a karakolda kötü davranılmadığını ve kimseyle sorunu olmadığını belirtmiştir.

38. Askeri Savcılık tüm bu hususları değerlendirerek, Şaban Koçak'ın kendi iç dünyasından kaynaklanan ve dışa yansıtmadığı sorunlar nedeniyle geçirdiği psikolojik bunalım sonucunda intihar ettiği gerekçesiyle 28/11/2011 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir.

39. Başvurucular vekili kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz etmiştir. Kara Kuvvetleri Komutanlığı 9. Piyade Tugay Komutanlığı Askeri Mahkemesi E.2011/100 K.2011/101 sayılı kararı ile yapılan itirazı reddetmiştir.

3. AYİM'de Açılan Tazminat Davası Süreci

40. Başvurucular vekili tarafından, 30/6/2011 tarihli dilekçe ile Milli Savunma Bakanlığı (İdare) aleyhine tazminat davası açılmıştır. Başvurucular, toplamda 250.000 TL maddi ve 100.000 TL manevi olmak üzere 350.000 TL tazminat talep etmiştir.

41. Davalı idare vekili olan avukat tarafından cevap dilekçesi sunulmuştur. Davacı başvurucular vekili tarafından 31/10/ 2011 tarihinde cevaba cevap dilekçesi sunulmuştur.

42. AYİM Başsavcılığı, idarenin kusurlu olduğu gerekçesiyle tazminat miktarının belirlenmesi için bilirkişi raporu alınması ve açılan davanın kabul edilmesi yönünde mütalaa sunmuştur.

43. AYİM, 22/2/2012 tarihinde aldığı ara karar ile davacı başvurucular vekilinden Şaban Koçak'ın çalışma koşulları ve aldığı ücrete ilişkin belgelerin gönderilmesini talep etmiştir. Başvurucular vekili 12/3/2012 tarihinde, Şaban Koçak'ın sigortasız olarak günlük 25 TL den çalıştığına ilişkin dilekçe sunmuştur.

44. AYİM, 25/4/2012 tarihinde bilirkişi raporu alınmasına karar vermiştir. Bilirkişi 28/6/2012 tarihli raporunu mahkemeye sunmuştur.

45. 9/7/2012 tarihinde davalı idare vekili Başsavcılık görüşüne itirazlarını sunmuştur. 13/7/2012 tarihinde başvurucular vekili, bilirkişi raporuna itiraz dilekçesi sunmuştur.

46. 31/10/2012 tarihinde AYİM, nöbetine 10 saatlik bir süre olmasına rağmen silah ve mühimmat istemesinin intiharına ilişkin şüphe oluşturmaması ve bunun idare tarafından fark edilmemesi nedeniyle idarenin sorumlu olduğuna karar vermiştir.

47. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, davacı anne Fatma Koçak’a 4.500 TL maddi, 1.450 TL manevi; davacı baba Sadık Koçak’a 2.600 TL maddi, 1.450 TL manevi; davacının kardeşleri Nurten Koçak, Nurgül Özel, Yunus Koçak, Ali Koçak, Hacer Koçak, Fatma Koçak ve Rabia Koçak’a ayrı ayrı 300 TL manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Ancak davacının kardeşleri Nurten Koçak, Nurgül Özel, Yunus Koçak, Ali Koçak, Hacer Koçak, Fatma Koçak ve Rabia Koçak’ın maddi tazminat taleplerini, 22/11/2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 364. maddesi uyarınca Şaban Koçak’ın maddi durumunun iyi olmaması nedeniyle nafaka yükümlülüğü doğmadığından bahisle reddetmiştir. Ayrıca reddedilen maddi ve manevi tazminat miktarları üzerinden 19.624 TL vekâlet ücretinin davacılar tarafından alınarak davalı idareye ödenmesine karar vermiştir.

48. Bu karar başvuru vekiline 25/12/2012 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvuru vekili, 8/1/2013 tarihinde bu karara itiraz etmiştir. 15/5/2013 tarihinde AYİM karar düzeltme talebini reddetmiştir. Karar 29/5/2013 tarihinde başvuru vekiline tebliğ edilmiştir.

49. 12/7/2010 tarihinde, Şaban Koçak’ın ölümü nedeniyle, TSK Mehmetçik Vakfı Genel Müdürlüğü tarafından ölüm yardımı mahiyetinde, başvuru- lardan Sadık Koçak’a 13.887,50 TL; Fatma Koçak’a 13.887,50 TL olmak üzere toplam 27.775 TL ödeme yapılmıştır.

50. Başvuru vekili, 25/12/2012 tarihinde AYİM’in kararının kendilerine tebliğinden itibaren süresi içinde 22/1/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

B. İlgili Hukuk

51. 6/1/1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun “Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması” başlıklı 13. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.”

52. Haksız fiillerden doğan borç ilişkilerini düzenleyen 11/1/2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Sorumluluk" başlıklı 49. maddesi şöyledir:

"Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür."

53. 6098 sayılı Kanun'un haksız fiillerden doğan borç ilişkilerinin Ceza Hukuku ile ilişkisini düzenleyen 74. maddesi ise şöyledir:

"Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz."

54. 4/7/1972 tarih ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun "Duruşma" başlıklı 48. maddesi şöyledir:

"Daireler ve Daireler Kurulunda inceleme, evrak üzerinde yapılır.

İptal davalarında ve miktarı ikiyüzbin lirayı aşan tam yargı davalarında taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılır.

Duruşma, dava dilekçesi ve cevap layihalarında istenebilir.

Daireler ve Daireler Kurulu yukarıdaki kayıtlara bağlı olmaksızın duruşma yapılmasına kendiliğinden de karar verebilir.

Davetiyeler duruşma gününden en az otuz gün önce taraflara gönderilir."

55. 1602 sayılı Kanun'un "Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kararlarının sonuçları" başlıklı 63. maddesi şöyledir:

"Daireler ve Daireler Kurulu kararları kesin olup, kesin hükmün bütün hukuki sonuçlarını hasıl eder. Bu kararlar aleyhine, ancak bu kanunda yazılı kanun yollarına başvurulabilir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, altmış gün içinde işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur.

Mahkeme ilamlarının icaplarına göre eylem ve işlem tesis etmeyen idare aleyhine Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde tam yargı davası açılabilir.

Tam yargı davaları hakkındaki kararlar, genel hükümler dairesinde infaz ve icra

olunur.”

56. 1602 sayılı Kanun’un 66. maddesi şöyledir:

“Daireler ile Daireler Kurulundan verilen kararlar hakkında bir defaya mahsus olmak üzere, ilamın tebliği tarihinden itibaren onbeş gün içinde aşağıda yazılı sebepler dolayısıyla kararın düzeltilmesi istenebilir.

- a) Kararın esasına etkisi olan iddia ve itirazların, kararda karşılanmamış olması;*
- b) Bir ilamda birbirine aykırı hükümler bulunması;*
- c) Kararın usul ve kanuna aykırı bulunması;”*

57. 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname’nin *“Davalardaki temsilin niteliği ve vekalet ücretine hükmedilmesi ve dağıtımı”* kenar başlıklı 14. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Tahkim usulüne tabi olanlar dahil adli ve idari davalar ile icra dairelerinde idarelerin vekili sıfatıyla hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri ve avukatlar tarafından yapılan takip ve duruşmalar için, bu davaların idareler lehine neticelenmesi halinde, bunlar tarafından temsil ve takip edilen dava ve işlerde ilgili mevzuata göre hükmedilmesi gereken tutar üzerinden idareler lehine vekalet ücreti takdir edilir.”

58. 22/11/2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun *“A. Nafaka yükümlülükleri”* başlıklı 364. maddesi şöyledir:

“Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür.

Kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, refah içinde bulunmalarına bağlıdır.

Eş ile ana ve babanın bakım borçlarına ilişkin hükümler saklıdır.”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

59. Mahkemenin 23/1/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
nun 22/1/2013 tarih ve 2013/841 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği
düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

60. Başvurucular, idarenin intihar eden yakınlarının psikolojik sıkıntılar-
ından haberdar olmasına rağmen yaşamını korumak için gerekli tedbirleri
almayı ihmal ettiğini, Askeri Savcılık tarafından yürütülen soruşturmanın et-
kili, caydırıcı ve sorumluları cezalandırıcı nitelikte olmadığını, AYİM’de görü-
len davada duruşma yapılmadığını, ilgililerin kusurlarının tespiti ve mütevef-

fanın psikolojik durumunun tespiti için bilirkişiden rapor alınmadığını, sadece hesap bilirkişisinden hesaplama konusunda görüş alındığını, müteveffaya oranı ve kaynağı belli olmayan bir kusur izafe edildiğini, başvurulardan bir kısmının tazminat talebinin cevapsız bırakıldığını, AYİM'in bağımsız ve tarafsız nitelikte olmadığını, ilgili usul kanununun yanlış uygulanması sonucu kendilerine hükmedilen tazminattan daha yüksek miktarda avukatlık ücreti yüklendiğini belirterek Anayasa'da düzenlenen yaşam hakkı ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Anayasa'nın 17. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası Yönünden

61. Başvurucuların Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği iddialarına yönelik olarak Bakanlık görüşünde, şikâyetlerin kabul edilebilirliği açısından değerlendirme yapılırken, bireysel başvuru yoluna başvurmadan önce, kişilere ihlale neden olduğunu ileri sürdükleri işlem, eylem ya da ihmal için *"kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamını"* tüketmiş olmaları zorunluluğu getirildiği, oysa başvurulardan AYİM'in 31/10/2012 tarih ve E.2011/989, K.2012/1053 sayılı kararına karşı yaptıkları itirazın, AYİM tarafından 15/5/2013 tarih ve E.2013/601, K.2013/584 sayılı kararı ile sonuca bağlandığı, dolayısıyla, bireysel başvuruya konu yargı kararının 15/5/2013 tarihinde kesinleştiğinden bahisle, başvuru tarihi olan 22/1/2013 tarihi itibarıyla kanun yollarının tüketilmemiş olduğu ileri sürölmüştür.

62. Bakanlık görüşünde ayrıca başvurulardan mağdur sıfatı açısından, başvurulardan Sadık Koçak ve Fatma Koçak'a TSK Mehmetçik Vakfı Genel Müdürlüğü tarafından 12/7/2010 tarihinde 27.775 TL ödeme yapıldığı, ayrıca tazminat davası sonucunda idarenin hizmet kusuru tespit edildiği ve AYİM tarafından maddi ve manevi tazminata hükmedildiği, Askeri Savcılık tarafından Şaban Koçak'ın ölümüne ilişkin adli ve idari olmak üzere kapsamlı iki farklı soruşturma yapıldığı, soruşturmalar sonucunda kesin ölüm nedeni ve Şaban Koçak'ın ölümünü çevreleyen koşulların ortaya konulduğu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında ulusal yetkililerce ihlalin tespit edilmesi ve verilen karar ile bu ihlalin uygun ve yeterli biçimde giderilmesi halinde, ilgili tarafın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) anlamında bundan böyle mağdur olduğunu ileri süremeyeceğinin kabul edildiği, başvurunun yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetlerinin kabul edilebilirliği incelenirken, başvurulabilecek idari ve yargısal yolların tüketilip tüketilmediğinin ve mağdur sıfatının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

63. Başvurucular, başvurunun kabul edilebilirliği hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı, başvuru yollarının tüketilmesi iddiası ile ilgili olarak, AYİM kararlarının verildikleri anda kesin olduklarını, karar düzeltme yoluna başvurulmasının kararların kesinleşmesine etki etmediğini ileri sürmüşlerdir.

64. 1602 sayılı Kanun'un 63. maddesinde Daireler ve Daireler Kurulu kararlarının kesin olduğu, kesin hükmün bütün hukuki sonuçlarını hasıl edeceği kurala bağlanmıştır. Bu nedenle bu kararlardan sonra bireysel başvuru yoluna gidilmesi mümkündür (B. No:2013/1177, 26/3/2013, § 18). Bununla birlikte, başvurucular vekili, 8/1/2013 tarihinde AYİM'in kararına karşı karar düzeltme başvurusunda bulunmuş ve 15/5/2013 tarihinde AYİM karar düzeltme talebini reddetmiştir. Karar 29/5/2013 tarihine başvurucuların vekiline tebliğ edilmiş ve 14/6/2013 tarihinde başvurucular tarafından Anayasa Mahkemesine bildirilmiştir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi tarafından başvuru hakkında karar verilmeden önce bu kanun yolu da başvurucular tarafından tüketilmiş olmaktadır.

65. 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, ancak ihla- le yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenlerin bireysel başvuru hakkına sahip oldukları kurala bağlanmıştır. Yaşam hakkının doğal niteliği gereği, yaşamını kaybe- den kişi açısından bu hakka yönelik bir başvuru ancak yaşanan ölüm olayı nedeniyle mağdur olan ölen kişinin yakınları tarafından yapılabilecektir. Baş- vurucular, başvuru konusu olayda ölen kişinin anne, baba ve kardeşleridir. Bu nedenle başvuru ehliyeti açısından bir eksiklik bulunmamaktadır.

66. Başvurucuların Bakanlık görüşünde ileri sürülen Anayasa'nın 17. mad- desine ilişkin şikâyetleri açısından mağdur sıfatı hususunda karar verebilmek için devletin Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yaşam hakkını korumak için sahip olduğu "*etkili bir yargısal sistem kurma*" pozitif yükümlülüğünün kapsamının ve başvuru konusu olayda eğer varsa bu yükümlülüğün ne ölçü- de yerine getirildiğinin tespiti gerekmektedir.

i. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlığın Görüşü

67. Başvurucular, idarenin intihar eden yakınlarının psikolojik sıkıntılarının haberdar olmasına rağmen yaşamını korumak için gerekli tedbirleri al- mayı ihmal ettiğini iddia etmektedirler. Başvuruculara göre, yakınları Şaban Koçak, psikolojik travma içinde olduğunu ortaya koyan tavırlar sergilemesi- ne rağmen, kendisine psikolojik tedavi ve destek sağlanmamış ve kendisiyle ilgilenilmemiştir. Bu sebeple başvurucular, vefat edenin sağlık ve psikolojik destek hizmet alamaması nedeniyle meydana gelen ölümden idarenin so- rumlu olduğunu ileri sürmüşlerdir.

68. Bakanlık görüşünde, Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği yönündeki şikâyetler değerlendirilirken, AİHM'nin devletin yaşamı koruma yükümlülüğünü gözaltı, cezaevi veya zorunlu askerlik hizmeti sırasında bulunan bireyi intihara karşı korumayı kapsayacak şekilde yorumladığı belirtildikten sonra konuya ilişkin AİHM kararlarına yer verilmiştir. AİHM'nin bu konudaki kararlarında, bireyin kendisine karşı bir risk oluşturduğunu biliyor olması veya bilmesi gerektiği halde makul tedbirleri almamasının devletin sorumluluğunu doğurabileceği, yaşamı koruma adına oluşturulan yasal ve idari çerçevenin, askerlik görevini yerine getirenleri maruz kaldıkları askerliğe bağlı tehlikelere karşı koruyacak pratik önlemlerin alınmasını ve eksiklikleri ve çeşitli düzeylerdeki amirler tarafından yapılan hataları tespit etmeye imkân tanıyacak uygun usullerin yerine getirilmesini sağlayacak şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği, bununla birlikte, intihar olaylarında devletin yerine getirmesi gereken pozitif yükümlülüklerin kapsamının belirlenmesinde, insan davranışlarının “*öngörülemezliği*” ilkesinin de gözden kaçırılmaması gerektiğinin belirtildiği ifade edilmiştir.

69. Bakanlık görüşünde son olarak somut olayla ilgili şu değerlendirmeler yapılmıştır: Mevcut başvuruda, öncelikle iki konunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bunlar, insan davranışlarının “*öngörülemezliği*” ilkesini de göz önünde bulundurarak, yetkililerin intihar riskini öngörüp öngörmedikleri ya da en azından öngörmeleri gerekip gerekmediği, öngörmüşlerse ya da öngörmeleri gerekiyorsa gerekli tedbirleri alıp almadıklarının tespiti. Mevcut başvuruda, Şaban Koçak'ın 14/12/2009 tarihinde silah altına alındığı, acemi eğitimini tamamladıktan sonra 1/3/2010 tarihinde yeni birliği olan Iğdır/Aralık 5. Hudut Komutanlığına bağlı Aşağı Çiftlik Karakolunda görevine başladığı, birliğine katıldıktan kısa bir müddet sonra 2/5/2010 tarihinde kazan dairesinde nöbet silahı ile intihar ettiğinin anlaşıldığı, Şaban Koçak'ın bizzat kendisine karşı kendi hayatını koruma yükümlülüğü konusunda askeri otoritelerin Şaban Koçak'ın gerçekten intihar etme riski taşıdığını bilip bilmediklerini ve bu riskin söz konusu olması durumunda, bunu önlemek için kendilerinden beklenen her şeyi yapıp yapmadıklarını tespit etmenin uygun olacağı, bu bakımdan, ceza soruşturma dosyasında toplanan deliller dikkate alındığında, Bakanlık tarafından AYİM'in tespit ettiği kusur dışında hiçbir unsurun, başvuruçuların oğullarının orduya katılmadan önce onu intihara sürükleyebilecek ruhsal bozukluklar yaşadığını göstermediği, birliğe katıldıktan kısa bir müddet sonra intihar olayının gerçekleştiği, üstlerine ya da arkadaşlarına herhangi bir sorunundan bahsetmediğini ortaya koyduğu değerlendirilmiştir.

70. Başvuruçular, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı, AYİM tarafından yapılan tespit dışında hiçbir unsurun oğullarının orduya

katılmadan önce onu intihara sürükleyebilecek ruhsal bozukluk yaşadığını göstermediği yönündeki beyanların kabul edilemeyeceğini, oğullarının bu konuda eğitimi, tecrübesi ve bilgisi olmadığı için askerlik hizmetini yürütüp yürütemeyeceğini kendisinin bilmesinin mümkün olmadığını, kendisini askerlik hizmetine alan idarenin bu hizmeti tek elden yürüten ve bütün alanlarda sorumlu ve yükümlü olan tek taraf olduğunu, idarenin askerlikten kaynaklanan zorlu koşullara uyum sağlama, silah kullanma ve kalorifer kazanının zimmetini alma gibi konularda gerekli kontrolleri yapmadığını, bunalmılda olduğu çok açık olan bir askerin nöbet saatine 10 saat varken diğer bir askerden ısrarla silah ve mühimmat istemesi ve bu isteğinin komutanlarına bildirilmesi karşısında müteveffanın davranışının öngörülebilir hale geldiğini ve bu şekilde yetkililerin gerekli tedbirleri almadıklarının ortaya çıktığını, buna rağmen yürütülen ceza soruşturmasında sorumlular hakkında kamu davası açılmasından imtina edildiğini beyan etmişlerdir.

ii. Yaşamı Korumak İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmadığı İddiası

71. Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesi şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

72. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardan olup devletin bu konuda pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletin, negatif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme, bunun yanı sıra, pozitif bir yükümlülük olarak, yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 50-51)

73. Anayasa Mahkemesinin yaşam hakkı kapsamında devletin sahip olduğu pozitif yükümlülükler açısından benimsediği temel yaklaşıma göre, devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında gerçekleşen ölüm olaylarında Anayasa'nın 17. maddesi, devlete, elindeki tüm imkânları kullanarak, bu konuda ihdas edilmiş yasal ve idari çerçevenin yaşamı tehlikede olan kişileri korumak için gereği gibi uygulanmasını ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal tedbirleri alma görevi yüklemektedir. Bu yükümlülük, kamusal olsun veya olmasın, yaşam hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyet bakımından geçerlidir (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 52).

74. Bu kapsamda, bazı özel koşullarda devletin kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı yaşamı korumak amacıyla gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Tanrıbilir/Türkiye*, § 70, B. No: 21422/93, *Ataman/Türkiye*, B. No: 46252/99, 54). Zorunlu askerlik hizmeti için de tartışmasız bir şekilde geçerli olan bu yükümlülüğün (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Alvarez Ramon/İspanya*, B. No: 51192/99, 3/7/2001) ortaya çıkması için askeri mercilerin, kendi kontrolleri altındaki bir kişinin kendini öldürmesi konusunda gerçek bir risk olduğunu bilip bilmediklerini ya da bilmeleri gerekip gerekmediğini tespit etmek, böyle bir durum söz konusu ise bu riski ortadan kaldırmak için makul ölçüler çerçevesinde ve sahip oldukları yetkiler kapsamında kendilerinden beklenen her şeyi yapıp yapmadıklarını incelemek gerekmektedir. Ancak özellikle insan davranışının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek yapılacak işlemin veya yürütülecek faaliyetin tercihi göz önüne alınarak; pozitif yükümlülük, yetkililer üzerine aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmamalıdır (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 53, Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Kılınç ve diğerleri/Türkiye*, B.No: 40145/98, 7/7/2005 § 40-42, *Ömer Aydın/Türkiye*, B. No: 34813/02, 25/11/2008, § 46-48, *Kasım Dalar/Türkiye*, B. No: 35957/05, 21/2/2012, § 49). Bu çerçevede Anayasa Mahkemesince yapılacak incelemede, basit bir ihmali veya değerlendirme hatasını aşan bir kusurun askeri yetkililere atfedilebilir atfedilemeyeceğinin ortaya konulması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Abdullah Yılmaz/Türkiye*, B. No: 21899/02, 17/7/2008, §57, *Nuran Kızılkaya Karslı/Türkiye*, B. No: 12988/05, 17/4/2012, § 59).

75. Askerlik yükümlülüğü kapsamında yürütülen bazı eylem ve etkinliklerin doğasında ve buna dâhil insan unsuruna bağlı olarak ortaya çıkan risk seviyesine uygun şekilde yaşamı koruyucu yasal ve idari düzenlemelerin bulunması gerekmektedir. Bu yükümlülük aynı zamanda devletin, sade vatandaşları askere alma kararı vermesi nedeniyle söz konusu insan unsurundan da kaynaklanmaktadır. Zira devlet askerlik görevini zorunlu kılıyorsa, özellikle silah kullanımı konusunda büyük bir titizlik göstermeli ve psikolojik sorunları olan askerlerin tedavi edilmesini ve onlara yönelik uygun tedbirlerin alınmasını sağlamalıdır. Oluşturulan yasal ve idari düzenlemelerde, askerlik yaşamının doğasında var olan tehlikelerle karşı karşıya bulunan askerlerin etkin bir şekilde korunmalarını sağlayan uygulamaya ilişkin tedbirlerin ve emir komuta zinciri içerisinde yer alan sorumlular tarafından işlenebilecek kusur ve hataların tespit edilmesini sağlayacak usullerin öngörülmesi gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Kılınç ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 40145/98, 7/7/2005, § 41, *Lütfi Demirci ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 28809/05, 2/3/2010, § 31).

76. Bu çerçevede askere alım sırasında kişilerin uygun denetimlerden geçirilmesi ve askerlik öncesinde ve sırasında gerekli denetim ve müdahalelerin duruma uygun koşullarda yapılması büyük önem taşımaktadır (Bkz. *Kılınç ve Diğerleri/Türkiye*, B.No: 40145/98, 7/7/2005, § 41).

77. Yaşam hakkının korunması, silâh altındaki bir askerin, askeri makamların kontrolü altında iken “*şüpheli*” bir biçimde ölmesi durumunda, bağımsız ve tarafsız bir şekilde etkili ve uygun resmi bir soruşturmanın yürütülmesini de gerekli kılmaktadır. Bu şekilde yukarıda bahsi geçen yasal ve idari çerçevenin etkili bir şekilde uygulanması temin edilebilecektir. Bu amaçla yürütülen araştırma ve soruşturmanın öncelikle olayların tam olarak nasıl meydana geldiğinin belirlenmesini, ikinci olarak ise sorumluların tespit edilmesini ve gerek görüldüğünde cezalandırılmasını sağlayacak nitelikte olması gerekir. Bu kapsamda yürütülen işlemler, ön soruşturma aşamasının ötesine geçmeli ve yargı aşaması da dâhil bütün süreç 17. maddenin gereklerine cevap vermelidir. Böylelikle, derece mahkemeleri hiçbir durumda mağdurların yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığına karşı yapılan saldırıları cezasız bırakmamalıdır (aynı yöndeki AİHM kararları için bkz. *Feyzi Yıldırım/Türkiye*, B. No: 40074/98, *Okkalı/Türkiye*, B. No: 52067/99, *Abdullah Yılmaz/Türkiye*, B. No: 21899/02, 17/7/2008, § 58).

78. Mevcut başvuruda, yukarıda yer verilen ilkeler çerçevesinde öncelikli olarak askeri yetkililerin Şaban Koçak’ın intihar etme riskini bilip bilmediklerinin veya bilmeleri gerekip gerekmediğinin ortaya konulması gerekmektedir. Başvuru konusu olayda askerlik öncesi yapılan sağlık kontrolünde Şaban Koçak’ın herhangi bir psikolojik sorunu olduğuna dair bir tespit bulunmadığı, askerlik sırasında yapılan mülakat ve anketlerde kendisinin bu konuda bir sorunu olduğuna dair bildirimde bulunmadığı anlaşılmaktadır. Başvurucular da Şaban Koçak’ın askerlik hizmeti için teslim olduğunda hiçbir bedensel ve psikolojik sorununun bulunmadığını ifade etmektedirler.

79. Bununla birlikte, Şaban Koçak, Aşağı Çiftlik Karakol Komutanlığına katıldıktan sonra kalorifer dairesinin zimmeti kendisine verildiği andan itibaren bu görevi yapamayacağından korktuğu ve yanlış bir şey yaparsa ailesinin malvarlığına el konulacağı tehdidi altında olduğunu düşündüğü anlaşılmaktadır. Ceza soruşturması sürecinde yer alan tanık beyanlarında sadece maddi sıkıntısı bulunduğu ifade edilmekle birlikte, anne babası ile yaptığı telefon görüşmelerinde bu kaygılarını dile getirdiği görülmektedir. Gerçek olaylara ya da kafasında oluşturduğu vehimlere dayalı olmasının bir önemi bulunmaksızın, Şaban Koçak’ın üstlendiği sorumluluklara bağlı olarak yoğun kaygı yaşadığı anlaşılmaktadır.

80. Her ne kadar bir askerin sadece maddi sorunlarının bulunması veya

kendisine yüklenilen sorumlulukların ağırlığı nedeniyle yoğun kaygılar yaşamasına bağlı olarak gerçekleşen intihar eylemlerini idarenin öngörmesi ve gerekli tedbirleri alması gerektiği sonucu çıkarılamayacak olmakla birlikte, başvuru konusu olaydaki gibi genel olarak bazı sorunları olduğu bilinen bir askerin ilgisiz bir zamanda silah ve mühimmat istemesi gibi çok açık bir şekilde intihar eylemine girişilebileceği konusunda işaretlerin olması ve bu durumun yetkililere bildirilmesi halinde, idarenin bu konuda önleyici tedbirler alması kendisinden beklenebilecektir.

81. Nitekim AYİM'in başvurucular tarafından açılan tazminat davası sonucunda verdiği kararda bu konuda şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

"Askeri Savcılık tarafından yürütülen soruşturma sırasında ifadelerine başvuru- rulan tanıkların beyanlarından anlaşıldığı üzere, müteveffanın çürük raporu alma konusunda bazı asker arkadaşlarıyla konuşmalar yaptığı, keza anne ve babasının beyanlarına göre, onlara telefonda "kendisine senet imzalatıldığı, 25.000,00 TL ceza verileceği, tarlalarının elinden alınacağı" şeklinde sözler söylediği, ayrıca kazan dairesinin sorumluluğunun kendisine verilmesi ve zimmetine alması konusunda çekingen davrandığı, maddi problemleri bulunan müteveffanın, kazan dairesindeki cihazların arızalanması halinde kendisinden tazminat istenmesinden korktuğu, özellikle olay günü nöbetine yaklaşık 10 saatlik bir süre olmasına rağmen V.S. isimli asker arkadaşından silah ve mühimmat talep ettiği, ancak nöbetine henüz uzun bir süre olduğundan V.S.'nin bu talebi yerine getirmediği ve müteveffaya silah ve mermi vermediği, ancak müteveffa ısrarcı olunca V.S.'nin bu konuda karakol komutanını bilgilendirdiği, komutanın izin vermemesi üzerine silah ve mühimmat alamadığı hususları hep birlikte düşünüldüğünde, dava konusu vahim olayın meydana gelmemesi için davalı idare ajanlarınca gerekli ve yeterli her türlü tedbirin alındığının söylenemeyeceği, müteveffanın olaydan önce intiharı kafasına koyup tasarlamasına ve hiçbir sebep yokken üst ve amirlerinden silah ve mermi istemek suretiyle bu konudaki niyetini de belli etmesine (en azından şüpheli davranmasına) rağmen bunun fark edilemediği, dolayısıyla meydana gelen ölüm olayı ile idarenin kusurlu davranışları arasında uygun illiyet bağının mevcut olduğu ve oluşan zararın idarece karşılanması gerektiği, ancak ölüm olayının müteveffanın kendi eylemi sonucu olması nedeniyle müteveffanın da müterafık kusurunun bulunduğu sonucuna varılmıştır."

82. Yukarıda yer verilen kararda da açıkça tespiti yapıldığı üzere, başvuru konusu olayın özel koşulları göz önünde bulundurulduğunda, müteveffanın intihar edebileceği konusunda uyarıcı nitelikteki belirtiler ortaya çıkmasına ve kendisine bildirilmesine rağmen idarenin gerekli önlemleri aldığı söylene- meyecektir. AYİM'in bu tespiti ile yaşam hakkının devlete yüklediği yaşamı koruma pozitif yükümlülüğünün ihlal edildiği ortaya konulmaktadır.

83. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi açısından, idari makamlar ve derece mahkemeleri tarafından başvuru lehine bir tedbir ya da kararın alınması suretiyle ihlalin tespit edilmesi ve verilen karar ile bu ihlalin uygun ve yeterli biçimde giderilmesi halinde ilgili tarafın artık mağdur olduğu ileri sürülemeyecektir. Bu iki koşul yerine getirildiği takdirde, bireysel başvuru mekanizmasının ikincil niteliği dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin inceleme yapmasına gerek kalmayacaktır. Bu kapsamda, Anayasa'nın 17. maddesine ilişkin şikâyetler açısından, kapsamlı bir ceza soruşturmasını müteakip yapılan ve makul bir tazminata hükmedilmesi ile sonuçlanan idari dava yolu, etkili bir başvuru yoludur ve mağdur sıfatını ortadan kaldırmayacaktır (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 61 ve 74, benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Scordino/İtalya*, 36813/97, 29/3/2006, § 178 ve devamı, *Eckle/Almanya*, 8130/78, 15/7/1982, § 64-70, *Jensen/Danimarka*, 48470/99, 20/9/2001; *Fatma Yüksel/Türkiye*, 51902/08, 9/4/2013, § 45-46).

84. Mağdur sıfatının ortadan kalkması, özellikle ihlal edildiği ileri sürülen hakkın niteliği ve ihlali tespit eden kararın gerekçesi ile bu kararın ardından ilgili açısından uğradığı zararların varlığını devam ettirip ettirmediğine bağlı bulunmaktadır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Freimanis ve Lidums/Letonya*, B. No: 73443/01 ve 74860/01, § 68, 9/2/2006). Başvuruculara sunulan telafi imkânının uygun ve yeterli olup olmadığı kararı, söz konusu Anayasal temel hak ve özgürlüğün ihlalinin niteliği göz önünde bulundurularak dava koşullarının tamamının değerlendirilmesi sonucunda verilebilecektir. Bu çerçevede bir başvuru konusunun mağdur sıfatı, Anayasa Mahkemesi önünde şikâyet ettiği durum için aynı zamanda, idari veya yargısal bir kararla kendisine ödenmesine karar verilen tazminata da bağlı olabilecektir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Gafgen/Almanya* [BD], B. No: 22978/05, § 116, *Fatma Yüksel/Türkiye*, 51902/08, 9/4/2013, § 48-49).

85. Başvuru konusu olay açısından öncelikli olarak, AYİM'in kararında açık bir şekilde ihlal tespitinin yapıldığı ve buna dayalı olarak başvuru lehine uğradıkları maddi ve manevi zararın karşılığı olarak yargılama kapsamında alınan bilirkişi raporundan yararlanılarak toplam 12.100 TL maddi ve manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir.

86. AYİM'in gerekçeli kararından anlaşıldığı üzere, davacı anne ve babanın maddi zararlarının tespiti amacıyla alınan bilirkişi raporuna karşı davacılar, özetle, müteveffanın kendisinden küçük beş kardeşine bakmayacağını düşünmenin hak ve nesafet kurallarıyla bağdaşmayacağından ek rapor alınmasını talep etmişler ancak AYİM İkinci Dairesi, 4721 sayılı Kanun'un 364. maddesine dayanarak müteveffanın ekonomik refah içinde bulunduğu dair bir kanıt bulunmadığından bahisle, bu talebin reddine karar vermiştir.

Anılan kararda, bilirkişi tarafından verilen raporun AYİM'in kıstaslarına, ilmi verilere ve yerleşik içtihatlarla uygun bulunduğu, bilirkişi raporu doğrultusunda işlem yapıldığı ve müteveffanın müterafık kusuru da dikkate alındığı belirtilerek, davacı anne babaya bir miktar maddi tazminat verilmesi, davacı anne, baba ve kardeşlere yakınlarını kaybetmeleri nedeniyle duydukları acı ve ıstırapı kısmen de olsa karşılayabilmek amacıyla olayın meydana geliş şekli, tarihi, müteveffanın askerlik statüsü, davacıların sosyal durumları, paranın alım gücü ve işletilecek yasal faiz ve müteveffanın müterafık kusuru dikkate alınarak uygun miktarda manevi tazminat verilmesi kabul edilmiştir. Bu değerlendirmeler sonucunda, AYİM başvuruçulardan anne Fatma KOÇAK'a 4.500 TL maddi, 1.450 TL manevi, baba Sadık KOÇAK'a 2.600 TL maddi ve 1.450 TL manevi, kardeşlere ilişkin maddi tazminat taleplerinin reddi ile birlikte her birine 300 TL manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

87. Belirlenen tazminat miktarları ile davanın koşulları ve başvuruçuların uğradığı zararlar arasında açık bir orantısızlık bulunmadığı görülmektedir. Sonuç olarak AYİM'in kararında bariz bir takdir hatası veya keyfilik tespit edilmediğinden Anayasa Mahkemesinin tazminat miktarlarının belirlenmesi konusunda AYİM'in takdir yetkisine müdahalesi söz konusu olamaz (B. No:2012/791, 7/11/2013, § 45).

88. Anayasa Mahkemesinin daha önce bu konuda aldığı kararda, açılan tam yargı davasında hükmedilen vekâlet ücreti mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelenmiştir (B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 47-67). Aynı yöntemle, başvuru konusu olayda, hükmedilen tazminatın başvuruçuların yaşam hakkı açısından mağdur sıfatını ortadan kaldırıp kaldırmadığı konusunda karar verilirken davanın tüm koşullarının göz önünde bulundurulması gerekmele birlikte, başvuruçular aleyhine hükmedilen vekâlet ücreti mahkemeye erişim hakkı kapsamında ayrıca incelenecek ve başvuruçularının mağdur sıfatının ortadan kalkıp kalkmadığı değerlendirilmesinde dikkate alınmayacaktır.

89. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi açısından, AYİM'in idarenin yaşanan intihar eyleminden sorumlu olduğunu tespit etmesi ve kendi takdir ettiği ölçüler çerçevesinde tazminata hükmetmesi başvuruçuların mağdur sıfatını ortadan kaldıracıdır. Ancak bu sonuca ulaşabilmek için bu konuda etkili bir ceza soruşturması yürütülüp yürütülmediğinin belirlenmesi gerekmektedir (§ 83).

iii. Yaşam Hakkı Kapsamında Yürütülen Ceza Soruşturmasına İlişkin Şikâyetlerin İncelenmesi

90. Başvuruda ayrıca Askeri Savcılık tarafından yürütülen soruşturmanın etkili, caydırıcı ve sorumluları cezalandırıcı nitelikte olmadığı ileri sürülmektedir.

91. Bakanlığın konu hakkındaki görüşünde, öncelikli olarak, AİHM içtihatları uyarınca yaşam hakkı kapsamında yürütülecek ceza soruşturmasının etkili olabilmesi için yetkililerin resen harekete geçmesi, soruşturmakla görevli olan ve soruşturmayı yürüten kişilerin olaylara karışmış olabilecek kişilerden bağımsız olmaları, ölenin ailesinin meşru çıkarlarının korunması için yeterli ölçüde kendilerine açık olması, makul bir hızlilik içinde yürütülmesi, sorumluların belirlenmelerine ve gerekirse cezalandırılmalarına imkân verecek nitelikte olmaları gerektiği ifade edilmiştir.

92. Bakanlık görüşünde yine AİHM kararlarına dayanılarak, somut olayda varılan sonuçla ilgili değil bu sonucu doğuran araçlarla ilgili bir yükümlülüğün söz konusu olduğu, yetkililerin somut olaya ilişkin delillerin toplanabilmesi için kendilerinden beklenen bütün makul önlemleri almaları gerektiği, soruşturmada sorumlu kişi ya da kişilerin tespit edilmesini engelleyebilecek nitelikteki her eksikliğin onun etkinliğine zarar verebileceği, etkili bir yargısal denetim oluşturma şeklindeki pozitif yükümlülüğün her olayda mutlaka ceza davası açılmasını veya her ceza davasında mahkûmiyet kararı verilmesini gerektirmediği, mağdurlara idari ve hukuki dava yollarının açık olmasının da yeterli görülebileceği, yetkili mercilerin, olaylara ilişkin delillerin özellikle de görgü tanıklarının ifadelerinin, güvenlik güçlerinin elde ettiği bilimsel ve teknik verilerin, gerektiğinde maktulün vücudundaki zedelenmeleri tam ve belirgin bir şekilde gösterecek bir otopsi sonucunun ve hastanede yapılan gözlemlerin nesnel bir değerlendirmesinin toplanabilmesi için makul olarak kendilerine açık olan tedbirleri almaları gerektiği belirtilmiştir.

93. Bakanlık görüşünde mevcut başvuru ile ilgili olarak, Şaban Koçak'ın öldüğü gün adli soruşturmaya başlandığı, bizzat askeri savcı tarafından derhal olay yerine gidildiği, ölü muayene ve otopsi raporlarının alındığı, ölenin üzerindeki elbiseler ve kullandığı silahın ve kurşunun balistik incelemesinin yapıldığı, tanıkların dinlendiği, ölenin şahsi dolabının incelendiği, soruşturmanın başvuruçulara açık olarak yürütüldüğü, kısa sürede sonuçlandırıldığı ve bunun yanında idari soruşturmanın da yapıldığı, her iki soruşturma sonucunda kesin ölüm nedeninin belirlendiği ve Şaban Koçak'ın intiharını çevreleyen koşulların ortaya konduğu, açılan tazminat davası neticesinde, kişilere isnat edilemeyen ve bu nedenle suç teşkil etmemekle birlikte, idarenin hizmet kusuru sorumluluğunu doğurabilecek bir husus tespit edildiği ve bu nedenle de idarenin sorumluluğuna hükmedildiği ifade edilmiştir.

94. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında devletin yerine getirmek zorunda olduğu pozitif yükümlülüklerin usuli boyutu, yaşanan ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulmasına ve sorumlu kişilerin belirlenmesine imkan tanıyan bağımsız bir soruşturmanın da yürütülme-

sini gerektirmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Çiçek/Türkiye*, B.No: 67124/01, 18/1/2005, *Nuran Kızılkaya Karşı/Türkiye*, B. No: 12988/05, 17/4/2012, § 63). Soruşturmanın etkililik ve yeterliliğini temin adına soruşturma makamlarının resen harekete geçmesi ve ölüm olayını aydınlayabilecek, sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması gerekmektedir (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 57).

95. Bu konuda, Bakanlık görüşünde de yer verildiği üzere, benzer davalarda AİHM, başvuru sahiplerinin yakınlarının öldüğü gün resen ceza soruşturmasının açıldığı ve bunun idari soruşturma ile tamamlandığı, mevcut veriler ışığında idari ve yargısal makamların olayların seyrini aydınlatmak istediğinden kuşku duyulmadığı, yürütülen soruşturmaların ölüm nedenlerini kesin olarak saptamaya imkân verdiği kanısına vardığı durumlarda, askerlerin ölümü konusunda yürütülen soruşturmanın ve davaların derinliği ve ciddiyeti üzerinde etki gösterecek nitelikte bir eksiklik bulunmadığına karar vermekte, bunların yetersiz veya çelişkili olduklarının iddia edilemeyeceğini belirtmektedir (Bkz. *Nuran Kızılkaya Karşı/Türkiye*, B. No: 12988/05, 17/4/2012, § 63, *Kazım Dalar/Türkiye*, B. No: 35957/05, 21/2/2012, § 50).

96. Bu çerçevede, başvuru konusu olayda yürütülen ceza soruşturmasındaki işlemlere (§ 24–39) bakıldığında, intihar eyleminin gerçekleştiği gün resen soruşturmanın başlatıldığı, soruşturma kapsamında detaylı olay yeri incelemesi yapıldığı, ölü muayenesi ve klasik otopsi işleminin uygulandığı, aynı gün silah sesi üzerine kazan dairesine giden askerlerin, müteveffanın samimi olduğu asker arkadaşlarının, komutanlarının, şarjörünü aldığı askerin, mağdur sıfatı ile başvuru sahiplerinden Fatma Koçak ile Sadık Koçak'ın ve tanık sıfatı ile Ali Koçak'ın ifadelerinin alındığı, silahın balistik incelemesinin yapıldığı, tüm bu hususlar değerlendirilerek Şaban Koçak'ın kendi iç dünyasından kaynaklanan ve dışa yansıtmadığı sorunlar nedeniyle geçirdiği psikolojik bunalım sonucunda intihar ettiği gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği, bu karara karşı başvuru sahipleri tarafından Askeri Mahkemeye yapılan itirazın reddedildiği, akabinde AYİM'de açılan tam yargı davasında idarenin sorumluluğunun tespit edilerek tazminata hükmedildiği görülmektedir.

97. Bütün bu hususlar dikkate alındığında, yaşanan intihar sonrasında yürütülen ceza soruşturmasında, yukarıda yer verilen ilkeler (§ 94–95) yönünden bir eksikliğin bulunduğu söylenemez. Mevcut başvuruda, gerçekleşen ölüme ilişkin başvuru sahiplerinin ortaya koyduğu veya yürütülen idari ve ceza soruşturması kapsamında elde edilen bulgulardan müteveffanın ölümünün intihar sonucu gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Bunun aksine bir durumdan “şüphe”lenilmesini gerektiren bir olgu da bulunmamaktadır. Bu durumda yukarıdaki paragrafta (§ 77) yer verilen ilkeler karşısında başvuru konusu olay

kapsamında yaşam hakkı açısından ön soruşturma aşamasını aşan ve yargılamayı da içeren bir ceza soruşturması yürütülmesi zorunluluğu bulunduğu sonucuna varılamaz.

98. Dolayısıyla, yürütülen ceza soruşturmasında yaşam hakkının usuli boyutunun ihlaline neden olabilecek bir yön bulunmamaktadır. Bu durumda, başvuru konusu olayda yaşam hakkına ilişkin şikâyetler açısından, kapsamlı bir ceza soruşturmasını müteakip ihlali tespit eden ve makul bir tazminata hükmeden etkili bir idari dava yolu bulunmakta olup başvuruçuların mağdur sıfatı ortadan kalkmıştır.

99. Açıklanan nedenlerle, yaşam hakkı yönünden başvuruçuların mağdur sıfatının kalktığı anlaşıldığından başvurunun bu bölümünün kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Başvuruçuların Anayasa'nın 36. ve 40. Maddeleri Kapsamında Vekâlet Ücretine İlişkin İleri Sürdüğü İddialar

100. Başvuruçuların aleyhlerine hükmedilen vekâlet ücretinin çok yüksek olduğu ve mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği yönündeki şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi, başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmamaktadır. Bu şikâyetler yönünden başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Başvuruçuların Anayasa'nın 36. ve 40. Maddeleri Kapsamında İleri Sürdüğü Diğer İddialar

101. Başvuruçular, AYİM'in bağımsız ve tarafsız nitelikte olmadığını, AYİM'de görülen davada duruşma yapılmadığını, ilgililerin kusurlarının tespiti ve müteveffanın psikolojik durumunun tespiti için bilirkişi tayin edilmediğini, bilirkişiden sadece tazminat miktarına ilişkin olarak görüş alındığını, müteveffaya oranı ve kaynağı belli olmayan bir kusur izafe edildiğini, başvuruçulardan bir kısmının tazminat talebinin cevapsız bırakıldığını belirterek adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedirler.

102. Bakanlık görüşünde, başvuruçuların bu bölümdeki şikâyetlerinin benzer başvurularda AİHM tarafından, Sözleşme'nin 2. maddesinin kapsamı altında incelenmekte olduğunu; benzer davalarda başvuranların yakınlarının öldüğü gün resen ceza soruşturması açıldığı ve bunun idari soruşturma ile tamamlandığı, mevcut veriler ışığında mahkemelerin olayların seyrini aydınlatmak istediğinden kuşku duymadığı, yürütülen soruşturmaların ölüm nedenlerini kesin olarak saptamaya imkân verdiği kanısına vardığı durumlarda, askerin ölümü konusunda yürütülen davaların ve soruşturmanın derinliği ve ciddi niteliği üzerinde etki gösterecek nitelikte hiçbir kusur bulunmadığına karar verdiğini, bunların yetersiz veya çelişkili oldukları iddia edilerek suçla-

namayacaklarının belirtildiği ifade edilmiştir.

103. Başvurucunun ihlal iddialarını kanıtlayamadığı, temel haklara yönelik bir müdahalenin olmadığı veya müdahalenin meşru olduğu açık olan başvurular ile karmaşık veya zorlama şikâyetlerden ibaret başvurular açıkça dayandıktan yoksun kabul edilebilir (B. No: 2012/1334, 17/9/2013, § 24).

i. AYİM'in Bağımsız ve Tarafsız Olmadığı Yönündeki İddialar

104. Başvurucuların AYİM'in bağımsız ve tarafsız olmadığı yönündeki iddialar daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından incelenirken belirtildiği üzere, AYİM'in oluşumu, statüsü ve görevleri Anayasa ve ilgili Kanun'da hüküm altına alınmıştır. AYİM'e atanan askeri hâkimlerin bağımsızlığının Anayasa ve ilgili Kanun hükümleri ile garanti altına alındığı, atanma ve çalışma usulleri yönünden, askeri hâkimlerin bağımsızlıklarını zedeleyecek bir hususun olmadığı, kararlarından dolayı idareye hesap verme durumunda bulunmadıkları, disipline ilişkin konuların AYİM Yüksek Disiplin Kurulunca incelenip karara bağlandığı görülmektedir (B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 29).

105. Bu karardan ayrılmayı gerektirecek herhangi bir yönü bulunmayan başvurucunun bu bölümdeki iddialarının, açıklanan nedenlerle, "*açıkça dayandıktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. Duruşma Yapılmaması Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiği İddiası

106. Başvurucular AYİM'de görülen davada duruşma yapılmamak suretiyle adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedirler.

107. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisi de Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlenen yargılamanın açık ve duruşmalı yapılması ilkesidir. Yargılamanın açıklığı ilkesinin amacı adli mekanizmanın işleyişini kamu denetimine açarak yargılama faaliyetinin saydamlığını güvence altına almak ve yargılamada keyfiliği önlemektir. Bu yönüyle hukuk devletinin en önemli gerçekleştirme araçlarından birisini oluşturur. Ancak bu her türlü yargılamanın mutlaka duruşmalı yapılması zorunluluğu anlamına gelmez. Adil yargılama ilkelerine uyulmak şartıyla usul ekonomisi ve iş yükünün azaltılması gibi amaçlarla bazı yargılamaların duruşmadan istisna tutulması ve duruşma yapılmaksızın karara bağlanması anayasal hakların ihlalini oluşturmaz (B. No: 2013/664, 17/9/2013).

108. 1602 sayılı Kanun'un "*Duruşma*" başlıklı 48. maddesinde, Daireler ve Daireler Kurulunda incelemenin, evrak üzerinde yapılacağı, iptal davaların-

da ve miktarı ikiyüzbin lirayı aşan tam yargı davalarında taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılacağı, duruşma talebinin dava dilekçesinde ve cevap layihalarında yapılabileceği, Daireler ve Daireler Kurulunun yukarıdaki kayıtlara bağlı olmaksızın duruşma yapılmasına kendiliğinden de karar verebileceği kurala bağlanmıştır.

109. Somut olayda başvuru vekili tarafından, 30/6/2011 tarihli dilekçe ile AYİM’de idare aleyhine tazminat davası açıldığı, davalı idare tarafından cevap dilekçesi sunulduğu, davacı başvuru vekili tarafından 31/10/2011 tarihinde cevaba cevap dilekçesi sunulduğu görülmektedir. Bireysel başvuru dilekçesinde 1602 sayılı Kanun’un 48. maddesi gereğince duruşma talep edilmesine dair bir bilgi yer almamaktadır. Başvuru dilekçesinde yer alan AYİM’e sunulan karar düzeltme dilekçesinde de duruşma talep edilmesine rağmen AYİM 2. Dairesinin bu talebi karşılamadığına ilişkin bir iddia da ileri sürülmediği görülmektedir.

110. Başvurucuların AYİM’de gerçekleşen yargılama sürecinde, dava dilekçesi, cevaba cevap dilekçesinde iddialarını ileri sürebildiği, müteveffanın çalışma koşulları ve aldığı ücrete ilişkin mahkemenin istediği bilgi ve belgeleri sunabildiği, bilirkişi raporuna itiraz edebildiği anlaşılmaktadır. AYİM, Askeri Savcılık tarafından yürütülen soruşturma kapsamında elde edilen diğer delillerin yanı sıra aralarında başvuru vekili tarafından müteveffanın anne ve babasının da bulunduğu tanık beyanlarına istinaden intiharı salt şahsi sebeplere bağlamanın ve askerlik hizmetinden soyutlamanın mümkün olmadığını ifade ederek idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir. Bu bilgiler ışığında, yargılamanın evrak üzerinden yapılacağı kurala bağlanan ve duruşma yapılması talebe veya Mahkemenin takdirine bağlı kılınan idari yargılama sürecinde, tarafların iddia veya savunmaları yazılı olarak alındıktan ve önceki ceza soruşturması sürecinde elde edilen deliller dikkate alındıktan sonra bir karara bağlanan yargılamanın salt dosya üzerinden yapılması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlaline yol açtığı söylenemez.

111. Açıklanan nedenlerle, başvurunun bu kısmının bir ihlalin olmadığı açık olduğundan “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

iii. Hükmedilen Tazminata İlişkin İddialar

112. Yaşam hakkına bağlı olarak devletin sahip olduğu “etkili bir yargısal sistem kurma” yönündeki usul yükümlülüğü çerçevesinde, başvuru vekili tarafından mağdur sıfatının ortadan kalkıp kalkmadığı hususlarında inceleme yapılırken başvuru vekili tarafından bu bölümde hükmedilen tazminata ilişkin ileri sürdüğü iddiaları da içine alacak şekilde değerlendirmeler yapılmış ve başvuru vekili tarafından mağdur sıfatının kalktığı sonucuna ulaşılmış olması nedeniyle, baş-

vurucuların “hak arama hürriyeti” ile “temel hak ve hürriyetlerin korunmasını isteme hakkı” kapsamında değerlendirip ileri sürdüğü aynı doğrultudaki iddialarının Anayasa’nın 36. ve 40. maddesi bağlamında yeniden incelenmesine gerek görülmemiştir.

2. Esas Bakımından İnceleme

113. Başvurucuların ilgili usul kanununun yanlış uygulanması sonucu kendilerine hükmedilen tazminattan daha yüksek miktarda avukatlık ücretine hükmedildiğini belirterek adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

114. Bakanlık görüşünde, Sözleşme açısından mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığı ancak sınırlamalara tabi olduğu, niteliği gereği devletin bu konuda düzenleme yapması gerektiği için bu sınırlamalara üstü kapalı olarak müsaade ettiği, öte yandan, AİHM’nin, uygulanan sınırlamaların bireye tanınan mahkemeye erişim hakkının esasına zarar verecek ölçüde sınırlamaması ya da azaltmaması gerektiğine karar verdiği belirtilmiştir.

115. Bakanlık görüşünde ayrıca, bu konuda haklı bir amaç gütmeyen ve başvuru yollar ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmayan bir sınırlamanın, adil yargılanma hakkı ile uyumlu olmayacağı, AİHM’nin bir kimsenin mahkemeye erişim hakkından yararlanıp yararlanmadığını belirlemek için yargılama giderlerinin makullüğünün, başvuranın bu meblağı ödeme gücü, davanın özel koşulları ve bu sorumluluğun yüklendiği dava safhası ışığında değerlendirilmesi gerektiğine ve Sözleşme’ye taraf devletçe kişilerin mahkemeye erişim hakları kısıtlanırken, kamu yararının gerekleri ile bireylerin temel hakları arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozan, başvuranlara çok yüksek bir külfet yükleyen düzenlemelerin sözleşmeye aykırı olacağına karar verdiğini ifade etmiştir.

116. Anayasa’nın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesi şöyledir:

“Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma (Değişik ibare: 3.10.2001-4709/14 md.) ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.”

117. AİHS’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifasıyla görevli kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahip olduğunu hükme bağlayan AİHS’nin 13. maddesinin asıl karşılığı olan Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlıklı 40. maddesi şöyledir:

“Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama ge-

ciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

(Ek fıkra: 3.10.2001-4709/16 md.)Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

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

118. Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir (B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).

119. Gereksiz başvuruların önlenerek dava sayısının azaltılması ve böylece mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmeksizin uyuşmazlıkları makul sürede bitirebilmesi amacıyla başvuruculara belli yükümlülükler öngörülebilir. Dava sonucundaki başarıya dayalı olarak taraflara vekâlet ücreti ödeme yükümlülüğü öngörülmesi de bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına yönelik bir sınırlama oluşturur. Bu yükümlülüklerin kapsamını belirlemek kamu otoritelerinin takdir yetkisi içindedir. Öngörülen yükümlülükler dava açmayı imkânsız hale getirmediği ya da aşırı derece zorlaştırmadıkça mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği söylenemez. Dolayısıyla davayı kaybetmesi halinde başvurucuya yüklenecek olan vekâlet ücreti bu çerçevede değerlendirilmelidir (B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 38 - 39).

120. Buna karşılık bir hukuki uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyan başvurucuların, reddedilen dava konusu miktar üzerinden hesaplanan vekâlet ücretini karşı tarafa ödemeye mahkûm edilmeleri ihtimali veya olgusu, belirli dava koşulları çerçevesinde mahkemeye başvurmalarını engelleme ya da mahkemeye başvurmalarını anlamsız kılma riski taşımaktadır. Bu çerçevede, davanın özel koşulları çerçevesinde masrafların makullüğü ve orantılılığı, mahkemeye erişim hakkının asgari sınırını teşkil etmektedir (B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 54).

121. Başvurucunun tam yargı (tazminat) davasını açtığı 31/5/2011 tarihi itibarıyla yürürlükteki usul hükümlerinde, dava dilekçesinde belirtilen talep konusu miktarın sonradan ıslah yoluyla değiştirilmesine veya dava sonucunda haksız çıkan davacının, her halükarda davalı idare lehine, reddedilen miktar üzerinden nispi vekâlet ücreti ödemesini öngören bir düzenleme bulunmamaktadır.

122. Tazminat alacağının miktarı, ancak bilirkişi incelemesi ve benzeri araş-

tırmalardan sonra mahkemenin takdir yetkisi çerçevesinde belirlenebilen bir olgudur. Tazminat müessesesinin bu özelliği gereği, hak kazanılan tazminat miktarının dava açılmadan önce tam olarak bilinmesi veya öngörülmesi mümkün değildir. Dava açılması aşamasında karşı karşıya kalınan bu belirsizliğin, talep miktarının sonradan düzeltilmesi (ıslah) yoluyla aşılması da 1602 sayılı Kanun gereği 2/11/2011 tarihi öncesinde mümkün olmadığından, hak kaybına uğramak istemeyen davacılar için, tazminat taleplerine ilişkin miktarları yüksek tutmaktan başka seçenek bulunmamaktadır.

123. Başvuru konusu olayda, başvuru AYİM'e açtıkları davada uğradıkları zarar için toplam 250.000 TL maddi ve 100.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır. AYİM tarafından başvuru lehine toplam 12.100 TL maddi ve manevi tazminata hükmedilirken reddedilen tazminat miktarı esas alınarak başvuru aleyhine 19.264 TL vekâlet ücretine hükmedilmiştir. Görüldüğü üzere başvuru, hak kazandıkları 12.100 TL tazminatın çok üzerinde bir vekâlet ücreti ödeme yükümlülüğü altına girmişlerdir. Bu nedenle AYİM'in tazminata ilişkin bu kararının fiilen bir sonuç doğurmadığı, başvuru tazminat alacağının tamamından mahrum kaldığı ve bu durumun başvuru mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahale oluşturduğunda kuşku yoktur.

124. Taraflardan birinin yargılamadaki başarı oranına göre kazanılan veya kaybedilen değer oranında lehine veya aleyhine mahkeme masraflarının hükmedilmesine yönelik düzenlemeler mahkemeye erişim hakkına müdahale oluşturmakta ise de abartılı, zorlama veya ciddiyetten yoksun talepleri disiplin etmeye yönelik orantılı müdahaleler meşru görülebilir. Ancak, bu sınırlamaların hakkın özüne zarar vermeyecek nitelikte, meşru bir amaca dayalı ve kullanılan aracın sınırlama amacı ile orantılı olması, kamu yararının gerekleri ile bireyin hakları arasında kurulmaya çalışılan adil dengeyi bozacak şekilde birey aleyhine katlanması zor külfetler yüklenmemiş olması gereklidir (B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 61-62).

125. Somut olayın koşulları bir bütün halinde değerlendirildiğinde, başvuru davası açıldığı sırada ıslah imkânının olmaması nedeniyle hak kaybına uğramamak amacıyla talebini yüksek tuttuğu, hak kazandığı tazminatın çok üzerinde bir tutarı vekâlet ücreti adı altında davalı idareye geri ödemek zorunda bırakıldığı ve açılan tazminat davasının bu şekilde başvuru açısından anlamsız hale geldiği dikkate alındığında yapılan müdahalenin ölçülü olduğu söylenemez.

126. Belirtilen nedenlerle, yapılan müdahale ölçüsüz olduğundan başvuru Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

V. 6216 SAYILI KANUN'UN 50. MADDESİNİN UYGULANMASI

127. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şu şekildedir:

“Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

128. Başvuruda, ölenin annesi için 110.000 TL, babası için 90.000 TL reşit olmayan kardeşlerin her biri için 10.000 TL olmak üzere toplam 250.000 TL maddi, ölenin annesi için 35.000 TL, babası için 30.000 TL kardeşlerin her biri için 5.000 TL olmak üzere toplam 100.000 TL manevi tazminat talebinde bulunulmuştur.

129. Hak arama özgürlüğü kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlali nedeniyle, başvurulardan ölen Şaban Koçak'ın anne babası ve kardeşleri için takdiren toplam 25.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

130. Başvurucular, vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin karşı tarafa tahmilini talep etmişlerdir. Başvurucular tarafından yapılan yargılama giderinin başvurularda ödenmesine karar verilmiştir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle:

1. Başvurunun;

A. Olayda yaşamını yitiren şahsın yakınları tarafından ileri sürülen Anayasa'nın 17. maddesinin ihlaline ilişkin şikâyetler yönünden “mağdur sıfatının kalkması” nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Adil yargılanma hakkı kapsamında vekâlet ücretine ilişkin iddialar yönünden KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. AYİM'in bağımsız ve tarafsız olmadığı yönündeki iddialar ile duruşma yapılmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki iddialar yönünden “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

D. Başvurucuların AYİM tarafından hükmedilen tazminata ilişkin Anayasa'nın 36. ve 40. maddelerinin ihlali yönündeki şikâyetlerinin ayrıca İNCE-

LENMESİNE GEREK OLMADIĞINA,

2. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

3. Anayasa'nın 36. maddesi ve 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince, başvurularda müştereken ve takdiren toplam 25.000 TL manevi TAZMİNAT ÖDENMESİNE,

4. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurularda Maliye Hazinesine başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

5. Başvuruların fazlaya ilişkin tazminat taleplerinin REDDİNE,

6. Başvurular tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.618,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA ÖDENMESİNE,

23/1/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Alparslan ALTAN

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/2839

Karar Tarihi: 3/4/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN Erdal TERCAN Zühtü ARSLAN
Raportör	: Cüneyt DURMAZ
Başvurucu	: Nail ARTUÇ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, babasının hastalığına ilişkin teşhisin zamanında konulmadığı ve tedavisinin gecikmesine sebebiyet verdiğini ileri sürdüğü doktor hakkında Savcılığa şikâyetle bulunmasına rağmen soruşturma izni verilmemesi nedeniyle doktor hakkında ceza davası açılmadığından bahisle yaşam hakkının ve sağlıklı yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş, tazminat talep etmiştir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, başvuru tarafından 25/4/2013 tarihinde Bursa 2. İdare Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvurunun Komisyona sunulmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca, 28/11/2013 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

III. OLAYLAR VE OLGULAR

A. Olaylar

4. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

5. Başvurucunun babası Mehmet ARTUÇ, 21/9/2011 tarihinde rahatsızlanmış ve saat 18.00 sıralarında Bursa Şevket Yılmaz Eğitim ve Araştırma Hastanesi Acil Servisine başvurmuştur. Acil serviste görevli Dr. N. Ç.'nin hastayı muayenesinde, rektal bölgede 1 cm²'lik sarılık görülmüş, çok acı çektiği için hastaya ağrı kesici iğne yapılmış ve genel cerrahi polikliniğinden randevu

alınması gerektiği belirtilerek hasta taburcu edilmiştir.

6. Başvurucu, hasta babasına 2 gün sonrası yani 23/9/2011 tarihi için cerrahi polikliniğinde randevu alabilmiştir. Bu tarihte poliklinikte görevli Dr. S. S.'nin hastayı muayenesinde, vücudunun kalça kısmında yaklaşık 40 cm²'lik kararmış bir bölge olduğu görülmüş ve durumunun kritik olduğunun anlaşılması üzerine, hasta saat 13.00 sıralarında ameliyata alınmıştır.

7. Fornier kangren teşhisi konulan başvurucunun babası, ilk ameliyatından sonra birçok ameliyat geçirmesine rağmen kurtarılamamış ve ilk teşhisin konulduğu tarihten yaklaşık 4 ay sonra 18/1/2012 tarihinde vefat etmiştir.

8. Başvurucu, 6/7/2012 tarihinde Bursa Cumhuriyet Başsavcılığına (Savcılık) başvurmuş ve olay tarihinde acil serviste görev yapan Dr. N. Ç.'nin tedavinin gecikmesine sebebiyet verdiğini ileri sürmüştür.

9. Savcılık, 10/7/2012 tarih ve 2012/41574 sayılı yazısıyla, Bursa Valiliğinden Şevket Yılmaz Eğitim ve Araştırma Hastanesinde görevli Dr. N. Ç. hakkında görevi kötüye kullanmak ve taksirle ölüme sebebiyet vermek suçlarından 2/12/1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 3. ve 6. maddeleri gereğince inceleme yapılarak soruşturma izni verilip verilmeyeceğine dair kararın Savcılığa gönderilmesini talep etmiştir.

10. Bursa Valiliği İl İdare Kurulu Müdürlüğü, 19/7/2012 tarih ve 172-9924 sayılı yazısıyla, Bursa Zübeyde Hanım Doğumevi Baştabip Yardımcısı S. H.'yi ön inceleme raporunu hazırlamak üzere görevlendirmiştir. Muhakkik S. H., bu kapsamda başvuru Nail ARTUÇ'un, genel cerrahi uzmanı Dr. S. S.'nin ve hakkında şikâyet bulunan Dr. N. Ç.'nin ifadelerini almış ve hastalık hakkında kendisi de araştırma yaparak bir ön inceleme raporu hazırlamıştır. Ön inceleme raporunda, "... hastanın muayene ve tedavisinin yapılarak polikliniğe yönlendirildiği, hastalığın seyri ve çok nadir görüldüğü ve ölümcül bir hastalık olduğu ..." açıklanmış ve doktor hakkında soruşturma izni verilmemesi gerektiği belirtilmiştir.

11. Bursa Valiliği İl İdare Kurulu Müdürlüğü, 29/8/2012 tarih ve K.2012-498-01-02/109 sayılı kararıyla, ön inceleme raporu doğrultusunda soruşturma izni verilmemesine karar vermiştir.

12. Bu karara başvuru tarafından itiraz edilmesi üzerine, Bursa Bölge İdare Mahkemesi (Mahkeme) 13/11/2012 tarih ve E.2012/444, K.2012/460 sayılı kararıyla, "...ön inceleme raporunda hastanın muayene ve tedavisinin yapılarak polikliniğe yönlendirildiği, hastalığın seyri ve çok nadir görüldüğü ve ölümcül bir hastalık olduğu belirtilmiş ve bu rapora dayanılarak itiraza konu anılan karar oluşturulmuş ise de; Dr. N. Ç. tarafından yapılan işlemlerin tıp biliminin gerekleri-

ne uygun yapıp yapılmadığının, gerekirse konunun uzmanlarından oluşturulacak tarafsız bilirkişilerden alınacak rapor sonrasında değerlendirilmesi gerekirken, bu değerlendirmeler yapılmaksızın eksik incelemeye dayanılarak oluşturulan ön inceleme raporu esas alınarak verilen yetkili mercii kararında mevzuata uygunluk görülmediği...” gerekçesiyle itirazın kabulüne karar vermiş ve yeniden karar verilmek üzere dosyayı Bursa Valiliğine iade etmiştir.

13. Bursa Valiliği İl İdare Kurulu Müdürlüğünün 4/12/2012 tarihli yazısıyla, S. H. yeniden ön inceleme raporunu hazırlamak üzere görevlendirilmiştir.

14. Mahkemenin kararında belirtilen eksiklikler dikkate alınarak Dr. N. Ç. tarafından yapılan işlemlerin tıp biliminin gereklerine uygun yapıp yapılmadığının değerlendirilmesi amacıyla Uludağ Üniversitesi Genel Cerrahi, Acil Tıp ve Üroloji Ana Bilim Dallarında görevli 3 öğretim üyesinin oluşturduğu heyetten (olaya ilişkin yöneltilen 7 soru yoluyla) bilirkişi görüşü alınmış, ilgili kişilerin ifadelerine yer verilmiş ve yeni bir ön inceleme raporu hazırlanmıştır.

15. Bursa Valiliği İl İdare Kurulu Müdürlüğü, ön inceleme raporunu incelemiş ve rapor doğrultusunda 18/1/2013 tarih ve K.2013-498-01-02/08 sayılı kararıyla soruşturma izni verilmemesine karar vermiştir.

16. Bu karara yapılan itiraz, Mahkemenin 12/3/2013 tarih ve E.2013/80, K.2013/148 sayılı kararıyla, “... isnat edilen eylemden dolayı Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelik ve yeterlikte olmadığı...” gerekçesiyle reddedilmiştir.

17. Anılan karar, 9/4/2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş ve süresi içerisinde Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yapılmıştır.

B. İlgili Hukuk

18. 4483 sayılı Kanun’un “İzin vermeye yetkili merciler” başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi ile son fıkrası şöyledir:

“Soruşturma izni yetkisi

...

b) İlde ve merkez ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında vali,

...”

19. 4483 sayılı Kanun’un “Ön inceleme” başlıklı 5. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

“Ön inceleme, izin vermeye yetkili merci tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendireceği bir veya birkaç denetim elemanı veya hakkında inceleme yapıla-

nın üstü konumundaki memur ve kamu görevlilerinden biri veya birkaçı eliyle de yaptırılabilir. İnceleme yapacakların, izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşunun içerisinde belirlenmesi esastır. İşin özelliğine göre bu merci, anılan incelemenin başka bir kamu kurum veya kuruluşunun elemanlarıyla yaptırılmasını da ilgili kuruluştan isteyebilir. Bu isteğin yerine getirilmesi, ilgili kuruluşun takdirine bağlıdır.”

20. 27. 4483 sayılı Kanun’un “Ön inceleme yapanların yetkisi ve rapor” başlıklı 6. maddesi şöyledir:

“Ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerini haiz olup, bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre işlem yapabilirler; hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesini de almak suretiyle yetkileri dahilinde bulunan gerekli bilgi ve belgeleri toplayıp, görüşlerini içeren bir rapor düzenleyerek durumu izin vermeye yetkili mercie sunarlar. Ön inceleme birden çok kişi tarafından yapılmışsa, farklı görüşler raporda gerekçeleriyle ayrı ayrı belirtilir.

Yetkili merci bu rapor üzerine soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu kararlarda gerekçe gösterilmesi zorunludur.”

21. 6/1/1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun “Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması” başlıklı 13. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.”

22. Haksız fiillerden doğan borç ilişkilerini düzenleyen 11/1/2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “Sorumluluk” başlıklı 49. maddesi şöyledir:

“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

23. 6098 sayılı Kanun’un haksız fiillerden doğan borç ilişkilerinin Ceza Hukuku ile ilişkisini düzenleyen 74. maddesi ise şöyledir:

“Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.”

24. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13/4/2011 tarih ve E.2010/13-717, K.2011/129, sayılı kararı şöyledir:

“ ...

*Bir davada dayanan maddi olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulayacak yasa hükümlerini bulmak ve uygulamak HUMK.76.maddesi gereği doğrudan hakimın görevidir. Davacı, davalı doktor tarafından yapılan ameliyat nedeniyle ameliyat edilen bölgede yabancı cisim bırakıldığından yeniden ameliyat olmak zorunda kaldığını ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiştir. **Davanın temel vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır.** (BK. 386-390) **Vekil vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur** (BK.321/1. md.) **O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.** Doktor, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlar da, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmalı ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK.nun 394/1.maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır.*

...”

25. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1/2/2012 tarih ve E. 2011/4-592, K.2012/25 sayılı kararı şöyledir:

“Dava, desteğin yanlış tedavi sonucu öldüğü iddiasına dayalı tazminat istemi-

ne ilişkindir. Uyuşmazlık; kamu görevlisi doktorun eylemi nedeniyle açılan eldeki tazminat davasında husumetin adı geçen doktora yöneltilip yöneltilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Davacı taraf, davalı doktorun görevi sırasında kanamalı ve acil durumda olduğu halde destekleri olan hastaya müdahalede bulunmayıp, dış gebelik olan başka bir hastayla ilgilendiği; böylece, dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeni ile desteğin ölümüne neden olduğu iddiasıyla ve doktoru hasım göstererek eldeki tazminat davasını açmışlardır.

Davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir. Mahkemece, davalı doktor hasım gösterilerek açılan davanın husumet yokluğu nedeni ile reddedilmesi hukuka uygundur.

...

26. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 16/2/2012 tarih ve E.2011/19947, K.2012/3097, sayılı kararı şöyledir:

“...Davadaki ileri sürülüşe ve kabule göre dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturmakta olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır (BK. 386-390). Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de; bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. Vekilin sorumluluğu genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır (BK. 290/2 md.). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan dahi sorumludur (BK. 321/1 md.). O nedenle vekil konumunda olan doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif dahi olsa sorumluluğunun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastasının ve hastalığının özelliklerini göz önünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmalı, en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de hasta, tedavisini üstlenen meslek mensubu doktorundan tedavisinin bütün aşamalarında mesleğin gerektirdiği titiz bir ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini güven içinde beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, B.K.’nın 394/1. maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş

sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır....”

27. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 7/10/2008 tarih ve E.2008/11477, K.2008/11825 sayılı kararı şöyledir:

“ ...

Dava konusu olay nedeniyle davacıların Cumhuriyet Savcılığına yaptığı şikayet başvurusunda bulundukları anlaşılmaktadır. Borçlar Kanunu 53. maddesine göre hukuk hakimî ceza mahkemesinde verilen beraat kararı ile bağlı değilse de verilecek mahkumiyet kararı ve tespit edilen maddi olguları ile bağlıdır. Bu durumda mahkemece hazırlık soruşturması sonucunun eğer dava açılmış ise ceza davasının sonucunun beklenerek, hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken ek-sik inceleme ile yazılı şekilde, hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

...”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

28. Mahkemenin 3/4/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-cunun 25/4/2013 tarih ve 2013/2839 numaralı bireysel başvurusu incelenip gere-ği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

29. Başvurucu, rahatsızlanan babasının muayenesi için Bursa Şevket Yılmaz Eğitim ve Araştırma Hastanesi Acil Servisine müracaat ettiğini, hastanede nöbetçi genel cerrahi uzmanı olmasına rağmen Dr. N. Ç.’nin uzmandan gö-rüş almadan ağrı kesici iğne yaparak babasını taburcu ettiğini, iki gün sonra başvurdukları genel cerrahi polikliniğinde babasına fornier kangren teşhisi konulduğunu ve hemen ameliyata alındığını, bir dizi ameliyat sonrası baba-sının vefat ettiğini belirterek tedavinin gecikmesine sebebiyet veren Dr. N. Ç. hakkında şikâyetçi olduğunu ve fakat ilgili doktor hakkında görevi kötüye kullanma ve taksirle ölüme sebebiyet verme suçlarından soruşturma izni ve-rilmediğini belirterek Anayasa’nın 17. ve 56. maddelerinde güvence altına alınan yaşam hakkının ve sağlık hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve taz-minat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

30. Başvuruda Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkının yanı sıra 56. maddede düzenlenen sağlık hakkının da ihlal edildiği ileri sürül-müştür. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir. Başvurucunun şikâyetleri Anayasa’nın 17. maddesin-

de düzenlenen yaşam hakkı açısından incelenmiştir.

31. Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesi şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

32. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardan olup devletin bu konuda pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletin, negatif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme, bunun yanı sıra, pozitif bir yükümlülük olarak, yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 50-51).

33. Anayasa Mahkemesinin yaşam hakkı kapsamında devletin sahip olduğu pozitif yükümlülükler açısından benimsediği temel yaklaşıma göre, devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında gerçekleşen ölüm olaylarında Anayasa'nın 17. maddesi, devlete, elindeki tüm imkânları kullanarak, bu konuda ihdas edilmiş yasal ve idari çerçevenin yaşamı tehlikede olan kişileri korumak için gereği gibi uygulanmasını ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal tedbirleri alma görevi yüklemektedir. Bu yükümlülük, kamusal olsun veya olmasın, yaşam hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyet bakımından geçerlidir (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 52).

34. Söz konusu pozitif yükümlülük sağlık alanında yürütülen faaliyetleri de kapsamaktadır. Nitekim Anayasa'nın 56. maddesinde herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, devletin *"herkesin hayatını(,) beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak (...) amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini"* düzenleyeceği ve bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getireceği kurala bağlanmıştır.

35. Devlet, ister kamu isterse özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin, sağlık hizmetlerini hastaların yaşamlarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemek zorundadır (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Calvelli ve Ciglio/İtalya*, B. No: 32967/96, 17/1/2002, § 49, *Sevim Güngör/Türkiye*, B. No: 75173/01, 14/4/2009).

36. Devletin yaşam hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin bir de usuli yönü bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde

devlet, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmi bir soruşturma yürütmek durumundadır. Bu tarz bir soruşturmanın temel amacı, yaşam hakkını koruyan hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda, bunların sorumlulukları altında meydana gelen ölümler için hesap vermelerini sağlamaktır (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 54).

37. Usul yükümlülüğünün bir olayda gerektirdiği soruşturma türünün, yaşam hakkının esasına ilişkin yükümlülüklerin cezai bir yaptırım gerektirip gerektirmediğine bağlı olarak tespiti gerekmektedir. Buna göre, genel olarak ihmal suretiyle ortaya çıkan diğer ölümlerde olduğu gibi tıbbi ihmal sonucu meydana geldiği ileri sürülen ölüm olaylarında *“etkili bir yargısal sistem kurma”* yönündeki pozitif yükümlülük her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez. Mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 59, benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Vo/Fransa*[BD], 53924/00, 8/7/2004, § 90; *Calvelli ve Cigliol/İtalya*, 32967/96, 17/1/2002, § 51).

38. Bu şekildeki bir kabul, bu tür olaylarda yürütülen ceza soruşturmalarının Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Ancak ilke olarak tıbbi ihmallere ilişkin şikâyetler konusunda temel başvuru yolu hukuki sorumluluğu tespit adına takip edilecek olan hukuk veya idari tazminat davası yoludur (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Karakoca/Türkiye*, B. No: 46156/11, 21/5/2013).

39. Bu bağlamda başvuru konusu olayın koşullarına bakıldığında, 21/9/2011 tarihinde ilk kez tedavi için hastaneye giden başvuruçunun babası, iki gün sonra 23/9/2011 tarihli ilk ameliyatını geçirmiş, sonrasında tedavisine devam edilmiş, ancak birçok ameliyat geçirmesine rağmen 18/1/2012 tarihinde vefat etmiştir. Bunun üzerine başvuru, 6/7/2012 tarihinde Bursa Cumhuriyet Başsavcılığına başvurmuş ve 21/9/2011 tarihinde acil serviste görev yapan Dr. N. Ç.’nin muayene sonrasında derhal genel cerrahi uzmanından görüş almak suretiyle tedavinin gecikmesine sebebiyet verdiğini ileri sürmüştür.

40. Başvuruda ceza soruşturmasına yönelik olarak ileri sürülen şikâyetler açısından, Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında devletin yerine getirmek zorunda olduğu pozitif yükümlülüklerin usuli boyutu, yaşanan ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulmasına ve sorumlu kişilerin belirlenmesine imkan tanıyan bağımsız bir soruşturma yürütülmesini gerektirmektedir (B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 94). Soruşturmanın etkililik ve yeterliliğini temin adına soruşturma makamlarının resen harekete geçmesi ve ölüm olayını aydınlayabilecek, sorumluların tespitine im-

kan sağlayacak bütün delillerin toplanması gerekmektedir (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 57).

41. Başvuru konusu olayda, başvurunun babasının yaşamını kaybettiği tarihten yaklaşık 6 ay sonra yapılan şikâyet üzerine, Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı (Savcılık) tarafından derhal soruşturma başlatıldığı, soruşturmanın açılmasından üç gün sonra 10/7/2012 tarihinde Bursa Valiliğinden Şevket Yılmaz Eğitim ve Araştırma Hastanesinde görevli Dr. N. Ç. hakkında görevi kötüye kullanmak ve taksirle ölüme sebebiyet vermek suçlarından 4483 sayılı Kanun gereğince inceleme yapılarak soruşturma izni verilip verilmeyeceğine dair kararın Savcılığa gönderilmesinin talep edildiği görülmektedir.

42. Bursa Valiliği, muhakkik olarak tayin edilen bir doktor tarafından hazırlanan (başvurunun, ilk ameliyatı yapan genel cerrahi uzmanı doktorun ve şikâyet edilen Dr. N. Ç.'nin ifadelerinin de yer aldığı) ön inceleme raporuna istinaden söz konusu doktor hakkında soruşturma izni verilmemesine karar vermiş, bu karara yapılan itiraz üzerine Bursa Bölge İdare Mahkemesi "... hastanın muayene ve tedavisinin yapılarak polikliniğe yönlendirildiği, hastalığın seyri ve çok nadir görüldüğü ve ölümcül bir hastalık olduğu belirtilmiş ve bu rapora dayanılarak itiraza konu anılan karar oluşturulmuş ise de Dr. N. Ç. tarafından yapılan işlemlerin tıp biliminin gereklerine uygun yapıp yapılmadığının, gerektiğinde konunun uzmanlarından oluşturulacak tarafsız bilirkişilerden alınacak bir rapor sonrasında değerlendirilmesi gerekirken, bu değerlendirmeler yapılmaksızın eksik incelemeye dayanılarak oluşturulan ön inceleme raporu esas alınarak verilen yetkili merci kararında mevzuata uygunluk görülmemiştir." gerekçesiyle itirazın kabulüne karar vermiştir.

43. Bu karar sonrasında, muhakkik olarak tayin edilen doktor tarafından konu hakkında uzman Uludağ Üniversitesi Genel Cerrahi, Acil Tıp ve Üroloji Ana Bilim Dalı öğretim üyelerinin görüşlerine istinaden ikinci kez hazırlanan ön inceleme raporunda tıbbi açıdan hangi nedenlerle söz konusu doktora sorumluluk atfedilemeyeceği ve "soruşturma izni verilmemesi netice ve kanaatine varıldığı" ifade edilmiş, bu rapor doğrultusunda Bursa Valiliği tarafından "... bilirkişi heyeti açıklamalarına göre tanısı 1 hafta ile 10 günü geçen vakaların gecikmiş vakalar olarak tanımlandığı, makatta ağrı şikayeti ile başvuran Mehmet ARTUÇ 21/9/2011 tarihinde ... ağrı şikayeti olup, fiziki muayenesi normal değerlendirilip, iki gün içerisinde fournier gangrenine klinik olarak ilerleyebilir ve oturabilir olduğu ..." gerekçesiyle yine soruşturma izni verilmemesine karar verilmiştir. Bursa Valiliği tarafından verilen bu kararda, Bursa Bölge İdare Mahkemesinin ilk karara yapılan itirazın kabulüne ilişkin kararda değindiği eksikliğin giderildiği ve 7 soru başlığı altında olayın ne şekilde cereyan ettiği, hastalığın erken teşhis edilememesinde ve gerçekleşen ölümden ilgili doktorun rolünün olup olmadığının detaylı bir şekilde ortaya konulduğu anlaşılmaktadır. Başvurucu

tarafından bu karara yapılan itiraz Bursa Bölge İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

44. Ceza soruşturmasına ilişkin süreç incelendiğinde, başvuruçunun şikâyeti üzerine, Savcılık tarafından yaşanan ölümden sorumlu olduğu ileri sürülen doktor hakkında görevi kötüye kullanma ve taksirle ölüme neden olma suçlarına ilişkin derhal hazırlık soruşturmasının başlatıldığı, sonrasında 4483 sayılı Kanun hükümleri uyarınca soruşturma dosyasının Bursa Valiliğine gönderildiği, hakkında şikâyet bulunan doktorun görev aldığı sağlık kurumundan farklı bir kurumda görevli ve konunun uzmanı doktorlar tarafından hangi nedenlerle söz konusu doktorun sorumluluğunun bulunmadığını teknik olarak açıklayan ön inceleme raporuna istinaden soruşturmaya izin verilmediği, başvuruçunun (Anayasa Mahkemesi'ne sunduğu bireysel başvuru formunda da yer verdiği gerekçelerle) karara itiraz ettiği, ancak Bursa Bölge İdare Mahkemesinin ön inceleme raporu ve eki belgelere göre ilgililere isnat edilen eylemin haklarında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından bahisle soruşturma izni verilmemesine dair yetkili merci kararına yapılan itirazı reddettiği, bu şekilde başvuruçunun soruşturmanın açıklığını temin edecek ve meşru menfaatlerini koruyabilecek bir şekilde soruşturma sürecine dâhil olabildiği görülmektedir. 4483 sayılı Kanun'un konu hakkındaki hükümleri göz önünde bulundurulduğunda, yürütülen soruşturmanın yetersiz olduğunu ortaya koyacak bir eksiklik veya soruşturmayı yürüten yetkililere yüklenilebilecek ihmali bir davranış da bulunmamaktadır.

45. Bu tür olaylarda yürütülen ceza soruşturmalarının amacı, yaşam hakkını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve vuku bulan ölüm olayında varsa sorumluları ve sorumluluklarını tespit etmek üzere adalet önüne çıkarılmalarını sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü değil, uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 56). Tıbbi ihmaller sonucunda meydana geldiği ileri sürülen ölüm olaylarına ilişkin yürütülen soruşturma sonucunda mutlaka herhangi bir kişinin cezai sorumluluğunun belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Anayasa'nın 17. maddesi, başvuruçulara üçüncü kişileri (başvuru konusu olayda doktoru) belirli bir suç (görevi kötüye kullanma ve taksirle ölüme neden olma suçu) nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkı verdiği, tüm yargılamaların mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma yükümlülüğü verdiği anlamına gelmemektedir.

46. Başvuruda ileri sürülen doğru teşhisin zamanında konulmaması ve gerekli tedavinin uygulanmaması suretiyle yaşamı koruma yükümlülüğünün ihlal edildiği iddiaları açısından yaşam hakkına ilişkin bir ihlal söz konusu ise bu ihlalin giderilmesi öncelikle idari makamların ve derece mahkemelelerinin yükümlülüğü altındadır (B. No: 2013/2075, 4/12/2013, § 75). Başvuru-

cu, olayda ihmali olduğunu ileri sürdüğü doktor hakkında suç duyurusunda bulunarak ceza soruşturması açılması talebinde bulunmuş olmakla birlikte, doktorun veya hastanenin idari ve hukuki sorumluluklarına ilişkin herhangi bir kanun yoluna başvurmadağı görülmektedir. Yargıtay'ın yukarıda yer verilen (§ 24-27) konu hakkındaki içtihadı dikkate alındığında, ceza kanunları uyarınca suç oluşturmaya eylem ve ihmallere karşı da, husumetin yöneltileceğı kişiye bağılı olarak, 2577 sayılı Kanun ile 6098 sayılı Kanun'un yukarıda yer verilen (§ 21-23) hükümleri uyarınca kusura ve hatta kusursuz sorumluluğa dayalı olarak idareye veya kişilere yönelik idare ve hukuk mahkemeleri önünde uğranılan zararları tazmin yolları düzenlenmiştir (B. No: 2013/2075, 4/12/2013, § 74).

47. Başvuru konusu olayda cezai sorumluluğun tespiti için ilgili kanun yoluna başvuran ancak sonuç alamayan başvuru açısından da değinilen hukuki ve idari kanun yollarına başvurma imkânları bulunmaktadır. Bu nedenle, yapılan tıbbi müdahale açısından ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olduğundan söz edilemeyecektir.

48. Açıklanan nedenlerle, zamanında ve yeterli tedavi hizmetinin verilmesi suretiyle yaşam hakkının ihlal edildiğı iddialarının *"başvuru yollarının tüketilmemiş olması"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle:

A. Başvurucunun şikâyetlerinin Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında incelenmesine,

B. Başvuruda yer alan, zamanında ve yeterli tedavi hizmetinin verilmemesi suretiyle yaşam hakkının ihlal edildiğı iddialarının *"başvuru yollarının tüketilmemiş olması"*, nedeniyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA**,

C. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde bırakılmasına,

3/4/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Serruh KALELİ

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Zühtü ARSLAN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/1280

Karar Tarihi: 28/5/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Zehra Ayla PERKTAŞ Hicabi DURSUN Erdal TERCAN Zühtü ARSLAN
Raportör	: Elif KARAKAŞ
Başvurucular	: 1- Mehmet ÇETİNKAYA 2- Maide ÇETİNKAYA
Vekili	: Av. Rehşan BATARAY SAMAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucular, çocukları Nazar Çetinkaya'nın 12/9/2006 tarihinde Diyarbakır Koşuyolu Parkı duvarının yakınına terör amaçlı yerleştirilen bir bombanın patlatılması sonucu yaşamını yitirmesi üzerine açtıkları davada hükmedilen tazminat miktarının yetersiz olduğunu, yedi yılı aşan yargılama süresinin uzun olduğunu ve söz konusu olayda idarenin gerekli güvenliği sağlayamadığını belirterek Anayasa'nın 10., 17., 36. ve 40. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşler ve ihlalin tespitiyle uğradıkları maddi ve manevi zararın tazminine karar verilmesini talep etmişlerdir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 1/2/2013 tarihinde Diyarbakır Bölge İdare Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca, kabul edilebilirlik incelemesi Bölüm tarafından yapılmak üzere, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Birinci Bölümün 4/12/2013 tarihli ara kararı gereğince başvurunun, kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığının 6/1/2014 tarihli görüşü başvuru vekiline tebliğ edilmiş olup, başvuru vekili 23/1/2014 havale tarihli beyan dilekçesini on beş günlük yasal süresi içinde sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

7. Başvurucuların 21/10/2004 doğumlu çocukları Nazar Çetinkaya 12/9/2006 tarihinde Diyarbakır ili, merkez Koşuyolu Caddesi üzerinde bulunan Koşuyolu Parkı duvarının yakınına terör amaçlı yerleştirilen bombanın patlatılması sonucu yaşamını yitirmiştir.

8. Söz konusu olay nedeniyle uğramış oldukları maddi ve manevi zararlarının tazmini istemiyle 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılama Hakkında Kanun kapsamında 13/11/2006 tarihinde idareye müracaat eden başvuru sahipleri Zarar Tespit Komisyonunun 18/5/2007 tarihli, 193 sayılı kararıyla 18.000,00 TL ödenmesine karar verilmiştir.

9. Başvurucuların söz konusu meblağı kabul etmemesi üzerine 4/6/2007 tarihinde uyuşmazlık tutanağı düzenlenmiş ve başvuru sahipleri tarafından 30.000,00 TL maddi, 70.000,00 TL manevi olmak üzere toplam 100.000,00 TL tazminatın ödenmesine karar verilmesi istemiyle idare mahkemesinde dava açılmıştır.

10. Diyarbakır 2. İdare Mahkemesinin 23/11/2007 tarih ve E.2007/1107, K.2007/1619 sayılı kararıyla maddi tazminat için 5233 sayılı Kanun hükümleri uyarınca Diyarbakır Valiliğine, manevi tazminat için genel hükümler uyarınca İçişleri Bakanlığına karşı dava açılmak üzere dilekçenin reddine karar verilmiştir.

11. Anılan dilekçe ret kararı üzerine yenilenen dilekçe ile başvuru sahipleri tarafından Zarar Tespit Komisyonunun 18/5/2007 tarih ve 193 sayılı kararının iptali ile 30.000,00 TL maddi tazminatın ödenmesi istemiyle dava açılmıştır.

12. Diyarbakır 2. İdare Mahkemesinin 5/3/2010 tarih ve E.2008/876, K.2010/571 sayılı kararıyla dava reddedilmiştir. Kararın gerekçe kısmı şöyledir:

“Danıştay Onuncu Dairesinin 14/11/2007 tarih ve E.2006/208, K.2007/5162 sayılı kararında da belirtildiği üzere 5233 sayılı Kanun terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan kişilerin bu zararlarının karşılanması konusunda 2577 sayılı Kanun’un 13. maddesinde genel olarak idari eylemlerden hakları ihlal edilenlerin uğradığı zararların

karşılanması konusunda dava açmadan önce idareye başvuruyu öngören düzenlemeden farklı bir yargılama usulü öngörmektedir. Kişilerin meydana gelen zararın karşılanması konusunda her iki kanundan hangisine göre idareye başvuracağı konusunda da bir kısıtlama bulunmamaktadır. Dolayısıyla meydana gelen zararın karşılanması konusunda birbirinden farklı bu iki düzenleme karşısında ilgililere değişik olanaklar sağlanmış olup, kişiler dilerse 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre idareye başvuruda bulunarak istemlerinin reddi halinde alınan ön karardan sonra dava açabilecek, isterse 5233 sayılı Kanun kapsamında başvurularının sonuçlanmasını bekledikten sonra ortaya çıkan duruma göre dava açma haklarını kullanabileceklerdir.

Dava konusu uyuşmazlıkta davacılar bu seçimlik haklarını 5233 sayılı Kanun'dan yana kullanmışlar ve bu Kanun'a göre meydana gelen zararlarının tazminini talep etmişlerdir. Bu nedenle uyuşmazlığın çözümü açısından davalı idare tarafından davacılara ödenmesine karar verilen maddi tazminatın 5233 sayılı Kanun tarafından öngörülen usule uygun olarak belirlenip belirlenmediğinin tespiti gerekmektedir.

Dava konusu olayda, 5233 sayılı Kanun'un 7. ve 9. maddelerine göre davacıların murisinin ölümü nedeniyle (7000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunan miktarın 50 ile çarpımı sonucu çıkacak tutarı cenaze gideri eklenmek suretiyle ödeme yapılacağı ve bu miktarın davacılara ödenmesine karar verildiği görülmüş olup 5233 sayılı Kanun kapsamında mevzuata uygun olarak yapılan ödeme işleminde hukuka aykırılık bulunmamaktadır."

13. Başvurucular tarafından temyiz edilen karar, Danıştay 15. Dairesinin 14/3/2012 tarih ve E.2011/10216, K.2012/1113 sayılı kararıyla onanmış, karar düzeltme talebi de aynı Dairenin 24/9/2012 tarih ve E.2012/6891, K.2012/5738 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

14. Karar, başvurucular vekiline 2/1/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Ceza Soruşturması ve Kovuşturma Süreci

15. Yerel Mahkeme dosyasında bulunan ve UYAP aracılığıyla elde edilen bilgi ve belgelere göre başvuru konusu olaya ilişkin ceza soruşturması ve kovuşturma süreci ise şöyledir:

16. Başvuruya konu patlama olayından bir gün sonra bir internet sitesi aracılığıyla olayda kullanılan termos düzeneğinin fotoğraflarına da yer verilerek söz konusu patlama olayı Türk İntikam Tugayı adı verilen bir yapılanma tarafından üstlenilmiştir. Diyarbakır İl Emniyet Müdürlüğü yetkililerince yapılan inceleme ve araştırmalarda internet sitesinde yer alan fotoğrafla olay yerinde kullanılan düzeneğin birbiriyle uyum sağladığı ve düzeneğin telsiz kullanılarak uzaktan kumanda ile patlatılmış olduğu ve söz konusu sitenin kısa bir süre önce oluşturulmuş olduğu tespit edilmiştir.

17. Konuyla ilgili yetkili makamların soruşturma ve araştırmaları devam etmekte iken Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü Elektronik Şube Müdürlüğüne 7/4/2008 ve 19/2/2009 tarihlerinde iki adet e-posta ihbarı yapılmış ve anılan ihbarda patlamanın üstlenildiği internet sitesini kuranlardan birinin B.G. olduğu belirtilerek B.G.'ye ait çeşitli şahsi bilgilere yer verilmiştir.

18. Söz konusu ihbar üzerine derinleştirilen ve genişletilen soruşturma sonucunda ihbarda yer alan bilgiler teyit edilmiş ve patlamayı üstlenen internet sitesine B.G. tarafından giriş yapıldığı tespit edilmiş ve bu sitenin B.G. tarafından kurulduğuna dair kuvvetli bulgular ile B.G.'nin patlama olayına dahil olduğu sonucuna götüren birçok teknik detay tespit edilmiştir. Olay yerinde ele geçen telsizin de B.G.'nin akrabası H.T. tarafından internet sitesi aracılığıyla satın alınarak temin edildiğinin tespit edilmesi üzerine 22/3/2009 tarihinde B.T. ile B.T.'nin patlama olayından önce ev arkadaşı olan M.E.; B.T. ile M.E.'nin savunmaları doğrultusunda da 23/3/2009 tarihinde H.T. göz altına alınmıştır. Akabinde 27/3/2009 tarihinde anılan kişiler mahkeme kararı uyarınca tutuklanmıştır.

19. Söz konusu kişilerin mahkeme kararı doğrultusunda ev ve üstlerinde yapılan aramalar sonucunda yasa dışı PKK terör örgütünün propagandasını yapan çok sayıda ve çeşitte doküman ele geçirilmiştir. Anılan kişilerin, kolluk ve cumhuriyet savcısı huzurunda, müdafî eşliğinde verdikleri ifadeler kısaca, *patlamaya neden olan bombanın askerlik iznine gelen H.T. tarafından B.G. ve M.E.'nin ikamet ettiği evde hazırlandığı, H.T.'nin örgüt dağ kadrosunda iken çıkan çatışma sonucu hayatını kaybeden amcasının oğlunun intikamını almak, yasa dışı gösterilerde kürt kökenli gençlere kötü muamelede bulunduğu gerekçesiyle polislerden intikam almak gibi saiklerle kendi başına bu eylem kararını aldığı ve örgüt lehine örgütten talimat almaksızın bu eylemi gerçekleştirdiği, termos içindeki bomba düzeneğini parkın duvarı yakınına koyanın ve patlaması için düğmeye basanın H.T. olduğu, B.G.'nin de ona yardım ettiği, M.E.'nin ise yardımı söz konusu olmamakla birlikte rastlantı eseri bombanın hazırlanmasına tanıklık ettiği* şeklindedir.

20. Olayla ilgili soruşturma evresinin tamamlanması üzerine Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığınca, 9/6/2009 tarih ve 2009/857 sayılı iddianame ile H.T., B.G. ve M.E. hakkında Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. İddianamede, H.T. ve B.G.'nin devletin birliğini ve bütünlüğünü bozma, kasten öldürme, kasten öldürmeye teşebbüs, tehlikeli maddelerin izinsiz bulundurulması veya el değiştirmesi ve mala zarar verme suçlarından; M.E.'nin ise H.T. ve B. G. tarafından olayda kullanılan el yapımı bombanın hazırlanması eylemine bilfiil katılıp iştirak ederek tehlikeli maddelerin izinsiz bulundurulması veya el değiştirmesi suçu ile devletin birliğini ve bütünlüğünü bozma, kasten öldürme, kasten öldürmeye teşebbüs ve mala zarar

verme suçlarına yardım etme suçlarından cezalandırılması talep edilmiştir.

21. Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesi 17/5/2012 tarih ve E.2009/405, K.2012/102 sayılı kararı ile sanıklar B.G. ile M.E.'nin sorgu savunmasında ifadelerinden vazgeçmekle birlikte mahkeme aşamasında yeniden kolluk ve cumhuriyet savcısı huzurundaki ifadelerini samimi ve istikrarlı bir biçimde ifade ettikleri, sanık H.T.'nin ise ikrar yönündeki ifadelerini sorgu ve mahkeme aşamalarında reddetmek ve bu ifadelerin baskı ve şiddet sonucu zorla alındığını belirtmekle birlikte savcı huzurunda, müdafii eşliğinde ve kamera önünde işkence yapılmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, sanıkların tamamının ikrar içeren ifadelerinde anlattıkları olayların birbirleriyle örtüştüğü gibi olayın oluşumu ile de birebir uyumlu olup saat, dakika ve zamanlama itibarıyla ifadelerin gerçeği yansıttığının açıkça anlaşıldığı, sanıkların olaydan sonraki eylem ve davranışları, gittikleri yerler, yapılan araştırmalar sonucu elde edilen HTS raporları, sinyal bilgileri, tanık beyanları da dikkate alındığında maddi bulguların anlatımları desteklediği sonucuna ulaşıldığı, sanık H.T.'nin inkar yönünde verdiği ifadelerin askıda kaldığı ve suçtan kurtulmaya yönelik olduğu, bomba düzeneğini nasıl hazırladığını uygulamalı olarak cumhuriyet savcısı huzurunda ayrıntılı olarak anlattığı, bomba konusunda deneyimli ve uzman bir kişi olduğunun anlaşıldığı belirtilerek sanık H.T. ve B.G.'nin 5237 sayılı TCK'nın 302/1. maddesi gereğince ayrı ayrı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılmalarına; TCK'nın 82/1-a-c maddesi gereğince ayrı ayrı on kez ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılmalarına; TCK'nın 82/1-a-c maddesi gereğince ayrı ayrı on dört kez on beş yıl hapis cezası ile cezalandırılmalarına; TCK'nın 174/1. maddesi gereğince ayrı ayrı altı yıl sekiz ay hapis ve 80.000,00 TL. adli para cezası ile cezalandırılmalarına; sanık M.E.'nin ise TCK'nın 314/2. maddesi gereği yedi yıl altı ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, TCK'nın 174/1. maddesi gereği beş yıl hapis ve 160,00 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

22. Sanıklar müdafileri, cumhuriyet savcısı ve katılanlar vekilleri tarafından temyiz edilen karar, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 6/12/2013 tarih ve E.2013/4628, K.2013/14930 sayılı kararı ile H.T. ve B.G. hakkında verilen hükümler yönünden onanmış ve söz konusu hükümler aynı tarihte kesinleşmiştir. M.E. hakkında ise silahlı terör örgütüne yardım etme ve patlayıcı madde bulundurma suçlarından kurulan hüküm yönünden suçun vasfında yanılığa düşüldüğü gerekçesiyle bozulmuştur. Yargılama Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2014/229 esasına kayden görülmeye devam etmektedir.

B. İlgili Hukuk

23. 17/7/2004 tarih ve 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun'un "Amaç" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun amacı, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen

faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemektir.”

24. Anılan Kanun’un “Başvurunun süresi, şekli, incelenmesi ve sonuçlandırılması” kenar başlıklı 6. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

“Zarar gören veya mirasçılarının veya yetkili temsilcilerinin zarar konusu olayın öğrenilmesinden itibaren altmış gün içinde, her hâlde olayın meydana gelmesinden itibaren bir yıl içinde zararın gerçekleştiği veya zarar konusu olayın meydana geldiği il valiliğine başvurmaları hâlinde gerekli işlemlere başlanır. Bu sürelerden sonra yapılacak başvurular kabul edilmez. Bu Kanun kapsamındaki yaralanma ve engelli hâle gelme durumlarında, yaralının hastaneye kabulünden hastaneden çıkışına kadar geçen süre, başvuru süresinin hesaplanmasında dikkate alınmaz.”

“Komisyon, zarar görenlerle yapılacak her başvuru ile ilgili çalışmalarını, başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde tamamlamak zorundadır. Zorunlu hâllerde, bu süre vali tarafından üç ay daha uzatılabilir.”

25. Aynı Kanun’un “Karşılanacak Zararlar” kenar başlıklı 7. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Bu Kanun hükümlerine göre sulh yoluyla karşılanabilecek zararlar şunlardır:

...

b) Yaralanma, engelli hâle gelme ve ölüm hâllerinde uğranılan zararlar ile tedavi ve cenaze giderleri.

...

26. Anılan Kanun’un “Yaralanma, engelli hâle gelme ve ölüm hâllerinde yapılacak ödemeler” kenar başlıklı 9. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“Yaralanma, engelli hâle gelme ve ölüm hâllerinde (7000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunan miktarın;

...

e) Ölenlerin mirasçılarına elli katı tutarında,

Nakdî ödeme yapılır.

Nakdî ödemenin tespitine esas tutulacak miktar, ödeme yapılmasına ilişkin valinin veya Bakanın onayı tarihinde geçerli gösterge ve katsayı rakamları esas alınarak belirlenir.

Birinci fıkranın (e) bendine göre belirlenen nakdî ödemenin mirasçılara intikali 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun mirasa ilişkin hükümleri uygulanır.

Bakanlar Kurulu, nakdî ödemeye esas tutulan gösterge rakamını yüzde otuza ka-

dar artırmaya veya kanunî sınıra kadar indirmeye yetkilidir.

...

Nakdî ödemenin şekli, tutarı, yaralanma ve engellilik derecelerinin tespitine ilişkin esas ve usuller yönetmelikle belirlenir.”

27. Aynı Kanun’un “Zararın karşılanmasına ilişkin sulhname” kenar başlıklı 12. maddesi ise şöyledir:

“Komisyon, doğrudan doğruya veya bilirkişi aracılığı ile yaptığı tespitten sonra 8 inci maddeye göre belirlenen zararı, 9 uncu maddeye göre hesaplanan yaralanma, engelli hâle gelme ve ölüm hâllerindeki nakdî ödeme tutarını, 10 uncu maddeye göre ifa tarzını ve 11 inci maddeye göre mahsup edilecek miktarları dikkate alarak, uğrılan zararı sulh yoluyla karşılayacak safi miktarı belirler. Komisyonca, bu esaslara göre hazırlanan sulhname tasarısının örneği davet yazısı ile birlikte hak sahibine tebliğ edilir.

Davet yazısında hak sahibinin sulhname tasarısını imzalamak üzere otuz gün içinde gelmesi veya yetkili bir temsilcisini göndermesi gerektiği, aksi takdirde sulhname tasarısını kabul etmemiş sayılacağı ve yargı yoluna başvurarak zararın tazmin edilmesini talep etme hakkının saklı olduğu belirtilir.

Davet üzerine gelen hak sahibi veya yetkili temsilcisi sulhname tasarısını kabul ettiği takdirde, bu tasarı kendisi veya yetkili temsilcisi ve komisyon başkanı tarafından imzalanır.

Sulhname tasarısının kabul edilmemesi veya ikinci fıkraya göre kabul edilmemiş sayılması hâllerinde bir uyuşmazlık tutanağı düzenlenerek bir örneği ilgiliye gönderilir.

Sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklıdır.”

28. 6/1/1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun “Kapsam ve nitelik” kenar başlıklı 1. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır.”

29. 2577 sayılı Kanun’un “Dilekçeler üzerine ilk inceleme” kenar başlıklı 14. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkraları şöyledir:

“(3) Dilekçeler, Danıştayda daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından:

a) Görev ve yetki,

b) İdari merci tecavüzü,

c) Ehliyet,

d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı,

e) Süre aşımı,

f) Husumet,

g) 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları,

Yönlerinden sırasıyla incelenir.

(4) Dilekçeler bu yönlerden kanuna aykırı görülürse durum; görevli daire veya mahkemeye bir rapor ile bildirilir. Tek hakimle çözümlenecek dava dilekçeleri için rapor düzenlenmez ve 15 inci madde hükümleri ilgili hakim tarafından uygulanır. 3 üncü fıkraya göre yapılacak inceleme ve bu fıkra ile 5 inci fıkraya göre yapılacak işlemler dilekçenin alındığı tarihten itibaren en geç onbeş gün içinde sonuçlandırılır.”

30. 2577 sayılı Kanun’un “Dosyaların incelenmesi” kenar başlıklı 20. maddesinin (1) ve (5) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.

...”

“(5) Danıştay, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde dosyalar, bu Kanun ve diğer kanunlarda belirtilen öncelik veya ivedilik durumları ile Danıştay için Başkanlar Kurulunca; diğer mahkemeler için Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca konu itibarıyla tespit edilip Resmi Gazete’de ilan edilecek öncelikli işler gözönünde bulundurulmak suretiyle geliş tarihlerine göre incelenir ve tekemmül ettikleri sıra dahilinde bir karara bağlanır. Bunların dışında kalan dosyalar ise tekemmül ettikleri sıraya göre ve tekemmül tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılır.”

31. 2577 sayılı Kanun’un “Tebliğ işleri ve ücretler” kenar başlıklı 60. maddesi şöyledir:

“Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerine ait her türlü tebliğ işleri, Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır. Bu suretle yapılacak tebliğlere ait ücretler ilgililer tarafından peşin olarak ödenir.”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

32. Mahkemenin 28/5/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
nun 1/2/2013 tarih ve 2013/1280 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği
düşünüldü:

C. Başvurucuların İddiaları

33. Başvurucular, vatandaşların yoğun olduğu bir yere rahatlıkla bomba
düzeneğinin bırakılması ve patlatılması nedeniyle evlatlarını kaybettiklerini,
devletin güvenlik hizmetini gereği gibi yerine getirmediğini, olayda idare-
nin ihmal ve kusuru bulunduğunu, öte yandan açtıkları tam yargı davasın-
da mahkemece hükmedilen maddi tazminat miktarının yetersiz olduğunu,
tazminat hesaplamasında yaş, eğitim durumu, ekonomik ve sosyal durum,
yoksun kalınan destek gibi etkenlerin göz önünde bulundurulmadığını, her-
kes için maktu bir tazminat miktarı belirlenmiş olmasının hukuka aykırı ol-
duğunu, genel tazminat hukuku ilkelerine göre karar verilmesi gerektiğini
belirterek Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini
ileri sürmüşlerdir.

34. Başvurucular, uyuşmazlık hakkında yürütülen yargılamanın makul sü-
rede sonuçlandırılmadığını, yedi yılı aşan dava sürecinin kendileri açısından
manevi bir işkenceye dönüştüğünü belirterek Anayasa'nın 17. maddesinde
tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

35. Başvurucular, kızlarının yaşamını kaybetmesine neden olan bombalı
eylemin kısa süre içinde Türk İntikam Tugayı tarafından üstlenildiğini, söz
konusu olayda hayatını kaybedenlerin Kürt kökenli olduklarını ve bu neden-
le hedef seçildiğini, idarenin ihmalinden kaynaklı farklı bölgelerdeki farklı
olaylarda yaşamını yitirenler için açılan tazminat davalarında çok daha yük-
sek meblağların ödenmesine karar verilmek suretiyle mahkemelerin de bu
hususla ayrımcılık yaptığını belirterek Anayasa'nın 10. maddesinde tanımla-
nan eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

36. Başvurucular, temyiz ve karar düzeltme aşamalarında yargı yerlerince
talep ve gerekçelerinin değerlendirilmediğini ve aynı gerekçelerle talepleri-
nin reddedildiğini belirterek Anayasa'nın 40. maddesinde tanımlanan hakla-
rının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

D. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Anayasa'nın 17. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

37. 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, ancak

ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenlerin bireysel başvuru hakkına sahip oldukları kurala bağlanmıştır. Yaşam hakkının doğal niteliği gereği, yaşamını kaybeden kişiler açısından bu hakka yönelik bir başvuru ancak yaşanan ölüm olayı nedeniyle mağdur olan ölen kişilerin yakınları tarafından yapılabilir. Başvurucular, başvuru konusu olayda ölen kişinin anne ve babasıdır. Bu nedenle başvuru ehliyeti açısından bir eksiklik bulunmamaktadır (B. No. 2013/841, 23/1/2014, § 65).

38. Nazar Çetinkaya'nın anne ve babası tarafından yapılan başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine dair bölümünün 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığı görülmektedir. Başka bir kabul edilemezlik nedeni de görülmediğinden başvurunun bu kısmının kabul edilebilir nitelikte olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Davanın Makul Sürede Sonuçlandırılmadığı İddiası

39. Başvurucuların yargılamanın uzunluğuyla ilgili şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi, bu şikâyet için diğer kabul edilemezlik nedenlerinden herhangi biri de bulunmamaktadır. Bu nedenle, başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Eşitlik İlkesinin İhlal Edildiği İddiası

40. Başvurucular, kızlarının yaşamını kaybetmesine neden olan bombalı eylemde hayatını kaybedenlerin tamamının Kürt kökenli olmaları nedeniyle hedef seçildiğini, idarenin ihmalinden kaynaklı farklı bölgelerde meydana gelen yaşam kayıpları üzerine açılan tazminat davalarında çok daha yüksek meblağların ödenmesine karar verilmek suretiyle mahkemelerin de bu hususta ayrımcılık yaptığını ve bu durumun Anayasa'nın 10. maddesinde tanımlanan eşitlik ilkesini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.

41. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"...Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."

42. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Bireysel başvuru hakkı" kenar başlıklı 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

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

43. Anılan Anayasa ve Kanun hükümleri uyarınca Anayasa Mahkemesine

bireysel başvuru, “ikincil nitelikte bir kanun yolu” olup bu yola başvurulmadan önce kural olarak olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

44. Temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının uyması gereken bir ilke olup bu ilkeye uygun davranılmadığı takdirde, ortaya çıkan ihlale karşı öncelikle yetkili idari mercilere ve derece mahkemelerine başvurulmalıdır.

45. Bireysel başvurunun ikincil niteliği gereği, başvurucunun, temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarını öncelikle yetkili idari mercilere ve derece mahkemelerine usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtları zamanında bu mercilere sunması, aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir. Bu şekilde olağan denetim mekanizmaları önünde ileri sürülüp takip edilmeyen temel hak ve özgürlüklerin ihlaline ilişkin iddialar, Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru konusu yapılamaz (B. No: 2012/1049, 16/4/2013, § 32).

46. Başvuru konusu olayda, başvuru sahiplerinin yargılamanın hiçbir aşamasında etnik kökenleri nedeniyle ayrımcılığa uğradıkları yönünde herhangi bir iddianı ileri sürmedikleri görülmektedir.

47. Başvurucular tarafından ihlal iddiasına konu idari işlem için öngörül-müş olan kanun yollarında başvurunun bu kısmına ilişkin ihlal iddialarının ileri sürülmeksizin bireysel başvuruda bulunduğu anlaşıldığından, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin bu kısma ilişkin iddiaların “başvuru yollarının tüketilmemiş olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

d. Anayasa’nın 40. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

48. Başvurucular, dava, temyiz ve karar düzeltme aşamalarında ileri sür-dükleri talep ve gerekçelerinin yargı yerlerince ısrarla değerlendirilmediği-ni ve aynı gerekçelerle taleplerinin reddedildiğini belirterek Anayasa’nın 40. maddesinde tanımlanan etkili başvuru haklarının ihlal edildiğini ileri sür-müşlerdir.

49. 6216 sayılı Kanun’un, “Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi” kenar başlıklı 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“Mahkeme, ... açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine kar-rar verebilir.”

50. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün “Bireysel başvuru formu ve ekleri” baş-lıklı 59. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (d) bendinde, bireysel başvuru formunda bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi ne-

denle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve delillere ait özlü açıklamaların yer alacağı belirtilmiştir.

51. Başvuruya konu ihlal iddiasıyla ilgili deliller sunarak olaya ilişkin iddialarını ve hangi Anayasa hükmünün ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunmak suretiyle hukuki iddialarını kanıtlama yükümlülüğü başvurucuya ait olmasına rağmen, başvuruclar tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesine ve dolayısıyla Anayasa'nın 40. maddesi hükümlerine atıfta bulunulmakla birlikte, yargılama sürecinde hangi talep gerekçelerinin değerlendirilmediğinin belirtilmediği ve söz konusu hükümlerin nasıl ihlal edildiğine ilişkin somut bir açıklama ve kanıtlamada bulunulmadığı anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *"açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir (B. No. 2013/2103, 14/1/2014, § 40).

2. Esas Yönünden

a. Anayasa'nın 17. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

52. Başvuruclar, vatandaşların yoğun olduğu bir yere rahatlıkla bomba düzeneğinin bırakılması ve patlatılması nedeniyle evlatlarını kaybettiklerini, devletin güvenlik hizmetini gereği gibi yerine getirmediğini, olayda idarenin ihmal ve kusuru bulunduğunu, öte yandan açtıkları tam yargı davasında mahkemece hükmedilen maddi tazminat miktarının yetersiz olduğunu, tazminat hesaplamasında yaş, eğitim durumu, ekonomik ve sosyal durum, yoksun kalınan destek gibi etkenlerin göz önünde bulundurulmadığını, herkes için maktu bir tazminat miktarı belirlenmiş olmasının hukuka aykırı olduğunu, genel tazminat hukuku ilkelerine göre karar verilmesi gerektiğini belirterek Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

53. Bakanlığın görüş yazısında, yerel mahkemelerce olguların veya hukukun değerlendirilmesindeki farklılıkların, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) tarafından güvence altına alınan haklar ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece bireysel başvuru konusu yapılamayacağı, Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, bireysel başvurulara ilişkin incelemelerde kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların incelemeye tabi tutulamayacağı, 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise açıkça dayanaktan yoksun başvuruların Mahkemece kabul edilemezliğine karar verilebileceğinin belirtildiği ve derece mahkemelerinin delilleri takdirinde açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesinin söz konusu olamayacağı belirtilmiştir.

54. Başvurucu, cevap dilekçesinde tazminat miktarına ilişkin değerlendirme yapılırken 5233 sayılı Kanun'un çıkarılış amacı ve sürecinin göz önünde bulundurulması gerektiğini, anılan Kanun'un 1987 yılından bu yana yaşanan mağduriyetleri de tazmin amacıyla çıkarıldığını, Kanun hükümlerinin bu kadar geriye götürülmesinin doğal sonucu olarak yapılacak çok sayıda ve geçmişe yönelik başvuruların daha pratik ve ekonomik sonuçlandırılması düşüncesiyle maktu tazminat miktarı belirlendiğini, ancak, anılan Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen zararlar bakımından bu maktu miktarların adaletsizliğe yol açtığını, zira Kanun çıkarılmadan önce açılan tazminat davalarında farklı kriterler esas alınmak suretiyle maddi tazminat hesabı yapıldığını ve bu şekilde çok daha yüksek miktarlarda tazminatlara hükmedildiğini, Bakanlığın belirttiği gibi sorunun yerel mahkemenin delilleri farklı değerlendirmesinden değil; delilleri, olayın niteliğini ve talepleri hiçbir şekilde değerlendirmemesinden kaynaklandığını bildirmiştir

55. Başvurucuların şikâyetleri Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı çerçevesinde incelenecektir.

56. Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

57. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardan olup devletin bu konuda pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletin, negatif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme, bunun yanı sıra, pozitif bir yükümlülük olarak, yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır (B. No. 2013/841, 23/1/2014, § 72).

58. Anayasa Mahkemesinin yaşam hakkı kapsamında devletin sahip olduğu pozitif yükümlülükler açısından benimsediği temel yaklaşıma göre, devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında gerçekleşen ölüm olaylarında Anayasa'nın 17. maddesi, devlete, elindeki tüm imkânları kullanarak, bu konuda ihdas edilmiş yasal ve idari çerçevenin yaşamı tehlikede olan kişileri korumak için gereği gibi uygulanmasını ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal tedbirleri alma görevi yüklemektedir. Bu yükümlülük, kamusal olsun veya olmasın, yaşam hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyet bakımından geçerlidir (B. No. 2013/841, 23/1/2014, § 73).

59. Bu kapsamda, devletin egemenlik alanında bulunan bireylerin yaşamını korumak için önleyici genel güvenlik tedbirleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *L.C.B/Birleşik Krallık*, 9/6/1998, §36; *Osman/Birleşik Krallık*, 28/10/1998, §115; *Belkıza Kaya ve Diğerleri/Türkiye*, 33420/96 ve 36206/97, 22/11/2005, §77). Bu gereklilik daha ziyade bireylerin üçüncü kişilerin suç niteliğindeki eylemleri nedeniyle yaşamlarının tehdit altında olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır.

60. Ancak, yetkili makamların, yaşamla ilgili her türlü potansiyel tehdidin gerçekleşmesini önlemek için somut tedbirler almaya zorlanması beklenemez (bkz. *Tanrıbilir/ Türkiye*, 21422/93, 16/11/2000, § 71; *Belkıza Kaya ve Diğerleri/Türkiye*, 33420/96 ve 36206/97, 22/11/2005, §78).

61. Özellikle polisin görevini yerine getirirken karşılaştığı zorluklar, modern toplumların yönetilmesinin zorluğu, insan davranışının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek yapılacak işlemin veya yürütülecek faaliyetin tercihi göz önüne alınarak; pozitif yükümlülük, yetkililer üzerine aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmamalıdır. Pozitif yükümlülüğün ortaya çıkması için yetkililerce, belirli bir kişinin hayatına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin bulunduğu bilmesi ya da bilinmesi gerektiği durumların varlığı kabul edildikten sonra, böyle bir durum dahilinde, makul ölçüler çerçevesinde ve sahip oldukları yetkiler kapsamında bu tehlikenin gerçekleşmesini önleyebilecek şekilde kamu makamlarının önlem almakta başarısız olduklarının tespiti gerekmektedir (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Keenan/Birleşik Krallık*, 27229/95, 3/4/2001, §§ 89-92, ve *A. ve Diğerleri/Türkiye*, 27/7/2004, 30015/96, § 44-45, *İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu/Türkiye*, 19986/06, 10/4/2012, § 28) (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 53).

62. Devletin yaşamı koruma pozitif yükümlülüğü kapsamında sorumlu tutulabilmesini belirli koşullara bağlayan bu yaklaşım, bireylerin yaşam hakkının terörden kaynaklanan bir tehdit altında olduğu durumlar için de geçerlidir (bkz. *Belkıza Kaya ve Diğerleri/Türkiye*, 33420/96 ve 36206/97, 22/11/2005; *Amaç ve Okkan/Türkiye*, 54179/00 ve 54176/00, 20/11/2007).

63. Başvuru konusu olayda, başvuruçuların kızı, 12/9/2006 tarihinde Diyarbakır ili, merkez Koşuyolu Caddesi üzerinde bulunan Koşuyolu Parkı duvarı yakınına yerleştirilen bomba düzeneğinin patlaması sonucu yaşamını yitirmiştir. Söz konusu olayın terör eylemi sonucu gerçekleştiği hususunda Bakanlık ve başvuruçular arasında herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır.

64. Somut olay açısından devletin yaşamı koruma pozitif yükümlülüğünün esas bakımından yerine getirip getirmediğinin tespit edilebilmesi için kamu yetkililerince, başvuranların kızının yaşamını kaybetmesine neden olan bomba eyleminin gerçekleşeceğine dair gerçek ve yakın bir risk bulunduğu

bilinip bilinmediği ya da bilinmesinin gerekip gerekmediğinin, eğer biliniyor ise söz konusu tehlikeyi önlemek için makul ölçüler çerçevesinde ve sahip olunan yetkiler kapsamında alınması gereken önlemlerin alınıp alınmadığının olayın koşulları çerçevesinde ortaya konulması gerekmektedir.

65. “*Olay ve olgular*” kısmında da belirtildiği üzere ve dosya kapsamında yer alan bilgi ve belgelerden, 12/9/2006 günü saat 21:10 sıralarında Diyarbakır ili, merkez Koşuyolu Caddesi üzerinde bulunan Koşuyolu Parkının duvarına yakın bir mesafeye termos içine yerleştirilmiş el yapımı bir bombanın patlaması sonucu başvurucuların kızı Nazar Çetinkaya, başvurucuların diğer çocukları Abdullah ve Nazlıcan Çetinkaya, başvuruculardan Maide Çetinkaya’nın ablası ve dört yeğeni ile birlikte toplam on kişinin yaşamını yitirmesine, on dört kişinin yaralanmasına ve bir çok ev, iş yeri, araç ve eşyanın zarar görmesine neden olan olayın terör eylemi sonucu meydana geldiğinin etkili bir ceza soruşturması ve yargılama sürecinin ardından verilen mahkeme kararıyla da sabit olduğu anlaşılmaktadır.

66. Başvurucuların kızlarının yaşamını yitirmesine neden olan patlamanın meydana geldiği Diyarbakır ili, zaman zaman terör olaylarının yaşandığı Güneydoğu Anadolu Bölgesinde yer almakla birlikte, bölgedeki terör kaynaklı eylemler büyük oranda bölgenin kırsal kesiminde terör örgütü mensupları ile silahlı kuvvetler mensupları arasında yapılan silahlı çatışmalar ya da teröristlerce yollara döşenen mayınların patlaması şeklinde gerçekleşmiştir. Başvuru konusu olay ise büyükşehir olan Diyarbakır ilinin merkezinde ve insanların yoğun olarak bulunduğu bir yere bırakılan bomba düzeneğinin patlatılması sonucu meydana gelmiştir. Dolayısıyla Diyarbakır il merkezi açısından bu tür bir eylemin öngörülmesi olasılığı yetkililer açısından zayıf bir ihtimal olarak değerlendirilebilir ise de bölgenin teröre yönelik genel hassasiyeti nedeniyle anılan ilde yetkili makamlar tarafından belirli düzeyde güvenlik tedbirlerinin alınması gerekeceği tabiidir.

67. Öte yandan, belirli düzeyde güvenlik tedbirleri alınması halinde dahi, çeşitli kamufajlarla insanların dikkatini çekmeyecek şekilde gizlenebilen ve bu özelliği sayesinde nüfusun yoğun olduğu yerlere de rahatlıkla yerleştirilebilen bomba düzeneklerinin yetkililer tarafından önceden tespit edilebilmesinin, giderek gelişen ve karmaşıklaşan teknolojik imkanlar dikkate alındığında oldukça zor olduğu, diğer taraftan bu tür eylemlerin şüphe çeken bir husus ya da istihbari bir bilgi olmadan öngörülme olasılığının çok zayıf olduğu açıktır.

68. Somut olayda, söz konusu patlamanın münferit bir terör eylemi olduğu ve olaydan önce herhangi bir ihbar ya da istihbari bir bilginin yetkili makamlara iletilmediği, dolayısıyla olayın öngörülemez nitelikte olduğunda kuşku yoktur. Ayrıca, olayın faillerinden H.T.’nin eylemi gece yarısından sonra polis

araçlarına yönelik olarak gerçekleştirmeyi planladığı, ancak olay günü Koşuyolu civarında gezdiği sırada polis araçlarının uygulama yaptığını görmesi üzerine buradaki polisleri hedef almak amacıyla eve bombayı almaya gittiği, döndüğünde uygulamanın bittiğini gördüğü, bir kez yola çıktığı için de bombayı eylem yerine bıraktığı, ailesiyle birlikte kaldığı evin balkonundan bomba düzeneğini görebildiği, bir polis aracının bombanın yanından geçtiğini görmesi üzerine başka bir polis aracının geçmesini beklemekteyken bombanın yerinde olmadığını gördüğü ve bir anlık kararla düşmeye basarak bombayı patlattığı yönündeki ifadelerinden de bombanın konulacağı yer ve zaman konusunda net bir kararın olmadığı, olayın kendiliğinden geliştiği, dolayısıyla failler açısından da belirsizliğin ve öngörülemezliğin söz konusu olduğu görülmektedir.

69. Belirtilen koşullarda, başvuruya konu olayın gerçekleşeceğinin yetkili makamlar tarafından bilinmediği ve bilinmesinin de beklenemeyeceği kanaatine varılmıştır. Termos şeklindeki bomba düzeneğinin parkın duvarına yakın bir yerde bulunmasının yetkililerin şüphesini çekip çekmeyeceği tartışılabilir ise de, düzeneğin fail tarafından park yakınına bırakılması ile patlatılması arasında fazla bir zaman geçmediği düşünüldüğünde yetkililerin bu nedenle sorumlu tutulamayacakları açıktır. Diğer taraftan, fail H.T.'nin ifadelerinden de anlaşılacağı üzere patlamadan önce olay yerinde polislerin uygulama yaptıkları, patlamadan hemen önce de bir polis aracının olay mahallinde devriye görevi yapmakta olduğu hususları da gözetildiğinde, yetkililerden beklenebilecek genel güvenlik tedbirlerinin olay mahallinde mevcut olduğu sonucuna varılmıştır.

70. Sonuç olarak, başvuruçuların kızının yaşamını yitirmesine neden olan patlamanın meydana gelmesinde yetkili makamların sorumlu tutulmasını gerektirecek bir ihmal ya da kusur bulunduğu söylenemez.

71. Başvuruya konu olayın meydana gelmesinde devletin koruma yükümlülüğü yönünden herhangi bir sorumluluğu tespit edilmemiş olmakla birlikte, objektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk ilkesi temel alınarak hazırlanan 5233 sayılı Kanun kapsamında başvuruçulara başvuru konusu olay nedeniyle 18.000,00 TL maddi tazminat ödenmesine karar verilmiştir. Ancak söz konusu meblağı kabul etmeyen başvuruçular, bu kararın iptali ile 30.000,00 TL maddi tazminatın ödenmesi istemiyle dava açmıştır. İdare Mahkemesi, 5233 sayılı Kanun kapsamında mevzuata uygun olarak yapılan ödeme işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

72. Başvuruçulara ödenmesine karar verilen tazminat, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansması Hakkında Kanun hükümlerine dayalı olarak Zarar Tespit Komisyonları tarafından Kanun'da belirtilen yönteme göre belirlenmektedir. Anılan Kanun, genel gerekçesinde de

belirtildiği üzere idarenin hukuki sorumluluğunun kusur esasına dayandığı kuralının bir istisnası olarak bilimsel ve yargısal içtihatlarla kabul edilen sosyal risk ilkesi gereğince idarenin nedensellik bağı ve kusur koşulu aranmaksızın terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören kişilerin maddi zararlarını yargı yoluna gitmelerine gerek kalmadan idarece en kısa süre içinde ve sulh yoluyla karşılanması amacıyla düzenlenmiştir.

73. Başvurucular tarafından, kendilerine 5233 sayılı Kanun kapsamında Zarar Tespit Komisyonunca ödenmesi teklif edilen maddi tazminat miktarının mahkemelerde uygulanan çeşitli kriterler dikkate alınmaksızın maktu olarak belirlendiği ve yetersiz olduğu ileri sürülmekte ise de terörden kaynaklanan zararların dava yoluna gidilmeden ilgililerce tazmini olanağı sağlayan 5233 sayılı Kanun uyarınca belirlenen tazminat miktarına ve bu miktarın hesaplanma şekline, belirli bir tatmin sağladığı sürece Anayasa Mahkemesinin müdahalesi söz konusu olamaz.

74. Somut olayda, 5233 sayılı Kanun tarafından belirlenen maddi tazminat miktarı ile davanın koşulları ve başvurucuların uğradığı zararlar arasında açık bir orantısızlık bulunmadığı görülmektedir.

75. Diğer taraftan, yakınlarını kaybedenler tarafından idareye karşı kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ya da sosyal risk ilkelerine dayanarak açılan maddi tazminat (destekten yoksun kalma tazminatı) davalarında yapılan tazminat hesabı ölen kişinin gelecekte elde etmesi muhtemel gelirinin aktüelleştirilmesi esasına dayanmakta ve özellikle ölen kişinin çocuk olması durumunda zararın hesaplanması büyük oranda farazi kabullere dayanmakta olup, idarenin kusuru ya da sosyal risk ilkesi uyarınca terör nedeniyle yaşamını yitiren küçük çocukların yakınları tarafından açılan maddi tazminat davalarında ödenmesine hükmedilen tazminat miktarlarının birbirlerinden çok farklılık göstermediği ve söz konusu miktarların başvurucuların iddialarının aksine kendilerine ödenmesi teklif edilen miktarla da uyumlu olduğu tespit edilmiştir (Bkz. Danıştay 10. Dairesi, E.2002/1160, K.2004/160, K.T. 14/1/2004; E.2002/578, K.2004/161, K.T. 14/1/2004; E.2005/803, K.2007/4649, K.T. 10/10/2007; E.2007/8106, K.2010/5562, K.T. 22/6/2010; E.2009/5798, K.2012/5746, K.T. 16/11/2012).

76. Açıklanan nedenlerle, başvurucuların Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

b. Davanın Makul Sürede Sonuçlandırılmadığı İddiası

77. Başvurucular tarafından, 17/7/2007 tarihinde açmış oldukları davaya ilişkin yargılamanın makul sürede tamamlanmamasının kendileri açısından

manevi işkenceye dönüştüğü belirtilerek Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği ileri sürülmekte ise de Anayasa Mahkemesi, olayların başvuruçular tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir. Bu sebeple başvuruçuların bu yöndeki iddiaları Mahkemece, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir.

78. Adalet Bakanlığı görüşünde, Anayasa Mahkemesinin makul sürede yargılanma hakkına ilişkin kararlarına atfen, başvuruçunun makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası açısından görüş sunulmasına gerek görülmediği bildirilmiştir.

79. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

80. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

81. Anayasa'nın "Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması" kenar başlıklı 141. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

"Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir."

82. Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir."

83. Sözleşme metni ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümleri olan alt ilke ve haklar, esasen Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı bir çok ka-

rarında, ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38).

84. Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil olup, ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa'nın 141. maddesinin de, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 39).

85. Anayasa'nın 36. maddesi ve Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca, medeni hak ve yükümlülöklere ilişkin uyuşmazlıkların makul sürede karara bağlanması gerekmektedir. Başvuruya konu davanın, başvuruçuların Diyarbakır Koşuyolu Parkı yakınına yerleştirilen bir bombanın patlaması sonucu kızlarının ölümünden dolayı uğradıkları zararın tazminini konu alan bir uyuşmazlık olduğu görölmekle, bu sorunun çözümüne yönelik olan ve 2577 sayılı Kanun'da yer alan usul hükümlerine göre yürütölen somut yargılama faaliyetinin medeni hak ve yükümlölükleri konu alan bir yargılama olduğunda kuşku yoktur.

86. Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunması olup, hukuki uyuşmazlığın çözümünde gerekli özenin gösterilmesi gereği de yargılama faaliyetinde göz ardı edilemeyeceğinden, yargılama süresinin makul olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerekir (B. No:2012/13, 2/7/2013, § 40).

87. Davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvuruçunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar, bir davanın süresinin makul olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken kriterlerdir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 41-45).

88. Ancak belirtilen kriterlerden hiçbirisi makul süre değerlendirmesinde tek başına belirleyici değildir. Yargılama sürecindeki tüm gecikme periyotlarının ayrı ayrı tespiti ile bu kriterlerin toplam etkisi değerlendirilmek suretiyle, hangi unsurun yargılamanın gecikmesi açısından daha etkili olduğu saptanmalıdır (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 46).

89. Yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleşip gerçekleşmediğinin

saptanması için, öncelikle uyuşmazlığın türüne göre değişebilen, başlangıç ve bitiş tarihlerinin belirlenmesi gereklidir.

90. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin makul süre değerlendirmesinde, sürenin başlangıcı kural olarak, uyuşmazlığı karara bağlayacak yargılama sürecinin işletilmeye başlandığı, başka bir deyişle davanın ikame edildiği tarih olmakla beraber, bazı özel durumlarda girişimin niteliği göz önünde tutularak uyuşmazlığın ortaya çıktığı daha önceki bir tarih başlangıç tarihi olarak kabul edilebilmektedir (B. No:2012/1198, 7/1/2013, § 45). Somut başvuru açısından benzer bir durum söz konusu olup, makul süre değerlendirmesinde nazara alınacak zaman diliminin başlangıç tarihi, başvuru sahiplerinin, kızlarının yaşamını yitirmesinden dolayı uğradıklarını ileri sürdükleri zararların giderilmesi amacıyla Zarar Tespit Komisyonuna başvurdukları 13/11/2006 tarihidir.

91. Davanın ikame edildiği tarih ile Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruların incelenmesi hususundaki zaman bakımından yetkisinin başladığı tarihin farklı olması halinde, dikkate alınacak süre, 23/9/2012 tarihinden sonra geçen süre değil, uyuşmazlığın başlangıç tarihinden itibaren geçen süredir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 51).

92. Sürenin bitiş tarihi ise, çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde yargılamanın sona erme tarihi olup, bu tarih mevcut başvuru açısından Danıştay 15. Dairesinin E.2012/6891, K.2012/5738 sayılı karar düzeltme isteminin reddine ilişkin kararının tarihi olan 24/9/2012 tarihidir (B. No. 2012/13, 2/7/2013, § 52).

93. Somut başvuruda, başvuru sahiplerinin bomba eylemi sonucu kızlarını kaybetmeleri nedeniyle uğradıkları zararın giderilmesi amacıyla 13/11/2006 tarihinde Zarar Tespit Komisyonuna başvurdukları ve Komisyon tarafından yaklaşık altı ay beş gün sonra 18/5/2007 tarihinde istemlerine ilişkin karar verildiği görülmektedir.

94. 5233 sayılı Kanun'un 6. maddesinin üçüncü fıkrasında, Komisyonun zarar görenlerce yapılacak her başvuru ile ilgili çalışmalarını başvuru tarihinden itibaren altı ay içerisinde tamamlamak zorunda olduğu, zorunlu hallerde bu sürenin vali tarafından üç ay daha uzatılabileceği kurala bağlanmış olup, başvuruya konu olayda da, başvuru sahiplerinin tazminat talebinin Komisyon tarafından belirtilen süre içinde karara bağlandığı görülmektedir.

95. Başvuruya konu yargılama sürecinin incelenmesinden, başvuru sahipleri tarafından, kızları Nazar Çetinkaya'nın Diyarbakır Koşuyolu Parkı yakınında meydana gelen patlamada hayatını kaybetmesi nedeniyle uğradıkları zararın karşılanması amacıyla Zarar Tespit Komisyonuna başvurulduğu, Komisyon-

ca ödenmesi teklif edilen meblağın kabul edilmemesi üzerine düzenlenen uyuşmazlık tutanağının ardından da kendilerine 18.000,00 TL ödenmesine ilişkin işlemin iptali ile uğranılan 30.000,00 TL. maddi ve 70.000,00 TL. manevi zararın tazmini istemiyle Diyarbakır Valiliğine karşı 17/7/2007 tarihinde dava açıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece 7/8/2007 tarihinde dosyanın ilk incelemesinin yapıldığı ve bu hususta herhangi bir sorun görülmeyerek yargılamaya devam edildiği ve başvuruçuların adli yardım talebi hakkında karar verildiği, taraflara tebligat işlemlerinin yapıldığı, davalı idarenin süresinde savunma vermediği ve bu şekilde dosyanın tekemmül ettiği, ardından Mahkemenin 23/11/2007 tarihli ve E.2007/1107, K.20071619 sayılı kararıyla maddi ve manevi tazminat istemleri için ayrı ayrı dava açılması gerektiği gerekçeyle dava dilekçesinin reddedildiği görülmektedir. Dilekçenin reddine dair kararı 13/2/2008 tarihinde tebellüğ eden başvuruçuların 13/3/2008 tarihinde dava konusu işlemin iptali ile 30.000,00 TL maddi tazminat istemiyle yeniden dava açtıkları ve Mahkemenin E.2008/876 sırasına kayıtlı görülen davada on beş günlük yasal süre içinde ilk incelemenin yapıldığı, yeniden adli yardım talebi hakkında karar verildiği ve tebligat işlemleri yapılarak cevap ve ikinci cevapların süresine riayet edilerek 23/8/2008 tarihi itibarıyla dosyanın tekemmülünün sağlandığı, bu tarihten yaklaşık on ay sonra 26/6/2009 tarihli ara kararı ile Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığından davaya konu ölümle ilgili yapılan soruşturmanın sonucu sorularak soruşturma dosyasının istenildiği, Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığınca ara kararına herhangi bir cevap verilmemesi üzerine 30/12/2009 tarihinde ara kararının yinelenildiği ve 20/1/2010 tarihinde ilgili kuruma tebliğ edilen ara kararı gereğinin aynı gün yerine getirilerek iddianamenin bir suretinin Mahkemeye sunulduğu, akabinde 5/3/2010 tarihinde ilk derece Mahkemesince dosyanın karara bağlandığı anlaşılmaktadır.

96. Kararın temyiz edilmesi üzerine ilk derece Mahkemesince süresinde temyiz ilk inceleme tutanağı düzenlenerek temyiz incelemesi için 14/6/2010 tarihinde Danıştay'a gönderilen ve 18/6/2010 tarihinde temyiz merciinde kayda alındığı anlaşılan dosyaya ilişkin olarak yaklaşık bir yıl dokuz ay sonra 14/3/2012 tarihinde Danıştay 15. Dairesince onama kararı verilmiştir. Kararın 1/6/2012 tarihinde taraflara tebliği üzerine başvuruçular tarafından yapılan karar düzeltme talebinin 10/7/2012 tarihinde Mahkemece Danıştay Başkanlığına gönderildiği, 13/7/2012 tarihinde kayda alınan dosya hakkında yaklaşık iki ay on gün sonra 24/9/2012 tarihinde Danıştay 15. Dairesince karar düzeltme talebinin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

97. Bu kararla birlikte neticelenen yargılama faaliyetinin toplam beş yıl iki ay yedi gün sürdüğü anlaşılmaktadır.

98. İlgili yargılama evrakının incelenmesinden, 17/7/2007 tarihinde açılan davada ilk derece mahkemesince 2577 sayılı Kanun'un 14. maddesinde öngörülen süre içerisinde ilk inceleme tutanaklarının tanzim edildiği, tebliğ işlemlerinde ve temyiz ile karar düzeltme aşamalarında dosyanın Danıştay'a sevki sürecinde geçirilen sürelerin genel olarak makul olduğu, gerekçeli kararın yazımının makul bir sürede tamamlandığı, ancak, 2577 sayılı Kanun'un 14. maddesine göre yapılacak ilk incelemede, incelenen hususlar yönünden kanuna aykırılık görülmesi halinde yapılacak işlemlerin dilekçenin alındığı tarihten itibaren en geç on beş gün içinde sonuçlandırılması gerekmesine rağmen 17/7/2007 tarihinde açılan davada yapılan ilk incelemede, söz konusu 14. maddede belirtilen hususlara ilişkin herhangi bir aykırılık görülmediği ve yargılamaya devam edilerek adli yardım talebi hakkında karar verildiği, dosyanın tekemmülüne yönelik tebligat işlemlerinin yapıldığı ve davanın açılmasından yaklaşık dört ay sonra ilk inceleme aşamasında ve on beş günlük süre içinde verilmesi gerekli bir karar olan dilekçenin reddine karar verildiği, bu karar üzerine 13/3/2008 tarihinde yenilenen dava üzerine önceki dört aylık süreçte yapılan işlemlerin tekrarlandığı, 23/8/2008 tarihinde tekemmül eden ve 2577 sayılı Kanun'un 20. maddesi uyarınca bu tarihten itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılması gereken dosyada, tekemmül tarihinden yaklaşık on ay sonra ara kararı yapıldığı, söz konusu ara kararının gereğinin yerine getirilmesi için 2577 sayılı Kanun'un 20/1 maddesinde öngörüldüğü halde ilgili kuruma herhangi bir süre sınırı getirilmediği ve ara kararına cevap gelmemesi üzerine yaklaşık altı ay sonra ara kararının yinelenildiği ve yirmi gün sonra da ilgili kuruma tebliğ edildiği görülmektedir.

99. Kanun yolu incelemesinde yer alan süreçlerin değerlendirilmesinde, ilk derece mahkemesi kararının temyiz edilmesi üzerine, temyiz merciinde kayda alınma tarihi nazara alındığında yaklaşık bir yıl dokuz ay sonra onama kararının verildiği, başvuruçular tarafından yapılan karar düzeltme talebi sonrasında, toplam iki ay on gün sonra karar düzeltme talebinin değerlendirilerek reddine karar verildiği, dosyanın Danıştay Başkanlığında ilk kez kayda alındığı tarih ile karar düzeltme talebinin reddedildiği tarih arasında geçen sürenin yaklaşık iki yıl üç ay olduğu anlaşılmaktadır.

100. Yargılama sürecinin uzamasında yetkili makamlara atfedilecek gecikmeler, yargılamanın süratle sonuçlandırılması hususunda gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklanabileceği gibi, yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliğinden de ileri gelebilir. Zira Anayasa'nın 36. maddesi ile Sözleşme'nin 6. maddesi, hukuk sisteminin, mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi sorumluluğunu yüklemektedir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 44).

101. Bu kapsamda, yargı sisteminin yapısı, mahkeme kalemindeki rutin görevler sırasındaki aksamalar, hükmün yazılmasındaki, bir dosyanın veya belgenin bir mahkemeden diğerine gönderilmesindeki ve raportör atanmasındaki gecikmeler, yargıç ve personel sayısındaki yetersizlik ve iş yükü ağırlığı nedeniyle yargılamada makul sürenin aşılması durumunda da yetkili makamların sorumluluğu gündeme gelmektedir (B. No:2012/1198, 7/11/2013, § 55).

102. Başvuru konusu yargılama süreci değerlendirildiğinde, ilk derece Mahkemesince özellikle dilekçe ret kararının verilmesi, başvuru konusu ölüm olayına ilişkin soruşturma sonucunun sorulmasına ilişkin ara kararının yapılması ve bu ara kararına verilen cevabın Mahkemeye intikali süreçlerinde yetkili makamların yargılamaya ilişkin usul işlemlerinde yeterli özeni göstermemeleri nedeniyle gecikmelerin yaşandığı ve sırasıyla dört aylık, on aylık ve altı aylık süreyi kapsayan gecikme periyotlarının yargılamanın uzaması üzerinde baskın bir etkiye sahip olduğu anlaşılmaktadır.

103. Öte yandan, temyiz ve karar düzeltme aşamalarında geçen toplam iki yıl üç aylık sürenin de yargılama faaliyetinde kısmen bir gecikmeye sebebiyet verdiği görülmekte birlikte söz konusu aşamaların yukarıda yer verilen tespitler ışığında, özellikle yargı sisteminin yapısından kaynaklanan iş yükü ve organizasyon eksikliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Ancak Anayasa'nın 36. maddesi ile Sözleşme'nin 6. maddesi gereğince, yargılama sisteminin, mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi zorunluluğu göz önünde bulundurulduğunda, hukuk sisteminde var olan yapısal ve organizasyona ilişkin eksikliklerin, yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleştirilmemesine mazeret sayılamaz.

104. Başvurucuların tutumunun yargılamanın uzamasına özellikle bir etkisi olduğu tespit edilmemiştir.

105. Yapılan bu tespitler çerçevesinde davaya bütün olarak bakıldığında, başvuruya konu uyuşmazlığın Diyarbakır Koşuyolu Parkı yakınına bırakılan bir bombanın patlatılması sonucu kızlarının yaşamını yitirdiğinden bahisle başvurucuların uğradıkları maddi zararın tazminine yönelik olmasına, maddi tazminat hesaplamasının bilirkişi incelemesi gerektirmeyip ilgili Kanun'da belirtilen basit bir yönteme dayanmasına ve dolayısıyla dava konusunun herhangi bir karmaşıklık içermemesine karşın başvuruya konu beş yıl on ay on bir gün süren yargılama faaliyetinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır.

106. Belirtilen nedenlerle, başvurucuların Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiğine karar

verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

107. Başvurucular, ileri sürdükleri hak ihlallerinin Mahkeme tarafından tespiti halinde maddi ve manevi tazminata hükmedilmesini talep etmişlerdir.

108. Adalet Bakanlığı görüşünde, başvurunun tazminat taleplerine ilişkin görüş bildirilmemiştir.

109. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

110. Başvurucular tarafından maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulmuş olup, mevcut başvuruda Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla beraber, tespit edilen ihlalle iddia edilen maddi zarar arasında illiyet bağı bulunmadığı anlaşıldığından, başvurunun maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

111. Başvurucuların tarafı olduğu uyuşmazlığa ilişkin yaklaşık beş yıl on aylık yargılama süresi nazara alındığında, başvurucuların yargılama faaliyetinin uzunluğu sebebiyle, yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvuruculara takdiren 4.150,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

112. Başvurucular tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvuruca ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvurucuların,

1. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OL-

DUĞUNA,

3. Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan eşitlik ilkesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının *"başvuru yollarının tüketilmemiş olması"* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

4. Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının *"açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Başvurucuların,

1. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

2. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuların her birine ayrı ayrı 4.150,00 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE,

D. Başvurucuların tazminata ilişkin diğer taleplerinin REDDİNE,

E. Başvurucular tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA ÖDENMESİNE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucuların Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

28/5/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Serruh KALELİ

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Zühtü ARSLAN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2012/848

Karar Tarihi: 17/7/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Zehra Ayla PERKTAŞ Burhan ÜSTÜN Nuri NECİPOĞLU Zühtü ARSLAN
Raportör	: Özcan ÖZBEY
Başvurucular	: Rahil DİNK Hosrof DİNK Delal DİNK Arat DİNK Sera DİNK
Vekilleri	: Av. Fethiye ÇETİN, Av. İsmail Cem HALAVURT, Av. Hakan BAKIRCIOĞLU, Av. Ayşenur DEMİRKALE

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucular, birinci derece yakınları olan kişinin öldürülmesi olayı üzerine başlatılan soruşturmanın özellikle kamu görevlileri yönünden etkili bir şekilde yürütülmediğini, soruşturma dosyasının kendilerine karşı gizli tutularak evrak verilmediğini, konu ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından 14/9/2010 tarihinde verilen kararın gereklerinin iç hukukta yerine getirilmediğini, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 10, 11., 17., 36. ve 40. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Birinci başvuru 12/11/2012 tarihinde İstanbul 3 No'lu Hâkimliği (TMK 10. Maddesi ile Görevli), ikinci başvuru da 3/3/2014 tarihinde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçeler ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemelerinde Komisyona sunulmalarına engel bir eksikliklerinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 10/6/2013 tarihinde, İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca 12/3/2014 tarihinde, başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Başvurucuların, yaşam hakkının ihlal edildiği iddiası ile yaptıkları başvuruların incelemesinde, konu ve kişi yönünden hukuki irtibat bulunduğu tespit edildiğinden, Bölüm tarafından 25/3/2014 tarihinde, 2014/3045 numaralı dosyanın 2012/848 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilerek incelenmesine karar verilmiştir.

5. Bölüm tarafından 26/6/2013 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru konusu olay ve olgular 27/6/2013 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, tanınan ek süre sonunda görüşünü 28/8/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

7. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş, başvurucuların vekiline 18/9/2013 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucular, görüşlerini 21/10/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuşlardır.

8. Anayasa Mahkemesinin 19/6/2013 tarih ve 2012/848 sayılı yazısı ile somut başvuru kapsamında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığından *“söz konusu soruşturma dosyasının geldiği aşamanın tespiti ve başvurucuların soruşturmaya katılım durumlarının belirlenmesi açısından, bu soruşturmaya ilişkin gerçekleştirilen işlem ve kararları içeren açıklayıcı bilgi notu ile birlikte, dosyada belirleyici niteliğe sahip ve gerekli görülen belgelerin onaylı suretlerinin”* istenilmesi üzerine, Savcılık tarafından başvuru konusu soruşturma ile ilgili bir adet DVD 12/11/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunulmuştur.

9. Anayasa Mahkemesinin 24/2/2014 tarih ve 2012/848 sayılı yazısıyla, yürütülen soruşturmanın etkililiğinin saptanabilmesi açısından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığından ek bilgi istenilmiş ise de, anılan Savcılığın 26/2/2014 tarihli cevabi yazısında *“söz konusu soruşturma dosyasında kısıtlama kararı bulunduğu, soruşturmanın gizliliğine zarar gelmemesi ve delillerin aleniyet kazanmasının takdiri Anayasa Mahkemesine ait olmak üzere soruşturma dosyasının bir suretinin dijital ortamda 30/10/2013 tarihinde gönderildiği, soruşturmanın halen devam ettiği”* belirtilerek, önceki talimat yazısına atıfta bulunulmuştur.

10. Yine Anayasa Mahkemesinin devam eden yazışmaları ve yapılan telefon görüşmeleri sonucunda Samsun, Trabzon ve İstanbul Cumhuriyet Başsavcılıklarından 10-18-24-27/6/2014 tarihlerinde konu ile ilgili bazı ek bilgi ve belgeler alınmıştır.

11. Diğer taraftan Bakanlık, başvuru konusu olaylara ilişkin 28/8/2013 tarihli görüşünde, başvuru sahiplerinin Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarında teyit ettikleri bir takım bilgilere yer vermiştir.

12. Bakanlık ayrıca, söz konusu soruşturma hakkında 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesi kapsamında kısıtlılık kararı bulunduğundan İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 12/7/2013 tarihli yazısı dışında herhangi bir soruşturma evrakı temin edemediklerinden, soruşturmanın seyri ve içeriğine ilişkin Anayasa Mahkemesine ayrıntılı görüş sunamadıklarını bildirmiştir.

III. OLAYLAR VE OLGULAR

A. Olaylar

13. Başvuru formu ve ekleri ile yapılan yazışmalar ve Bakanlık görüşünde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

1. Hrant Dink'in Öldürülmesi

14. Agos Gazetesinin kurucusu ve genel yayın yönetmeni Hrant Dink, 19/1/2007 tarihinde İstanbul'da işyerini terk etmekte iken uğradığı silahlı saldırı sonucu hayatını kaybetmiştir.

15. Bu olayın takipçileri olan başvuru sahiplerinden Rahil Dink maktul Hrant Dink'in eşi, Hosrof Dink kardeşi, Delal, Arat ve Sera Dink ise çocuklarıdır.

2. Soruşturmanın Başlatılması ve Soruşturmaya Getirilen Kısıtlama

16. Hrant Dink'in öldürüldüğü gün İstanbul Özel Yetkili Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Hz.2007/972 (ve Hz.2007/115) sayılı dosya üzerinden soruşturma açılmıştır.

17. Hrant Dink cinayeti ile ilgili olarak İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca Hz.2007/972 numaralı dosya üzerinden "terör örgütü üyesi olmak" suçundan yürütülen soruşturma kapsamında yapılan talep üzerine, İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 8/10/2007 tarih ve K.2007/286 sayılı yazısı ile "soruşturma dosyasında bulunan evrakın müdafiler ve vekiller tarafından incelenmesi ve suretlerinin alınması halinde aranan kişilerin arandıklarını öğrenerek kaçmaları, suç eşyası ve suç delillerinin yok edilmesi, delillerin toplanmasının ve tüm şüphelilerle birlikte tüm suçların açığa çıkartılmasının zorlaşması ihtimaline göre kısıtlama tedbirine ihtiyaç duyulması nedeniyle, yasal istisna hariç, dosyada bulunan evrakın şüpheli, müdafî ve suçtan zarar gören vekili tarafından incelenmesi ve suret alınması hakkının kısıtlanmasına" karar verilmiştir.

18. Savcılıkça yürütülen soruşturmada elde edilen deliller neticesinde olaya karıştıkları tespit edilen bazı şüphelilerle ilgili olarak dava açılmış ise de, soruşturmanın kapsamlı olması ve yeni deliller elde edilmesi ihtimali gözetil-

lerek soruşturma dosyası açık bırakılmış olup, başvuru-
rulara geldikleri tarih itibarıyla dosya derdest bulunmaktadır.

3. Öldürme Eylemine Karışan Sivil Şahıslar Hakkında Yürütölen Adli İşlemler

19. Cinayet olayı üzerine başlatılan soruşturma 20/4/2007 tarihinde 18 sivil şüpheli yönünden tamamlanarak, E.2007/368 sayılı iddianame ile İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinde dava açılmıştır.

20. Hrant Dink cinayetinin asli faillerinden olup çocuk yaşta olması nedeniyle dosyası tefrik edilen O. S., İstanbul 2. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 25/7/2011 tarihinde kasten öldürme suçundan 21 yıl 6 ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Bu karar, 21/3/2012 tarihinde Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmiştir.

21. Diğer sanıklar hakkındaki karar, İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 17/1/2012 tarihinde açıklanmıştır. Kararda, sanık Y. H., O. S.'yi Hrant Dink'i tasarlayarak öldürmesi suçuna azmettirdiği gerekçesiyle ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Sanıklar E. Y. ve A. İ. ise, O. S.'yi Hrant Dink'i tasarlayarak öldürmesi suçuna yardım ettikleri gerekçesiyle 15'er yıl hapis cezasına mahkûm edilmişlerdir. Diğer taraftan, Y. H.'nin "*Silahlı terör örgütünün yöneticisi olma*", E. Y. ve A. İ.'nin ise "*Silahlı terör örgütüne üye olma*" suçları sabit olmadığı gerekçesiyle beraatlarına karar verilmiştir.

22. Bu karar, örgüt suçundan ve bazı sanıklar hakkında delil bulunmadığından bahisle verilen beraat kararının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından temyiz edilmiştir.

23. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, kasten öldürme suçunun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlendiği gerekçesiyle kararın bozulması yönünde 10/1/2013 tarihinde tebliğname düzenlemiştir.

24. Temyiz incelemesi yapan Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 13/5/2013 tarihinde, sanık Y. H.'nin silahlı suç örgütü kurma ve yönetme suçundan, sanıklar A. İ. ve E. Y.'nin silahlı suç örgütüne üye olma suçundan, sanıklar E. T., T. U. ve Z. A. Y.'nin silahlı suç örgütüne üye olma ve öldürmeye yardım suçlarından beraatlarına karar verilmesi nedeniyle söz konusu hükmün bozulmasına karar vermiştir. Kararda, örgüt için gerekli şartların somut davanın koşullarında oluştuğu, sanıklardan Y. H.'nin Hrant Dink'in öldürölmesi olayını örgütün işlemeyi amaçladığı bir suç olarak kararlaştırdığı, suç örgütünün üyeleri oldukları anlaşılan diğer sanıkların örgütün faaliyeti kapsamında O. S.'yi suç işlemesini teşvik etmek, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, nasıl işleyeceği hususunda yol göstermek suretiyle öldürme suçuna iştirak ettikleri ifade edil-

miştir. Bu dava, İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesinin E.2014/221 sayılı dosyası üzerinden yürütülmektedir.

4. Öldürme Eylemindeki İhmalleri Nedeniyle Kamu Görevlileri Hakkında Yürütülen Adli İşlemler

25. Yukarıda anılan bilgi ve belgelere göre Savcılığın olay ile ilgilerini tespit ettiği kamu görevlileri hakkında yürüttüğü adli işlemler özetle şöyledir:

a. Trabzon Jandarma görevlileri hakkında yürütülen ceza soruşturması

26. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, başvuruçuların 17/1/2008 tarihli şikayet dilekçelerine ek olarak resen yürüttüğü soruşturma sonucunda, Trabzon Jandarma Komutanlığı görevlileri hakkında “görevi kötüye kullanma” suçundan 25/1/2008 tarih ve K.2008/33 sayı ve “ihmali davranış ile kasten öldürme” suçundan 28/4/2008 tarih ve K.2008/201 sayı ile Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığına görevsizlik kararı vermiştir.

27. Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığı 30/10/2007 tarih ve E.2007/2815, 25/12/2008 tarih ve E.2008/4010 sayılı iddianameleriyle bir kısım jandarma personeli hakkında “görevi ihmal” suçundan Trabzon 2. Sulh Ceza Mahkemesinde dava açmıştır.

28. Anılan Mahkemenin 2/6/2011 tarih ve E.2008/615, K.2011/669 sayılı kararı ile, “saldırı konusunda ayrıntılı bilgi almalarına rağmen bu bilgiyi yetkili makamlara bildirmedikleri ve bu şekilde görevlerini ihmal ettikleri” gerekçesiyle, jandarma personeli olan sanıklar A. Ö., M. Y., V. Ş., O. Ş., H. Y. ve H. Ö. Ü.’nün 4 ve 6 ay arasında değişen hapis cezalarıyla mahkûmiyetlerine karar verilmiştir.

b. İstanbul Emniyet görevlileri hakkında yürütülen ceza soruşturması

29. Fatih Cumhuriyet Başsavcılığınca Hrant Dink cinayeti ile ilgili ihmalleri olduğu iddia edilen İstanbul emniyetine mensup kamu görevlileri hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un 9. maddesi gereğince yürütülen soruşturma sonucunda İstanbul Valisi tarafından verilmiş olan 20/3/2008 tarihli karar uyarınca, İstanbul Emniyet Müdürü C. C. ve İstihbarat Şube Müdür Yardımcısı B. K. hakkında soruşturma izni verilmemesi, istihbaratta görevli diğer altı polis ve amirleri hakkında ise soruşturma izni verilmesi uygun görülmüştür.

30. Tarafların bu karara itiraz etmeleri üzerine İstanbul Bölge İdare Mahkemesinin 27/6/2008 tarih ve E.2008/374 sayılı kararı ile soruşturma izni verilmemesine ilişkin karar onanırken, haklarında soruşturma izni verilen görevliler açısından ise “soruşturma yapılmasına yeterli bilgi ve belgenin dosya muhteviyatı itibarıyla mevcut olmadığı” belirtilerek kararın bozulmasına ve bu kişiler yönünden soruşturma izni verilmemesine karar verilmiştir.

31. Bunun üzerine soruşturmayı yürüten Fatih Cumhuriyet Başsavcılığınca, 22/10/2008 tarih ve K.2008/9680 sayılı karar ile söz konusu kamu görevlileri hakkında “kovuşturmaya yer olmadığına” karar verilmiştir.

c. Samsun Emniyet görevlileri hakkında yürütülen ceza soruşturması

32. Samsun Cumhuriyet Başsavcılığınca, Hrant Dink'i öldürdükten sonra kaçıp Samsun'da yakalanan O. S. ile ilgili Samsun Emniyet görevlilerince yapılan işlemler sırasında görevi kötüye kullanma ve gizliliği ihlal niteliğindeki eylemler nedeniyle yürütülen soruşturma kapsamında, Terörle Mücadele Şube Müdürü olan M. B. ile komiser olarak görev yapan İ. F. hakkında 2007 yılında kamu davası açılmıştır.

33. Cumhuriyet Savcısının yazılı emrine rağmen şüphelinin gözetimine alınmaması, yaşı küçük olan şüphelinin yalnızca Cumhuriyet Savcısınca ifadesinin alınabileceği ve Savcının emri olmadıkça görüntü ve ses kaydının alınmayacağı ve fotoğrafının çektilererek yayınlattırılamayacağı kurallarına aykırı davranılması kapsamında Samsun 4. Asliye Ceza Mahkemesince yapılan yargılama sonucunda, 22/10/2008 tarih ve E.2007/521, K.2008/587 sayılı karar ile “eylemin disiplin cezası gerektirebileceği ve suçun kasıt unsuru bulunmadığı” gerekçesine dayalı olarak adı geçen sanıkların beraatına karar verilmiştir.

34. Cumhuriyet Savcısı ve başvuruolar tarafından yapılan temyiz üzerine, Yargıtay 4. Ceza Dairesi 17/12/2012 tarih ve E.2010/27631, K.2012/30616 sayılı kararında, “sanıkların, Kanun ve Yönetmelik hükümlerine aykırı davranarak, şüphelinin ve ölüm olayı mağdurlarının, Anayasa'nın 36. maddesi ve AİHS'nin 6/2. maddesindeki adil yargılanma haklarının da ihlal edilmesine ve bu şekilde görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilerin mağduriyetine neden olması karşısında; TCK'nın 257/1. maddesindeki icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçunun maddi ve manevi unsurlarının oluştuğunun gözetilmemesi..., sanıkların amaçlarının kasten insan öldürme suçundan şüpheli O. S.'nin işlediği suçun doğru bir davranış olduğu yönünde kamuoyuna mesaj vermek olup olmadığı ve haklarında TCK'nın 215. maddesinin uygulanma olanağı bulunup bulunmadığı tartışılmadan, suç niteliği yanlış değerlendirilen ve yerinde görülmeyen gerekçelerle sanıklar hakkında beraat kararı verilmesinin yasaya aykırı olması” gerekçesi ile Mahkemenin beraat kararı bozulmuştur. Mahkemece, bozmaya uyularak yeniden yapılan yargılama sonucunda, adı geçen iki görevlinin sanık O. S. ile çektikleri fotoğrafları yayınlamaları şeklindeki eylemleri “suçu ve suçluyu övme” suçu kapsamında değerlendirilerek ve suç tarihi de gözetilerek 6352 sayılı Kanun'un 1/1. maddesi uyarınca “kamu davasının ertelenmesine”, ayrıca M. B. hakkında “görevi kötüye kullanma” suçundan verilen 5 ay hapis cezası hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına 18/6/2013 tarihinde karar verilmiştir.

5. Başvurucuların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) Başvuruları

35. Başvurucular, bir kısım iddialara ek olarak Hrant Dink'in öldürülmesi nedeniyle, yaşam hakkının maddi ve usuli yönlerden ihlal edildiği iddiasıyla 2008 ve 2009 yıllarında AİHM'e başvuruda bulunmuşlardır. AİHM, Hrant Dink ve yakınları olan başvurucular tarafından yapılmış olan beş başvuruyu birleştirerek (bkz. *Dink/Türkiye*, B. No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14/9/2010) incelemiştir.

36. AİHM, 14/9/2010 tarihinde diğer bazı ihlal nedenleri yanında, resmi makamların Hrant Dink'in yaşamına yönelik açık ve yakın tehlike bulunmasına rağmen, cinayetin meydana gelmesini engellemek için gerekli önlemleri almadıkları gerekçesiyle, Sözleşme'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesinin maddi yönden; Hrant Dink'in yaşamını korumada ihmallerinden dolayı emniyet ve jandarma görevlileri hakkında başlatılan soruşturmaların takipsizlik kararı ile sonuçlanmış olması nedeniyle, Devletin, ihmalleri görülen kişileri belirleme ve cezalandırma amacıyla etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğüne aykırı davrandığı sonucuna vararak, anılan maddenin usul yönünden de ihlal edildiğine karar vermiş ve ihlal nedeni oluşturan diğer bir kısım hususları da dikkate alarak somut olayın koşullarında başvurucular Rahil Dink, Delal Dink, Arat Dink ve Sera Dink'e birlikte 100.000, başvuru Hasrof Dink'e 5000 Avro ödenmesini uygun bulmuştur.

37. AİHM, olayın meydana gelişini ihmali davranışları ile engelleyemeyen kamu görevlileri hakkında ilgili birimlerce yapılan işlemler konusunda şu tespitlerde bulunmuştur:

AİHM,

· Trabzon Emniyet Müdürlüğü görevlilerinin, İstanbul Emniyet Müdürlüğünü, Y.H.'nin Hrant Dink'in öldürülmesini planladığı, adli sicilinin ve kişiliğinin de bu suçu işlemeye elverişli olduğu konusunda 17/1/2006 tarihinde resmi olarak haberdar ettiğini, ancak İstanbul Emniyet Müdürlüğünün söz konusu istihbarat üzerine herhangi bir işlem yapmadığını, İstanbul Savcılığının 20/4/2007 tarihli iddianame ile terör eylemleri ve adam öldürmek için suç örgütü oluşturma ve bunlara üye olma ya da bu tür eylemleri azmettirmekten dolayı on sekiz sanık hakkında bir kamu davası açtığını, bu davanın halen İstanbul Ağır Ceza Mahkemesinde görülmekte olduğunu,

· Trabzon Savcılığının 30/10/2007 tarihli iddianamesi ile jandarma görevlileri V.S. ve O.S. hakkında Trabzon Asliye Ceza Mahkemesinde ceza davası açıldığını, ancak 4/4/2007 tarihli Valilik kararına karşı başvurucuların avukatları tarafından gerçekleştirilen ve söz konusu jandarma görevlilerinin üstlerinin

sorumluluğuna da gidilmesi talebini içeren başvurunun Trabzon Bölge İdare Mahkemesi tarafından 6/6/2007 tarihinde reddedildiğini,

- İstanbul Savcılığının ihbarı üzerine, Trabzon Savcılığınca, Trabzon Emniyet Müdürlüğündeki sorumlular hakkında soruşturma açıldığını, sonuç olarak 10/1/2008 tarihinde takipsizlik kararı verildiğini, bu takipsizliğe yapılan itirazın ise 14/2/2008 tarihinde, Rize Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedildiğini,

- İstanbul Savcısı tarafından İstanbul Emniyet Müdürlüğündeki bazı görevliler hakkında yürütülen soruşturmaların, İstanbul Bölge İdare Mahkemesinin, 23/5/2007, 27/6/2008 ve 15/11/2008 tarihli soruşturma izni verilmemesi ya da verilmiş izinlerin iptali yönündeki kararları nedeniyle takipsizlikle sonuçlandığını,

- Samsun Emniyet Müdürlüğü ve Jandarma Komutanlığı mensuplarının Hrant Dink'in katil zanlısı olan O. S.'yi, cinayetin ertesi günü İstanbul'dan Trabzon'a dönerken, Samsun otogarında yakalamaları ve ellerinde Türk bayrağı bulunan şüpheliyle birlikte fotoğraf çektirmeleri nedeniyle başvuru-
cuların O. S. ile poz veren polis ve jandarma görevlileri hakkında Hrant Dink cinayetini övmek ve görevi kötüye kullanmaktan dolayı suç duyurusunda bulunduklarını, ancak Samsun Savcılığının yaptığı adli soruşturma sonucunda, 22/6/2007 tarihinde takipsizlik kararı verdiğini, bununla birlikte Savcının, güvenlik güçleri mensuplarının yaptıkları bazı usuli hataların (özellikle de küçüklere ilişkin soruşturmanın gizliliği açısından) ise disiplin yargılamasına konu olabileceği ihtimalini dışlamadığını, güvenlik güçleri aleyhine başlatılan disiplin soruşturmalarının, ceza yargılamasının gizliliği ilkesinin ihlali ve güvenlik güçlerinin saygınlığını bozmadan dolayı disiplin cezaları verilmesi ile sonuçlandığını saptamıştır.

38. AİHM, Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönünden ihlal gerekçelerini ortaya koyarken de şu değerlendirmeleri yapmıştır:

AİHM özetle,

- Somut olayda, Hrant Dink cinayetinin ardından İstanbul Savcılığının, İstanbul ve Trabzon güvenlik güçlerinin bu suçun muhtemelliği konusunda edindikleri bilgileri yönetme biçimine ilişkin olarak ayrıntılı ve titiz bir soruşturma yürüttüğünü, İstanbul Savcısının, güvenlik güçleri nezdindeki olası ihmaller serisini gün yüzüne çıkardığı ve bu açıdan elde ettiği bilgileri, başvuranın yaşamının korunması yükümlülüğünün yerine getirilmesinde ihmali bulunan memurların kimliğini de belirtmek suretiyle, İstanbul ve Trabzon'daki soruşturma birimlerine ilettiği,

- İstanbul Savcılığının ihbarı ve İçişleri Bakanlığının emri üzerine Trabzon'da

başlatılan soruşturmalar sonunda, Valinin, iki astsubay dışında ilgili jandarma mensuplarının ceza mahkemesi önüne çıkarılmasına izin vermediği, ... iki astsubayın bilgileri iletilmesinin ardından, uygun önlemleri almaya yetkili olan Trabzon Jandarma subaylarının niçin pasif kaldığı konusunda hiçbir sonuca ulaşılmadığı,

· Trabzon polisinin suçun önlenmesi kapsamındaki usulsüzlük ve ihmalleriyle ilgili olarak, Trabzon Savcılığının verdiği takipsizlik kararının, dosyadaki diğer olaylarla çatışan argümanlar içerdiği, soruşturmanın, polislerin sahip oldukları bilgilere rağmen, niçin cinayet faillerine karşı hareketsiz kaldığı konusunda hiçbir bilgi sağlamadığı,

· Yine İstanbul Polisine karşı, İstanbul Bölge İdare Mahkemesinin (İstanbul Valiliği İl İdare Kurulunun kararına ilişkin) iptal kararından dolayı hiçbir ceza kovuşturmasına girişilemediği, Emniyet Müdürünün de İl İdare Kurulu tarafından soruşturma dışında bırakıldığı, sonuç olarak, niçin İstanbul polisinin, cinayetten önce sahip olduğu bilgilere rağmen, Hrant Dink üzerindeki tehdide karşı harekete geçmediği hususunun aydınlatılamadığı,

· Hükümetin altını çizdiği üzere, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesinde, saldırının failleri oldukları iddia edilen ve hepsi aşırı milliyetçi bir gruba mensup olan kimseler aleyhine halen devam etmekte olan bir ceza yargılamasının var olduğu, bununla birlikte bugüne dek, Trabzon'daki iki astsubaya karşı açılan davalar dışında, suçun önlenmesinde resmi makamların sorumluluğunu gündeme getiren tüm yargılamaların sadece takipsizlikle sonuçlandığı, ... üstlerine yönelik ceza soruşturması bittiği için, iki astsubay hakkında devam eden yargılamanın sonucunun önceki tespitleri etkileyecek düzeyde olmadığı,

· Ayrıca, Trabzon jandarma subaylarına ve İstanbul polis memurlarına yönelik suçlamaların, sadece, hepsi yürütme erkine mensup olan ve olaylara karışanlardan tamamen bağımsız olmayan diğer memurlarca (Vali, İl İdare Kurulu) esastan incelendiği, bu durumun da tek başına söz konusu soruşturmanın zayıflığını gösterdiği, Emniyet görevlileri ve jandarma subayları hakkındaki yargılamalara Hrant Dink'in yakınlarının müdahil edilmediği, kendilerine, karara karşı sadece dosya üzerinden inceleme yapan üst makama itiraz hakkının tanındığı, bir polis şefinin aşırı milliyetçi fikirlerini afişe etmesi ve cinayete suçlanan kişilerin eylemlerini olumlamasının hiçbir derinlemesine soruşturma konusu yapılmadığı,

· Hrant Dink'in yaşamını korumada ihmallerinden dolayı Trabzon Emniyeti ve Jandarma sorumlularına ve İstanbul Emniyeti sorumlularına karşı başlatılan soruşturmaların takipsizlik kararı ile sonlanması; ihmalleri görülen kişileri belirleme ve bu ihmalleri yaptırım altına alma amacıyla etkili bir soruş-

turma yürütme yükümlülüğü yükleyen Sözleşmenin 2. maddesi gereklerinin ihlali niteliğinde olduğu şeklinde tespitlerde bulunmuştur.

6. AİHM Kararından Sonra Kamu Görevlileri Hakkında Yürütülen Adli İşlemler

39. Başvurucuların avukatı Fethiye Çetin tarafından 17/1/2011 tarihinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'na bir dilekçe sunulmuştur. Dilekçede, 14/12/2010 tarihinde kesinleşen AİHM'in Dink kararına (*Dink / Türkiye*, B. No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14/9/2010) atıfta bulunularak İstanbul Valisi M. G. ve İstanbul Emniyet Müdürü C. C. de dâhil 25 kadar kamu görevlisi hakkında soruşturma yapılması ve kamu davası açılması talep edilmiştir.

40. AİHM kararından sonra başvurucuların yaptıkları şikâyet sonucunda İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca Hz.2011/192 numaralı dosya üzerinden ismi geçen kamu görevlileri hakkında *“terör örgütü üyesi olmak, ihmali davranış ile kasten öldürmeye sebebiyet vermek, sahte evrak tanzimi ve kasten adam öldürmeye iştirak”* suçlarından genel soruşturma açılmıştır.

41. Hz.2011/192 sayılı dosya üzerinde yürütülen soruşturma, daha sonra derdest durumda olan Hz.2007/972 numaralı ilk soruşturma dosyası ile 13/10/2011 tarihinde birleştirilmiştir.

42. Öte yandan, başvurucuların 20/7/2010 tarihli dilekçeleri ile suç tarihinde İstanbul Valisi olan M. G.'nin, Hrant Dink'e yapılan suikastı ihmali davranışları ile engellemeyerek görevini kötüye kullandığını iddia etmeleri üzerine, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca Hz.2007/972 sayılı dosya üzerinde yürütülen soruşturma sonucunda; *“Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 14/11/2007 tarih ve Hz.2007/143, K.2007/57 sayılı kararında, Hrant Dink'in öldürülmesinde İstanbul Valisi M. G.'nin doğrudan ya da dolaylı olarak sorumluluğunun bulunduğuna yönelik delil bulunmadığından işleme konulmama kararı verilerek muktezaya bağlandığı anlaşıldığından şüpheli hakkında kavuşturma yapılmasına yer olmadığına”* şeklindeki gerekçe ile 10/4/2013 tarihinde takipsizlik kararı verilmiştir.

7. Başvurucuların 2014/3045 Numarasına Kaydı Yapılan Bireysel Başvuruya Konu Ettikleri Kamu Görevlileri Hakkında Yapılan Adli İşlemler

43. Başvurucular, AİHM'nin 14/9/2010 tarihli kararına dayanarak, 11/4/2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile 5271 sayılı Kanun'un 172. maddesine eklenen (3) numaralı fıkrada düzenlenen *“Kovuşturmayla yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılır.”* hükmü uyarınca, 1/7/2013 tarihinde, anılan AİHM kararının gereğinin yapılması ve

daha önceden haklarında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilen Trabzon Emniyet ve Jandarma ile İstanbul Valilik ve Emniyetinde görev yapan ve şikayet dilekçesinde ismi geçen kamu görevlileri ile ilgili olarak yeniden soruşturma açılması için İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına şikayette bulunmuşlardır.

44. Başvurucuların şikâyet dilekçeleri genel soruşturmaları yapmakla görevli Savcılığın 2013/93822 sayılı soruşturmasına kaydı yapılmıştır. Anılan Savcılık tarafından görevlilerin bir kısmının suçun işlendiği sırada Trabzon'da görevlerini ifa ettikleri belirtilerek, tefrik edilen evrak 2013/102053 soruşturma numarasına kaydı yapılmış ve yetkisizlik kararı ile 19/7/2013 tarihinde Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir. Şikâyet edilenler arasında bulunan İstanbul Valisi M. G. hakkındaki dosya da tefrik edilerek, 2013/101995 soruşturma numarası üzerinden, valiler hakkında soruşturma yapmakla yetkili ve görevli olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına 19/7/2013 tarihli görevsizlik kararı ile gönderilmiştir.

45. Savcılık, aynı soruşturma kapsamında şikayet edilen ve daha önceden 4483 sayılı Kanun uyarınca haklarında soruşturma izni verilmediğinden hukuksal sürecin kesinleştiği İstanbul Vali Yardımcısı E. G., İstanbul Emniyet Müdürü C. C., Emniyet Müdürleri A. İ. G., B. K., İ. P., Başkomiser İ. Ş. E., Komiser V. A. ve polis memurları Ö. Ö. ve B. T. hakkında, 5271 sayılı Kanun'da yapılan değişikliği de gözeterek, şüphelilere isnat edilen eylemin idari görevden kaynaklanması nedeniyle 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni verilmesi için İstanbul Valiliğinden talepte bulunmuştur.

46. Ön inceleme yapmak üzere görevlendirilen Mülkiye Müfettişi tarafından hazırlanan 21/11/2013 tarihli raporda; AİHM'in Hrant Dink hakkındaki kararının 14/12/2010 tarihinde kesinleştiği, 5271 sayılı Kanun'un 172. maddesine eklenen (3) numaralı fıkranın ise 30/4/2013 tarihinde yürürlüğe girdiği, dolayısıyla ancak bu tarihten sonra kesinleşen AİHM kararlarına konu olan eylemler için soruşturmanın yenilenebileceği, somut olayda soruşturmanın yenilenmesine olanak bulunmadığı, diğer taraftan başvuruçuların 1/7/2013 tarihli dilekçelerinde iddia edilen konuların tamamının daha önceki ön incelemelerde değerlendirildiği ve yapılan bu ön incelemelerin hepsinin idari yargı denetiminden geçerek kesinleştiği, 4483 sayılı Kanun uyarınca müracaatın işleme konulabilmesi için bahse konu şikayet dilekçesinde bu ön incelemelerin neticesini etkileyecek yeni bilgi ve belgelerin de sunulmadığı belirtilerek, adı geçen emniyet görevlileri hakkında soruşturma izni verilmemesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca aynı raporda, İstanbul Vali Yardımcısı E. G. hakkında daha önceden bir ön inceleme yapılmadığı, ancak adı geçen şahsın iki MİT görevlisi ile birlikte 24/2/2004 tarihinde Hrant Dink ile görüştüğü,

bu görüşmede suç teşkil edici bir durumun olduğuna dair gerek Hrant Dink tarafından yapılan açıklamalarda gerekse anılan şikayet dilekçesinde ileri sürülmediği, Vali Yardımcısının görev yapmış olduğu 6/10/2004 – 22/12/2008 tarihleri arasında İl Koruma Kurulu Başkanlığı görevinin bulunmadığı, Hrant Dink'in korunmaya alınmasına ilişkin bir önerinin de kendisine ulaştırılmadığı, kaldı ki bir suçlamada bulunulsa bile bu görüşmenin yapıldığı tarih itibarıyla 765 sayılı Kanun uyarınca görevi kötüye kullanma suçu açısından 5 yıllık zamanaşımının dolduğu, hakkında bu nedenlerle soruşturma izni verilmemesi gerektiği belirtilmiştir.

47. İstanbul Valiliği İl İdare Kurulu Müdürlüğünün 28/11/2013 tarih ve K.2013/141 sayılı kararı ile Vali H. A. M. tarafından, ön inceleme raporundaki tespit ve gerekçeler doğrultusunda şikayet edilen dokuz kamu görevlisi hakkında *“soruşturma izni verilmemesine”* karar verilmiştir.

48. Başvurucuların bu karara karşı 23/12/2013 tarihinde yaptıkları itiraz üzerine, İstanbul Bölge İdare Mahkemesinin 22/1/2014 tarih ve K.2014/14 sayılı kararı ile *“konuyla ilgili olarak daha önce verilen ve itirazdan geçen soruşturma izni verilmemesine ilişkin kesinleşen kararın konusunu oluşturan iddialar yönünden yeni delillerin elde edildiği yönünde bir bulgunun varlığının ortaya konulmadığı da göz önünde bulundurulduğunda hazırlık soruşturması yapılmasına yeterli bilgi ve belgenin dosya muhteviyatı itibarıyla mevcut olmadığı”* gerekçesine dayalı olarak itirazın reddine, soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararın onanmasına karar verilmiştir. Bu karar 31/1/2014 tarihinde başvurululara tebliğ edilmiş olup, başvurucular, yasal sürede soruşturmanın etkili yürütülmediğinden bahisle bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

49. Öte yandan, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının (Terör ve Örgütlü Suçlar Soruşturma Bürosu) 18/6/2014 tarihli yazısında, Bölge İdare Mahkemesinin anılan kararı nedeniyle, 2013/93822 sayılı dosya üzerinde yürütülen soruşturmada 21/2/2014 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına (işlemden kaldırılmasına) ilişkin karar verildiği anlaşılmıştır.

50. Bu karara başvuruluların 19/3/2014 tarihinde yaptığı itirazı inceleyen Bakırköy 8. Ağır Ceza Mahkemesi, 21/5/2014 tarihli kararı ile itirazı kabul ederek, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı kaldırmıştır. Bununla birlikte İstanbul Cumhuriyet Savcılığınca bu kararın 4483 sayılı Kanun'un 9/3. maddesine aykırı olduğu, İdari Yargı birimlerince verilen kesin karar sonrası bu suç yönünden soruşturma yapıp kamu davası açılmasının mümkün bulunmadığı gerekçesi ile kararın kanun yararına bozulması görüşünü havi 4/6/2014 tarihli dilekçe Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmiştir.

8. Başvurucuların İdare Aleyhine Açtıkları Tazminat Davası

51. Diğer taraftan başvuru Hosrof Dink ve kardeşi Yervant Dink tarafından kardeşleri olan Hrant Dink'in öldürülmesi olayında idarenin ağır hizmet kusuru ve objektif sorumluluğu bulunduğu iddiasıyla İçişleri Bakanlığı aleyhine toplam 400.000 TL. manevi tazminat davası açılmıştır.

52. İstanbul 10. İdare Mahkemesince yapılan yargılamada, 27/10/2010 tarih ve E.2008/421, K.2010/1539 sayılı kararı ile "Trabzon Emniyet Müdürlüğüne, İstanbul Emniyeti İstihbarat Şube Müdürlüğüne Y. H.'nin Hrant Dink'i öldürme planı kurduğunun 17/2/2006 tarihinde resmi olarak bildirildiği, Agos Gazetesi'nde yayınlanan ve bazı aşırı milliyetçi grupların tepkisine yol açan makaleler nedeniyle Hrant Dink'in yaşam hakkının açık ve yakın bir tehlike içerisinde bulunduğu, bu haliyle Hrant Dink'in kendisinin talebini beklemeden koruma tedbirlerinin alınması gereğinin yerine getirilmediği, yapılanların sadece yazışma safhasında kalıp korumaya yönelik tedbirlerin alınmasına ilişkin aşamaya geçilmediği, dolayısıyla Hrant Dink'in yaşam hakkının korunmasında idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu sonucuna varılmıştır" denilerek, toplam 100.000 TL. manevi tazminat ödenmesine hükmedilmiştir.

9. Başvurucuların Soruşturmaya Katılımı ve Savcılıkça Gerçekleştirilen Bazı İşlemler

53. Hrant Dink'in öldürülmesi üzerine Cumhuriyet Savcılığınca olaya ilişkin farklı dosyalarda yürütülen soruşturmaların birleştirme işlemlerinin 2013 yılı itibarıyla sürdüğü (Hz.2011/1345 soruşturma numaralı dosya 15/2/2013 tarihinde Hz.2007/972 numaralı dosya ile birleştirilmiştir), bir yandan Hz.2007/972 sayılı dosya üzerinden kamu görevlileri hakkında genel soruşturma yapılırken, öte yandan başvuru sahiplerinin 1/7/2013 tarihli yeniden soruşturma yapılması istemi üzerine Savcılığın 2013/93822 sayılı soruşturma dosyasında da 4483 sayılı Kanun kapsamında soruşturmaya devam edildiği görülmüştür.

54. Başvurucular, yürütülen soruşturma işlemlerine katkıda bulunabilmek için görevli Cumhuriyet Savcısı ile birkaç kez yüz yüze görüşme, Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu raporundaki bulguları analiz etme, yeni dilekçeler sunma imkânını elde etmişlerdir.

55. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının (TMK'nın 10. Maddesi ile Görevli Bölümü) 12/7/2013 tarih ve Hz.2007/972 sayılı yazısında, bu soruşturma kapsamında, Trabzon Jandarma Komutanlığı, İstanbul Emniyet Müdürlüğü, Silivri Cezaevi Müdürlüğü ve Malatya Cumhuriyet Başsavcılığı gibi ilgili kurumlarla yazışmalar yapıldığı, delillerin toplanmaya devam edildiği, ilgili kurumlardan gelen cevaplara göre soruşturmanın genişletilebileceği belirtil-

miştir.

56. Devlet Denetleme Kurulu'nun Hrant Dink cinayeti ile ilgili 2/2/2012 tarih ve 2012/1 sayılı Araştırma ve İnceleme Raporu'nda geçen hususlar ve soruşturma kapsamında elde edilen bir kısım yeni bilgiler doğrultusunda: Hrant Dink'in öldürüldüğü tarih ve öncesini kapsayan dönemlerde bazı yerlerde görev yapan askeri personele ilişkin bilgilerin askeri makamlardan istenildiği, bu tür yazışmaların 2012-2013 yılları itibarıyla devam ettiği; soruşturmanın tam olarak aydınlatılabilmesi ve şüphelilerin tespiti ile suç delillerinin eksiksiz toplanabilmesi, grubun hiyerarşik yapısının deşifre edilerek ortaya çıkarılması ve şüphelilerin suç delilleri ile birlikte yakalanabilmesinin fiziki takip ve tarassut ile mümkün olmaması ve başka türlü delil elde imkanı bulunmaması nedeniyle belirlenen birçok telefon numarasının 2000-2012 yılları arasındaki kütük, arayan-aranan, mesaj gönderen-gönderilen ve irtibat kurulan telefon bilgilerinin 2/5/2012 ve 11/10/2013 tarihli hâkim kararlarıyla istenildiği; bu çerçevede kimlikleri tespit edilen yeni şüpheliler hakkında Milli Güvenlik Kurulu, üniversiteler, bakanlıklar, cezaevleri gibi çeşitli kurum ve diğer savcılıklarla yazışmaların yapıldığı, ifadelerin alındığı, ifade sahiplerine kamu görevlilerinin bir ihmal veya kastlarının olup olmadığı hususu da sorularak, bu durumun irdelendiği, 2012-Ekim 2013 yılı itibarıyla talimatla ya da farklı yerlerden davetiye ile gelen (bir kısmı askeri personel olan) tanıklar ile gizli tanıklar ve şüphelilerin beyan ve ifadelerinin alınmaya devam edildiği; idari soruşturma dosyaları ve buradaki delillerin incelenerek 2011 yılında bazı kamu görevlilerinin bilgisine başvurulduğu, diğer sanıkların yargılandığı mahkemelerdeki bazı bilgi ve belge örneğinin soruşturma dosyasına alınıldığı; olaya ilişkin değişik kişiler tarafından gönderilen ihbar mektupları ile İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinde görülmekte olan davada, yürütülen soruşturma ile ilgisinin olduğu anlaşılan ve dosya ile birleştirilmesi istenen belge ve dilekçelerin içeriğinin dikkate alınarak buna göre soruşturmanın genişletildiği; başvuruçuların verdikleri raporlar, telefon kayıtları, isimler ve dilekçelerle (2011 tarihli birçok dilekçe) soruşturmaya katkıda bulunabildikleri; Savcılık tarafından dosyadaki bazı belgelerin başvuruçulara tebliğ edilerek, başvuruçuların buna karşı soruşturmanın genişletilmesi talebinde bulunabildikleri (örneğin başvuruçuların 22/3/2012 tarihli dilekçelerinde Hrant Dink'in öldürülmesiyle ilgili olarak, Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu'na hazırlanan 22/2/2012 tarihli raporun 27/2/2012 tarihinde kendilerine tebliğ edildiği belirtilerek, raporda geçen hususlar kapsamında 18 konuda soruşturmanın genişletilmesi talep edilmiştir) görülmüştür.

57. Ayrıca İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının (Terör ve Örgütlü Suçlar Soruşturma Bürosu) 10-18/6/2014 tarihli yazılarında, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 2007/972 sayılı soruşturmasının, 6526 sayılı Kanunun 1. mad-

desi uyarınca Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesi ile görevli ve yetkili Ağır Ceza Mahkemesi kapatıldığından, yeni düzenleme kapsamında oluşturulan “Terör ve Örgütlü Suçlar Bürosu” tarafından 2014/40810 sayılı soruşturma üzerinden yürütülmesine karar verildiği saptanmıştır.

58. Anılan yazılarda; 5271 sayılı CMK'nın 153. maddesindeki değişiklik nedeniyle başvuruçuların avukatı Hakan Bakırcioğlu'nun talebi üzerine tüm dosyanın bir örneğinin kendisine verildiği, ilgili Savcının, adı geçen Avukat ile soruşturma safahatını değerlendirdiği, kamu görevlilerinin cinayet ile bağlantılarının belirlenmeye çalışıldığı, bu kapsamda birçok yerden bilgi ve belge istendiği, 10/12/2010 – 8/5/2014 tarihleri arasında 45 kişinin tanık, 3 kişinin gizli tanık, 8 kişinin ifade sahibi olarak dinlendiği, Hrant Dink cinayetine karışan sanıkların Malatya Zirve Yayınevi cinayeti, Ergenekon, Balyoz ve Kafes davalarında yargılanan sanıklarla bir irtibatlarının bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla HTS ile ilişkili irtibat raporunun uzmanlarca çıkartıldığı, 20/5/2014 tarihinde İstihbarat Daire Başkanlığındaki telefon sorgulamalarına ilişkin kayıtların silinmesi konusunda yürütülen soruşturma raporunun alındığı, kamu görevlilerinin suç organizasyonuna yardım niteliğinde eylemlerinin bulunup bulunmadığı, ihmali davranışla kişinin ölümünde sorumluluklarının olup olmadığı yönünden soruşturmanın derinleştirilerek şüpheli görülen kişilerin çağrılıp dinlenmesi aşamasına geldiği belirtilmiştir.

10. Başvuruçuların Dosya İnceleme Yetkisine Getirilen Kısıtlama

59. AİHM kararından sonra başvuruçuların yaptıkları şikayet sonucunda İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına Hz.2011/192 numaralı dosya üzerinden ismi geçen kamu görevlileri hakkında “terör örgütü üyesi olmak, ihmali davranış ile kasten öldürmeye sebebiyet vermek, sahte evrak tanzimi ve kasten adam öldürmeye iştirak” suçlarından yürütülen soruşturma kapsamında yapılan talep üzerine, İstanbul Nöbetçi 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 7/2/2011 tarih ve K.2011/56 sayılı yazısı ile “soruşturmanın özelliği, dosyada bulunan evraklarda şüphelilerin kimlikleri ve telefon numaraları, örgüte ait suç unsurlarının saklandığı yerlerin yazılı olduğu, iletişim tespit tutanaklarında birçok örgüt mensubunun adı geçtiğinden, diğer belgelerin aynı mahiyette olması nedeniyle evrakın şüpheliler ve vekilleri tarafından incelenmesinde sakınca bulunması nedeniyle, yasal istisna hariç, dosyada bulunan evrakın şüpheli, müdafii ve suçtan zarar gören vekili tarafından incelenmesi ve suret alınması hakkının kısıtlanmasına” karar verilmiştir.

60. Başvuruçular, 10/9/2012 tarihli dilekçeleri ile dosyadaki evrakların ve dijital verilerin bir örneğinin kendilerine verilmesi amacıyla Savcılığa başvuruda bulunmuşlarsa da, söz konusu talep, dosyada gizlilik kararı olduğu gerekçesiyle aynı gün reddedilmiştir.

61. Başvuruçular, “davadaki deliller ve sanıklarla ilgili olarak defalarca ayrıntılı

bir şekilde basın yayın organlarında haber yapıldığını, kamuoyunun söz konusu soruşturma ve dava hakkında bilgi sahibi olduğunu, buna rağmen kısıtlılık kararının sürdürülmesinin ve taraf olarak dosyadan örnek alma haklarının sınırlandırılmasının hukuka aykırı olduğunu” belirterek, 17/9/2012 tarihinde İstanbul Nöbetçi Ağır Ceza Mahkemesine başvurmuş ve soruşturma dosyasının üzerindeki gizlilik kararının kaldırılmasını istemiştir.

62. İstanbul 3 No’lu (TMK 10. Maddesi ile Görevli) Hâkimliği, 25/9/2012 tarih ve Değişik İş 2012/121 sayılı kararı ile “CMK’nın 153. maddesi gereğince kısıtlılık kararı kaldırılincaya kadar geçerlidir. Davanın iddianamesinin kabulü sonrasında CMK 153/4 gereğince mahkemesinden örnek alınabileceği açıktır.” gerekçesi ile başvurucların taleplerini kesin olarak reddetmiştir. Bu karar, 10/10/2012 tarihinde başvuruclara tebliğ edilmiştir.

11. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu Raporu

63. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu tarafından, Hrant Dink’in öldürülmesi olayı ile ilgili olarak 2/2/2012 tarihinde tamamı 650 sayfadan oluştuğu anlaşılan bir rapor hazırlanmış olup, raporun “aynı konu ile ilgili olarak Savcılığa yürütülmekte olan hazırlık soruşturmasının gizliliği ve diğer hususlar nedeniyle” 34 sayfalık özet bölümü Kurumun internet sayfasında (<http://www.tccb.gov.tr/ddk/ddk50.pdf>) yayınlanmıştır. Raporun yayınlanmış olan kısmında özetle;

“Gerek konuyla ilgili olarak hazırlanan raporlarda gerekse basın ve yayın organlarında pek çok iddianın ortaya atıldığı, bunların hemen hemen tamamının adli ve idari inceleme ve soruşturmaların konusu olduğu ve/veya halen sürdürülen soruşturma ve kovuşturmalarda ele alınmakta olduğunun görüldüğü,

Hrant Dink’in öldürülmesi olayı ile ilgili olarak idari birimlerce 28 adet raporun yazıldığı, yargı organlarınca da 50 civarında görevsizlik, yetkisizlik, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararların verildiği, ayrıca iki ana iddianame ile davaların açıldığı, iki mahkemede sanıklarla ilgili mahkûmiyet kararlarının verildiği,

AGOS Gazetesi Genel Yayın Yönetmeni Hrant Dink’in 19/1/2007 tarihinde öldürülmesi olayında Trabzon Jandarma Komutanlığı personeli ile ilgili soruşturmanın kısmen yargıya taşındığı ve bazı personelin görevi ihmal suçundan mahkûm edildikleri, MİT personeli ile ilgili soruşturma izninin verildiği ancak Cumhuriyet Başsavcılığınca zamanaşımı gerekçesiyle takipsizlik kararı verildiği, cinayet sanığı ve cinayeti azmettirenlerle ilgili mahkûmiyet kararlarının verildiği, cinayetin arkasında başka fail ve azmettiricilerin olup olmadığı ve AİHM kararı sonrasında bazı kamu görevlileri hakkında başlatılan savcılık soruşturmalarının devam ettiğinin görüldüğü,

Hrant Dink’i öldürenlerin güvenlik kuvvetlerince çok kısa sürede yakalanmış

olmasına, olay ile ilgili olarak, idari soruşturma süreçlerinin tamamlanmış ve konunun birçok yönüyle yargı organlarına intikal ettirilerek, ilk derece mahkemeleri tarafından yargılamanın tamamlanmış olmasına rağmen, soruşturma ve yargılama sürecinin; sistemik bazı sorunlar nedeniyle aynı oranda etkin, düzenli ve hızlı sürdürülemediğini, bu nedenle, kamuoyu ve Hrant Dink ailesinin, cinayete ilişkin olarak gerek idare gerekse yargı organlarınca gerçekleştirilen soruşturmalardan/kovuşturmalardan tatmin olmadığı, özellikle, Hrant Dink'in öldürülmesi sürecinde sorumluluğu olduğu iddia edilen kamu görevlilerinin yargılanamadığı ve yakalanmalar dışındaki cinayetin gerçek faillerine ulaşılamadığı iddialarının, soruşturma/kovuşturma süreçlerinin başından itibaren eleştirilerin temelini oluşturduğu,

Hrant Dink'in yaşama hakkının korunamamasına ilişkin olarak ifade edilmesi gereken ilk hususun, güvenlik sektörü ile ilgili yapısal bazı sorunların varlığı olduğu, bu sektörde gerek koordinasyon gerekse iç/dış denetim ve sivil denetim açıklarının giderilmesi gerektiği, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un uygulamasında öteden beri var olan 'temel algılama hatası'nın, Hrant Dink'in öldürülmesi sürecinde kamu görevlilerince işlendiği iddia edilen fiillerin soruşturulması ve kovuşturulmasında da kendini gösterdiği, bu itibarla, Hrant Dink'in öldürülmesi ile ilgili olarak oluşan esas fiil kapsamında; kamu görevlilerinin ihmal ve hatalarının da adli yargı organlarınca öncelikle 5237 sayılı Kanun'un 37, 38, 39 ve 83. maddeleri uyarınca soruşturulması, kamu görevlilerinin cinayetten önce ve sonra ortaya çıkan görevi kötüye kullanma ve ihmal gibi görülen bazı fiillerinin esas niteliğinin, mutlaka ana suç kapsamında adli soruşturma ve bilhassa yargılama safhasında belirginleştirilmesi, aynı şekilde, başlatılan idari soruşturma süreçlerine rağmen herhangi bir sınırlama olmaksızın görevi kötüye kullanma ve ihmal gibi görülen fiillere ilişkin delillerin Savcılıkça toplanmasının gerektiği, böyle yapılmaması nedeniyle, bir bakıma adli yargı yerinde görülmüş olan ana davada ilgili Mahkemenin delillere ve gerçeğe ulaşma kapasitesinin sınırlandırılmış olduğu,

Hrant Dink'in öldürülmesi ile ilgili olarak kamu görevlileri hakkında yapılan idari inceleme ve soruşturmalarda eleştirilmesi gereken eksikliğin bir 'yöntem yanlışlığı' olduğu, kamu görevlilerinin silsile halinde birbirini takip eden ihmalleri; 4483 sayılı Kanun çerçevesinde bir bütün halinde incelenmediği ve gerek yetki gerekse suçun işlendiği mahal itibarıyla farklı birimlerce ayrı ayrı soruşturma ve incelemeler yapıldığı, söz konusu yöntem hatasının, 4483 sayılı Kanun'un ortaya çıkardığı uygulama hatalarından birine tekabül ettiği, idari soruşturma ve incelemelerde izlenen söz konusu yöntemin; olayların bir bütün olarak ele alınıp değerlendirilemesine ve tüm iddiaların bir arada sorgulanamamasına yol açtığı, bu durumun, kamu görevlilerinin süreç içerisindeki fiillerinin ciddiyetinin kavranamamasına, ana fiil ile illiyet bağının bulunup bulunmadığının sorgulanamamasına ve böylece bütünüyle idari inceleme ve soruşturmalardan sonuç alınamamasına neden oldu-

ğu, aynı zamanda izlenen söz konusu yöntemin, her bir idari birimce süreç içerisindeki ihmal ve hatalarının başka birimlere kaydırılmaya/yükletilmeye çalışılması gibi reflekslerin gelişimine de sebebiyet verdiği,

Konuyla ilgili olarak kamu görevlileri hakkında yapılan tüm inceleme, araştırma ve soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi sonucunda özetle; Hrant Dink'e yönelik bir tehlikenin varlığının emniyet ve jandarma personeline öğrenilmiş olduğu, Hrant Dink'in korunmasına yönelik istihbarat birimlerinin gerekli çalışmaları yapmadığı ve işbirliğine gitmediği, idari makamların Hrant Dink'e yönelik oluşan riskleri bilebilecek durumda olmalarına rağmen, her kademedeki sorumluların zincirleme eylemleri sonucunda tehlikeyi önlemek için gereken tedbirlerin alınmadığı, tehlikenin gerçekleştiği ve Hrant Dink'in yaşamını yitirmiş olduğu, dolayısıyla, gerek Anayasa'nın 17. maddesinde gerekse iç hukukumuzun bir parçası durumunda olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesinde ifadesini bulan yaşam hakkının korunması hususundaki pozitif yükümlüğün yerine getirilmediği ve böylece ağır bir kamu hizmet kusurunun oluşumuna sebebiyet verildiği, ölüm olayının gerçekleşmesinden sonra yaşam hakkını koruma altına alan iç hukuk kurallarının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak ve Devlet yetkililerinin veya organlarının sorumluluklarını ortaya koymak açısından; Devlet organlarının olayın tespit edilebilen failleri ve olayda ihmal ve kusuru olan kamu görevlileri açısından hem ceza hukuku hem de disiplin hukuku alanında gereken soruşturmaların derhal başlatıldığı, idare organlarınca sürdürülen soruşturmalarda yasal olarak öngörülen süreçlere uyulmakla birlikte, gerek kamu görevlilerinin yargılanmasına ilişkin mevzuat düzenlemelerinin niteliğinden gerekse kamu görevlilerinin soruşturulması hususunda izlenen yöntemlerdeki hatalar/yanlışlıklar ve diğer eksiklikler sebebiyle yürütülen soruşturmalardan etkin bir sonuç alınamadığı kanaatine ulaşıldığı, bu açıdan, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca AİHM kararından sonra bazı kamu görevlilerinin de daha önce başlatılmış olan soruşturma sürecine dahil edilmiş olması, yukarıda bahsedilen hatalı uygulamanın düzeltilmesi açısından gecikmiş de olsa olumlu görüldüğü" hususlarına yer verilmiştir.

B. İlgili Hukuk

64. 4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Soruşturmanın gizliliği" kenar başlıklı 157. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir."

65. 5271 sayılı Kanun'un "Müdafiin dosyayı inceleme yetkisi" kenar başlıklı 153. maddesinin 21/2/2014 tarihinde yapılan değişiklikten önceki metni şöyledir:

“(1) Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

(2) Müdafîin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir.

(3) Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adlî işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz.

(4) Müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir.

(5) Bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır.”

66. 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun’un 19. maddesi ile 5271 sayılı Kanun’un 153. maddesinde yapılan değişiklik ile anılan maddenin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır.

67. 5271 sayılı Kanun’un “Mağdur ile şikâyetçinin hakları” kenar başlıklı 234. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“1) Mağdur ile şikâyetçinin hakları şunlardır:

a) Soruşturma evresinde;

1. Delillerin toplanmasını isteme,

2. Soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme,

...

4. 153 üncü Maddeye uygun olmak koşuluyla vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini ve elkonulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceletme,

...”

68. 5271 sayılı Kanun’un “İtiraz olunabilecek kararlar” kenar başlıklı 267. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.”

69. 11/4/2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun’un 19. maddesi uyarınca 5271 sayılı Kanun’un “Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar” kenar başlıklı 172. madde-sine eklenen ve 30/4/2013 tarihinde yürürlüğe giren (3) numaralı fıkrası şöyledir:

“(3) (Ek fıkra: 11/04/2013-6459 S.K./19. md) Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılır.”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

70. Mahkemenin 17/7/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuruların 12/11/2012 tarih ve 2012/848 numaralı bireysel başvuruları incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

71. Başvurucular, birinci derece yakınları olan Hrant Dink’in öldürülmesi olayı ile ilgili olarak 2007/972 numaralı dosya üzerinden yürütülen soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılmadığını, soruşturma dosyasının kendilerine karşı gizli tutulduğunu, muhtemel şüphelilerin cezasız bırakıldığını ve gelinek noktada AİHM kararının gereklerinin yerine getirilmediğini, aynı Savcılığın 2013/93822 sayılı soruşturma dosyasında da 4483 sayılı Kanun uyarınca yapılan inceleme neticesinde kamu görevlileri hakkında soruşturma izni verilmediğini belirterek, Anayasa’nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının usul yönünden; ayrıca, soruşturmanın gizlilik kararına karşı etkili bir başvuru yolu bulunmadığından, Anayasa’nın 17. maddesi ile bağlantılı olarak 40. maddesinin de ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

72. Başvurucular ek olarak, 10/9/2012 tarihinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının Hz.2007/972 sayılı dosyasından evrak talebinde bulunduklarını, ancak gizlilik kararı nedeniyle bu taleplerinin reddedildiğini, böylece yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunma ve bilgiye ulaşarak muhakemenin gidişatına yön verme haklarının engellendiğini, soruşturma dosyasındaki tutanak ve belgelerden örnek almanın hak arama özgürlüğünün ve bu bağlamda adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu, yine aynı Savcılık tarafından 4483 sayılı Kanun uyarınca yürütülen 2013/93822 numaralı soruşturmada kamu görevlileri hakkında soruşturma izninin verilmediğini, devletin kendini koruma refleksi sonucu bunların bağımsız ve tarafsız olmayan kurullarca özel koruma yöntemlerinden faydalandırıldığını, bu nedenlerle Anayasa’nın 2., 10. ve 36. maddeleri ile bu maddelere bağlı olarak da 11. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüş ve 500.000 TL tazminat talebinde bulunmuşlardır.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Yaşam Hakkının İhlal Edildiği İddiası

73. Başvurucuların Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği iddialarına yönelik olarak Bakanlık görüşünde şikâyetlerin kabul edilebilirliği açısından değerlendirme yapılırken, soruşturma sürecinin halen devam ettiği, 30/3/2012 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca bireysel başvurunun ancak başvuru yollarının tamamının tüketilmesi sonrasında yapılabileceği, bu koşulun yerine getirilmediği hususunun dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.

74. Başvurucular, başvurunun kabul edilebilirliği hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı, soruşturmanın halen devam ettiğinin farkında olduklarını, ancak gizlilik kararı nedeniyle dosyanın içeriğine erişemediklerini, kısıtlama kararının kaldırılması taleplerinin reddedildiğini ve bu yöndeki başvuru yollarının tüketilmiş olduğunu, bu nedenle Bakanlığın başvuru yollarının tüketilmediği itirazının yerinde olmadığını ileri sürmüşlerdir.

75. Öncelikle başvurucuların başvuru ehliyetleri ve ihlal iddiasının incelenmesinde menfaatlerinin bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenlerin bireysel başvuru hakkına sahip oldukları kurala bağlanmıştır. Yaşam hakkının doğal niteliği gereği, yaşamını kaybeden kişiler açısından bu hakka yönelik bir başvuru ancak yaşanan ölüm olayı nedeniyle mağdur olan ölen kişilerin yakınları tarafından yapılabilecektir (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 41). Başvurucular, başvuru konusu olayda ölen kişinin eşi, çocukları ve kardeşi olup, olayla ilgili olarak baştan itibaren şikâyet dilekçesi vererek, soruşturma ve kovuşturma aşamalarına katılmışlardır. Bu nedenle gerçekleşen ölüm olayı ile ilgili yürütülen soruşturmanın Anayasa'nın 17. maddesindeki yaşam hakkının ihlali niteliğinde olduğunun tespitinde başvurucuların meşru menfaatleri olup, başvuru ehliyetleri açısından bir eksiklik bulunmamaktadır.

76. İkinci olarak, bir işlem ya da kararın bireysel başvuruya konu olabilmesi için bu hususta öngörülen tüm kanun yollarının tüketilmesi gerekir. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer verilen kanun yollarının tüketilmesi koşulu, bireysel başvurunun temel hak ihlallerini önlemek için son ve olağanüstü bir çare olmasının doğal sonucudur. Diğer bir ifadeyle, temel hak ihlallerini öncelikle idari makamların ve derece mahkemelerinin

gidermekle yükümlü olması, kanun yollarının tüketilmesi koşulunu zorunlu kılmaktadır (B. No: 2012/1027, § 20-21, 12/2/2013). Bir soruşturmanın etkili olup olmadığı yönünde bu koşul mutlak gerekli olmasa da, yine de yürütülen soruşturmanın makul bir süreyi aşmaması şartıyla ilgili kamu makamları tarafından nasıl sonlandırılacağına beklenmesi, bireysel başvuru ile getirilen koruma mekanizmasının ikincil niteliğine uygun olacaktır. Başvuruya konu olayla ilgili olarak gerek başvuru sahiplerinin şikâyeti gerekse resen yürütülen soruşturmalar sonucunda açılmış ve neticelenmiş olan davalar yanında, derdest olan dava ve halen yürütülen ve kesinleşmemiş soruşturmalar bulunmakta ise de, başvuru konusu olayda Devletin yaşam hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin usul boyutunun, Anayasa Mahkemesince bu aşamada incelenmesi ve bu yükümlülüklerle uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesi ikincil koruma mekanizması ile çelişmeyecektir.

77. Bir soruşturmanın açılmayacağını, soruşturmada ilerleme olmadığını, etkili bir ceza soruşturması yapılmadığını ve ileride de böyle bir soruşturmanın yürütüleceği konusunda en ufak gerçekçi bir şans olmadığını farkına vardıkları veya varmaları gerektiği andan itibaren, başvuru sahiplerinin yaptığı bireysel başvurular kabul edilebilmelidir. Yaşam hakkı ile ilgili böyle bir durumda başvuru sahipleri gerekli özeni göstermeli, inisiyatifleri ele alabilmeli ve şikâyetlerini çok uzun süre geçirmeden Anayasa Mahkemesine sunabilmelidirler. Soruşturmanın çok uzun sürmesi ve soruşturma süreci tamamlanmadan başvuru yapılması konusunda ölenin yakınlarına karşı çok katı bir tutum takınılmamalıdır. Ancak bu durumun tespiti doğal olarak her davanın şartlarına bağlı olarak değerlendirilecektir (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Varnava ve diğerleri/Türkiye* [BD], B. No: 16064/90, 18/9/2009). Buna göre, başvuru sahiplerinin Anayasa'nın 17. maddesine ilişkin şikâyetleri açısından kabul edilebilirlik değerlendirmesi yapılırken, başvuru yollarının tüketilmesi hususunda karar verebilmek için, Devletin, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yaşam hakkını korumak için "*etkili bir yargısal sistem kurma*" pozitif yükümlülüğünün çerçevesinin tespiti gerekmektedir. İç içe girmiş olması nedeniyle kabul edilebilirlik konusundaki bu değerlendirmenin esas hakkındaki inceleme ile birlikte yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

78. Dolayısıyla, başvuru sahiplerinin Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine dair iddialarının 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesi uyarınca açıkça dayanak-tan yoksun olmadığı tespit edilmiştir. Başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığından başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

79. Başvuru sahipleri ayrıca, birinci derece yakınları olan Hrant Dink'in öldürülmesi olayı ile ilgili olarak yürütülen soruşturmada gizlilik kararı alındığı-

nı, bu karara karşı etkili bir başvuru yolu bulunmadığından, Anayasa'nın 17. maddesi ile bağlantılı olarak 40. maddesinin de ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

80. Başvurucuların Anayasa'nın 40. maddesinin ihlal edildiği iddialarına yönelik olarak Bakanlık görüşünde nitelendirme konusunda değerlendirme yapılırken, somut başvuruda şikâyetlerin kaleme alınış şekli ve kapsamı dikkate alınarak, bu yöndeki şikâyetin de Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.

81. Anayasa'nın 40. maddesinin ihlal edildiği iddialarına yönelik olarak Bakanlık tarafından sunulan bir görüş bulunmasa da, başvurucular, Bakanlığın nitelendirme yönündeki görüşüne karşı olarak, diğer ihlal iddialarının yanında Anayasa'nın 40. maddesine ilişkin ihlal iddialarının da Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Başvurucular, başvurunun esası hakkındaki görüşlerinde, soruşturma dosyası üzerindeki gizlilik kararının kaldırılmasını inceleyen hâkime başvuru yolunun çelişmeli bir muhakemenin yürütülmemesi, duruşma yapılmaması, gerekçesiz karar verilmesi yönlerinden mevcut olayda Anayasa'nın 40. maddesinin gerektirdiği güvenceleri başvuruculara sağlayan etkili bir hukuk yolu olmadığını ileri sürmüşlerdir.

82. Başvurucuların, soruşturmanın etkili yürütülmediği yönündeki iddiaları açıkça dayanaktan yoksun bulunmayarak, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında incelendiğinden ayrıca bu bağlamda Anayasa'nın 40. maddesinin de ihlal edildiği iddiasının değerlendirilmesine gerek görülmemiş olup, bu yöndeki şikâyetler de Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında incelenmiştir.

b. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiği İddiası

83. Başvurucular, soruşturmanın gizliliği nedeniyle yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunma ve bilgiye ulaşarak muhakemenin gidişatına yön verme haklarının engellendiğini, soruşturma dosyasındaki tutanak ve belgelerden örnek almanın hak arama özgürlüğünün ve bu bağlamda adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu, kamu görevlileri hakkında soruşturma yapmanın izne tabi olduğunu, dolayısıyla bu kişilerin özel koruma yöntemlerinden faydalandırıldığını, bu nedenle Anayasa'nın 2. 10. ve 36. maddeleri ile bu maddelere bağlı olarak da 11. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

84. Bakanlık görüşünde başvurucuların bu iddialarına karşılık, AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin "*medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların*" ve bir "*suç isnadının*" esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğunu,

başvurucuların söz konusu ceza soruşturmasında suç isnadı altında bulunmadıklarının göz önünde bulundurulması ve bu nedenle konu bakımından yetkisizlik kararı verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

85. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Bu nedenle başvurucuların bu iddiaları Anayasa'nın 36. maddesi ile ilişkili görülerek adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir.

86. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkraları uyarınca, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden kişilere Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı tanınmıştır.

87. Anılan Anayasa ve Kanun hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra AİHS (Sözleşme) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir.

88. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

89. Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasa'da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, Sözleşme'nin "*Adil yargılanma hakkı*" kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 22-27).

90. Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin "*medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların*" ve bir "*suç isnadının*" esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Bu ifadeden, hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için, başvurunun ya medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili bir uyumsuzluğun tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç

isnadı hakkında karar verilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bahsedilen hâller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına dayanan başvurular Anayasa ve Sözleşme kapsamı dışında kalacağından, bireysel başvuruya konu olamaz.

91. AİHM içtihatlarına göre, bir ceza davasında üçüncü kişilerin suçlanması veya cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişiler, Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı dışında kalmaktadır. Bu kuralın istisnaları, ceza davasında medeni hak talebine imkân veren bir sistemin benimsenmiş veya ceza davası sonucunda verilen kararın hukuk davası açısından etkili ya da bağlayıcı olması hâlleridir (bkz. *Perez/Fransa*, B. No: 47287/99, 12/2/2004, § 70).

92. 5271 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile ceza muhakemesinde şahsi hak iddiasında bulunma imkânı ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla başvuru-cların ceza muhakemesi sürecinde medeni haklarını ileri sürme imkânı bulunmamaktadır.

93. Başvurucular, suç işlediğini düşündükleri kişiler hakkında soruşturma açılmasını sağlamak amacıyla suç duyurusunda bulunmuş olup, talepleri, yürütülen ceza soruşturması işlemleri ile ilgili tüm bilgi ve belgelere ulaşamamaları ve buna karşı etkili bir başvuru yolu bulunmadığından, hak arama özgürlüklerinin ve bu bağlamda adil yargılanma haklarının ihlal edildiği ile sınırlıdır.

94. Bu nedenle, başvuru-cların Anayasa'nın 36. maddesine dayanan ihlal iddialarının konusu, Anayasa'da güvence altına alınmış ve Sözleşme kapsamında olan temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı dışında kaldığından, başvurunun bu kısmının "*konu bakımından yetkisizlik*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlığın Görüşü

95. Başvurucular, birinci derece yakınlarının öldürülmesi olayı ile ilgili olarak yürütülen soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılmadığını, soruşturma dosyasının kendilerine karşı gizli tutulduğunu, gizlilik kararına karşı etkili bir başvuru yolu bulunmadığını, 4483 sayılı Kanun uyarınca yapılan incelemeler sonucunda muhtemel şüphelilerin cezasız bırakıldığını ve gelişen noktada AİHM kararının gereklerinin yerine getirilmediğini belirterek, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının usul yönünden ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

96. Bakanlık görüşünde, Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği yönün-

deki şikâyetler değerlendirilirken, başvuru yapanların yaptığı başvuru üzerine AİHM tarafından 14/9/2010 tarihinde, Hrant Dink cinayeti hakkında yaşam hakkının esastan ihlalinin yanı sıra usulden de ihlal edildiğine karar verildiği, soruşturmanın etkililiği bakımından AİHM kararından (bkz. *Dink/Türkiye*, B. No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14/9/2010) sonra yargılama süreçlerinde yeni gelişmelerin kaydedildiği belirtilmiştir.

97. Bakanlık görüşünde ayrıca, AİHM'in yaşam hakkı konusunda benimseydiği ilkelere değinilmiş, AİHM içtihatları bağlamında, soruşturmanın, kamunun denetimine ve mağdurun yakınlarına, meşru çıkarlarının korunması için gerekli olduğu ölçüde açık (ulaşılabilir) olması gerektiği, bununla birlikte, polis tutanaklarının ve soruşturma belgelerinin açıklanması ya da yayınlanması, özel kişilere ya da diğer soruşturmalara zarar verebilecek bazı hassas (önemli) sorunlara neden olabileceğinden, açıklık şartının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 2. maddesinin her durumda söz konusu olan kesin (otomatik) bir gerekliliği olarak görülemeyeceği, dolayısıyla, soruşturmanın kamuya veya mağdurun yakınlarına açıklığı şartının, usulün diğer uygun aşamalarında karşılanabileceği, hatta bazı durumlarda, soruşturmanın gizli yapılmasına rağmen, elde edilen sonucun kamuya açıklanmasının yeterli olabileceği, Sözleşme'nin 2. maddesinin, soruşturma makamlarına, soruşturma sırasında ölenin yakınlarının bazı soruşturma tedbirlerinin alınması için yaptıkları her talebi karşılamaları şeklinde bir yükümlülük yüklediği ifade edilmiştir.

98. Bakanlık görüşünde son olarak, yürürlükteki mevzuat hükümlerinin AİHM kriterleri ile büyük oranda uyumlu olduğu belirtilerek, yaşam hakkının usuli bakımdan ihlal edildiği yönündeki şikâyetlerin değerlendirilmesi konusunda takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğu vurgulanmıştır.

99. Başvurucular, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı, soruşturma dosyasının kısıtlılık kararı nedeniyle erişimlerine kapalı olduğunu, bu nedenle soruşturmaya dâhil edildiklerinin söylenemeyeceğini, tüm belgelere erişimlerinin gerekçesiz ve keyfi olarak mutlak bir biçimde yasaklanması, soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılmaması, soruşturmanın kendilerine ve kamuoyuna açıklanmamasının etkili soruşturma yükümlülüğünü ihlal ettiğini belirtmişlerdir.

b. Genel İlkeler

100. Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

101. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardandır. Anayasa Mahkemesince belirtildiği gibi yaşam ve vücut bütünlüğü üzerindeki temel hak, devletlere pozitif ve negatif sorumluluk yüklemektedir (AYM, E.2007/78, K.2010/120, K.T. 30/12/2010).

102. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında, devletin, negatif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunun yanı sıra devlet, pozitif bir yükümlülük olarak, yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü altındadır (AYM, E.1999/68, K.1999/1, K.T. 6/1/1999). Devlet, bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten korumakla yükümlüdür (AYM, E.2005/151, K.2008/37, K.T. 3/1/2008; E.2010/58, K.2011/8, K.T. 6/1/2011).

103. Devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında can kaybının gerçekleştiği durumlarda Anayasa'nın 17. maddesi, Devlete, elindeki tüm imkânları kullanarak, yaşam hakkını korumak için oluşturulan yasal ve idari çerçevenin gereği gibi uygulanmasını ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal tedbirleri alma görevi yüklemektedir. Bu yükümlülük, kamusal olsun veya olmasın, yaşam hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyet bakımından geçerlidir.

104. Ancak, özellikle insan davranışının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek yapılacak işlemin veya yürütülecek faaliyetin tercihi göz önüne alınarak; pozitif yükümlülük, yetkililer üzerine aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmamalıdır. Pozitif yükümlülüğün ortaya çıkması için yetkililerce, belirli bir kişinin hayatına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin bulunduğu bilmesi ya da bilinmesi gerektiği durumların varlığı kabul edildikten sonra, böyle bir durum dâhilinde, makul ölçüler çerçevesinde ve kendilerine verilen yükümlülükler kapsamında, bu tehlikenin gerçekleşmesini önleyebilecek şekilde hiç önlem almadıkları ya da gerektiği gibi almadıklarının tespiti gerekmektedir (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Keenan/Birleşik Krallık*, 27229/95, 3/4/2001, §§ 89-92; *A. ve Diğerleri/Türkiye*, 27/7/2004, 30015/96, § 44-45; *İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu/Türkiye*, 19986/06, 10/4/2012, § 28).

105. Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi, meydana gelen ölüm olaylarında Devlet görevlilerinin ya da kurumlarının bu konuda muhakeme hatasını veya dikkatsizliği aşan bir ihmali olduğu, yani olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine veri-

len yetkileri göz ardı ederek tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda, bireyler kendi inisiyatifleriyle ne gibi hukuk yollarına başvurmuş olursa olsun, insanların hayatının tehlikeye girmesine neden olan kişiler aleyhine hiçbir suçlamada bulunulmaması ya da bu kişilerin yargılanmaması 17. maddenin ihlaline neden olabilir (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 60).

106. Buna göre, üçüncü kişilerin eylemleri sonucunda ortaya çıkan öldürme olaylarına yönelik devletin kapsamlı ve etkin bir cezai soruşturma yürütmesi yükümlülüğü bulunmaktadır. Önleyici tedbirlerin alınmaması sonucu meydana gelen can kayıplarından Devletin sorumluluğunu gerektiren durumlarda, Anayasa'nın 17. maddesi gereğince oluşturulması gereken *"etkili bir yargısal sistem"*in kapsamında, etkililiğe dair belirlenmiş asgari standartları karşılayan ve soruşturmanın bulguları çerçevesinde adli cezaların uygulanmasını sağlayan bağımsız ve tarafsız bir resmi soruşturma usulünün bulunması gerekir. Bu gibi davalarda, yetkili makamlar büyük bir gayretle ve ivedilikle çalışmalı ve ilk olarak olayın meydana geliş koşulları ile denetim sisteminin işleyişindeki aksaklıkları ele almalı, ikinci olarak da söz konusu olaylar zincirinde herhangi bir şekilde rol oynayan Devlet görevlileri ya da makamlarını tespit etmek için resen soruşturma açmalıdır (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 62; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Budayeva ve diğerleri/Rusya*, 15339/02, 20/3/2008, § 142).

107. Dolayısıyla devletin yaşam hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin bir de usuli yönü bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmi bir soruşturma yürütmek durumundadır. Bu tarz bir soruşturmanın temel amacı, yaşam hakkını koruyan hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda, bunların sorumlulukları altında meydana gelen ölümler için hesap vermelerini sağlamaktır (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Anguelova/Bulgaristan*, B. No: 38361/97, § 137; *Jasinskis/Letonya*, 21.12.2010, B. No: 45744/08, § 72).

108. Usul yükümlülüğünün bir olayda gerektirdiği soruşturma türünün, yaşam hakkının esasına ilişkin yükümlülüklerin cezai bir yaptırım gerektirip gerektirmediğine bağlı olarak tespiti gerekmektedir. Kasten ya da saldırı veya kötü muameleler sonucu meydana gelen ölüm olaylarına ilişkin davalarda Anayasa'nın 17. maddesi gereğince devletin, ölümcül saldırı durumunda sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verebilecek nitelikte cezai soruşturmalar yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu tür

olaylarda, yürütülen idari ve hukuki soruşturmalar ve davalar sonucunda sadece tazminat ödenmesi, yaşam hakkı ihlalini gidermek ve mağdur sıfatını ortadan kaldırmak için yeterli değildir (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 55).

109. Yürütülen ceza soruşturmalarının amacı, yaşam hakkını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların ölüm olayına ilişkin hesap vermelerini sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü değil, uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Diğer taraftan, burada yer verilen değerlendirmeler hiçbir şekilde Anayasa'nın 17. maddesinin, başvurularda üçüncü tarafları adli bir suç nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkı (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Perez/Fransa*, 47287/99, 22/7/2008, § 70) ya da tüm yargılamaları mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma ödevi (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Tanlı/Türkiye*, 26129/95, § 111) yüklediği anlamına gelmemektedir (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 56).

110. Yürütülecek ceza soruşturmaları, sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verecek şekilde etkili ve yeterli olmalıdır. Soruşturmanın etkili ve yeterli olduğundan söz edebilmek için soruşturma makamlarının resen harekete geçerek ölümü aydınlayabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delilleri toplamaları gerekir. Soruşturmada ölüm olayının nedenini ve/veya sorumlu kişilerin ortaya çıkarılması imkânını zayıflatan eksiklikler, etkili soruşturma yürütme kuralıyla çelişme riski taşır (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, 24746/94, 4/5/2001, § 109; *Dink/Türkiye*, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14/9/2010, § 78).

111. Yürütülecek ceza soruşturmalarının etkililiğini sağlayan hususlardan biri de teoride olduğu gibi pratikte de hesap verilebilirliği sağlamak için soruşturmanın veya sonuçlarının kamu denetimine açık olmasıdır. Buna ilaveten her olayda, ölen kişinin yakınlarının meşru menfaatlerini korumak için bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılmaları sağlanmalıdır (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, 24746/94, 4/5/2001, § 109).

c. Bu İlkelerin Mevcut Başvuruya Uygulanması

112. Başvuru konusu olayda, başvuru sahiplerinin yakını 19/1/2007 tarihinde üçüncü kişi/kişilerin eylemine bağlı olarak uğradığı silahlı saldırı sonucu hayatını kaybetmiştir. Anılan olay açısından, devletin sahip olduğu yükümlülükler arasında yer alan yaşam hakkını koruma yükümlülüğü için yasal ve idari çerçevenin oluşturulması ve bu çerçevenin gereği gibi uygulanması sorumluluğunun (bulunup bulunmadığının) ortaya konulması gerekmektedir.

113. Devletin bu noktada bir yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi için kamu

yetkililerince, belirli bir kişinin hayatının gerçek ve yakın tehlike içinde olduğunun bilinmesi ya da bilinmesi gerektiği durumların varlığı kabul edildikten sonra, böyle bir durum dâhilinde, makul ölçüler çerçevesinde ve sahip oldukları yetkiler kapsamında bu tehlikenin gerçekleşmesini önleyebilecek şekilde kamu makamlarının önlem almakta başarısız oldukları tespit edilmelidir (§ 104).

114. Ancak AİHM, aynı olayla ilgili olarak açılmış olan *Dink/Türkiye* davasında yaptığı incelemede, Hrant Dink'in yaşamı üzerinde açık ve yakın bir tehlikenin mevcudiyeti konusunda güvenlik güçlerinin, ilgiliye karşı olası bir saldırının yüksek olduğunu bildikleri ya da bilebilecek durumda oldukları, fakat öngörülen tehlikenin vücuda gelmesini engellemek için başvurulması gereken önlemleri almadıkları sonucuna vararak, maddi yönden Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiş ve ihlal nedeni oluşturan diğer bir kısım hususları da dikkate alarak somut olayın koşullarında başvurulmuş Rahil Dink, Delal Dink, Arat Dink ve Sera Dink'e birlikte 100.000, başvuru Hasrof Dink'e 5000 Avro ödenmesini uygun bulmuştur (bkz. *Dink/Türkiye*, B. No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14/9/2010, § 66-75). Dolayısıyla, kamu makamlarının önlem almadaki başarısızlığı nedeniyle cinayetin işlenmesi sonucu gerçekleşen hak ihlali ile ilgili olarak, başvuru Hrant Dink'in mağduriyeti ortadan kalkmıştır. Buna göre başvuru Hrant Dink'in mağdur sıfatı sona erdiğinden aynı ihlal nedeninin ikinci bir kez Anayasa Mahkemesince incelenmesinde hukuki yarar bulunmamaktadır.

115. Diğer taraftan AİHM aynı kararında Hrant Dink'in ölümünde ihmali olabilecek kamu görevlilerinin tespitine yönelik etkili bir soruşturma yürütülmediği gerekçesiyle yaşam hakkının usuli boyutunun da ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararın gereğini yerine getirmek Sözleşmeye göre Devletin ödevidir. AİHS'nin "*kararların bağlayıcılığı ve infazı*" başlıklı 46. maddesi uyarınca, taraf devletlerin AİHM'in kesinleşmiş kararlarına uyma yükümlülüğü bulunduğu, Mahkemenin kesinleşen kararlarının, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderildiği, Bakanlar Komitesi'nin, bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın, taraf olduğu bir davada verilen kesin karara uygun davranmayı reddettiği görüşünde olması halinde, ilgili Taraf'a ihtar da bulunduktan sonra, bu Devlet'in aynı maddenin 1. fıkrasında öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmediği meselesini Mahkemeye intikal ettirme yetkisine sahip olduğu ve Mahkemenin, 1. fıkranın ihlal edildiğini tespit etmesi durumunda, alınacak önlemleri değerlendirmesi için davayı Bakanlar Komitesi'ne gönderebileceği dikkate alındığında, Hrant Dink ile ilgili verilmiş olan karara uygun davranılıp davranılmadığının Bakanlar Komitesi'nce denetlenmesi gerektiği açıktır.

116. Somut olayda yaşam hakkının usuli boyutuna ilişkin AİHM tarafından verilmiş bir ihlal kararı olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesinin aynı konuda yeni bir inceleme yapabilmesi için başvuru sahiplerinin mağduriyetinin AİHM kararıyla giderilmemiş olması gerekir. Anılan başvuruda Hrant Dink cinayetine ilişkin soruşturma dosyasının baştan itibaren açık olup, sorumluların tespitine yönelik incelemenin devam ettiği görülmektedir. Bu durumda AİHM'in ihlal kararı ile başvuru sahiplerinin mağdur sıfatının sona erdiği söylene-
mez. Anayasa Mahkemesinin özellikle AİHM'in kararı üzerine Cumhuriyet Savcılığınca, Hrant Dink'in yaşamını korumada ihmalleri görülen veya cina-
yetin işlenmesi organizasyonunda yer alan kamu görevlilerini belirleme ve
bu eylemleri yaptırım altına alma amacıyla etkili bir soruşturma yürütülüp
yürütülmediğini incelemesi gerekir.

117. Başvuru sahipleri, olayla ilgili olarak yürütülen soruşturmanın makul bir
özen ve hızla yapılmadığını, muhtemel şüphelilerin cezasız bırakıldığını ve
AİHM kararının gereklerinin yerine getirilmediğini ileri sürmüşlerdir (§ 95).
Bakanlığın görüş yazısında ise konu ile ilgili olarak, başvuru sahiplerinin yaptığı
başvuru üzerine AİHM tarafından 14/9/2010 tarihinde, Hrant Dink cinayeti
hakkında yaşam hakkının esastan ihlalinin yanı sıra usulden de ihlal edildi-
ğine karar verildiği, soruşturmanın etkililiği bakımından AİHM kararından
sonra yargılama süreçlerinde yeni gelişmelerin kaydedildiği ifade edilmiştir
(§ 96).

118. AİHM kararlarında da ifade edildiği gibi bir soruşturmanın etkilili-
ğinden söz edebilmek için, soruşturmayı yapmakla görevli kişilerin olaylara
karışmış olabilecek kişilerden bağımsız olmaları zorunludur. Bağımsızlık sa-
dece hiyerarşik veya kurumsal değil, aynı zamanda pratik olarak bağımsızlığı
da gerektirir (bkz. *Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, B. No: 24746/94, 4/5/2001, § 120;
Kelly ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 30054/96, 4/5/2001, § 114). Soruşturma,
sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek nite-
likte olmalıdır (bkz. *Paul ve Audrey Edwards/Birleşik Krallık*, B. No: 46477/99,
14/3/2002, § 71). Sözleşme'nin 2. maddesi anlamındaki etkili bir soruşturma
için, soruşturmanın makul bir özen ve hızla yürütülmesi gerekir (bkz. *Rantsev/
Kıbrıs ve Rusya*, B. No. 25965/04, 7/1/2010, § 233; *Çakıcı/Türkiye* [BD], B. No:
23657/94, 8/7/1999, § 80, 87, 106; yukarıda geçen *Kelly ve diğerleri*, § 97). Bütün
bu süreçte, mağdurların yakınları, meşru menfaatlerinin korunmasının gerek-
tirdiği ölçüde yer almalıdırlar (bkz. *Güleç/Türkiye*, B. No: 21593/93, 27/7/1998,
§ 82; yukarıda geçen *Kelly ve diğerleri*, § 98).

119. Somut olay ile ilgili soruşturmanın kamu görevlileri yönünden iki
farklı usul izlenerek yürütüldüğü görülmektedir. Birincisinde, olaya karış-
mış olduğu iddia edilen kişilerden bağımsız olarak genel ilkeler çerçevesin-

de İstanbul Özel Yetkili Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Hz.2007/972 sayılı dosya üzerinden yürütülen bir soruşturma söz konusu iken, ikincisinde ise Trabzon ve İstanbul Cumhuriyet Başsavcılıklarınca 4483 sayılı Kanun'un öngörmüş olduğu usul kapsamında değişik soruşturma numaraları üzerinde yürütülen ve bir kısım Trabzon Jandarma görevlileri ile ilgili somut adli işlemler dışında, olayla ilgileri tespit edilen diğer kamu görevlileri yönünden kovuşturma ya da işlem yapılmasına yer olmadığı kararları ile sonuçlanan bir soruşturma söz konusudur.

120. Buna göre Hrant Dink ile ilgili AİHM kararında da (bkz. *Dink/Türkiye*, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14/9/2010, § 82) vurgulandığı üzere, cinayetin ardından İstanbul Cumhuriyet Savcılığınca, maktulün yaşamının korunması yükümlülüğünün yerine getirilmesinde ihmali bulunan memurların kimliğinin de belirtilerek, İstanbul ve Trabzon'daki soruşturma birimlerine iletilmesine rağmen, cinayetin gerçekleştiği tarihten bireysel başvurunun inceleme tarihine kadar halen olayla ilgili ihmalleri olduğu ileri sürülen kamu görevlilerinin (§ 39) bağımsız adli birimlerce soruşturulmamış ve olaydaki rollerinin belirlenmemiş olması soruşturmanın etkililiğini zayıflatmıştır. Özellikle Hrant Dink'in öldürülmesi sürecinde sorumluluğu olduğu iddia edilen kamu görevlileri ile ilgili soruşturmaların sistemik ve uygulamadan kaynaklanan bazı sorunlar nedeniyle istenilen seviyede tarafsız, etkin, düzenli ve hızlı sürdürüldüğünü söylemek mümkün değildir.

121. Hrant Dink'in öldürülmesi sürecinde, kamu görevlilerinin cinayetten önce veya sonra ortaya çıkan görevi kötüye kullanma ve ihmal gibi görülen bazı fiillerinin soruşturulmasının 4483 sayılı Kanun kapsamında yapıldığı, dolayısıyla cinayetin işlenmesinde ihmalleri olduğu ileri sürülen güvenlik personeli hakkındaki soruşturmaların yapılmasının bu görevlilerin amiri olan Vali tarafından sağlandığı, inceleme sonucunda Valinin soruşturma izni vermediği, bu karara karşı yapılan itirazın Bölge İdare Mahkemesince reddedildiği dikkate alındığında, bu durumun kamu görevlilerinin sorumluluğunu tespiti yönelik olarak etkili soruşturmayı, özellikle de bu kişilere atfedilebilecek fiillerin ana suç kapsamındaki soruşturma ve yargılama aşamalarında belirginleşmesini engellediği görülmüştür. Yetkili makamların maddi gerçeğe ulaşmaya yönelik etkili soruşturma ve kovuşturma yapmaları beklenir. Bu konuda gerekli özenin gösterilmediği durumlarda ise, 4483 sayılı Kanun'un öngördüğü soruşturma usulünün yaşam hakkının korunması bakımından kamu görevlilerinin muhtemel sorumluluklarını ortaya çıkaracak etkili soruşturmanın yapılmamasına neden olduğu söylenebilir.

122. Diğer taraftan Devlet Denetleme Kurulu Raporunda da belirtildiği gibi, Hrant Dink'in öldürülmesi ile ilgili olarak kamu görevlileri hakkında

yapılan idari inceleme ve soruşturmalarda 4483 sayılı Kanun'un ortaya çıkardığı uygulama hatalarından birisi de “*yöntem yanlışlığı*” olup, kamu görevlilerinin silsile halinde birbirini takip eden ihmallerinin 4483 sayılı Kanun çerçevesinde bir bütün halinde incelenmeyerek, gerek yetki gerekse suçun işlendiği mahal itibariyle farklı birimlerce ayrı ayrı soruşturma ve incelemeler yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu yöntemin; olayların bir bütün olarak ele alınıp değerlendirilememesine, tüm iddiaların bir arada sorgulanamamasına, kamu görevlilerinin süreç içerisindeki fiillerinin ciddiyetinin kavranamamasına, ana fiil ile illiyet bağının bulunup bulunmadığının tartışılmamasına ve böylece bütünüyle idari inceleme ve soruşturmalardan sonuç alınamamasına neden olduğu saptanmıştır (§ 63).

123. Somut olayda Devlet Denetleme Kurulu Raporunda işaret edilen ve AİHM'in de ihlal nedeni olarak saptadığı hususlarda etkili bir soruşturmanın yapılmadığı görülmektedir. Dolayısıyla ihlale dayalı mağduriyetin de giderilmediği anlaşılmaktadır. Zira olaylar silsilesinde sorumluluğu olduğu iddia edilen kamu görevlilerinin etkili bir yargısal sistem kapsamında sorumluluklarının belirlenmesi ve gerekiyorsa cezalandırılmalarına ilişkin devletin pozitif ödevinin yerine getirilmesinde AİHM değerlendirmelerinin gereği gibi dikkate alınmadığı, sistem sorunları ve yöntem yanlışlıklarının giderilmesi çabalarının gerekli özen, ivedilik ve sorumluluk içinde yürütülmediği, buna ilişkin belirtilerin de tatmin edici olmaktan uzak olduğu saptanmıştır. Ayrıca soruşturma sürecinde ilgili kamu görevlilerinin ifadelerine bile başvurulmadan verilmiş olan takipsizlik kararlarının başlı başına ihlal nedeni olması karşısında, soruşturmanın takibi için geçen süreyi makul kabul etmeye yarayacak kabul edilebilir, şeffaf bilgilere ve bulgulara ulaşamadığı da dikkate alındığında, soruşturmanın, devletin pozitif yükümlülüğüne uygun olarak etkili bir şekilde yürütüldüğü söylenemez.

124. Buna göre gerek kamu görevlilerinin yargılanmasına ilişkin mevzuatın uygulanmasında gerekli özenin gösterilmemesi ve kamu görevlilerinin soruşturulması hususunda izlenen yöntemlerdeki hatalar gerekse de adli birimlerin yeterince hızlı ve özenli davranmamaları sebepleri ile; olay kapsamında ihmalleri olduğu ileri sürülerek kimlikleri tespit edilen İstanbul ve Trabzon'daki kamu görevlilerinin cinayetin üzerinden uzunca bir süre geçmiş olmasına rağmen halen ifadelerinin bağımsız adli birimlerce alınamadığı, olaydaki rollerinin saptanamadığı, öldürülenin yakınlarının ancak kendi çabalarıyla soruşturma sürecinden haberdar olabildikleri ya da katılabildikleri, soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılamadığı anlaşılmış olduğundan, hakkın özüne zarar verecek şekilde yürütülen bu soruşturmanın bir bütün olarak etkisiz olduğunun kabul edilmesi gerekir.

125. Soruşturmanın etkili olmadığı saptandığından, başvuruçuların, soruşturma evresinde kısıtlılık kararı verilerek dosyanın kendilerine karşı gizli tutulmasının ve buna karşı etkili bir başvuru yolu bulunmamasının hak ihlali oluşturduğu yönündeki şikâyetlerinin ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

126. Açıklanan nedenlerle, Hrant Dink cinayetinde sorumlulukları ve ihmalleri olduğu iddia edilen Trabzon jandarma ve emniyet personeli ile İstanbul emniyet görevlileri ve mülki amirleri hakkında özellikle AİHM kararı üzerine yeniden açılan soruşturmanın bir bütün olarak etkili olmadığına ve Anayasa'nın 17. maddesinin öngördüğü Devletin pozitif yükümlülüğünün bir sonucu olan usul yükümlülüğün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

V. 6216 SAYILI KANUN'UN 50. MADDESİNİN UYGULANMASI

127. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvuruçunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuruçucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

128. Başvuruda, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının usul boyutuyla ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Başvuruçular uğradıkları maddi ve manevi zararlarının karşılanmasını talep etmişlerdir.

129. Başvuruçuların aynı iddialar kapsamında yaptıkları başvurular sonucunda AİHM'in 14/9/2010 tarihli kararı ile 105.000 Avro (§ 36); İstanbul 10. İdare Mahkemesinin 27/10/2010 tarihli kararı ile de 100.000 TL tazminat ödenmesine (§ 52) karar verildiği tespit edildiğinden, bu konuda ayrıca bir tazminat ödenmesine gerek görülmemiştir.

130. Başvuruçular tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 386,20 TL başvuru ve vekâlet harcı ile 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.886,20 TL yargılama giderinin başvuruçulara ödenmesine karar verilmiştir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun,

1. Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiği şeklindeki iddiaları içeren bölümünün “*konu bakımından yetkisizlik*” nedeniyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,**

2. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının usul yönünden ihlal edildiği şeklindeki şikâyetlerini içeren kısmının **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

B. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının Devletin usul yükümlülüğü yönünden **İHLAL EDİLDİĞİNE,**

C. Başvurucuların tazminata ilişkin taleplerinin **REDDİNE,**

D. Başvurucular tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 386,20 TL başvuru ve vekâlet harcı ile 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.886,20 TL yargılama giderinin **BAŞVURUCULARA ÖDENMESİNE,**

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuru Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

F. Kararın bir örneğinin, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca İstanbul ve Trabzon Cumhuriyet Başsavcılıklarına; bir örneğinin de aynı maddenin (3) numaralı fıkrası uyarınca, başvuru Adalet Bakanlığına gönderilmesine,

17/7/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Serruh KALELİ

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Zühtü ARSLAN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/6585

Karar Tarihi: 18/9/2014

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Alparslan ALTAN
Üyeler	: Recep KÖMÜRCÜ Engin YILDIRIM Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL
Raportör	: Elif KARAKAŞ
Başvurucular	: 1- Salih ÜLGEN 2- Mehmet Nuri ÜLGEN 3- Fatma ÜLGEN
Vekili	: Av. Murat Rohat ÖZBAY

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucular, birinci başvuru Salih Ülgen'in 27/6/2006 tarihinde hayvan otlatıldığı bölgede mayın patlaması sonucu yaralandığını ve söz konusu olay nedeniyle uğradıkları maddi ve manevi zararların tazmini istemiyle açtıkları davanın reddedildiğini ve makul sürede sonuçlandırılmadığını belirterek Anayasa'nın 17., 36. ve 40. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve ihlallerin tespitiyle uğradıkları maddi ve manevi zararın tazminine karar verilmesini talep etmişlerdir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 19/8/2013 tarihinde İstanbul 13. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca, kabul edilebilirlik incelemesi Bölüm tarafından yapılmak üzere, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. İkinci Bölümün 4/12/2013 tarihli ara kararı gereğince başvurunun, kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığının 4/2/2014 tarih ve 14755 sayılı görüş yazısı 26/2/2014 tarihinde başvuru vekiline tebliğ edilmiş olup, başvuru tarafından Adalet Bakanlığı görüşüne karşı beyanda bulunulmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru dilekçesinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

7. Ağrı ili, Doğubayazıt ilçesi Türkiye-İran sınırında bulunan Ziyaret Piyade Hudut Takım Komutanlığına 300 metre mesafedeki sınır güvenliğini temin amacıyla oluşturulan mayınlı bölge yakınında 27/6/2006 tarihinde onbir ve oniki yaşlarında olan iki arkadaşıyla birlikte hayvan otlatan onüç yaşındaki birinci başvuru Salih Ülgen, koyun sürüsünün mayın levhası bulunan tel örgünün yukarisından aşağıya doğru inmesi üzerine arkadaşlarıyla birlikte koyunların peşinden giderek mayınlı bölgeye girmiştir.

8. Mayınlı arazide buldukları mayının patlaması sonucu üç kişi de yaralanmış, birinci başvuru Salih Ülgen'in sağ kolunun dirsek kısmının alt tarafı kopmuş ve vücudunun çeşitli yerlerinde de yaralanma meydana gelmiştir.

9. Söz konusu olay nedeniyle uğramış oldukları maddi ve manevi zararlarının tazmini istemiyle Salih Ülgen'e velayeten ve kendi adlarına asaleten diğer başvuru Fatma Ülgen ve Mehmet Ülgen tarafından birinci başvuru için işgücü kaybı nedeniyle 100.000,00 TL, protez kol bedeli olarak 420.000,00 TL maddi ve 50.000,00 TL manevi tazminatın; ikinci ve üçüncü başvuru için de ayrı ayrı 10.000,00 TL manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesi istemiyle Milli Savunma Bakanlığı aleyhine dava açılmıştır.

10. Erzurum 2. İdare Mahkemesinin 23/5/2008 tarih ve E.2007/167, K.2008/574 sayılı kararıyla dava reddedilmiştir. Kararın gerekçe kısmı şöyledir:

“Olayın meydana geldiği yerde Türk-İran hudut hattında Ziyaret Hudut Takım Karakolunun korunması amacıyla mayın döşendiği ve alanın mayınlı saha olduğu, olay yeri çevresinin tel örgü ile çevrili ve üzerinde mayın yazılı levhaların bulunduğu, 28/6/2006 günü olay yeri keşif tutanağında mayınlı saha içerisinde koyun sürülerinin mevcut olduğu, bu sürülerin yaralanan çocuklar tarafından getirildiği, olayın tanığı olan Ziyaret Hudut Takım Karakolunda Piyade Onbaşı olan kişinin alınan ifadesinde olay günü karakolda nöbetçi olduğu, koyun sürüsünün mayın levhası bulunan tel örgünün yukarisından aşağı inerken peşinden gelen üç çocuğu dört kez düdük çalarak mayınlı bölgeye girmemeleri konusunda uyardığı, ancak çocukların uyarıyı dikkate almadan mayınlı bölgeye girdikleri, sonra da çocukları düdükle ikaz ettiği, mayınlı bölgeden çıkmamaları üzerine durumu karakol komutanlığına bildirdiği, çocukların ellerinde bir şeyle oynarken patlamanın olduğunu

beyan ettiği anlaşılmıştır. Bu itibarla, çocukların görevlinin ikazına uymadıkları ve davacı vekilinin de kabulü ile askeri yasak bölgeye girerek mayınlı saha içerisinde bulunan mayınla oyun oynadıklarının sabit olduğu, Doğubayazıt Cumhuriyet Başsavcılığının 6/11/2006 gün ve 2006/799 sayılı kararında, alınan ekspertiz raporunda davacılara ait çakı bıçağı üzerinde TNT ihtiva eden patlayıcı madde artığının bulunduğu tespit edildiği ve bu yerde benzer olayların daha önce de yaşandığı anlaşıldığından, bu bölgenin mayınlı saha olduğunun ailelerce bilinmemesinin söz konusu olmadığı ve olayın davacıların kendi kusurundan kaynaklandığı sonucuna varılmış olup, olayda idareye atfedilecek herhangi bir kusur veya olayın gelişimi de dikkate alındığında sosyal risk ilkesine göre idarece tazmini gereken bir zarar bulunmamaktadır.

Bu itibarla, söz konusu zararın meydana gelmesinde mayınlı saha olduğu bilinen ve etrafında uyarı levhaları ve tel örgüler bulunan alana girerek çakıyla mayını kurcalayan davacıların çocuğu ile bakım ve gözetim görevini gereği gibi yerine getirmeyen anne ve babanın tam kusurlu olduğu anlaşılmış olup, zarardan davalı idareyi sorumlu tutmak ve tazminata mahkûm etmek hukuka uygun olmayacağından tazminat talebini reddi gerektiği sonucuna varılmıştır."

11. Başvurucular tarafından temyiz edilen karar, Danıştay 10. Dairesinin 8/5/2013 tarih ve E.2009/4372, K.2013/4251 sayılı kararıyla onanmıştır. Başvurucular tarafından karar düzeltme kanun yoluna gidilmemiştir.

12. Karar, başvurucular vekiline 25/7/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

13. Bakanlık, 4/2/2013 tarihli görüşünde (§5) başvuru konusu olaya ilişkin ilave olarak aşağıdaki bilgilere yer vermiştir:

Ceza Soruşturması Süreci

14. Başvuruya konu mayın patlaması üzerine Doğubayazıt Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 1. Mekanize Tugay Komutanlığı görevlileri hakkında yürütülen soruşturma kapsamında olayla ilgili bilgi ve görgüsü olan tüm tanıklar dinlenmiş, olay yerinde uzman ekiplerce gerekli inceleme gerçekleştirilmiş, olay yerinin fotoğrafları çekilmiştir. Olay yerinin tel örgü ile çevrili olduğu ve bölgenin mayın sahası olduğunu gösterir levhaların tel örgü üzerinde asılı olduğu tespit edilmiştir.

15. Olayın meydana geldiği bölgenin 2. derece kara askeri yasak bölge ve aynı zamanda Ziyaret Hudut Takım Karakolu askeri güvenlik bölgesi içinde kaldığı ve olay yerinde bulunan mayın parçalarının yanı sıra mağdurlara ait çakı bıçağı üzerinde yapılan kriminal inceleme neticesinde söz konusu bıçak üzerinde TNT ihtiva eden patlayıcı madde artığı bulunduğu belirlenmiştir.

16. Soruşturma kapsamında elde edilen tüm delilleri değerlendiren Doğ-

beyazıt Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, olayın, mağdurların mayınlı yasak bölgeye girerek burada buldukları mayınlarla oynarken (açmaya çalışırken) meydana geldiğine kanaat getirilerek 6/11/2006 tarih ve 2006/799 karar sayılı kararıyla kovuşturmaya yer olmadığına hükmedilmiştir.

17. Anılan karara ilişkin olarak başvuruolar tarafından yapılan itiraz ise İğdır Ağır Ceza Mahkemesinin 20/12/2006 tarih ve 2006/273 sayılı kararı ile reddedilmiştir.

B. İlgili Hukuk

18. Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrası şöyledir:

“İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”

19. 6/1/1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun “Kapsam ve nitelik” kenar başlıklı 1. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır.”

20. 2577 sayılı Kanun'un “Dilekçeler üzerine ilk inceleme” kenar başlıklı 14. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkraları şöyledir:

“(3) Dilekçeler, Danıştayda daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından:

- a) Görev ve yetki,*
- b) İdari merci tecavüzü,*
- c) Ehliyet,*
- d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı,*
- e) Süre aşımı,*
- f) Husumet,*
- g) 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları,*

Yönlerinden sırasıyla incelenir.

(4) Dilekçeler bu yönlerden kanuna aykırı görülürse durum; görevli daire veya mahkemeye bir rapor ile bildirilir. Tek hakimle çözümlenecek dava dilekçeleri için rapor düzenlenmez ve 15 inci madde hükümleri ilgili hakim tarafından uygulanır. 3 üncü fıkraya göre yapılacak inceleme ve bu fıkra ile 5 inci fıkraya göre yapılacak işlemler dilekçenin alındığı tarihten itibaren en geç onbeş gün içinde sonuçlandırılır.”

21. 2577 sayılı Kanun'un "Dosyaların incelenmesi" kenar başlıklı 20. maddesinin (1) ve (5) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir."

"(5) Danıştay, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde dosyalar, bu Kanun ve diğer kanunlarda belirtilen öncelik veya ivedilik durumları ile Danıştay için Başkanlar Kurulunca; diğer mahkemeler için Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca konu itibarıyla tespit edilip Resmi Gazete'de ilan edilecek öncelikli işler gözönünde bulundurulmak suretiyle geliş tarihlerine göre incelenir ve tekemmül ettikleri sıra dahilinde bir karara bağlanır. Bunların dışında kalan dosyalar ise tekemmül ettikleri sıraya göre ve tekemmül tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılır."

22. 2577 sayılı Kanun'un "Tebliğ işleri ve ücretler" kenar başlıklı 60. maddesi şöyledir:

"Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerine ait her türlü tebliğ işleri, Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır. Bu suretle yapılacak tebliğlere ait ücretler ilgililer tarafından peşin olarak ödenir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 18/9/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucuların 19/8/2013 tarih ve 2013/6585 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

C. Başvurucuların İddiaları

24. Başvurucular, idarenin gerekli tedbir ve kontrol faaliyetlerini yerine getirmemesi nedeniyle mayın patlamasının gerçekleştiğini, patlama sonucu Salih Ülgen'in yaralandığını ve vücut bütünlüğünün kalıcı olarak zarar gördüğünü, yaklaşık yedi yıl süren yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmadığını, söz konusu hak ihlallerine karşı kullanılabilecek bir başvuru yolu bulunmadığını belirterek Anayasa'nın 17., 36. ve 40. maddelerindeki haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşler, maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi ya da yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuşlardır.

D. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Anayasa'nın 40. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

25. Başvurucular, ileri sürdükleri hak ihlallerine yönelik şikâyetlerini dile getirebilecekleri ulusal bir hukuk yolunun bulunmadığını belirterek Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

26. 6216 sayılı Kanun'un, "Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi" kenar başlıklı 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Mahkeme, ... açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir. "

27. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün "Bireysel başvuru formu ve ekleri" başlıklı 59. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (d) bendinde, bireysel başvuru formunda bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve delillere ait özlü açıklamaların yer alacağı belirtilmiştir.

28. Başvuruya konu ihlal iddiasıyla ilgili deliller sunarak olaya ilişkin iddialarını ve hangi Anayasa hükmünün ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunmak suretiyle hukuki iddialarını kanıtlama yükümlülüğü başvurucuya ait olmasına rağmen, başvurucular tarafından soyut bir şekilde iddialarını dile getirebilecekleri başvuru yolu olmadığı belirtilmiş, ancak hangi iddialarına karşı ne şekilde başvuru yolu bulunmadığına ilişkin somut bir açıklama ve kanıtlamada bulunulmadığı anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "açıkça dayanaktan yoksun olması" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Anayasa'nın 17. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

29. Başvurucuların Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği iddialarına yönelik olarak Bakanlık görüşünde, şikâyetlerin kabul edilebilirliği yönünden herhangi bir itirazda bulunulmamıştır.

30. Bir olayda yaşam hakkına ilişkin ilkelerin uygulanabilmesi için gerekli şartlardan biri, doğal olmayan bir ölümün gerçekleşmiş olmasıdır. Ancak bazı durumlarda ölüm gerçekleşmese dahi olayın yaşam hakkı çerçevesinde incelenilmesi mümkündür. AİHM de, ölümle sonuçlanmayan yaralanma olaylarını kişiye karşı kullanılan gücün derecesi, türü ve güç kullanımının ardında yatan niyet ve amacı diğer faktörlerle birlikte göz önünde tutarak yaşam hakkı kapsamında inceleyebilmektedir (bkz. İlhan/Türkiye [BD], 22277/93,

27/6/2000, §76; *Paşa ve Erkan Erol/Türkiye*, 51358/99, 12/12/2006, §27; *Makaratzis/Yunanistan* [BD], 50385/99, 20/12/2004, §52).

31. Başvuru konusu olayda da, başvuru Salih Ülgen meydana gelen mayın patlamasında yaralı olarak kurtulmuş ise de sınır koruma amaçlı döşenen anti personel kara mayınlarının öldürücü niteliği ve başvuru kişinin atlattığı hayati tehlike göz önünde bulundurulduğunda başvuruya konu olayın yaşam hakkı çerçevesinde incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

32. Başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkının pozitif yükümlülük boyutunun ihlal edildiğine dair bölümünün 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığı görülmektedir. Başka bir kabul edilemezlik nedeni de görülmediğinden başvurunun bu kısmının kabul edilebilir nitelikte olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Davanın Makul Sürede Sonuçlandırılmadığı İddiası

33. Başvurucuların yargılamanın uzunluğuyla ilgili şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi, bu şikâyet için diğer kabul edilemezlik nedenlerinden herhangi biri de bulunmamaktadır. Bu nedenle, başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas İnceleme

a. Yaşam Hakkının Pozitif Yükümlülük Boyutunun İhlal Edildiği İddiası

34. Başvurucular, kamu yararı gözetilerek ve kamu gücü kullanılarak döşenen ve gereken tedbir ve kontrol faaliyetinin layıkıyla yerine getirilmemesi nedeniyle kontrolsüz ve tehlikeli bir biçimde etrafta bulunan mayına teması neticesinde birinci başvuru kişinin vücut bütünlüğünün kalıcı olarak zarar gördüğünü belirtmişler ve Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

35. Başvurucuların Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği iddialarına yönelik olarak Bakanlık görüşünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre yaşam hakkının, devletlere egemenlik yetkisi içinde bulunan kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli tedbirleri almaları yönünde pozitif yükümlülük yüklediği, ancak bu yükümlülüğün de mutlak olmadığı, koşullar ölçüsünde yorumlanması gerektiği, mevcut başvuruya benzer nitelikteki Paşa ve Erkan / Erol - Türkiye başvurusunda AİHM'in devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna vardığı belirtilmiştir.

36. Bakanlık ayrıca, başvuru konusu olaya ilişkin olarak mayınlı bölgede alınan tedbirler hakkında Genelkurmay Başkanlığınca gönderilen 7/2/2014 tarihli yazıda *mayınlı arazinin yerel halk tarafından mera olarak kullanılmadığı*,

hayvanların mayınlı arazi sınırlarından yüz metre uzaklıktan başlayacak şekilde otlatıldığı, bölgede bulunan yerel halka “1. ve 2. Derece Kara Askeri Yasak Bölgede Tarla Sahiplerinin Arazilerini İşlerken ve Çobanların Hayvan Otlatırken Uyması Gereken Talimatlar”ın tebliğ edildiği, bu talimatta mayınlı arazi tel engeline yüz metreden fazla yaklaşılmayacağı, çobanların, ot toplayanların ve işçilerin arazide gördükleri patlamış, patlamamış mühimmat, mayın ve askeri malzemeyi hiçbir şekilde kurcalamayacağı, ellemeyeceği, gördüklerinde derhal karakol komutanına haber vereceğinin belirtildiği, ayrıca bölge arazisinde çalışmak için veya hayvanlarını otlatmak için gelen halkın mayınlı araziler konusunda sözlü olarak da uyarıldığı, mayın tarlasının çevresinin bir metre yüksekliğinde tel üstüvane ve dikenli tel ile çevrilmiş olup sivillerin bölgeye girişini engelleyecek nitelikte olduğu ve bölgenin mayınlı olduğunu belirten mayın ikaz levhalarının mevcut olduğu, bölge halkının mayın tarlaları hakkında bilgilendirilerek kendilerine talimat tebliğ edildiği, arazisinde çalışmak için veya hayvanları otlatmak için gelen halkın mayınlı araziler konusunda uyarıldığı ve alınan tedbirlerin yeterli olduğunun değerlendirildiği bilgisine yer verildiğini belirtmiştir.

37. Başvurucular tarafından, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunulmamıştır.

38. Anayasa’nın “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17. maddesi şöyledir:

“Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

39. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardan olup devletin bu konuda pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletin, negatif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme, bunun yanı sıra, pozitif bir yükümlülük olarak, yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 50-51).

40. Anayasa Mahkemesinin yaşam hakkı kapsamında devletin sahip olduğu pozitif yükümlülükler açısından benimsediği temel yaklaşıma göre, devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında gerçekleşen ölüm olaylarında Anayasa’nın 17. maddesi, devlete, elindeki tüm imkânları kullanarak, bu konuda ihdas edilmiş yasal ve idari çerçevenin yaşamı tehlikede olan kişileri korumak için gereği gibi uygulanmasını ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal tedbirleri alma görevi yüklemektedir. Bu yükümlülük, kamusal olsun veya olmasın, yaşam

hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyet bakımından geçerli olup (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 52), kamu güvenliğini sağlama amacıyla yürütülen tehlikeli faaliyetler alanı da bu yükümlülük kapsamındadır.

41. Yaşamı koruma pozitif yükümlülüğü, devlete, egemenlik alanında bulunan bireylerin yaşamını korumak için önleyici genel güvenlik tedbirleri alma görevini de yüklemektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *L.C.B./Birleşik Krallık*, 9/6/1998, §36; *Osman/Birleşik Krallık*, 28/10/1998, §115; *Paşa ve Erkan Erol/Türkiye*, 51358/99, 12/12/2006, §31).

42. Bu bağlamda ifade edilmelidir ki, Anayasa'nın 17. maddesinin öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi kapsamında, alınacak tedbirlerin belirlenmesi idari ve yargısal makamların takdirinde olan bir husustur. Anayasal hakların güvence altına alınması adına pek çok yöntem benimsenebilir ve mevzuatta düzenlenmiş herhangi bir tedbirin yerine getirilmesinde başarısız olunsu bile pozitif yükümlülükler diğer bir tedbir ile yerine getirilebilir (B. No: 2013/2075, 4/12/2013, § 59).

43. Başvuru konusu olayda başvurucular tarafından mayın patlaması sonucu meydana gelen kazada devletin kasıtlı bir eyleminin bulunduğu ve mayınlı araziye girişin engellenmesine yönelik mevcut yasal ve idari çerçevenin eksikliğine ilişkin bir iddia ileri sürülmediği görülmektedir. Bu durumda sadece mevcut mekanizmaların gerçekleşen olayda etkili bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı, kamu makamlarınca mayınlı araziye sivil vatandaşların girmesini önlemek için gerekli ve yeterli güvenlik önlemlerinin alınıp alınmadığının olayın koşulları çerçevesinde incelemesi yapılarak yaşam hakkının pozitif yükümlülükler bakımından ihlali iddiaları konusunda karar verilmesi gerekir.

44. Başvuru konusu olayda, başvuruculardan Salih Ülgen, Ağrı ili, Doğubayazıt ilçesi Türkiye-İran sınırında bulunan Ziyaret Piyade Hudut Takım Komutanlığına 300 metre mesafedeki sınır güvenliğini temin amacıyla oluşturulan mayınlı bölge yakınında 27/6/2006 tarihinde onüç yaşında iken onbir ve oniki yaşlarında olan iki arkadaşıyla birlikte hayvan otlatıldığı sırada koyun sürüsünün mayın levhası bulunan tel örgünün yukarısından aşağıya doğru inmesi üzerine arkadaşlarıyla birlikte koyunların peşinden giderek mayınlı araziye girmiş ve burada buldukları bir mayının patlaması sonucu sağ kolunun dirsek kısmının alt tarafı kopmuş ve vücudunun çeşitli yerlerinden yaralanmıştır. Başvuruya konu kazanın sivillerin girmesi yasak olan askeri bir alanda meydana gelmesi nedeniyle başvuru Salih Ülgen ve arkadaşlarının hayatlarını korumak adına söz konusu alana girişinin engellenmesi amacıyla gerekli güvenlik tedbirlerinin alınması Anayasa'nın 17. maddesi açısından devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında yer almaktadır.

45. Somut olayda, birinci başvuruçunun yaralanmasına neden olan anti personel mayınlar Türkiye-İran sınırında bulunan Ziyaret Hudut Takım Karakolunu koruma amacıyla yerleştirilmiştir. Dosya kapsamında yer alan bilgi ve belgelerden Bakanlık görüşüne ek olarak sunulan Genelkurmay Başkanlığının 7/2/2014 tarihli yazısında, mayınlı arazinin yerel halk tarafından mera olarak kullanılmadığı, hayvanların mayınlı arazi sınırlarından yüz metre uzaklıktan başlayacak şekilde otlatıldığı, mayın tarlasının çevresinin bir metre yüksekliğinde tel üstüvane ve dikenli tel ile çevrildiği ve bölgenin mayınlı olduğunu belirten mayın ikaz levhalarının mevcut olduğu, bölge halkının mayın tarlaları hakkında bilgilendirilerek kendilerine talimat tebliğ edildiği, arazisinde çalışmak için veya hayvanları otlatmak için gelen halkın mayınlı araziler konusunda uyarıldığı belirtilmiştir.

46. Bununla birlikte, yetkililer tarafından alındığı belirtilen önlemlerin ve nöbetçi askerin uyarılarının sorumlu yetişkinler gibi davranması beklenemeyecek olan başvuruçunun arkadaşlarının mayınlı sahaya girmesini engelleyemediği, koyun sürüsünün dahi tel örgülerin üzerinden aşabildiği, dolayısıyla başvuruçulardan Salih Ülgen'in kalıcı şekilde yaralanmasına neden olan mayın patlamasının meydana gelmemesi için alınması gerekli güvenlik tedbirlerinin somut olayda yeterli düzeyde bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

47. Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının pozitif yükümlülük yönünden ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

b. Davanın Makul Sürede Sonuçlandırılmadığı İddiası Yönünden

48. Başvuruçular tarafından, 1/2/2007 tarihinde açmış oldukları davaya ilişkin yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmayarak Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüştür.

49. Adalet Bakanlığı görüşünde, Anayasa Mahkemesinin makul sürede yargılanma hakkına ilişkin kararlarına atfen, başvuruçunun makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası açısından görüş sunulmasına gerek görülmediği bildirilmiştir.

50. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar veril-

mesi mümkün değildir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

51. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

52. Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

*"Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının **makul bir süre içinde**, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir."*

53. Sözleşme metni ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümüleri olan alt ilke ve haklar, esasen Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı bir çok kararında, ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38).

54. Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil olup, ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa'nın 141. maddesinin de, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 39).

55. Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunması olup, hukuki uyuşmazlığın çözümünde gerekli özenin gösterilmesi gereği de yargılama faaliyetinde göz ardı edilemeyeceğinden, yargılama süresinin makul olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerekir (B. No:2012/13, 2/7/2013, § 40).

56. Davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurucunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar, bir davanın süresinin makul olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması ge-

reken kriterlerdir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 41-45).

57. Ancak belirtilen kriterlerden hiçbirisi makul süre değerlendirmesinde tek başına belirleyici değildir. Yargılama sürecindeki tüm gecikme periyotlarının ayrı ayrı tespiti ile bu kriterlerin toplam etkisi değerlendirilmek suretiyle, hangi unsurun yargılamanın gecikmesi açısından daha etkili olduğu saptanmalıdır (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 46).

58. Yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanması için, öncelikle uyuşmazlığın türüne göre değişebilen, başlangıç ve bitiş tarihlerinin belirlenmesi gereklidir.

59. Anayasa'nın 36. maddesi ve Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıkların makul sürede karara bağlanması gerekmektedir. Başvuruya konu davanın, başvuru alanda meydana gelen mayın patlaması sonucu birinci başvuru alanın yaralanmasından dolayı uğradıkları zararın tazminini konu alan bir uyuşmazlık olduğu görülmekle, bu sorunun çözümüne yönelik olan ve 2577 sayılı Kanun'da yer alan usul hükümlerine göre yürütülen somut yargılama faaliyetinin medeni hak ve yükümlülükleri konu alan bir yargılama olduğunda kuşku yoktur.

60. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin makul süre değerlendirmesinde, sürenin başlangıcı kural olarak, uyuşmazlığı karara bağlayacak yargılama sürecinin işletilmeye başlandığı, başka bir deyişle davanın ikame edildiği tarih olmakla beraber, bazı özel durumlarda girişimin niteliği göz önünde tutularak uyuşmazlığın ortaya çıktığı daha önceki bir tarih başlangıç tarihi olarak kabul edilebilmektedir (B. No:2012/1198, 7/1/2013, § 45). Somut başvuru açısından benzer bir durum söz konusu olup, makul süre değerlendirmesinde nazara alınacak zaman diliminin başlangıç tarihi, başvuru alanın, mayın patlaması sonucu vücut bütünlüğünde meydana gelen zarardan dolayı uğradıklarını ileri sürdükleri zararların giderilmesi amacıyla Milli Savunma Bakanlığına başvurdukları 2/10/2006 tarihidir.

61. Davanın ikame edildiği tarih ile Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruların incelenmesi hususundaki zaman bakımından yetkisinin başladığı tarihin farklı olması halinde, dikkate alınacak süre, 23/9/2012 tarihinden sonra geçen süre değil, uyuşmazlığın başlangıç tarihinden itibaren geçen süredir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 51).

62. Sürenin bitiş tarihi ise, çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde yargılamanın sona erme tarihi olup, bu tarih mevcut başvuru açısından Danıştay 10. Dairesinin E.2009/4372, K.2013/4251 sayılı onama kararının tarihi olan 8/5/2013 tarihidir (B. No. 2012/13, 2/7/2013, § 52).

63. Başvuruya konu yargılama sürecinin incelenmesinden, başvuru alan

tarafından, birinci başvuru Salih Ülgen'in 27/6/2006 tarihinde arkadaşlarıyla birlikte hayvan otlatırken koyun sürüsünün peşinden giderek girdiği mayınlı arazide buldukları mayının patlaması sonucu sağ kolunun dirsek kısmının alt tarafının kopması ve vücudunun çeşitli yerlerinden yaralanması nedeniyle uğradıkları zararın karşılanması amacıyla 2/10/2006 tarihinde Milli Savunma Bakanlığına başvurulduğu, anılan başvuruya cevap verilmemesi üzerine maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi istemiyle Milli Savunma Bakanlığına karşı 1/2/2007 tarihinde dava açıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece 14/2/2007 tarihinde dosyanın ilk incelemesinin yapıldığı, başvuru sahiplerinin adli yardım talebi hakkında karar verilmek üzere 20/2/2007 tarihli ara kararla Doğubayazıt Kaymakamlığından başvuru sahiplerinin ekonomik, mali ve sosyal durumlarına ilişkin bilgi ve belgelerin gönderilmesinin istenildiği, 29/3/2007 tarihli yazı ile gelen cevap uyarınca adli yardım talebinin kabulüne karar verildiği ve tebligat işlemlerinin başlatıldığı, cevap ve ikinci cevapların süresine riayet edilerek dosyanın tekemmülünün sağlandığı ve 23/5/2008 tarihinde ilk derece Mahkemesince dosyanın karara bağlandığı anlaşılmaktadır.

64. Kararın temyiz edilmesi üzerine ilk derece Mahkemesince 31/10/2008 tarihinde süresinde temyiz ilk inceleme tutanağı düzenlenerek ve tekemmülü sağlanarak temyiz incelemesi için Danıştay'a gönderilen ve 7/4/2009 tarihinde temyiz merciinde kayda alınan dosyaya ilişkin olarak kayıt tarihinden yaklaşık bir yıl altı ay sonra Danıştay Başsavcılığı tarafından görüş bildirildiği ve görüş yazısının ardından yaklaşık iki yıl altı ay sonra 8/5/2013 tarihinde Danıştay 10. Dairesince onama kararı verildiği anlaşılmaktadır.

65. Bu kararla birlikte neticelenen yargılama faaliyetinin toplam altı yıl yedi ay altı gün sürdüğü anlaşılmaktadır.

66. İlgili yargılama evrakının incelenmesinden, 1/2/2007 tarihinde açılan davada ilk derece mahkemesince 2577 sayılı Kanun'un 14. maddesinde öngörülen süre içerisinde ilk inceleme tutanaklarının tanzim edildiği, gerekçeli kararın yazımının makul bir sürede tamamlandığı, ancak, kanun yoluna başvurulması üzerine tebliğ işlemlerinin başlatılmasında ve dosyanın Danıştay'a sevkı sürecinde gecikmelerin yaşandığı ve 2577 sayılı Kanun'un 20. maddesi uyarınca tekemmül tarihten itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılması gereken dosyanın, tekemmül tarihinden yaklaşık on ay sonra karara bağlandığı, bununla birlikte yargılamanın iki yıldan az bir sürede sonuçlandırıldığı görülmektedir.

67. Kanun yolu incelemesi sürecinin değerlendirilmesinde, ilk derece mahkemesi kararının temyiz edilmesi üzerine, temyiz merciinde kayda alınma tarihi nazara alındığında yaklaşık dört yıl bir ay sonra onama kararının verildiği anlaşılmaktadır. Bu haliyle kanun yolu merciinde geçen yargılama

süresinin, 2577 sayılı Kanun'un 20. maddesinde öngörülen, Danıştay, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerindeki dosyaların, 2577 sayılı Kanun ve diğer kanunlarda belirtilen öncelik veya ivedilik durumları ile Danıştay için Başkanlar Kurulunca; diğer mahkemeler için Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca konu itibarıyla tespit edilip Resmî Gazete'de ilan edilecek öncelikli işler göz önünde bulundurulmak suretiyle geliş tarihlerine göre inceleneceği ve tekemmül ettikleri sıra dâhilinde bir karara bağlanacağı, bunların dışında kalan dosyaların ise tekemmül ettikleri sıraya göre ve tekemmül tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılacağı hükmüne rağmen, uzun bir yargılama süresini kapsadığı anlaşılmaktadır.

68. Yargılama sürecinin uzamasında yetkili makamlara atfedilecek gecikmeler, yargılamanın süratle sonuçlandırılması hususunda gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklanabileceği gibi, yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliğinden de ileri gelebilir. Zira Anayasa'nın 36. maddesi ile Sözleşme'nin 6. maddesi, hukuk sisteminin, mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi sorumluluğunu yüklemektedir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 44).

69. Bu kapsamda, yargı sisteminin yapısı, mahkeme kalemindeki rutin görevler sırasındaki aksamalar, hükmün yazılmasındaki, bir dosyanın veya belgenin bir mahkemeden diğerine gönderilmesindeki ve raportör atanmasındaki gecikmeler, yargıç ve personel sayısındaki yetersizlik ve iş yükü ağırlığı nedeniyle yargılamada makul sürenin aşılması durumunda da yetkili makamların sorumluluğu gündeme gelmektedir (B. No: 2012/1198, 7/11/2013, § 55).

70. Başvuru konusu yargılama süreci değerlendirildiğinde, İlk Derece Mahkemesince dosyanın karara bağlanma sürecinde ve Danıştay'a sevki sürecinde gecikme yaşandığı, kanun yolu incelemesinde de benzer şekilde kararın alınması noktasında aksamalar olduğu tespit edilmekle beraber, yukarıda yer verilen tespitler ışığında, özellikle yargı sisteminin yapısından kaynaklanan iş yükü ve organizasyon eksikliğinin somut başvuruya ilişkin yargılama süresinin uzaması üzerinde baskın bir etkiye sahip olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Anayasa'nın 36. maddesi ile Sözleşme'nin 6. maddesi gereğince, yargılama sisteminin, mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesini zorunlu kıldığından, hukuk sisteminde var olan yapısal ve organizasyona ilişkin eksiklikler yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleştirilmemesine mazeret sayılamaz.

71. Başvurucuların tutumunun yargılamanın uzamasına özellikle bir etkisi olduğu tespit edilmemiştir.

72. Yapılan bu tespitler çerçevesinde davaya bütün olarak bakıldığında, başvuruya konu uyuşmazlık, askeri alandaki mayının patlaması sonucu meydana gelen yaralanma nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini istemine yönelik olup, başvurucular açısından önemli olduğu açık olan ve derece mahkemelerince dosyadaki bilgi ve belgeler dışında başkaca bir araştırma ya da keşif ve bilirkişi incelemesine gerek duyulmayan, her hangi bir karmaşıklık içermeyen başvuruya konu altı yıl yedi ay altı gün süren yargılama faaliyetinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır.

73. Belirtilen nedenlerle, başvurucuların Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

74. Başvurucular, başvuruya konu olay nedeniyle zarara uğradıklarından bahisle açtıkları tam yargı davasının aleyhlerine sonuçlanmasına dair kararların hak ihlaline yol açtığından Mahkeme tarafından tespiti halinde birinci başvurucu açısından meslekte kazanma gücü kaybı ve protez kol bedeli karşılığı 750.000,00 TL maddi ve 100.000,00 TL manevi; ikinci ve üçüncü başvurucular açısından ise ayrı ayrı 50.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmişler; bu talebin reddedilmesi durumunda ise uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi talebinde bulunmuşlardır.

75. Adalet Bakanlığı görüşünde, başvurucuların tazminat taleplerine ilişkin görüş bildirilmemiştir.

76. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

77. Mevcut başvuruda Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

78. Başvurucular tarafından Anayasa'nın 17. maddesine ilişkin iddialar yönünden maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulmuş olmakla beraber,

yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesinin başvurucunun ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu anlaşıldığından, başvurucuların maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

79. Başvurucuların tarafı oldukları uyuşmazlığa ilişkin altı yıl yedi ayı aşkın yargılama süresi nazara alındığında, yargılama faaliyetinin uzunluğu sebebiyle, yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararı karşılığında başvurularda takdiren 5.000,00 TL manevi tazminatın müştereken ödenmesine karar verilmesi gerekir.

80. Başvurucular tarafından yargılama süresinin uzunluğu nedeniyle maddi tazminat talebinde bulunulmuş olmakla beraber, tespit edilen ihlal ile iddia edilen maddi zarar arasında illiyet bağı bulunmadığı anlaşıldığından, başvurucuların maddi tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

81. Başvurucular tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurularda ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvurucuların,

1. Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının pozitif yükümlülük boyutunun ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

3. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Başvurucuların,

1. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının pozitif yükümlülük bakımından İHLAL EDİLDİĞİNE,

2. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Anayasa'nın 17. maddesi bakımından tespit edilen ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili Mah-

kemesine gönderilmesine,

D. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğinin tespit edilmesi nedeniyle başvurularda müştereken 5.000,00 TL manevi TAZMİNAT ÖDENMESİNE, başvurucuların tazminata ilişkin diğer taleplerinin REDDİNE

E. Başvurucular tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA ÖDENMESİNE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurularda Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

18/9/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Alparslan ALTAN

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

İŞKENCE VE EZİYET YASAĞI
(MD. 17/3)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/6319

Karar Tarihi: 16/7/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Zehra Ayla PERKTAŞ Burhan ÜSTÜN Nuri NECİPOĞLU Zühtü ARSLAN
Raportör	: Cüneyt DURMAZ
Başvurucu	: Cemil DANIŞMAN
Vekili	: Av. Münip ERMİŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, oğlunun güvenlik güçlerinin yaptığı operasyonda gereksiz bir şekilde silah kullanılması sonucu öldüğünü, yaralı olarak ele geçirildiği sırada polisler tarafından darp edildiğini, bu olayla ilgili yürütülen adli soruşturmanın etkili olmadığını, bu nedenle kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğini belirterek yaşam hakkının, işkence ve eziyet yasağının ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, başvurucunun vekili tarafından 14/8/2013 tarihinde Antalya 4. Asliye Hukuk Mahkemesi aracılığıyla yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvurunun Komisyona sunulmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 3/2/2014 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 3/2/2014 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, görüşünü 3/4/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş baş-

vuruculara 4/4/2014 tarihinde bildirilmiş ancak başvuru Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamışlardır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucunun oğlu Çağrı DANIŞMAN (Ç.D.) 33 yaşında bir şizofren hastasıdır. Ç. D. son 5 yılını daha çok Burdur ili Bucak ilçesi Kestel köyünde ailesinin kendisine verdiği ceviz bahçesi ile ilgilenerek geçirmiş ve o bahçede bulunan bir kulübede yaşamıştır. Bununla birlikte, arada sırada Antalya'da yaşayan ailesinin yanına gelmektedir.

9. 4/10/2012 tarihinde saat 19.57'de (telsiz kayıtları ve polis tutanaklarına göre) 155 polis imdat hattına, Antalya Merkez Yıldız Mahallesi 228. sokakta şüpheli bir şahıs olduğu ihbarı yapılır. Bu ihbarda, *"Şüpheli bir şahsın bir bir buçuk saattir Dayıbaşı apartmanının giriş kapısında beklediği yanında ve yerde bir çanta bulunduğu"* söylenir ve kişinin eşkâli tarif edilir.

10. İhbarın hemen ardından saat 20.10 civarında motosikletli bir polis ekibinin ihbarın olduğu yere intikal ettiği, ancak silahlı saldırıya uğradığı telsiz kayıtlarına yansır.

11. Saat 20.30 sıralarında ise bu sefer Antalya Merkez Fatih Mahallesi Kepez (Cezaevi) kavşağında ikinci bir saldırı duyurusu telsiz anonslarına yansır. Şüpheli kişi veya kişilerin olay yerini terk ettiği bildirilir.

12. Saat 21.57'de başlayan anonslarda ise *"şahsı aldık"* çağrısı telsiz kayıtlarına girer. Yine telsiz kayıtlarına göre her hangi bir *"silahlı çatışmadan"* bahsedilmez. Sadece şahsın *"yaralı olarak"* ele geçirildiğinden bahsedilir. Yaralı ele geçirildiği ifade edilen kişi başvuru oğlu Ç. D.'dir.

13. Başvurucunun oğlu polislerle girdiği silahlı çatışma sonucunda yaralanmış ve hastaneye kaldırıldığı sırada ambulansla yaşamını yitirmiştir. Bu olayda ayrıca, üç polis memuru hayatını kaybetmiştir.

14. Olay sonrası Antalya Cumhuriyet Başsavcılığı (Savcılık), resen 2012/60237 dosya numaralı soruşturmayı başlatmıştır.

15. Soruşturma sırasında başvuru oğlunun yazılı istemi üzerine, maktul Ç. D.'yi yaralı şekilde Atatürk Devlet Hastanesine götüren ambulansa ait GPS kayıtları soruşturma dosyasına girmiştir. Bu kayıtlara göre, ambulansın 20.10'dan itibaren olay yerinin yakınlarında olduğu anlaşılmaktadır. 20.50'den itibaren tramvay durağında yani olay yerinin 50 metre yakınında park ettiği görülmektedir. Ambulansın saat 22.01 sıralarında yaralı olarak ele geçtiği ifa-

de edilen Ç. D.'nin başına 22.07 sıralarında geldiği anlaşılmaktadır.

16. Başvurucunun iddiasına göre, söz konusu kayıtlarda, ambulansın 22.08'de hareket ettiği, 22.30'de ise olay yerinden tamamen ayrıldığı açıkça görülmektedir. Yaralıyı aldıktan sonra ise 9 ila 21 km/saat hızlar arasında Yeni Doğan Mahallesi/Kepez bölgesine geldiği, daha sonra 8 ila 33 km/saat hızlarla 22.41'de Atatürk Devlet Hastanesine giriş yaptığı görülmektedir. Yaralının olay yerinden alınması ile ambulansın hareket etmesi arasında yaklaşık 28–30 dakika geçmiştir. Başvurucunun iddiasına göre, yolda ambulansın yavaş gitmesi sonucu, normal araçla en fazla 4 dakikada alınabilecek mesafe yaklaşık 12 dakikada kat edilmiştir. Açıklanan nedenlerle yaralının başına gelinmesi ile hastaneye götürülmesi arasında 40 dakikaya yakın bir süre geçmiştir.

17. Başvurucu, 4/12/2012 tarihli dilekçe ile oğlunu hastaneye götüren ambulans şoförü ve diğer sağlık görevlilerinin kusurlu olduğu gerekçesiyle, şüpheli olarak soruşturmaya dâhil edilmeleri talebinde bulunmuş ve Adli Tıp Kurumu raporuna karşı beyanlarını sunmuştur.

18. Adli Tıp Kurumu Antalya Grup Başkanlığı Morg İhtisas Dairesinin 14/12/2012 tarihli otopsi raporu Mahkemeye sunulmuştur.

19. Başvurucu, 19/10/2012 tarihli dilekçeyle, söz konusu olayda polis memurlarının şüpheli konumunda bulunması sebebiyle, soruşturmanın bizzat Savcılık tarafından yürütülmesi talebinde bulunmuştur.

20. Başvurucu, 20/12/2012 tarihli dilekçe ile otopsi raporlarına göre oğlunun kafa ve çene bölgesinde kırıkların tespit edildiğini ve bu kırıkların yakalama sonrası olay yerine gelen polis memurlarının oğlunu tekmelemesi sonucu oluştuğunu belirterek, polis memurlarının eylemlerinin işkence niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu, oğlunun son olarak ele geçirildiği yerde polisle silahlı çatışmaya girmediğini de ileri sürmüştür.

21. Savcılık tarafından yürütülen soruşturma sonucunda olay hakkında 18/3/2013 tarih ve Soruşturma No.2012/60237, K.2013/9284 sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına (KYO) dair karar verilirken, olayın gelişimine, soruşturma sürecinde yapılan işlemler ve toplanılan deliller ile ulaşılan sonuca ilişkin aşğıdaki ifadelerin yer aldığı görülmektedir. Başvurucu ile soruşturma makamı arasında olayın gerçekleşme koşulları açısından ihtilaflı olan hususlara ise ayrıca ve ayrıntılı olarak kararın “İnceleme” bölümünde yer verilecektir. Anılan KYO kararının ilgili kısımları şöyledir:

“ ...

OLAYA İLİŞKİN TOPLANAN DELİLLER, ALINAN KRİMİNAL EK(S)PERTİZ RAPORLARI, ADLÎ TIP RAPORLARI VE BUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Maktul polis memurları ve maktul Çağrı DANIŞMAN'ın olaydan sonra Cumhuriyet Başsavcılığımız nezdinde hastanede uygun ortamda ölü muayenelerinin tek tek yapıldığı, ölü muayenesi sırasında hepsinin ateşli silah sonucu vücutlarındaki darbelerin belirlenmiş ve ardından klasik otopsi işlemleri yapılmış olup, bu otopsi işlemi sırasında maktullerin ateşli silah darbeleri sonucu ölmüş olduklarının belirlendiği, maktul M. Ç.'nin av tüfeğinden çıkan darbe sonucu yaşamını yitirdiği, diğer maktullerin tabanca mermisi ile öldürülmüş olduklarının belirlendiği, maktullerin klasik otopsileri sonrasında Antalya Adli Tıp Grup Başkanlığınca hepsi için ayrı ayrı tanzim edilen ayrıntılı otopsi raporlarında ölüm sebeplerinin maktul M. Ç. yönünden av tüfeği ile ateş edilmek sureti ile, diğerleri yönünden suç tabancayla ateş edilmek sureti ile meydana gelen iç organ harabiyeti ve iç kanama sonucu meydana geldiğinin belirlendiği, maktul M. Ç.'nin vücudundan pek çok av tüfeği saçma tanesinin tespit edildiği, bunun akciğer ve büyük damar harabiyeti ile birlikte iç ve dış kanamaya sebebiyet verdiğinin tespit edildiği, maktul M. K.'nin ateşli silah mermi çekirdeği yaralanmasına bağlı büyük damar harabiyeti ile birlikte iç ve dış kanama sonucu meydana geldiği, maktul A. B.'nin ölümünün ateşli silah mermi çekirdeği yaralanmasına bağlı büyük damar harabiyetleri ile birlikte iç ve dış kanama sonucu meydana geldiği, maktul M. K.'nin cesedinden iki adet mermi çekirdeği, maktul A. B.'nin cesedinden bir adet mermi çekirdeğinin çıkarılarak muhafaza altına alındığı, maktul Ç. D.'nin ölümünün ateşli silah mermi çekirdeği yaralanmasına bağlı göğüs ve karına نافız iç organ hasarları iç ve dış kanama sonucu meydana geldiğinin belirlendiği, maktul Ç. D.'nin cesedinden dört adet küçük kurşun parçalarının çıkarılıp muhafaza, altına alındığı;

Gerek maktul Ç. D.'nin olayda kullandığı av tüfeği ve polis memurları maktul M. Ç'den gasp ettiği ... seri tabanca ile ikinci olay yerinde maktul M. K.'dan gasp ettiği ... seri nolu ... marka tabancalar ile olayda silah kullanan diğer polis memuru müşteki şüphelilerin tabancalarına el konulmuş olup, bu tabancalar hem Polis Kriminalde hem de İstanbul Adli Tıp Kurumunda gerekli incelemelere tabi tutulmuş olup, İstanbul Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi Balistik şubesinin 03/12/2012 tarihli ayrıntılı raporunda Ç. D.'nin vücudundan çıkan dört adet kurşun parçalarının maktul polis memurları A. B. ve M. K.'nin cesetlerinden çıkarılan mermi çekirdeklerinin yapılan mukayesesi sonucu maktul A. B. ve maktul M. K.'nin cesetlerinden çıkan mermi çekirdeklerinin ... seri nolu ... marka tabancadan atılmış olduklarının belirlendiği, söz konusu tabancanın ilk olayda maktul şüpheli Ç. D. tarafından av tüfeği ile öldürülen polis memuru maktul M. Ç.'den Ç. D. tarafından gasp edilen silah olduğu ve bu silahtan atılan kurşunlarla ikinci olay yeri olan cezaevi kavşağında Çağrı DANIŞMAN tarafından ateş edilmek suretiyle maktul polis memurları M. K. ve A. B.'nin öldürüldüğünün belirlendiği, maktul Ç. D.'nin cesedinden çıkarılan dört adet kurşun parçası nüvesinin parçalanmış, çok küçük olması sebebiyle hangi tabancadan atıldıklarının tespitinin mümkün olmadığı (İstanbul

Adli Tıp Kurumu Raporuna göre);

Antalya Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğü'nün altı sayfadan oluşan 06/10/2012 tarihli ekspertiz raporunda maktul şüpheli Ç. D.'nin olay günü sevk ve idaresindeki 07 DE 044 plakalı araçta kurşun izlerinin tespit edildiği, bunların bir kısmının şoför kapısında, bir kısmının arka camda olduğunun fotoğrafı olarak tek tek gösterilmek suretiyle irdelendiği, yapılan atışların uzak atış olduğunun belirlendiği, olay yeri inceleme ekiplerince maktullerin olay sırasında üzerlerindeki giysilerinin tek. tek alınıp Antalya Polis Kriminal Laboratuvarına gönderilip ayrıntılı incelemelerinin diğer tespit edilen bulgularla birlikte 05/10/2012 tarihli ekspertiz raporuna göre maktul şüpheli Ç. D.'nin sol el iç, sol el dış, sağ el iç, sağ el dış swap numunelerinde atış artıklarının bulunduğu tespit edildiği, maktul M. Ç.'nin sol el iç, sol el dış, sağ el iç ve sağ el dış swap numunelerinde atış artıklarının bulunduğu tespit edildiği, maktul M. K.'nin sağ el iç, sol el dış swap numunelerinde atış artıklarının bulunduğu tespit edildiği, müşteki şüpheliler A. İ., Y. K. ve B. D.'nin ellerinde atış artıklarının bulunduğu tespit edildiği, diğer müşteki şüphelilerde atış artıklarına rastlanmadığı;

Maktul şüpheli Ç. D.'nin giysileri üzerinde yapılan ayrıntılı inceleme sonucunda vücuduna isabet eden silahlı atışların uzak atış olarak belirlendiği, bu hususun maktul Çağrı D.'nin otopsi sırasında da cilt ve cilt altı bulgularına göre de vücudundaki tüm atışların bitişik atış mesafesi dışında yapıldığının belirlendiği (14/12/2012 tarihi otopsi raporu), maktul M. Ç.'de meydana gelen atışlardan bir tanesinin uzak atış, birinin ise yakın atış olduğunun tespit edildiği, maktul M. K.'nin giysileri üzerinde meydana gelen atışın uzak atış olduğunun belirlendiği;

06/10/2012 tarihli ekspertiz raporuna göre müşteki şüpheliler M. Ö., İ. Ç., A. İ., Ö. Ş., Y. K., B. D., M. Z. H. ve M. E.'ye ait tabancaların, olay yerinde elde edilen 28 adet boş kovan, bir adet mermi çekirdeği, teşhis niteliği bulunan iki adet mermi çekirdeği gömlek parçasının yapılan karşılaştırmasında bir adet kovanın polis memuru Ö. Ş.'ye ait tabancadan atıldığının, 7 kovan ve 1 adet mermi çekirdeğinin polis memuru A. İ.'ye ait tabancadan atıldığının, bir delil poşeti içerisinde çıkan üç adet boş kovanın, başka bir delil poşeti içerisinde çıkan iki adet mermi çekirdeği gömlek parçasının bir adedinin polis memuru İ. Ç.'ye ait tabancadan atıldığının, iki adet boş kovanın polis memuru M. Ö.'ye ait tabancadan atıldığının, bir adet boş kovanın baş komiser B. D.'ye ait tabancadan atıldığının tek tek tespit edildiği;

Cezaevi kavşağı ve devamında tespit edilen toplam 8 adet boş kovanın maktul şüpheli Ç. D.'nin gasp ettiği maktul polis memuru M. Ç.' Ye ait ... marka tabancadan atıldığı, tespit edilebilen 3 adet boş kovanın ise yine maktul şüpheli Ç. D.'nin maktul polis memuru M. K.'dan gasp ettiği ... marka tabancadan atılmış olduğunun hem Polis Kriminal Lab. hem de İstanbul Adli Tıp Kurumu Balistik İnceleme Şube Müdürlüğü raporuna göre belirlenmiş olduğu.

07 DE 044 plakalı araçta yapılan inceleme sonucu dikiz aynasında tespit edilen parmak izinin maktul şüpheli Ç. D.'nin sağ el baş parmak iziyle aynı olduğunun tespit edildiği:

Böylece maktul şüpheli Ç. D.'nin ilk olayda maktul M. Ç.'ye av tüfeği ile vurmak suretiyle öldürdüğü ve ondan gasp ettiği tabancayla çevirme noktası olan cezaevi kaosağındaki ikinci olayda maktuller M. K. ve A. B.'ye ateş etmek suretiyle her ikisini bu tabancayla öldürdüğünün net olarak tereddütsüz belirlendiği, maktul şüpheli Ç. D.'nin söz konusu tabancayı ilk öldürdüğü polis memurundan gasp ettiğinin alınan tüm tanık beyanlarıyla da doğrulandığı, maktul Ç. D.'nin gasp ettiği ... seri nolu tabancanın yine gasp etmiş olduğu ... seri nolu tabancanın maktul şüpheli Ç. D.'nin yaralı ele geçirildiği noktada üzerinde tespit edildiği, her iki tabancada teşhise elverişli parmak izinin bulunmadığı ancak ... seri nolu tabancanın şarjör kısmında elde edilen biyolojik bulgunun maktul şüpheli Ç. D.'nin kan örneği ile tıpa tıpa uyduğunun Ankara Kriminal Polis Laboratuvar raporuyla belirlenmiş olduğu;

Maktul şüpheli Ç. D.'nin ele geçirilmesi için yapılan operasyon sırasında müşteki şüpheli polis memurlarının silah kullandığı, ancak maktul Ç. D.'nin cesedinden 4 adet kurşun parçası çıktığı, bunların da İstanbul Adli Tıp Kurumu Başkanlığının vermiş olduğu rapora göre, kıyaslama niteliğinin bulunmadığı, dolayısıyla hangisinin silahından atıldığına tespitinin yapılamadığı, ancak giysileri üzerinde yapılan incelemede Antalya Emniyet Müdürlüğü Polis Kriminal Laboratuvarının raporuna göre atışların uzak atış niteliğinde olduğu, bu hususun otopsi sırasında Adli Tıp Uzman Heyetince de atışların bitişik alış mesafesinde olmadıklarının belirlendiği, dolayısıyla maktul şüpheli Ç. D.'nin yakın mesafeden veya bitişik mesafeden vurulduğuna dair herhangi bir somut delil bulunmadığı, aksine güvenlik güçlerinin yasal çerçevede silah kullanma yetkilerini kullanarak ve kendilerine yönelik silahla ateş etmekte olan maktul şüpheli Ç. D.'nin olduğu bölgeye doğru rastgele ateş ettikleri ve yaralı olarak ele geçirildikleri, akabinde sevk edilen hastanede yaşamını yitirdiği, Ölü muayene tutanağı ve ayrıntılı otopsi raporunda da belirtildiği üzere maktul şüpheli Ç. D.'nin özellikle herhangi bir bölgesinin hedef alınmadığı, atışların rastgele yapıldığı, maktul şüpheli Ç. D.'nin silah tutan sağ el ve koluna doğru da pek çok ateş edilmiş olduğu ve bu koldaki mermi yaralanmaları dikkate alındığında güvenlik güçlerinin öncelikle şüphelinin ateş eden eline ve koluna doğru ateş etmiş olduklarının apaçık ortada olduğu, maktul şüpheli Ç. D.'nin vücuduna 6 mermi isabet ettiği, bunun 4 adedinin kol bacak omuz gibi hayati tehlike oluşturmayacak ve öldürücü olmayan atışlar olduğu, göğüs ve karın bölgesine isabet eden iki merminin öldürücü nitelikte olduğunun otopsi raporuyla belirlendiği, dolayısıyla mevcut deliller çerçevesinde maktul şüpheli Ç. D.'nin babası olan müşteki Cemil DANIŞMAN'ın iddiaları ve avukatı Münip ERMİŞ'in dosyaya yansıyan pek çok müracaatının içeriğini ve şikâyetlerini doğrulayıcı herhangi bir somut delil bulunmadığı, aksine güvenlik güçlerinin yasal çerçevede hareket ettiklerinin tüm delil

durumundan rahatlıkla anlaşıldığı;

Maktul Ç. D.'nin babası olan müşteki Cemil DANIŞMAN'ın avukatı olan Antalya Barosu Avukatı Münip ERMİŞ'in vermiş olduğu dilekçede Ç. D.'nin ele geçirildiği ve ilk çekilen fotoğraflarında sırtında herhangi bir kan olmadığı, ancak daha soma çekilen fotoğraflarında sırtından kanlar gözüktüğünü iddia ederek olayda Ç. D.'nin kasten öldürüldüğünü iddia etmiş ise de söz konusu fotoğrafları çektiği anlaşılan tanık S. K.'nin alınan ayrıntılı beyanında; sırtında kan gözükmeyeceği iddia edilen ve daha sonraki karelerde sırtında kan olduğu gözükken fotoğrafları kendisinin çektiğini, sırtında kan olmadığı iddia edilen fotoğrafın maktul Ç. D.'nin ayak bölgesinin olduğu taraftan çekildiği, bu sırada güvenlik güçlerinin Ç. D.'nin elini sırtına doğru kıvrıdıkları ve üst sırt bölgesindeki kanlı kısmın bu nedenle o karede gözükmeyeceğini, o karenin çektiği ilk fotoğraf karesi olmadığını, ilk çektiği fotoğraf karesinde Ç. D.'nin kafa bölgesinin baktığı taraftan çektiğini ve buradaki karede üst sırt bölgesinin kanlar içinde olduğunu, ele geçirildiği sırada da herhangi bir silahlı ateş etme olayını görmediğini ifade ettiği, dolayısıyla ele geçirildikten sonra öldürme iddiasının da doğru olmadığını bu şekilde anlaşıldığı, maktul şüpheli Ç. D.'nin özellikle cezaevi kavşağında iki polis memurunu öldürdükten sonra kaçış güzergahı dikkate alındığında bu güzergahta kan izlerinin tespit edildiği, bu kan izlerinin Ankara Kriminal Polis Lab. Raporuna göre Ç. D.'ye ait olduğunun tespit edildiği, esasen Ç. D.'nin yaralı ele geçirildiği noktaya varmadan yani cezaevi kavşağından kaçarken kendisine ateş eden güvenlik güçlerince burada vurulmuş olduğu, Fatih Mahallesi ara sokaklarına yaralı vaziyette kaçtığı, bu hususta da belli bir kan kaybının söz konusu olduğu ancak yaralı olarak ele geçirildiği bölgede de maktul şüpheli Ç. D.'ye polis memurlarınca pek çok kez olduğu bölgeye ateş edilmiş olduğu, olay yerinden elde edilen boş kovanlardan da bu hususun tespit edildiği;

Maktul şüpheli Ç. D.'nin suçta kullandığı ... seri nolu ... marka tabancanın maktul şüpheli Ç. D. ele geçirildiğinde şarjörünün kanlı olduğu, boş olduğu ve tabancanın namlu kısmında iki mermi bulunduğu ve mermilerin sıkışmış olduğu, muhtemelen bu noktada güvenlik güçlerine silah doğrulturken silahın tutukluk yaptığı ve bu nedenle namluda mermi sıkıştığı ve bu noktada bu silahla ateş edemediği, üzerinde ele geçirilen ... seri nolu ... marka tabancanın ise cezaevi kavşağında gasp edildikten sonra kaçış güzergahında şarjörünü düşürmüş olduğu, bu tabancanın da maktul Ç. D. ele geçirildiğinde içerisinde şarjör bulunmadığı, bu silahla da bu noktada bu sebeple ateş edemediğinin anlaşıldığı;

Dosyada, bulunan DVD ve CD 1er ile ambulansın güzergahını gösteren GPS raporlarının birliki A. G.'ye verilip kendisinden ona ilişkin rapor alındığı, birlikişinin 19/11/2012 tarihinde sunmuş olduğu raporda, CD ve DVD'lerin incelendiği, bu görüntülerde olay yerini gösteren ve olay sırasında çekilen fotoğrafların bulunduğu, bu fotoğrafların aynı zamanda basılıp rapora eklendiği, kayıtların mobese

kayıtları, olay yerinde çekilen görüntüler, fotoğraflar, maktullerin ölü muayene sırasında çekilen görüntüleri olduğu, maktul Ç. D.'yi hastaneye götürən ambulans ile ilgili de bilirkişinin ek rapor verdiği, bu raporda ambulansın GPS kayıtlarının ve GPS harita görüntüsünün tespit edilip rapora eklendiği, ancak ambulans görevlileri yönünde yapılan şikayetin ambulans görevlilerinin görev niteliği, olayda varsa kusurlarının değerlendirilmesinin memur suçları soruşturma bürosunca değerlendirilmesinin uygun olacağı, bu eylemlerin mevcut öldürme eylemlerinden sonra meydana geldiği, dolayısıyla konularla ilgili evrakın teftik edilerek Memur Suçları Bürosuna gönderilmiştir.

...

SONUÇ

... 04/10/2012 günü saat 20.00 sıralarında Yıldız Mahallesi'nde av tüfeği kılıfında av tüfeğine benzer bir şey taşıdığı ve şüpheli hareketlerde bulunduğu iddiasıyla maktul Ç. D.'nin polise ihbar edildiği, bir müddet sonra olay yerine motosikletli Yunus İntikal ettiği, motosikleti müşteki F. D.'nin kullandığı, maktul M. Ç.'nin ise artçı olarak motosiklette görevli olduğu ve tespit ettikleri Ç. D.'ye maktul M. Ç.'nin yanaşarak seslendiği, bir aracın kenarında gizlenmiş vaziyette duran maktul Ç. D.'nin kılıf içerisindeki av tüfeğinin önüne mermi sürerek maktul M. Ç.'ye doğrultup kendisine ateş edip vurduğu, daha sonra bir el daha ateş ettiği, diğer müşteki F.D.'nin ise olayın vermiş olduğu etkiyle motosikleti üzerine düşürdüğü, ayaklarından yaralandığı ve bir müddet yerde kaldığı için kalkıp arkasına yardım edemediği, maktul Ç. D.'nin maktul M. Ç.'nin görev silahını da gasp ettiği ve müşteki F. D.'ye av tüfeği ile ateş edeceği sırada da tanık olarak dinlenen İ. C.'nin Ç. D.'nin üzerine balkondan laptopunu atmak suretiyle F. D.'ye ateş etmesini bu şekilde engellediği, olay yerinde de laptopun parçalanmış olduğu bizzat keşif sırasında tarafımızdan görülüp durumun tutanağa geçirildiği,

Maktul şüpheli Ç. D.'nin bu olaydan sonra kendisine ait olduğu anlaşılan 07 DE 044 plakalı araçla olay yerinden kaçtığı, güvenlik güçlerinin yapmış olduğu çalışmalar neticesinde bu araçla cezaevi kavşağına doğru seyir halinde bulunduğu ve güvenlik güçlerince takibe alındığı, maktul polis memurları M. K. ve A. B.'nin maktul şüpheli Ç. D.'nin aracını arkadan takip ettikleri, cezaevi kavşağına geldiklerinde de maktuller M. K. ve A. B.'nin Ç. D.'nin arabasına yanaşarak araçtan inmesini istedikleri, Ç. D.'nin daha önce M. Ç.'den gasp ettiği tabancayla her ikisine ateş ederek polis memurları M. K. ve A. B.'yi de cezaevi kavşağında vurmak suretiyle öldürdüğü, kendisine burada uyarı atışında bulunan güvenlik güçlerinin "teslim ol" çağrısına da uymayarak Fatih Mahallesi'nin karanlık sokaklarına girip izini kaybettirmeye çalıştığı, en son ele geçirildiği noktada bir ağacı kendisine siper edip silahını güvenlik güçlerine doğrulttuğu, ancak silahın namlusunda mermi sıkıştığı için ateş edemediği, daha öncesinden de yaralanmış olduğu, burada da

güvenlik güçlerinin kendisinin olduğu yöne doğru ateş ettikleri ve yaralı ele geçirdikleri, daha sonra kaldırıldığı hastanede yaşamını yitirdiği, vücuduna isabet eden 6 mermiden iki tanesinin ölümcül nitelikte olduğu, diğerlerinin ölümcül nitelikte olmadığı belirlendiği,

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde güvenlik güçlerinin silah kullanma olayının irdelendiği, bu irdeleme sonucunda güvenlik güçlerinin silah kullanma yetkilerini gerek Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları gerekse Yargıtayımızın yerleşik içtihatları göz önüne alındığında kanunun kendilerine tanıdığı yetki çerçevesinde kullanmış oldukları, yukarıda TCK 24.-25. ve TCK 28. maddeleri konuya ışık tutması açısından irdelenmiş ise de, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararımızın gerekçesinin esasen bu olmadığı, bu maddelerde belirtilen meşru müdafaa, zorunluluk hali olayımızda mevcut olmakla birlikte güvenlik güçlerinin hangi hallerde silah kullanabileceği, silah kullanma sınırı, şartlar göz önüne alındığında kanuni yetkileri dahilinde karşı saldırıyı defetmeye ve durdurmaya yönelik daha vahim sonuçlar meydana çıkmasını önlemeye yönelik orantılı ve gereklilik ilkelerine uygun silah kullanmış olmalarının esas gerekçe olduğu, bunun da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuya benzer içtihatları ve Yargılayın konuya benzer içtihatları dikkate alındığında olayımızda da güvenlik güçlerinin silah kullanma yetkilerinin bu kriterler dikkat alındığında kanun hükmüne uygun olduğu KANAAT VE SONUCUNA VARILDIĞINDAN;

Maktul şüpheli Ç. D.'nin polis memuru olan maktuller M. Ç., M. K. ve A. B.'ye yönelik silahlı saldırı sonucu insan öldürme eyleminden, nitelikli yağma ve 6136 Sayılı Yasaya Muhalefet suçlarından dolayı TCK 64. maddesi uyarınca maktul şüpheli Ç. D.'nin olayda yaşamını yitirmiş olduğu anlaşıldığından;

Müşteki şüpheli polis memurları olup Ç. D.'nin ele geçirilmesi amacıyla silah kullanan ve kendilerine yönelik Ç. D.'nin ateş etmesi sebebiyle de kendilerine müşteki şüpheli sıfatı verilen S. Y., İ. Ç., Ö. Ş., Y. K., A. İ., M. Ö, M. Z. H., M. E. ve B. D. hakkında yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği şekilde yasal çerçevede kanun hükümlerinin kendilerine tanıdığı yetki ve sınır çerçevesinde silah kullanmış oldukları ve bu silah kullanma eylemleri sebebiyle Ç. D. yaşamını yitirmiş ise de, eylemlerinin tüm boyutlarıyla TCK hükmüne, Polis Vazife ve Salahiyetleri Yasası hükmüne, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2/2 hükmüne, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargıtayımızın yerleşik içtihatlarına uygun olduğundan CMK 172 ve devam eden maddeleri uyarınca KAMU ADINA KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞINA

...

Karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde Manavgat Ağır Ceza

Mahkemesi Başkanlığına itiraz yolu açık olmak üzere karar verildi. 18/03/2013...."

22. Başvurucunun anılan karara yaptığı itiraz, Manavgat 1. Ağır Ceza Mahkemesinin (Mahkeme) 5/6/2013 tarih ve 2013/1064 Değişik İş No'lu kararıyla şu gerekçelerle reddedilmiştir:

" ... Maktul şüpheli Ç. D.'nin kendisine ait av tüfeği ile polis memuru M. Ç.'yi vurarak üzerinde bulunan silahı alarak kaçması, takip sırasında kırmızı ışıktaki aracın durduğu sırada kendisine yaklaşarak araçtan inmesini söyleyen polis memurları M. K. ve A. B.'yi maktul M. Ç.'den almış olduğu silahı kullanmak suretiyle öldürmesi, polis memuru M. K.'nin de silahını alarak kaçmaya devam etmesi, yapılan ikaz ve uyarılara rağmen güvenlik güçlerine teslim olmaması, kovalamaca sonucu 3351 ile 3356 sokağın kesiştiği arazide güvenlik güçlerinin ateş etmesi sonucu yaralı olarak ele geçirilmesi ve kaldırıldığı Atatürk Devlet Hastanesi'nde ateşli silah yaralanmasına bağlı olarak hayatını kaybetmesi şeklinde gerçekleşen olayla ilgili olarak yapılan soruşturma sonucu verilen kovuşturmayla yer olmadığına dair kararın gerekçesine göre, kararda usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı, dosya kapsamında maktul Ç. D.'nin yaralı olarak ele geçirildikten sonra öldürüldüğüne dair kamu davası açmaya yeterli delil bulunmadığı kanaatine varıldığından itirazın reddine. ..."

23. Mahkemenin kararı 7/8/2013 tarihinde başvuru vekiline tebliğ edilmiş ve süresi içinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılmıştır.

B. İlgili Hukuk

24. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun "Zor ve silah kullanma" kenar başlıklı 16. maddesi şöyledir:

"(Değişik: 2/6/2007-5681/4 md.) Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kırarak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir.

Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir.

İkinci fıkrada yer alan;

a) Bedenî kuvvet; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedenî gücü,

b) Maddî güç; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını,

ifade eder.

Zor kullanmadan önce, ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtarı yapılır. Ancak, direnmenin mahiyeti ve derecesi

göz önünde bulundurularak, ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir.

Polis, zor kullanma yetkisi kapsamında direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacağı araç ve gereç ile kullanacağı zorun derecesini kendisi takdir ve tayin eder. Ancak, toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir.

Polis, kendisine veya başkasına yönelik bir saldırı karşısında, zor kullanmaya ilişkin koşullara bağlı kalmaksızın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun meşru savunma ile ilişkin hükümleri çerçevesinde savunmada bulunur.

Polis;

a) Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında,

b) Bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde,

c) Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde,

silah kullanmaya yetkilidir.

Polis, yedinci fıkranın (c) bendi kapsamında silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde “dur” çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir.

Polis, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir.”

25. 2559 sayılı Kanun’un “Adli görev ve yetkiler” kenar başlıklı 6. maddesi şöyledir:

“Polis, bu maddede yazılı görevlerinin yanında, Ceza Muhakemesi Kanunu ve diğer mevzuatta yazılı soruşturma işlemlerine ilişkin görevleri de yerine getirir.

Polis, bir suça ilişkin olarak kendisine yapılan sözlü ihbar ve şikâyetleri ve görevi sırasında öğrendiği suça ilişkin bilgileri yazılı hale getirir.

Edinilen bilgi veya alınan ihbar veya şikâyet üzerine veya kendiliğinden bir suçla karşılaşan polis, olay yerinde kişilerin ve toplumun sağlığına, vücut bütünlüğüne veya malvarlığına zarar gelmemesi ve suçun delillerinin kaybolmaması ya da bozul-

maması için derhal gerekli tedbirleri alır.

Bir suç işlendiği veya işlenmekte olduğu bilgisini edinen polis, olay yerinin korunması, delillerin tespiti, kaybolmaması ya da bozulmaması için acele tedbirleri aldıktan sonra el koyduğu olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri derhal Cumhuriyet savcısına bildirir ve Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda işin aydınlatılması için gerekli soruşturma işlemlerini yapar.

Yapılacak araştırma sonunda edinilen bilginin bir kabahate ilişkin olduğu hallerde, konu araştırılarak gerekli yasal işlem yapılır veya yapılması sağlanır.

Olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan polis, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men eder.

Polis, suçun delillerini tespit etmek amacıyla, Cumhuriyet savcısının emriyle olay yerinde gerekli inceleme ve teknik araştırmaları yapar, delilleri tespit eder, muhafaza altına alır ve incelenmek üzere ilgili yerlere gönderir.

Olay yeri dışında kalan ve o suça ilişkin delil elde edilebileceği yönünde kuvvetli şüphe sebebi bulunan konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yapılacak işlemler için Ceza Muhakemesi Kanununun arama ve elkoymaya ilişkin hükümleri uygulanır.

Polis, olaydaki failin, gözaltına alınan şüpheli ile aynı kişi olup olmadığının belirlenmesi bakımından zorunlu olması halinde, Cumhuriyet savcısının talimatıyla teşhis yaptırabilir.

...

26. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlıklı İkinci Bölüm'ün "Kanunun hükmü ve amirin emri" kenar başlıklı 24. maddesi şöyledir:

" (1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

(2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.

(3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.

(4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellenmediği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.

27. Anılan Kanun'un "Meşru savunma ve zorunluluk hali" başlıklı 25. maddesi şöyledir:

"(1) Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, ger-

çekleşmesi 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.” Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri

28. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri” başlıklı 161. maddesi şöyledir:

“(1) Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir; yukarıdaki maddede yazılı sonuçlara varmak için bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir. Cumhuriyet savcısı, adli görevi gereğince nezdinde görev yaptığı mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapmak ihtiyacı ortaya çıkınca, bu hususta o yer Cumhuriyet savcısından söz konusu işlemi yapmasını ister.

(2) Adli kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeyle ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.

(3) Cumhuriyet savcısı, adli kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir. (Ek cümle: 25/5/2005 - 5353/24 md.) Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir.

...”

29. Anılan Kanun’un “Adli kolluk ve görevi” başlıklı 164. maddesi şöyledir:

“(1) Adli kolluk; 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8, 9 ve 12 nci maddeleri, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7 nci maddesi, 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesi ve 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 4 üncü maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder.

(2) Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adli kolluğa yaptırılır. Adli kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adli görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir.

(3) Adli kolluk, adli görevlerin haricindeki hizmetlerde, üstlerinin emrindedir.”

30. Anılan Kanun'un "Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar" başlıklı 172. Maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

" Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir. Bu karar, suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirilir. Kararda itiraz hakkı, süresi ve mercii gösterilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

31. Mahkemenin 16/7/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
nun 14/8/2013 tarih ve 2013/6319 numaralı bireysel başvurusu incelenip gere-
ği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

32. Başvurucu, silah kullanılmasını gerektiren bir durum söz konusu olma-
masına rağmen güvenlik görevlilerince silah kullanılarak oğlunun ölümüne
sebebiyet verildiğini, soruşturmanın önemli bir kısmının şüpheli konumunda
olan kolluk tarafından yürütüldüğünü, işkence suçunun soruşturma konusu
yapılmadığını ve KYO kararında işkence iddialarının incelenmediğini, am-
bulans şoförü ve diğer sağlık görevlileri hakkında sadece görevi kötüye kul-
lanmaktan idari soruşturma başlatıldığını fakat insan öldürmeye iştirakten
hiçbir soruşturma açılmadığını belirterek Anayasa'nın 17. ve 40. maddelerin-
de güvence altına alınan yaşam hakkının, işkence ve eziyet yasağının ve etkili
başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tazminat talebinde bulun-
muştur.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Yaşam Hakkının İhlal Edildiği İddiası

33. Başvuru konusu olayda polisin gereksiz yere silah kullanması suretiyle
Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine dair iddiaların 6216 sayılı Ka-
nun'un 48. maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığı görülmek-
tedir. Başka bir kabul edilemezlik nedeni de görülmediğinden başvurunun
bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. İşkence ve Eziyet Yasağının İhlal Edildiği İddiası

34. Başvuru konusu olayda başvuru-
cunun oğlunun etkisiz olarak ele geçi-
rildiği yerde polis tarafından darp edildiği ve bu yöndeki iddiaların soruştur-
ulmadığından bahisle Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen işkence ve
eziyet yasağının ihlal edildiğine dair iddiaların da açıkça dayanaktan yoksun

olmadığı görülmektedir. Başka bir kabul edilemezlik nedeni de görülmediğinden başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Yaşam Hakkının Esasının İhlal Edildiği İddiası

i. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlığın Görüşü

35. Başvurucu, başvuru konusu olayın son aşamasında, yani Ç. D.'nin yaralı olarak ele geçirildiği anda kendisinde silah bulunmadığını, onda olduğu iddia edilen silahlarda kendisinin parmak izinin bulunduğu tespit edilmediğini, silahların sonradan kendisinin yanına getirildiğini, bu nedenle olayda polisin silah kullanma yetkisinin bulunmadığını ileri sürmüştür. Başvurucu, ayrıca olay hakkında Savcılık tarafından verilen KYO kararında silah kullanma yetkisinin meşru sınırlar içinde gerçekleştiği sonucuna ulaşılırken, polisin hazırladığı “olay tutanağı”nda ve tanık ve şüpheli sıfatıyla sorgulanan polislerin ifadelerinde, Ç.D.'nin kendilerine doğru birden fazla ateş ettiği, kendilerinin de bu ateşe karşılık vermek zorunda kaldıklarının beyan edilmesine rağmen, Savcılığın bu beyanları esas almadığını (alamadığını), çünkü son olayın gerçekleştiği yerde Ç. D.'nin yanında bulunan iki silahta parmak izinin bulunmadığını ve vurulduğu yerde bulunan 13 adet mermi kovanının tamamının polis memurlarının silahlarına ait olduğunu, sonuç olarak ağır yaralı olmasına ve herhangi bir direniş göstermemesine rağmen oğlunun polisler tarafından sırtından vurularak öldürüldüğünü ileri sürmüştür.

36. Bakanlık görüşünde, polis tarafından kullanılan gücün haklı ve gerekli olup olmadığının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiği, AİHM'ye göre Devlet görevlilerinin güç kullandığı durumlarda sadece güce başvuran görevlilerin eylemlerini değil, aynı zamanda hukuki ve düzenleyici çerçeve, bu çerçevenin hazırlanması ve denetlenmesine ilişkin hususlar da dâhil ilgili bütün koşulların göz önünde tutulması gerektiğinin kabul edildiği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 2. maddesinin 2. paragrafının sadece kasıtlı adam öldürmenin meydana geldiği durumları değil, kasıtsız bir şekilde ölümle sonuçlanabilecek «*güce başvuru yollarının*» oluşabileceği durumları da kapsadığı, bununla birlikte zor kullanmanın 2. maddenin a., b. veya c. bentlerinde bahsedilen amaçlardan birinin gerçekleştirilmesi için “*mutlak zorunlu*” durumlarda kullanılması gerektiği, başvuru gücün bahsedilen amaçlarla kesinlikle orantılı olması gerektiğinin kabul edildiği, AİHM'nin Türkiye hakkındaki açılan davalarla ilgili bazı kararlarında, olay hakkındaki değerlendirmesini, olaydan kopuk bir bakış açısı ile olayın sıcaklığıyla karşılık vermek zorunda kalmış memurların değerlendirmesinin yerine koyamayacağına hükmettiği, başka türlü bir hük-

me varmanın Devletler ve görevini ifa etmekte olan kolluk kuvvetleri üzerine gerçekçi olmayan bir yük getirmek, belki de bunların ve diğer kişilerin hayatını tehlikeye atmak anlamına geleceğini kabul ettiği belirtilmiştir.

37. Bakanlık görüşünde ayrıca AIHM'nin, polisin silah kullanma yetkisini düzenleyen 2559 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ceza mahkemelerince yorumlanma biçimine bakarak, bu yasal çerçevenin temelde kusurlu olduğu ve Sözleşmenin günümüz Avrupa'sının demokratik toplumlarında gerekli kıldığı yaşam hakkını kanunla koruma düzeyinin altında kaldığı sonucuna vardığı ifade edilmiştir.

38. Bakanlık görüşünde somut olayla ilgili şu değerlendirmeler yapılmıştır: Başvuruya konu olayda, önceden planlanan ve çerçevesi çizilen bir polis operasyonu bulunmadığı, yapılan bir ihbar sonucu polisin olay yerine gitmesi ve beklenmedik bir şekilde polise ateş edilmesi ve polis memurlarından birisinin vefat etmesi ve diğerinin yaralanması neticesinde başlayan takip ve yakalamanın söz konusu olduğunun hatırd tutulması gerekmektedir. Bu süreç, olay akşamı saat 20.10 ile saat 21.50 arasında kapsayan yaklaşık iki saatlik bir zaman dilimini kapsamaktadır. Bu süreçte polis telsizinde sürekli anonslar yapılarak, polis ekipleri sürekli bilgilendirilmiş ve yönlendirilmiştir. Ayrıca, Ç. D.'nin polis memurlarına karşı ateşli silah kullanmış olması ve çevresine ateş etmiş olması ve kaçarken silahlı oluşu nazara alındığında, olayın sıcaklığı ve gerçek bir tehdit olgusunun varlığı kabul edilmelidir. Ç. D.'nin yakalanması amacıyla yapılan müdahale öncesi hazırlığın ve müdahalenin kontrolünün değerlendirmesinin bu koşullar dikkate alınarak yapılması Anayasa Mahkemesinin takdirine bırakılmıştır.

39. Bakanlık görüşünde ayrıca, olay hakkında yürütülen soruşturma kapsamında elde edilen bulgulardan Ç. D.'nin ölümünün uzak atış sonucu gerçekleştiğinin tespit edildiği, vücuduna altı mermi isabet ettiği, bunların döğdünün kol, bacak ve omuz gibi bölgelere, diğer ikisinin ise öldürücü bölge olan göğüs ve karın bölgesine geldiğinin Cumhuriyet Savcısı tarafından tespit edildiği, dinlenen tanıklar, yakalamada görev alan tüm polis memurları ve bilgisine başvuru olan diğer kişiler, polisin ateş etmeden önce defalarca uyardığını, Ç. D.'nin teslim olmasını istediğini, buna rağmen Ç. D.'nin bu çağrılara ateş ederek karşılık verdiğini belirttikleri, soruşturma dosyasında yer alan cep telefonu baz istasyonu bilgileri, kamera kaydı çözüm tutanakları ve telsiz görüşmeleri tutanaklarının da tanık ve polis memurlarının beyanları ile örtüştüğü, vefat eden polis memurlarına yapılan otopsiler ve alınan kriminal ekspertiz raporlarından, bu polis memurlarının Ç. D.'ye ait olan av tüfeğı ile Ç. D. tarafından öldürülen polis memurlarının üzerinden alınan tabancalar ile açılan ateş sonucu öldüğünün belirlendiğı, ayrıca öldürülen polis memurla-

rının silahları üzerinde bulunan kanın Ç. D.'ye ait olduğunun tespit edildiği, Ç. D.'nin şizofreni hastası olduğu ve tedavi gördüğünün yakalama esnasında polise bildirilmediği, bu koşullar altında polis tarafından haksız ve gereksiz güç kullanılıp kullanılmadığının değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

40. Başvurucular, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamışlardır.

ii. Konuya İlişkin İlkeler

41. Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesinin birinci ve dördüncü fıkraları şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır."

42. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardan olup devletin bu konuda pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletin, negatif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme, bunun yanı sıra, pozitif bir yükümlülük olarak, yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 50-51).

43. Anayasa Mahkemesinin yaşam hakkı kapsamında devletin sahip olduğu pozitif yükümlülükler açısından benimsediği temel yaklaşıma göre, devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında gerçekleşen ölüm olaylarında Anayasa'nın 17. maddesi, devlete, elindeki tüm imkânları kullanarak, yaşamı tehlikede olan kişileri korumak için yeterli yasal ve idari bir çerçeve oluşturma ve oluşturulan bu çerçevenin gereği gibi uygulanmasını ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal tedbirleri alma görevi yüklemektedir. Bu yükümlülük, kamusal olsun veya olmasın, yaşam hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyet bakımından geçerlidir (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 52).

44. Kamu görevlilerinin güç kullanması sonucu gerçekleştiği iddia edilen ölüm olaylarının da şüphesiz devletin sahip olduğu "hiçbir bireyin yaşamına

son vermeme” negatif yükümlülüğü kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Bu yükümlülük hem kasıtlı bir biçimde öldürmeyi hem de kasıt olmaksızın ölümle sonuçlanan güç kullanımını içermektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *McCann/Birleşik Krallık*, B.No: 18984/91, BD, 27/9/1995, § 148). Yukarıda yer verilen 2559 sayılı Kanun’un 16. maddesinde (§ 24) belirtildiği üzere, güç kullanımı, bedenî kuvvet kullanılması, diğer maddî güç araçlarının kullanılması veya silah kullanılması şeklinde gerçekleştirilebilir.

45. Anayasanın 17. maddesinin son fıkrasına göre, kamu görevlilerince güç kullanılmasının bir anlamda en ağır düzeyini ifade eden silah kullanılması na “*meşrû müdafaa*” ile “*yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi*” gibi kuralda sayılan durumlarda cevaz verilebilecektir. Ancak söz konusu durumlarda, öldürücü kuvvete başvurulmasının yaşam hakkının ihlalini doğurmaması için, güç kullanmayı gerekli kılacak “*zorunlu bir durum*” un varlığı aranacaktır.

46. Anayasa Mahkemesinin kanunların Anayasa’ya uygunluklarının denetimi kapsamında bu konuda daha önce verdiği kararlarında, kişilere karşı silah kullanılmasına olanak sağlayan Anayasa’nın 17. maddesinin, koşulları gerçekleştğinde kolluk güçlerinin bedeni kuvvet ve maddi güç kullanmasına öncelikle izin vereceğinin kuşkusuz olduğu, kamu düzenini sağlamakla yükümlü olan polisin, suç niteliğinde olan eylemleri başka türlü engelleme olanağı kalmadığında, son çare olarak zora başvurabilmesine yönelik düzenlemelerin Anayasa’ya aykırılık oluşturmayaacağı, diğer yandan, kolluk güçlerinin kendilerine karşı kullanılacak güç ile orantılılığı aranmaksızın ve kademeli olarak etkisiz kılma yöntemleri belirtilmeksizin “*ateşli silah*” kullanmalarına imkan veren yasal düzenlemelerin Anayasa’ya aykırı olacakları ifade edilmiştir (Anayasa Mahkemesinin 26/11/1985 tarih ve E.1985/8, K.1986/27 sayılı kararı, Anayasa Mahkemesinin 6/1/1999 tarih ve E.1996/68, K.1999/1 sayılı kararı).

47. Anayasa’nın “*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*” başlıklı 13. maddesi şöyledir:

“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.”

48. Bütün temel hak ve özgürlükler için geçerli sınırlama koşullarını düzenleyen Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi gereği kişilerin temel haklarından mahrum bırakılmaları halinde elde edilmek istenen kamu yararı ile temel hakkından mahrum bırakılan bireyin hakları arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir (B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 37).

49. Ölçülülük ilkesi, “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “*Elverişlilik*”, öngörülen müdahalenin, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, “*gereklilik*”, ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını, yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, “*orantılılık*” ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

50. Anayasa’da yaşam hakkına güç kullanmak suretiyle yapılacak müdahalelere ilişkin yer alan yukarıdaki hükümler ve Anayasa Mahkemesinin bu konuda daha önce vermiş olduğu kararlar birlikte değerlendirildiğinde, kolluk güçlerinin ancak Anayasa’da belirtilen amaçlara ulaşmak adına başka bir çarenin kalmadığı “*zorunlu durumlarda*” ve (silah kullanarak ulaşılmak istenen amaç ile karşı karşıya kalınan güce nispeten) “*ölçülü*” bir biçimde silah kullanabilmelerine izin verdiği söylenebilecektir.

51. Anayasamızdaki düzenlemeye benzer şekilde, AİHS’nin 2. maddesine göre bir ölüm, a) bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması durumlarında, “*mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı*” sonucunda meydana gelmişse, yaşam hakkının ihlalinin gerçekleştiğinden söz edilemez.

iii. İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

52. Anayasa Mahkemesi açısından, somut olayın gelişimine ilişkin başvurucunun iddiaları ile soruşturma kapsamında elde edilen bulgu ve ulaşılan sonuçlar arasında bazı farklılıklar bulunmakla birlikte, olayın değerlendirilmesine imkân sağlayacak düzeyde yeterli maddi ve kanıtlayıcı unsurun bulunduğu görülmektedir.

53. Yaşam hakkı kapsamında devletin, öncelikle yaşamı tehlikeye girebilecek kişilerin yaşamını korumak için yeterli yasal ve idari bir çerçeve oluşturması gerekmektedir (§ 43). Aynı yükümlülük doğrudan bireylerin yaşamlarının sona ermesine yol açabilecek kolluk güçlerinin silah kullanılması halleri için de geçerlidir. Bu yükümlülüğün yanı sıra, oluşturulan bu çerçevenin gereği gibi uygulanmasının devlet tarafından sağlanması gerekmektedir.

54. Başvuru konusu olayda polislerin silah kullanımının dayanağını oluşturduğu anlaşılan 2559 sayılı Kanun’un yukarıda yer verilen 16. maddesi hükmünün, Anayasa’nın silah kullanımının koşullarına ilişkin ilkeleri yönünden incelendiğinde, düzenlemenin, (Anayasa’nın 17. maddesine uygun

bir şekilde) hangi amaçlarla ve hangi ölçüde güç kullanılabileceğini ortaya koyduğu, öncesinde ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtarı yapılması koşuluyla, güç kullanımının ateşli silah kullanılmasına varacak şekilde kademeli olarak arttırılabileceğini hüküm altına aldığı görülmektedir. Silah kullanımına ilişkin oluşturulan söz konusu yasal çerçevenin, Anayasa'nın 17. maddesinin aradığı güce başvurmaya cevaz verilen "*zorunlu bir durum*" koşulunu ve genel olarak Anayasa'nın 13. maddesinin temel hakların sınırlanabilmesi için aranan "*ölçülülük*" koşulunu karşıladığı görülmektedir. Bakanlık görüşünde yer verilen ve ilgili kuralın yaşam hakkı açısından gerekli kanunla koruma düzeyinin altında kaldığı sonucuna ulaşılan AİHM kararları, 2559 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 2/6/2007 tarih ve 5681 sayılı Kanun tarafından değiştirilmeden önceki haline ilişkin olup, kuralın yeni hali hakkında AİHM'nin bu yönde bir değerlendirmesinin bulunmadığı görülmektedir.

55. Bu durumda, söz konusu yasal çerçevenin somut olayda ne şekilde uygulandığının incelenmesi gerekmektedir.

56. Başvuru konusu olayın gelişimi incelendiğinde, polisin silah kullanımının ilk andan itibaren genel olarak bir "*zanlının yakalanmasına yönelik*" olduğu ancak yer yer Ç. D. ile polis arasında gerçekleşen karşılaşmalarda silah kullanımının polisler açısından "*meşru müdafaa*" niteliği arz edip etmediğinin tartışılması gerektiği görülmektedir. Bu durumda, öncelikli olarak, başvuru konusu olay açısından temel olarak silah kullanımının söz konusu iki hal için bir "*zorunluluk*" arz edip etmediğinin incelenmesi gerekmektedir (§ 50).

57. Kamu görevlilerinin güç kullanımına ilişkin eylemlerinin bu konuda değerlendirmesi yapılırken sadece fiilen gücü kullanan görevlilerin eylemlerinin değil, söz konusu eylemlerin planlanması ve kontrolü dâhil olayın bütün aşamalarının dikkate alınması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *McCann/Birleşik Krallık*, B. No: 18984/91, BD, 27/9/1995, § 150). Bunun yanı sıra bu konuda yapılacak değerlendirmede bir bütün olarak somut olayın hangi koşullarda gerçekleştiğinin ve nasıl bir seyir izlediğinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Andronicou ve Constantinou/Kıbrıs*, B. No: 25052/94, 9/10/1997, § 182).

58. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesinin doğrudan ilgili soruşturma ve yargılama makamlarının yerine geçecek şekilde gerçekleşen olaylardaki delillerin değerlendirmesini kendisinin yapması söz konusu olamaz ve bu konuda asıl sorumlu ve yetkili olanlar ilk elden olayları inceleyen yetkili adli ve idari mercilerdir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi ilk derece yetkili mercilerin değerlendirmelerine tamamen bağlı kalmak zorunda olmayıp, kesin ikna edici bulgulara dayanarak farklı bir değerlendirmede bu-

lunabilir (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *McKerr/Birleşik Krallık*, B. No:28883/95, 4/4/2000 *Klaas/Almanya*, 22/9/1993, §§ 29-30).

59. Somut olayda operasyonun planlamasına ve kontrolüne ilişkin değerlendirmeler yapılırken, Bakanlık görüşünde ifade edildiği üzere, olayların yapılan bir ihbar sonucu polisin olay yerine gitmesi ve beklenmedik bir şekilde polise ateş edilmesi ve polis memurlarından birisinin vefat etmesi ve diğerinin yaralanması neticesinde başlayan takip ve yakalama süreci şeklinde gerçekleştiğinin dikkate alınması gerekmektedir. Başvuru konusu olayda gerçekleşen polis müdahalesi, önceden planlama, istihbarat ve hazırlık çalışmaları yapılmış bir operasyon olmayıp anlık bir olay sonucu başlayan ve yaklaşık iki saat içerisinde başlayıp sona eren bir operasyondur. Bu nedenle ancak bu süre zarfında gerçekleşen yönlendirme ve kontrol eylemlerine ilişkin bir değerlendirme yapılabilecektir.

60. Ancak bu konuda başvuru konusu olayda yürütülen soruşturma kapsamında elde edilmiş net bir bilgi bulunmadığı görülmektedir. Başvuru dilekçesi ekinde sunulan telsiz kayıtlarından anlaşıldığı kadarıyla kaçan kişinin yerini tespiti ilişkin yönlendirmelerin bulunduğu, bunun yanı sıra olaya müdahale eden polisler için kayıtlarda bu konuda, *“bölgede bulunan ekipler mutlak suretle kendi can güvenliğini alsınlar” “şahsı aldık”, “şahsı alan ekibimiz 3351 sokak üzerindesiniz, doğru mu, sakın olur musunuz”, “ambulans gelsin” “yaralı şahsın şüpheli şahıs olduğu söylüyor, doğruysa sakın olsun” “yakın ekipleriniz kalabalığı dağıtmak için ekipleriniz intikal edebilirler mi”, “bölgedeki resmi ekipler talimat beklemeksizin bize yakın çevre güvenliğini alın”* şeklinde bilgi ve talimat verme niteliğinde anonslarının yapıldığı görülmektedir. Başvurucunun da doğrudan bu konuya yönelik bir usulsüzlük iddiası da bulunmamaktadır. Başvurucu bu konuda sadece temel olarak üçüncü ve son karşılaşmada oğlunun silahsız olduğunu ve ele geçirildikten sonra vurulduğunu iddia etmektedir.

61. Anayasa Mahkemesi açısından bu konuda polis memurlarının üstleri tarafından Ç.D.’yi yakalamak için nasıl yönlendirildiklerinin net bir biçimde tespit edilmesi olanaksız olmakla birlikte, olayın gelişim şekli, kayda geçen anonslar ve olaya müdahale eden polislerin ve diğer tanıkların Savcılık soruşturmasında verdikleri beyanlar birlikte değerlendirildiğinde, polis ekiplerinin can güvenliklerinden endişe duydukları, buna yönelik tedbirlere dikkat edilmesi yönünde talimatlar verildiği, şahsın yaralı olarak ele geçirildiği bilgisinin alınması öncesi ve sonrasında herhangi bir şekilde o ana kadar kimliği tespit edilememiş Ç.D.’nin doğrudan can güvenliğini hiçe sayar bir şekilde yönlendirmenin olduğundan söz edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Aksine, yakalama öncesi temel olarak polislerin kendi can güvenlikleri açısından

tedbirler alınması, yakalama sonrası ise olay yeri güvenliğinin sağlanması ve sükûnetin teminine ilişkin yönlendirmelerin yapıldığı görülmektedir. Bu durumda operasyonun planlanması ve uygulanmasının yaşam hakkını ihlal ettiği söylenemez.

62. Polis müdahalesinin planlanması ve kontrolüne ilişkin bu değerlendirmeler sonrasında doğrudan olaya müdahale eden polislerin eylemlerinin incelenmesi gerekmektedir. Bakanlık görüşünde belirtildiği üzere, somut olayda, soruşturma sonucunda başvurunun oğlu Ç. D.'nin yakalama esnasında polise teslim olmaması nedeniyle yaşanan silahlı çatışmada, polis memurlarınca açılan ateş sonucu öldüğü Savcılık tarafından kabul edilmiştir. Bu durumda, tartışmalı olmayan bu hususta polis tarafından kullanılan gücün (soruşturma kapsamında olayın gelişimine ilişkin yapılan tespitler ve ulaşılan sonuç ile başvurunun iddiaları birlikte değerlendirilerek) Anayasa'nın 17. maddesinin aradığı *"kanunen cevaz verilen zorunlu bir durumda"* gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda bir karar verilmesi gerekmektedir.

63. Bu konuda bir sonuca ulaşılırken, ölüm olayının gerçekleşme şartlarının dikkatlice incelenmesi, yaşamını kaybeden kişinin daha önceki eylemlerinin ve kendisinin yaratacağı tehlikenin niteliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir (*Nachova ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No:43577/98 ve 43579/98, BD, 06/07/2005, § 106).

64. Başvuru konusu olay hakkında yürütülen soruşturma kapsamında Savcılık tarafından verilen KYO kararında (§ 21) olayın gerçekleşme seyri konusunda yapılan tespitlere ilişkin başvurunun temel iki farklı iddiası bulunduğu görülmektedir. Dolayısıyla, başvurunun ilk ihbar sonrasında 20.10 civarında motosikletli polis ekibinin Ç.D. ile karşılaşmasında yaşanan olaylar ile saat 20.30 sıralarında Ç.D.'nin Fatih Mahallesi Kepez (Cezaevi) kavşağı olarak isimlendirilen yerde araç içerisinde durdurulması sonrasında gerçekleşen ikinci karşılaşmanın seyri hakkında Savcılık kararında yapılan tespitlere yönelik farklı bir iddiasının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

65. Başvurucu, ilk olarak, üçüncü, yani son karşılaşmada Ç.D.'nin yanında herhangi bir silah bulunmadığını, karşılıklı bir silahlı çatışma yaşanmadığını, Ç.D.'nin ele geçirildikten sonra vurularak öldürüldüğünü, dolayısıyla bu olayda polisin silah kullanma yetkisi bulunduğu bahsedilemeyeceğini ileri sürmektedir. Başvurucu bu iddialara dayanak olarak, Savcılığın verdiği KYO kararında Ç.D.'nin son olayda yanında iki silah bulunduğu ve polis beyanlarında ve olay yeri tutanağında 2-3 kez Ç.D. tarafından ateş edildiği ifade edilmesine rağmen, soruşturma makamının Ç. D. silahları kullanmamış olsa bile kolluğun silah kullanma yetkisinin doğacağı savına dayandığını, çünkü Ç.D.'nin ele geçirilmesi sırasında yanında bulunduğu ileri sürülen iki silah-

ta Ç.D.'nin parmak izlerinin bulunmadığı ve son olay mahallinde bulunan mermi kovanlarının hiçbirinin Ç.D.'nin kullandığı silahlara ait olmadığına yapılan incelemede ortaya çıktığını ifade etmektedir.

66. Başvurucunun bu iddiaları açısından Savcılık tarafından verilen KYO kararında olayın seyrine ilişkin yer verilen açıklamalara bakıldığında (§ 21), Ç.D.'nin; ilk karşılaşmada vurduğu polis memuru M. Ç.'nin görev silahını alarak aracıyla kaçtığı, bu araçla Kepez (Cezaevi) Kavşağı olarak isimlendirilen yerde arabasına yaklaşılarak araçtan inmesini isteyen polis memurları A.B. ve M.K'yı M. Ç.'den aldığı tabancayla vurduğu, polis memuru M.K.'nın silahını da bu noktada aldığı, olaya müdahale için gelen ikinci polis ekibinin kendisine burada uyarı atışında bulunduğu, "teslim ol" çağrısına da uymayarak karanlık sokaklara doğru kaçtığı tespitleri yapılmaktadır.

67. Ayrıca, KYO kararında (§ 21), Ç.D. tarafından alınan silahlara ilişkin şu açıklamalara yer verilmiştir:

"Cezaevi kavşağı ve devamında tespit edilen toplam 8 adet boş kovanın maktul şüpheli Ç. D.nin gasp ettiği maktul polis memuru M. Ç.'ye ait ... seri nolu ... marka tabancadan atıldığı, tespit edilebilen 3 adet boş kovanın ise yine maktul şüpheli Ç. D.nin maktul polis memuru M. K.'den gasp ettiği ... seri nolu ... marka tabancadan atılmış olduğunun hem Polis Kriminal Lab. hem de İstanbul Adli Tıp Kurumu Balistik İnceleme Şube Müdürlüğü raporuna göre belirlenmiş olduğu;..."

68. Savcılık soruşturmasında, Ç.D.'nin söz konusu iki silahı ilk iki karşılaşmada vurulan polis memurlarından aldığı bilgisinin, sadece polis tutanaklarına ve soruşturma kapsamından ifadeleri alınan polislerin beyanlarına dayanmadığı, bu yöndeki bilginin bunların yanı sıra KYO kararında ifadelerine yer verilen Ö.E., A.A., M.T., Z.K. ve R.S. isimli diğer görgü tanıklarının beyanları ve silahlar üzerinde doku örnekleri üzerinde yapılan inceleme ile teyit edildiği görülmektedir.

69. Diğer görgü tanıklarının beyanlarında, ikinci karşılaşmada iki polis memurunu vurduktan sonra Ç.D.'nin elinde iki silahla karın bölgesinden yaralı olarak kaçtığı, polislerin onu takip ettiği, kendisinin de ateş ettiği (tanık M.T.'nin ifadesine göre), polislerce havaya ve kendisine doğru ateş edildiği, karanlık bölgelere kaçtığı için takibin devam ettirilemediği bilgilerinin yer aldığı görülmektedir.

70. Başvurucunun Ç.D.'nin son olarak ele geçirildiği yerde silahsız olduğu iddialarıyla ilgili olarak (ve onları karşılayabilecek şekilde) KYO kararının 18. sayfasında şu ifadelerin yer aldığı görülmektedir:

"Maktul şüpheli Ç.D.'nin suçta kullandığı ... seri nolu ... marka tabancanın maktul şüpheli Ç.D. ele geçirildiğinde şarjörünün kanlı olduğu, boş olduğu ve ta-

bancanın namlu kısmında iki mermi bulunduğu ve mermilerin sıkışmış olduğu, muhtemelen bu noktada güvenlik güçlerine silah doğrulturken silahın tutukluk yaptığı ve bu nedenle mermide namlu sıkıştığı ve bu noktada bu silahla ateş edemediği, üzerinde ele geçirilen ... seri nolu ... marka tabancanın ise cezaevi kavşağında gasp edildikten sonra kaçış güzergahında şarjörünü düşürmüş olduğu, bu tabancanın da maktul Ç.D. ele geçirildiğinde içerisinde şarjör bulunmadığı, bu silahla da bu noktada bu sebeple ateş edemediğinin anlaşıldığı...”

71. Savcılığın KYO kararında (§ 21), söz konusu silahlarda Ç.D.’ye ait parmak izinin bulunmadığı bilgisine yer verilirken, Ç.D.’nin ilk karşılaşmada aldığı tabancanın şarjör kısmında elde edilen biyolojik bulgunun Ç.D.’nin kan örneği ile tıpatıp uyduğunun Ankara Kriminal Polis Laboratuvarı raporuyla tespit edildiği ifade edilmektedir.

72. Başvurucu KYO kararında olayın seyrine ilişkin yapılan tespitlerden ikinci olarak, Ç.D.’nin kararda dayanıldığığının aksine uzak atış sonucu öldürülmediğini, son karşılaşmada polisler tarafından etkisiz hale getirildikten sonra darp edildiğini ve sırtından vurularak öldürüldüğünü ileri sürmektedir.

73. Başvurucu bu iddiasına ilk dayanak olarak Adli Tıp Kurumu raporunda atış mesafesinin kesin olarak tespitinin (bu atışlar elbiseli bölgeye isabet etmiş olduklarından ve Ç.D. ele geçirildiğinde üzerinde bulunan elbiselerde polis tarafından yapılan incelemede kullanılan kimyasal maddeler nedeniyle) yapılamadığını, ikinci dayanak olarak da, Ç.D. etkisiz hale getirildiğinde çekilen ilk fotoğraflarda sırt bölgesinde kan bulunmazken daha sonra çekilen fotoğraflarda sırtının kan içinde olduğunun görüldüğünü ve bunun Ç.D.’nin yakalandıktan sonra sırtından vurularak öldürüldüğünün açık delili olduğunu ileri sürmektedir.

74. Savcılığın KYO kararında başvurunun bu yöndeki iddialarına yönelik yer alan bilgilere bakıldığında, Antalya Kriminal Polis Laboratuvarının 6/10/2012 tarihli ekspertiz raporunda Ç.D.’nin elbiseleri üzerinde yapılan ayrıntılı inceleme sonucunda vücuduna isabet eden atışların uzak atış olarak belirlendiği, bu hususta Ç.D.’nin cesedine ilişkin otopsi raporunda cilt ve cilt altı bulgularına göre tüm atışların bitişik atış mesafesi dışında yapıldığının belirlendiğinin ifade edildiği görülmektedir. Başvurucunun fotoğraflar üzerinden ileri sürdüğü iddiaların Savcılığın KYO kararında (sayfa 17-18) da yer aldığı, fotoğrafları çeken gazeteci S.K.’nin ayrıntılı beyanında sırtında kan olmadığı iddia edilen fotoğrafın Ç.D.’nin ayaklarının olduğu taraftan çekildiği, bu sırada polislerin Ç.D.’nin elini sırtına doğru kıvırdıkları ve üst sırt bölgesindeki kanlı kısmın bu nedenle o karede gözükmediği, aslında ilk çekilen fotoğraf karesinin Ç.D.’nin kafa bölgesi tarafından çekildiği ve bu karede üst

sırt bölgesinin kanlar içinde olduğu ve ele geçirme sırasında da herhangi bir silahlı ateş etme olayını görmediğini ifade ettiği bilgilerine yer verildiği görülmektedir.

75. Nihai olarak, Savcılığın KYO kararında Ç.D.'nin ele geçirilmesine ilişkin şu ifadelerin yer aldığı görülmektedir:

“Maktul şüpheli Ç. D.’nin özellikle cezaevi kavşağında iki polis memurunu öldürdükten sonra kaçış güzergahı dikkate alındığında bu güzergahta kan izlerinin tespit edildiği, bu kan izlerinin Ankara Kriminal Polis Lab. Raporuna göre Ç.D.’ye ait olduklarının tespit edildiği, esasen Ç.D.’nin yaralı olarak ele geçirildiği noktaya varmadan yani cezaevi kavşağından kaçarken kendisine ateş eden güvenlik güçlerince burada vurulmuş olduğu, Fatih mahallesi ara sokaklarına yaralı vaziyette kaçtığı, bu hususta da belli bir kan kaybının söz konusu olduğu ancak yaralı olarak ele geçirildiği bölgede de maktül şüpheli Ç.D.’ye polis memurlarınca pek çok kez olduğu bölgeye ateş edilmiş olduğu, olay yerinden elde edilen boş kovanlardan da bu hususun tespit edildiği...”

76. Savcılığın KYO kararında, başvurucunun her iki başlık altında (§ 65, § 72) KYO kararından farklı olarak ileri sürdüğü hususların, soruşturma kapsamında elde edilen polis tutanakları, keşif bilgileri, olay yeri inceleme raporu, kriminal ekspertiz raporu, otopsi raporu, balistik inceleme raporu, polis ve diğer görgü tanıklarının beyanları bir bütün olarak değerlendirilerek, olayın gelişimine ilişkin makul ve ciddi nitelikte herhangi bir kopukluk arz etmeyecek surette açıklanmış olduğu görülmektedir.

77. Olayın oluşumuna ilişkin delillerin değerlendirilmesi idari ve yargısal makamların ödevidir. Ancak Anayasa Mahkemesi başvuru konusu olayın gelişim şeklini anlayabilmek ve güvenlik kuvvetlerince kullanılan gücün Anayasa’nın 17. maddesinde öngörülen “zorunlu bir durumda” gerçekleşip gerçekleşmediğini nesnel bir şekilde değerlendirmek için olayın oluşum şeklini incelemesi gerekmektedir.

78. Soruşturma dosyasında olayın seyri konusunda yer alan bilgiler, bu konuda başvurucunun ileri sürdüğü yukarıdaki hususlar da göz önünde bulundurularak incelendiğinde, Ç.D.’nin Cezaevi Kavşağında iki polis memurunu vurduktan sonra polis memurlarından birinin daha silahını aldığı, olay yerine gelen ikinci polis ekibi ile çatışmaya girdiği, elinde iki silah ve karın bölgesinden yaralı olarak karanlık sokaklara kaçtığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, ilk iki karşılaşmada polislere yönelik eylemleri dikkate alındığında, silahlı olarak akşam karanlığında kaçan Ç.D.’nin operasyona katılan polisler açısından tehlike arz ettiğinin kabulü gerekmektedir (§ 63). Bu durumda olaya müdahale için gelen polislerin doğal olarak, karşılarında bulunan silahlı bir saldırganı ele geçirmek veya kendilerine zarar vermesine engel olmak adına, silah

kullanmak zorunda kalabileceklerini düşünerek olay mahalline geldiklerinin kabul edilmesi gerekir.

79. Yakalanmak istenen bir kişinin güvenlik güçlerinin veya üçüncü şahısların yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik bir tehdit oluşturduğu biliniyor ve öncesinde bu yönde bir şiddet eylemi gerçekleştirdiğinden şüpheleniyorsa artık bu kişinin etkisiz hale getirilebilmesi için silah kullanımının gerekli olmadığı ve silah kullanmak dışında başka yöntemlere başvurulabilecek durumda oldukları söylenemez (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Kakoulli/Türkiye*, B. No: 38595/97, 22/11/2005, § 108, *Nachova ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 43577/98 ve 43579/98, BD, 06/07/2005, § 95). Dolayısıyla, somut olayın koşullarında, Ç.D.'nin yakalanabilmesi veya polisler ve üçüncü kişilere zarar vermemesini sağlamak için polislerin silahlarını kullanmalarının bir “zorunluluk” arz ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

80. Bu durumda olayın üçüncü ve son aşamasında olayın seyri içerisinde polislerin silah kullanımlarının “zorunlu bir durumdan” kaynaklanan “ölçülü” bir silah kullanımı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

81. Bu konuda bir inceleme yapabilmek adına somut olayın seyrine ilişkin soruşturma dosyası kapsamında nesnel olarak ortaya konulmuş bilgilere baktığında, olaydaki ilk iki karşılaşmada Ç.D.'nin kendisine soru sormak veya kendisini durdurmak amacıyla yaklaşan polisler beklenmedik şekilde silahlı saldırıda bulunduğu, bu iki saldırı sonrasında silahlı ve yaralı bir halde kaçmaya çalıştığı, ikinci çatışma sonrası da dâhil olmak üzere güvenlik güçlerinin sözlü uyarı ve havaya ateşle uyarılarına Ç.D.'nin uymadığı, kaçmaya çalışması üzerine arkasından ateş açıldığı, aracıyla kaçmaya çalışırken durdurulması sonrasında yaşanan ikinci saldırı sonrası karşılıklı silah atışının bir süre daha devam ettiği, daha sonra Ç.D.'nin yaya olarak akşam karanlığında şehir merkezinde ara sokaklara girerek kaçmaya çalıştığı, bu sırada hala silahlı ve karın bölgesi dâhil vücudunun çeşitli bölgelerinden yaralı olduğu, son olarak ele geçirildiği yerde elinde iki silah olduğu halde bir ağacın arkasına saklandığı anlaşılmaktadır. Olayın bu şekilde seyrettiğinin soruşturma dosyası kapsamında alınan polis ifadeleri ve olay yeri inceleme, balistik inceleme ve otopsi incelemesi gibi yapılan teknik incelemelerin yanı sıra diğer sivil görgü tanıklarının beyanları ile teyit edildiği görülmektedir. Başvurucunun olayın gelişimi noktasında ileri sürdüğü aksi yöndeki iddialar, Savcılık tarafından verilen KYO kararında da irdelenmiş ve söz konusu karardaki ifadeyle “şikâyetlerini doğrulayıcı herhangi somut bir delil bulunmadığı” sonucuna ulaşılmıştır.

82. Soruşturma dosyasında yer alan bu tespitler karşısında, ilk iki saldırının Ç.D. tarafından gerçekleştirilmesi, sözlü olarak ve silah atışları ile uyarılma-

sına rağmen zanlının kaçmaya çalışması, gece karanlığından yararlanarak silahlı olarak gözden kaybolması ve kovalamacanın devam etmesi dikkate alındığında olayın bu son aşamasında Ç.D.'nin polisler ve üçüncü şahıslar için hala ciddi bir tehlike arz ettiğinin kabulü gerekmektedir.

83. Önceki iki paragrafta yapılan tespitler nazara alındığında olayın üçüncü aşamasının önceki iki aşamadan bağımsız olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı görülmektedir.

84. Ç.D.'nin elindeki iki silahın kaçış sırasında belirli bir noktada (birinin şarjörünün düşmesi diğerinin tutukluk yapması nedeniyle) etkisiz hale geldiği olay sonrasında yapılan incelemede anlaşılmıştır. Olay sırasında kendisini takip eden polislerin Ç.D.'nin son olarak ele geçirildiği yerde veya daha önceki bir aşamada silahlarının etkisiz hale geldiğini bilmeleri mümkün değildir. Aksine, onu kovalayan polisler yanında silah olduğu ve önceki karşılaşmalar da olduğu gibi Ç.D.'nin kendilerine ateş edilebileceği düşüncesine sahiptiler. Bu nedenle, başvurunun ileri sürdüğü gibi, Ç.D.'nin ele geçirildiği noktada sadece operasyona katılan polislerin silahlarından çıkan mermi kovanlarının bulunması tek başına Ç.D.'nin etkisiz hale geldiği anlaşıldıktan sonra polislerin silah kullanmaya devam ettikleri ve bu nedenle kullanılan gücün ölçülü olmadığı değerlendirmesi yapılmasını mümkün kılmamaktadır.

85. Olay sonrası yapılan soruşturma kapsamında yapılan otopsi incelemesinde, Ç.D.'nin vücuduna 6 merminin isabet ettiği, bunlardan ikisinin karın ve göğüs bölgesine diğer dördünün kol bacak gibi hayati tehlike oluşturmayacak bölgelere isabet ettiği anlaşılmış, Ç.D.'nin ölümünün *“göğüs ve karın boşluğuna nafiz ateşli silah mermi çekirdeği yaralanmalarına bağlı ... iç organ harabiyetleriyle iç dış kanama sonucu meydana geldiği”* belirtilmiştir. Kovalamacanın hangi aşamasında aldığı kurşun yarasının Ç.D.'nin ölümüne yol açtığını tespit etmek mümkün görünmemektedir. Çünkü İstanbul Adli Tıp Kurumu Başkanlığının soruşturma kapsamında vermiş olduğu rapora göre, Ç.D.'nin cesedinden çıkan 4 adet kurşun parçasının kıyaslama niteliğinin bulunmadığı dolayısıyla hangi polisin silahından çıkan mermi ile vurulduğunun tespit edilemediği belirtilmiştir. Bu konuda soruşturma dosyasında somut olarak Ç.D.'nin ikinci saldırı sonrası silahlı ve karın bölgesinden yaralı olarak kaçtığını ifade eden tanık beyanları ve kaçış güzergâhı üzerinde tespit edilen kan izleri bulunduğu bilgisi yer almaktadır. Polis Kriminal Laboratuvarının raporuna göre atışların *“uzak atış”* niteliğinde olduğu tespiti yapılmış olmakla birlikte bu tespit Adli Tıp Kurumunun raporu ile kesin olarak teyit edilememiştir. Ancak Adli Tıp Kurumunun raporunda aksine bir tespit de yapılmamış olup olay sürecinde en son ele geçirilme anı dışında polislerin Ç.D.'nin yanına yaklaşmadıkları anlaşılmaktadır. Ç.D.'nin son olarak görüldüğü yerde, uzak mesafeden polis-

lerce yapılan atışlar sonucu Ç.D.'nin yere kapaklandığı, ancak o anda zanlının etkisiz hale geldiğinin anlaşılacak kendisinin yanına yaklaşılabildiği anlaşılmaktadır. Başvurucunun bu iddialarına soruşturma sürecinde muhatap olan Savcılık, bu noktadan sonra (yani Ç.D. etkisiz hale getirildikten sonra) Ç.D.'ye yönelik silah kullanıldığına dair soruşturma kapsamında destekleyici hiçbir somut bulguya ulaşamadığına karar vermiştir.

86. Bu bölümde yer verilen tespitler bir araya getirildiğinde şu sonuçlara ulaşılmaktadır: 1. Somut olayın koşullarında daha önce sözle ve silah atışıyla yapılan uyarılara uymaması nedeniyle polislerin silah kullanmak dışında Ç.D.'yi yakalamak için başka araçlarının bulunduğunu kabul etmek mümkün değildir. 2. Olay şehir merkezinde, yer yer kalabalık olan bölgelerde ve akşam karanlığında gerçekleşmiştir. Olayda iki ayrı durumda üç polis memurunu öldüren ve silahlı olarak kaçan Ç.D. hala tehlike oluşturmaktadır. 3. Yapılan atışlar uzak mesafeli ve kaçan zanlıyı durdurmaya yönelik atışlar olup, zanlının etkisiz hale getirilmesinden sonra onu öldürmeye yönelik doğrudan öldürücü bölgelere hedef alan atışlar yapıldığını gösteren herhangi bir bulguya rastlanılmamıştır.

87. Sonuç olarak, bu şartlar altında gerçekleşen polislerin silah kullanımının, yakalama ve meşru müdafaa halinde kanunun cevaz verdiği “zorunlu bir durum”dan kaynaklandığı ve kullanılan silah gücünün “ölçüsüz” olmadığının kabulü gerekmektedir.

88. Anayasa Mahkemesinin başvuru konusu olaydaki gibi süregelen silahlı çatışmalarda olayın sıcaklığı içerisinde tepki veren güvenlik güçlerinin yerine geçerek silah kullanımının zorunluluğu ve ölçülülüğü konusunda olaydan kopuk olarak tek başına kendi değerlendirmelerini esas alması mümkün olamaz. Aksi yöndeki bir kabul, kamu gücünü kullanan güvenlik güçlerinin veya üçüncü şahısların belki de hayatlarına mal olabilecek bir yük altına girmelerine yol açabilecektir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Andronicou ve Constantinou/Kıbrıs*, B. No: 25052/94, 9/10/1997, § 192, *Usta ve Diğerleri/Türkiye*, B. No:57094/00, 21/2/2008, § 59).

89. Açıklanan nedenlerle, başvurunun oğlu Ç.D.'ye yönelik silah kullanımını sonucu gerçekleşen ölümün yaşam hakkının esasının ihlalini doğurmadığına karar verilmesi gerekir.

b. Yaşam Hakkı Kapsamında Yürütülen Soruşturmanın Yetersiz Olduğu İddiası

i. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlığın Görüşü

90. Başvurucu, bu kapsamda, 4/10/2012 tarihinde gerçekleşen olaydan bir gün sonra Savcının keşif amacıyla olay yerine geldiğini, ancak olay yerinde

kan izleri dışında herhangi bir delilin mevcut olmadığına tutanakla tespit edildiğini, o gün birkaç vatandaşın tanık olarak dinlenilmesi dışında başka bir işlem gerçekleştirilmediğini, şikayetçi sıfatıyla Savcılığa başvurdukları 19/10/2012 tarihine kadar soruşturmaya ilişkin tüm evrak ve delillerin kollukta kaldığını, bu arada balistik inceleme dâhil tüm incelemelerin Antalya Emniyet Müdürlüğü tarafından gerçekleştirildiğini, şüpheli pozisyonunda kamu görevlilerinin olduğu olaylarda soruşturmanın başından sonuna kadar bağımsız soruşturma makamları tarafından yürütülmesinin şart olduğunu, somut olayda bu durumun somut sakıncalarından birinin (Polis Kriminal Laboratuvarında Ç.D.'nin elbiseleri üzerinde yapılan ilk incelemede kullanılan kimyasal maddeler nedeniyle) Adli Tıp Kurumunca atış mesafesinin tayinine ilişkin ikinci bir inceleme yapılamaması olayında görüldüğünü, Savcılığın Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde yürütülen idari soruşturma dosyasını getirtmediği gibi sonucunu da sormadığını, bilirkişi incelemelerinin ilk aşamada Emniyet birimleri tarafından yapıldığını, bu durumun delillerin yok edilebilmesine yol açabileceğini, bu nedenle incelemelerin bağımsız bilirkişiler tarafından yapılması gerektiğini, dosyada yeterli delil olmasına rağmen dava açılmadığını ve yaralının ambulansla hastaneye götürülmesinin olağandan çok uzun sürede gerçekleştiği iddialarına rağmen suçun görevi kötüye kullanma olarak vasıflandırıldığını ve idari soruşturma için gönderildiğini belirterek yaşam hakkının usul yönünden ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

91. Bakanlığın konu hakkındaki görüşünde, öncelikli olarak, AİHM içtihatları uyarınca yaşam hakkı kapsamında yürütülecek ceza soruşturmasının etkili olabilmesi için yetkililerin resen harekete geçmesi, soruşturmakla görevli olan ve soruşturmayı yürüten kişilerin olaylara karışmış olabilecek kişilerden bağımsız olmaları, ölenin ailesinin meşru çıkarlarının korunması için soruşturmanın yeterli ölçüde kendilerine açık olması, makul bir hızlilik içinde yürütülmesi, sorumluların belirlenmelerine ve gerekirse cezalandırılmalarına imkân verecek nitelikte olmaları gerektiği ifade edilmiştir.

92. Bakanlık görüşünde, yine AİHM kararlarına dayanarak, somut olayda varılan sonuçla ilgili değil bu sonucu doğuran araçlarla ilgili bir yükümlülüğün söz konusu olduğu, yetkililerin somut olaya ilişkin delillerin toplanabilmesi için kendilerinden beklenen bütün makul önlemleri almaları gerektiği, soruşturmada sorumlu kişi ya da kişilerin tespit edilmesini engelleyebilecek nitelikteki her eksikliğin onun etkinliğine zarar verebileceği, yetkili mercilerin, olaylara ilişkin delillerin özellikle de görgü tanıklarının ifadelerinin, güvenlik güçlerinin elde ettiği bilimsel ve teknik verilerin, gerektiğinde makulün vücudundaki zedelenmeleri tam ve belirgin bir şekilde gösterecek bir otopsi sonucunun ve hastanede yapılan gözlemlerin nesnel bir değerlendirmesinin toplanabilmesi için makul olarak kendilerine açık olan tedbirleri al-

maları gerektiği belirtilmiştir.

93. Bakanlık görüşünde mevcut başvuru ile ilgili olarak, başvurunun oğlu Ç.D. ve 3 polis memurunun ölümüne ilişkin soruşturmanın bağımsız ve tarafsız Antalya Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapıldığı, tüm soruşturma işlemlerinin bizzat Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılmamakla birlikte, Cumhuriyet Savcısının gözetim ve denetiminde kendisi tarafından verilen talimatlar uyarınca yapıldığı, şüpheli konumunda olan polis memurları tarafından yapılan soruşturma işlemi bulunmadığı, olay yeri incelemesi ve delillerin toplanması işlemlerinin de Cumhuriyet Savcısı nezaretinde yapıldığı belirtilmiş, görüşün devamında soruşturma kapsamında yapılan işlemler tek tek sıralanmıştır.

94. Bu kapsamda Bakanlık görüşünde, olaydan hemen sonra resen adli soruşturmaya başlandığı, bizzat savcı tarafından ölü muayene ve otopsi işlemlerinin yapıldığı, olayın gerçekleştiği gün olay yeri incelemesi yapıldığı, olay yeri krokisi çizildiği, görüntülü kayıt yapıldığı ve daha sonra rapor haline getirildiği, olay sonrası yakalamada görev alan tüm polis memurlarının silahlarına el konulduğu ve silahların ve olay yerinde elde edilen mermilerin balistik incelemesinin yapıldığı, olayı gören ve yakalamaya katılan herkesin dinlendiği, şüpheli konumunda olan polis memurlarının Cumhuriyet Savcısı tarafından sorgulandığı, tanıkların beyanlarının da Cumhuriyet Savcısı tarafından alındığı, tanıklara teşhis işlemi yaptırıldığı, olayın geçtiği yerleri gören tüm kamera kayıtlarına el konulduğu ve sonrasında bilirkişi incelemesi yapıldığı, olay yerinden elde edilen biyolojik bulguların incelendiği ve biyometrik incelemeler yapıldığı, Ç.D.'nin telefon kayıtlarının, ambulansın GPS verilerinin ve telsiz kayıtlarının incelendiği ve bilirkişi raporu alındığı, Ç.D.'nin kullandığı araç üzerinde kriminal incelemeler yapıldığı, soruşturmanın başvurucuya açık olarak yürütüldüğü, başvurunun gerek bizzat ve gerekse de vekili aracılığıyla dosyaya çok sayıda dilekçe verdiği, delil sunduğu ve tanık bildirdiği, Cumhuriyet Savcısı'nın başvurunun iddiaları doğrultusunda tanık dinlediği, soruşturmaya olay tarihi olan 4/10/2012 tarihinde başlandığı, 18/3/2013 tarihinde KYO dair karar verildiği ve 16/4/2013 tarihli Manavgat Ağır Ceza Mahkemesi'nin Savcılığın kararına itirazın reddine ilişkin kararı ile soruşturmanın sona erdiği ve toplamda 6 ay 14 gün sürdüğü, KYO kararında, toplanan delillere, müşteki ve tanık beyanlarına yer verildiği, Ç.D.'nin hangi şartlar altında öldüğünün ortaya konulduğu, delillerin değerlendirildiği, yasal mevzuat ve içtihatlar yer verdikten sonra Savcılığın kendi değerlendirmesini yaptığı, Manavgat Ağır Ceza Mahkemesinin ise, KYO kararına atıfta bulunmak suretiyle itirazı reddettiği, bireylerin cezai sorumluluklarının kapsamının belirlenmesine yönelik hukuki sorunların incelenmesinin kural olarak Anayasa Mahkemesinin yetkisi kapsamında olmadığı, suçluların tes-

piti ve cezalandırılmasının derece mahkemelerin görev ve yetkisinde olduğu belirtilmiştir.

ii. Konuya İlişkin İlkeler

95. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında devletin yerine getirmek zorunda olduğu pozitif yükümlülüklerin usulî boyutu, yaşanan ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulmasına ve sorumlu kişilerin belirlenmesine imkan tanıyan bağımsız bir soruşturmanın da yürütülmesini gerektirmektedir (2013/841, 23/1/2014, § 94). Bu usul yükümlülüğünün gerektiği şekilde yerine getirilmemesi halinde devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerine gerçekten uyup uymadığının tam olarak tespit edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, soruşturma yükümlülüğü, devletin bu madde kapsamındaki negatif ve pozitif yükümlülüklerinin güvencesini oluşturmaktadır (B. No: 2012/1017, 18/9/2013, § 29).

96. Bireyin, bir devlet görevlisi tarafından hukuka aykırı olarak ve Anayasa'nın 17. maddesini ihlal eder bir biçimde yaşamına son verildiğine veya herhangi bir muameleye tabi tutulduğuna ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, Anayasa'nın 17. maddesi, "*Devletin temel amaç ve görevleri*" kenar başlıklı 5. maddedeki genel yükümlülükle birlikte yorumlandığında etkili resmi bir soruşturmanın yapılmasını gerektirir (B. No: 2012/1017, 18/9/2013, § 30). Bu çerçevede, kamu otoritelerinin silah kullanımı sonucu ortaya çıkan ölüm olaylarına ilişkin soruşturmaların, yasa dışı silah kullanımının önlenmesini güvence altına alacak nitelikte kapsamlı, dikkatli ve tarafsız şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B.No: 18984/91, BD, 27/9/1995, §§ 161-163). Bu tür olaylara ilişkin soruşturmalarda aranılan bağımsızlık, sadece hiyerarşik ve kurumsal bağımsızlığı ifade etmemekte olup soruşturmanın fiilen de (uygulamada da) bağımsız olarak yürütülmesini gerektirmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, 24746/94, 4/5/2001, §106).

97. Yaşam hakkı kapsamında yürütülmesi gereken ceza soruşturmalarının amacı, yaşam hakkını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve vuku bulan ölüm olayında varsa sorumluları ve sorumluluklarını tespit etmek üzere adalet önüne çıkarılmalarını sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü değil, uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Anayasa'nın 17. maddesi hükümleri başvuruçulara üçüncü tarafları belirli bir suç nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkı verdiği, tüm yargılamaların mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma yükümlülüğü verdiği anlamına gelmemektedir (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 56).

98. Soruşturmanın etkililik ve yeterliliğini temin adına soruşturma makam-

larının resen harekete geçmesi ve ölüm olayını aydınlayabilecek, sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması gerekmektedir. Soruşturmada ölüm olayının nedenini veya sorumlu kişilerin ortaya çıkarılması imkânını zayıflatan bir eksiklik, etkili soruşturma yürütme kuralıyla çelişme riski taşır (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 57).

99. Bununla birlikte, soruşturma sonucunda alınan kararın soruşturmada elde edilen tüm bulguların kapsamlı, nesnel ve tarafsız bir analizine dayalı olması ve bunun yanı sıra söz konusu kararın yaşam hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'nın aradığı zorunlu bir durumdan kaynaklanan ölçülü bir müdahale olup olmadığına yönelik bir değerlendirme içermesi de gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Nachova ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No:43577/98 ve 43579/98, BD, 06/07/2005, § 113).

100. Yürütülecek ceza soruşturmalarının etkinliğini sağlayan hususlardan biri de, teoride olduğu gibi pratikte de hesap verilebilirliği sağlamak için soruşturmanın veya sonuçlarının kamu denetimine açık olmasıdır. Buna ilaveten her olayda, ölen kişinin yakınlarının meşru menfaatlerini korumak için bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılmaları sağlanmalıdır (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 58).

iii. İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

101. Başvuru konusu olaydaki gibi kamu gücünü kullanan otoritelerin silah kullanması sonucu meydana gelen ölüm olaylarında yaşam hakkı çerçevesinde yürütülmesi gereken bir soruşturmanın etkili olması için aranılan özellikler (§ 95-100) açısından somut olayda Savcılık tarafından yürütülen soruşturmanın incelenmesine geçildiğinde, başvuru konusundaki en temel şikâyetinin soruşturmanın bağımsız olarak yürütülmediğine yönelik olduğu görülmektedir. Başvurucu bu kapsamda, soruşturmanın olaya karışmış, şüpheli konumunda olan polisler tarafından yürütüldüğünü, elde edilen bulguların polislerde kaldığını, balistik inceleme dâhil tüm teknik incelemelerin emniyet birimleri tarafından yürütüldüğünü, (aslında yeterli delil bulunmasına rağmen) bu tür eksiklikler nedeniyle polislerin Ç.D.'nin ölümünden sorumluluklarına ilişkin ceza davası açılmadığını ileri sürmüştür.

102. Başvurucunun bu husustaki iddiaları yönünden soruşturma kapsamında yürütülen işlemlere bakıldığında, Savcılığın KYO kararında, olayın hemen ardından Savcılık tarafından olaya el konulduğu, Savcılığın talimatı ve bilgisi dâhilinde Antalya Cinayet Büro ve Antalya Olay Yeri İnceleme Şube Müdürlüğü ekipleriyle delil toplama işlemlerinin yürütüldüğü, cesetler üzerinden elde edilen mermi çekirdeklerinin ve diğer delillerin Savcılıkta muhafaza altına alındığı, olay yeri kamera görüntüleri ve MOBESE kayıtlarının Savcılık talimatıyla muhafaza altına alındığı ve tek tek incelendiği, olayın he-

men sonrasında Cumhuriyet Savcısı nezaretinde olayda hayatını kaybedenlerin tamamının ölü muayene işlemlerinin yapıldığı, ardından aynı şekilde klasik otopsi işleminin yapıldığı, bu işlemler sonucunda olayda hayatını kaybedenlerin kesin ölüm nedenlerinin tespit edildiği, olayın meydana geldiği üç ayrı yerde Savcılık tarafından keşif işleminin yapıldığı, mevcut delillerin toplandığı, olay yerindeki görgü tanıklarının ifadelerinin bizzat Cumhuriyet Savcısı tarafından alındığı, operasyona katılıp silah kullanan bütün polis memurlarının ifadelerinin yine bizzat Cumhuriyet Savcısı tarafından alındığı, olayda hem polisler hem de Ç.D. tarafından kullanılan bütün silahların hem Polis Kriminal Dairesinde hem de İstanbul Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi Balistik Şube Müdürlüğünde incelendiği ve bu incelemeler sonucunda olayda ölen polislerin ölümüne hangi silahtan çıkan kurşunların neden olduğunun tespit edilebildiği, bununla birlikte Adli Tıp Kurumunun raporuna göre Ç.D.'nin vücudundan çıkan 4 adet kurşun parçasının çok küçük olmaları nedeniyle hangi tabancadan çıktığının tespitinin mümkün olmadığı, olayın geçtiği yerlerde bulunan mermi kovanı ve benzeri nitelikteki bulguların yine hem Antalya Kriminal Polis Laboratuvarında hem de İstanbul Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi Balistik Şube Müdürlüğünde incelendiği, incelemeler sonucunda hangi kovanların hangi silahtan çıktıklarının tek tek tespit edildiği, Ç.D.'nin ilk olayda vurduğu polisten gasp ettiği silahta Ç.D.'ye ait parmak izinin teşhis edilemediği ancak silahın şarjör kısmından alınan kan örneğinin Ç.D.'nin kan örneği ile tıpatıp uyduğu tespit edildiği bilgilerinin yer aldığı görülmektedir.

103. Soruşturma kapsamında yürütülen işlemlere dâhil olan polis memurlarının, Savcılığın KYO kararında belirtildiği üzere, Savcılığın talimat ve bilgisi dahilinde işlem yürüttükleri, bu nedenle yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri (§§ 25, 28-29) uyarınca adli kolluk gücü olarak görev aldıklarının kabul edilmesi gerekmektedir. Cumhuriyet Savcıları, adli kolluk işlemleri kapsamında ceza soruşturmalarına katılan polislerin hiyerarşik amiridir. Bu nedenle başvuru konusu olay açısından polislerin soruşturma işlemlerinde görev almaları kural olarak kurumsal ve hiyerarşik açıdan yürütülen soruşturmanın bağımsızlığına hâlel getirmeyecektir.

104. Bununla birlikte her somut olayda da bu bağımsızlığın gerçekleşip gerçekleşmediğinin yürütülen soruşturmanın özel koşulları açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekir (§ 96). Bu açıdan başvuru konusu olay incelendiğinde, soruşturma kapsamında yürütülen her işlemin Savcılığın talimatı ve bilgisi dâhilinde yapıldığı, Savcılığın Emniyet birimlerince alınan tanık beyanlarıyla yetinmediği, operasyona katılan polisleri ve diğer görgü tanıklarını bizzat kendisinin de dinlediği, olay sonrası yürütülen olay yeri inceleme, delil toplama, ölü muayenesi gibi işlemlere bizzat katıldığı, balistik inceleme gibi

diğer teknik incelemelerde sadece Emniyet birimlerinden alınan raporlarla yetinmeyerek, Adli Tıp Kurumu ve bağımsız bilirkişiler gibi kurumsal olarak tamamen bağımsız kişi ve kurumlardan aldığı raporları da dikkate alarak delil değerlendirmesine gittiği, bu kapsamda başvurucunun da başvuru dilekçesinde belirttiği gibi sadece polisin hazırladığı olay yeri inceleme tutanağı ve polis ifadelerinde yer alan bilgilere göre olayın gelişimine ilişkin bir tespitle bulunmadığı, diğer delilleri de dikkate alarak bir sonuca ulaştığı görülmektedir. Nitekim Savcılığın olayın son aşamasında polislerin Ç.D.'nin kendilerine 2-3 el ateş ettiği yöndeki beyanlarına ve aynı yöndeki olay yeri tutanağına rağmen soruşturmada elde edilen diğer delilleri de dikkate alarak Ç.D.'nin son olayda elindeki silahlarla ateş etmediği sonucuna vardığı görülmektedir. Bu koşullar altında Savcılığın tamamen Emniyet birimleri vasıtasıyla ulaştığı delillere ve bu delillere bağlı olarak olaya ilişkin kurulabilecek senaryoya dayalı bir şekilde soruşturmada bir sonuca ulaştığından söz etmek mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle yürütülen soruşturmanın uygulamada da bağımsızlığı ve tarafsızlığı noktasında herhangi bir eksikliğin bulunmadığına kanaat getirilmiştir.

105. Soruşturmanın etkililiğini temin adına aranan, ölüm olayını aydınlatılabilecek, sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması (§ 98) ve elde edilen tüm delillerin kapsamlı, nesnel ve tarafsız bir analizine dayalı olarak bir sonuca ulaşılması (§ 99) ölçütleri açısından somut olayda yürütülen soruşturma işlemleri incelendiğinde, daha önceki bölümde (§ 102) ve Bakanlık görüşünde somut olayda yürütülen işlemlere ilişkin verilen bilgilerin yer aldığı bölümde (§ 94) ayrıntılı olarak görülebileceği üzere, olay hakkında soruşturma aşamasında kapsamlı bir araştırma yapıldığı, olayın ne şekilde gerçekleştiğini ortaya koyabilecek tüm delillerin toplandığı, olayın gelişiminin tarafsız ve nesnel bir şekilde anlaşılmasını sağlayacak şekilde delillerin kendi içindeki tutarlılığının teyit edildiği ve böylece net bir şekilde olayın nasıl gerçekleştiğinin ortaya konulabildiği, bu şartlar altında ortaya konulan kişilerin eylemlerinin kapsamlı ve tutarlı bir analizi sonucunda soruşturmada bir karara varıldığı görülmektedir.

106. Bununla birlikte, Savcılığın KYO kararında soruşturma sonucunda polislerin silah kullanımının yasal sınırlar içerisinde gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme yapıldığı ve bu değerlendirme yapılırken, konu hakkındaki yasal mevzuat, Yargıtay içtihatları ve AİHM'nin aradığı *"mutlak gereklilik"* ölçütünün olayda karşılanıp karşılanmadığının ayrıntılı olarak incelendiği görülmektedir. Polislerin ve Ç.D.'nin eylemleri ve olayın tüm koşulları dikkate alınarak yapılan bu değerlendirme, yaşam hakkının esası açısından yapılan incelemenin yapıldığı bölümde belirtildiği üzere, Anayasa'nın aradığı zorunlu bir durumdan kaynaklanan ölçülü bir

müdahale olup olmadığına yönelik yapılması aranan bir değerlendirmenin gereklerini de karşılar niteliktedir.

107. Olay hakkında yürütülen Savcılık soruşturmasının, bu bölümde ayrıntılı olarak incelendiği üzere, oldukça kapsamlı ve derinlemesine bir şekilde olayın gerçekleşme şeklini ve meydana gelen ölüme olası sorumlu kişileri tespiti imkân sağlayacak nitelikte olduğu görülmektedir. Ancak, temel amacı devletin kontrolü altında meydana gelen ölüm olaylarının tam olarak nasıl meydana geldiğinin belirlenmesini ve varsa sorumlu kişilerin tespit edilmesini ve gerek görüldüğünde cezalandırılmasını sağlamak suretiyle yaşam hakkı kapsamında kurulan yasal ve idari çerçevenin etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak olan etkili ve uygun resmi bir soruşturma yürütme yükümlülüğü, kamu makamlarının kontrolü altında iken “*şüpheli*” bir biçimde gerçekleşen ölüm olaylarında ön soruşturma aşamasının ötesine geçmeli ve kovuşturma aşaması da dâhil bütün süreç 17. maddenin gereklerine cevap verebilecek nitelikte olmalıdır. Böylelikle, derece mahkemeleri hiçbir durumda mağdurların yaşam hakkına ve maddi ve manevi varlığına karşı yapılan saldırıların cezasız bırakılmamasını teminat altına alabilecektir (B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 77).

108. Başvuru konusu olay gibi, ölüm olayının öncesi tamamen kamu makamlarının kontrolü altında gerçekleşmese bile olaya karışan ve doğrudan eylemleri ile ölüme neden olan kişilerin güvenlik güçleri olduğu ve olay sonrası kontrolün tamamen bu kişilerde olduğu durumlarda, olayın gelişimi ve karşılıklı tarafların eylemlerinin derinlemesine ve çok boyutlu bir değerlendirmesinin yapılabilmesi için resmi soruşturmanın, olaya karışan kişilerin olası cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığını belirleyebilmek adına, soruşturma aşamasını geçerek bir kovuşturma sürecini içermesi gerektiğinin evleviyetle kabulü gerekmektedir.

109. Nitekim 5271 sayılı Kanun’un 172. maddesinin (1) numaralı fıkrasında (§ 30), yukarıda (§ 108) öngörülen kovuşturma aşamasını geçme gerekliliğini karşılar nitelikte, bir Cumhuriyet Savcılığı tarafından KYO dair kararın ancak yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde verilebileceği açık bir şekilde belirtilmiş olup, bu tür bir olayda “*meşru savunma ve zorunluluk hali*” ve “*kanunun hükmü ve amirin emri*” gibi “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan neden*”in bulunup bulunmağı konusunda iddia makamı konumunda olan Savcılığın bir yetkisinin bulunmadığı, cezai sorumluluğun kalkıp kalkmadığı konusunda karar vermeye yetkili makamın ceza mahkemeleri olduğu kabul edilmiştir.

110. Başvuru konusu olayda, Savcılık soruşturması aşaması açısından oldukça ayrıntılı bir şekilde olayın gelişim şekli ve olası sorumlu kişiler belir-

lenmiş olmakla birlikte, ilgili kişilerin cezai sorumluluklarının tespiti konusunda Ceza Mahkemesinde inceleme ve değerlendirme yapılması imkânını ortadan kaldıran KYO kararının verilmesinin, silah kullanan güvenlik güçlerinin hesap verebilirliğini ve soruşturma hakkında kamunun denetimini zayıflattığının kabul edilmesi gerekir. Her bir somut olayın koşullarına göre farklılık arz edebilecek olmakla birlikte, başvuru konusu olaydaki gibi doğrudan güvenlik güçlerinin silah kullanımı sonucu meydana gelen ve tartışmalı olan olayın gerçekleşme koşullarının ve olası cezai sorumlulukların tereddüde mahal vermeyecek şekilde ortaya konulması açısından ölüm olaylarına ilişkin yürütülen resmi soruşturmaların kovuşturma aşamasından geçmesi olay hakkında kamuoyu nezdinde oluşabilecek soru işaretlerinin tamamen ortadan kalkması açısından büyük önem taşımaktadır. Aksi bir uygulama, bu tür olaylarda kamu gücünü kullanan güvenlik güçlerinin olası cezai sorumluluklarının ortaya çıkmasının engellenmek istendiği şüphesini doğurabilir. Yaşanan silahlı çatışma sonrasında görevini icra eden üç polis memuru ve psikolojik sıkıntıları olduğu ortaya çıkan Ç.D.'nin yaşamını yitirmesi, her iki tarafın yakınları açısından çok acı bir olay olmakla birlikte, gerekli hukuk kurallarının her halükarda tereddütsüz uygulanacağını gösterilmesi hukuka olan saygının korunması ve daha sonra benzer olayların yaşanmasına engel olmak adına büyük önem arz etmektedir.

111. Bu çerçevede, olayda olası sorumlu kişilerin cezai sorumluluklarının soruşturmanın kamu denetimine açıklığı ve ölen kişinin yakınlarının sürece dâhil olabilmeleri yönünden (§ 100) somut olay incelendiğinde, her ne kadar, Bakanlık görüşünde de ifade edildiği üzere, Savcılığın KYO kararında; başvurusunun soruşturmaya yönelik verdiği dilekçelerin gereğinin yerine getirildiği, bu kapsamda dinletmek istediği tanıkların dinlendiği, polis memurlarının ifadesinin alınmasını talep ettiğinde bu talebinin yerine getirildiği, talep üzerine adli emanette bulunan olaya ilişkin görüntüler içeren CD'lerin ve ambulansın GPS kayıtlarının incelendiği soruşturma dosyasında yer alan tüm bilgi belgelere ulaşımının kesintisiz sağlandığı, başvurusunun istediği tanık ifadelerine yer verildiği, özellikle Ç.D.'nin etkisiz bir halde iken vurularak öldürüldüğü iddialarının değerlendirildiği ve fakat bu iddiaları doğrulayıcı herhangi somut bir delil bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı ifade edilmiş ve başvuru Savcılığın soruşturma sonucunda verdiği karara karşı Manavgat Ağır Ceza Mahkemesine itiraz edebilmiş olsa da, başvuru konusu olay gibi doğrudan güvenlik güçlerinin silah kullanımı sonucunda meydana gelen ölüm olaylarında, ölenin yakınlarının sadece Savcılık soruşturması aşamasında bilgi belge isteyebilme, tanık dinlenmesini talep edebilme ve olayı sadece dosya üzerinden inceleyen bir mahkemeye itiraz edebilmeleri bu kişilerin meşru menfaatlerini korumak için bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılabilirliklerini güvence altına alamaz ve bu suretle teoride olduğu gibi pratikte de

hesap verilebilirliğin ve soruşturma üzerinde kamu denetiminin yeterli düzeyde sağlanabildiğinden söz edilemez.

112. Başvurucunun bu bölümde ele alınabilecek şekilde son olarak, oğlu ağır yaralı halde iken ambulansla hastaneye götürülmesinin olağandan çok uzun sürdüğü bu nedenle ölümünden sağlık görevlilerinin de sorumlu olduğu şeklindeki iddialarını soruşturma sürecinde Savcılığa sunmasına rağmen suçun görevi kötüye kullanma olarak vasıflandırılmasının ve idari soruşturma için gönderilmesinin etkin soruşturma yapma yükümlülüğünün ihlali anlamına geldiği yönünde iddialarının olduğu görülmektedir.

113. Bakanlık görüşünde bu iddialar hakkında, Cumhuriyet Savcısının, ambulansın geç geldiği iddiası yönünden şüphelilerin memur olması ve iddianın görev suçuna girmesi nedeniyle bu iddia farklı bir soruşturma usulüne tabi olduğu için soruşturmayı ayırdığı ve bu kişiler hakkında soruşturma yapılması için soruşturma dosyasını Memur Suçları Bürosuna gönderdiği, dolayısıyla bu iddiaların ayrı bir soruşturmanın konusunu oluşturduğu, ayrıca, başvurucunun ambulansın geç geldiği ve ihmal olduğu iddiaları nedeniyle idare aleyhine tam yargı davası açma hakkına da sahip olduğu değerlendirmelerine yer verilmiştir.

114. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi, Ç.D.'nin ölümünün başvurucunun iddia ettiği gibi doğrudan ambulansın yaralıyı göreceli olarak daha uzun bir sürede hastaneye ulaştırmasından mı yoksa polislerle girdiği çatışmalarda aldığı kurşun yaralarından dolayı mı gerçekleştiği konusunda bir değerlendirme yapabilecek konumda değildir. Olay hakkında yürütülen soruşturmada, bu bölümde incelendiği üzere, olayın nasıl gerçekleştiğinin ortaya konulduğu ve olası cezai sorumlulukların ayrıntılı olarak değerlendirildiği kabul edilmiştir. Olayda yürütülen bu soruşturma sonucunda ölümün hangi nedenlerden kaynaklandığı ayrıntılı olarak ortaya konulmuştur.

115. Başvurucunun bu iddiaları açısından Savcılığın verdiği KYO kararında (§ 21) yer alan açıklamalar incelendiğinde, ağır yaralı olduğu belirtilen Ç.D.'yi hastaneye götüren ambulansla ilgili bilirkişiden ek rapor alındığı, bu raporda ambulansın GPS kayıtlarının ve GPS harita görüntüsünün tespit edilip rapora eklendiği, ambulans görevlileri hakkında yapılan şikâyetin bu kişilerin görev niteliği, olayda varsa kusurlarının değerlendirmesinin memur suçları soruşturma bürosunca değerlendirilmesinin uygun olacağı, bu eylemlerin mevcut öldürme eylemlerinden sonra meydana geldiği, dolayısıyla konunun ayrıca incelenmesi için Memur Suçları Bürosuna gönderildiği ifade edilmiştir.

116. Olaya karıştığı ileri sürülen kişilerin hangi suçlardan soruşturmaya ve kovuşturmaya tabi tutulacaklarını belirleyecek olanlar, olayı ilk elden incele-

yen soruşturma ve yargılama makamlarıdır. Bireylerin cezai sorumluluklarının kapsamının belirlenmesine yönelik hukuki sorunların incelenmesi kural olarak Anayasa Mahkemesinin yetkisi kapsamında olmayıp, suçluların tespiti ve cezalandırılması derece mahkemelerin görev ve yetkisindedir (2013/1948, 23/1/2014, § 49).

117. Bu nedenle, yaşanan ölümün hangi nedenlerle gerçekleştiğini elde ettiği delillere dayanarak ayrıntılı olarak ortaya koyduğu kabul edilen soruşturmada başvurusunun bu konuda ileri sürdüğü iddialarını Savcılığın önceki olaydan bağımsız olarak başka bir suç kapsamında değerlendirerek soruşturmayı ayırma kararı vermesi soruşturma makamının takdir yetkisi içerisindedir. Ayrı bir soruşturma konusu yapılan bu iddialar hakkında yürütülen idari ve varsa cezai soruşturmanın ne şekilde ilerlediğine ilişkin başvuru dosyası kapsamında herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi açısından bu konuda şu aşamada bir inceleme yapılması mümkün değildir.

118. Soruşturmanın etkililiği konusunda bu bölümde yer verilen değerlendirmeler bir bütün halinde ele alındığında, her ne kadar, somut olay kapsamında Savcılık tarafından yürütülen soruşturmada yaşanan ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulmasını ve olası sorumlu kişilerin belirlenmesini sağlayabilecek nitelikte oldukça ayrıntılı bir incelemenin yapıldığı görülmekle birlikte, çok yönlü bu olayda olası cezai sorumluluğun kalkıp kalkmadığı konusunda bir ceza mahkemesinin kapsamlı bir inceleme ve değerlendirme yapması imkânını ortadan kaldıracak bir kararın verilmesi nedeniyle, etkili resmi bir soruşturma yürütülmediği ve yaşam hakkının usulî boyutunun ihlaline yol açıldığı kanaatine varılmıştır.

119. Açıklanan nedenlerle, yaşam hakkının gerektirdiği etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

c. İşkence ve Eziyet Yasağının İhlal Edildiği İddiası

120. Başvurucu, olay sonrasında yürütülen soruşturma kapsamında hazırlanan otopsi raporunda Ç.D.'nin kafa ve çene bölgesinde kırıklar ve vücudunun çeşitli yerlerinde iz ve yaralar tespit edilmesine ve bir tanığın ele geçirildikten sonra birkaç kişinin Ç.D.'ye tekmeyle vurduğunu gördüm şeklindeki beyanlarına rağmen bu yöndeki şikâyetlerinin soruşturma kapsamında incelenmediğini, bu nedenle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan işkence ve eziyet yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

121. Bakanlık görüşünde, yaşam hakkının esasına ilişkin şikâyetler dışın-da başvuruda ileri sürülen diğer haklara ilişkin şikâyetlerin yaşam hakkının etkin soruşturma yapma yükümlülüğü altında değerlendirildiği, bu nedenle

ayrı bir başlık altında işkence yasağına ilişkin görüş sunulmamış olduğu, sadece yaşam hakkına ilişkin yer verilen görüşler arasında başvurucunun bu bölümde ileri sürdüğü iddialara karşılık gelebilecek bazı olgulara değinildiği görülmektedir.

122. Bu bağlamda Bakanlık görüşünde, olay anında orada bulunan ve gazeteci olan tanık S. K. ile polis memuru olan tanıkların, ağır yaralı olarak yerde yatarken kimsenin tekme veya başka bir şekilde Ç. D.'ye vurmadığını beyan ettiği, ayrıca polis olan müştekiler İ. Ç. ve A. İ.'nin kaçmaya çalışırken Ç. D.'nin kaya parçalarından oluşan sert bir zemine düştüğünü beyan ettiği, ölü muayene tutanağında da, kafanın yan taraflarında ve yanak bölgesinde sıyrıklı ekimozlar olduğunun belirtildiği bilgilerine yer verilmiştir.

123. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

...

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."

124. Bireyin, bir devlet görevlisi tarafından hukuka aykırı olarak ve Anayasa'nın 17. maddesini ihlal eder biçimde bir muameleye tabi tutulduğuna ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, olay hakkında etkili resmi bir soruşturmanın yürütülmesi gerekmektedir (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 25). Ancak, bu konuda bir soruşturmanın başlayabilmesi için öncelikle işkence ve kötü muamele konusundaki iddialar uygun delillerle desteklenmelidir. İddia edilen olayların gerçekliğini tespit etmek için her türlü makul şüpheden uzak kanıtların varlığı gerekir. Bu nitelikteki bir kanıt, yeterince ciddi, açık ve tutarlı emarelerden ya da aksi ispat edilemeyen birtakım karinelerden de oluşabilir. Ancak bu uygun koşulların tespiti halinde bir soruşturma yükümlülüğünün bulunduğundan bahsedilebilir (B. No: 2013/394, 6/3/2014, § 28)

125. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu bölümde, konu hakkında ilk elden sorumlu soruşturma ve kovuşturma makamlarının başvurucunun bu bölümdeki iddialarına ilişkin herhangi bir inceleme yapmamış olmaları nedeniyle, işkence veya kötü muamele yasağının ihlali iddialarının esası hakkında, bulunduğu konum ve yaptığı incelemenin niteliği itibarıyla, Anayasa Mahkemesinin bu aşamada bir değerlendirme yapması mümkün değildir.

126. Somut olay, konu hakkındaki ilkeler çerçevesinde incelendiğinde, başvurucunun, iddialarını Ç.D. hakkında hazırlanan otopsi raporunda yüz ve çene kısmında kırıkların tespit edilmesine ve tanık S. K'nın *"birkaç kişinin tekmeyle vurduğunu gördüm"* şeklindeki beyanlarına dayandığı görülmektedir.

127. Başvurucunun iddiasına dayanak olarak gösterdiği ve başvuru dilekçesi ekinde sunduğu Adli Tıp Kurumunun 14/12/2012 tarihli otopsi raporunda konuyla ilgili şu ifadelerin yer aldığı görülmektedir:

*“Alın sol yandan sol zygomaya uzanan, alın sağ yandan sağ zygomaya uzanan, sağ kulak kepçesi ön kısmında, oksital üstte ortada saçlı deride kısmen parsönenleşmiş ekimozlu cildi sıyrık alanları, dudakların iç yüzünde ekimozlu yüzeysel sıyrıklar, üst çene sol **birinci dişin uç kısmında kırık, üst çenede** orta hatta kesici dişler arasından üst damağa uzanan **kırık hattı, burun kemiği ve sağ zygomada kırık krepitasyonu, sağ kolda parçalı kırık deformitesi, sağ uyluk ön yüz 1/3 alt-iç kısımda 1,5x1 cm lik, sağ el 3. parmak tırnak kökünde 0,8 cm lik ekimozlu cildi sıyrık olduğu,***

...”

128. Başvurucunun iddiasını dayandırdığı ve yine başvuru ekinde sunduğu gazeteci tanık S. K.’nın Cumhuriyet Savcısı tarafından alınan yeminli ifadesinde konuya ilişkin şu şekilde beyanlarının olduğu görülmektedir:

...Ateş eden polisler ellerini kaldırarak birbirlerine ateş etmeyin diye bağırdılar. Ben de bu şahsın etkisiz hale getirildiğini anladım ve şahsın olduğu yere ben de diğer polislerle birlikte koştum. Ben ilk açığı görür görmez fotoğrafını çektim. Maktul Çağrı Danışman yüzükoyun yatıyordu ben sadece ayaklarını bacak kısmını görebiliyordum. Bir iki fotoğraf çektikten sonra polislerden bazıları beni olay yerinden uzaklaştırmaya çalıştı. ... Ben kameraman arkadışına kayıttan çıkmamasını görüntü almaya devam etmesini istedim. Ben uzaklaştırılmaya çalışıldığım sırada bazı memurlar şahsın ellerini arkaya doğru kıvrıyorlardı. Şahsın konuştuğunu duymadım ancak “ah” şeklinde (maktulden) ses (geldiğini) duydum. ...

Ben maktulün olduğu yere ikinci kez gelişimde birkaç kişinin tekmeyle vurduğunu gördüm ancak oradaki amirler engel oldu. ...Olay yeri çok kalabalıktı ve büyük bir arbede yaşanmaktaydı. ... maktülü tekmeleyen görevli sayısını veremem. Üç amirin özellikle olayın etkisinde kalan diğer görevlileri sakinleştirmeye ve maktulden uzaklaştırmaya çalışıyorlardı. Ancak maktule kaç tekme atıldığını ben bilemem, olay çok ani gelişti. ...”

129. Soruşturma kapsamında elde edilen bulgulara yukarıdaki gibi detaylı olarak yer verilmesinin sebebi, bazı kişilerin olası cezai sorumluluklarına ilişkin bir değerlendirme yapılması veya bu konuda bir sonuca ulaşmaya çalışmak olmayıp, başvurunun konu hakkındaki iddialarının olaya doğrudan şahit olan kişilerin beyanlarına dayandırdığı ve yapılan otopsi incelemesinde, KYO kararında olayın gelişimi açısından yapılan tespitlerle doğrudan telif edilemeyecek şekilde Ç.D.’nin vücudunda kırık ve yaralar tespit edildiğinin ortaya konulduğu, bu nedenle başvurunun iddialarının ciddi olabileceği ve

bu konuda Savcılığın etkili soruşturma yapma yükümlülüğü doğup doğmadığını değerlendirmektir.

130. Bu bağlamda, Savcılığın KYO kararında sadece ölüm olayının gerçekleşme şekline ve bu konuda ilgili kişilerin cezai sorumluluklarına ilişkin değerlendirmelerin yer aldığı ancak başvurucunun işkence iddiaları hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir.

131. Başvurucunun iddiaları açısından Savcılığın KYO kararı incelendiğinde, sadece, gazeteci tanık S.K.'nin (yukarıda (§ 123) ilgili yerleri daha ayrıntılı verilen) *"(Ç.D.'nin) yerde yatar vaziyette iken resimlerini çektiğini, operasyona katılan polis memurlarının maktulün başında biriktiğini, maktule tekme vurmak isteyenler olduğunu ve amirlerin buna engel olarak polis memurlarını şahsın başından uzaklaştırdığını"* şeklinde (özetlenmiş) beyanları ile Bakanlık görüşünde değinilen tanıklardan polis İ.Ç.'nin konu hakkındaki *"Ç.D.'nin son olarak vurulduğu yerde) yüzüstü ve sert şekilde mucur ve kaya parçalarından oluşan zemine doğru düştüğünü... burada kısa süreli bir arbededen sonra amirlerinin kendilerini yatıştırdığını..."* şeklindeki ifadeleri ve polis tanık A.İ.'nin *"şüphelinin düşerken bile silahını bırakmadığını ve kendilerine doğrultma gayretinde olduğunu, yüzükoyun olarak ve sağ kol üzerine sert bir şekilde düştüğünü, her iki kolunun karnının altında olduğunu, yerde mucur tabir edilen küçük taş parçalarının bulunduğunu, şüpheliye yerdeyken herhangi bir kimsenin tekme attığını, ..."* şeklindeki ifadelerinin KYO kararında yer aldığı görülmektedir. KYO kararında özetlenen beyanlarda, Ç.D.'nin tekmelendiğine veya başka türlü darp edildiğine dair herhangi bir bahis bulunmamaktadır.

132. Başvurucunun 20/12/2012 tarihinde soruşturmayı yürüten Savcılığa sunmuş olduğu balistik inceleme ve otopsi raporlarına karşı beyanlarını sunduğu dilekçede, bu bulgulara yer vererek şüphelilerin işkence suçundan cezai sorumluluklarının doğacağını ileri sürdüğü görülmektedir. Başvurucu, Savcılığın KYO kararına karşı itiraz dilekçesinde de diğer itirazlarının yanı sıra işkence suçu ile ilgili olarak ya kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi ya da kamu davası açılması gerekirken bu konuda herhangi bir şikâyet veya delil yokmuş gibi kararda bir bahis geçmediğini ileri sürmüştür. Yapılan itiraz sonrasında Mahkemenin verdiği kararda (§ 22) da konuya ilişkin bir değerlendirmenin yer almadığı görülmektedir.

133. Yaşam hakkına yönelik ihlal iddiaları için geçerli olduğu gibi, bir kamu görevlisinin işkence ve kötü muamelesine maruz kalındığına yönelik iddialar açısından da yürütülmesi gereken soruşturma, sorumluların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlamaya elverişli olmalıdır. Şayet bu mümkün olmazsa, Anayasa'nın 17. maddesi, sahip olduğu öneme rağmen pratikte etkisiz hale gelecek ve bazı hallerde devlet görevlilerinin fiili dokunulmaz-

lıktan yararlanarak, kontrolleri altında bulunan kişilerin haklarını istismar etmeleri mümkün olabilecektir. Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında bazen tek başına soruşturma yapılmamış olması yahut da yeterli soruşturma yapılmamış olması da kötü muamele teşkil edebilmektedir. Bu bağlamda konu hakkındaki soruşturmanın derhal başlaması, bağımsız biçimde, kamu denetimine tabi olarak özenli ve süratli yürütülmesi ve bir bütün olarak etkili olması gerekir (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 25). Başvuru konusu olaydaki gibi, bu tür eylemlere maruz kaldığı ileri sürülen kişiler hayatını kaybetmiş ve bu eylemlerin o kişi kamu görevlilerinin elinde iken işlendiği ileri sürülüyorsa, devletin resen harekete geçerek böyle bir durumun vaki olup olmadığını açıklığa kavuşturacak nitelikte kapsamlı ve titiz bir soruşturma yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır.

134. Başvuru konusu olay açısından, yaşanan olayın hangi aşamasında ne şekilde Ç.D.'nin vücudunda otopsi raporunda ifade edilen kırk ve yaraların meydana geldiğini, iddia edildiği şekilde Ç.D.'nin gerçekten polislerin bir muamelesine maruz kalıp kalmadığını, olası böyle bir muamelenin ağırlık derecesini, herhangi bir cezai sorumluluk gerektirip gerektirmediğini olayı ilk elden inceleyen soruşturma ve kovuşturma makamları inceleyecekler ve bu konularda bir karara varacaklardır. Başvuru konusu olayda, Savcılığın ve Mahkemenin verdikleri kararlarında, başvurusunun işkence ve kötü muameleye ilişkin ciddi nitelikteki iddialarını ne reddettikleri, ne makul görüp gereği gibi bir işlem yürüttükleri ne de bu yöndeki iddiaları ölümün gerçekleşme koşulları içerisinde değerlendirdikleri görülmektedir.

135. Bu açıklamalar ışığında, başvurusunun işkence ve kötü muameleye ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunmasına rağmen, somut olayda bu konuda etkili resmi bir soruşturmanın yürütülmemesi nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının usulî yönünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

d. Etkili Başvuru Hakkının İhlal Edildiği İddiası

136. Başvurusunun Anayasa'nın 40. ve AİHS'nin 13. maddeleri uyarınca yaşam hakkı ve işkence ve eziyet yasağı kapsamında maruz kaldığını ileri sürdüğü ihlaller bakımından etkili bir başvuru yolu bulunmadığı yönündeki iddialarının önceki bölümlerde anılan iki hak kapsamında yapılan incelemelerde değerlendirildiği için bu hak kapsamında yeniden inceleme yapılmasına yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

V. 6216 SAYILI KANUN'UN 50. MADDESİNİN UYGULANMASI

137. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şu şekildedir:

“Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

138. Mevcut başvuruda etkili bir soruşturma yürütülmemesi nedeniyle yaşam hakkını ve işkence ve eziyet yasağını düzenleyen Anayasa’nın 17. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için dosyanın ilgili Savcılığa gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

139. Başvurucu, 100.000 TL destekten yoksun kalma tazminatı, 150.000 manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

140. Başvuru hakkında yapılan inceleme sonucunda yaşam hakkının esasının ihlal edilmediğine, bununla birlikte yaşam hakkının ve işkence ve eziyet yasağının etkili soruşturma yürütme yükümlülüğü açısından ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Başvurucu da, uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesine herhangi bir belge sunmamıştır. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurucuların uğradıklarını iddia ettiği maddi zarar ile tazminat talebi arasında illiyet bağı kurulması gerekir. Anayasa Mahkemesine herhangi bir belge sunmayan başvurucunun maddi tazminat talepleri reddedilmelidir.

141. Başvurucu tarafından manevi tazminat talebinde bulunulmuş olmakla beraber, ihlalin tespitinin yanı sıra kararın gereğinin yerine getirilmesi için dosyanın ilgili Savcılığa gönderilmesine karar verilmesinin başvurucunun ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu kanaatine varıldığından, başvurucunun manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

142. Başvurucu, yargılama ve avukatlık ücreti olarak 20.000 TL talep etmişlerdir. Başvurucu tarafından yapılan harç ve vekalet ücretinden oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun yaşam hakkı ve işkence yasağına ilişkin iddialar yönünden KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Başvurucunun,

1. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının esasının **İHLAL EDİLMEDİĞİNE**,

2. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının etkili soruşturma yürütme yükümlülüğü yönünden **İHLAL EDİLDİĞİNE**,

3. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan işkence ve eziyet yasağının etkili soruşturma yürütme yükümlülüğü yönünden **İHLAL EDİLDİĞİNE**,

C. Başvurucunun tazminata ilişkin taleplerinin **REDDİNE**,

D. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin **BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE**,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuru sahiplerinin Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

F. Kararın bir örneğinin gereği için ilgili Savcılığa gönderilmesine,

16/7/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Serruh KALELİ

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Zühtü ARSLAN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/293

Karar Tarihi: 17/7/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Zehra Ayla PERKTAŞ Burhan ÜSTÜN Nuri NECİPOĞLU Zühtü ARSLAN
Raportör	: Özcan ÖZBEY
Başvurucular	: Cezmi DEMİR Ertan DAĞABAKAN Hicrettin DAĞABAKAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucular, telefon teli hırsızlığı şüphesi ile 3/11/2001 – 6/11/2001 tarihleri arasında Hamur İlçe Jandarma Komutanlığında gözaltında bulundukları süre içinde kolluk görevlileri tarafından işkence ve kötü muameleye maruz kaldıklarını, gerek bu eylemleri gerçekleştiren Jandarma personeli gerekse muayene edildikleri hastanelerde, işlenen suç gizlemek amacıyla, yanıltıcı rapor düzenleyen doktorlar hakkında yaptıkları şikâyet kapsamında başlatılan soruşturma ve kovuşturmanın etkin bir şekilde yürütülmediğini, bir kısım sanıkların beraat ettiğini, bir sanık hakkındaki davanın zamanaşımına uğradığını ve yargılamanın 11 yıldan fazla sürdüğünü belirterek, Anayasa'nın 17. ve 36. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular, 3/1/2013 tarihinde Ağrı Ağır Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçeler ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemelerinde Komisyona sunulmalarına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca 23/10/2013 ve 25/2/2014 tarihlerinde, İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 18/3/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Başvurucuların yaptıkları başvuruların incelemesinde, konu yönünden

hukuki irtibat bulunduğu tespit edildiğinden, Bölüm tarafından 25/4/2014 tarihinde, 2013/294 ve 2013/545 numaralı dosyaların 2013/293 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilerek incelenmesine karar verilmiştir.

5. Bölüm tarafından 26/6/2013 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru konusu olay ve olgular 27/6/2013 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, tanınan ek süre sonunda görüşünü 7/8/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

7. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş, başvuruculardan Hicrettin ve Ertan Dağabakan'a 6/9/2013 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucular tarafından herhangi bir karşı görüş Anayasa Mahkemesine sunulmamıştır.

III. OLAYLAR VE OLGULAR

A. Olaylar

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

1. Başvuruculara İsnat Edilen Suç Kapsamında Yapılan İşlemler

9. Başvurucular, Ağrı ili Aşağı Karabal Köyü mevkiinde bulunan Türk Telekom'a ait bakır tellerin kesilerek çalındığı ihbarı üzerine İlçe Jandarma Komutanlığı tarafından 3/11/2001 tarihinde yapılan operasyon sonucunda, saat 22.30 sularında olay bölgesinde yakalanmışlardır.

10. Başvuruculardan Ertan Dağabakan 1985 doğumlu olup, iddia edilen olayın meydana geldiği tarihte 16 yaşında iken, diğer iki başvuru 18 yaşından büyüktüler.

11. Başvurucular, Hamur Cumhuriyet Başsavcılığı talimatı ile 3/11/2001 ila 6/11/2001 tarihleri arasında toplam üç gün Jandarma Merkez Karakol Komutanlığında gözaltında tutulmuşlardır.

12. Cumhuriyet Savcılığınca 6/11/2001 tarihinde başvurucuların ifadeleri alınarak, tutuklama talebiyle Hamur Sulh Ceza Mahkemesine sevkleri gerçekleştirilmiş ve anılan Mahkemenin 6/11/2001 tarih ve 2001/29 müteferrik sayılı kararıyla başvurucular "*cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak ve hırsızlık*" suçlarından tutuklanarak Ağrı Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna gönderilmişlerdir. Başvurucular, aynı Mahkemenin 6/12/2001 tarihli kararıyla tahliye olmuşlardır.

13. Hamur Cumhuriyet Başsavcılığınca, Hz.2001/306 sayılı dosya üzerinden yürütülen soruşturma kapsamında, anılan Savcılığın 30/11/2001 tarih ve

2001/28 sayılı tefrik kararı gereğince; “*cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak*” ve “*hırsızlık*” suçları tefrik edilerek, başvuruçular hakkında Hamur ilçesinde yapılan bakır tel hırsızlığı suçu Hz.2001/306 sayılı dosya üzerinden, Ağrı ili sınırları içinde yapılan bakır tel hırsızlığı suçu Hz.2001/311 sayılı dosya üzerinden, cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak suçu Hz.2001/315 sayılı dosya üzerinden soruşturulmaya devam edilmiştir.

14. Başvuruçular hakkında yürütülen soruşturma kapsamında, cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak iddiasına ilişkin olarak Hz.2001/315 sayılı soruşturma dosyası 20/12/2001 tarih ve 2001/13 sayılı Fezleke ile, Hamur ilçesi sınırları dışında meydana gelen hırsızlık suçuyla ilgili olan Hz.2001/311 sayılı dosya ise yetkisizlikle Hamur Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Ağrı Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir.

15. Bunun üzerine başvuruçular hakkında, Ağrı Cumhuriyet Başsavcılığının 28/12/2001 tarih ve 2001/709 numaralı iddianamesi ile “*hırsızlık*” suçundan kamu davası açılmış ve Ağrı Asliye Ceza Mahkemesinde yapılan yargılama sonucunda, anılan Mahkemenin 28/2/2002 tarih ve E.2001/799, K.2002/87 sayılı kararı ile “*müşnet suçu işlediğine dair Jandarmadaki ifadesinden başka delil olmadığı, bu ifadenin de işkence altında alındığının iddia edildiği, işkence şüphelerinin bulunduğu bir ortamda yapılan sorgudaki ikrarın da tek başına delil kabul edilemeyeceği*” gerekçesi ile başvuruçular beraat etmiş ve bu karar temyiz edilmeyerek 8/3/2002 tarihinde kesinleşmiştir.

16. Ayrıca, başvuruçular hakkında Ağrı Cumhuriyet Başsavcılığının 31/1/2002 tarih ve 2002/8 numaralı iddianamesi ile de “*cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak*” suçundan Ağrı Ağır Ceza Mahkemesine kamu davası açılmış olup, yapılan yargılama sonucunda, anılan Mahkemenin 2/4/2002 tarih ve E.2002/20, K.2002/56 sayılı kararı ile başvuruçuların “*isnat edilen suçu işlediklerine dair yeterli kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı*” gerekçesi ile beraatlarına karar verilmiş olup, bu karar da temyiz edilmeyerek 10/4/2002 tarihinde kesinleşmiştir.

17. Başvuruçular hakkında Hamur ilçe sınırları içerisinde işlendiği iddia edilen ve 2001/306 hazırlık numarası üzerinde yürütülen hırsızlık suçu ile ilgili de Hamur Cumhuriyet Başsavcılığınca 6/12/2001 tarihinde Hamur Asliye Ceza Mahkemesine kamu davası açılmış ve Mahkemenin E.2001/88 numarası üzerinden yargılamaları yürütülmüştür.

2. Başvuruçuların Kötü Muamele Şikâyetleri Üzerine Yapılan İşlemler

a. Başvuruçuların Kötü Muamele İddiaları

18. Başvuruçular Ertan Dağabakan ile Cezmi Demir 5/11/2001 tarihinde avukatları olmaksızın Jandarmada, görevli Karakol Komutanı İ. Ö. ve yardımcısı

H. A. huzurunda vermiş oldukları ifadelerinde, Telekoma'a ait direklerdeki kabloları kesmek amacıyla olay yerinde bulunduklarını, Jandarma aracını görünce saklandıklarını, ancak suç konusu eşyalar ile birlikte yakalandıklarını, daha önceden de birkaç benzer suç işlediklerini kabul ederlerken, başvuru Hicrettin Dağabakan, bir şahsın ücret karşılığında pancar taşıtma istemi üzerine olay bölgesine gittiklerini, ancak bu kişi ve olay yerinde bulunan iki arkadaşının telleri traktör römorkuna yüklediklerini görünce bunu kabul etmeyip indirttiğini, bu sırada Jandarmanın geldiğini görünce daha önceden tanımadığı sadece iş amaçlı anlaştıkları diğer üç şahsın kaçtığını, kendilerinin ise kaçmayarak yakalandıklarını söylemiştir.

19. Başvurucular H. Dağabakan ve C. Demir 6/11/2001 tarihinde Savcılıkta verdikleri ifadelerinde, tanımadıkları bir kişi ile yaptıkları anlaşma üzerine pancar taşımak amacıyla olay yerine gittiklerini, söz konusu yerde başka şahısları da gördüklerini, bu sırada Jandarma gelince diğer şahısların kaçtıklarını, kendilerinin yakalandığını, atılı suçu işlemediklerini belirtmişlerken, başvuru E. Dağabakan suçu kabul etmiş, ayrıca başvuru Cezmi Demir işkence gördüğü için Jandarmada ikrarda bulunduğunu söylemiştir. Yine üç başvuru da, gözaltında iken devamlı surette kötü muamele gördüklerini, söz konusu suç ile birlikte başka olayları da kabul etmek için cop, tekme ve yumrukla vücutlarının değişik yerlerinden darp edildiklerini, gözlerinin bağlandığını, sinkaflı sözlerle hakarete maruz kaldıklarını, başlarından soğuk su döküldüğünü, bu nedenle görevlilerden şikâyetçi olduklarını ifade etmişlerdir. Bu iddia üzerine Savcılık aynı gün soruşturmaya başlamış ve başvuru-ları yeniden raporlarını aldirmek üzere Sağlık Ocağına sevk etmiştir. Görevli Doktor G. Ö., başvurularda herhangi bir darp ve cebir izinin bulunmadığı yönünden rapor düzenlemiştir.

20. Üç başvuru, 6/11/2001 tarihli sorgularında ise suçu kabul etmeyerek, Jandarmadaki ifadelerinin kötü muamele altında alındığını, elbiselerinin çıkarıldığını ve darp edildiklerini, korktukları için ikrarda bulunduklarını söylemişlerdir. Başvuru E. Dağabakan, Savcılıktan sonra yeniden Karakola götürülecekleri ve tekrar baskı görebileceği endişesi ile Savcılıkta da suçu kabul ettiğini belirtmiştir. Başvurucular aynı gün tutuklanmışlardır.

21. Başvurucular Ağır Ceza Mahkemesindeki benzer şikâyetlerinde de özetle, yüklenen suçu kabul etmek için gözaltında iken gözlerinin bağlandığını, soyularak çıplak vaziyette soğuk bir garaj-depo gibi yerde ayrı ayrı gece boyunca bekletildiklerini, kendilerini donmuş vaziyette hissettiklerini, hortum ile üzerlerine su püskürtüldüğünü, sopa ile değişik yerlerinden darp edildiklerini, saçlarından tutulup yerde sürüklendiklerini, İ. Ö. tarafından bazen gözlerinin açılarak adam oldunuz mu şeklindeki sorusuna muhatap

olduklarını, tuvalet ihtiyaçlarını bile karşılamalarına izin verilmediğini, bir aletle cinsel organlarının sıkıldığını, cop sokmaya kalkışıldığını, üç gün aç-susuz bırakıldıklarını, kendilerine ve ailelerine yönelik ağır küfür ve tehditlere maruz kaldıklarını, daha çok bu eylemleri Karakol Komutanı İ. Ö.'nün yaptığını, H. A.'nın da yanında olduğunu, Hamur Sağlık Ocağında doktorun kendileri üzerinde bir muayene yapmadan rapor düzenlediğini, Ağrı Devlet Hastanesinde kendileri için düzenlenen raporu sanık İ. Ö.'nün okuduktan sonra sinirlenerek yeniden içeri girdiğini, bir buçuk saat beklediklerini, daha sonra sanık İ. Ö.'nün gelerek ilçeye geri döndüklerini, gözaltı süresince sürekli işkenceye maruz kalmaları nedeniyle sanıklardan şikâyetçi olduklarını beyan ederek davada katılan sıfatıyla yer almışlardır.

b. Başvurucuların İddiaları Kapsamında Alınan Doktor Raporları

22. Başvurucuların gözaltına alındıkları 3/11/2001 tarihinde, Hamur Sağlık Ocağı'nda yapılan sağlık kontrolü sonrasında haklarında düzenlenen aynı içerikli raporlarda *"yapılan muayenesi sonucu herhangi bir bulguya rastlanılmadı-ğı, gözaltına alınmasında sakınca olmadığı"* tespitine yer verilmiştir.

23. Başvurucular, 6/11/2001 tarihinde, saat 08.30 sıralarında gözaltından çıkarılarak Savcılığa sevk edilmeden önce, Hamur Sağlık Ocağı'nda sağlık kontrolünden geçirilmiş olup, anılan Sağlık Ocağı doktorlarından G. Ö. tarafından düzenlenen 6/11/2001 tarihli ilk raporda, üç başvuru hakkında *"herhangi bir darp izine rastlanılmadı-ğı"* belirtilmiştir.

24. Başvurucuların Savcılıkta verdikleri benzer ifadelerinde, *"gözaltında iken kötü muameleye maruz kaldıklarını"* belirtmeleri üzerine, yeniden aynı Sağlık Ocağı ve aynı Doktordan alınan 6/11/2001 tarihli ikinci raporda da benzer saptamada bulunulmuştur.

25. Başvurucuların avukatı, Cumhuriyet Savcılığına hitaben yazdığı 7/11/2001 tarihli dilekçede, *"müvekkillerinin gözaltında kaldıkları süre içerisinde görevlilerce işkence yapıldığını, işkence izlerinin halen vücutlarında mevcut olduğunu ve müvekkilleri ile cezaevinde yaptıkları görüşme sırasında kendisinin de bizzat izleri gözlemlediğini, karakolda görevli bulunan komutanlardan birisinin eşinin, adı geçen sağlık ocağında çalışıyor olması nedeniyle, gerçeğe aykırı rapor tanzim edildiğini"* belirterek, müvekkillerinin yeniden hastaneye sevk edilip doktor raporu aldırılmasını talep etmiştir.

26. Bu talep üzerine başvurucular, kendilerine kötü muamelede bulunduğu iddia edilen karakol komutanı İ. Ö. ve yardımcısı H. A. ile diğer görevliler gözetiminde tutuklu oldukları cezaevinden alınarak 7/11/2001 tarihinde sağlık kontrolü için Ağrı Devlet Hastanesine sevk edilmiş ve hastane doktorlarından Y. İ. ve Y. O. tarafından saat 18.40'da yapılan muayeneleri sonucunda

düzenlenen 7/11/2001 tarihli raporda; başvuru Cezmi Demir ile ilgili olarak *"hastada yaklaşık 8-12 saat içinde olduğu düşünülen, sırtta sağ üstte yaygın hematoma olduğu, yeni oluşan darp-cebir izine rastlanmadığı, hayati tehlikenin olmadığı, iş ve güç kaybının bulunmadığı"*, başvuru Hicrettin Dağabakan ile ilgili olarak *"hastada yaklaşık 8-12 saat içinde olduğu düşünülen sol bacakta arkada kızarıklık, sağ bacak iç kısmında kızarıklık, sağ alt kadron batında kızarıklık mevcut olduğu, yeni oluşan darp ve cebir izine rastlanılmadığı, hayati tehlike, iş ve güç kaybının bulunmadığı"* ve başvuru Ertan Dağabakan ile ilgili olarak da *"hastada yaklaşık 8-12 saat içinde olduğu tahmin edilen, sağ üst kolda hematoma, batında ciltte kızarıklık mevcut olduğu, yeni oluşan darp-cebir izine rastlanmadığı, hayati tehlikenin olmadığı, iş ve güç kaybının bulunmadığı"* ifadelerine yer verilmiştir.

27. Ancak başvuru avukatının 9/11/2001 tarihli dilekçesi ile *"7/11/2001 tarihli raporun gerçeği yansıtmadığını, Doktor Y. İ.'nin Jandarma güvenlik güçlerinin baskısı altında söz konusu raporu tanzim ettiğini"* iddia ederek Savcılığa itirazda bulunması üzerine, Cumhuriyet Savcısı, başvuru avukatının yeniden sağlık kontrolünden geçirilmeleri için Ağrı Devlet Hastanesine sevklerini sağlamıştır.

28. Başvuru avukatının bu kez Ağrı Devlet Hastanesi uzman doktorları tarafından muayene edilmeleri sonucunda düzenlenen 12/11/2001 tarihli raporda; başvuru Cezmi Demir ile ilgili olarak *"sağ skapula üzerinde yaklaşık 5x6 cm'lik alanda yer yer yeşilimtrak ekimoz ve hassasiyet mevcuttur. Bu haliyle hasta, hayati tehlikeye maruz kalmamış, 3 gün iş ve güç kaybı olmuş, çehrede sabit eser yoktur"*, başvuru Hicrettin Dağabakan ile ilgili olarak *"sağ ve sol bacak önyüzde 1x1 cm'lik yeşilimtrak ekimoz, sol ön kol ön yüzde ve sol kol ön yüzde 4x5 cm'lik iki adet yeşilimtrak ekimoz, sıternum üzerinde 1x2 cm'lik, sağ omuz ön yüzde 2x3 cm'lik, sağ kol ön yüzde 2 cm'lik, sağ lomber bölgede 5x3 cm'lik alanda yer yer yeşilimtrak ekimoz mevcut olduğu, hayati tehlikeye maruz kalmadığı, 5 gün iş ve güç kaybına uğradığı"* ve başvuru Ertan Dağabakan ile ilgili olarak *"sağ McBurney noktasında 1x2 cm'lik krutlu yara, sağ kol ön yüzünde 2 x2 cm'lik bölgede yeşilimtrak ekimoz mevcuttur. Bu haliyle hasta, hayati tehlikeye maruz kalmamış, 1 gün iş ve güç kaybı olmuş, çehrede sabit eser yoktur"* tespiti yapılmıştır.

29. Adı geçen doktorlar (§ 32, 33; G. Ö., Y. İ., Y. O.) hakkında açılan dava sonrasında Ağrı Asliye Ceza Mahkemesinin 5/6/2002 tarihli yazısı ile başvuru avukatı hakkında düzenlenen 6/11/2001, 7/11/2001 ve 12/11/2001 tarihli raporlar arasındaki farklılığın değerlendirilmesinin istenilmesi üzerine, Adli Tıp Kurumunun 12/7/2002 tarihli yazısı ile başvuru avukatı ile ilgili raporlar açısından aynı ve özette *"12/11/2001 tarihli rapordaki bulguların künt travmatik bir etkenle meydana geldiği, bu bulguların 7/11/2001 tarihli rapordaki lezyonlarla aynı lezyonlar olduğu, bu durumun son rapor tarihinden önceki 7 ila 12 günlük bir zaman*

dilimi içinde meydana gelmiş olduğu” hususları belirtilmiştir.

30. Adli Tıp Kurumu Başkanlığından alınan 2/1/2006 tarihli raporda da, başvuru Cezmi Demir yönünden her ne kadar 7/11/2001 tarihinde yapılan muayenesinde sırtta sağ üste yaygın hemotom bulunduğu belirtilmiş ise de 5 gün sonra 12/11/2001 tarihinde yapılan muayenesinde aynı bölgede yeşilimtrak ekimoz bulunduğu belirtildiğinden söz konusu lezyonun hemotom değil ekimoz olması gerekeceği, vücutta künt travma sonucu oluşan ekimozların renk değişimleri göstererek iyileştikleri, ancak bu renk değişimlerinin travmanın şiddetine uygulandığı cisim veya cisimlerin özelliğine, vücut bölgesine, yaş cinsiyet, fizyolojik özelliklere göre farklılıklar gösterdiği bilindiğinden sadece ekimozdaki renk değişikliği ile ekimozun ne zaman oluştuğunun tespit edilmesinin tıbben mümkün olmadığı, ekimozların iyileşme süreci içinde çevrelerinde ve orta kısımlarında farklı renkler görülebileceği, kırmızı, mor, pembe, yeşil, sarı ve mavi gibi iyileşme sürecinde görülen renklerin bir kısmının bir arada olabileceği veya bunlar arasında kalan renklerin de görülebileceği ve bu ara renkler tarif edilirken yeşilimtrak, sarımtrak gibi kesin bir rengi belirtmeyen ifadelerin de kullanıldığı göz önüne alındığında 12/11/2001 tarihinde yeşilimtrak olarak tarif edilen ekimozu neden olan travmanın bu tarihten geriye doğru 5 ila 15 günlük bir zaman dilimi içerisinde meydana gelmiş olmasının mümkün olduğu, kesin bir tarih belirlemenin mümkün olmadığı belirtilmiş, diğer başvuru için ayrı ayrı düzenlenen raporlarda da aynı hususlara işaret edilmiştir.

c. Kamu Görevlileri Hakkında Yapılan Adli İşlemler

i. Soruşturma Sonucu Açılan Davalar

31. Başvurucuların Savcılıkta verdikleri benzer ifadelerinde, *“gözetiminde tutuldukları süre içinde kendilerine yöneltilen suçlamaları kabul etmeleri amacıyla devamlı olarak kötü muameleye maruz kaldıklarını ve bu nedenle Jandarma görevlilerinden şikâyetçi olduklarını”* belirtmeleri üzerine, Cumhuriyet Savcılığınca bu iddiaların araştırılması için aynı gün, 2001/306 numarasına kayıtlı dosya üzerinden soruşturma başlatılmıştır.

32. Hamur Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma sonucunda, anılan raporlar arasındaki çelişkiler üzerine, başvuru için gözetiminden çıkarıldıkları tarihte sağlık kontrolünü yapan ve başvuru hakkında *“herhangi bir darp ve cebir izi bulunmadığı”* şeklinde ilk raporları tanzim eden Doktor G. Ö. hakkında, 5/12/2001 tarih ve 2001/71 numaralı iddianameyle, suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 354/4,5 maddesi uyarınca *“gerçeğe aykırı rapor düzenlemek”* suçundan cezalandırılması istemiyle Hamur Asliye Ceza Mahkemesine kamu davası açılmıştır. Dava, Hamur Asliye Ceza Mahkemesinin E.2001/87 numarasına kaydedilerek, ilk duruşması 6/12/2001

tarihinde yapılmış ve daha sonra bu mahkemenin kapatılması nedeniyle (HSYK'nın 9/6/2004 tarih ve 278 sayılı kararı ile) dosya Ağrı Asliye Ceza Mahkemesine gönderilerek, anılan mahkemenin E.2004/419 numarası üzerinden yargılamaya devam olunmuştur.

33. Ayrıca, Hamur Cumhuriyet Başsavcılığınca Hz.2001/306 sayılı dosya üzerinden yürütülen soruşturma kapsamında, Doktor G. Ö. hakkında açılan dava dışında, 30/11/2001 tarih ve 2001/28 sayılı tefrik kararı gereğince; “gerçeğe aykırı rapor düzenlemek” ve “*efrada sui muamele*” suçları da tefrik edilerek, “gerçeğe aykırı rapor düzenlemek” suçundan Ağrı Devlet Hastanesi doktorlarından Y.İ. ve Y. O. hakkında yürütülen Hz.2001/314 sayılı dosya, 7/12/2001 gün ve 2001/11 sayılı yetkisizlik kararı ile Ağrı Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiş olup, bahsi geçen Savcılığın 4/2/2002 tarih ve 2002/77 numarasına kayıtlı iddianamesi ile adı geçenler hakkında mülga 765 sayılı Kanun’un 64/1, 354/4-5 maddeleri uyarınca cezalandırılmaları istemiyle Ağrı Asliye Ceza Mahkemesine kamu davası açılmıştır. Söz konusu dava, anılan Mahkemenin E.2002/86 numarasına kaydedilmiştir.

34. Diğer taraftan, 26/3/2002 tarih ve 2002/192 sayılı iddianame ile de Hamur İlçe Jandarma Komutanı İ. Ö. ve yardımcısı H. A. hakkında, “*işkenceyi gizlemek amacıyla gerçeğe aykırı adli rapor tanzim ettirmeye azmettirmek*” suçundan 765 sayılı Kanun’un 64/1, 354/4-5 maddeleri uyarınca Ağrı Asliye Ceza Mahkemesine kamu davası açılmış ve E.2002/213 numarasına kaydı sağlanmıştır.

35. Mahkemece, 27/3/2002 tarihinde aralarında fiili ve hukuki irtibat bulunduğundan bahisle, yukarıda bahsi geçen E.2002/213 numaralı davanın E.2002/86 sayılı davada birleştirilmesine karar verilmiştir.

36. Öte yandan, başvuruçuların gözaltında bulundukları süre içinde kendilerine işkence ve kötü muamelede bulunduklarını iddia ettikleri Jandarma görevlileri İ. Ö. ve H. A. hakkında Hz.2001/312 numara üzerinde yürütülen soruşturma dosyası, eylemin ağır ceza mahkemesinin görevinde bulunduğu gerekçesiyle, Hamur Cumhuriyet Başsavcılığının 7/12/2001 tarihli Fezlekesi ile Ağrı Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir.

37. Bunun üzerine, Ağrı Cumhuriyet Başsavcılığı’nın 28/12/2001 tarih ve 2001/81 sayılı iddianamesi ile Jandarma Karakol Komutanı İ. Ö. ve yardımcısı H. A. hakkında 765 sayılı Kanun’un 243/1. maddesi uyarınca “*kamu görevlisinin efrada sui muamelede bulunması*” suçundan Ağrı Ağır Ceza Mahkemesine kamu davası açılmıştır.

ii. Sanık ve Tanık Anlatımları

38. Sanıklardan İ. Ö. soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki ifade ve sa-

vunmasında özetle; “karakol komutanı olduğunu, hırsızlık ihbarı üzerine talimat vererek gönderdiği jandarma görevlilerinin olay bölgesinde başvuruçuları yakalayarak karakola getirdiklerini, üç günlük gözaltı sürecinde kendisinin bizzat ifade aldığını, ifade alımı sırasında yanında yardımcısı astsubay H.A.’nın da olduğunu, gözaltı çıkışını müteakip kötü muamele iddiaları üzerine yardımcısı ile birlikte şüphelileri Ağrı Devlet Hastanesine götürdüklerini, düzenlenen raporların ilk önce açık bir şekilde kendisine teslim edilmesi üzerine yeniden doktor ile görüşerek kapalı bir zarf içine koyduklarını, bu süreçte adı geçen doktorlara bir baskısının söz konusu olmadığını, herhangi bir kötü muamelede bulunmadığını” belirtmiş, sanık H. A. da benzer anlatımla suçu kabul etmemiştir. Aynı şekilde sanık G. Ö. de bir baskı altında kalmaksızın başvuruçuları muayene edip raporları düzenlediğini, yüklenen suçu işlemediğini savunmuştur.

39. Sanık Y. O. savunmasında özetle; “olay günü Ağrı Devlet hastanesinde nöbetçi doktor olarak görev yaptığımı, Doktor Y.’nin ise aktif nöbetçi olduğunu, mağdurların muayene için getirildiklerini, Doktor Y. tarafından muayenelerinin yapıldığını, Doktor Y.’nin tam bir fikir sahibi olamaması nedeni ile bir de kendisinin muayene etmesini istediğini, mağdurları tamamen soyduklarını, mağdurlarda darp, cebir izi olduğunu ancak tam bir kanaatin oluşmadığını düşündüklerini, daha sonra bu izlerin 8-12 saat içerisinde oluştuğuna dair rapor tanzim ettiklerini, kanaatlerinin o şekilde olduğunu, darp, cebir izinin mağdurların neresinde olduğunu hatırlamadığını, raporları İ. Ö.’ye teslim ettiğini” beyan etmiştir.

40. Sanık Y. İ. savunmasında özetle; “Ağrı Devlet hastanesinde görev yaptığımı, mağdurları muayene ettiğini, lezyonlara baktığında tereddüde düşmesi üzerine Doktor Y. O.’yu çağırdığını, tek tek Y. O. ile birlikte muayene ettiklerini, raporları düzenleyerek, zarf içinde hatırlayamadığı bir görevliye verdiklerini” belirtmiştir.

41. Tanık N. Ö. beyanında; “suç tarihinde Hamur Sağlık Ocağı’nda hemşire olarak görev yaptığımı, sanıklardan İ. Ö.’nün eşi olduğunu, olay günü poliklinik hemşiresi olarak görevli iken saat 16.00 sularında jandarmanın mağdurları muayene için getirdiklerini, mağdurların tek tek soyularak muayene edildiklerini ve vücutlarında darp, cebir izi bulunmadığına dair rapor tanzim edildiğini, muayene esnasında jandarma komutanlarının içeriye alınmadığını, mağdurların her hangi bir şikâyet ileri sürmediklerini, ancak mağdurlardan birinin başının ağırdığını söylediğini, muayene esnasında her hangi bir yerden telefon gelmediğini” söylemiştir.

42. Tanık S. S. anlatımında; “olay tarihinde icapçı hekim olarak Ağrı Devlet hastanesinde görev yaptığımı, Başhekimin kendisini aradığını resmi bir yazının olduğunu söylediğini, bunun üzerine acil servise gittiğini, mağdurları tamamen soyduğunu, mağdurları tek tek muayene ettiğini, mağdurlara ait her üç raporda belirtilen yaraların yaklaşık bir hafta on günlük iyileşmekte olan yaralar olduğunu, muhtemelen künt bir alet ile veya cisimle oluşmuş olabilecek yaralar olduğunu, şahısların muaye-

nelerinde vücutlarında künt travmaya bağlı morluklar ve ekimozlar bulunduğunu, 12/11/2001 tarihli raporunun içeriğinin doğru olduğunu" ifade etmiştir.

43. Tanık Ş. Ö. beyanında; "12/11/2001 tarihinde Ağrı C. Başsavcılığının yazılı talebi üzerine gelen üç şahsın muayenelerini yaptıklarını, her üç şahsın da vücutlarının çeşitli bölgelerinde meydana gelen yaraların yaklaşık bir hafta, on günlük iyileşmeye yüz tutmuş yaralar olduğunu, yaraların künt travmaya bağlı meydana gelen yaralar olup vücutlarında yeşilimtrak iyileşmeye başlamış morluklar ve ekimozlar bulunduğunu" belirtmiştir.

iii. Kovuşturma Aşaması Sonucunda Verilen Kararlar

44. Ağrı Asliye Ceza Mahkemesinin E.2002/86 sayılı dosyasında yapılan yargılama neticesinde, anılan Mahkemenin 9/10/2002 tarih ve E.2002/86, K.2002/506 sayılı kararıyla sanıklardan Y. İ. ve Y. O.'nun savunmaları da dikkate alınarak, "suçun yasal unsurlarının oluşmadığı" gerekçesiyle; diğer sanıklar İ. Ö. ve H. A.'nın da "her türlü kuşkudan uzak, inandırıcı, açık ve kesin deliller elde edilemediği" gerekçesiyle beraatlarına karar verilmiş, bu karar temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir.

45. "Kamu görevlisinin efrada sui muamelede bulunması" suçundan Ağrı Ağır Ceza Mahkemesinde E.2001/192 numarası üzerinden görülen dava, anılan Mahkemenin 11/4/2002 tarih ve E.2001/192, K.2002/66 sayılı kararıyla sonuçlanmış ve başvurularda yönelik eylemleri nedeniyle sanıklardan H. A., yeterli kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gerekçesiyle beraat ederken, sanık İ. Ö. ise, 765 sayılı Kanun'un 243/1, 71. maddeleri gereğince toplam 30 ay 3 gün hapis ve 7 ay 15 gün memuriyetten mahrumiyet cezası ile cezalandırılmıştır.

46. Bu kararın sanık ve başvurulardan tarafından 24/4/2002 tarihinde temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 23/6/2003 tarih ve E.2003/1302, K.2003/2451 sayılı ilamı ile "6/11/2001, 7/11/2001 ve 12/11/2001 tarihlerinde tanzim edilen üç sağlık raporu arasındaki çelişkinin giderilmesi ve belirlenen bulguların oluş zamanlarının net olarak saptanması açısından tüm dosyanın Adli Tıp Kurumuna gönderilerek nihai raporun alınması, doktorlar hakkında açılan kamu davalarının kesin hükümlerinin beklenilmesi ve tüm delillerin birlikte değerlendirilerek sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile hükm kurulduğu" gerekçesiyle bozma kararı verilmiştir.

47. Bozmaya uyan ve E.2003/141 numarası üzerinden yargılamayı yürüten Ağrı Ağır Ceza Mahkemesince 7/9/2004 tarihinde yapılan duruşmada, Doktor G. Ö. hakkında Ağrı Asliye Ceza Mahkemesinde görülmekte olan E.2004/419 sayılı davanın bahsi geçen dava ile birleştirilmesine ve Yargıtay ilamında belirtilen eksikliklerin giderilmesi için dosyanın ve mevcutlu olarak da mağ-

durların İstanbul Adli Tıp Kurumuna gönderilmesine ve raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesine karar verilmiştir.

48. Adli Tıp Kurumunca düzenlenen ve önceki rapor içeriğine (12/7/2002 tarihli rapor) benzer tespitlerin yer aldığı 2/1/2006 tarihli raporun dosyaya alınması sonucunda tüm sanıklar hakkında yeniden hüküm kurulmuştur. Buna göre, Ağrı Ağır Ceza Mahkemesinin 1/6/2006 tarih ve E.2003/141, K.2006/117 sayılı kararı ile sanıklardan H. A.'nın beraatına, sanık G. Ö.'nün görevi ihmal suçundan 600,00 TL adli para ceza ile cezalandırılmasına ve bu cezanın ertelenmesine, sanık İ. Ö.'nün ise başvurularda yönelik eylemleri sabit görülerek toplam 30 ay 3 gün hapis ve 7 ay 15 gün memuriyetten mahrumiyet cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

49. Bu kararın taraflarca 2-15/6/2006 tarihinde temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 30/6/2010 tarih ve E.2008/200, K.2010/9496 sayılı ilamı ile *"hüküm, sanıklar İ. Ö., G. Ö. ve müdafileri ile birlikte, müdahiller Hicrettin Dağbakan ve Cezmi Demir vekili Av. S. B. tarafından 'müdahiller Hicrettin Dağbakan, Ertan Dağbakan ve Cezmi Demir' vekili olarak temyiz edilmesine karşın, tebliğnamede müdahil olarak 'Ertan Demir ve Hicrettin Demir' adlarının yazıldığı ve temyiz eden olarak da 'katılan Ertan Demir vekili' ibaresine yer verildiği; öte yandan tebliğname başlığında, temyiz kapsamında olan sanık H. A. hakkındaki beraat kararının gösterilmediği anlaşılmakla, belirtilen düzelteler tamamlandıktan sonra incelenmek üzere geri gönderilmesi kaydıyla dosyanın incelenmeksizin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine"* karar verilmiştir. Bu düzeltmeler yapılarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 21/9/2010 tarihli tebliğnamesi ile dosya yeniden Yargıtay 8. Ceza Dairesine gönderilmiştir.

50. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 6/7/2011 tarih ve E.2010/12971, K.2011/5945 sayılı ilamında; *"müdahiller hakkında cürüm işlemek amacıyla teşekkül oluşturmak suçundan açılan kamu davasında, müdafî olarak tayin olunan avukatın, sanıklar İ. Ö. ve H. A.'ya müdafî olarak atanmış olduğunun tespit edildiği, bu durumun Avukatlık Yasasının 38/b madde ve fıkra hükmüne aykırı olduğu"* belirtilerek, sanıklar İ. Ö. ve H. A. hakkında kurulan hükmün bozulmasına ve diğer sanık G. Ö. hakkında ise zamanaşımı gerekçesi ile davanın düşmesine karar verilmiş ve G. Ö. hakkındaki düşme kararı aynı tarihte kesinleşmiştir.

51. Ağrı Ağır Ceza Mahkemesince bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda, 10/4/2012 tarih ve E.2011/176, K.2012/95 sayılı karar ile *"kamu görevlisinin efrada sui muamelede bulunması"* suçundan sanıklardan H. A.'nın beraatına, sanık İ. Ö.'nün ise başvuru ve diğer iki mağdura yönelik eylemleri nedeniyle toplam 30 ay 3 gün hapis ve 7 ay 15 gün memuriyetten mahrumiyet cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

52. Mahkemenin anılan karardaki gerekçesi şöyledir:

“...Mağdurların hırsızlık suçundan şüpheli olarak getirildikleri Hamur İlçe Jandarma Karakol Komutanlığında insan onuru ile bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmelerine, algılama veya irade yeteneklerinin etkilenmesine, aşağılanmalarına yol açacak şekilde muameleye maruz bırakıldıkları, eylemin sanık İ. Ö. tarafından gerçekleştirildiği, olay şüphelilerinin suçlarını söyletmek için başvurulmuş ve üç gün süren gözaltı süresi boyunca çıplak soyularak soğuk su ile ıslatıldıkları, darp edildikleri, kötü muameleye maruz bırakıldıkları, kendilerine hakaret edildiği, haysiyetlerinin ayaklar altına alındığı anlaşılmıştır. Tespit edilen raporlardaki maddi bulgular ve mağdurların aşamalarındaki tutarlı anlatımları irdelendiğinde sanık İ. Ö.’nün söz konusu üzerine atılı üç mağdura karşı işkence suçunu işlediği yönünde mahkememizde tam bir vicdani kanaat oluşmuştur. Sanık İ. Ö.’nün üzerine atılı suçu işlemediği, söz konusu arazların şüphelilerin gözaltından çıktıktan sonra oluşmuş olabileceği yönündeki savunmaları tüm dosya kapsamı nazara alındığında inandırıcı bulunmamış ve sanığın 765 sayılı TCK’nın 243/1. maddesi uyarınca cezalandırılması cihetine gidilmiştir.”

53. Başvurucular, olaya ilişkin olarak 3/1/2013 tarihli dilekçeleri ile bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

54. Diğer taraftan, 10/4/2012 tarihli kararın sanık İ. Ö. tarafından 17/4/2012 tarihinde temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 20/5/2013 tarih ve E.2013/1460, K.2013/15369 sayılı ilamı ile Mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmiş olup, Mahkemece aynı tarih esas alınarak sanıklar İ. Ö. ve H. A. hakkındaki karara kesinleşme şerhi konulmuştur.

B. İlgili Hukuk

55. 1/3/1926 tarih ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun 230. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakta savaşa ve gecikme gösteren veya üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan memur üç aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan beşbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.”

56. 765 sayılı Kanun’un 243. maddesi şöyledir:

“Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya diğer kamu görevlilerine sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden

mahrumiyet cezası verilir.

Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452 nci, sair hallerde 456 ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.”

57. 765 sayılı Kanun’un 354. maddesi şöyledir:

“Hekim, eczacı, sağlık memuru veya diğer bir sağlık mesleği mensubu, Hükümetçe emniyet ve itimat olunacak bir belgeyi hatır için gerçeğe aykırı olarak verir ise, altı aydan iki yıla kadar hapis ve yüzmilyon liradan üçyüzmilyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Gerçeğe aykırı olarak düzenlenmiş böyle bir belgeyi bilerek kullanan kimse hakkında dahi aynı ceza tertip olunur.

...

Eğer gerçeğe aykırı belge, işlenmiş bir suçu yahut işkence, zalimane veya gayriinsani diğer fiillerin delillerini gizlemek veya bu delilleri yok etmek için düzenlenmiş ise faile verilecek ceza, dört yıldan sekiz yıla kadar haptistir.

...”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

58. Mahkemenin 17/7/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
ların 3/1/2013 tarih ve 2013/293 numaralı bireysel başvuruları incelenip gereği
düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

59. Başvurucular, 3/11/2001 tarihinde ücret karşılığında pancar yükleme işi için birlikte gittikleri Ağrı ili Aşağı Karabal Köyü mevkiinde, telefon teli hırsızlığı ihbarı üzerine aynı bölgede tahkikat yapan güvenlik güçleri tarafından şüpheli sıfatıyla gözaltına alındıklarını, üç gün süreyle gözaltında tutulduklarını ve bahsi geçen suçu işledikleri hususunda itirafta bulunmaları amacıyla kolluk görevlileri tarafından devamlı surette başlarından soğuk su döküldüğünü, yumrukla başlarına vurulduğunu, vücutlarının çeşitli yerlerinden darp edildiklerini, soğukta bekletildiklerini, ekmek ve su verilmediğini, onur kırıcı laflar kullanıldığını, bu suretle işkence ve kötü muameleye maruz kaldıklarını ileri sürmüştür.

60. Başvurucular ayrıca, gözaltından çıkarılarak Savcılığa sevk edilmeden önce sağlık kontrolünden geçirilmek üzere Hamur Sağlık Ocağı’na götürüldüklerini, burada görev yapan hemşirelerden birinin işkence ve kötü muamele nedeniyle şikâyetçi oldukları sanık İ. Ö’nün eşi olmasından dolayı haklarında “darp ve cebir izi yoktur” şeklinde rapor düzenlendiğini, bu rapora itiraz etmeleri üzerine yine kendilerine kötü muamelede bulunan kolluk görevlilerinin gözetiminde yeniden sağlık kontrolünden geçirilmek için gittikleri Ağrı

Devlet Hastanesi'nde görevli doktorlar tarafından yapılan muayeneleri sonucunda düzenlenen raporun da sanık İ. Ö'ye teslim edildiğini, İ. Ö.'nün bu raporlara baktıktan sonra sinirlenerek, tekrar hastaneye girip içeriğini değiştirttiğini belirtmişlerdir.

61. Başvurucular son olarak, işkence ve kötü muameleye maruz kalmalarından dolayı yaptıkları şikâyet üzerine açılan kamu davasının makul sürede tamamlanmadığını, olayın üzerinden on bir yıl geçmesine rağmen kamuoyunu ve vicdanları tatmin edici bir karar verilmediğini, işkenceyi gizlemek için gerçeğe aykırı adli rapor düzenlediği gerekçesiyle yargılanan Doktor G. Ö. hakkındaki davanın zamanaşımı nedeniyle düştüğünü, bir kısım sanıkların da beraat ettiğini, bu nedenlerle AİHS'nin 2, 3, 6, 8, 13, 14. maddeleri ve 1 nolu ek Protokol'ün 1. maddesindeki haklarının ihlal edildiğini iddia etmiş ve 500.000 TL maddi, 500.000 TL manevi tazminat ve 100.000 TL de derece mahkemeleri önündeki diğer giderler olmak üzere toplam 1.100.000 TL tazminat ve yargılama gideri ödenmesi talebinde bulunmuşlardır.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

62. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Bu nedenle başvurucuların iddiaları Anayasa'nın 17/3. ve 36. maddeleri ile ilişkili görülerek işkence yasağı ile adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir.

a. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiği İddiası

63. Başvurucular, kendilerine işkencede bulunduklarını iddia ettikleri kolluk görevlileri aleyhine yürütülen ceza yargılamasının makul sürede bitirilmediğini belirterek adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

64. Bakanlık görüşünde, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki şikâyet değerlendirilirken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) bu konuda benimsediği ilkelere değinilmiş, AİHM'nin, Sözleşme'nin 3. maddesinin usuli gereği olarak sorumlular aleyhine yürütülen soruşturmanın uzunluğundan bahisle yine Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiği yönündeki şikâyetleri, 3. madde kapsamında incelediği ve 6/1. maddeye dayalı şikâyetleri ayrıca ele almadığı ifade edilmiştir.

65. Başvurucular, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı herhangi bir beyanda bulunmamışlardır.

66. Başvurucular, adil yargılanma hakkına dayanarak, kolluk görevlileri

aleyhine yürütülen davanın makul süreyi aştığını ileri sürmüşlerse de, işkence yasağına ilişkin olarak devletin etkili soruşturma yapma sorumluluğu kapsamında bu hususun da ele alınması gerektiğinden, anılan şikâyet ile ilgili adil yargılanma hakkı açısından ayrıca bir değerlendirme yapılmamıştır.

b. İşkence Yasağının İhlal Edildiği İddiası

67. Başvurunun incelenmesi neticesinde, işkence yasağına ilişkin iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından, başvurunun bu bölümünün kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

68. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

...

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."

69. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 3. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muamelelere tabi tutulamaz."

70. Başvurucular, isnat edilen suçlamayı kabul etmeleri amacıyla, gözaltında bulundukları 3 gün boyunca kolluk görevlileri tarafından devamlı surette işkence ve kötü muameleye maruz kaldıklarını iddia etmişlerdir.

71. Başvurucular, işkence ve kötü muameleye maruz kalmalarından dolayı yaptıkları şikâyet üzerine, kendilerine kötü muamelede bulunan kişilerin gözetiminde doktor kontrolünden geçirildiklerini, bu şahısların rapor düzenleyen doktorları etkileyip yönlendirdiklerini, söz konusu suçlardan açılan kamu davasının makul sürede tamamlanmadığını, işkenceyi gizlemek için gerçeğe aykırı adli rapor düzenlediği gerekçesiyle yargılanan Doktor G. Ö. hakkındaki davanın zamanaşımı nedeniyle düştüğünü, bir kısım sanıkların da beraat ettiğini, bu nedenlerle yargılamaların etkili yürütülmediğini belirtmişlerdir.

72. Bakanlık görüşünde, işkence yasağının esas bakımından ihlal edildiği yönündeki şikâyetler değerlendirilirken, başvurucuların gözaltında kaldıkları üç günlük sürede yaralandıklarının dosyadan anlaşıldığı, sanıkların savunmalarında bu yaralanmanın nasıl meydana geldiğine ilişkin bir açıklamanın bulunmadığı, işkence yasağının esas bakımından ihlal edilip edilmediğine

ilişkin değerlendirme ve takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğu vurgulanmıştır.

73. Bakanlık, işkence yasağının usul bakımından ihlal edildiği yönündeki şikâyetlere ilişkin olarak da, başvuruçuların şikayeti üzerine soruşturmanın adı geçen failler yönünden başlatılarak, davaların açıldığı, ancak tüm yargılama safahatı değerlendirildiğinde, 6/11/2001 tarihinde başlayan yargılamanın, 20/5/2013 tarihli onama kararı ile sonuçlandığı, böylece yargılama sürecinin on bir yıl altı ay on dört gün sürdüğü, AİHM'nin birçok kararında, işkence ve kötü muamele iddialarına yönelik soruşturma ve kovuşturmaların hızlı ve etkili biçimde sonuçlandırılması gerektiğinin vurgulandığı, işkence yasağının usul bakımından ihlal edilip edilmediğine ilişkin takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğunu ifade etmiştir.

74. Başvuruçular, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı herhangi bir beyanda bulunmamışlardır.

75. İşkence yasağına ilişkin şikâyetlerin incelenmesinin, devletin negatif ve pozitif sorumluluğuna bağlı olarak maddi ve usuli boyutları bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekir. Bu nedenle başvuruçuların somut olaydaki şikâyetleri, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında devletin maddi ve usul yükümlülükleri açısından ayrı şekilde değerlendirilecektir.

a. Anayasa'nın 17. Maddesinin Maddi Boyutunun İhlal Edildiği İddiası

76. Somut olayda cezai kovuşturmanın yapıldığı ve bir sanığın da işkence suçundan mahkûm olduğu gözetilerek öncelikle bu durumun başvuruçular açısından yeterli ve etkili bir telafi imkânı sunup sunmadığı, diğer bir ifade ile yargılama sonucunun mağdurluk sıfatını ortadan kaldırıp kaldırmadığının incelenmesi gerekir. Her ne kadar şahsi cezai mesuliyete ilişkin konulara değinmek ya da kişilerin suçlu olup olmadıklarına yönelik karar vermek Anayasa Mahkemesinin görevinde bulunmuyor ise de, kamu görevlilerinin işledikleri kötü muamele suçları için yapılan uygulamalara ilişkin olarak, suçun ağırlık derecesi ile verilen ceza arasında açık bir orantısızlık olduğu durumlarda, Anayasa Mahkemesinin anayasal denetim yapma görevi bulunmaktadır.

77. AİHM kararlarında da ifade edildiği gibi, tüm adli kovuşturmaların, mahkûmiyet veya belirli bir hüküm alma ile sonuçlanmasına yönelik kesin bir zorunluluk bulunmamakla birlikte, mahkemeler hiçbir koşul altında yaşamı tehdit eden suçların ve fiziksel ve ruhsal bütünlüğe yapılan ağır saldırıların cezasız kalmasına, af ya da zamanaşımına uğramasına izin vermemelidirler. Adli makamların, yetki alanları kapsamındaki kişilerin yaşamları ile fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini korumak üzere konan kanunların koruyucuları ola-

rak, sorumlu olanlara yaptırım uygulamakta kararlı olmaları ve suçun ağırlık derecesi ile verilen ceza arasında açık bir orantısızlığa izin vermemeleri gerekir. Aksi halde devletin, kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini kanunlar aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüğü yerine getirilmemiş olacaktır (bkz. *Ali ve Ayşe Duran/Türkiye*, B. No: 42942/02, 8/4/2008; *Okkalı/Türkiye*, B. No: 52067/99, 17/10/2006).

78. Buna göre söz konusu davada, Mahkemenin, işkence gibi vahim suç oluşturan bir fiilin hiçbir şekilde hoş görülemeyeceğini göstermekten ziyade, bu fiilin sonuçlarını hafifletecek biçimde orantısız bir şekilde asgari haddenden hüküm kurması ve bir sanık yönünden de davanın zamanaşımından düşmüş olması nedeniyle başvuru sahiplerinin mağdurluk sıfatlarının ortadan kalkmadığı sonucuna varılmıştır.

i. Genel ilkeler

79. Başvuru konusu olay, devlet gözetimi altında bulunan başvuru sahiplerinin maruz kaldıkları sözlü ve fiili saldırı nedeniyle maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirme haklarının ihlal edilmesi iddiası ile ilgilidir.

80. Herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmıştır. Anılan maddenin birinci fıkrasında insan onurunun korunması amaçlanmıştır. Üçüncü fıkrasında da kimseye "işkence" ve "eziyet" yapılamayacağı, kimsenin "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

81. Devletin, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü, öncelikle kamu otoritelerinin bu hakka müdahale etmemelerini, yani anılan maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şekillerde kişilerin fiziksel ve ruhsal zarar görmelerine neden olmamalarını gerektirir. Bu, devletin bireyin vücut ve ruh bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünden kaynaklanan negatif ödevidir.

82. Anayasa'nın 17. maddesi ayrıca Devlete, söz konusu kişilerin işkence ve eziyete ya da insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye, bu muameleler üçüncü kişiler tarafından yapılmış olsa bile, maruz bırakılmalarını engelleyecek tedbirler alma ödevini yükletmektedir. Dolayısıyla yetkililerin bildikleri ya da bilmeleri gerektiği bir kötü muamele tehlikesinin gerçekleşmesini engellemek için makul tedbirleri almamaları durumunda Devletin 17. maddenin üçüncü fıkrası anlamında sorumluluğu ortaya çıkabilir. (Benzer AİHM kararı için bkz. *Mahmut Kaya/Türkiye*, B. No: 22535/93, 28/3/2000, § 115).

83. Öte yandan bir muamelenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olması

gerekmektedir. Bu asgari eşik göreceli olup, her olayda asgari eşğin aşılp aşılmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler önem taşımaktadır (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 23). Değerlendirmeye alınacak bu unsurlara muamelenin amacı ve kastı ile ardındaki saik de eklenebilir (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Aksoy/Türkiye*, B. No: 21987/93, 18/12/1996, § 64; *Eğmez/Kıbrıs*, B. No: 30873/96, 21/12/2000, § 78; *Krastanov/Bulgaristan*, B. No: 50222/99, 30/9/2004, § 53). Ayrıca kötü muamelenin, heyecanın ve duyguların yükseldiği bağlamda meydana gelip gelmediğinin tespiti de (bkz. yukarıda geçen *Eğmez*, § 53; *Selmouni/Fransa* [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999, § 104) dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir.

84. Anayasa ve AİHS tarafından kötü muamele, kişi üzerindeki etkisi gözetenilerek derecelendirilmiş ve farklı kavramlarla ifade edilmiştir. Dolayısıyla, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen ifadeler arasında bir yoğunluk farkının bulunduğu görülmektedir. Bir muamelenin "işkençe" olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için, anılan fıkarda geçen "eziyet" ve "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele kavramları ile işkençe arasındaki ayrıma bakmak gerekmektedir. Bu ayrımın Anayasa tarafından, özellikle çok ağır ve zalimane acılara neden olan kasti insanlık dışı muamelelerdeki özel duruma işaret etmek ve bir derecelendirme yapmak amacıyla getirildiği ve anılan ifadelerin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenleme altına alınmış olan "işkençe", "eziyet" ve "hakaret" suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır.

85. Buna göre anayasal düzenleme bağlamında kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin "işkençe" olarak belirlenmesi mümkündür (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). Muamelelerin ağırlığının yanı sıra, İşkençe ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde "işkençe" teriminin özellikle bilgi almak, cezalandırmak veya yıldırma amacıyla ya da ayrımcı bir nedenle kasten ağır acı veya ıstırap vermeyi kapsadığı belirtilerek, "kast" unsuruna da yer verilmiştir.

86. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10/12/1984 tarihinde kabul edilen ve 26/6/1987 tarihinde yürürlüğe giren Türkiye'nin de 10/8/1988 tarihinde taraf olduğu İşkençe ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bu Sözleşme bakımından 'işkençe', bir kimseye, kendisinden bir ikrar veya üçüncü kişiyle ilgili bilgi elde etmek, kendisinin veya üçüncü kişinin işlediği veya

işlediğinden şüphelenilen bir fiil nedeniyle cezalandırmak, kendisine veya üçüncü kişiye gözdağı vermek veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan her hangi bir gerekçeyle, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir kişi tarafından veya bu kişilerin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle üçüncü kişi tarafından, kasten işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren her hangi bir fiildir. Kanuni yaptırımlardan kaynaklanan veya yaptırımın doğasında bulunan veya bu yaptırımlarla rastlaşan acı veya ıstırap, işkence sayılmaz.”

87. Yine anılan Sözleşme’nin 15. maddesi “Her bir Taraf Devlet, işkence sonucu alındığı ortaya çıkan bir ifadenin, işkence yapmaktan sanık bir kimsenin aleyhine bu beyanın alındığına dair bir delil olarak kullanılması hariç, hiç bir yargılamada delil olarak ileri sürülememesini sağlar.” hükmüne; 16. maddesi de “1. Her bir Taraf Devlet kendi egemenliği altındaki bir ülkede, birinci maddede tanımlanan işkenceye varmayan diğer zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza fiillerinin bir kamu görevlisi ve resmi sıfatla hareket eden bir diğer kimse tarafından veya bu kimsenin teşviki veya rızası veya muvafakati ile işlenmesini önlemeyi taahhüt eder. Sözleşmenin özellikle 10, 11, 12 ve 13. maddelerinde yer alan yükümlülükler, işkence sözcüğü yerine diğer zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı bir muamele veya ceza terimleri koyularak uygulanır.” hükmüne yer vermiştir.

88. “İşkence” seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun maddi veya manevi ıstırapa sebep olan insanlık dışı muameleler “eziyet” olarak tanımlanabilir (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). Bu hallerde meydana gelen acı, meşru bir muamele ya da cezada kaçınılmaz bir unsur olarak bulunan acının ötesine geçmelidir. İşkenceden farklı olarak “eziyet”te, ızdırap verme kastının belli bir amaç doğrultusunda yapılması aranmaz. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *İrlanda/Birleşik Krallık*, B. No: 5310/71, 18/1/1978, § 167; yukarıda geçen *Eğmez/Kıbrıs*, § 78). AİHM, fiziksel saldırı, darp, psikolojik sorgu teknikleri, kötü şartlarda tutma, kişiyi kötü muamele göreceği bir yere sınır dışı ya da iade etme, devletin gözetimi altında kişinin kaybolması, kişinin evinin yok edilmesi, ölüm cezasının infazının uzunca bir süre beklenilmesinin doğurduğu korku ve sıkıntı, çocuk istismarı gibi muameleleri “insanlık dışı muameleler” olarak nitelendirmiştir (bkz. yukarıda geçen *İrlanda/Birleşik Krallık*; *Ilaşcu ve diğerleri/Moldova ve Rusya*, [BD], B. No: 48787/99, 8/7/2004, §§ 432-438; *Soering/Birleşik Krallık*, B. No: 14038/88, 7/7/1989, § 91; *Jabari/Türkiye*, B. No: 40035/98, 11/7/2000, §§ 41-42; *Giusto/İtalya*, B. No: 38972/06, 15/5/2007). Bu nitelikteki muameleler Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında “eziyet” olarak nitelendirilebilir.

89. Mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, küçültülme, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağdu-

ru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen aşağılayıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin ise “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan*” muamele veya ceza olarak tanımlanması mümkündür (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). Burada “*eziyet*”ten farklı olarak, kişi üzerinde uygulanan muamele, fiziksel ya da ruhsal acıdan öte küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki oluşturmaktadır.

90. Bir muamelenin bu kavramlardan hangisini oluşturduğunu belirleyebilmek için her somut olay kendi özel koşulları içinde değerlendirilmelidir. Muamelenin kamuya açık olarak yapılması onun aşağılayıcı ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan nitelikte olup olmamasında rol oynasa da, bazı durumlarda kişinin kendi gözünde küçük düşmesi de bu seviyedeki bir kötü muamele için yeterli olabilmektedir. (Benzer AİHM kararı için bkz. *Pretty/Birleşik Krallık*, B. No: 2346/02, 29/4/2002, § 52). Ayrıca muamelenin küçük düşürme ya da alçaltma kastı ile yapıp yapılmadığı dikkate alınsa da böyle bir amacın belirlenememesi, kötü muamele ihlali olmadığı anlamına gelmeyecektir. (Benzer AİHM kararı için bkz. *V/Birleşik Krallık*, [BD], B. No: 24888/94, 16/12/1999, § 71). Bir muamele hem insanlık dışı/eziyet hem de aşağılayıcı/insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele niteliğinde olabilir (benzer AİHM kararı için bkz. yukarıda geçen *İrlanda/Birleşik Krallık*). Her türlü işkence, aynı zamanda insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele oluştururken, insan haysiyetiyle bağdaşmayan her aşağılayıcı muamele insanlık dışı/eziyet niteliğinde olmayabilir. Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayrımcı davranışlar, devlet görevlileri tarafından sarf edilen hakaretamiz ifadeler, engelli kimselerin karşılaştığı kimi olumsuz durumlar, kişiye normal olmayan bazı şeyleri yedirme içirme gibi aşağılayıcı muameleler “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan*” muamele olarak ortaya çıkabilir.

91. Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasıyla yasaklanmış bir eylem tehdidinde bulunmak da, yeterince yakın ve gerçek olması koşuluyla, bu maddenin ihlali sonucunu doğurma riskini taşıyabilir. Dolayısıyla bir kimseyi işkence ile tehdit etmek, en azından “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan*” muamele oluşturabilir. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Gäffen/Almanya* [BD], B. No: 22978/05, 1/6/2010, § 91; *Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık*, B. No: 7511/76 – 7743/76, 25/2/1982, § 26).

92. Özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişiye yönelik, kendi eylem ve tavırları mutlaka kuvvet kullanılmasını gerektirmedikçe, zora başvurulması, insan onurunun zedelenmesi ve ilke olarak Anayasa’nın 17. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen yasağın ihlal edilmesi sonucunu doğurabilir.

93. AİHM’nin birçok kararlarında da ifade edildiği gibi işkence yasağı, demokratik toplumun temel değerleri ile ilgili bir düzenlemedir. AİHS’nin

normatif maddelerinin çoğunluğunun aksine 3. madde istisna öngörmemekte ve 15. maddenin 2. fıkrasına göre ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike durumunda bile askıya alınamamaktadır (bkz. *Selmouni/Fransa* [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999, § 95; *Labita/İtalya* [BD], B. No: 26772/95, 6/4/2000, § 119). AİHM, terörizm ve örgütlü suçlarla mücadele gibi en zor koşullarda bile Sözleşme'nin işkence ve insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele ya da cezaları, mağdurun davranışı ne olursa olsun, kesin ifadelerle yasakladığını teyit etmiştir (bkz. yukarıda geçen *Labita/İtalya*, § 119; *Chahal/Birleşik Krallık*, B. No: 22414/93, 15/11/1996, § 79).

94. AİHM kararlarında, bir kişinin sağlıklı haldeyken gözaltına alındığı ancak salıverildiği zaman vücudunda yaralanma tespit edildiği durumlarda, söz konusu yaralanmanın nasıl oluştuğu hususunda makul bir açıklama getirme ve mağdurun bu yöndeki iddialarını şüphede bırakacak kanıtları sunma yükümlülüğünün Devlete ait olduğu, özellikle ilgili iddiaların doktor raporları ile doğrulandığı hallerde Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında açık sorunların ortaya çıkacağı ifade edilmiştir (bkz. yukarıda geçen *Selmouni/Fransa*, § 87; *Ferhat/Türkiye*, B. No: 12673/05, 25/9/2012, § 33).

95. Kötü muamele konusundaki iddialar, uygun delillerle desteklenmelidir. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Klaas/Almanya*, B. No: 15473/89, 22/9/1993, § 30). İddia edilen olayların gerçekliğini tespit etmek için, her türlü şüpheden uzak, makul kanıtların varlığı gerekir. Bu nitelikteki bir kanıt, yeterince ciddi, açık ve tutarlı emarelerden ya da aksi ispat edilemeyen birtakım karinelere de oluşabilir. (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *İrlanda/Birleşik Krallık*, B. No: 5310/71, 18/1/1978, § 161; yukarıda geçen *Labita/İtalya*, § 121). Bu bağlamda kanıtlar toplanırken tarafların takındıkları tutumlar dikkate alınmalıdır (bkz. *Tanlı/Türkiye*, B. No: 26129/95, 10/4/2001, § 109). Ancak bu uygun koşulların tespiti halinde bir kötü muamelenin varlığından bahsedilebilir (B. No: 2013/394, 6/3/2014, § 28).

96. Bireysel başvurulara ilişkin şikâyetlerin incelenmesinde Anayasa Mahkemesinin sahip olduğu rol ikincil nitelikte olup, bazı durumların ortaya koyduğu şartlar nedeniyle ilk derece mahkemesi rolünü üstlenmesinin kaçınılmaz olduğu hallerde çok dikkatli davranması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *McKerr/Birleşik Krallık*, B. No: 28883/95, 4/4/2000). Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında yapılan şikâyetlerin incelenmesinde böyle bir durumla karşılaşma riski bulunmaktadır. Anılan maddede güvence altına alınan yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı ihlali ile ilgili iddialarda bulunulduğu zaman, Anayasa Mahkemesi, bu konu hakkında tam bir inceleme yapmalıdır. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Ribitsch/Avusturya*, B. No: 18896/91, 4/12/1995, § 32). Ancak görülmekte olan bir davadaki delilleri

değerlendirmek kural olarak derece mahkemelerin işi olduğundan, Anayasa Mahkemesinin görevi, bu mahkemelerin maddi olaylara ilişkin yaptıkları değerlendirmenin yerine kendi değerlendirmesini koymak değildir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Klaas/Almanya*, B. No: 15473/89, 22/9/1993, § 29; *Jasar/“Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti”*, B. No: 69908/01, 15/2/2007, § 49). Kötü muamele iddiaları ile ilgili olarak derece mahkemelerinde dava görüldüğü zaman, ceza hukuku sorumluluğunun, Anayasa ve uluslararası hukuk sorumluluğundan ayrı tutulması gerekir. Anayasa Mahkemesinin yetkisi, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamında bulunanlarla sınırlıdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin cezai sorumluluk bağlamında suça ya da masumiyete ilişkin bir bulguya ulaşma görevi bulunmamaktadır (Benzer AİHM kararı için bkz. yukarıda geçen *Tanlı/Türkiye*, §§ 110 – 111). Diğer taraftan derece mahkemelerinin bulgularının Anayasa Mahkemesini bağlamamasına rağmen, normal şartlar altında bu mahkemelerin maddi olaylara ilişkin yaptığı tespitlerden ayrılmak için de kuvvetli nedenlerin var olması gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. yukarıda geçen *Klaas/Almanya*, § 30).

ii. Genel ilkelerin Olaya Uygulanması

97. Başvurucular, hırsızlık suçu şüphesi ile Jandarma görevlileri tarafından 3/11/2001 tarihinde gözaltına alınmışlardır. Aynı gün yapılan muayenelerinde herhangi bir sağlık sorunu tespit edilmemiştir. Başvurucular, 6/11/2001 tarihinde gözaltından çıkarılmış ve haklarında düzenlenen raporda “*herhangi bir darp izine rastlanılmadığı*” belirtilmiştir. Ancak, başvurucuların Savcılıkta verdikleri ifadelerinde “*gözaltında tutuldukları süre içinde kendilerine yöneltilen suçlamaları kabul etmeleri amacıyla devamlı olarak işkence yapıldığını, işkence eden komutanın eşi ile aynı sağlık ocağında çalışan Doktor G. Ö’nün gerçeğe aykırı rapor tanzim ettiğini, bu nedenle Jandarma görevlileri ile hastane doktorlarından şikâyetçi olduklarını*” belirtmeleri üzerine, Cumhuriyet Savcılığınca bu iddiaların araştırılması için aynı gün soruşturma başlatılmış ve başvurucular hakkında başka hastanelerde ve Adli Tıp Kurumundan alınan raporlarda, başvurucuların gözaltında bulundukları zaman diliminde vücutlarının çeşitli yerlerinde darp izleri bulunduğu saptanmıştır (§ 28, 29, 30). Ayrıca Jandarmada görevlileri İ. Ö. ve H. A. savunmalarında, başvurucuların sağlıklı şekilde girdikleri halde gözaltındaki yaralanmaların nasıl meydana geldiğine ilişkin ikna edici bir açıklamada bulunmamışlardır.

98. Diğer taraftan, başvurucular hakkında “hırsızlık” suçundan açılan dava da Ağrı Asliye Ceza Mahkemesi, aleyhlerindeki tek delil olan kolluk beyanlarının işkence sonucu alındığına ilişkin iddialar bulunması nedeniyle; “cü-

rüm işlemek için teşekkül oluşturmak” suçundan da Ağrı Ağır Ceza Mahkemesi, “*isnat edilen suçu işlediklerine dair yeterli kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı*” gerekçesi ile beraat kararı vermiştir. Bunun yanında, Ağrı Ağır Ceza Mahkemesince “*efrada sui muamele*” suçundan Jandarma görevlisi İ. Ö. hakkında verilen mahkûmiyete ilişkin karar Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmişken, H. A. delil yetersizliğinden beraat etmiştir. Yine gerçeğe aykırı rapor tanzim etmek suçundan sanıklardan Y. İ. ve Y. O.’nun beraatına karar verilmiştir. Öte yandan başvuruçularda herhangi bir darp izi bulunmadığı yönünde rapor düzenleyen ve efrada sui muamele suçundan mahkûm olan sanık İ. Ö.’nün hemşire olan eşi ile aynı yerde çalışan sanık G. Ö.’nün eylemi Mahkemece sabit kabul edilerek, görevi ihmal suçundan mahkûm edilmesine rağmen, Yargıtay aşamasında zamanaşımı nedeniyle davanın düşmesine karar verildiği görülmüştür.

99. Başvuruçular, gözaltında bulundukları üç gün boyunca kolluk görevlileri tarafından vücutlarının çeşitli yerlerinde cop ve yumruk ile darba maruz kaldıklarını, gözlerinin bağlandığını, soyularak çıplak vaziyette soğuk bir garaj-depo gibi yerde geceleri ayrı olarak beklettirildiklerini, hortum ile üzerlerine su püskürtüldüğünü, saçlarından sürüklendiklerini, tuvalet ihtiyaçlarını karşılamalarına izin verilmediğini, bir aletle cinsel organlarının sıkıldığını, organlarına cop sokulmaya kalkışıldığını, aç-susuz bırakıldıklarını, kendilerine ve ailelerine yönelik ağır küfür ve tehditler sarf edildiğini Savcılık ve Mahkeme aşaması ile bireysel başvurularında ileri sürmüşlerdir. Gözaltında oldukları için, dış dünyayla ilişkileri kesilen veya kendilerine destek olabilecek ve gerekli kanıtları oluşturabilecek doktor, avukat, aile yakını veya arkadaşlarla görüşmeleri her an olanaklı olmayan başvuruçuların gözaltı sırasında maruz kaldıkları kimi kötü muamele davranışları yönünden yaptıkları şikâyetleri desteklemeleri, kanıt toplamanın güçlüğü nedeniyle zor olacağı açıktır. Başvuruçuların bu kapsamdaki iddialarına ilişkin olarak, ancak dosyadaki tüm verilerin birlikte incelenmesi halinde bir sonuca ulaşılması mümkündür.

100. Buna göre başvuruçuların aşamalarda birbiriyle uyuşan sözleri, Ağrı Devlet Hastanesi ile Adli Tıptan alınan doktor raporları ve tanık anlatımları ile Mahkemenin gerekçeli kararı (§ 52), başvuruçuların bu iddialarının doğruluğuna karine oluşturmuştur. Sağlıklı bir şekilde gözaltına alınan başvuruçuların, gözaltından çıkarıldıktan sonra yaralanmış oldukları ya da fiziksel iz bırakmayan kötü muamele gördüklerinin tutarlı ifadeleri ve doktor raporları ile saptanmış olması karşısında, artık bunun kolluk görevlilerinin eylemleri sonucu olmadığına ilişkin ispat yükümlülüğü idareye aittir. Ancak, idarenin ispat yükümlülüğünü yerine getirmediği görülmüştür.

101. Başvurucular hakkında çeşitli sağlık raporlarında belirtilen yaraların tümünün ve başvurucuların gözaltı sırasında maruz kaldıkları kötü muameleyle ilişkin beyanları, fiziksel acıların bulunduğunu ortaya koymuştur. Olayların süregelişi, saldırıların, başvuruculara kendilerine yöneltilen olaylar hakkında itirafta bulunmaları için bilinçli olarak uygulandığını doğrulamaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu eylemlerin, bahsi geçen suçu işledikleri hususunda ikrarda bulunmaları amacıyla başvuruculara kasten uygulandığı anlaşılmaktadır. Ortaya çıkarılan fiiller, başvurucuların fiziksel ve psikolojik acı verme, direncini kırma, onları aşağılama amacı olan, korku, endişe ve aşağılık duygusu sağlayan niteliktedir. Bu muamelelerin işkence niteliğinde olduğunu söylemek için yeterli ciddi kanıt unsuru bulunmaktadır.

102. Her ne olursa olsun, özgürlüğü kısıtlanan bir kişi nezdinde, bu kişinin tutumu tam olarak gerekli kılmadıkça, fiziksel güç kullanılması insan onurunu kırar ve kural olarak Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasını ihlal eder. Özellikle gözaltında yaşanan olaylar esnasında bir başvurunun yaşının da küçük olduğu göz önüne alındığında, bu başvurunun gözaltı sırasında uğradığı şiddetin yoğunluğu nedeniyle gelecekte de sürekli bir acı ve endişe içinde yaşama riski altında kalabileceği inkâr edilemez.

103. Diğer taraftan gözaltında oldukları için zaten çok kırılğan bir durumda olan başvurucuların, kendi davranışlarından kaynaklanmadığı ve zorlayıcı bir neden de bulunmadığı halde sözlü ve fiziksel saldırıya maruz kalmaları, ayrıca bu güce başvuranların gözetiminde hastanelere sevk edilmeleri ve bu kişilerin yönlendirme ve etkileri ile doktor raporlarının düzenlenmesi şeklindeki eylemlerin, başvuruculara yönelik tehditin varlığını devam ettirdiği, bunun da insan onuruna bir müdahale oluşturduğu açıktır.

104. Ayrıca Jandarma görevlilerinin eylemlerindeki saikin hırsızlık suçunu aydınlatmak olduğu belirlenmiş ise de, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası göz önünde tutulduğunda, mağdurların eylemi veya yetkililerin saiki ne olursa olsun, kötü muamele yasağının ihlal edilmemesi gerekir. Saikin önemi ne kadar yüksek olursa olsun, yaşam hakkı gibi en zor koşullarda bile işkence, eziyet veya insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yapılamaz. Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrası gereğince savaş, seferberlik, sıkı yönetim veya olağanüstü hallerde bile, bu yasağın askıya alınmasına izin verilmemiştir. Anılan maddelerdeki hakkın mutlaklık niteliğini güçlendiren felsefi temel, söz konusu kişinin eylemi ve suçun niteliği ne olursa olsun, herhangi bir istisnaya veya haklılaştırıcı faktöre veya menfaatlerin tartılmasına izin vermemektedir.

105. Yukarıda ifade edilen ve insan onuru ile bağdaşmayan, bedensel veya ruhsal yönden acı çektiren, algılama veya irade yeteneklerini etkileyen, aşağı-

ğılanmaya yol açan nitelikteki muamelelerin; başvuruclardan bilgi almak, isnat edilen suçları kabul ettirmek, onları cezalandırmak ya da yıldırma amacıyla yapıldığı ve üç gün boyunca birbirlerine eklenmiş yöntemlerle, belli bir kasıt altında şiddetli fiziksel ağrı ya da ruhsal acı verilmek suretiyle gerçekleştiği belirlenmiştir. Buna göre, birisi çocuk yaştaki başvuruclara kasti olarak uygulanan muamelelerin amacı, süresi, fiziksel ve ruhsal etkisi de dikkate alındığında ve söz konusu fiillerin boyutu ve bu muamelelerin ilgili kişilere itirafta bulunmaları veya kendilerine yöneltilen olaylar hakkında bilgi vermeleri amacıyla görevlerini yapan devlet görevlileri tarafından bilinçli olarak yapıldığı göz önünde bulundurulduğunda ve ayrıca bu muamelelerin, başvurucların vücut bütünlüğünde oluşturduğu etkileri de dikkate alındığında, işkence olarak nitelendirilmesi mümkün görülmüştür.

106. Öte yandan bir sanık yönünden davanın zamanaşımına uğramış olması, mahkûm olan jandarma görevlisi hakkında ise, Mahkemenin gerekçesinde belirttiği vahim nitelikteki eylemleri de dikkate alındığında, islenen suç ile verilen ceza arasında orantısız bir uygulama yapılmış olması ve verilen cezanın yasal olmayan bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki doğurmaması nedenleriyle, devletin söz konusu davada başvurucların fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini kanunlar aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği anlaşılmıştır.

107. Açıklanan nedenlerle, başvurucların maruz kaldıkları bu eylemlerden dolayı Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan işkence yasağının, maddi boyutu bakımından ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

b. Anayasa'nın 17. Maddesinin Usul Boyutunun İhlal Edildiği İddiası

i. Genel ilkeler

108. Başvuruclular, işkence ve kötü muameleyle maruz kalmalarından dolayı kolluk görevlileri ve bu görevlilerin eylemlerinin ortaya çıkmaması için yarıltıcı rapor düzenleyen doktorlar hakkında yaptıkları şikâyet üzerine açılan davaların makul sürede tamamlanmadığını, bir sanık yönündeki davanın zamanaşımı nedeniyle düştüğünü, bir kısım sanıkların da beraat ettiğini, böylece yargılamanın etkili yapılmadığını ileri sürmüşlerdir.

109. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen hak kapsamında, devletin, pozitif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan tüm bireylerin maddi ve manevi varlığını koruma hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Devlet, bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten korumakla

yükümlüdür (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 51).

110. Devletin, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında sahip olduğu bu pozitif yükümlülüğün bir de usuli boyutu bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, doğal olmayan her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmi bir soruşturma yürütmek durumundadır. Bu tarz bir soruşturmanın temel amacı, söz konusu saldırıları önleyen hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda, bunların sorumlulukları altında meydana gelen olaylar için hesap vermelerini sağlamaktır. (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Anguelova/Bulgaristan*, B. No: 38361/97, 13/6/2002, § 137; *Jasinskis/Letonya*, B. No: 45744/08, 21/12/2010, § 72).

111. Buna göre bireyin, bir devlet görevlisi tarafından hukuka aykırı olarak ve Anayasa'nın 17. maddesini ihlal eder biçimde bir muameleyle tabi tutulduğuna ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, Anayasa'nın 17. maddesi, "*Devletin temel amaç ve görevleri*" kenar başlıklı 5. maddedeki genel yükümlülükle birlikte yorumlandığında etkili resmi bir soruşturmanın yapılmasını gerektirmektedir. Bu soruşturma, sorumluların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlamaya elverişli olmalıdır. Şayet bu olanaklı olmazsa, bu madde, sahip olduğu öneme rağmen pratikte etkisiz hale gelecek ve bazı hallerde devlet görevlilerinin fiili dokunulmazlıktan yararlanarak, kontrolleri altında bulunan kişilerin haklarını istismar etmeleri mümkün olacaktır (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 25; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Corsacov/Moldova*, B. No: 18944/02, 4/4/2006, § 68).

112. Usul yükümlülüğünün bir olayda gerektirdiği soruşturma türünün, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının esasına ilişkin yükümlülüklerin cezai bir yaptırım gerektirip gerektirmediğine bağlı olarak tespiti gerekmektedir. Kasten ya da saldırı veya kötü muameleler sonucu meydana gelen ölüm ve yaralama olaylarına ilişkin davalarda Anayasa'nın 17. maddesi gereğince devletin, ölümcül ya da yaralamalı saldırı durumunda sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verebilecek nitelikte cezai soruşturmalar yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu tür olaylarda, yürütülen idari ve hukuki soruşturmalar ve davalar sonucunda sadece tazminat ödenmesi, bu hak ihlalini gidermek ve mağdur sıfatını ortadan kaldırmak için yeterli değildir (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 55).

113. Yürütülen ceza soruşturmalarının amacı, kişinin maddi ve manevi varlığını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların ölüm ya da yaralama olayına ilişkin hesap vermelerini sağla-

maktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü değil, uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Diğer taraftan, burada yer verilen değerlendirmeler hiçbir şekilde Anayasa'nın 17. maddesinin, başvurularda üçüncü tarafları adli bir suç nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkı (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Perez/Fransa*, 47287/99, 22/7/2008, § 70) ya da tüm yargılamaları mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma ödevi (bkz. yukarıda geçen *Tanlı/Türkiye*, § 111) yüklediği anlamına gelmemektedir (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 56).

114. Yürütülecek ceza soruşturmaları, sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verecek şekilde etkili ve yeterli olmalıdır. Soruşturmanın etkili ve yeterli olduğundan söz edebilmek için soruşturma makamlarının resen harekete geçerek olayı aydınlatabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delilleri toplamaları gerekir. Dolayısıyla, kötü muamele iddialarının gerektirdiği soruşturma bağımsız bir şekilde, hızlı ve derinlikli yürütülmelidir. Diğer bir ifadeyle yetkililer, olay ve olguları ciddiyetle öğrenmeye çalışmalı ve soruşturmayı sonlandırmak ya da kararlarını temellendirmek için çabuk ve temelden yoksun sonuçlara dayanmamalıdır (bkz. *Assenov ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 24760/94, 28/10/1998, § 103; *Batı ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 33097/96 - 57834/00, 3/6/2004, § 136). Bu kapsamda yetkililer diğer deliller yanında görgü tanıklarının ifadeleri ile kriminalistik bilirkişi incelemeleri dâhil söz konusu olayla ilgili kanıtları toplamak için alabilecekleri bütün makul tedbirleri almalıdırlar (bkz. *Tanrıkulu/Türkiye* [BD], B. No: 23763/94, 8/7/1999, § 104; *Gül/Türkiye*, B. No: 22676/93, 14/12/2000, § 89).

115. Bu tür olaylarla ilgili cezai soruşturmaların etkililiğini sağlayan hususlardan biri de teoride olduğu gibi pratikte de hesap verilebilirliği sağlamak için soruşturmanın veya sonuçlarının kamu denetimine açık olmasıdır. Buna ilaveten her olayda, mağdurların meşru menfaatlerini korumak için bu süreç etkili bir şekilde katılmaları sağlanmalıdır. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, 24746/94, 4/5/2001, § 109; *Oğur/Türkiye* [BD], B. No: 21594/93, 20/5/1999, § 92; *Khadjialiyev ve diğerleri/Rusya*, B. No: 3013/04, 6/11/2008, § 106; *Denis Vassiliev/Rusya*, B. No: 32704/04, 17/12/2009, § 157; *Dedovski ve diğerleri/Rusya*, B. No: 7178/03, 15/5/2008, § 92; *Ognyanova ve Choban/Bulgaristan*, B. No: 46317/99, 23/2/2006, § 107).

116. Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında bazen tek başına soruşturma yapılmamış olması yahut da yeterli soruşturma yapılmamış olması da kötü muamele teşkil edebilmektedir. Dolayısıyla, şartlar ne olursa olsun, yetkililer resmi şikâyet yapılır yapılmaz harekete geçmelidirler. Şikâyet yapılmadığında bile işkence veya kötü muamele olduğunu gösteren yeterli kesin belirtiler olduğunda soruşturma açılması sağlanmalıdır. Bu bağlamda soruş-

turmanın derhal başlaması, bağımsız biçimde, kamu denetimine tabi olarak özenli ve süratli yürütülmesi ve bir bütün olarak etkili olması gerekir (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 25; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. yukarıda geçen *Batı ve diğerleri/Türkiye*, §§ 133, 134).

117. Devlet memurları tarafından yapılan işkence ve kötü muamele hakkında yürütülen soruşturmanın etkili olması için, soruşturmadan sorumlu ve tetkikleri yapan kişilerin olaylara karışan kişilerden bağımsız olması gerekir (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. yukarıda geçen *Oğur/Türkiye*, §§ 91-92; *Mehmet Emin Yüksel/Türkiye*, B. No: 40154/98, 20/7/2004, § 37; *Güleç/Türkiye*, B. No: 21593/93, 27/7/1998, §§ 81-82). Soruşturmanın bağımsızlığı sadece hiyerarşik ya da kurumsal bağlantının olmamasını değil ama aynı zamanda somut bir bağımsızlığı da gerektirir (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Ergi/Türkiye*, B. No: 23818/94, 28/7/1998, §§ 83-84). Dolayısıyla etkili bir soruşturmadan söz edebilmek için, öncelikle bağımsız yürütülebilir niteliğe sahip olması gerekir.

118. Soruşturmayı sağlayacak bir başvuru yolunun sadece hukuken mevcut bulunması yeterli olmayıp, bu yolun uygulamada fiilen de etkili olması ve başvurulacak makamın ihlal iddiasının özünü ele alma yetkisine sahip bulunması gereklidir. Başvuru yolunun bir hak ihlali iddiasını önleyebilme, devam etmekteyse sonlandırabilme veya sona ermiş bir hak ihlalini karara bağlayabilme ve bunun için uygun bir tazminat sunabilmesi halinde ancak etkililiğinden söz etmek mümkün olabilir. Yine, vuku bulmuş bir hak ihlali iddiası söz konusu olduğunda, tazminat ödenmesinin yanı sıra sorumluların ortaya çıkarılması bakımından da yeterli usulü güvencelerin sağlanması gerekir (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 26; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. yukarıda geçen *Aksoy/Türkiye*, § 95; *Ramirez Sanchez/Fransa*, B. No: 59450/2000, 4/7/2006, §§ 157-160).

119. Kötü muameleye ilişkin şikâyetler hakkında yapılan soruşturma söz konusu olduğunda yetkililerin hızlı davranması önemlidir. Bununla birlikte belirli bir durumda bir soruşturmanın ilerlemesini engelleyen sebepler ya da zorlukların olabileceği de kabul edilmelidir. Ancak, kötü muameleye yönelik soruşturmalarda, hukuk devletine bağlılığın sağlanması, hukuka aykırı eylemlere hoşgörü ve teşvik gösterildiği görünümü verilmesinin engellenmesi, herhangi bir hile ya da kanunsuz eyleme izin verilmemesi ve kamuoyunun güveninin sürdürülmesi için yetkililer tarafından soruşturmanın azami bir hız ve özenle yürütülmesi gerekir. (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Maorano ve diğerleri/İtalya*, B. No: 28634/06, 15/12/2009, § 124; *McKerr/Birleşik Krallık*, B. No: 28883/95, 4/5/2001, §§111, 114; *Opuz/Türkiye*, B. No: 33401/02, 9/6/2009, § 150).

120. Mahkemelerin, özellikle işkence ve kötü muamele niteliğindeki bir olayın zamanaşımına uğramaması için ellerinden gelen tüm gayreti sarf etmeleri ve tüm araçlara başvurmaları gerekir. Kötü muamele iddialarına ilişkin bir ceza davası söz konusu olduğunda, yetkililer tarafından çabuklukla verilecek bir yanıt, eşitlik ilkesi içinde genel olarak kamunun güveninin korunması açısından temel bir unsur olarak sayılabilir ve kanundışı eylemlere karışanlara karşı gösterilecek her türlü hoşgöründen kaçınmaya olanak tanır (Benzer AİHM kararları için bkz. *Hüseyin Esen/Türkiye*, B. No: 49048/99, 8/8/2006; *Özgür Kılıç/Türkiye*, B. No: 42591/98, 24/9/2002).

121. AİHM, bir Devlet görevlisinin işkence veya kötü muameleyle suçlandığı durumlarda “*etkili başvuru*”nın amaçları çerçevesinde, cezai işlemlerin ve hüküm verme sürecinin zamanaşımına uğramamasının ve genel af veya affın mümkün kılınmamasının büyük önem taşıdığına işaret etmiştir. Ayrıca, AİHM, soruşturması veya davası süren görevlinin görevinin askıya alınmasının ve şayet hüküm alırsa meslekten men edilmesinin önemine dikkat çekmiştir (bkz. *Abdülşamet Yaman/Türkiye*, B. No: 32446/96, 2/11/2004, § 55).

ii. Genel ilkelerin Olaya Uygulanması

122. Sunulan kanıtlara dayanarak, Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, Devletin, negatif sorumluluğu kapsamında başvuru yapan maruz kaldığı işkenceden sorumlu olduğu sonucuna varılmıştır. Yine, ilgili kişiler tarafından yapılan şikâyetler etkili soruşturma hakkı kapsamında “*ka-bul edilebilir*” olarak görülmüştür. Buna göre, yetkililerin yukarıda sıralanan gerekliliklere cevap verecek etkin bir soruşturmayı yürütmesi zorunluluğu bulunduğundan, öncelikle bu zorunluluğa uyulup uyulmadığının tespiti gerekmektedir.

123. Başvurucular, soruşturmanın bazı noktalarda etkili yürütülmediğini ileri sürmüşlerdir. Bu kapsamda başvuru yapanlar, kendilerine kötü muamelede bulunan kişilerin gözetiminde doktor kontrolünden geçirildiklerini ve bu şahısların rapor düzenleyen doktorları etkileyip, yönlendirdiklerini iddia etmişlerdir.

124. Yukarıdaki ilkelerde de belirtildiği gibi, Devlet memurları tarafından yapıldığı iddia edilen işkence ve kötü muameleler hakkında yürütülen soruşturmanın etkili olması için soruşturmada sorumlu ve tetkikleri yapan kişilerin, olaylara karışan kişilerden bağımsız olması gerekir. Somut olayda, soruşturma bağımsız bir birim olan Cumhuriyet Savcılığınca yürütülmekte ise de, Savcılık adına adli işlemleri yürüten kişilerin bizzat kötü muameleyle ismi karışan kişilerden oluşması, soruşturmanın etkili olmasını engellemiştir. Zira, bu kişilerin kendi aleyhlerine olabilecek muhtemel kanıtları karartma ihtimalleri yüksektir. Yine, bunların mağdurların lehine olabilecek delilleri

toplama konusunda isteksiz davranmaları ya da tanık veya rapor düzenleyecek doktor, bilirkişi gibi şahısları yanlış yönlendirme riski bulunmaktadır.

125. Söz konusu olayda sözlü ve fiziksel saldırıya maruz kalan başvuru-
cuların, bu güce başvuranların gözetiminde hastanelere sevk edildiklerini ve bu
kişilerin yönlendirme ve etkileri ile doktor raporlarının düzenlendiğini iddia
etmeleri (§ 26, 38, 41, 71) ve bu iddiaları doğrulayan mahkûmiyet hükümle-
ri (G. Ö. ve İ. Ö. ile ilgili kararlar) ile başvuru-
cuların darp edilme dışındaki
kötü muamele iddialarının araştırılmaması dikkate alındığında, soruşturma-
nın bağımsız ve etkili yürütülmediği, bunun bir ihlal sonucunu doğurduğu
değerlendirilmiştir.

126. Başvurucular ayrıca, işkence suçundan açılan davada bir sanığın beraat
etmesi, yine gerçeğe aykırı rapor düzenlemek suçundan açılan davanın da
zamanaşımından düşmesi nedeniyle soruşturmanın etkili olmadığını belirt-
mişlerdir.

127. Ağrı Ağır Ceza Mahkemesince efrada sui muamele suçundan
Jandarma görevlisi H. A. hakkında delil yetersizliğinden beraat kararı veril-
miştir. Anayasa'nın 17. maddesinin amacı, kişinin maddi ve manevi varlı-
ğına ilişkin bir ölüm ya da yaralama olayında mevzuat hükümlerinin etkili
bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların tespit edilerek hesap vermelerini
sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü olmayıp, uygun araçların kullanıl-
ması yükümlülüğüdür. Dolayısıyla, bu kapsamda açılmış olan tüm davalara-
nın mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlanması zorunluluğu
bulunmamaktadır.

128. Başvurucuların şikâyeti üzerine, kolluk görevlisi H. A. hakkında da
soruşturma başlatılarak ardından kamu davası açılmıştır. Ancak başvuru-
cuların, kendilerini darp eden kişinin İ. Ö. olduğunu, H. A.'nın, İ. Ö'nün
yanında bulunmakla beraber darp eylemine karışmadığını söylemeleri ve
sanıkların savunmaları ile tüm dosya içeriğini değerlendiren Mahkeme,
mahkûmiyet için yeterli delil bulunmadığından sanığın beraatına karar ver-
miş ve Yargıtayca da denetlenen bu karar onanarak kesinleşmiştir. Bu bağ-
lamda muhakeme usulü boyunca anılan sanık hakkında yürütülen işlemlerin
yetersiz ve gerekçenin de hatalı olduğu sonucuna götürecek bir neden saptan-
madığından, soruşturmanın bu açıdan etkisiz olduğu söylenemez.

129. Diğer taraftan, başvuru-
cular hakkında gerçeğe aykırı rapor tanzim et-
mek suçundan yargılanan sanık G. Ö. hakkındaki dava da, mahkûm olmasına
rağmen, Yargıtay aşamasında zamanaşımına uğramıştır.

130. Başvurucuların şikâyeti üzerine anılan sanık hakkında Hamur
Cumhuriyet Başsavcılığına 7/11/2001 tarihinde başlatılan soruşturma sonu-

cunda, 5/12/2001 tarihinde “gerçeğe aykırı rapor tanzim etmek suçundan” cezalandırılması istemiyle Hamur Asliye Ceza Mahkemesine kamu davası açılmıştır. Dava, Hamur Asliye Ceza Mahkemesinin E.2001/87 numarasına kaydedilerek, ilk duruşması 6/12/2001 tarihinde yapılmış ve daha sonra bu mahkemenin kapatılması nedeniyle (HSYK’nın 9/6/2004 tarih ve 278 sayılı kararı ile) dosya Ağrı Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmiş, ardından da söz konusu dava, diğer sanıkların yargılandığı Ağrı Ağır Ceza Mahkemesindeki dava ile birleşerek burada görülmeye devam etmiştir. Bu Mahkemenin 1/6/2006 tarih ve E.2003/141, K.2006/117 sayılı kararı ile sanık G. Ö’nün eylemi görevi ihmal suçu kapsamında değerlendirilerek 600 TL adli para ceza ile cezalandırılmasına ve bu cezanın ertelenmesine karar verilmiştir. Kararın 5/6/2006 tarihinde temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 6/7/2011 tarih ve E.2010/12971, K.2011/5945 sayılı ilamı sanık hakkındaki davanın zamanaşımını nedeniyle düşmesine karar verilmiş ve bu karar aynı tarihte kesinleşmiştir.

131. Buna göre muhakeme usulü, iki dereceli yargılama sürecinde, şikayetin yapıldığı tarihten 9 yıl 7 ay 29 gün sonra yani 6/7/2011 tarihinde zamanaşımını nedeniyle son bulmuştur. Oysa yukarıdaki ilkelerden (§ 119, 120, 121) de anlaşılacağı üzere mahkemelerin işkence ve kötü muamele yapmakla suçlanan kamu görevlileri ile bu görevlilerin eylemlerini kolaylaştıran ya da onları koruyucu davranışlarda bulunarak diğer suçları işleyen kişiler hakkındaki yargılamaları ivedilikle sonlandırması ve dolayısıyla zamanaşımından faydalanmamalarına özen göstermesi gerekirken, somut olayda bu hassasiyetin gösterilmediği saptanmıştır. Böylece ilk derece Mahkemesince aleyhe maddi kanıtların olduğu kabul edilerek cezalandırılan sanık G. Ö. ile ilgili davanın Yargıtay aşamasında zamanaşımına uğradığı görülmüştür. Dolayısıyla, derece Mahkemesi önündeki süreçte kayda değer bir gecikmenin olduğu, bu gecikmenin makul bir nedene dayanmadığı, sözü edilen kamu görevlisinin cezasız kalmasına engel olacak ivedilikte hareket edilmediği görülmektedir.

132. Başvurucular son olarak, söz konusu suçlardan açılan kamu davasının on bir yıl geçmesine rağmen tamamlanmadığından şikâyet etmişlerdir.

133. Somut olay ile ilgili olarak başvurucuların, kendilerine kötü muamelede bulunduğunu iddia etmeleri üzerine 6/11/2001 tarihinde Cumhuriyet Savcılığı tarafından derhal soruşturma açılmıştır. Başvurucuların itirazları da dikkate alınarak, farklı hastanelere sevk edilmek suretiyle doktor raporlarının aldırılması sağlanmıştır. Bu raporlarda yaralanmadan bahsedilmesi üzerine sorumlulukları tespit edilen Jandarma görevlileri İ. Ö. ve H. A. hakkında gerekli tüm deliller toplandıktan sonra “*efrada sui muamale*” suçundan 28/12/2001 tarihinde kamu davası açılmıştır. Ayrıca, 12/11/2001 tarihli raporun, 7/11/2001 tarihli rapordan farklı bulgular içermesi üzerine, 7/11/2001 ta-

rihli raporu düzenleyen doktorlar hakkında gerçeğe aykırı rapor düzenlemek suçundan, İ. Ö. ve H. A. hakkında da doktorları bu suça azmettirme suçundan kamu davası açılmıştır. Yine, 6/11/2001 tarihinde gözetiminden çıkış raporunu düzenleyen Doktor G. Ö. hakkında da gerçeğe aykırı rapor düzenlemek suçundan kamu davası açılmıştır.

134. Yargılama sürecinde isnat edilen gerçeğe aykırı rapor düzenlemek suçundan ve bu suça azmettirme suçundan bazı sanık doktorlar ile sanıklar İ. Ö. ve H. A. beraat etmiş, Ağrı Ağır Ceza Mahkemesinin 1/6/2006 tarihli kararı ile sanık G. Ö.'nün görevi ihmal suçundan aldığı mahkumiyet hükmü de Yargıtayın temyiz incelemesi yaptığı 6/7/2011 tarihinde zamanaşımına uğradığı gerekçesi ile davanın düşmesine karar verilmiştir.

135. Öte yandan Ağrı Ağır Ceza Mahkemesince bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda, 10/4/2012 tarih ve E.2011/176, K.2012/95 sayılı karar ile "*efrada sui muamele*" suçundan sanıklardan H. A.'nın beraatına, sanık İ. Ö.'nün ise üç başvuruca yönelik eylemleri nedeniyle toplam 30 ay 3 gün hapis ve 7 ay 15 gün memuriyetten mahrumiyet cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Bu kararın sanık İ. Ö. tarafından 17/4/2012 tarihinde temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 20/5/2013 tarih ve E.2013/1460, K.2013/15369 sayılı ilamı ile Mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmiş olup, aynı tarihte söz konusu karar kesinleşmiştir.

136. İşkence ve kötü muamele iddialarına yönelik soruşturma ve kovuşturmaların hızlı ve etkili biçimde sonuçlandırılması gerekir. Tüm yargılama safahatı değerlendirildiğinde, 6/11/2001 tarihinde başlayan soruşturma ve sonrasındaki yargılamaların 20/5/2013 tarihli Yargıtayın onama kararı ile sonuçlandığı görülmüştür. Böylece yargılama sürecinin 11 yıl 6 ay 14 gün sürdüğü tespit edilmiştir. Dolayısıyla, derece mahkemeleri önündeki yargılamanın makul önem gösterilerek, gerekli ivedilikte sonuçlandırıldığından bahsedilemez.

137. Sonuç olarak yukarıda belirtildiği gibi soruşturma ve davaların uzaması, bazı sanıklar hakkındaki suçlamaların zaman aşımına uğramasına, bazı sanıklar hakkındaki cezaların ise çok geç kesinleşmesine neden olmuş, işkence uygulayan veya uygulanmasına göz yuman kamu görevlilerinin hiç ceza almaması ya da çok geç alması sonucunu doğurmuştur. Bu durumda soruşturmanın etkili olduğundan söz edilemez.

138. Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının öngördüğü Devletin etkili soruşturma yapma usul yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

V. 6216 SAYILI KANUN'UN 50. MADDESİNİN UYGULANMASI

139. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şu şekildedir:

“(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

140. Başvuruda, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının maddi ve usul boyutlarıyla ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Başvurucular uğradıkları maddi ve manevi zararlarının karşılanmasını talep etmişlerdir. Başvurucular, uğradıklarını iddia ettikleri maddi zarar ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesine herhangi bir belge sunmamışlardır. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için, başvurucuların uğradıklarını iddia ettikleri maddi zarar ile tazminat talebi arasında illiyet bağı kurulması gerekir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesine herhangi bir belge sunmayan başvurucuların maddi tazminat talebi reddedilmelidir.

141. Başvurucuların maddi ve manevi varlığının korunması hakkına yönelik müdahale ve olay hakkında etkili ve caydırıcı bir ceza soruşturması ve kovuşturması yürütülmemesi nedenleriyle yalnızca ihlal tespitiyle telafi edilemeyecek ölçüdeki manevi zararları karşılığında, somut olayın özellikleri dikkate alınarak her başvurucuya takdiren 40.000 TL manevi tazminat ödemesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

142. Ayrıca başvurucular tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35'er TL harç masraflarına ilişkin yargılama giderlerinin başvuruculara ödenmesine ve karar örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucular tarafından ileri sürülen Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlaline ilişkin şikâyetlerin KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan işkence yasağının maddi yönden İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan iş-

kence yasağının usul yönünden İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Her başvurucuya ayrı ayrı olmak üzere takdiren 40.000 TL manevi TAZMİNAT ÖDENMESİNE, başvurucuların tazminata ilişkin diğer taleplerinin REDDİNE,

E. Başvurucular tarafından yapılan 198,35'er TL harç masrafına ilişkin yargılama giderlerinin BAŞVURUCULARA ÖDENMESİNE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucuların Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

G. Kararın bir örneğinin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca başvuruculara, Adalet Bakanlığına, İçişleri Bakanlığına ve ilgili Mahkemeye gönderilmesine,

17/7/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Serruh KALELİ

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Zühtü ARSLAN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2012/827

Karar Tarihi: 15/10/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Burhan ÜSTÜN Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN Hasan Tahsin GÖKCAN
Raportör	: Özcan ÖZBEY
Başvurucu	: Tuncay ALEMDAROĞLU
Vekili	: Av. Mustafa HALICI

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, üçüncü bir kişi tarafından uğramış olduğu silahlı saldırı sonucu sağ ayak ve dizinde devamlı hareket kısıtlılığı oluştuğunu, 7/7/2004 tarihinde meydana gelen olay ile ilgili yürütülen adli sürecin makul sürede sonlanmayarak, davanın zaman aşımına uğradığını, etkin bir yargılamanın yapılmamasından dolayı saldırıyı yapanın cezasız kaldığını, bu nedenle yaşam hakkı ile adil yargılanma hakkına bağlı olarak Anayasa'nın 17., 36. ve 141. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 29/11/2012 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca, 18/3/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 26/6/2013 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 27/6/2013 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, görüşünü 29/7/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığının görüşü, başvurucuya 1/8/2013 tarihinde tebliğ edilmiş olup, başvuru karşı görüşünü 5/8/2013 tarihinde sunmuştur.

III. OLAYLAR VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu, 1999–2004 tarihleri arasında Ankara ili Yenimahalle ilçesinde Belediye Başkanı olarak görev yapmıştır. Bu görevi sırasında, Ö.F.Ç. isimli şahsa ait oto pazarı, ruhsatsız olması ve kamu arazisinde bulunması gibi yasal gerekçelerle Belediye Encümen kararıyla sürekli olarak kapatılmıştır.

9. Başvurucu, Belediye Başkanlığı görevi sona erdikten sonra 7/7/2004 tarihinde Ö.F.Ç.'nin silahlı saldırısına uğramıştır. Ankara Adli Tıp Şube Müdürlüğü'nün 20/8/2004 tarihli raporuna göre başvuru, hayati tehlike geçirmeyecek ve 15 gün mutad iştigaline engel teşkil edecek şekilde yaralanmıştır. Adli Tıp Kurumunun 23/6/2006 tarihli raporunda ise, başvuru'nun sağ ayak ve dizinde oluşan fonksiyonel kısıtlılığın devamlı uzuv zaafı niteliğinde bulunduğu belirlenmiştir.

10. Bu olay nedeniyle Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 2004/66774 sayılı hazırlık dosyası üzerinden yürütülen soruşturma sonucunda, 20/8/2004 tarih ve 2004/17459 sayılı iddianame ile adı geçen *“ruhsatsız silah taşımak”* ve *“kasten yaralamak”* suçlarından cezalandırılması istemiyle Ankara 3. Asliye Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır.

11. Anılan Mahkemece suçun hukuki niteliği dikkate alınmak suretiyle 24/1/2006 tarih ve E.2004/895, K.2006/10 sayılı karar ile görevsizlik kararı verilerek, dosya Ankara Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmiştir.

12. Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 6/10//2006 tarih ve E.2006/29, K.2006/349 sayılı kararıyla, Ö.F.Ç.'ye isnat olunan suçlar sabit görülerek *“ruhsatsız silah taşımak suçundan 6136 sayılı Kanun'un 13/1. maddesi uyarınca 10 ay hapis ve 440 TL adli para cezası ile; kasten yaralama suçundan ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 86/1. maddesi gereğince 4 yıl 2 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına”* karar verilmiştir.

13. Söz konusu kararın taraflarca temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 10/11/2010 tarih ve E.2008/16798, K.2010/17182 sayılı ilamında, *“5252 sayılı Kanun'un 9/3. maddesi uyarınca lehe olan hükmün önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle saptanması ve her iki kanunla ilgili uygulamanın denetime imkan verecek ve ayrıntılı şekilde kararda gösterilerek hüküm kurulması gerektiğinin*

gözetilmemesi, sanık hakkında 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçundan verilen kararlarla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağını değerlendirmesinin lüzumu, TCK'nın 53. maddesinde belirtilen hak yoksunlukları süresinin karar yerinde belirtilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, uygulamaya göre de sanığa atılı yaralama eyleminin mağdurun kamu görevinden dolayı ve silahla işlenmiş olması karşısında temel cezanın asgari haddten tayini nedenlerinin hüküm yerinde belirtilmemesi” şeklinde gerekçelerle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

14. Bozma kararına uyan Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 11/3/2011 tarih ve E.2011/21, K.2011/158 sayılı kararıyla, Ö.F.Ç.'nin “ruhsatsız silah taşımak suçundan 10 ay hapis ve 366 TL adli para cezası ile; kasten yaralama suçundan ise 5 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına” karar verilmiştir.

15. Bu kararın da Ö.F.Ç. tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 19/10/2011 tarih ve E.2011/8185, K.2011/14511 sayılı kararıyla, ruhsatsız silah taşımak suçundan kurulan hükmün onanmasına, kasten yaralama suçundan ise “sanık hakkında yüklenen suçtan dolayı, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile suç tarihinden sonra 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilgili bütün hükümleri 5252 sayılı Kanunun 9/3. maddesine uygun olarak kararın gerekçe bölümünde eyleme uygulanıp elde edilecek sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle lehe olan yasanın belirlenmesi gerekirken, denetime olanak vermeyecek şekilde 5237 sayılı TCK'nın lehe olduğundan bahisle yazılı şekilde hüküm kurulduğu” gerekçesiyle bozma kararı verilmiştir.

16. Bozma kararına uyularak devam olunan yargılama sonucunda, anılan Mahkemenin 24/1/2012 tarihli duruşmasında, kamu davasının zamanaşımı nedeniyle düşmesine karar verilmiştir.

17. Bu karara karşı başvurucunun 27/1/2012 tarihli dilekçesiyle yaptığı temyiz başvurusu, Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 8/10/2012 tarih ve E.2012/27297, K.2012/33268 sayılı kararıyla reddedilerek, yerel Mahkemenin kararı onanmış ve aynı tarihte kesinleşen bu karar, başvurucuya 26/11/2012 tarihinde tebliğ edilmiştir.

18. Başvurucu, 29/11/2012 tarihli dilekçesi ile süresinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

19. 26/9/2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Kasten yaralama” kenar başlıklı 86. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (3) numaralı fıkrasının (e) bendi şöyledir:

“(1) Kasten başkasının vücudunun acı veren veya sağlığının ya da algılama ye-

teneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

...

(3) Kasten yaralama suçunun;

...

e) Silâhla,

İşlenmesi hâlinde, şikayet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır."

20. 5237 sayılı Kanun'un "Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama" kenar başlıklı 87. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi şöyledir:

"(1) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

...

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hâllerde üç yıldan, üçüncü fıkraya giren hâllerde beş yıldan az olamaz."

21. 15/7/1953 tarih ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 13. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak ateşli silahlarla bunlara ait mermileri satın alan veya taşıyanlar veya bulunduranlar hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve otuz günden yüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur."

22. 1/3/1926 tarih ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendi şöyledir:

"Kanunda başka türlü yazılmış olan ahvalin maadasında hukuku amme davası:

....

(4) Beş seneden ziyade olmamak üzere ağır hapis veya hapis muvakkat sürgün veya hidematı ammeden muvakkaten mahrumiyet cezalarını ve ağır cezayı nakdiyi müstelzim cürümlerde beş sene,

...

geçmesiyle ortadan kalkar."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 15/10/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurunun 29/11/2012 tarih ve 2012/827 numaralı bireysel başvurusu incelenip ge-

reği düşünöldü:

A. Başvurucunun İddiaları

24. Başvurucu, üçüncü bir kişi tarafından uğramış olduğı silahlı saldırı sonucu sağ ayak ve dizinde devamlı hareket kısıtlılığı oluştuğunu, olayın meydana geldiğı 7/7/2004 tarihinden itibaren gerçekleşen adli sürecin makul sürede sonlandırılmadığı için davanın zamanaşımına uğradığını, böylece saldırıyı yapanın cezasız kaldığını, bu nedenle yaşam hakkı ve adil yargılanma hakkına bağılı olarak Anayasa'nın 17., 36. ve 141. maddelerinin ihlal edildiğini iddia ederek, 50.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğı İddiası

25. Başvurucu, kendisini yaralayan kişi hakkında yürütölen ceza yargılamasının makul sürede bitirilmediğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

26. Bakanlık görüşünde, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğı yönündeki şikâyet değerlendirilirken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) bu konuda benimsediğı ilkelere değinilmiş, AİHM'nin, Sözleşme'nin 3. maddesinin usuli gereğı olarak sorumlular aleyhine yürütölen soruşturmanın uzunluğundan bahisle yine Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğı yönündeki şikâyetleri, 3. madde kapsamında incelediğı ve 6/1. maddeye dayalı şikâyetleri ayrıca ele almadığı ifade edilmiştir.

27. Başvurucu, adil yargılama hakkının ceza davalarında sadece sanıklara ait bir hak olarak görülmesi ve bu hakkın mağdurlardan esirgenmesinin adalet ilkesiyle bağdaşmayacağını belirterek, Bakanlık görüşüne katılmamıştır.

28. Başvurucu, adil yargılanma hakkına dayanarak, üçüncü şahıs aleyhine yürütölen davanın makul süreyi aştığını ileri sürmüş ise de, etkili soruşturma, makul hızlilik içinde yürütölmesi gerekliliğı kriterini de karşıladığından ve kişinin vücut bütönlüğünün ihlali halinde devletin etkili soruşturma yapma sorumluluğı kapsamında bu kriterin de ele alınması gerektiğinden, anılan şikâyet ile ilgili adil yargılanma hakkı açısından ayrıca bir değerlendirme yapılmamıştır.

b. Yaşam Hakkının İhlal Edildiğı İddiası

29. Başvurunun incelenmesi neticesinde, vücut bütönlüğünün ihlaline ilişkin iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından,

başvurunun bu bölümünün kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

30. Başvurucu, üçüncü kişi tarafından uğramış olduğu silahlı saldırı sonucu yaralanması nedeniyle açılan davanın makul sürede sonuçlandırılmayarak, davanın zamanaşımına uğradığını, bu nedenle yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

31. Bakanlık görüşünde, başvuruya konu somut olayda, başvurunun maruz kaldığı silahlı saldırı sonucunda ölmeyip hayatta kalması ve hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanmamış olması göz önüne alındığında, yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetin, Anayasa'nın 17. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS/Sözleşme) 3. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, başvurunun, daha öncesinde herhangi bir saldırı tehdidi ile karşı karşıya kalmadığı ve olay günü beklenmedik bir şekilde saldırıya uğradığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre, işkence ve kötü muamele iddialarına ilişkin soruşturmaların, etkili başvuru hakkının amaçları çerçevesinde, zamanaşımına uğramamasının büyük önem taşıdığı, başvurunun kişi dokunulmazlığı hakkının usuli yükümlülük bakımından ihlal edildiği yönündeki şikâyetinin değerlendirilmesi konusunda takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğu ifade edilmiştir.

32. Başvurucu, iddialarının AİHS'nin 3. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği yönündeki Bakanlık görüşüne katılmadığını, bu yönden bir talebinin de olmadığını, incelemenin adil yargılanma hakkı çerçevesinde yapılması gerektiğini belirtmiştir.

33. Başvurucu, olay günü ani olarak gelişen üçüncü kişinin silahlı saldırısı sonucu yaralanmıştır. Başvurucunun maruz kaldığı silahlı saldırı sonucunda can kaybının yaşanmamış ve hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanmamış olması göz önüne alındığında, yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetin, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası ve AİHS'nin 3. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca somut olayda devletin maddi yükümlülüğünün ihlali ile ilgili bir şikâyetin söz konusu olmaması ve böyle bir durumun da saptanmaması nedeniyle incelemenin, devletin pozitif sorumluluğuna bağlı olarak usul yükümlülüğü bakımından yapılması gerekir.

a. Genel İlkeler

34. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."

35. Sözleşme'nin 3. maddesi şöyledir:

“Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muamelelere tabi tutulamaz.”

36. Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen hak kapsamında, devletin, pozitif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan tüm bireylerin maddi ve manevi varlığını koruma hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Devlet, bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten korumakla yükümlüdür (B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 105; B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 51).

37. AİHM, devletin pozitif yükümlülüklerinin özel kişilerin eylemlerini de içerdiğini belirtmiştir. Devlet, kamu görevlilerinde olduğu gibi özel kişiler tarafından gerçekleştirilecek kötü muamelelere karşı da yeterli korumayı ve yasal çerçeveyi sağlamakla yükümlüdür (bkz. *Denis Vasilyev/Rusya*, B. No: 32704/04, 17/12/2009, § 98; *Yehovanın Şahitleri Gldani Cemaatinin 97 Üyesi ve diğer 4 kişi/Gürcistan*, B. No: 71156/01, 3/5/2007, § 96; *Costello-Roberts/Birleşik Krallık*, B. No: 13134/87, 25/3/1993, § 26-28; *A/Birleşik Krallık*, B. No: 100/1997/884/1096, 23/9/1998, § 22-24; *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 27).

38. Devletin, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında sahip olduğu bu pozitif yükümlülüğün bir de usuli boyutu bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, doğal olmayan her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmi bir soruşturma yürütmek durumundadır. Bu tarz bir soruşturmanın temel amacı, söz konusu saldırıları önleyen hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda, bunların sorumlulukları altında meydana gelen olaylar için hesap vermelerini sağlamaktır (B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 106; ayrıca benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Anguelova/Bulgaristan*, B. No: 38361/97, 13/6/2002, § 137; *Jasinskis/Letonya*, B. No: 45744/08, 21/12/2010, § 72).

39. Buna göre bireyin, bir devlet görevlisi ya da üçüncü kişi tarafından hukuka aykırı olarak ve Anayasa’nın 17. maddesini ihlal eder biçimde bir muameleye tabi tutulduğuna ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, Anayasa’nın 17. maddesi, “Devletin temel amaç ve görevleri” kenar başlıklı 5. maddedeki genel yükümlülükle birlikte yorumlandığında etkili resmi bir soruşturmanın yapılmasını gerektirmektedir. Bu soruşturma, sorumluların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlamaya elverişli olmalıdır. (B. No: 2012/1017, 18/9/2013, § 30). Şayet bu olanaklı olmazsa, bu madde, sahip olduğu öneme rağmen pratikte etkisiz hale gelecek ve bazı hallerde devlet görevlilerinin fiili dokunulmazlıktan yararlanarak, kontrolleri altında bulunan kişile-

rin haklarını istismar etmeleri mümkün olacaktır (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 25; ayrıca benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Corsacov/Moldova*, B. No: 18944/02, 4/4/2006, § 68).

40. Usul yükümlülüğünün bir olayda gerektirdiği soruşturma türünün, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının esasına ilişkin yükümlülüklerin cezai bir yaptırım gerektirip gerektirmediğine bağlı olarak tespiti gerekmektedir. Kasten ya da saldırı veya kötü muameleler sonucu meydana gelen ölüm ve yaralama olaylarına ilişkin davalarda Anayasa'nın 17. maddesi gereğince devletin, ölümcül ya da yaralamalı saldırı durumunda sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verebilecek nitelikte cezai soruşturmalar yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu tür olaylarda, yürütülen idari ve hukuki soruşturmalar ve davalar sonucunda sadece tazminat ödenmesi, bu hak ihlalini gidermek ve mağdur sıfatını ortadan kaldırmak için yeterli değildir (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 55).

41. Yürütülen ceza soruşturmalarının amacı, kişinin maddi ve manevi varlığını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların ölüm ya da yaralama olayına ilişkin hesap vermelerini sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü değil, uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Diğer taraftan, burada yer verilen değerlendirmeler hiçbir şekilde Anayasa'nın 17. maddesinin, başvurularda üçüncü tarafları adli bir suç nedeniyle yargılama ya da cezalandırma hakkı (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Perez/Fransa*, 47287/99, 22/7/2008, § 70) ya da tüm yargılamaları mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma ödevi (bkz. yukarıda geçen *Tanlı/Türkiye*, § 111) yüklediği anlamına gelmemektedir (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 56).

42. Yürütülecek ceza soruşturmaları, sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verecek şekilde etkili ve yeterli olmalıdır. Soruşturmanın etkili ve yeterli olduğundan söz edebilmek için soruşturma makamlarının resen harekete geçerek olayı aydınlayabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delilleri toplamaları gerekir. Dolayısıyla, kötü muamele iddialarının gerektirdiği soruşturma bağımsız bir şekilde, hızlı ve derinlikli yürütülmelidir. Diğer bir ifadeyle yetkililer, olay ve olguları ciddiyetle öğrenmeye çalışmalı ve soruşturmayı sonlandırmak ya da kararlarını temellendirmek için çabuk ve temelden yoksun sonuçlara dayanmamalıdır (bkz. *Assenov ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 24760/94, 28/10/1998, § 103; *Batı ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 33097/96 - 57834/00, 3/6/2004, § 136). Bu kapsamda yetkililer diğer deliller yanında görgü tanıklarının ifadeleri ile kriminalistik bilirkişi incelemeleri dâhil söz konusu olayla ilgili kanıtları toplamak için alabilecekleri bütün makul tedbirleri almalıdırlar (bkz. *Tanrıkulu/Türkiye* [BD], B. No: 23763/94,

8/7/1999, § 104; *Gül/Türkiye*, B. No: 22676/93, 14/12/2000, § 89).

43. Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında bazen tek başına soruşturma yapılmamış olması yahut da yeterli soruşturma yapılmamış olması da kötü muamele teşkil edebilmektedir. Dolayısıyla, şartlar ne olursa olsun, yetkililer resmi şikâyet yapılır yapılmaz harekete geçmelidirler. Şikâyet yapılmadığında bile kötü muamele olduğunu gösteren yeterli kesin belirtiler olduğunda soruşturma açılması sağlanmalıdır. Bu bağlamda soruşturmanın derhal başlaması, bağımsız biçimde, kamu denetimine tabi olarak özenli ve süratli yürütülmesi ve bir bütün olarak etkili olması gerekir (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 25; ayrıca benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. yukarıda geçen *Batı ve diğerleri/Türkiye*, §§ 133, 134).

44. Soruşturmayı sağlayacak bir başvuru yolunun sadece hukuken mevcut bulunması yeterli olmayıp, bu yolun uygulamada fiilen de etkili olması ve başvurulacak makamın ihlal iddiasının özünü ele alma yetkisine sahip bulunması gereklidir. Başvuru yolunun bir hak ihlali iddiasını önleyebilme, devam ettirebilme veya sonlandırabilme veya sona ermiş bir hak ihlali kararına bağlayabilme ve bunun için uygun bir tazminat sunabilmesi halinde ancak etkililiğinden söz etmek mümkün olabilir. Vuku bulmuş bir hak ihlali iddiası söz konusu olduğunda, tazminat ödenmesinin yanı sıra sorumluların ortaya çıkarılması bakımından da yeterli usulü güvencelerin sağlanması gerekir (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 26; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. yukarıda geçen *Aksoy/Türkiye*, § 95; *Ramirez Sanchez/Fransa*, B. No: 59450/2000, 4/7/2006, §§ 157-160).

45. Kötü muameleyle ilişkin şikâyetler hakkında yapılan soruşturma söz konusu olduğunda yetkililerin hızlı davranması önemlidir. Bununla birlikte belirli bir durumda bir soruşturmanın ilerlemesini engelleyen sebepler ya da zorlukların olabileceği de kabul edilmelidir. Ancak, kötü muameleyle yönelik soruşturmalarda, hukuk devletine bağlılığın sağlanması, hukuka aykırı eylemlere hoşgörü ve teşvik gösterildiği görünümü verilmesinin engellenmesi, herhangi bir hile ya da kanunsuz eyleme izin verilmemesi ve kamuoyunun güveninin sürdürülmesi için yetkililer tarafından soruşturmanın azami bir hız ve özenle yürütülmesi ve özellikle hayatı tehlikeye atan suçların cezasız bırakılmaması gerekir. (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Maiorano ve diğerleri/İtalya*, B. No: 28634/06, 15/12/2009, § 124; *McKerr/Birleşik Krallık*, B. No: 28883/95, 4/5/2001, §§111, 114; *Opuz/Türkiye*, B. No: 33401/02, 9/6/2009, § 150; *Öneryıldız/Türkiye*, [BD], B. No: 48939/99, 31/11/2004, § 96).

46. Mahkemelerin, özellikle işkence ve kötü muamele niteliğindeki bir olayın zamanaşımına uğramaması için ellerinden gelen tüm gayreti sarf etmeleri ve tüm araçlara başvurmaları gerekir. Kötü muamele iddialarına ilişkin bir

ceza davası söz konusu olduğunda, yetkililer tarafından çabuklukla verilecek bir yanıt, eşitlik ilkesi içinde genel olarak kamunun güveninin korunması açısından temel bir unsur olarak sayılabilir ve kanundışı eylemlere karışanlara karşı gösterilecek her türlü hoşgöründen kaçınmaya olanak tanır (B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 116; ayrıca benzer AİHM kararları için bkz. *Hüseyin Esen/Türkiye*, B. No: 49048/99, 8/8/2006; *Özgür Kılıç/Türkiye*, B. No: 42591/98, 24/9/2002).

47. AİHM, işkence veya kötü muameleyle suçlanan durumlarda “*etkili başvuru*”nın amaçları çerçevesinde, cezai işlemlerin ve hüküm verme sürecinin zamanaşımına uğramamasının ve genel af veya affın mümkün kılınmasının büyük önem taşıdığına işaret etmiştir. Ayrıca AİHM, soruşturması veya davası süren görevlinin görevinin askıya alınmasının ve şayet hüküm alırsa meslekten men edilmesinin önemine dikkat çekmiştir (bkz. *Abdülşamet Yaman/Türkiye*, B. No: 32446/96, 2/11/2004, § 55; *Eski/Türkiye*, B. No: 8354/04, 5/6/2012, § 34; ayrıca bkz. Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi Nihai ve Tavsiye Kararları: Türkiye, 27/5/2003, CAT/C/CR/30/5).

b. Genel ilkelerin Olaya Uygulanması

48. Başvurucu, fiziksel saldırıya maruz kalması üzerine yaralama suçundan açılan davanın zamanaşımı nedeniyle düşmesinden dolayı soruşturmanın etkili olmadığını belirtmiştir.

49. Başvurucu, 7/7/2004 tarihinde silahlı saldırıya uğramıştır. Aynı gün Savcılıkça soruşturmaya başlanılmış ve 20/8/2004 tarihinde sanık hakkında kamu davası açılmıştır. Mahkeme tarafından mahkumiyet yönündeki ilk hüküm 6/10/2006, ikinci hüküm de 11/3/2011 tarihinde verilmiş olup, Yargıtayın 10/11/2010 ve 19/10/2011 tarihli bozma kararları sonucunda Mahkemenin 24/1/2012 tarihli kararı ile söz konusu davanın zamanaşımı nedeniyle düşmesine karar verilmiştir. Bu karar, Yargıtay tarafından 8/10/2012 tarihinde onayarak kesinleşmiştir.

50. Buna göre muhakeme usulü, iki dereceli yargılama sürecinde, şikayetin yapıldığı tarihten 8 yıl 3 ay 1 gün sonra yani 8/10/2012 tarihinde zamanaşımı nedeniyle son bulmuştur. Yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde (§ 45, 46, 47) mahkemelerin fiziksel bütünlüğe yönelik saldırılardan dolayı suçlanan kişilere ilişkin yargılamaları ivedilikle sonlandırması ve dolayısıyla davanın zamanaşımına uğramasını önlemesi gerekirken, somut olayda davanın zamanaşımına uğradığı görülmektedir. Böylece ilk derece Mahkemesince aleyhe maddi kanıtların olduğu kabul edilerek cezalandırılan sanık ile ilgili davanın sonuçta zamanaşımına uğradığı görülmüştür. Dolayısıyla, derece Mahkemesi önündeki süreçte kayda değer bir gecikmenin olduğu, bu gecikmenin makul bir nedene dayanmadığı, sanığın cezasız kalmasına engel

olacak ivedilikte hareket edilmediği ve cezai başvurunun etkisiz olmasına sebebiyet verildiği belirlenmiştir.

51. Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının öngördüğü Devletin etkili soruşturma yapma usul yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

V. 6216 SAYILI KANUN'UN 50. MADDESİNİN UYGULANMASI

52. Başvurucu, şikâyetinde ileri sürdüğü temel hak ihlalinin tespiti ile 50.000 TL manevi tazminata hükmedilmesi talebinde bulunmuştur.

53. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

54. Başvuruda, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının usul boyutuyla ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Başvurucu, uğradığı manevi zararının karşılanmasını talep etmiştir.

55. Başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması hakkına yönelik olay hakkında etkili ve caydırıcı bir ceza soruşturması ve kovuşturması yürütülmemesi nedeniyle, yalnızca ihlal tespitiyle telafi edilemeyecek ölçüdeki manevi zararı karşılığında, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak, başvurucuya takdiren net 21.000 TL manevi tazminat ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

56. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 172,50 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.672,50 TL yargılama giderinin başvuru ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucu tarafından ileri sürülen Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlaline ilişkin şikâyetin KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının usul yönünden İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Anayasa'nın 36. maddesinin ihlaline ilişkin şikâyetlerin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına,

D. Başvurucuya, uğradığı manevi zararın karşılığı olarak takdiren net 21.000 TL tazminat ödenmesine,

E. Başvurucu tarafından yapılan 172,50 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.672,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

G. Kararın bir örneğinin ilgili Mahkemeye gönderilmesine,

15/10/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Serruh KALELİ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

*MADDİ VE MANEVİ VARLIĞINI
KORUMA VE GELİŞTİRME HAKKI
(MD. 17/1)*

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/4439

Karar Tarihi: 6/3/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Burhan ÜSTÜN Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN Erdal TERCAN
Raportör	: Şebnem NEBİOĞLU ÖNER
Başvurucu	: Gülsim GENÇ
Vekili	: Av. Ayten ÜNAL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, evli kadının kızlık soyadını tek başına kullanmasına engel olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 187. maddesine istinaden yapılan uygulama neticesinde, Anayasa'nın 10., 12., 17. ve 90. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek, ihlalin tespitiyle, uğradığı zararın tazminine karar verilmesini talep etmiştir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 17/6/2013 tarihinde İstanbul 4. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvurunun Komisyona sunulmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca, kabul edilebilirlik incelemesi Bölüm tarafından yapılmak üzere dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 7/11/2013 tarihinde yapılan toplantıda, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular ile başvurunun bir örneği görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmiştir. Adalet Bakanlığının 7/1/2014 tarihli yazısında, Anayasa Mahkemesinin 19/12/2013 tarih ve 2013/2187 başvuru numaralı kararına atfen, görüş sunulmayacağı bildirilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru dilekçesi ile başvuruya konu yargılama dosyası içeriğinden tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

7. Biyokimya uzmanı olan başvurucu, evlenmekle “Genç” olarak değişen soyadının evlenmeden önce taşıdığı “Dolgun” soyadı ile değiştirilmesi isteğiyle dava açmıştır.

8. İzmir 9. Aile Mahkemesinin 5/5/2011 tarih ve E.2011/140, K.2011/389 sayılı kararı ile davanın reddine hükmedilmiştir.

9. Başvurucu tarafından yapılan temyiz talebi Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 17/12/2012 tarih ve E.2011/13342, K.2012/30687 sayılı kararı ile reddedilerek ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır.

10. Başvurucu tarafından yapılan karar düzeltme talebi, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 11/4/2013 tarih ve E.2013/5562, K.2013/10319 sayılı kararı ile reddedilmiş, ret kararı 17/5/2013 tarihinde başvurucu vekiline tebliğ edilmiştir.

B. İlgili Hukuk

11. 22/11/2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun “Kadının soyadı” kenar başlıklı 187. maddesi şöyledir:

“Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

12. Mahkemenin 6/3/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurunun 17/6/2013 tarih ve 2013/4439 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

C. Başvurucunun İddiaları

13. Başvurucu, biyokimya uzmanı olarak uzun yıllar kamu sektörü ve özel sektörde görev yaptığını, evlenmeden önce “Dolgun” olan soyadının evlenmekle “Genç” olarak değiştiğini, evlendiği tarihe kadar eğitim ve çalışma yaşamında “Dolgun” soyadı ile kişilik ve kimlik kazandığını ve bu nedenle eski soyadını kullanma talebiyle açılan davanın reddedildiğini belirterek, Anayasa’nın 10., 12., 17. ve 90. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

D. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

14. Başvurunun incelenmesi neticesinde, açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas İnceleme

15. Başvurucu evli kadınların yalnızca evlilik öncesindeki soyadlarını kullanmasını engelleyen 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesine dayanılarak yapılan uygulama nedeniyle, Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

16. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (B. No. 2012/1049, 26/3/2013, § 18)

17. Başvurucunun ihlal iddiasına konu isim hakkı, Anayasa'nın 17. maddesi ve Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenmiştir.

18. Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" kenar başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

19. Sözleşme'nin "*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*" kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir."

(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

20. Özel yaşama saygı hakkı alt kategorisinde geçen "*özel yaşam*" kavramı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından oldukça geniş yorumlanmakta ve bu kavrama ilişkin tüketici bir tanım yapmaktan özellikle kaçınılmaktadır.

21. Kişinin bireyselliğinin, yani bir kişiyi diğerlerinden ayıran ve onu bireyselleştiren niteliklerin hukuken tanınması ve bu unsurların güvence altına alınması son derece önemlidir. Birçok uluslar arası insan hakları belgesinde “*kişiliğin serbestçe geliştirilmesi*” kavramına yer verilmekle beraber, Sözleşme kapsamında bu kavrama açıkça işaret edilmediği görülmektedir.

22. Bununla birlikte, Sözleşme’nin denetim organlarının içtihatlarında, “*bi-reyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi*” kavramının, özel yaşama saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alındığı anlaşılmaktadır. Özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceği gerçeği karşısında, kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hak, bu hak kapsamında değerlendirilmiştir. Bu kapsamda dış dünya ile ilişki kurma noktasında son derece önemli olan isim hakkı da, Sözleşme denetim organları tarafından ön ad ve soyadını kapsayacak şekilde maddenin güvence alanı içinde yorumlanmıştır.

23. AİHM, Sözleşmenin 8. maddesinin ad ve soyadı konusunda açık bir hüküm içermediğini belirtmekle beraber, kişinin kimliğinin ve aile bağlarının belirlenmesinde kullanılan bir araç olması nedeniyle, belirli bir dereceye kadar diğer kişilerle ilişki kurmayı da içeren özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkıyla ilgili olduğunu ve bir kamu hukuku konusu olarak toplumun ve Devletin adların düzenlenmesi konusuyla ilgilenmesinin bu unsuru özel hayat ve aile hayatı kavramlarından uzaklaştırmayacağını kabul etmektedir. Bu kapsamda, soyadı değiştirme ile çocuğun ve kadının soyadı bağlamında AİHM içtihatlarına konu edildiği görülen soyadının da Sözleşme’nin 8. maddesinin koruma alanında olduğu anlaşılmaktadır. AİHM’e göre soyadı, mesleki bağlamın yanı sıra, bireylerin özel ve aile yaşamında diğer insanlarla sosyal, kültürel ya da diğer türden ilişkiler kurabilmesi için önemli olup, onları dış dünyaya tanıtmada fonksiyonunu üstlenmektedir (*Burghartz/İsviçre*, B.No. 16213/90, 22/2/1994, § 24; *Stjerna/Finlandiya*, B.No. 18131/91, 25/11/1994, § 37; *Niemietz/Almanya*, B.No. 13710/88, 16/12/1992, § 29).

24. Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup, bu düzenlemede yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, Sözleşme’nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile, bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir. Bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru

haline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde ayırdedici önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan soyadının da kişinin manevi varlığı kapsamında olduğu açıktır.

25. Cinsiyet, doğum kaydı gibi kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler ile bunlarda değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkının yanı sıra, isim hakkı da Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir (B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 30; AYM, E.2011/34, K.2012/48, K.T.30/3/2012; AYM, E.2009/85, K.2011/49, K.T.10/3/2011).

26. Başvuruya konu yargılama kapsamında başvurusunun sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmasına yetkili idari ve yargısal merciler tarafından izin verilmemesi şeklindeki uygulamanın, kişinin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri olan soyadının vazgeçilemezlik, devredilemezlik ve kişiye sıkı surette bağlı olma niteliklerinin kadının soyadı bakımından geçerliliğini etkilediği görülmekle, belirtilen uygulamanın Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına yönelik bir müdahale oluşturduğu açıktır.

27. Anayasa'nın 17. maddesinde, manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı açısından herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Bu noktada Anayasanın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri işlevsel niteliği haizdir.

28. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"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."

29. Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup, Anayasada yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılabilirliğini ortaya koymaktadır. Anayasanın bütünselliği ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan, belirtilen düzenle-

mede yer alan başta yasa ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa'nın 17. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır (B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 35).

30. Hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanması ölçütü anayasa hukukunda önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır.

31. Sözleşme'nin lafzı ve AİHM içtihadı uyarınca da, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yapılacak bir müdahalenin meşruluğu, öncelikle söz konusu müdahalenin yasa uyarınca gerçekleştirilmesine bağlı tutulmuş olup, müdahalenin hukukilik unsurunu taşımadığının tespiti halinde, Sözleşmenin 8. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan diğer güvence ölçütleri tetkik edilmeksizin, müdahalenin ilgili maddeye aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır (Bkz. *Fadeyeva/Rusya*, B. No. 55723/00, 9/6/2005, § 95; *Bykov/Rusya*, B. No. 4378/02, 10/3/2009, § 82).

32. Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yapılan bir müdahalenin yasallık şartını sağladığının kabulü için, müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur.

33. Başvuru konusu olayda başvurunun evlilik öncesi soyadını kullanması yönündeki talebinin, ilk derece mahkemesince, 4721 sayılı Kanunda evli kadının kocasının soyadı olmaksızın yalnızca evlenmeden önceki soyadını kullanabileceğine dair bir hüküm bulunmadığı belirtilerek reddedildiği anlaşılmaktadır.

34. Anayasa'nın "Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma" kenar başlıklı 90. maddesinin beşinci fıkrası şöyledir:

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

35. Belirtilen düzenlemeyle, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek, 7/5/2004 tarihinde yapılan değişiklikle fıkraya eklenen son cümle ile, hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyuşmazlık bulunması halinde andlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca, temel

hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir andlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde, uluslararası andlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerekir. Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanunu göz ardı ederek uluslararası andlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır.

36. Belirtilen düzenleme uyarınca, uluslararası insan hakları hukukunun temel belgelerinden olan ve Türkiye tarafından da kabul edilerek onaylanan Sözleşme hükümlerine de doğrudan uygulama alanı tanınmakla, Sözleşme iç hukukta doğrudan uygulanabilir hale gelmiştir.

37. Sözleşme'nin 8. maddesi özel hayata ve aile hayatına saygıyı ifade ederken, 14. maddesi cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. AİHM'in, kişinin soyadını özel hayat kapsamında değerlendirerek evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunu özel hayata müdahale olarak kabul ettiği birçok kararında, soyadı kullanımı ile ilgili başvurular, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan "*özel hayatın ve aile hayatının korunması*" ilkesi kapsamında incelenmiş ve kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, Sözleşmenin özel hayatın gizliliğini öngören 8. maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır (Ünal Tekeli/Türkiye, B.No. 29865/96, 16/11/2004; Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye, B.No. 7971/07, 28/5/2013; Tuncer Güneş/Türkiye, B.No. 26268/08, 3/10/2013; Tanbay Tüten/Türkiye, B. No. 38249/09, 10/12/2013).

38. Cinsiyetler arası eşitlik ve cinsiyete dayalı ayrımcılıkla ilgili hususlar, insan hakları ile ilgili diğer bir takım uluslararası hukuk belgelerinde de yer almaktadır. Türkiye'nin 4/6/2003 tarihinde onayladığı, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesinin 4. fıkrasında taraf devletlerin, eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmalarını sağlamak için gerekli tedbirleri alacakları; Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) bendinde ise yine taraf devletlerin kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacakları ve özellikle kadın erkek eşitliğine dayanılarak aile adı, meslek ve iş seçimi dâhil her iki eş için geçerli, eşit kişisel haklar sağlayacakları düzenlemesine yer verilmiştir.

39. Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgür-

lülere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır (B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 45).

40. Başvuruya konu yargılama kapsamında verilen kararın 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesine dayanarak verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda yer verilen tespitler ışığında, ilgili Kanun hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümleri ile çatıştığı görülmektedir. Bu durumda, uyumsuzluğu karara bağlayan derece mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyumsuzluk açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır (B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 46).

41. Somut başvuru açısından, başvurucunun temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası andlaşmaların kanun hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağı ve bu kapsamda Sözleşmenin ve AİHM içtihadının uyumsuzluğun karara bağlanmasında nazara alınması noktasındaki itirazlarının yargı mercilerince dikkate alınmadığı ve tartışılmadığı anlaşılmaktadır.

42. Uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşmenin hükümlerinin somut uyumsuzluk açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvurucunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.

43. Yapılan bu tespit çerçevesinde, söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

44. Belirtilen nedenlerle, başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

45. Başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının, müdahalenin kanuniliği şartının yerine getirilmemesi nedeniyle ihlal edildiği sonucuna varılmış olmakla, Anayasa'nın 10., 12. ve 90. maddelerinin ihlal edildiği yönündeki iddiaların ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

3. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

46. Başvurucu tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

47. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

48. Mevcut başvuruda müdahalenin kanuniliği şartının sağlanmaması nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

49. Başvurucu tarafından tazminat talebinde bulunulmuş olmakla beraber, yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesinin başvurusunun ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu anlaşıldığından, başvurusunun tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

50. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurusuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurusunun Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA**,

B. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının **İHLAL EDİLDİĞİNE**,

C. İhlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine

D. Başvurusunun tazminata ilişkin talebinin **REDDİNE**,

E. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin **BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE**,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Hazinesine başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

6/3/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan	Üye	Üye
Serruh KALELİ	Burhan ÜSTÜN	Nuri NECİPOĞLU
Üye	Üye	
Hicabi DURSUN	Erdal TERCAN	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/5574

Karar Tarihi: 30/6/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Zehra Ayla PERKTAŞ Burhan ÜSTÜN Erdal TERCAN Zühtü ARSLAN
Raportör	: Yunus HEPER
Başvurucu	: İlhan CİHANER
Vekili	: Av. Mustafa GÜLER

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, ulusal bir gazetede hakkında çıkan haberler nedeniyle kişilik haklarına zarar verildiğini, olay sebebi ile başvurduğu hukuk yollarından sonuç alamadığını belirterek anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 25/7/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca, 31/10/2013 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 4/12/2013 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 6/12/2013 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı görüşünü 4/2/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvurucuya 5/2/2014 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını 27/2/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAYLAR VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Yaklaşık 20 yıldır ve ulusal düzeyde yayımlanan Yeni Şafak Gazetesinin 19/2/2010 tarihli nüshasında, o tarihten önce Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı olan başvurucu kastedilerek, *“Savcı Boğazına Kadar Batmış”* başlığı altında yayın yapılmıştır.

9. Gazetenin birinci sayfasında *“Savcı Boğazına Kadar Batmış”* başlığı kullanılmış ve altında *“HSYK’ nın yargı darbesiyle görevden aldığı Başsavcı Osman Şanal, Ergenekon’a üye olmak suçlamasıyla tutuklanan Savcı İlhan Cihaner’le ilgili şok bilgilere ulaştı. Jandarma ve MİT mensupları, Cihaner’in başkanlığında cemaatlere komplo için bir araya geldi”* şeklinde başvurucuya bazı suçlamalar yöneltilmiştir.

10. Haberin devamı gazetenin 11. sayfasında yer almakta ve yaklaşık bir tam sayfayı kaplamaktadır. Sayfanın başında büyük puntolarla *“Çiçek’le kahvaltıdan sonra düğmeye bastı”* başlığı tercih edilmiştir. Daha sonra başlığın altında *“Ergenekon’a üye olmak suçlamasıyla tutuklanan Başsavcı İlhan Cihaner’in, ‘İrtica ile Mücadele Eylem Planı’nda imzası bulunan Albay Çiçek’le orduevinde bulunduğu ortaya çıktı. Cihaner görüşmeden yaklaşık 2 ay sonra 2007’de cemaatlere yönelik başlattığı soruşturmayı 16 ili kapsayacak şekilde genişletme kararı aldı”* ifadelerine yer verilmiştir.

11. Başvurucu ile birlikte iki üst düzey askeri yetkilinin de fotoğrafının kullanıldığı haberin geri kalanı şu şekildedir:

“HSYK tarafından özel yetkileri alınan Erzurum Cumhuriyet Başsavcısı Osman Şanal’ın yürüttüğü soruşturma kapsamında gözaltına alınarak sorgulanıp, tutuklanan Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı İlhan Cihaner’in, ‘AK Parti ve Gülen’i Bitirme Planı’nda imzası bulunan Albay Dursun Çiçek’le 29 Mart yerel seçimlerinden önce orduevinde bulunduğu ortaya çıktı. Çiçek’in Ocak-Şubat 2009’da Erzincan’a giderek, önce Ergenekon kapsamında ‘şüpheli’ olarak ifadeye çağrılan Orgeneral Saldıray Berk’in başında bulunduğu 3. Ordu Komutanlığı’nda görüşmelerde bulunduğu ardından, Başsavcı Cihaner’le orduevinde kahvaltı yaptığı tespit edildi. Bu görüşme trafiği, Cihaner hakkında ‘Ergenekon Terör Örgütü’ne üye olmak suçlamasıyla başlatılan soruşturma dosyasına da girdi.

Görüşmeden Sonra Açıldı

Cemaatler ve polise komplo kurarak, ‘Darbe Andıcı’nı Erzincan’da uygulamaya koymakla suçlanan Cihaner-Çiçek görüşmesi, Erzincan Orduevi’nde 29 Mart yerel seçimlerinden önce, Ocak-Şubat’ta gerçekleşti. Görüşmenin, Cihaner’in, 2007’de

cemaatlerle ilgili başlattığı ve ancak 2 yıl sonra 2 Mart 2009'da 16 ilde ünlü işadamları ve tanınmış siyasetçileri de dahil edecek şekilde genişletmesinden önce gerçekleşmesi dikkati çekti.

Gizli Tanık da Anlattı

Şanal'ın yürüttüğü soruşturmada bir gizli tanığın verdiği ifadelerde de orduevindeki Cihaner-Çiçek buluşmasıyla ilgili detaylı bilgilerin yer aldığı öğrenildi. Cihaner'e savcılık sorgusunda da "Albay Dursun Çiçek'i tanıyor musunuz, daha önce buluştunuz mu, Darbe Andıcı'nı gördünüz mü" diye soruldu. Cihaner ise Çiçek'i tanımadığını ve kendisiyle karşılaşmadığını, telefonda görüşmediğini söyledi.

Sizi Ziyaret Etti Mi?

Savcılar sorguda Cihaner'e, orduevindeki buluşmayla ilgili olarak da "Çiçek Erzincan'da sizi ziyaret etti mi?", "Kahvaltıda buluştuğunuz tespit edilmiştir, kahvaltıda neleri değerlendirdiniz?", "Gizli tanık 'Munzur'un beyanına göre Çiçek, Ocak-Şubat 2009'da gelmiş, heyetçe karşılanmış, özel araçla 3. Ordu Komutanlığı'na gitmiştir. Sizin de görüştüğünüz dikkate alındığında, ne amaçla gelmiştir? Plan konusunda görüştünüz mü" sorularını yöneltti.

Yedek Plan 3. Ordu'dan

Cihaner'e sorguda sorulan bir soru, asker ve MİT mensuplarının tutuklanmasından sonra şüpheli sıfatıyla ifadeye çağrılan Orgeneral Saldıray Berk'in komutanlığını yaptığı 3. Ordu'da alternatif bir planın hazırlandığını ortaya koydu. Cihaner'e savcılar "Şüphelilerin tutuklanmasından sonra, 3. Ordu Komutanlığı çıkışlı yeni bir plan yapıldığı, evler kiralayıp, askerlerin yerleştirileceği, Gülen Cemaati'ne ait görüntü verileceği, baskın yapıp, cemaat üyelerinin hem silahlı terör örgütü üyesi olduğu ispatlanacak hem de bu cemaatin Silahlı Kuvvetler'de illegal kadrolaşma yaptığı izleniminin verileceğine dair bir plan yapıldığı tespit edilmiştir. Bu girişimlerde sizin konumunuz nedir?" diye sordu.

Paşa Bombaları Biliyor

Tutuklanan Üsteğmen Ersin Ergüt'un hard diskinde ele geçirilen bir belge de polise kurulacak komployu deşifre etti. Belgeden Cihaner, Alay Komutanı Albay Recep Gençoğlu ve Orgeneral Berk'in yalancı tanıklarla polisin olduğu kanıtlanacak bombaların baraja atılmasından haberi olduğu tespit edildi.

'Gülen grubu için delil yaratılacak'

Soruşturmada, Başsavcı Cihaner'in İl Jandarma İstihbarat Komutanlığı'nda, daha sonra tutuklanan şüpheliler MİT Bölge Müdürü ve dönemin Jandarma İl Alay Komutanı Albay Recep Gençoğlu ile toplantılar düzenlediği de tespit edildi. Cihaner'in, İl Jandarma İstihbarat Karargahı'ndaki toplantılarının bazılarında da

başkanlık yaptığı öğrenildi. Soruşturma kapsamında tutuklanan Üsteğmen Ersin Ergüt'ta ele geçirilen notlarda, Cihaner'in toplantıya başkanlık ettiği ve "Gülen grubunun bir suç örgütü olduğu ispatlanacak, bunun için de delil yaratılacak" şeklinde ifadelerin yer aldığı tespit edildi. Bu durum sorguda İlhan Cihaner'e soruldu. Cihaner iddiaları yalanladı.

Cemaat Evlerine Silah Konacaktı

Soruşturma kapsamında ifadelerine başvurulmuş gizli tanık 'Efe' ve 'Munzur', Alay Komutanı Albay Recep Gençoğlu ve Savcı İlhan Cihaner'in, tutuklanan Astsubay Şenol Bozkurt'u öğrenci evleri tutmakla görevlendirdiğini söylediler. Gizli tanıklar, "Öğrenciler cemaat evlerine ve yurtlarına, gidip geleceklerdi. Evlere silah konulacaktı. Eş zamanlı operasyonlarda silahlar ele geçirilip, cemaati silahlı terör örgütü gibi göstereceklerdi" şeklinde ifade verdi. Sorguda savcı, gizli tanıkların ifadeleri ve ele geçirilen delillerin Albay Dursun Çiçek imzalı "AK Parti ve Gülen'i Bitirme Planı" ile örtüştüğünü belirterek, Cihaner'den savunmasını istedi.

Can güvenliğim yok diyen 'Munzur' kayıp

Erzincan Başsavcısı İlhan Cihaner'in tutuklanması ile ilgili tartışmalar sürerken dün flash bir gelişme yaşandı. Erzincan Emniyet Müdürlüğü'ne gelen ihbar telefonunda kendisini 'Munzur' kod adlı gizli tanığın yakın arkadaşı olarak tanıtan bir kişi "Munzur'un can güvenliğinden endişeliyim" dedi. Bu telefonun ardından Gizli tanık Munzur'un kayıplara karıştığı ifade edildi.

Şantajla Yardım Et

Erzurum Başsavcılığı tarafından yürütülen soruşturma kapsamında tutuklanan Jandarma İstihbarat Şubesinde görevli Ş.T.'nin, Munzur'dan kimi bürokratlara ve cemaat evlerine yönelik komplo kurulmasına yardımcı olması için baskı yaptığı öğrenildi. Astsubay Ş.T.'un Gizli Tanık "Munzur'u "Bu işlerden sıyralamazsın bir defa bizim içimize düştün, dediklerimizi yerine getireceksin. Çok sırrımızı biliyorsun, seni bitiririz" şeklinde tehdit ettiği de ifadelere yer alıyordu.

Jandarma Tehdit Ediyor

İhbarda bulunan kişinin telefonda Emniyete ihbar hattına şöyle dediği kaydedildi: "Munzur, dün akşam Osman Şanal isimli savcının görevinden alınması sonrası can güvenliğinden iyice endişe etmeye başladı. Bunu fırsat bilen bazı Jandarma görevlilerinin kendisini tehdit ettiğini, kendisinden haber alamaması durumunda hemen polise ulaşmamı istedi." Geçmişte bölgede binlerce faili meçhul cinayetin işlendiği ve son dönemde Temizöz (Faili Meçhuller) Davası'nda tanıkların tehdit ve şantajla ifadelerini değiştirmeye zorlandıkları biliniyor.

Paşalar polis koruma istemedi

Ergenekon Soruşturması kapsamında 26 Şubat'a kadar ifade vermesi beklenen Erzincan 3. Ordu Komutanı Org. Saldıray Berk ile 2. Ordu Komutanı Org. Necdet Özel, Genelkurmay Başkanlığı'nda görüşme yapmak için önceki gün geldikleri Ankara'da tahsis edilen polisleri istemedi. Temaslarda bulunmak için gelen 2 paşaya askerler refakat etti."

12. Başvurucu, ayrıntıları yukarıda belirtilen Yeni Şafak Gazetesinin 19/2/2010 tarihli nüshasında yer alan haber nedeniyle kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu iddiasıyla 18/2/2011 tarihinde Ankara 5. Asliye Hukuk Mahkemesine tazminat davası açmıştır.

13. Ankara 5. Asliye Hukuk Mahkemesi, Yeni Şafak Gazetesinde yayınlanan yazının Anayasa'nın 28. maddesinde ve 9/6/2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nda güvence altına alınan basın özgürlüğünün sınırlarını aşmadığı gerekçesiyle 30/6/2011 tarih ve E. 2011/76, K. 2011/296 sayılı kararı ile davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

"...

Basın özgürlüğünün Anayasanın 28. maddesi ile 5187 sayılı Basın Yasasının 1 ve 3. maddelerinde güvence altına alındığı, basına sağlanan güvencenin amacının toplumun sağlıklı, mutlu ve güvenlik içinde yaşayabilmesini gerçekleştirmek olduğu, bu durumun da halkın dünyada ve içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması ile olanaklı olduğu, basının olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma yetkisi ve sorumluluğu bulunduğu, ancak basın özgürlüğünün sınırsız olmayıp, basın özgürlüğü ile Anayasanın Temel Hak ve Özgürlükler bölümü ile T.M.K.nun 24 ve 25. maddelerinde güvence altına alınan kişilik haklarının karşı karşıya geldiği durumlarda iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerekeceği, burada temel ölçütün kamu yararı olduğu, özellikle yazının gerçek olması, kamu yararı bulunması, toplumsal ilginin varlığı, konunun güncelliği gözetilerek öze biçim arasındaki denge korunarak objektif sınırlar içinde kalınarak yayın yapılması gerektiği ve o anda görünürde var olup da sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayınından basının sorumlu tutulmaması gerekmektedir.

Dava konusu olan Yeni Şafak Gazetesi'nin 19.02.2010 tarihli nüshasında yer alan haberin üst başlığında "Savcı Boğazına Kadar Batmış" ifadelerinin yer aldığı, alt başlıkta "Albay Çiçek ile Andıç kahvaltısı" diğer sahifedeki yazı başlığında "Çiçek'le kahvaltıda sonra düğmeye bastı" ifadelerinin yer aldığı yazının başlık ve içeriği bir bütün olarak değerlendirildiğinde, haberde Anayasanın 28. maddesinde ve Basın Yasasının 1. ve 3. maddelerinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün sınırlarının aşılmadığı, haber verilirken basının kamuoyu oluşturma ve toplumsal eleştiri hakkının kullanıldığı, öze biçim arasındaki dengenin bozulmadığı, haberin görünürdeki gerçekliğe uygun olduğu, hukuka uygunluk sınırları içerisinde kalın-

dığı, başlıkta yer alan ifadelerin ve haberin içeriğinin davacının kişilik haklarına saldırı niteliğinde bulunmadığı, manevi tazminat koşullarının gerçekleşmediği anlaşıldığından, davanın reddine karar vermek gerekmiştir.”

14. Başvurucunun temyizi üzerine söz konusu İlk Derece Mahkemesi kararı, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 27/5/2013 tarih ve E. 2012/11135, K. 2013/10003 sayılı ilamı ile onanmıştır.

15. Yargıtay ilamı, başvurucuya, 28/6/2013 tarihinde tebliğ edilmiş ve başvuru, 25/7/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

16. Anayasa'nın “Yargı yetkisi” kenar başlıklı 9. maddesi şöyledir:

“Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.”

17. Anayasa'nın “Basın hürriyeti” kenar başlıklı 28. maddesi şöyledir:

“Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz.

(İkinci fıkra mülga: 3.10.2001-4709/10 md.)

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlandırılmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır.

Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazarlar veya bastırانlar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenler, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar. Tedbir yolu ile dağıtım hâkim kararıyla; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle önlenebilir. Dağıtımı önleyen yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkime bildirir. Yetkili hâkim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, dağıtımı önleme kararı hükümsüz sayılır.

Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hâkim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, olaylar hakkında yayım yasağı konamaz.

Sürelî veya süresiz yayınlar, kanunun gösterdiği suçların soruşturma veya kovuşturmasına geçilmiş olması hallerinde hâkim kararıyla; Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel ahlâkın korunması ve suçların önlenmesi bakımından gecikmesinde sakınca bulunan haller-

de de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle toplatılabilir. Toplatma kararı veren yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkime bildirir; hâkim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, toplatma kararı hükümsüz sayılır.

Sürelî veya süresiz yayınların suç soruşturma veya kovuşturması sebebiyle zapt ve müsaderesinde genel hükümler uygulanır.

Türkiye’de yayımlanan sürelî yayınlar, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, millî güvenliğe ve genel ahlâka aykırı yayımlardan mahkûm olma halinde, mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabilir. Kapatılan sürelî yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar hâkim kararıyla toplatılır.”

18. Anayasa’nın “Mahkemelerin bağımsızlığı” kenar başlıklı 138. maddesi şöyledir:

“Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

19. Anayasa’nın “Hâkimlik ve savcılık teminatı” kenar başlıklı 139. maddesi şöyledir:

“Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.

Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.”

20. Anayasa’nın “Hâkimlik ve savcılık mesleği” kenar başlıklı 140. maddesi şöyledir:

“Hâkimler ve savcılar adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar.

Bu görevler meslekten hâkim ve savcılar eliyle yürütülür.

Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.

Hâkim ve savcıların nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Hâkimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; Askerî hâkimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir.

Hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar.

Hâkimler ve savcılar idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar.

Hâkim ve savcı olup da adalet hizmetindeki idarî görevlerde çalışanlar, hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tâbidirler. Bunlar, hâkimler ve savcılara ait esaslar dairesinde sınıflandırılır ve derecelendirilirler, hâkimlere ve savcılara tanınan her türlü haklardan yararlanırlar.”

21. 5187 sayılı Kanun'un 3. maddesi şöyledir:

“Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlakının, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir.”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

22. Mahkemenin 30/6/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
nun 25/7/2013 tarih ve 2013/5574 numaralı bireysel başvurusu incelenip gere-
ği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

23. Başvurucu, başvuruya konu haberin Yeni Şafak Gazetesinde yayınlandı-
ğı 19/2/2010 tarihinde Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı olduğunu ve o tarihte
adı geçen gazetenin sahibinin de içerisinde olduğu bazı kişiler aleyhine ceza

soruşturması yürüttüğünü, bu sebeple Yeni Şafak Gazetesinin kendisi aleyhine mesleki itibarını ve kişilik haklarını hedef alan yayınlar yaptığını ileri sürmüştür.

24. Başvurucu, ayrıca, 12/9/2010 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği referandumundan sonra Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda değişiklikler yapıldığını, yargının bağımsızlık ve tarafsızlığının zarar gördüğünü iddia etmiştir. Başvurucu, Yeni Şafak Gazetesi aleyhine açtığı tazminat davasının bağımsız ve tarafsız olmayan bir mahkemede, iki celse süren bir yargılama sonucunda ve Yargıtay'ın emsal nitelikteki kararlarına aykırı olarak reddedilmesi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının; kararın gerekçesinin yetersiz olması nedeniyle Anayasa'nın 141. maddesinin ve gazetede yayınlanan yazının kişilik haklarına zarar vermesi nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Bağımsız ve Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkının İhlali İddiası

25. Başvurucu, başvuruya konu kararları veren İlk Derece Mahkemesinin ve Yargıtay ilgili dairesinin bağımsız ve tarafsız olmadığını iddia etmiştir.

26. Bakanlık görüşünde başvurunun, mahkemelerin ve buralarda görev yapan hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı hakkındaki şikâyetlerine ilişkin olarak somut bir olgu ileri süremediği ve şikâyetlerin soyut nitelikli olduğu belirtilmiştir.

27. Anayasa'nın 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un, "Bireysel başvuru usulü" kenar başlıklı 47. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

"Başvuru dilekçesinde... işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle ihlal edildiği ileri sürülen hak ve özgürlüğün ve dayananın Anayasa hükümlerinin, ihlal gerekçelerinin..., belirtilmesi gerekir...."

28. 6216 sayılı Kanun'un "Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi" kenar başlıklı 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Mahkeme, ... açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir."

29. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün bireysel başvuruların içeriğini düzenleyen "Bireysel başvuru formu ve ekleri" başlıklı 59. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"...

(2) Başvuru formunda aşağıdaki hususlar yer alır:

...

ç) Kamu gücünün ihlale neden olduğu iddia edilen işlem, eylem ya da ihmeline dair olayların tarih sırasına göre özeti.

d) Bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve delillere ait özlü açıklamalar.

e) Başvurucunun güncel ve kişisel bir temel hakkının doğrudan zedelendiği iddiasının dayanakları.

..."

30. 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (3) numaralı, 48. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları ile İçtüzüğü'nün 59. maddesinin ilgili fıkraları uyarınca Anayasa Mahkemesine başvuru konusu olaylarla ilgili delilleri sunmak suretiyle olaylar hakkındaki iddialarını ve dayanılan Anayasa hükmünün kendilerine göre ihlal edildiğine dair açıklamalarda bulunarak iddialarını kanıtlamak başvurucuya düşer.

31. Başvurucu, adı geçen gazetede yayımlanan haberin, gazete sahibi hakkında yürüttüğü soruşturma üzerinde baskı kurmak amacı taşıdığını; Cumhuriyet Başsavcısı sıfatı ile yürüttüğü mesleki faaliyetleri nedeniyle hedef haline getirildiğini; 2010 yılı Anayasa değişiklikleri ile yeni bir Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun (HSYK) oluştuğunu, yargıda kadrolaşmaya gidilmesi nedeniyle davasının bağımsız ve tarafsızlıktan uzak biçimde incelendiğini ileri sürmüştür.

32. Başvurucunun iddialarına dayanak yaptığı HSYK seçimleri, Anayasa'nın 159. maddesinin 7/5/2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 22. maddesi ile değiştirilmesi ve söz konusu değişikliğin 12/09/2010 tarihinde yapılan referandum ile kabul edilmesinden sonra yapılmıştır.

33. Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda başvuru sahiplerinin başvurularını titizlikle hazırlama ve takip etme yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüğün bir gereği olarak başvuru sahibi, ihlal edildiğini iddia ettiği Anayasa hükmünün ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunmak suretiyle hukuki iddialarını kanıtlamak zorundadır. Başvuru sahibi tarafından soyut şekilde birtakım Anayasa hükümlerine atıfta bulunulması iddiaların ispatlandığı anlamına gelmez. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, Anayasa'ya aykırılığının soyut şekilde ileri sürülmesini sağlayan bir yol olarak düzenlenmemiştir.

34. Somut başvuru dosyasında, söz konusu HSYK seçimleri ve HSYK'nın işlemleri ile İlk Derece Mahkemesinin bağımsız ve tarafsız olmadığı iddiaları arasında bir ilişki kurulamamış; sübjektif veya objektif esaslar doğrultusunda İlk Derece Mahkemesinin bağımsızlığını ve tarafsızlığını kuşkulu hâle koyacak bir durum tespit edilememiş ve yargılamanın bağımsız ve tarafsız olmadığına ilişkin herhangi bir husus da saptanmamıştır.

35. Açıklanan nedenlerle, ileri sürülen ihlal iddialarının başvuru tarafından kanıtlanamamış olması nedeniyle, başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *“açıkça dayanaktan yoksun olması”* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Gerekçeli Karar Hakkının İhlali İddiası İle Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma Hakkının İhlali İddiası

36. Başvurucu, İlk Derece Mahkemesinin ve Yargıtayın gerekçesiz bir şekilde karar verdiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun şikâyet ettiği koşullar ve şikâyetlerini dile getirme biçimi dikkate alınarak bu şikâyetlerin Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında incelenmesi gerekmektedir.

37. Başvurucunun, söz konusu gazetede yayınlanan yazı nedeniyle kişilik haklarının zarar gördüğüne ve Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun bu şikâyetlere ilişkin kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Başvurucu ve Bakanlığın Görüşleri

38. Başvurucu, söz konusu günlük gazetede yayınlanan haberin kişilik haklarına zarar vermesi nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvurucu, dava konusu haberin yapıldığı tarihten önce kendisinin Cumhuriyet Başsavcısı sıfatıyla söz konusu gazetenin sahiplerine karşı bir soruşturma başlattığını, dava konusu haberin kendisine karşı başlatılan karalama kampanyasının bir parçası olduğunu, haberin asıl amacının başlatılan soruşturmayı yönlendirmek ve yargı organları üzerinde baskı kurmak olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucuya göre kendisi yargısal faaliyetleri nedeniyle hedef haline getirilmiş ve söz konusu haberde bir darbe planlayıcısı gibi gösterilmesi nedeniyle kişilik hakları ihlal edilmiştir.

39. Bakanlık görüşünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) içtihatları hatırlatılarak başvurunun özel hayatına müdahale edildiğine dair şikâyetlerinin başvurunun özel hayatı ile gazetecilerin basın ve haber verme özgürlüğü arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığı açısından

değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

40. Bakanlık görüşüne karşı başvuru cevabında, başvuru dilekçesindeki iddiaları tekrar etmiştir. Başvurucu ayrıca kendisinin haberde zikredilen olayların geçtiği dönemde Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı olduğunu, ifade özgürlüğünün Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi*” amacı ile sınırlanabileceğini, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için bir yargı görevlisi olarak kendisinin korunması amacıyla ifade özgürlüğünün sınırlanması gerektiğini ileri sürmüştür.

b. Genel İlkeler

i. Kişinin Manevi Bütünlüğü

41. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

42. Bireyin kişisel şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan “*manevi varlık*” kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür. (B.No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33) Başka bir deyişle kişisel itibarının korunması hakkı, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının korunması altındadır ve şeref ve itibarı etkileyen sözel saldırılar veya basın ve yayın yolu ile yapılan yayınlara karşı bireyin korunmaması halinde Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası ihlal edilmiş olabilir.

43. AİHM, kişisel şeref ve itibara yapılan müdahaleleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) “*özel ve aile yaşamına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı*” kenar başlıklı 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir. AİHM'e göre kişisel itibarın korunması hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından korunan özel yaşama saygı hakkının bir parçasıdır (Bkz. *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 22; *Pfeifer/Avusturya*, B. No: 12556/03, 15/11/2007 § 35; *Axel Springer AG/Almanya*, B. No: 39954/08, 7/2/2012, § 83). Aynı şekilde, gazete makalesinde hakaret içerdiği iddia edilen beyanlara karşı bir kimse'nin itibarının korunması hakkı da (*White/İsviçre*, B. No: 42435/02, 19/12/2006, § 19 ve 30) eleştirel bir gazete makalesine karşı kişinin korunmadığı iddiası da (*Minelli/İsviçre*, (kk), B. No: 14991/02, 14/06/2005) özel yaşam kapsamında görülmüştür.

44. Kamusal bir tartışma bağlamında ve yayımlanan yazılar nedeniyle eleştirilmiş olsa bile bir kişinin itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün

bir parçasını oluşturur (Bkz. *Pfeifer/Avusturya*, § 35) ve Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının korumasından faydalanır.

45. Öte yandan Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının olaya uygulanabilmesi için kişinin itibarına yapılan saldırının belli bir ağırlık düzeyine erişmiş olması ve kişinin itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkından başvurucunun kişisel olarak yararlanmasına zarar verecek şekilde yapılmış olması gerekir (bkz. *Mater/Türkiye*, B. No: 54997/08, 16/7/2013, § 52).

46. Ayrıca, öngörülebilir şekilde, kişinin kendi eylemleri sonucu ortaya çıkabilecek itibarının zedelenmesi olgusundan şikâyet etmek için Anayasa'nın 17. maddesi ileri sürülemez (bkz. *Mater/Türkiye*, B. No: 54997/08, 16/7/2013, § 52).

47. İnceleme konusu olan dava gibi davalarda söz konusu olan, devletin bir eylemi değil ama yargı mercilerinin, başvuru sahiplerinin kişisel itibarlarına sağladıkları korumanın yetersiz olması iddiasıdır. Anayasa'nın 17. ve Sözleşme'nin 8. maddesi esas olarak kamu görevlilerinin keyfi müdahalelerine karşı bireyi korumayı amaçlasa da söz konusu maddeler sadece devletin bu tür müdahalelerde bulunmasından kaçınmasını sağlamayı amaçlamamaktadır. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında mündemiç negatif yükümlülüğe, bireyin maddi ve manevi varlığına etkin bir saygının sağlanması için gerekli pozitif yükümlülükler eklenebilir. Bu yükümlülükler, kişilerin birbirleri ile olan ilişkilerini de kapsayacak şekilde, kişisel itibarının korunmasını isteme hakkına saygının güvence altına alınması amacıyla bir takım tedbirler alınmasını gerektirebilir (Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında benzer kararlar için bkz. *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23; *Von Hannover/Almanya* (no 2), B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 98). Bu tedbirlere, kişisel itibarın üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korunması hususunda da başvurulabilir.

48. Başvuruya konu gazete haberinde, Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı iken olayların geçtiği tarihte Ergenekon Terör Örgütüne üye olmak suçlamasıyla tutuklanan başvuru sahibinin tutuklanmadan önce bazı askeri yetkililer ile görüşmeleri ile sivil hükümete karşı bazı üst düzey askeri yetkililer tarafından yapıldığı ileri sürülen darbe planına katıldığı ileri sürülmüş ve bazı detaylara yer verilmiştir. Söz konusu haberdeki iddialar nedeniyle başvuru sahibinin kişisel itibarının korunması hakkına müdahale edildiği kabul edilmelidir.

ii. Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü ile Basın Özgürlüğü

49. Mevcut başvuruda başvuru sahibinin Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında koruma altına alınan kişisel itibarın korunmasını isteme hakkı ile ulusal günlük gazetenin Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan

basın özgürlüğü ve bu özgürlükle bağlantılı olarak Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Bu sebeple, bu özgürlüklerin kullanımıyla ilgili genel ilkelerin belirlenmesi gerekir.

50. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

51. Anayasa'nın "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir:

"Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz.

...

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır.

..."

52. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "söz, yazı, resim veya başka yollar" olarak ifade edilmiştir ve "başka yollar" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (B.No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43).

53. Anayasa’da basın özgürlüğüne ilişkin olarak daha ayrıntılı düzenlemeler de yer almıştır. Basın özgürlüğü alanındaki temel düzenleme Anayasa’nın 28. maddesinde yer almaktadır. Bu madde, basılmış materyalleri kapsayacak, ancak görsel ve işitsel iletişim araçlarını dışarıda bırakacak şekilde düzenlenmiştir. Nitekim düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün düzenlendiği Anayasa’nın 26. maddesinde “...*radio, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yayımların izin sistemine...*” bağlanabileceği belirtilerek, bu iletişim araçlarının düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünden yararlanabileceği belirtilmek istenmiştir. Anayasa’nın 28. maddesine ilave olarak 29. maddede süreli ve süresiz yayın hakkına, 30. maddede basın araçlarının korunmasına yer verilmiştir. Anayasa’nın 31. maddesinde ise kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı düzenlenmiştir. Ayrıca, Anayasa’nın basın özgürlüğünü düzenleyen hükümlerinde yer alan “*yazarlar*”, “*bastranlar*”, “*başkasına verenler*”, “*dağıtım önleme*”, “*toplatma*”, “*süreli yayın*” ve “*süresiz yayın*” gibi ifadeler ancak “*gazete*”, “*kitap*”, “*dergi*” gibi basılıp çoğaltılabilen kitle iletişim araçları için kullanılabilir. Dolayısıyla, Anayasa’ya göre basın, kitle iletişim araçlarından biridir; ancak diğer kitle iletişim araçlarından ayrılarak özel olarak korunmuştur.

54. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, Anayasa’da yer alan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmını doğrudan etkiler. Gerçekten de gazete, dergi veya kitap biçiminde basın yayın yoluyla düşüncenin yayılmasının başlıca aracı olan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma biçimlerinden birisidir. Basın özgürlüğü, Sözleşme’de ayrı bir madde olarak değil ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddenin altında koruma altına alınmıştır. Sözleşme’nin 10. maddesi, yalnızca düşünce ve kanaatlerin içeriğini değil iletilme biçimlerini de koruma altına almaktadır.

55. AİHM içtihatlarında sıklıkla vurgulandığı gibi ifade özgürlüğü demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardan ve toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini oluşturmaktadır. AİHM, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. paragrafı saklı tutulmak üzere, ifade özgürlüğünün sadece toplum tarafından kabul gören veya zararsız veya ilgisiz kabul edilen “*bilgi*” ve “*fikirler*” için değil, incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğunu pek çok kararında yinelemiştir. AİHM’e göre ifade özgürlüğü, yokluğu halinde “*demokratik bir toplum*”dan söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. 10. maddede güvence altına alınan bu hak, bazı istisnalara tabi ise de, bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasının ikna edici olması gerekir (başka kararlar yanında bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49).

56. Buna karşın basın özgürlüğü, Anayasa'nın 28-32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir. Basın özgürlüğü, gazete, dergi, kitap gibi araçlar ile düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama, bilgi, haber ve eleştirilerin yayın ve dağıtım haklarını kapsar (bkz. AYM, E.1996/70, K.1997/53, K.T. 5/6/1997). Basın özgürlüğü düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanabilmesi, açıklanan düşünceye paydaş sağlanabilmesi, düşünceyi gerçekleştirme konusunda ilgililerin ikna edilebilmesi çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir.

57. Demokratik bir sistemde, devletin eylem ve işlemlerinin, adli ve idari yetkililerin olduğu kadar, basının ve aynı zamanda kamuoyunun da denetimi altında bulunması gerekmektedir. Yazılı, işitsel veya görsel basın kamu gücünü kullanan organların siyasi kararlarını, eylemlerini ve ihmallerini sıkı bir denetime tabi tutarak ve vatandaşların karar alma süreçlerine katılımını kolaylaştırarak demokrasinin sağlıklı bir şekilde işlemlerini ve bireylerin kendilerini gerçekleştirmelerini güvence altına almaktadır (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Lingens/Avusturya*, B. No: 9815/82, 8/7/1986, § 41; *Özgür radyo-Ses Radyo Televizyon Yapım ve Tanıtım AŞ/Türkiye*, B. No: 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/00, 30/3/2006 § 78; *Erdoğdu ve İnce/Türkiye*, B. No: 25067/94, 25068/94, 8/7/1999, § 48). Bu sebeple basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal bir özgürlüktür (bkz. AYM, E.1997/19, K.1997/66, K.T. 23/10/1997).

58. AİHM, birçok sefer demokratik bir toplumda basının oynadığı temel rolün altını çizmiştir. Her ne kadar, özellikle de başkalarının şöhret ve haklarının korunmasıyla ilgili olarak, bazı sınırları aşmaması gerekse de basının, görev ve sorumluluklarının bilincinde olarak kamu yararını ilgilendiren her konuyu iletme görevi vardır. Onun böyle konularda bilgi ve fikir yaymadan ibaret olan görevine kamunun bu fikir ve bilgileri alma hakkı eklenir. AİHM'e göre bu görevi olmasaydı basın, vazgeçilmez "bekçi köpeği" rolünü oynayamazdı (*Bladet Tromsø ve Stensaas/Norveç* [BD], B. No: 21980/93, 20/5/1999, §§ 59 ve 62; *Pedersen ve Baadsgaard/Danimarka* [BD], B. No: 49017/99, 17/12/2004 § 71).

59. Ayrıca bu tür başvurularda basının yerine geçip belli bir durumda kullanılacak haber yapma şeklinin ne olacağını belirlemenin yargı mercilerinin görevi olmadığı (*Jersild/Danimarka*, B. No: 15890/89, 23/9/1994, § 31) göz önünde bulundurulmalıdır.

60. Sosyal görevini yerine getirebilmesi için basının özgür olması kadar so-

rumluluk bilinci ile hareket etmesi de şarttır. Basın özgürlüğünde belli ölçüde abartıya ve hatta tahrik yoluna başvurmak mümkün olsa da (*Prager ve Oberschlick /Avusturya*, B. No: 15974/90, 26/4/1995, § 38) bu özgürlük aynı zamanda ilgililerin meslek ahlâkına saygı göstererek doğru ve güvenilir bilgi verecek şekilde ve iyi niyetli olarak hareket etmelerini de zorunlu kılmaktadır (*Bladet Tromsø ve Stensaas / Norveç* [BD], B. No: 21980/93, 10/5/1999, § 65).

61. Gerçekten de kötü niyetli olarak gerçeğin çarpıtılması bazen kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aşabilir. Gerçeğe uygun bir beyana, kamuoyunun gözünde yanlış bir imaj uyandırabilecek vurgular, değer yargıları, varsayımlar hatta imalar eşlik edebilmektedir. Dolayısıyla haber verme görevi zorunlu olarak ödev ve sorumluluklar ve basın kuruluşlarının kendiliğinden uymaları gereken sınırlar içermektedir. Bu durum özellikle basında yer alan söylemlerde isimleri zikredilen kişilerin ciddi şekilde itham edilmeleri hallerinde geçerlidir (bkz. *Mater/Türkiye*, B. No: 54997/08, 16/7/2013, § 54-55).

62. Mutlak değil sınırlanabilir birer hak olan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile onu tamamlayan ve onun kullanılmasını sağlayan basın özgürlüğü Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlükleri sınırlama rejimine tabidir. Anayasa’nın 28. maddesinin dördüncü fıkrasında basın özgürlüğünün sınırlanmasında 26. ve 27. madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece basın özgürlüğü, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile ilgili genel hüküm niteliğindeki 26. maddedeki ve sanatsal ve akademik ifadelerle ilgili 27. maddedeki sınırlama rejimine tabi tutulmuştur. Basın özgürlüğüne yönelik diğer sınırlamalar ise 28. maddenin beşinci ve izleyen fıkralarında yer almıştır. Basının, Anayasa’nın 26., 27. ve 28. maddelerinde sayılan sınırlandırmalardan biri olan “başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının” korunması için konmuş olan sınırlandırmalara uyması gerekir.

63. Son olarak halkın da bu tür bilgileri almaya hakkı vardır. Basın özgürlüğü, kamuoyuna, çeşitli fikir ve tutumlarının iletilmesi ve bunlara ilişkin bir kanaat oluşturmaları için en iyi araçlardan birini sağlamaktadır (benzer yöndeki bir karar için bkz. *Lingens/Avusturya*, B. No: 9815/82, 8/7/1986, §§ 41-42).

iii. Olgusal İddialar ve Değer Yargıları

64. Somut davanın kendine has koşullarında mahkemelerin başvuranı aşırı bir eleştiriden korumakta yetersiz kalıp kalmadıkları incelenmelidir. Bu bağlamda somut başvuruda taraflar arasındaki ihtilaf, büyük ölçüde, dava konusu haberin maddi vakıaların açıklanması veya değer yargısı olarak nitelendirilmesi ile ilgilidir. Bu noktada, maddi olgular ile değer yargısı arasında dikkatli bir ayırma gidilmelidir. Maddi olgular ispatlanabilse de, değer yargılarının doğruluğunu ispatlamanın mümkün olmadığı hatırd tutulmalıdır (bkz. *Lingens/Avusturya*, B. No: 9815/82, 8/7/1986, § 46).

iv. Denge Kurmak İçin Başvurulan Uygun Kriterler

65. Mevcut olaydaki gibi başvurularda başvurunun sonucu, prensip olarak, başvurunun ihtilaflı makale veya haberi yayımlamış olan gazete tarafından Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerine dayanılarak yapılmış olması ile bu haber veya makaleye konu olan kişi tarafından Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasına dayanılarak yapılmış olmasına göre değişmez. Gerçekte bu hakların her ikisi prensip olarak eşit bir saygıyı hak etmektedirler (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Von Hannover/Almanya* (no 2) B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 106).

66. Yargı mercilerinin bu iki hak arasında Anayasa Mahkemesi içtihadında ortaya konulan kriterlere uygun bir şekilde bir denge kurmaları gerekir. Basın özgürlüğü ve bu kapsamda düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ile itibarın korunması hakkı arasında bir denge kurulmasıyla ilgili olarak mevcut olaya uygulanabilecek olan kriterler aşağıda sayılmıştır.

α) Kamu yararına katkı

67. Birinci temel unsur, haber, makale veya fotoğrafların basında çıkması-nın kamu yararına yönelik bir tartışmaya yapacağı katkıdır (*Von Hannover/Almanya* (no 2) B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 109). Genel yarar konu-su olan hususların belirlenmesi ihtilaflı yazıların içerikleri ile birlikte somut davanın şartlarına da bağlıdır. Ancak sadece yayımın siyasi konular ya da işlenen suçlarla ilgili olduğu (bkz. *Egeland ve Hanseid/Norveç*, B. No: 34438/04, 16/4/2009, § 58) durumlarda böyle bir yararın varlığı kabul edilmelidir.

β) Hedef alınan kişinin ünlülük derecesi ve haber veya makalenin konusu

68. Hedef alınan kişinin rol ve fonksiyonu ve haber, yazı, röportaj ve/veya fotoğrafa konu faaliyetin niteliği bir önceki kriterle bağlantılı önemli başka bir kriter oluşturmaktadır. Burada sıradan bireyler ile kamusal şahıs ya da siyasi kişilik olarak kamusal alanda hareket eden bireyleri ayırmak yerinde olur. Kamu tarafından tanınmayan bir kişi kişisel itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkına ve özel hayat hakkına ilişkin özel bir korumadan yararlanmayı talep edebilirken, kamu tarafından tanınan bireyler için bu derecede bir koruma söz konusu değildir (kamu tarafından tanınan kişiler için korumanın daha esnek olacağına ilişkin bir karar için bkz. *Minelli/İsviçre (k.k.)*, B. No: 14991/02, 14/6/2005). Mesela resmi bir görevi yerine getiren siyasi kişilikler hakkında demokratik toplumdaki bir tartışmaya katkı sunabilecek olaylardan bahse-den bir haber ile böyle bir görev yerine getirmeyen bir kişinin özel hayatıyla ilgili detaylar üzerine yapılan bir haber, bir tutulamaz (*Von Hannover/Alman-ya*, B. No: 59320/00, 24/09/2004, § 63).

69. Anılan birinci durumda basının rolü basın bir demokraside kamu ya-

rarı bulunan konularda bilgi ve fikir iletme yükümlülüğü olan “bekçi köpeği” fonksiyonuyla örtüşüyorsa da, ikinci durumda bu rol tali önemdedir. Aynı şekilde kamunun bilgilenme hakkı, kamuda tanınan kişilerin, kamu görevlilerinin ve özellikle de siyasi kişiliklerin, özel hayatlarının çeşitli boyutlarına belli bazı durumlarda üstün gelebilse de, yayımlanan haberler ile onlara eşlik eden fotoğraf ve yorumların bu kişilerin sadece özel hayatlarıyla ilgili detaylar hakkında olması ve belli bir kesimin bu konudaki merakını gidermek dışında bir amaç taşımaması durumunda, ilgili kişiler belli bir üne sahip olsalar bile, böyle bir üstün gelme durumundan bahsedilemez (*Von Hannover/Almanya*, B. No: 59320/00, 24/09/2004, § 65). Bu en sondaki durumda ifade özgürlüğünün daha dar yorumlanması gerekir (*Von Hannover/Almanya*, B. No: 59320/00, 24/09/2004, § 66).

70. Mevcut başvurudaki gibi düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve basın özgürlüğü ile başkalarının şöhret ve itibarlarının korunmasının çatışması halinde, eğer şöhreti söz konusu olan kişi kamu görevlisi ise dengeleme sırasında bu kişinin üstlendiği kamu görevi göz önüne alınmalıdır. Bununla birlikte, kamu görevlilerinin siyasetçilerde olduğu gibi her türlü söylemlerini yakın denetime açtıkları da söylenemez. Kamu görevlilerinin, görevlerini hakkıyla yerine getirebilmeleri için kamu güvenine sahip olmaları gerekir ki bu da ancak onları asılsız suçlamalara karşı korumakla sağlanabilir (bkz. *Lesnik / Slovakiya*, B. No: 35640/97, 11/6/2003, § 53).

γ) İlgili kişinin önceki davranışı

71. İlgili kişinin haber veya yazının yayımlanmasından önceki davranışı ya da ihtilaflı bilgilerin daha önce yayımlanmış olması da dikkate alınacak unsurlar içinde yer almaktadır (*Von Hannover/Almanya* (no 2) B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012 § 111).

δ) Yayımla ilgili içeriği, şekli ve sonuçları

72. Bir gazetede haberin, röportajın, fotoğrafın veya makalenin yayımlanma şekli ve hedef alınan kişinin orada sunulma biçimi de değerlendirmelerde göz önüne alınmalıdır (bkz. *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlagsgesellschaft m.b.H./Avusturya* (no 3), B. No: 66298/01 ve 15653/02, 13/12/2005, § 47). Ayrıca haberin, ulusal veya yerel, tirajı az veya çok bir gazetede yayımlanmış olmasına göre, yayım genişliği de önemli olabilir (bkz. *Karhuvaara ve Iltalehti/Finlandiya*, B. No: 53678/00, 16/2/2005, § 47).

ε) Haber veya makalenin yayımlanma şartları

73. Son olarak, haber veya makalenin yayımlanma şartlarının, söz konusu haberde yer alan olayların geçtiği dönemde ülkede meydana gelen olaylar ışığında değerlendirilmesi gerekir. Aynı zamanda hedef alınan kişi bakımından

müdahalenin başka bir ifadeyle haberin yayımlanmasının etkilerinin niteliğini ya da ağırlığını göz önünde bulundurmak gerekir.

c. Bu ilkelerin mevcut olaya uygulanması

74. İlk olarak, bir ulusal günlük gazetede yayınlanan haber veya yazıların olgular temelinde gelişen bir tartışmaya bir katkı sunup sunmadığı ve içeriğinin kamunun merakını giderme isteğinin ötesine geçip geçmediği sorularına cevap verilmelidir. Bu bağlamda, bir haber veya yazının kamuyu bilgilendirme değeri ne kadar yüksek ise kişinin söz konusu haber veya makalenin yayımlanmasına o kadar çok boyun eğmesi gerekir. Aksine, yazının bilgilendirme değeri ne kadar düşüğe kişinin korunan çıkarına da o kadar çok üstünlük tanınması gerekir.

75. Başvurucu, sözü geçen ulusal günlük gazetede yayınlanan haber ve yazının gerçeğe aykırı bir şekilde yapıldığını ve haberin bütünüünün kendisini örgüt üyesi gibi göstermek ve suçlayıcı iddialara yer vermek suretiyle itibar ve kişilik haklarına zarar verdiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, açtığı tazminat davasında İlk derece Mahkemesinin ve Yargıtayın, itibarını korumadıklarını şikâyet etmiştir.

76. Başvurucunun bireysel başvuru dilekçesine eklediği bilgi ve belgelere göre İlk Derece Mahkemesinde yapılan yargılamada başvuru, söz konusu gazete haberinde verilen olayların gerçek dışı olduğunu ileri sürmüş olmakla birlikte, gazetede yer alan haberdeki bilginin doğru olmadığını, bilginin elde edilme yönteminin kabul edilemez olduğunu gösterebilmiş değildir. Başvurucunun, söz konusu haberin kendisine yönelik karalama kampanyasının bir parçası olduğu yönündeki soyut değerlendirmelerine karşı davalı, söz konusu haberin gerçeklik, güncellik, kamu yararı, toplumsal ilgi ve konu ile ifadeler arasında düşünsel bağ kuralları çerçevesinde yayımlandığını ileri sürmüştür. Davalı söz konusu haberde aşağılayıcı ifadeler kullanılmadığını, söz konusu haberin daha önce başka bir gazetede yer aldığını ve kendilerinin esas olarak bu haberde yer alan bilgilerden faydalandıklarını, haberin görünür gerçeğe uygun olduğunu ileri sürmüştür. İlk Derece Mahkemesi de başvuru talebini, söz konusu haberin bir bütün olarak görünür gerçeğe uygun olduğu ve öyle biçim arasındaki dengenin bozulmadığı gerekçesi ile reddetmiştir.

77. Söz konusu gazete haberinde esas olarak, başvuru özel yetkili mahkemece tutuklanmasına sebep olan bazı faaliyetler yer almaktadır. Bu kapsamda başvuru bazı askeri yetkililerle görüştüğü, bu görüşmelerden sonra başvuru daha önce çeşitli dini cemaatlere yönelik olarak başlattığı soruşturmanın 16 ili kapsayacak şekilde genişletildiği, başvuru yaptığı soruşturma ile asıl amacının iktidarda olan hükümet ile soruşturulan dini cemaatler arasında irtibat sağlayarak planlanan askeri darbeye zemin ha-

zırlamak olduğu ileri sürülmektedir. Söz konusu haberde başvurusunun özel yetkili savcılar tarafından sorgulanması sırasında başvurucuya yöneltilen sorular ile başvurusunun tutuklanmasına neden olan faaliyetlere ilişkin olarak dinlenen iki gizli tanık ve bazı asker kişilerin beyanlarına yer verilmiştir. Başvurucu soyut olarak söz konusu beyanların doğru olmadığını ileri sürse bile kendisinin tutuklanmasına neden olan deliller arasında bulunan beyanlarla gazete haberinin karşılaştırılmasını istememiş, bu tür bir delile dayanmamıştır. Başvurucu haberde geçen beyanların soruşturma dosyasında olmadığını da ileri sürmemiştir.

78. Söz konusu habere göre başvuru “Ergenekon Terör Örgütüne” üye olmaktan tutuklanmıştır. Söz konusu “Örgüt”e yönelik soruşturmalar 12 Haziran 2007 tarihinde, Trabzon İl Jandarma Komutanlığı’na telefonla yapılan bir ihbar üzerine, İstanbul’un Ümraniye ilçesinde bir gecekondu polis tarafından yapılan arama ile başlatılmıştır. Söz konusu polis operasyonu sonucunda çok sayıda askeri mühimmat ile birlikte Türk Silahlı Kuvvetleri’nden emekli olmuş bir astsubaya ait bir adet flaş belleğe el konulmuştur. Flaş bellekte yapılan incelemede “Lobi, Çok Gizli - Aralık 1999/İstanbul isimli bir belgeye rastlanmıştır. Bu belgenin “Giriş” bölümünde, “(...) Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde faaliyet gösteren ‘Ergenekon’a bağlı olarak ‘Sivil Unsurların’ örgütlenmesi zorunluluğu kaçınılmaz bir gerçektir” ifadelerinin bulunduğu tespit edilmiştir. Elde edilen belge, içeriği ve el bombalarının ciddiyeti dikkate alınarak soruşturma genişletilmiştir. Bu çerçevede, Ergenekon adı verilen davada yargılanan birçok kişinin ev ve işyerlerinde aramalar yapılmış, bu kişiler gözaltına alınmış ve bazıları da yetkili mahkemelerce tutuklanmıştır. Yapılan aramalarda ve ilgililerin bilgisayarlarında çok sayıda örgütsel doküman ve örgütün yapısını gösteren belgeler ele geçirilmiştir.

79. Ergenekon soruşturmasının başlangıç evresinde elde edilen delillerden yola çıkılarak soruşturma Cumhuriyet Başsavcılığınca genişletilmiş ve bu süreçte özellikle bazı emekli veya muvazzaf general ve subaylar soruşturmaya dâhil edilmiştir. Bu kişilerin ev ve/veya işyerlerinde yapılan aramalarda örgütün hiyerarşik yapısını gösterdiği iddia edilen deliller ile Hükümeti zorla yıkmak için yapıldığı iddia edilen bazı planlar ele geçirilmiştir. Ortaya çıkarılan planlar arasında “Sarıköz”, “Yakamoz”, “Eldiven”, “Ayışığı”, “Kafes” ve “İrtica ile Mücadele” isimli eylem planları bulunmaktadır (söz konusu Ergenekon yargılamalarına ilişkin daha geniş açıklamalar için bkz. B. No: 2012/849, 4/12/2013, §§ 22-37).

80. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hazırlanan iddianamelerde Sarıkız, Kafes ve İrtica ile Mücadele Eylem Planı isimli eylem planlarının askeri darbeden önceki sürece ilişkin oldukları ve bu planlardaki temel amacın yapı-

lacak askeri darbeye zemin hazırlamak olduğu; *Yakamoz* isimli eylem planının askeri darbenin uygulanmasına ilişkin olduğu; *Eldiven* isimli eylem planının ise askeri darbeden sonraki süreçte devletin ve siyasi kurumların yeniden yapılandırılmasına ilişkin planları içerdiği belirtilmiştir.

81. Somut başvuruya konu gazete haberinde başvurucunun, “*Ak Parti ve Gülen’i bitirme planı*” olarak anılan planı uygulamaya geçirdiği iddiasıyla tutuklandığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, söz konusu gazete haberi bu haberden önceki Ergenekon soruşturma süreci ile birlikte değerlendirildiğinde ihtilaflı haber ve yazının, bir ölçüde, kamusal nitelikli bir tartışmaya katkı sundukları kabul edilebilir. Bu hususla ilgili olarak, basının kamusal nitelikli bütün sorunlarla ilgili olarak bilgi ve fikir yayma fonksiyonuna, kamunun bu bilgi ve fikirleri alma hakkının eklendiği hatırlanmalıdır.

82. Son olarak başvurucunun olayların geçtiği zaman diliminde üst düzey bir kamu görevi olan Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı olduğu ve gazete haberinden önce meydana gelen olaylarla birlikte daha da artan ve itiraz götürmeyen tanınmışlık derecesi dikkate alındığında, başvuru, az bilinen bir kişi olduğunu iddia edemez.

83. Buna karşın savcıların adalet sisteminin düzgün işlemesi için görev yapan kamu görevlileri olduğu da unutulmamalıdır. Savcılar da diğer kamu görevlileri gibi kamunun güvenine sahip olmalıdırlar (benzer bir karar için bkz. *Saday / Türkiye*, B. No: 32458/96, 30/3/2006, § 33). Bu sebeple adalet sisteminde görev alan savcılarla birlikte hâkimleri ve diğer yargı çalışanlarını asılsız suçlamalardan korumak devletin görevlerindendir.

84. Demokratik bir toplumda, bireylere, yargı sistemi ve ona dâhil olan kamu görevlilerini eleştirme ve onlar hakkında yorum yapma hakkı tanınmış olmakla birlikte bu eleştirilerin kişilerin şeref ve itibarlarının korunmasını isteme haklarını ihlal eder boyuta ulaşmaması gerekir.

85. Somut olayda İlk Derece Mahkemesi, ulusal günlük gazetenin basın özgürlüğü ve bu bağlamda düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlükleri ile başvurucunun şeref ve itibarına saygı hakları arasında bir denge kurma işlemi yapmıştır. İlk derece Mahkemesi, söz konusu haber ve yazının, genel çıkarı ilgilendiren bir tartışmaya katkı sunup sunmadığı sorusuna özel bir önem vermiş, ayrıca haberin yapıldığı şartlar üzerine de eğilmiştir. İlk Derece Mahkemesi davaya konu yazıda geçen olayların gerçekliği meselesine eğilmiş ve haberin yayınlandığı tarihte meydana gelen olaylarla haberin içeriği arasındaki öz-biçim ilişkisinin bozulmadığına ve gazete haberinde geçen olayların “görünür gerçekliğe uygun” olduğuna karar vermiştir.

86. Diğer yandan söz konusu gazete haberinde hiçbir şekilde abartıya kaçıl-

madığı da söylenemez. Ne var ki basın özgürlüğünün kapsamının, demokrasi ile yakın ilişkisinin doğal sonucu olarak, bir dereceye kadar abartıya ve provoke etmeye izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmelidir (*Radio France ve Diğerleri/Fransa*, B. No: 53984/00, 30/3/2004, § 37). Nitekim somut olayda İlk Derece Mahkemesi özellikle haberin başlıklarındaki “savcı boğazına kadar batmış” ve başvuru hakkında Ergenekon Darbe Planı çerçevesinde “düşmeye bastı” şeklindeki abartılı ifadeleri değerlendirmiş ve bu ifadelerin hukuka uygunluk sınırları içerisinde kaldığına karar vermiştir.

87. Diğer taraftan, hakkında dava açılan haberde yer alan iddialar, olgulara dayalı ithamlar şeklinde de değerlendirilse, değer yargıları olarak da kabul edilse, İlk Derece Mahkemesi, başvurunun tutuklanmasına ilişkin adli sürecin anlatıldığı haberde yer alan iddiaların olgusal temelden tümüyle yoksun olmadıklarını değerlendirmiştir. İlk Derece Mahkemesi ayrıca, hem düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğüne ve hem de bu özgürlüklerin başkalarının kişilik hakları karşısındaki sınırlarına vurgu yapmıştır.

88. Başvurucu, olayların meydana geldiği dönemde uzunca bir süre kendisi hakkında eleştiriler içeren yazıların hedefi olmuştur. Ancak somut başvuruya konu yazı, o dönemde Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı olan başvurunun görevine ilişkin değil hakkında yürütülen ve şüphelisi olduğu bir soruşturma kapsamında tutuklanmasına neden olan olaylara ilişkin bir haber yazısıdır ve ne başvuranın sahsına hakaret içermekte, ne ona karşı şiddeti teşvik etmekte ve ne de başvurunun yargı görevini engellemektedir.

89. Bu şartlarda, yukarıdaki değerlendirmelerin tamamı ve yargı mercilerinin farklı çıkarları dengelerken sahip oldukları takdir payları da dikkate alındığında, Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan pozitif yükümlülüklerle uyulduğu sonucuna varılmıştır. Açıklanan sebeplerle bu maddenin ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvurucunun,

1. Bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiaları yönünden “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA**,

2. Maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiği iddiaları yönünden **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA**,

B. Başvurucunun, maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edil-

diği iddiasıyla ilgili olarak Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının **İH-
LAL EDİLMEDİĞİNE**,

C. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde bırakılmasına,
30/06/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan	Üye	Üye
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ	Burhan ÜSTÜN
Üye	Üye	
Erdal TERCAN	Zühtü ARSLAN	

KİŞİ HÜRRİYETİ VE GÜVENLİĞİ
(MD. 19)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2014/912

Karar Tarihi: 6/3/2014

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Alparslan ALTAN
Üyeler	: Engin YILDIRIM Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ
Raportör	: Muharrem İlhan KOÇ
Başvurucu	: Mehmet İlker BAŞBUĞ
Vekilleri	: Av. Prof. Dr. Fatih Selami MAHMUTOĞLU Av. İlkay SEZER

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, hakkında yürütülen soruşturma ve kovuşturma sürecinde 6/1/2012 tarihinden itibaren tutuklu olması nedeniyle Anayasanın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliğinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, başvuru vekili tarafından 22/1/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvurunun Komisyona sunulmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 22/1/2014 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Başvuru konusu olay ve olgular 24/1/2013 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı başvuruya ilişkin görüşlerini 24/2/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

5. Adalet Bakanlığı görüşü 25/2/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu 26/2/2014 tarihinde Adalet Bakanlığı görüşüne karşı beyanlarını Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvurucu 2008-2010 yılları arasında Türk Silahlı Kuvvetlerinde Genelkurmay Başkanlığı görevini yerine getirdikten sonra orgeneral rütbe-siyle emekli olmuştur.

7. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinin 2010/106 Esas sayılı dosyasında görülen ve kamuoyunda “*internet andıcı davası*” adıyla bilinen dava kapsa-mında Mahkeme 30/12/2011 tarihli duruşmada, sanıkların savunmayla ilgili beyanlarında ve belgelerde adı geçen Genelkurmay eski Başkanı başvurucu hakkında gereğinin takdir ve ifası için İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına yazı yazılmasına karar vermiştir.

8. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca başlatılan soruşturma kapsamında başvurucu vekiline yapılan bildirim üzerine 5/1/2012 tarihinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 312. ve 314. maddelerinde düzenlenen “*cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yap-masını engellemeye teşebbüs*” ve “*Silahlı terör örgütü kurma ve yönetme*” suçların-dan başvurusunun ifadesi alınmıştır. Cumhuriyet savcısı başvurusu anılan suçlar nedeniyle tutuklanması talebiyle mahkemeye sevk etmiştir.

9. Başvurucu, İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 6/1/2012 tarih ve 2012/10 Sorgu sayılı kararıyla “*cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs*” ve “*Silahlı terör örgütü kurma ve yönetme*” suçlarından tutuklanmıştır.

10. Başvurucu hakkında isnat edilen suçlarla ilgili olarak İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 2/2/2012 tarihli iddianame, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesince kabul edilmiş ve 2012/14 Esas sayılı dosyada kamu davası açılmıştır. İddianamede Mahkemenin 2010/106 Esas sayılı dos-yasında davanın birleştirilmesi talep edildiğinden dava aynı Mahkemenin 2010/106 Esas sayılı dosyasında birleştirilmiştir.

11. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinin 2010/106 Esas sayılı dosyasın-da yargılanan başvurucu ilk kez 26/3/2012 tarihli duruşmaya katılmıştır. Başvurucu yargılama kapsamında mahkemenin görevine itiraz etmiş, bu iti-raz Mahkemece reddedilmiştir.

12. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi başvurusunun da yargılandığı da-vayı (2010/106 Esas sayılı dosya) kamuoyunda “*Ergenekon davası*” olarak ad-landırılan 2009/191 Esas sayılı dosyada birleştirmiştir. Başvurucu birleştirme kararlarından dönülerek dosyaların tefrik edilmesine karar verilmesini talep etmiş, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesince bu talep reddedilmiştir.

13. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi 2009/191 Esas sayılı dosyada 5/8/2013 tarihli duruşmada hükmü açıklamış ve başvurusunun eylemlerinin bir bütün halinde “*cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs*” suçunu oluşturduğunu belirterek, sadece bu suç yönünden müebbet hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve tutukluluk halinin devamına karar vermiştir. Başvurucu ayrıca “*silahlı terör örgütü kurma ve yönetme*” suçundan cezalandırılmamıştır.

14. Başvurucu mahkûmiyet kararıyla birlikte verilen hükmen tutukluluk kararına 12/8/2013 tarihinde itiraz etmiş, İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 22/8/2013 tarih ve 2013/553 Değişik İş sayılı kararıyla itiraz reddedilmiştir.

15. Açıklanan hükme ilişkin gerekçeli karar henüz dava dosyasına girmemiştir.

16. Başvurucu mahkûmiyet kararından sonra hükmen tutuklu olduğu dönemde tahliye talebinde bulunmuş, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi 31/12/2013 tarih ve 2013/872 Değişik İş sayılı kararla “*kovuşturma aşaması tamamlandığı ve hükmen tutukluluk kararına yapılan itirazın reddine karar verildiği*” gerekçesiyle talep hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

17. Bu karara yapılan itiraz İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 20/1/2014 tarih ve 2014/99 Değişik İş sayılı kararıyla reddedilmiştir.

B. İlgili Hukuk

18. Anayasa’nın 145. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi şöyledir:

“Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür.”

19. Anayasa’nın 148. maddesinin yedinci fıkrası şöyledir:

“Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar.”

20. 12/4/1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 3. maddesi şöyledir:

“26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır.”

21. 3713 sayılı Kanun’un 10. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

“Bu Kanun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar; Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili

kapsayabilecek şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür. Bu mahkemelerin başkan ve üyeleri adli yargı adalet komisyonunca, bu mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır.”

22. 2/7/2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun’un 105. maddesi şöyledir:

“Aşağıdaki hükümler yürürlükten kaldırılmıştır:

...

6) 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 250, 251 ve 252 nci maddeleri,”

23. 6352 sayılı Kanun’un Geçici 2. maddesinin (4) ve (7) numaralı fıkraları şöyledir:

“(4) Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlükten kaldırılan 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen mahkemelerde açılmış olan davalara, kesin hükümle sonuçlandırılınca kadar bu mahkemelerce bakmaya devam olunur. Bu davalarda, yetkisizlik veya görevsizlik kararı verilemez. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesinin kovuşturmaya ilişkin hükümleri bu davalarda da uygulanır.

(7) Mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerine yapılmış olan atıflar, Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ağır ceza mahkemelerine yapılmış sayılır.

24. 4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 100. maddesi şöyledir:

“(1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı (md. 19)

Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturunca.

(3) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

...

11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

25. 5271 sayılı Kanun'un 104. maddesi şöyledir:

“(1) Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanık salıverilmesini isteyebilir.

(2) Şüpheli veya sanığın tutukluluk hâlinin devamına veya salıverilmesine hâkim veya mahkemece karar verilir. Ret kararına itiraz edilebilir.

(3) Dosya bölge adliye mahkemesine veya Yargıtaya geldiğinde salıverilme istemi hakkındaki karar, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulunca dosya üzerinde yapılacak incelemeden sonra verilir; bu karar re’sen de verilebilir.”

26. 5271 sayılı Kanun'un 232. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

“Hükmün gerekçesi, tümüyle tutanağa geçirilmemişse açıklanmasından itibaren en geç onbeş gün içinde dava dosyasına konulur.”

27. 5271 sayılı Kanun'un (mülga) 250. maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Türk Ceza Kanununda yer alan;

...

c) İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç),

Dolayısıyla açılan davalar; Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür.

(3) Birinci fıkroda belirtilen suçları işleyenler sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun bu Kanunla görevlendirilmiş ağır ceza mahkemelerinde yargılanır. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

28. Mahkemenin 6/3/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
nun 22/1/2014 tarih ve 2014/912 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği
düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

29. Başvurucu kişi hürriyetiyle ilgili olarak,

i. Tutuklama ve tutukluluğun devamına karar veren mahkemenin “görevli”
mahkeme olmaması, görevli mahkemenin Anayasa’nın 148. maddesinin ye-
dinci fıkrası gereğince Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi olması nede-
niyle, kanuni hâkim güvencesi kapsamında hürriyetten yoksun bırakmanın
“hukukun öngördüğü usule uygun olmaması” nedeniyle Anayasanın 19. madde-
sinin ikinci ve üçüncü fıkralarının ihlal edildiğini,

ii. Hüküm kesinleşinceye kadar kişi sanık olduğundan ve bu nedenle hu-
kuken “tutuklu” olması nedeniyle, makul süre aşıldığı gerekçesiyle serbest
bırakılma taleplerinin “ilgili” ve “yeterli” gerekçe gösterilmeden kanuni terim-
lerin tekrarıyla görevli olmayan yargı merciince reddedilmesinin, adli kontro-
le tabi olarak salıverilme imkânının göz önünde tutulmamasının Anayasanın
19. maddesinin yedinci fıkrasını ihlal ettiğini,

iii. Kesin hüküm verilinceye kadar kovuşturma aşaması devam ettiğinden
hüküm verildikten sonra tahliye talebi hakkında karar verilmemesi nedeniyle
Anayasanın 19. maddesinin sekizinci fıkrasının ihlal edildiğini ileri sürmek-
tedir.

B. Adalet Bakanlığı Görüşü ve Başvurucu Beyanı

30. Adalet Bakanlığının şikâyetlerin nitelendirilmesi kapsamındaki görüşü-
nün ilgili kısımları şöyledir:

“Başvurucu ilk olarak “yetkili ve görevli mahkeme tarafından yargılanmadığı-
nı” iddia etmektedir (Başvuru Formu, s. 4-6). İnsan hakları yargılaması açısın-
dan işbu iddia değerlendirildiğinde, başvuranın iddiasının Avrupa İnsan Hakları
Sözleşmesi’nin (AİHS) 6. maddesinin 1. paragrafında güvence altına alınan “ya-
sayla kurulmuş bir yargı organı tarafından yargılanma” (established by law) hakkı-
na ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu iddianın “adil yargılanma hakkı”
kapsamında ve AİHS’nin yukarıda belirtilen hükmü ile işbu hükme karşılık gelen
Anayasa’nın 37. maddesinin 1. paragrafı çerçevesinde incelenmesinin yerinde ola-
cağı değerlendirilmektedir.

Başvurucu görevli olmayan mahkemece hürriyetinden mahrum bırakıldığını id-
dia ederek Anayasa’nın 19. maddesinin 2 ve 3. paragraflarının ihlal edildiğini ile-

ri sürmektedir. Bu iddiasına gerekçe olarak, hakkındaki suçlamaların görev suçu kapsamında olduğunu ve bu suçlardan dolayı da Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi önünde yargılanması gerektiğini iddia etmektedir (Başvuru Formu, s. 18-22). Bakanlığımız işbu iddiaların, yukarıda ifade edilen (paragraf 3, yukarıda) “yasayla kurulmuş bir yargı organı tarafından yargılanma” hakkına ilişkin iddialarla sıkı sıkıya bağlı olduğunu ve dolayısıyla birlikte incelenmesinin yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

Başvurucu ilk derece mahkemesince kısa kararın (hükmün) açıklanmış olmasına rağmen, gerekçesiz bir karara dayanılarak aylardır tutuklu bulunmasının (hüküm sonrası tutukluluk) Anayasa’nın 19. maddesinin 2. paragrafına aykırı olduğunu iddia etmektedir (Başvuru Formu, s. 22-23). Başvurucu CMK m. 232 § 3 hükmü gereği, kısa karar açıklandıktan sonra gerekçeli kararın 15 gün içerisinde yazılması gerektiği düzenlemesine dayanarak, AİHS’nin 5. maddesinin 1. paragrafında öngörülen “yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı” (in accordance with a procedure prescribed by law) ilkesinin belirtilen nedenle ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

Başvurucu, Anayasa’nın 19. maddesinin 2 ve 3. paragrafları ile AİHS’nin 5. maddesinin 1 a) ve 1 c) hükümleri ışığında şimdiye kadar yerleşmiş Anayasa Mahkemesi içtihatlarının değiştirilerek, kendisinin hali hazırdaki hukuki statüsünün Anayasa Mahkemesi açısından da “tutuklu” sayılmasını talep etmekte ve Anayasa’nın 19. maddesinin 7. paragrafı anlamında “tutuklulukta makul sürenin aşıldığını” iddia etmektedir. Başvurucuya göre, mahkûmiyet hükmü kesinleşinceye kadar yargılanan kişi, hakkında ilk derece mahkemesince mahkûmiyet kararı verilmiş olsa dahi, Anayasa’nın 19. maddesinin 3. paragrafı anlamında “tutuklu” olarak nitelendirilmeli ve hukuki statüsü “tutuklu” olarak değerlendirilmelidir. Başvurucu bu tezine alternatif olarak şu gerekçeyi de ileri sürmektedir: [AİHS m. 5 § 1 a) hükmü anlamında, eklendi] “hükme bağlı bir tutmanın” başlangıç noktası, “mahkûmiyete ilişkin hükmün kısa kararla tefhimi tarihi olmamalı; mahkûmiyet hükmünün gerekçesini öğrenme tarihi olmalıdır”. Sonuç olarak başvuru maruz kaldığı tutukluluk süresinin makul olmadığını ileri sürmektedir.

Bakanlığımız yukarıda özetlenen başvuru şikâyetlerinin AİHS m. 5 § 1 a), 5 § 1 c) ve 5 § 3 hükümleri ile Anayasa’nın bu hükümlere karşılık gelen 19. maddesinin 2, 3 ve 7. paragrafları çerçevesinde nitelendirilmesinin AİHM içtihatları ile uyumlu olacağını değerlendirmektedir. Ancak ifade edilmelidir ki, asıl şikâyet “tutukluluk süresinin makul olmadığı” (AİHS m. 5 § 3 ve Anayasa m. 19 § 7) olup, Sözleşme’nin 5 § 1 a) ve 5 § 1 c) hükümleri ile Anayasa’nın 19 §§ 2 ve 3 hükümlerine ilişkin hukuki sorun, başvurunun yapıldığı tarih dikkate alındığında, söz konusu şikâyetin incelenebilmesi açısından kabul edilebilirlik şartı olarak ortaya çıkmaktadır. Başvurucu özet olarak tutuklulukta makul sürenin aşıldığını ve tu-

tutukluluğa ilişkin kararların gerekçelerinin “ilgili” ve “yeterli” olma koşulunu karşılamadığını, kişiselleştirilmemiş ve basmakalıp gerekçeler içerdiğini, adli kontrol tedbirinin neden yetersiz kaldığının açıklanmadığını ve yargılama sürecinin özenli yürütülmediğini ileri sürmektedir (Başvuru Formu, s. 23-29).

Başvurucu son olarak Anayasa’nın 19. maddesinin 8. paragrafına dayanarak, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 31 Aralık 2013 tarihli kararının “habeas corpus” güvencesinin (AİHS m. 5 § 4) gereklerini karşılamadığını ve dolayısıyla belirtilen hükmün ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

Başvurucunun kişi hürriyetinin ihlal edildiği iddialarının, soruşturma, yargılama ve mahkûmiyet kararı sonrasında olmak üzere her aşamada verilen tutuklama ve tutukluluğun devamına dair kararların “görevli” olmayan mahkemelerce verilmesi, serbest bırakılma taleplerinin “ilgili” ve “yeterli” gerekçe gösterilmeden reddedilmesi ve hüküm verildikten sonra tahliye talebi hakkında karar verilmemesi kapsamında Anayasa’nın 19. maddesi çerçevesinde olduğu görülmektedir.

31. Başvurucunun bu kapsamdaki beyanı şöyledir:

“Adalet Bakanlığının görüşünün aksine “yetkili ve görevli mahkeme tarafından yargılanmadığı” iddiasıyla adil yargılanma hakkının değil, kişi hürriyeti ve güvenliğini güvence altına alan Anayasa’nın 19. maddesi hükümlerinin ihlal edildiği ileri sürülmektedir.

Özgürlükten yoksun bırakma halen devam ettiğinden ve başvuruda belirtilen hususlar çerçevesinde zaman bakımından yetkisizlik ve süre aşımına ilişkin itirazların reddedilmesi gerekir.”

32. Adalet Bakanlığının genel olarak kabul edilebilirlik kapsamındaki görüşünün ilgili kısımları şöyledir:

“Başvurucunun söz konusu hakka ilişkin şikâyetlerinin bir kısmının, Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuruları kabul etme tarihi olan 23 Eylül 2012 tarihinden (zaman yönünden yetkisinin başladığı tarihten) önce gerçekleştiği ve bu türden şikâyetlerin “zaman yönünden yetkisizlik” itirazıyla karşılaştığını Anayasa Mahkemesinin dikkatine getirmektedir.

Başvurucunun uzun tutukluluk şikâyetiyle ilgili olarak AİHM kararları (AİHM, Rahman / Türkiye, no.9572/05, 15 Şubat 2011, par. 22; Zeki Şahin / Türkiye, no.28807/05, 22 Şubat 2011, par. 26; Tokmak / Türkiye, no.16185/06, 16 Şubat 2010, par. 27; Yiğitdoğan / Türkiye, no. 20827/08, 16 Mart 2010, par. 22) ve Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda daha önce verdiği kararlar ile 5 Ağustos 2013 tarihli ilk derece mahkemesinin esasa ilişkin kararı birlikte değerlendirildiğinde, başvurucunun [insan hakları yargılaması anlamında] tutukluluğunun 5 Ağustos 2013 tarihinde sona erdiği görülmektedir. Başvuru tarihi dikkate alındığında, uzun

tutukluluk ve buna bağlı diğer şikâyetlerin 30 günlük başvuru süresinde Anayasa Mahkemesi'ne sunulup sunulmadığı konusunda değerlendirmenin Anayasa Mahkemesinin takdirinde olduğu düşünülmektedir."

33. Adalet Bakanlığının görevli mahkeme şikâyeti kapsamındaki görüşünün ilgili kısımları şöyledir:

"Anayasa'nın 148/3 ve 6216 sayılı Kanun'un 45/2 hükümlerine göre bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması esastır.

Başvurucu söz konusu iddiasını gerek savcılık gerek ağır ceza mahkemesi önünde dile getirmiştir. Başvurucunun bu iddiası hem savcılık iddianamesinde (2 Şubat 2012 tarihli İddianame, s. 3-8) değerlendirilmiş hem de mahkeme tarafından 26 Mart 2012 tarihli celsede değerlendirilerek reddedilmiştir.

Öte yandan, adil yargılanma (kanunla kurulmuş mahkeme tarafından yargılanma) hakkına ilişkin boyutları da olan işbu şikâyet açısından kanun yollarının henüz sonuçlanmadığı düşünülmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, birbirine sıkı sıkıya bağlı olan bu iki hukuki sorunun çözümü de ancak temyiz aşamasında Yargıtay tarafından kesin sonuca kavuşturulacak niteliktedir. Dosyanın henüz temyiz aşaması sonuçlanmadığı için, bu şikâyet açısından başvuru yollarının henüz tüketilip tüketilmediğinin Anayasa Mahkemesince değerlendirmesi gerektiği düşünülmektedir.

Ayrıca belirtilmelidir ki, yasaların uygulanması ve yorumlanması mahkemelerin yetkisinde olup, açıkça keyfi olmadığı müddetçe derece mahkemelerinin kararlarının beklenmesi, başvuru yollarının tüketilmesi açısından önemlidir. Benzer bir talep daha önce Yargıtay tarafından incelenmiş olup, söz konusu talebin Yargıtayca reddedildiği görülmektedir (9 Ekim 2013 tarihli Yargıtay 9. C.D. Kararı, Esas No. 2013/9110 – Karar No. 2013/12351). Yargıtay'ın bu kararı da dikkate alınmak suretiyle, ilk derece mahkemesinin somut olayda yasaları uygulayıp yorumlamasının görev bakımından ulaştığı sonuç açısından açıkça keyfilik taşıyıp taşımadığının Anayasa Mahkemesinin takdirinde olduğu düşünülmektedir.

Bilindiği gibi, AİHM içtihatlarına göre, keyfi olmadığı müddetçe yasaların uygulanması ve yorumlanması yargı organlarının yetkisinde olup, Sözleşme'nin 6. Maddesi açısından bu konudaki şikâyetler 4. derece türündendir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin içtihatları da bu yönde gelişmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 16.4.2013 tarih ve 2012/869 no'lu bireysel başvuru kararı, par. 20).

Sonuç olarak başvurucunun görevli olmayan mahkeme tarafından özgürlüğünden yoksun bırakıldığı iddiası kabul edilebilirlik ve esas yönünden incelenirken yukarıdaki bilgilerin de dikkate alınmasında yarar bulunduğu değerlendirilmektedir."

34. Başvurucunun bu kapsamdaki beyanı şu şekildedir:

“Başvuruda belirtilen şekilde soyut olarak mahkemenin görevli olmadığı yönünden bir itiraz ileri sürülmediği, iddianamede yüklenen suç fiillerinin isnat edilen suçlar kapsamında görülemeyeceği, suç fiilleri gerçekten işlenmiş ise bunun görevde yetkiyi kötüye kullanma olacağı ve yargılama görevinin Yüce Divana ait olduğu belirtilmektedir. Mahkemece bu hususta yeterli bir değerlendirme yapılmadan keyfi bir yorumla sonuca ulaşılmıştır.”

35. Adalet Bakanlığının tutuklulukta makul sürenin aşıldığı şikâyeti kapsamındaki görüşünün ilgili kısımları şöyledir:

“23 Eylül 2012 tarihinden önce karara bağlanmış tahliye talepleri ile itiraz incelemelerinin zaman yönünden yetkisizlik itirazı ile karşı karşıya bulunup, bu duruma söz konusu kararların gerekçesine ilişkin şikâyetlerin de dâhil olduğu değerlendirilmektedir.

Belirtilen tarihten sonraki duruma gelince, başvuru 5 Ocak 2012 tarihinde özgürlüğünden mahrum bırakılmış olup, 5 Ağustos 2013 tarihli ilk derece mahkemesinin esasa ilişkin kararı ile tutukluluğunun sona erdiği görülmektedir. Dolayısıyla başvurunun toplam tutukluluk süresi bir yıl yedi ay olarak ortaya çıkmıştır.

AİHM kararlarına göre, bir suç işlediği şüphesiyle bir kişinin hürriyetinden mahrum bırakılabilmesi için, ilgilin atılı suçu işlediği yönünde makul şüphe (reasonable suspicion) ya da inandırıcı nedenlerin (raisons plausibles) bulunması gerekli olup, bu gereklilik tutukluluk açısından olmazsa olmaz bir koşuldur. Bu koşul, kişinin tutukluluğunun devam ettirildiği her aşamada varlığını sürdürmeli ve makul şüphenin ortadan kalktığı anda ilgili serbest bırakılmalıdır.

Makul şüphenin varlığı, elde edilen deliller, somut olayın kendine özgü koşulları da dikkate alındığında, olaylara dışarıdan bakan ve tamamen objektif bir gözlemciyi ikna edecek yeterlilikte olmalıdır. Toplanan deliller objektif bir gözlemciye sunulduğunda, şüpheli ya da sanığın atılı suçu işlemiş olabileceği yönünde gözlemcide kanaat oluşturmaya yeterli ise, somut olayda makul şüphe vardır. Diğer bir ifade ile, inandırıcı neden ya da makul şüphe, “suçlanan kişinin üzerine atılı suçu işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olay, olgu veya bilginin varlığını gerektirmektedir [Fox, Campbell ve Hartley / Birleşik Krallık, no. 12244/86 12245/86 12383/86, 30 Ağustos 1990, paragraf 32; O’Hara / Birleşik Krallık, no: 37555/97, par. 34].

AİHM kararlarına göre, bir kişinin Sözleşme’nin 5/1-c hükmü kapsamında özgürlüğünden yoksun bırakılabilmesi için, başlangıçta “makul şüphenin varlığı” yeterli olup, tutukluluğun devam ettirilmesi açısından “makul şüphenin varlığını sürdürmesi” gerekmektedir. Ancak, belirli bir sürenin ötesinde tutukluluğun devamı açısından makul şüphenin varlığı tek başına yeterli olmayıp, özgürlükten yoksun

bırakmayı meşru kılacak gerçek bir kamu yararı gerekliliğinin varlığı aranmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, tutukluluk süresinin makul süreyi aştığı iddiasını içeren başvurularda verdiği kararlarda, tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunun, genel bir ilke çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün olmadığını ve bir sanığın tutuklu olarak bulundurulduğu sürenin makul olup olmadığı, her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır (2012/1303 nolu, 21 Kasım 2013 tarihli bireysel başvuru kararı; par. 51; 2012/1272 nolu, 4 Aralık 2013 tarihli bireysel başvuru kararı).

Tutukluluğunun makul süreyi aştığı şikayetinin kabul edilebilirlik şartları ve esas yönünden incelenmesi değerlendirmesinin, başvuranın yargılandığı davanın kapsamı ve kendine özgü karmaşıklık düzeyi, yargılama makamının yargılamayı kendinden beklenen her türlü dikkat ve özeni gösterir şekilde sürdürüp sürdürmediğı, başvurucunun tutuklu kaldığı sürenin miktarı, yerel mahkemenin başvurucunun tutukluluğunun devamına yönelik sunduğı ve özellikle 27 Temmuz 2012 tarihinden beri kullandığı gerekçelerin, AİHM' kararları da göz önüne alınmak suretiyle değerlendirilmesi gerektiğini belirtilmektedir."

36. Başvurucunun bu kapsamdaki beyanı şöyledir:

"Başvuruda belirtilen hususlar tekrar edilerek "ilgili" ve "yeterli" gerekçe gösterilmeden, gerekçe "kişiselleştirilmeden" tutukluluğun sürdürülmesi kişî hürriyeti ve güvenliğini ihlal etmektedir.

C. Değerlendirme

37. Başvurucunun kişî hürriyetinin ihlal edildiğı iddialarının, soruşturma, ilk derece yargılaması ve mahkûmiyet kararı sonrasında olmak üzere her aşamada verilen tutuklama ve tutukluluğun devamına dair kararların "görevli" olmayan mahkemece verilmesi, serbest bırakılma taleplerinin "ilgili" ve "yeterli" gerekçe gösterilmeden reddedilmesi ve hüküm verildikten sonra tahliye talebi hakkında karar verilmemesi nedeniyle kişî hürriyeti ve güvenliğı kapsamında olduğu görülmektedir.

38. Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci, üçüncü, yedinci ve sekizinci fıkralarının ihlal edildiğı iddialarını içeren başvurunun ilk derece yargılaması ve mahkûmiyet kararı sonrası aşamalar kapsamında Adalet Bakanlığı görüşü ve başvuru beyanları dikkate alınarak kabul edilebilirlik yönünden incelenmesi gerekmektedir.

1. Kabul Edilebilirlik

a. İlk Derece Yargılaması Aşamasındaki Tutma Yönünden

39. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

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

40. 6216 sayılı Kanun’un “Bireysel başvuru usulü” kenar başlıklı 47. maddesinin (5) numaralı fıkrası şöyledir:

“Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. ...”.

41. Başvurucu özetle, kanunen “görevli” olmayan bir yargı merciince verilen kararlarla, “ilgili” ve “yeterli” gerekçe gösterilmeden, kanuni ifadelerin tekrarıyla makul süreyi aşan biçimde tutukluluğun devam ettirildiğini ve adli kontrole tabi olarak salıverilme imkânının göz önünde tutulmadığını belirterek kişi hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

42. Anayasa’nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak ifade edildikten sonra, ikinci ve üçüncü fıkralarında şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişinin hürriyetten yoksun bırakılması ancak Anayasa’nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı halinde söz konusu olabilir (B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 44). Anayasa’da yer alan kurallara benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’nin 5. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu, anılan fıkranın (a) ve (f) bentlerinde belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı belirtilmiştir.

43. Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Anayasa’nın 19. maddesindeki kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlanabileceği durumların şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi ölçütü, Anayasa’nın 13. maddesindeki temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğine dair kural ile uyumludur (B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 44).

44. Kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin sınırlamaların, kanunda belirtilen esas ve usule uygunluğunu sağlama yükümlülüğü ilke olarak idari organlara ve derece mahkemelerine aittir. İdare organları ve mahkemeler esas ve usule

ilişkin hukuk kurallarına uymakla yükümlüdürler. Anayasa'nın 19. maddesi- nin amacı bireyi keyfi bir şekilde özgürlüğünden alıkoymaya karşı korumak olup, maddede öngörülen istisnai hâllerde kişi özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların maddenin amacına uygun olması ve keyfi uygulamaya yol açmaması gerekir. Bu nedenle Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan hürriyetten yoksun bırakmanın şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi kuralı gereğince, başvurucunun tutukluluk durumunun "*kanuni*" dayanağının bulunup bulunmadığının, kanunun özgürlükten yoksun kılmaya izin verdiği hâllerde ise hukuk devleti ilkesi gereği keyfiliği önlemek için, kanunun uygulanmasında yeterli ölçüde erişilebilir, kesin ve öngörülebilir olup olmadığının Anayasa Mahkemesince incelenmesi gerekir (B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 45).

45. Buna göre, hürriyetten yoksun bırakılma ancak Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında belirlenen durumlardan birinin varlığı halinde söz konusu olabilir. Kişilerin hürriyetinin kısıtlanabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Bu çerçevede Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasına göre suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini ve değiştirilmesini önlemek maksadıyla hâkim kararıyla tutuklanabilir. Tutuklamanın kanunda öngörülen şekil ve şartlara uygun olması gerekir. AİHS'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında ise, (a) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde yapılabileceği öngörülen özgürlükten yoksun bırakmanın "*yaşanın öngördüğü usule uyularak*" yapılabileceği belirtilmektedir.

46. Anayasa'nın 19. maddesinde "*kanunda öngörülen şekil ve şartlara*" ve AİHS'nin 5. maddesinde "*yaşanın öngördüğü usule*" uygun olma ölçütü dikkate alındığında özgürlükten yoksun bırakmada "*kanunilik*" koşuluna sıkı biçimde uyulması gerekmektedir.

47. Devam eden tutukluluğun hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda şikâyetlerin temel amacı, tutukluluğun hukuka aykırı olduğunun ya da devamını haklı kılan sebep veya sebeplerin bulunmadığının tespitidir. Bu tespit yapıldığı takdirde buna bağlı olarak ilgilinin tutukluluk halinin devamına gerekçe olarak gösterilen hukuki sebeplerin varlığı sona erecek ve böylece kişinin serbest kalmasının yolu açılabilecektir. Bu amaçla yapılan bir başvuruda, itiraz kanun yolunda çelişmeli yargılama ve/veya silahların eşitliği gibi ilkelere uygun olarak bir inceleme yapıp yapılmadığı da dikkate alınacaktır. Dolayısıyla belirtilen nedenlerle ve serbest bırakılmayı temin edebilecek bir karar alma amacıyla yapılacak bireysel başvuruların, olağan kanun yolları tüketilmek şartıyla, tutukluluk hali devam ettiği sürece yapılabilmesi mümkündür (B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 30).

48. Ancak kişi hakkında ilk derece mahkemesinde hüküm verilmiş ise bi-

reysel başvuru açısından talep, “bir suç isnadına bağlı olarak tutukluluğun” hukuka aykırılığının tespitiyle sınırlı kalacaktır (B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 31).

49. Kişi serbest bırakılmadan yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olmuşsa, mahkûmiyet tarihi itibarıyla tutukluluk hali sona erer. Çünkü bu durumda kişinin hukuki durumu “bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu” olma kapsamından çıkmaktadır. Bireysel başvuru incelemesi açısından, tutuklamanın şartları ile mahkûmiyete hükmedilmesi arasındaki esaslı fark bunu gerektirir. Zira mahkûmiyete karar verilmiş olmakla, isnat olunan suçun işlendiği, bundan failin sorumlu olduğunun sübuta erdiği kabul edilmekte ve bu nedenle sanık hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmektedir. Mahkûmiyetle birlikte kişinin kuvvetli suç şüphesi ve bir tutuklama nedenine bağlı olarak tutukluluk hali sona ermektedir. Bu açıdan mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması ayrıca gerekmez. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Yargıtay, mahkûmiyet kararı sonrası tutulma halini tutukluluk olarak nitelendirmemektedir. AİHM, ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olan bir sanığın, söz konusu mahkûmiyet kararından sonraki tutulmasını AİHS’nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hükmü uyarınca “mahkûmiyet sonrası tutma” olarak değerlendirmekte ve tutukluluk süresinin hesabında dikkate almamaktadır (B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 33).

50. “Suç isnadına bağlı olarak” özgürlükten yoksun bırakılma hali AİHS’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi kapsamında, “mahkûmiyet sonrası tutma” olarak değerlendirilen özgürlükten yoksun bırakma hali ise 5. maddenin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamında değerlendirilmektedir. Her iki durumda da özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğuran kararların “yasanın öngördüğü usule uygun” olma koşulunu sağlaması gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır.

51. “Bir suç isnadına bağlı olarak” tutuklulukta geçen sürenin başlangıcı, başvurunun ilk kez yakalanıp gözaltına alındığı durumlarda bu tarih, doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklama tarihidir. Sürenin sonu ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı ya da ilk derece mahkemesince hüküm verildiği tarihtir (B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 66). Belirtilen tarihler arasında geçen süre esas alınarak “bir suç isnadına bağlı olarak” tutuklulukta geçen sürenin makul olup olmadığı değerlendirilmesi yapılacaktır.

52. Somut olayda başvuru isnat edilen suçlar nedeniyle 5/1/2012 tarihinde Cumhuriyet savcısı tarafından ifadesinin alınması sonrasında İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 6/1/2012 tarih ve 2012/10 Sorgu sayılı kararıyla tutuklanmıştır. Tutuklu olarak devam eden yargılamada mahkûmiyet kararının açıklandığı 5/8/2013 tarihinde tutukluluk hali bu anlamda sona ermiştir.

53. Başvurucunun 5/8/2013 tarihine kadar “bir suç isnadına bağlı olarak” öz-

gürlüğünden yoksun bırakıldığı, 5/8/2013 tarihinden sonra özgürlükten yoksun bırakmanın “*mahkûmiyet sonrası tutma*” kapsamında olduğu anlaşılmaktadır.

54. Bu belirlemeler karşısında, “*görevli*” olmayan bir mahkemece verilen gerekçesiz kararlarla “*suç isnadına bağlı olarak*” özgürlükten yoksun bırakılma iddialarına dayanan bireysel başvurunun, ilk derece yargılaması devam ederken tutukluluğun devamına karar verilen her aşamada başvuru yolları tüketildikten sonra ve serbest bırakılma dışında, nihayet bu durumun ortadan kalktığı mahkûmiyet kararından itibaren süresi içinde yapılması gerekir. AİHM de, mahkûmiyet kararından itibaren altı ay içinde yapılmayan “*bir suç isnadına bağlı tutukluluk*” kapsamındaki başvurunun süresinde olmadığını belirtmiştir (*Atalay Öztürk / Türkiye*, (KK) B. No: 54890/09, 7/1/2014, § 37-41)

55. Bireysel başvurunun kabul edilebilirlik şartlarından biri başvuru süresidir. Süre, başvurunun her aşamasında dikkate alınması gereken bir usul şartıdır.

56. Bireysel başvuruların, 6216 sayılı Kanun’un 47. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile İçtüzük’ün 64. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca, başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemiş ise ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekmektedir (B. No: 2013/2001, 16/5/2013, § 14,15).

57. Somut olayda tutuklu olarak devam eden yargılamada mahkûmiyet kararının açıklandığı 5/8/2013 tarihinde “*bir suç isnadına bağlı olarak*” tutulma hali sona ermiştir.

58. Anayasa’nın 19. maddesinin ikinci, üçüncü ve yedinci fıkralarının ihlal edildiği şikâyetleri yönünden başvuruda *süre aşımı* olduğu sonucuna varılmıştır.

b. Mahkûmiyet Kararından Sonraki Tutma Yönünden

59. Başvurucu hakkında “*Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme*” ve “*Silahlı terör örgütü kurma ve yönetme*” suçlarından açılan davada, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/191 Esas sayılı dosyasında 5/8/2013 tarihli kararıyla, başvurucunun eylemlerinin bir bütün halinde “*cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs*” suçunu oluşturduğu belirtilerek müebbet hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve tutukluluk halinin devamına karar verilmiştir.

60. Başvurucu yargılama sonunda mahkûmiyet kararıyla birlikte verilen tutukluluğun devamına dair karara 12/8/2013 tarihinde itiraz etmiş ve itiraz

22/8/2013 tarihinde reddedilmiştir.

61. Açıklanan hükme ilişkin gerekçeli karar henüz dosyasına konulmamıştır.

62. Başvurucu mahkûmiyet kararı sonrasında hükmen tutuklu olduğu dönemde tahliye talebinde bulunmuş, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi 31/12/2013 tarihinde talep hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Bu karara yapılan itiraz İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 20/1/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

63. Başvurucu, kendisine isnat edilen suçlamalara konu eylemlerin görevle ilgili olması nedeniyle Anayasa’da öngörülen Yüce Divan dışında bir mahkemece yürütülen yargılama sonunda verilen mahkûmiyet kararıyla tutukluluk halinin devam ettiğini belirtmekte, mahkûmiyet kararından sonraki aşamada “suç şüphesi” dışında tutuklama nedeni olarak kabul edilen diğer hususlar ile adli kontrol hükümleri değerlendirilerek tahliye talebi hakkında bir karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

64. Hukukun öngördüğü usule uygun olma şartı bakımından kanunen “görevli” olmayan bir yargı merciince verilen mahkûmiyet kararı kapsamında tutulma hali devam ederken mahkûmiyet kararının gerekçesinin yasal süre aşılmasına rağmen açıklanmaması ve tahliye talebi hakkında karar verilmesi nedeniyle kişi hürriyetinin ihlal edildiği ileri sürülmektedir.

65. Başvurucunun, yargılama makamının görevine ve mahkûmiyet kararının gerekçesinin yasal süre içinde dava dosyasına konulmaması nedeniyle tahliye talebi hakkında karar verilmemesine ilişkin şikâyetlerinin dayanaktan yoksun olmadığı görülmektedir. Özgürlükten yoksun bırakmanın “görevli” olmayan yargı merciince verilen karar nedeniyle “kanuni” olmadığı yönündeki şikâyete ilişkin başvurunun, tutulma hali devam ettiği sürece olağan kanun yolları tüketildikten sonra yapılması mümkündür.

66. Mahkûmiyet kararı sonrasındaki hükmen tutukluluğa ilişkin şikâyetlerin açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve başkaca bir kabul edilemezlik nedeninin de bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

67. Anayasa’nın 19. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, yedinci ve sekizinci fıkraları şöyledir:

“Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı (md. 19)

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

...

Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.”

68. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları şöyledir:

“1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;”

...

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

...

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir."

69. Başvurucu, mahkûmiyetle birlikte hükmen tutukluluğuna karar verilmesine 12/8/2013 tarihinde itiraz etmiş, itiraz usulüne göre yapılan değerlendirme sonunda 22/8/2013 tarihli kararla itiraz kesin olarak reddedilmiştir (§ 14).

70. Başvurucunun 5/8/2013 tarihli mahkûmiyet kararı sonrasında hükmen tutuklu olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla başvurucunun durumu Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında "suç şüphesine bağlı tutma" kapsamından çıkmış, ikinci fıkra bağlamında "bir mahkûmiyet kararına bağlı olarak tutmaya" dönüşmüştür. Bu aşamada ilgili mevzuat gereği, özgürlükten yoksun bırakmanın dayanağı olan hükmün gerekçesi hükümle birlikte tümüyle tutanağa geçirilmemişse açıklanmasından itibaren en geç on beş gün içinde dava dosyasına konulmalıdır.

71. Ayrıca 5271 sayılı Kanun'un 104. maddesi, soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanığın salıverilmesini isteyebileceği, şüpheli veya sanığın tutukluluk hâlinin devamına veya salıverilmesine hâkim veya mahkemece karar verileceği, dosya Yargıtaya geldiğinde salıverilme istemi hakkındaki kararın Yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulunca verileceği hükümlerini içermektedir.

72. İlk derece mahkemesindeki yargılamanın sona erdiği davada temyiz incelemesinin yapılabilmesi için öncelikle gerekçeli kararın dava dosyasına konulması, sonrasında temyiz talebinde bulunan tarafların açıklanan hükme dayanak teşkil eden gerekçeye ilişkin varsa itirazlarını bildirme imkânına sahip olmaları gerekmektedir.

73. 5/8/2013 tarihinde açıklanan nihai karara ilişkin gerekçe başvuru tarihi itibarıyla dava dosyasına konulmadığından, temyiz incelemesinin yapılması için dosyanın Yargıtaya gönderilmesinin ve tahliye talebi hakkında ilgili Yargıtay Dairesince bir karar verilmesinin mümkün olmadığı görülmektedir.

74. Başvurucunun şikâyetlerinin temeli, hürriyetten yoksun bırakılmaya ilişkin kararların “görevli” olmayan mahkemece verilmesi, “ilgili” ve “yeterli” gerekçe olmaksızın hürriyetten yoksun bırakmanın “makul süreyi” aşan bir şekilde sürdürülmesidir. Başvurucu Anayasa’nın 36. ve 37. maddeleri ile AİHS’nin 6. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan “*yasayla kurulmuş bir yargı organı tarafından yargılanma*” kapsamında adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmemektedir. Bu aşamada başvurucu hürriyetten yoksun bırakılmaya ilişkin kararları alan yargılama makamının yetkisizliğinden ve bu kararların anayasal ilkelere aykırılığından şikâyet etmektedir.

75. Başvurucuya isnat edilen suçların soruşturma ve kovuşturmayı yürütecek yargı mercilerinin tayinine esas alındığı, işlendiği iddia edilen suçlar (*cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs, silahlı terör örgütü kurma ve yönetme*) göz önüne alınarak mahkemenin görevine ilişkin itirazların yargılama sürecinde reddedildiği ve sonuçta yargılamaya devam edilerek nihai kararın verildiği görülmektedir.

76. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 2/2/2012 tarihli iddianamesiyle “*cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs*” ve “*silahlı terör örgütü kurma ve yönetme*” suçlarından başvurucunun 6/1/2012 tarihinden itibaren tutuklu olarak yargılandığı dava sonunda, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi 5/8/2013 tarihli kararla başvurucunun eylemlerinin bir bütün halinde “*cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs*” suçunu oluşturduğunu belirterek sadece bu suçtan mahkûmiyetine karar vermiştir. Başvurucunun ayrıca “*silahlı terör örgütü yönetme*” suçundan mahkûmiyetine karar verilmemiştir.

77. İddianamenin sonuç kısmında yer aldığı şekliyle başvurucunun isnat edilen suçları, “*Ergenekon Silahlı Terör Örgütü’nün amaçları doğrultusunda, askeri bir darbe ortamı oluşturmak amacıyla, belirtilen internet siteleri ve bu siteleri meşrulaştırmak amacıyla düzenlenen andıç vasıtasıyla kara propaganda ve dezenformasyon faaliyetlerini icra ve organize ederek, örgütün amaçları doğrultusunda yapmış olduğu basın açıklamaları ve değişik faaliyetlerle devam eden Ergenekon Silahlı Terör Örgütüne yönelik soruşturma ve kovuşturmaları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunarak, Devlet yöneticilerini baskı altına almak, Devlet otoritesini zaafa uğratmak, bu hususta gerektiğinde kamu düzenini bozup ülkede kaos ve düzensizlik ortamı oluşturmak, halkı Devlet yöneticilerine karşı kıskırtmak ve anarşi ortamı oluşturmak, böylece cebir ve şiddet yöntemleriyle hükümetin görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs ederek, suç tarihi itibarıyla konumu ve diğer şüpheliler üzerindeki etkisiyle ara yönetici sıfatıyla psikolojik hareket*”

faaliyetini yöneterek, örgüt üyelerini yönlendirerek” işlediği ifade edilmektedir.

78. Başvurucunun, eylemlerin nitelendirilmesine ve bu kapsamda yargılama görevinin Yüce Divan’a ait olduğuna ilişkin itiraz ve iddialarının yukarıda belirtilen olgular dikkate alındığında objektif olarak dayanaktan yoksun olmadığı görülmektedir. Bu kapsamdaki itirazın özgürlükten yoksun bırakmanın kanunun öngördüğü usule uygun olması ölçütü yönünden değerlendirilmesi gerekir.

79. Başvuru konusu yargılamada temyiz süreci sonuçlanmadığından yukarıda belirtilen hususlarda yargısal başvuru yolları henüz tüketilmemiştir. Bununla birlikte, özgürlükten yoksun bırakılma kapsamında bu aşamada da anayasal güvencelerin bulunduğu görülmektedir. Anayasa’nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında yer alan *“Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir”* kuralı gereğince özgürlükten yoksun bırakmanın *“kanuni”* olup olmadığının *“kısa sürede”* incelenmesi gerekir.

80. Anayasanın bu hükmü uyarınca hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir. Fıkra kısıtlama sebebi bakımından bir ayırım yapılmadığından, başvuru hakkı kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılma ile sınırlı değildir. Anayasa’nın 19. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen özgürlükten yoksun bırakılma hallerinde de bu güvence geçerlidir.

81. Özgürlükten yoksun bırakmanın hukuka uygunluğu kavramı, buna karar veren merciin kanunen yetkili olmasını da kapsamaktadır. Bu çerçevede, başvurucunun kendisi hakkında karar veren mahkemenin görevli olmadığı, yargılama görevinin Yüce Divan’a ait olduğu yönündeki itirazının özgürlükten yoksun bırakmanın hukukiliğine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

82. İsnat edilen suçlara ilişkin eylemlerin nitelendirilmesinin, davanın Yüce Divan’da görülmesi gerektiği iddiasıyla doğrudan ilgili olduğu, bu çerçevede yargılama merciinin görevli olmadığıyla ve eylemlerin nitelendirilmesiyle ilgili itirazların temyiz merciince resen dikkate alınacağı açıktır.

83. Bununla birlikte, bu hususlara ilişkin kesin bir yargısal karar verilmeye kadar başvurucunun özgürlüğünün kısıtlanmasının devam edebileceği görülmektedir. Bu süre zarfında başvurucunun, *“hukukun öngördüğü usule uygun olmadan”* özgürlüğünden yoksun bırakılması sonucu ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle, bu aşamada yargılama merciinin görevine ilişkin itiraz

dikkate alınarak başvurucunun telafi edilemez şekilde mağduriyetinin ortaya çıkması ihtimalini hukuki çarelerle gidermek gerekir.

84. Hüküm tarihinden itibaren yedi ayı aşan bir süredir gerekçeli kararın dosyaya konulmamış olması nedeniyle başvurucunun, mahkûmiyete bağlı olarak tutukluluğun devamına ilişkin kararın görevli olmayan bir mahkeme tarafından verildiği, dolayısıyla özgürlükten yoksun bırakmanın hukuki olmadığı yönündeki iddiasını temyiz mercii önüne götürememesi sonucu ortaya çıkmıştır. Başvurucunun özgürlüğünden yoksun bırakılmasına ilişkin kararın hukukiliğini temyiz mercii önünde denetletme hakkını kullanamamasının hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik ilkelerine uygun olduğu söylenemez.

85. İlk derece yargılamasında verilen nihai karardan sonraki aşamada başvuru, 31/12/2013 tarihinde yargılamayı yapan İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinden tahliye edilmesi talebinde bulunmuştur. Bu tarih itibarıyla Mahkemece gerekçeli kararın açıklanmadığı ve bununla birlikte talep hakkında “kovuşturma aşaması tamamlandığı ve hükmen tutukluluk kararına yapılan itirazın reddine karar verildiği” gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına karar verildiği, bu nedenle işin esasına girilmeksizin talebe ilişkin olarak etkili bir yargısal inceleme yapılmadığı görülmektedir. Bu durum Anayasa’nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında güvence altına alınan hakkı işlevsiz hale getirmektedir.

86. Açıklanan nedenlerle, hükmün açıklanmasından itibaren geçen sürede gerekçenin açıklanmaması nedeniyle temyiz incelemesinin yapılamadığı, özgürlükten yoksun bırakmanın hukuki olmadığı iddiasının ve salıverilme talebinin temyiz merciiince incelenemediği dikkate alındığında adli kontrol hükümleri de değerlendirilerek talep hakkında yargılamayı yürüten mahkemece bir karar verilmesi gerekir. Bu nedenle Anayasa’nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

87. 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, esas inceleme sonunda ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedileceği belirtilmiş; ancak yerindelik denetimi yapılamayacağı, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

88. Başvuruda, Anayasa’nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Başvurucunun manevi tazminat talebi bulunmamaktadır. Kişi hürriyeti ve güvenliği kapsamındaki ihlalin ortadan kaldırılması amacıyla başvurucunun tahliye talebinin esası hakkında adli kontrol hükümleri de dikkate alınarak yargılama makamınca bir karar verilmesi gerekmektedir.

tedir.

89. Başvurucu tarafından yapılan 206,10 TL başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.706,10 TL yargılama giderinin başvuru-cuya ödenmesine karar verilmesi gerekmiştir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun,

1. İlk derece yargılamasında devam eden özgürlükten yoksun bırakılma kapsamındaki şikâyetlerinin “süre aşımı” nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Mahkûmiyet kararının gerekçesinin yasal süre içinde dava dosyasına konulmaması nedeniyle tahliye talebi hakkında karar verilmemesi şikâyetlerinin KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Özgürlükten yoksun bırakmanın hukuki olmadığı iddiasının Mahkemesince etkili bir şekilde incelenmeden reddedilmesi ve mahkûmiyete ilişkin gerekçeli kararın açıklanmamasından dolayı Yargıtay önüne götürülmemiş olması nedenleriyle *kişi hürriyeti ve güvenliği* kapsamında Anayasa’nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Gereğinin yapılması ve başvurucunun tahliye talebi hakkında karar verilmesi amacıyla karar örneğinin Mahkemesine gönderilmesine,

D. Başvurucu tarafından yapılan 206,10 TL başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.706,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

6/3/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Alparslan ALTAN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/2814

Karar Tarihi: 18/6/2014

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Alparslan ALTAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Osman Alifeyyaz PAKSÜT Recep KÖMÜRCÜ Engin YILDIRIM
Raportör	: Serhat ALTINKÖK
Başvurucu	: Hanefi AVCI
Vekili	: Av. Refik Ali UÇARCI

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, hakkında verilen tutuklama kararının hukuka aykırı olduğunu, tutukluluk ve tutukluluğun devamına ilişkin mahkeme kararlarına karşı yaptığı itirazların formül gerekçelerle reddedildiğini, bu kararlara karşı ulusal hukukta etkili bir başvuru yolu bulunmadığını, makul olmayan bir süredir tutuklu olduğunu, suçluluğu hakkında maddi bir kanıt bulunmamasına rağmen tutukluluk halinin devam etmesinin masumiyet karinesini zedelediğini, aynı dosya kapsamında örgüt üyeliği suçlaması yöneltilen bazı sanıklar serbest bırakılırken kendisinin tutuklu bulundurulduğunu ileri sürerek Anayasa'nın 19. ve 36. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 2/5/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca, 17/7/2013 tarihinde başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm, 12/12/2013 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar vermiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 16/12/2013 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, görüşünü 17/2/2014 tarihinde Anayasa Mah-

kemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvurusu 18/2/2014 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu, Adalet Bakanlığının görüşüne karşı beyanlarını 19/3/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve ekleri ile Adalet Bakanlığının görüşünde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 2009/1868 sayılı soruşturması kapsamında, terör örgütü ve mensuplarına bilerek ve isteyerek yardım etmek, soruşturma dosyasının gizliliğini ihlal, yargı görevini yapanları etkileme, terörle mücadelede görev alan kişileri hedef gösterme suçlarını işlediği iddiasıyla İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 28/09/2010 tarih ve 2010/53 sorgu numaralı kararı ile *“Terör örgütü mensuplarına bilerek ve isteyerek yardım etmek, soruşturma dosyasının gizliliğini ihlal, yargı görevini yapanları etkileme, terörle mücadelede bulunan kişileri hedef gösterme suçlamasına dayalı olarak şüpheliye yüklenen suçların niteliği, aleyhine mevcut delil durumu, yüklenen suçları işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması, yüklenen bir kısım suçların CMK 100/3-a maddesinde sayılan suçlardan olması, delillerin tam olarak toplanmamış olması, şüphelinin konumu itibarıyla bir kısım delilleri yok etme, değiştirme veya değiştirme olasılığı”* gerekçe gösterilerek tutuklanmıştır.

9. Başvurucu, İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 28/09/2010 tarihli tutukluluk kararına karşı 5/10/2010 tarihinde *“... tutuklama sebeplerinin yüzüne karşı huzurda okunmadığını, mevcut delillerin lehine olduğunu, sorguda kendisince kaleme alınan kitapta yazılanlar dışında hiçbir şeyi kabul etmediğini, kitapta suç doğuran bir eylemin olmadığını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (“AİHS”) 9. ve 10. maddeleri bağlamında düşünce ve ifade özgürlüğüne dayalı bu kitapta aydın sorumluluğu ile geleceğe seslendiğini, bireyi öne çıkaran özgürlükçü anlayış çerçevesinde CMK’nın 100. maddesinde tutuklamanın sınırlandırılmasına ilişkin düzenleyici hükümlere göre tutuklu yargılanmanın istisnai olduğunu, tutuksuz yargılanmanın ise artık kural haline dönüştüğünü, esasa ilişkin delillerin bütünüyle toplandığını, delilleri karartma ihtimalinin bulunmadığını, tutukluluğun bir tedbir olduğunu, hakkında somut, yeterli ve maddi deliller bulunmadığından CMK. 223. maddesinin 2. fıkrası gereğince beraat etmesinin kuvvetle muhtemel olduğunu, CMK’nın 200 ve devamı madde hükümlerine göre bihakkın veya sayın mahkeme aksi kanaatte ise kefaletle veya adli kontrol tedbirlerinden birine başvurularak serbest bırakılmasına karar verilmesi gerektiği”*ni dile getirerek tahliye talebinde bulunmuştur.

10. Başvurucunun tutukluluk haline ilişkin olarak, 5271 sayılı Kanun'un 108. maddesine göre İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesince resen gerçekleştirilen inceleme sonucunda "... üzerine atılı suçun vasfı ve mahiyeti, mevcut delil durumu, suçların 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında sayılan suçlardan olması, tutuklama sebeplerinin halen devam ediyor olması, soruşturmanın henüz tamamlanmamış olması, tutuklamaya alternatif tedbirlerin şüpheli açısından yetersiz kalacağı" gerekçesiyle 26/11/2010 tarih ve 2010/1331 Değişik İş sayılı kararıyla tutukluluk halinin devamına karar verilmiştir.

11. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının başvurucunun da aralarında bulunduğu 22 şüpheli hakkındaki 24/1/2011 tarihli iddianamesi 4/2/2011 tarihinde İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesince kabul edilmiştir.

12. İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi, 13/4/2011 tarihli birinci duruşmada başvurucunun tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

13. Başvurucu, İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 13/4/2011 tarihli duruşmada verdiği tutukluluk halinin devamına dair karara karşı 19/4/2011 tarihinde itiraz etmiş, itirazı İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinin 12/5/2011 tarih ve 2011/308 Değişik İş sayılı kararıyla "... sanığın üzerine atılı suçun yaptırımı, kuvvetli suç şüphesini gösterir bulgular ve atılı suçun CMK. 100/3 maddesinde yazılı suçlardan olduğu" gerekçesiyle reddedilmiştir.

14. Başvurucu, 17/11/2011, 6/2/2012, 30/4/2012, 6/7/2012, 7/8/2012, 5/10/2012, 26/11/2012, 4/1/2013 tarihlerinde tutukluluk haline son verilmesi istemiyle mahkemeye başvurmuş, ancak bu talepleri ilgili mahkemesince reddedilmiştir. Başvurucu tarafından mahkemelerce verilen ret kararlarına karşı yapılan itirazlar da reddedilmiştir.

15. Başvurucu son olarak, tutukluluk haline son verilerek tahliye edilmesi istemiyle 4/2/2013 tarihinde İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesine başvurmuştur. İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi 4/2/2013 tarihli 17. celsede başvurucunun tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

16. Başvurucu, tutukluluk halinin devamına dair bu karara itiraz etmiş, itirazı İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 7/3/2013 tarih ve 2013/78 Değişik İş sayılı kararı ile reddedilmiştir. Ret kararı 1/4/2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

17. Başvurucunun tutukluluk durumu ayrıca, 5271 sayılı Kanun'un 108. maddesi gereğince 22/6/2011, 21/7/2011, 10/1/2012, 21/6/2013, 19/7/2012, 6/9/2012, 20/11/2012, 18/12/2012, 22/1/2013, 26/2/2013 tarihlerinde İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesince resen değerlendirilmiş ve tutukluluk halinin devamına karar verilmiştir.

18. İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 19/7/2013 tarihli kararı ile başvurunun “yasa dışı silahlı Devrimci Karargah terör örgütü ve mensuplarına yardım etmek” suçundan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 220. maddesinin (7) numaralı, 314. maddesinin (2) numaralı fıkraları gereğince beş yıl yedi ay hapis cezası ile; “ruhsatsız vahim nitelikte tam otomatik ve yarı otomatik silah taşımak” suçundan beş yıl hapis ve adli para cezası ile; “yargı görevini yapan görevlileri etkilemek” suçundan iki yıl altı ay hapis cezası ile; “soruşturmanın gizliliğini ihlal” suçundan iki yıl iki ay yirmi gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, hükmen tutukluluk halinin devamına ve resmi belgede sahtecilik suçundan ise suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmiştir.

19. Başvurucu hakkındaki dava temyiz aşamasında derdesttir.

B. İlgili Hukuk

20. 5237 sayılı Kanun’un 220. maddesinin (7) numaralı fıkrası şöyledir:

“Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir.”

21. 5237 sayılı Kanun’un 314. maddesi şöyledir:

“(1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrafta tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.”

22. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 100. maddesi şöyledir:

“(1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,

Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.

(3) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir:

...

11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

..."

23. 5271 sayılı Kanun'un 108. maddesi şöyledir:

"...

(3) Hâkim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da birinci fıkra da öngörülen süre içinde de re'sen karar verir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

24. Mahkemenin 18/6/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
nun 2/5/2013 tarih ve 2013/2814 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği
düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

25. Başvurucu;

i. Özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin mahkemece verilen kararların hukuka aykırı olduğunu, tahliye taleplerinin formül gerekçelerle reddedildiğini ve ulusal hukukta hukuka aykırı tutuklama ve tutukluluğun devamı kararlarına karşı itiraz edebileceği etkili bir yolun bulunmadığını ileri sürerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 13. maddesinin,

ii. 5271 sayılı Kanun'un 108. maddesi çerçevesinde mahkemesince resen gerçekleştirilen tutukluluk durumuna ilişkin incelemeler sonucunda verilen kararların kendisine bildirilmediğini ve dolayısıyla bu kararlara itiraz etme imkânı bulamadığını ileri sürerek Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

iii. Tutuklanmasının hukuka uygun olmadığını ve tahliye taleplerinin hiçbir olguya dayanmaksızın formül gerekçelerle reddedildiğini ileri sürerek Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

iv. Tahliye taleplerinin reddine dair itirazlarının da formül gerekçelerle reddedildiğini ileri sürerek Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

v. Tutukluluk halinin devamını haklı kılacak yeterli neden ve makul şüphenin bulunmadığını, kendisi hakkındaki suçlamaların özgürlüğünün sınır-

lanması konusundaki lehte ve aleyhte tüm hususlar araştırılmaksızın ve herhangi bir delil olmaksızın sadece kendisince kaleme alınan kitaptan yapılan alıntılara dayandırıldığını, makul olmayan bir süredir tutuklu olduğunu, aynı dosya kapsamında örgüt üyeliği suçlaması yöneltilen bazı sanıklar serbest bırakılırken kendisinin tutuklu bulundurulduğunu ileri sürerek Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasının,

vi. Gözaltına alındığı tarih ile Anayasa Mahkemesine başvuru tarihi arasında suçlu olduğuna dair herhangi bir kanıt ortaya konulmamasına rağmen tutukluluk halinin devam ediyor olması nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki “*masumiyet karinesi*”nin

ihlal edildiğini iddia etmiş ve tazminat talebini saklı tutmuştur.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Tutukluluk Kararlarına Karşı Etkili Bir Başvuru Yolu Bulunmadığı İddiası

26. Başvurucu, hukuka aykırı şekilde verilen tutuklama ve tutukluluğun devamı kararlarına karşı itiraz edebileceği etkili bir yolun bulunmadığını ileri sürmüştür.

27. Adalet Bakanlığı, mahkemelerce resen gerçekleştirilen tutukluluk incelemeleri neticesinde verilen kararların başvurucuya bildirilmediği yönündeki şikâyetin 5271 sayılı Kanun'un 108. maddesine ilişkin olduğunu, bu türden şikâyetlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrası çerçevesinde incelendiğini, Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrasının tutuklu kişilerin her türlü tahliye talebinde ileri sürdüğü gerekçelerin tümüne açıklama getirme yükümlülüğü içermediğini, ancak bu talepleri inceleyen mahkemenin tutmanın hukuka uygunluğunu şüpheye düşürmeyecek türden somut iddia ve bulgulara yer vermesi gerektiğini belirtmiştir.

28. Başvurucu, başvuru formundaki iddialarını tekrarlamış ve bu konuda yeni bir beyanda bulunmamıştır.

29. Bireysel başvuru incelemesinde, bir ihlal iddiasının Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetki alanına girip girmediğinin tespitinde Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı esas alınmaktadır (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18). Etkili başvuru hakkı, Anayasa'nın 40. ve Sözleşme'nin 13. maddelerinde düzenlenmiştir.

30. Başvurucunun, Anayasa'nın 40. ve Sözleşme'nin 13. maddelerinde dü-

zenlenen etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine yönelik iddialarının, bahsi geçen maddelerdeki ifadeler dikkate alındığında, soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir. Bir başka ifadeyle etkili başvuru hakkının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda etkili başvuru hakkının kısıtlandığı sorusuna cevap verilmesi gerekmektedir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 33).

31. Somut olayda başvurucunun iddiasının özü, tutukluluk kararlarına karşı yaptığı itirazlarının mahkemelerce formül gerekçelerle reddedilmesine ilişkindir. Başvurucunun bu iddiasının Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrası çerçevesinde incelenmesi gerekir.

b. Derece Mahkemesince Resen Gerçekleştirilen Tutukluluk İncelemeleri Sonucunda Verilen Kararların Kendisine Bildirilmemesi Nedeniyle Bu Kararlara İtiraz Etme İmkânı Bulamadığı İddiası

32. Başvurucu, tutukluluk durumuna ilişkin olarak Derece Mahkemesince resen gerçekleştirilen incelemeler sonucunda verilen kararların kendisine bildirilmediğini ve dolayısıyla bu kararlara itiraz etme imkânı bulamadığını ileri sürmüştür.

33. Adalet Bakanlığı görüşünde, başvurucunun söz konusu şikâyetinin, Derece Mahkemesince 5271 sayılı Kanun'un 108. maddesine göre yapılan incelemeye ilişkin olduğunu, hem tahliye taleplerini hem de tutukluluğun devamına karşı yapılan itirazların incelenmesini kapsayacak şekilde belli bir mahkeme nezdinde yapılan tutukluluğun yasallığına ilişkin itiraz başvurularının AİHM'ce Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrası çerçevesinde değerlendirildiğini ve tutukluluğun devamına dair periyodik olarak gerçekleştirilen incelemelerin bu hakkın kapsamına girmediğini belirtmiştir.

34. Başvurucu, Adalet Bakanlığının görüşüne karşı, herhangi bir beyanda bulunmamıştır.

35. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası şöyledir:

"Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlanmanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir."

36. Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir:

"Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına"

sahiptir.”

37. Anayasa’nın 19. maddesinin sekizinci ve Sözleşme’nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkraları, her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişiye tutuklanmasının yasallığı hakkında süratle karar verebilecek ve tutulması kanuni değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkı tanımaktadır. Anılan Anayasa ve Sözleşme hükümleri esas olarak, tutukluluğun yasallığına ilişkin itiraz başvurusu üzerine, bir mahkeme nezdinde yürütülmekte olan davalardaki tahliye talepleri veya tutukluluğun uzatılması kararlarının incelenmesi açısından bir güvence oluşturmaktadır (B. No: 2012/1158, 21/11/2013, § 30).

38. 5271 sayılı Kanun’un 108. maddesinde, soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100. madde hükümleri göz önünde bulundurularak; kovuşturma evresinde ise tutuklu sanığın tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da en geç otuz günlük süre içinde hâkim veya mahkemece resen karar verileceği hükme bağlanmıştır.

39. 5271 sayılı Kanun’un 108. maddesine göre yapılacak değerlendirme resen (*ex officio*) yapılmakta olup Anayasa’nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası ile hürriyeti kısıtlanan kişiye tanınan yargı merciine itiraz edebilme hakkı kapsamında değerlendirilemez (B. No: 2012/1158, 21/11/2013, § 32).

40. Açıklanan nedenlerle, başvuruçunun “*Derece Mahkemesince resen gerçekleştirilen tutukluluk durumuna ilişkin incelemeler sonucunda verilen kararların kendisine bildirilmediğini ve dolayısıyla bu kararlara itiraz etme imkânı bulamadığını*” yönündeki şikâyetlerinin “*konu bakımından yetkisizlik*” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Kuvvetli Suç Şüphesi ve Tutuklama Nedenleri Bulunmadığı Halde Özgürlükten Mahrum Bırakılma İddiası

41. Başvuruçucu, kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenleri bulunmadığı halde özgürlüğünden mahrum bırakıldığını ileri sürmüştür.

42. Adalet Bakanlığı görüşünde, AİHM kararlarına göre, bir suç işlediği şüphesiyle hürriyetinden mahrum bırakılabilmesi için ilgili kişinin atılı suçu işlediği yönünde makul şüphe (*reasonable suspicion*) ya da inandırıcı nedenlerin (*raisons plausibles*) bulunması gerektiğini, bu gerekliliğin tutukluluk açısından olmazsa olmaz bir koşul olduğunu ve tutukluluğunun devam ettiği her aşamada varlığını sürdürmesi gerektiğini, makul şüphenin ortadan kalktığı anda ilgilinin serbest bırakılması gerektiğini, makul şüphenin, elde edilen de-

liller ve somut olayın kendine özgü koşulları da dikkate alındığında, olaylara dışarıdan bakan ve tamamen objektif bir gözlemciyi ikna edecek yeterlilikte olması gerektiğini, suç işlediğinden kuşkuyla bir kişinin gerekçeden tamamen yoksun bir yargı kararıyla tutuklanmaması gerektiğini, ancak tutukluluğu meşru kılan bazı gerekçeler göstererek bir zanlı ya da sanığın tutuklanmasının keyfi olarak değerlendirilemeyeceğini ve Anayasa Mahkemesince de benzer bir yaklaşımın benimsendiğini belirtmiştir.

43. Başvurucu, iddia olunan örgütle hiçbir ilişkisinin bulunmadığını, soruşturma kapsamındaki örgüt üyesi olduğu iddia edilen şüpheli N. K. ile arkadaş olması dışında bir ilişkisinin olmadığını, soruşturmanın gizliliğini ihlal ettiği yönündeki suçlamanın gerçeği yansıtmadığını, isnat edilen ruhsatsız silah bulundurma iddiasının gerçeği yansıtmadığını, silahların olağanüstü hal mevzuatına göre ruhsatlandırılmış olduğunu, evinde bulunan diğer silahların ise eşi adına kayıtlı olduğunu, sabit ikametgâhı bulunduğundan kaçma şüphesinden bahsedilemeyeceğini, delilleri etkileme olasılığının olmadığını, zira delil olarak ortaya konan tape kayıtlarının, yazdığı kitabın, Eskişehir’de ele geçirildiği iddia edilen silahların hali hazırda adli mercilerin elinde olduğunu, keyfi olarak tutuklandığını, tutuklamayı gerektirecek hiçbir kamu yararı bulunmadığını, soruşturma makamlarının, ellerindeki tüm verileri basına sızdırarak suç varmış algısı yarattıklarını ileri sürerek Bakanlığın görüşüne katılmamıştır.

44. 6216 sayılı Kanun’un “Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi” kenar başlıklı 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“Mahkeme, açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir.”

45. Anayasa’nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak konduktan sonra, ikinci ve üçüncü fıkralarında şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişinin özgürlük ve güvenlik hakkının kısıtlanması ancak Anayasa’nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı halinde söz konusu olabilir (B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 43).

46. Anayasa’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri hükme bağlanmıştır. Buna göre bir kişinin tutuklanabilmesi öncelikli olarak suç işlediği hususunda kuvvetli belirti bulunmasına bağlıdır. Bu, tutuklama tedbiri için aranan olmazsa olmaz unsurdur. Bunun için suçla-

manın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır.

47. Ancak bu nitelemeye bağlı olarak kişinin suçla itham edilebilmesi için yakalama veya tutuklama anında delillerin yeterli düzeyde toplanmış olması mutlaka gerekli değildir. Zira tutukluluğun amacı, yürütülen soruşturma ve/veya kovuşturma sırasında kişinin tutuklanmasının temelini oluşturan şüphelerin doğruluğunu kanıtlayarak veya ortadan kaldırarak adli süreci daha sağlıklı bir şekilde yürütmektir. Buna göre, suç isnadına esas teşkil edecek şüphelere dayanak oluşturan olgular ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan ve mahkûmiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekir (B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 73).

48. Tutukluluk, 5271 sayılı Kanun'un 100. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. 100. maddeye göre kişi ancak hakkında suç işlediğine dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde tutuklanabilir. Maddede tutuklama nedenlerinin neler olduğu da belirtilmiştir. Buna göre, (a) şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa, (b) şüpheli veya sanığın davranışları; 1) delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, 2) tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluştuyorsa tutukluluk kararı verilebilecektir. Kuralda ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması halinde tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlar bir liste halinde belirtilmiştir (B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 46).

49. Diğer yandan, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin kararlarındaki kanun hükümlerinin yorumlanmasına ya da maddi veya hukuki hatalara dair hususlar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Tutukluluk konusundaki kanun hükümlerinin yorumu ve somut olaylara uygulanması da derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır. Ancak kanun veya Anayasa'ya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik halinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren bu tür kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerekir. Aksinin kabulü bireysel başvurunun getiriliş amacıyla bağdaşmaz (B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 49).

50. Başvurucu, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 2009/1868 sayılı soruşturması kapsamında, terör örgütü ve mensuplarına bilerek ve isteyerek yardım etmek, soruşturma dosyasının gizliliğini ihlal, yargı görevini yapanları etkileme, terörle mücadelede görev alan kişileri hedef gösterme suçlarını işlediği iddiasıyla İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 28/09/2010 tarih ve

2010/53 sorgu numaralı kararı ile tutuklanmıştır. Tutuklamaya gerekçe olarak, “Şüpheliye yüklenen suçların niteliği, aleyhine mevcut delil durumu, yüklenen suçları işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların mevcudiyeti, yüklenen bir kısım suçların CMK. 100/3-a maddesinde sayılan suçlardan olması, delillerin tam olarak toplanmamış olması, şüphelinin konumu itibarıyla bir kısım delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme olasılığı göz önüne alınarak CMK. 100 ve devamı maddeleri” gösterilmiştir.

51. Savcılıkça düzenlenen iddianame incelendiğinde özetle, başvurunun, iddia olunan “Devrimci Karargâh Örgütü” üyelerine bilerek ve isteyerek yardım ettiği, soruşturma kapsamındaki örgüt üyesi olduğu iddia edilen şüpheli N. K.’ye bilgi aktardığı ve polis takibinden kurtulması için yardımda bulunduğu, bu durumun şüpheli tarafından yazılan “Haliçte Yaşayan Simonlar, Dün Devlet Bugün Cemaat” isimli kitapta anlatılan telefon görüşmelerine ilişkin belgeler ile şüpheli N. Ç.’yle yapmış olduğu telefon görüşmelerinin içeriğinden anlaşıldığı, soruşturmanın gizliliğini ihlal eden eylemlerinin tespit edildiği, Eskişehir ilinde bulunan ikametinde sahte nüfus cüzdanları, ehliyet ve pasaportların ele geçirildiği, ele geçirilen diğer belgeler içerisinde gizli ibareli askeri dokümanların yer aldığı, Eskişehir ili Emniyet Müdürlüğündeki makamında yapılan aramalarda izinsiz dinleme sonucu elde edilen ses kayıtlarının ele geçirildiği ve kişisel veri niteliğindeki bilgileri sakladığı, ikametinde ruhsat süresi dolmuş ve verilmiş amacı ortadan kaldıran silahların ele geçirildiğinden bahisle kamu davası açıldığı görülmektedir.

52. Dava dosyasının incelenmesinden, başvurunun tutuklanması için yeterli şüphenin ve tutuklama nedenlerinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Başvuru dosyasında bunun aksini ifade eden herhangi bir husus da yer almamaktadır. Bu durumda başvurunun, suç işlediğinden şüphelenilmesi için somut olgu ve bilgi bulunmadığı halde tutuklandığı ve tutukluluğun sürdüğü iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır. Tutukluluğun devamına dair kararların ilgili ve yeterli olup olmadığı meselesinin ise tahliye taleplerinin formül gerekçelerle reddedildiği ve uzun bir süredir tutuklu olduğu iddialarının incelenmesi sırasında ele alınması gerekir.

53. Açıklanan nedenlerle, başvurunun “kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenleri bulunmadığı halde özgürlükten mahrum bırakıldığı”na ilişkin iddiasının “açıkça dayanaktan yoksun olması” sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

d. Masumiyet Karinesinin İhlal Edildiği İddiası Yönünden

54. Başvurucu, gözaltına alındığı tarih ile Anayasa Mahkemesine başvuru tarihi arasında suçlu olduğuna dair herhangi bir kanıt ortaya konulmamasına rağmen tutukluluk halinin devam ediyor olmasının “masumiyet karinesi”ni

ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

55. Adalet Bakanlığı, başvurunun bu iddiasının Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrası çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

56. Başvurucu, başvuru formundaki iddialarını tekrarlamış ve bu konuda yeni bir beyanda bulunmamıştır.

57. Başvurucunun iddiasının özü hakkında kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenleri bulunmadığı halde özgürlükten mahrum bırakıldığı ve uzun bir süredir tutuklu olduğuna ilişkindir. Başvurucunun kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenleri bulunmadığı halde özgürlükten mahrum bırakıldığı yönündeki iddiası yukarıda incelenmiş olup bu iddianın açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar verilmiştir (§§ 41-53). Başvurucunun uzun bir süredir tutuklu bulunması nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiği iddiasının ise Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrası çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

e. Tutukluluk Süresinin Makul Olmadığı İddiası Yönünden

58. Başvurucunun, tutukluluğun makul süreyi aştığına ilişkin şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun bu şikâyetle ilişkin kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

59. Başvurucu, tahliye taleplerinin ve tahliye taleplerinin reddi üzerine yaptığı itirazlarının hiçbir olguya dayanmaksızın formül gerekçelerle reddedildiğini ve uzun bir süredir tutuklu olduğunu ileri sürmüştür.

60. Adalet Bakanlığı, AİHM kararlarına göre, tutukluluk süresinin hesaplanmasında başlangıç noktasının başvurunun ilk defa yakalanıp gözaltına alındığı tarih olduğunu, bu sürenin, kişinin serbest bırakılmasıyla ya da derece mahkemesinin kararıyla sona erdiğini, derece mahkemesinin karar ile birlikte tutukluluğun "*mahkûmiyet sonrası tutma*" haline dönüştüğünü, kaçma şüphesi, yargılamayı etkileme tehlikesi, yeniden suç işleme riski veya kamu düzeninin bozulması tehlikesinin bulunmasının belli bir süreye kadar devam eden tutukluluğun meşru kabul edilmesi için yeterli olduğunu, belirli bir sürenin ötesine geçen bir tutukluluk süresinin makul olup olmadığını değerlendirirken, makul şüphenin varlığını sürdürüp sürdürmediğinin, yargılamayı yapan mahkemenin yargılamayı süratle sona erdirmesi açısından gerekli dikkati gösterip göstermediğinin, ulusal yargı organlarının adli kontrole başvurma konusunu tartışıp tartışmadığının incelenmesi gerektiğini, ayrıca davanın karmaşıklığının ve suçlamaların niteliğinin, isnat olunan suçun organize suç

ile mücadele kapsamında olup olmadığının her başvurunun kendi özellikleri çerçevesinde ele alınması gerektiğini ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarının da bu yönde olduğunu belirtmiştir.

61. Adalet Bakanlığı ayrıca, suç işlediğinden kuşkulanan bir kişinin gerekçeden tamamen yoksun bir yargı kararıyla tutuklanmaması ve tutukluluğunun uzatılmaması gerektiğini, ancak tutukluluğu meşru kılan bazı gerekçeler göstererek bir zanlı ya da sanığın tutuklanmasının keyfi tutuklama olarak değerlendirilemeyeceğini, aşırı derecede kısa gerekçelerle ve hiçbir yasal hüküm gösterilmeden tutuklama kararı vermenin ya da tutukluluğu devam ettirmenin bu çerçevede değerlendirilemeyeceğini ve Anayasa Mahkemesince de benzer bir yaklaşımın benimsendiğini belirtmiştir.

62. Başvurucu, 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun ile öngörülen adli kontrol hükümlerinin hakkında uygulanmadığını, aynı davada yargılanan bazı kişiler tahliye edilmelerine rağmen kendisinin tahliye edilmediğini, tutukluluğun kasıtlı olarak devam ettirildiğini, örgüt mensubu olduğu iddia edilen N. K. isimli sanık serbest bırakılırken bu kişiye yardım ettiği iddiasıyla yargılanan kendisinin tutuklu bulundurulmaya devam edildiğini, hukuka aykırı olarak kendisini dinleyen iki polisin yerlerinin değiştirildiğini ve haklarında soruşturma açıldığını, uzun süredir tutuklu olduğunu ve tutukluluğunun haksız olarak uzatıldığını belirterek Bakanlığın görüşüne katılmamıştır.

63. Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrası şöyledir:

"Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir."

64. Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasında bir ceza soruşturması kapsamında tutuklanan kişilerin, yargılamanın makul sürede bitirilmesini ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme haklarına sahip olduğu güvence altına alınmıştır.

65. Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunun, genel bir ilke çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir sanığın tutuklu olarak bulundurulduğu sürenin makul olup olmadığı, her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Anayasa'nın 38. maddesinde *"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz"* şeklinde ifadesini bulan masumiyet karinesi, yargılama süresince kişinin hürriyetinin esas, tutukluluğun ise istisna olmasını gerektirmektedir. Tutukluluğun devamı ancak masumiyet

karinesine rağmen Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından daha ağır basan gerçek bir kamu yararının mevcut olması durumunda haklı bulunabilir (B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 61).

66. Bir davada tutukluluğun belli bir süreyi aşmamasını sağlamak, öncelikle derece mahkemelerinin görevidir. Bu amaçla, yukarıda belirtilen kamu yararı gereğini etkileyen tüm olayların derece mahkemeleri tarafından incelenmesi ve serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararlarda bu olgu ve olayların ortaya konulması gerekir (B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 62).

67. Tutuklama tedbirine kişilerin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmasının yanı sıra bu kişilerin kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla başvurulabilir. Başlangıçtaki bu tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için yeterli görülebilirse de bu süre geçtikten sonra, uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hâlâ devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Bu gerekçeler "*ilgili*" ve "*yeterli*" görüldüğü takdirde, yargılama sürecinin özenli yürütülüp yürütülmediği de incelenmelidir. Davanın karmaşıklığı, organize suçlara dair olup olmadığı veya sanık sayısı gibi faktörler sürecin işleyişinde gösterilen özenin değerlendirilmesinde dikkate alınır. Tüm bu unsurların birlikte değerlendirilmesiyle sürenin makul olup olmadığı konusunda bir sonuca ulaşılabılır (B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 63). Tutukluluk süresinin makul seviyede kalması için ilgili makamların almış oldukları önlemler de dâhil olmak üzere tüm bu unsurların birlikte değerlendirilmesiyle sürenin makul olup olmadığı konusunda bir sonuca ulaşılabılır (B. No: 2014/85, 3/1/2014, § 43).

68. Dolayısıyla Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirmesinde esas olarak, serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararların gerekçelerine bakılmalı ve tutuklu bulunan kişiler tarafından yapılan tutukluluğa itiraz başvurularında sunulan belgeler çerçevesinde kararların yeterince gerekçelendirilmiş olup olmadığı göz önüne alınmalıdır. Öte yandan hukuka uygun olarak tutuklanan bir kişinin, suç işlediği yönünde kuvvetli belirti ve tutuklama nedenlerinden biri veya birkaçının varlığı devam ettiği sürece ilke olarak belli bir süreye kadar tutukluluk halinin makul kabul edilmesi gerekir (B. No: 2012/1137, 2/7/2013, §§ 63-64).

69. Diğer taraftan özgürlük hakkı, adli makamlarla güvenlik görevlilerinin özellikle organize suçlarla etkili bir şekilde mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye neden olabilecek biçimde yorumlanmamalıdır. Nitekim AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinin, Sözleşme'ye Taraf Devletlerin güvenlik görevlilerinin bilhassa organize olanlar olmak üze-

re suçlulukla etkili olarak mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye sebep olabilecek biçimde uygulanmaması gerektiğini vurgulamaktadır (*Dinç ve Çakır/Türkiye*, B. No: 66066/09, 9/7/2013, § 46).

70. Bir kişinin gerekçeden tamamen yoksun bir yargı kararıyla tutuklanması ve tutukluluğun uzatılması kabul edilemez (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz: *Nakhmanovich/Rusya*, B. No: 55669/00, 2/3/2006, § 70; *Belevitskiy/Rusya*, B. No: 72967/01, 1/3/2007, § 91). Bununla beraber tutukluluğu meşru kılan gerekçeler gösterilerek bir zanlı ya da sanığın tutuklanmasının keyfi olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak aşırı derecede kısa gerekçelerle ve hiçbir yasal hüküm gösterilmeden tutuklama kararı vermek ya da tutukluluğu devam ettirmek bu çerçevede değerlendirilmemelidir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz: *Mooren/Almanya* [BD], B. No: 11364/03, 9/7/2009, § 79).

71. İtiraz veya temyiz merciinin, itiraz veya temyiz incelemesine konu mahkeme kararına ve bu karardaki gerekçelere katıldığı durumlarda, buna ilişkin kararını ayrıntılı olarak gerekçelendirmemesi, kural olarak, gerekçeli karar hakkına aykırılık teşkil etmez (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz: *García Ruiz/İspanya*, B. No: 30544/96, 21/1/1999, § 26).

72. Makul sürenin hesaplanmasında sürenin başlangıcı, başvurucunun daha önce yakalanıp gözaltına alındığı durumlarda bu tarih, doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklama tarihidir. Sürenin sonu ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı tarihtir. Ancak kişinin, tutuklu olarak yargılanmakta olduğu davada mahkûmiyetine karar verilmiş ise mahkûmiyet tarihi itibarıyla da tutukluluk hali sona erer (B. No: 2012/237, 2/7/2013, §§ 66-67).

73. Öte yandan hukuka uygun olarak tutuklanan bir kişinin, suç işlediği yönünde kuvvetli belirti ve tutuklama nedenlerinden biri veya birkaçının varlığı devam ettiği sürece ilke olarak belli bir süreye kadar tutukluluk halinin makul kabul edilmesi gerekir (B. No: 2012/1137, 2/7/2013, §§ 63-64).

74. Başvurucu, öncelikle uzun bir süredir tutuklu olduğunu ileri sürmüştür. Somut olayda başvuru 28/09/2010 tarihinde tutuklanmış ve İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 19/7/2013 tarihli kararı ile hapis ve adli para cezası ile cezalandırılmıştır. Buna göre başvuru yaklaşık 2 yıl 10 ay boyunca bir suç isnadına bağlı olarak özgürlüğünden mahrum kalmıştır.

75. Somut olayda başvuru ayrıca tutukluluğa itiraz ve itiraz ret kararlarının gerekçelerinin yetersiz olduğunu ileri sürmüştür.

76. İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 13/4/2011 tarihli birinci celse-sinde “dava dosyasının İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/213 Esas sayılı dava dosyası ile birleştirilmesine, yargılamaya İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/213 Esas sayılı dava dosyasında devam dilmesine ve sanıkların yasadışı Dev-

rimci Karargah silahlı terör örgütü üyesi olduklarına ilişkin kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunduğu ve devam ettiği anlaşıldığından atılı eylemin CMK. 100/3 maddesinde sayılan suçlardan olduğu” gerekçesiyle başvurucunun tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

77. Başvurucu, İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 13/4/2011 tarihli duruşmada verdiği tutukluluk halinin devamına dair karara karşı 19/4/2011 tarihinde “28/09/2010 tarihinde tutuklandığını ve 13/04/2011 tarihinde ilk kez yaklaşık 7 ay sonra mahkeme huzuruna çıkarıldığını, soruşturma ve yargılama aşamalarında savunmaya ilişkin Anayasal ve yasal taleplerinin hiç bir biçimde karşılanmadığını, özgürlük ve güvenlik hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini, savunma dilekçesinin de dikkate alınıp tutukluluk halinin devamına ilişkin kararın itirazen kaldırılmasına karar verilmesini” talep etmiştir.

78. Başvurucunun itirazı, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinin 12/5/2011 tarih ve 2011/308 Değişik İş sayılı kararıyla “... sanığın üzerine atılı suçun yaptırımını, kuvvetli suç şüphesini gösterir bulgular ve atılı suçun CMK. 100/3 maddesinde yazılı suçlardan olduğu” gerekçesiyle reddedilmiştir.

79. Başvurucu, yargılama sürecinin ilerleyen aşamasında, 17/11/2011, 6/2/2012, 30/4/2012, 6/7/2012, 7/8/2012, 5/10/2012, 26/11/2012, 4/1/2013 tarihlerinde tutukluluk haline son verilmesi istemiyle mahkemeye başvurmuştur. Başvurucunun tahliye talepleri özetle; başvuru hakkında isnat olunan suçların mahiyeti, isnat edilen suçlara dair kuvvetli suç şüphelerini gösteren olguların var olması, isnat edilen suçların katalog suçlardan olması, tüm dosya kapsamındaki deliller değerlendirildiğinde mevcut delillerin kuvvetli suç şüphesinin varlığını göstermesi, tutuklulukta geçen makul süreyi aşan bir durumun bulunmaması, başvurucunun serbest kalması halinde kaçma şüphesinin bulunması, daha hafif koruma önlemi olan adli kontrol tedbiri uygulanmasının dava konusu açısından yetersiz kalacağı şeklindeki gerekçelerle reddedilmiştir. Başvurucu tarafından mahkemelerce verilen ret kararlarına karşı yapılan itirazlar da reddedilmiştir.

80. Başvurucu son olarak, tutukluluk haline son verilerek tahliye edilmesi istemiyle 4/2/2013 tarihinde İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesine başvurmuştur. İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi 4/2/2013 tarihli 17. celsede önceki gerekçelerini tekrarlayarak başvurucunun tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

81. Başvurucu, bu karara itiraz etmiş, itirazı İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 7/3/2013 tarih ve 2013/78 Değişik İş sayılı kararı ile “İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesince 4/2/2013 tarihinde verilen tutukluluk halinin devamına dair kararın usul ve yasaya uygun olduğu” gerekçesiyle reddedilmiştir. Ret kararı 1/4/2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

82. Başvurucunun tutukluluk durumu ayrıca, 5271 sayılı Kanun'un 108. maddesi gereğince 22/6/2011, 21/07/2011, 10/1/2012, 21/6/2013, 19/7/2012, 6/09/2012, 20/11/2012, 18/12/2012, 22/01/2013, 26/2/2013 tarihlerinde İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesince resen değerlendirilmiş ve tutukluluk halinin devamına karar verilmiştir.

83. Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirmesinde esas olarak, serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararların gerekçelerine bakılmalı ve tutuklu bulunan kişiler tarafından yapılan tutukluluğa itiraz başvurularında sunulan belgeler çerçevesinde kararların yeterince gerekçelendirilmiş olup olmadığı göz önüne alınmalıdır.

84. Her ne kadar bir kişinin, suç işlediği yönünde kuvvetli belirti ve tutuklama nedenlerinden biri veya birkaçının varlığı devam ettiği sürece ilke olarak belli bir süreye kadar tutukluluk halinin makul kabul edilmesi gerekse de özellikle belli bir süre geçtikten sonra tutuklamanın devamına karar verilirken, davanın genel durumu yanında, tahliyesini talep eden kişinin özel durumunun dikkate alınması ve bu anlamda tutukluluk gerekçelerinin kişiselleştirilmesi bir zorunluluktur. Bu nedenle, aynı davada yargılanan bazı sanıkların durumlarından hareketle genelleme yapılarak diğerlerinin de aynı davranışta bulunabileceğini varsaymak, kişiselleştirmeyi engellediği gibi, özgürlüğün esas, tutukluluğun istisna olduğu yönündeki anlayışla da bağdaşmaz.

85. Somut olayda, Derece Mahkemelerince verilen tutukluluğa itiraz ve itirazın reddine dair kararların gerekçeleri incelendiğinde, bu gerekçelerin tutukluluğun devamının hukuka uygunluğu ve tutulmanın meşruluğunu haklı gösterecek özen ve içerikte olmadığı ve aynı hususların tekrarı niteliğinde olduğu görülmektedir. Somut olaydaki tutukluluk halinin devamına ilişkin bu gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğu söylenemez. İlgili ve yeterli olmayan gerekçelere dayanılarak başvurucunun özgürlüğünden mahrum bırakıldığı dikkate alındığında söz konusu tutukluluk süresi makul olarak değerlendirilemez.

86. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun *"tutukluluk süresinin makul olmadığı ve tahliye taleplerinin formül gerekçelerle reddedildiği"* yönündeki şikâyeti yönünden Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

87. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan

kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...

(2) *Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."*

88. Başvuruda, Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkralarının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

89. Kararın birer örneğinin mahkemesine ve Yargıtaya gönderilmesi gerekir.

90. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun;

1. *"Derece Mahkemesince resen gerçekleştirilen tutukluluk incelemeleri sonucunda verilen kararların kendisine bildirilmediğini ve dolayısıyla bu kararlara itiraz etme imkânı bulamadığı"* iddialarının *"konu bakımından yetkisizlik"* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. *"Kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenleri bulunmadığı halde özgürlükten mahrum bırakıldığına"* ilişkin iddiasının *"açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. *"Tutukluluk süresinin makul olmadığı ve tahliye taleplerinin formül gerekçelerle reddedildiği"* yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. "Tutukluluk süresinin makul olmadığı ve tahliye taleplerinin formül gerekçelerle reddedildiği" yönündeki şikâyeti yönünden Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

D. Kararın birer örneğinin mahkemesine ve Yargıtaya gönderilmesine,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Hazinesine başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme ol-

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı (md. 19)

ması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

18/6/2014 tarihinde OY BİRLİğİYLE karar verildi.

Başkan	Üye	Üye
Alparslan ALTAN	Serdar ÖZGÜLDÜR	Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye	Üye
Recep KÖMÜRCÜ	Engin YILDIRIM

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ
(MD. 20)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/533

Karar Tarihi: 9/1/2014

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Alparslan ALTAN
Üyeler	: Osman Alifeyyaz PAKSÜT Recep KÖMÜRCÜ Engin YILDIRIM Celal Mümtaz AKINCI
Raportör	: Muharrem İlhan KOÇ
Başvurucu	: Ercan KANAR
Vekili	: Av. Mustafa RÜZGAR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, özel hayata ilişkin bilgilerin yer aldığı istihbarî nitelikte ve delil olarak kullanılamayacağı belirtilen bir raporun yürütülen soruşturma ve açılan davada delil olarak kullanılması ve bu raporla ilgili kamu görevlileri hakkında kovuşturma yapılmaması nedeniyle adil yargılanma hakkı ve özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, başvuru vekili tarafından 9/1/2013 tarihinde doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyonuna sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca 21/3/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 24/7/2013 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 30/7/2013 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı görüşünü 30/9/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvuru vekili tarafından 21/10/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

7. Başvurucu görüşe karşı beyanlarını 5/11/2013 tarihinde Mahkemeye sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

8. Başvuru dilekçesindeki ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu İstanbul Barosuna kayıtlı olarak serbest avukatlık yapmaktadır.

10. Başvurucunun da aralarında olduğu bazı kişilerle ilgili İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğünce 22/3/2011 tarihinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 2009/1868 Soruşturma sayılı dosyasına bir yazı göndermiştir.

11. Bu yazı ekinde Milli İstihbarat Teşkilatınca (MİT), silahlı bir devrim gerçekleştirmeyi amaçlayan “Devrimci Karargâh” (DK) adlı örgüt hakkında “Etüt” adıyla hazırlanan ve örgüt hakkında çeşitli tespit ve değerlendirmeler içeren istihbarî nitelikli bir rapor yer almıştır. Etüdün tüm sayfalarının altında “Çok Gizli” ve “İstihbarî Nitelikte Olan Bu Bilgiler Hukuki Bir Delil Olarak Kullanılamaz” ibareleri yer almaktadır.

12. Anılan raporun 31. sayfasındaki “Cezaevi Faaliyetleri” başlıklı bölümde, başvurucu ile ilgili olarak şu ifadeler yer almıştır: “... gibi örgüt mensuplarıyla cezaevinde görüşen şahısların, DK örgütü ve üst yönetimi ile adı geçenler arasında aracılık/kuryelik yapabileceği değerlendirilmektedir. Bu kapsamda Devrimci Karargâh mensuplarının davalarını umumiyetle takip eden İstanbul Barosu avukatlarından .., Ercan KANAR’ın yanı sıra aileler ile ziyaret edebilecekler listesindeki şahıslar önem arz etmektedir.”

13. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma sonunda, başvurucunun aralarında olmadığı bazı kişiler hakkında, silahlı terör örgütüne üye olma, iftira, başkalarına ait kimlik veya kimlik bilgilerini kullanma suçlarından düzenlenen 16/12/2011 tarih ve 2011/852 sayılı iddianameyle İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır.

14. Başvurucu, sanık müdafii olarak katıldığı İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesinin E.2011/243 sayılı dosyasında MİT tarafından hazırlanan raporun dava dosyasından çıkarılmasını talep etmiş, Mahkeme 8/5/2012 tarihli duruşmada bu talebin reddine karar vermiştir.

15. İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 2011/243 Esas sayılı dosyası, aynı Mahkemenin 2009/213 Esas sayılı dosyasında birleştirilmiştir.

16. Raporda adı geçen ve başvurucunun da aralarında bulunduğu İstanbul

Barosuna kayıtlı beş avukat, İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürü ve raporu düzenleyen MİT mensupları hakkında, Türk Ceza Kanunu'nun görevi kötüye kullanma, hakaret, iftira, özel hayatın gizliliğini ihlâl suçlarına dair hükümleri uyarınca cezalandırılmaları istemiyle 29/3/2012 tarihinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunmuşlardır.

17. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, şikâyeteye konu edilen MİT mensupları hakkında soruşturmanın izne tâbi olması nedeniyle, izin vermeye yetkili kurum olan Başbakanlıktan izin talebinde bulunmuştur.

18. MİT Müsteşarlığı tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilen yazıda, 16/8/2012 tarih ve 1632 sayılı Başbakan Oluru ile ilgililer hakkında *"soruşturma izni verilmemesine"* karar verildiği bildirilmiştir.

19. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, anılan kararın kesinleşip kesinleşmediğinin tespiti ve kesinleşme şerhinin gönderilmesi hususunda MİT'ten bilgi istemiş, buna verilen cevapta, *"Müsteşarlığımızın 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kapsamında bulunmaması nedeniyle, bahse konu karar Başsavcılığımız dışında herhangi bir kişiye tebliğ edilmediğinden, ilgi yazıya ilişkin hususların karşılanması mümkün olmamıştır"* denilmiştir.

20. Bunun üzerine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 23/11/2012 tarihinde, Başbakanlık tarafından soruşturma izni verilmediği gerekçesiyle *"inceleme yapılmasına yer olmadığına"* kesin olarak karar vermiştir.

21. Bu karar, 10/12/2012 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

B. İlgili Hukuk

22. 1/11/1983 tarih ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun *"Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri"* başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasının a) bendi şöyledir:

"Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri şunlardır;

a) Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak."

23. 26/9/2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"Hakaret"* başlıklı 125. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir

fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.”

24. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 134.- 138. maddeleri şöyledir:

“Özel hayatın gizliliğini ihlal

Madde 134- (1) Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.

(2) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ifşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.”

“Kişisel verilerin kaydedilmesi

Madde 135- (1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.”

“Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme

Madde 136- (1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

“Nitelikli haller

Madde 137- (1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların;

a) Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle,

b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle,

İşlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

“Verileri yok etmeme

Madde 138- (1) Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.”

25. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Görevi kötüye kullanma” başlıklı 257.

maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

26. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “İftira” başlıklı 267. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Yetkili makamlara ihbar veya şikayette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

27. Mahkemenin 9/1/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
nun 9/1/2013 tarih ve 2013/533 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği
düşünüldü:

C. Başvurucunun İddiaları

28. Milli İstihbarat Teşkilatı tarafından istihbarî nitelikli bir raporda kişisel bilgilerinin hukuka aykırı olarak toplandığını, yürütülen soruşturma sonun-
da hazırlanan iddianame ekinde bu raporun yer aldığını, raporda kişisel, özel
ve mesleki durumlarına ilişkin bilgilerin bulunduğunu, avukatlık mesleğine
ilişkin faaliyetlerin suç olarak gösterildiğini, raporu düzenleyenler hakkın-
daki şikâyetle ilgili olarak soruşturma izni verilmemesi nedeniyle İstanbul
Cumhuriyet Başsavcılığınca kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğini
belirterek, Anayasa’nın 2., 10., 20., 36., 40. ve 125. maddelerinin ihlal edildiğini
ileri sürmüştür.

D. Değerlendirme

29. Özel hayata ilişkin bilgilerin istihbarî amaçla hukuka aykırı olarak temin
edilmesi ve bir soruşturma sürecinde bu bilgileri içeren raporun kullanılması,
açılan kamu davasına ilişkin dosyada bu raporun bulundurulmasıyla ilgili
olarak, raporu düzenleyen ve soruşturmada kullanan kamu görevlileri hak-
kında başvuru şikâyetçi olmuştur.

30. Bu şikâyet üzerine raporu düzenlediği iddia edilen MİT mensupları
hakkında soruşturma izni verilmemesi nedeniyle İstanbul Cumhuriyet Baş-
savcılığınca kovuşturmaya yer olmadığına (inceleme yapılmasına yer olmadığı-
na) karar verildiği anlaşılmaktadır.

31. Başvurucu, Anayasa’nın 2., 10., 20., 36., 40. ve 125. maddelerinin ihlal

edildiğini ileri sürmekte ise de, iddialarının özünü, özel yaşama saygı hakkının ihlal edilmesi ve bu ihlal nedeniyle şikayet edilen kamu görevlilerinin cezalandırılması talebiyle başlatılan soruşturma sürecinin etkin ve adil bir şekilde yürütülmeyle sonlandırılmasının oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, başvuru kapsamındaki iddiaların Anayasa'nın 20. ve 36. maddeleri kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

1. Kabul Edilebilirlik

a. Adil Yargılanma Hakkı Yönünden

32. Adalet Bakanlığı görüşünde, başvurucunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'in 6. maddesi kapsamında kalan adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasında olduğunu, Sözleşmenin bu maddesinin, mağdur sayılabilecek kimseler açısından incelendiğinde, ceza yargılamaları açısından sanık konumunda olan kişilerle, ceza yargılamaları dışında kalan yargılamalar açısından da, söz konusu davanın tarafı olan kişiler olduğunun görüleceğini, Sözleşmenin, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin “*medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların*” ve bir “*suç isnadının*” esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamının bu konularla sınırlandırıldığını belirtmiştir.

33. Adalet Bakanlığı ayrıca, AİHS'in adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin “*medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların*” ve bir “*suç isnadının*” esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamının bu konularla sınırlandırıldığını belirtmiştir.

34. Başvurucu bu görüşe karşı, açıkça hukuka aykırı bir belgeyi düzenleyen ve bunu kullanan kamu görevlileri hakkında etkin bir soruşturma yapılmadan ve gerekçesiz olarak karar verildiğini, hak arama hürriyetinin adil yargılanma ilkesi ile bağdaşmaz bir şekilde sınırlandırıldığını belirtmiştir.

35. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.”

36. 30/11/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un, “*Bireysel başvuru hakkı*” kenar başlıklı 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Av-

rupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir."

37. Anılan Anayasa ve Kanun hükmüne göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve AİHS'in ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

38. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

39. AİHS'in "*Adil yargılanma hakkı*" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. ..."

40. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasa'da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, Sözleşme'nin "*Adil yargılanma hakkı*" kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38).

41. Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin "*medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıkların*" ve bir "*suç isnadının*" esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Bu ifadeden, hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için, başvuru için ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyuşmazlığın tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır (B. No: 2012/917, 16/4/2013, § 21).

42. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarına göre, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası ceza davasına katılan tarafın şikâyeti için uygulanabilmekle beraber (bkz. *Perez/Fransa*, B. No: 47287/99, 12/2/2004, § 70-71), sırf sanığın cezalandırılması isteği ve şahsi öç alma saikiyle şikâyetle bulunulması durumu, Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı dışında kalmaktadır (bkz. *Sigalas/Yunanistan*, B. No: 19754/02, 22/09/2005, § 29). Böyle bir hakkın koruma alanına girilebilmesi için ceza davasında medeni hak talebine imkân veren bir sistemin benimsenmiş veya ceza davası sonucunda verilen kararın hukuk davası açısından etkili ya da bağlayıcı olması gerekmektedir.

43. Hukuk sistemimiz açısından, 4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile ceza muhakemesinde şahsi hak iddiasında bulunma imkânı ortadan kalkmış olup, başvurucunun ceza muhakemesi sürecinde medeni haklarını ileri sürme imkânı bulunmamaktadır. Ayrıca somut olayda başvurucunun isteğinin kişilerin cezalandırılmasıyla sınırlı olduğu, verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın etkilerinin ceza muhakemesi süreci ile sınırlı olduğu ve başvurucunun iddiaları göz önünde bulundurulduğunda hukuk yargılaması açısından bağlayıcı bir etkisi bulunmadığı anlaşılmaktadır.

44. Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 36. maddesine dayanan ihlal iddiasının konusunun, Anayasa'da güvence altına alınmış ve AİHS kapsamında yer alan temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı dışında kaldığı anlaşılmakla, başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Özel Hayata Saygı Hakkı Yönünden

45. Başvurucunun şikâyetiyle ilgili olarak adli bir kovuşturma açılmasının mümkün olmadığı, genel mahkemelerde açılacak dava yoluyla başvuru kapsamındaki şikâyetin incelenmesinin, varsa ihlalin tespiti ve adil bir tazminin sağlanmasının mümkün olduğu görülmekle birlikte, başvurucudan ihlal iddiasına ilişkin etkili olabilecek tüm başvuru yollarını tüketmesini beklemenin adil olmayacağı sonucuna varılmıştır.

46. Başvurucunun iddialarının dayanaktan yoksun olmadığı ve başkaca bir kabul edilemezlik nedeninin de bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

47. Adalet Bakanlığı görüş yazısında, özel hayat kavramının tek bir tanımı olmadığını ve geniş bir kavram olduğunu belirtmektedir (*Peck/Birleşik Krallık* par. 57, *Pretty/Birleşik Krallık*, par. 61). Bakanlık ayrıca AİHM'in, istihbarat

ajanslarının demokratik bir toplumda meşru olarak var olabileceğini kabul etmekle beraber, vatandaşların gizli gözetimi konusundaki yetkinin sadece demokratik kurumları korumak için mutlaka gerekli olduğu durumlarda sözleşme kapsamında kabul edilebileceğini açıkça belirttiğini, demokratik toplumların çok sofistike casusluk ve terörizm yöntemleri ile tehdit edildiklerini, bunun sonucu olarak da devletin bu tür tehditlere etkin bir şekilde karşı çıkabilmek için kendi yargı alanında hareket eden yıkıcı unsurlara karşı gizli gözetim çalışmaları yapmak zorunda kaldığı gerçeğini kabul ettiğini ifade etmektedir.

48. Başvurucu, başvuru kapsamındaki beyanlarına benzer hususları ifade ederek, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesini talep etmiştir.

49. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir

“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.”

50. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”

51. Özel hayata saygı hakkı Anayasa'nın 20. maddesinde koruma altına alınmıştır. Devlet, kişilerin özel ve aile hayatına keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin haksız saldırılarını önlemekle yükümlüdür.

52. AİHM özel hayat kavramının, bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu, kişinin ismi ve kimliği, bireysel gelişimi, aile yaşamı yanında, dış dünya ile bağlantısını, başkaları ile ilişkisini, ticari ve mesleki faaliyetlerini de kapsadığını belirtmektedir (Bkz. *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29-33).

53. Özel hayata saygı hakkına ilişkin ihlal nedeniyle yapılacak inceleme kapsamında, öncelikle korunan menfaatin hakkın kapsamına girip girmediğinin, ikinci olarak hakkın kapsamı içinde olduğu tespit edilen menfaate yönelik bir müdahale olup olmadığının, müdahalenin varlığı halinde bunun Anayasa'nın 20. ve 13. maddelerinde öngörülen şartlara uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunup bulunmadığı, 20. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlama nedenlerinden birisine dayanıp dayanmadığı, 13. maddede yer alan öze dokunmama, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma ve

ölçülülük ilkelerine uyulup uyulmadığı değerlendirilmelidir.

54. Başvurucunun icra ettiği avukatlık mesleğiyle ilgili ve mesleği nedeniyle oluşan ilişkileri hakkında olumlu veya olumsuz çağrışım yapacak değerlendirmelerin özel yaşamla ilgili olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle şikâyet konusu menfaatin, özel hayata saygı hakkı kapsamı içinde olduğunda tereddüt bulunmamaktadır.

55. Bununla birlikte, demokratik toplumların karmaşık suç yöntemleriyle karşı karşıya kaldığı dikkate alındığında demokratik hukuk devletinin ve bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için istihbarat kurumlarının varlığına ve bu tür suçlarla etkin bir şekilde mücadele edebilmek için gizli gözetim çalışmalarına ihtiyaç duyulması mümkündür. Ancak istihbarat çalışmaları yoluyla bireylerin özel hayatlarına ilişkin bilgilerin toplanması ancak demokratik kurumları korumak için zorunlu olduğu ölçüde meşru görülebilir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Rotaru/Romanya*, B. No: 28341/95, 4/5/2000, § 47).

56. Bu kapsamda, 2937 sayılı Kanun'un 4. maddesinde Milli İstihbarat Teşkilatının, Türkiye Cumhuriyetinin bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını oluşturmak ve bu istihbaratı gerekli kuruluşlara ulaştırmak yönünde yasayla verilmiş bir görevleri bulunmaktadır. Silahlı bir devrim gerçekleştirmeyi amaçlayan yasa dışı bir örgütle ilgili istihbaratın temin edilmesi ve bu istihbaratın ilgili kurumlara ulaştırılmasının anılan görev kapsamında gerçekleştirildiğinin kabulü gerekir.

57. Bu bağlamda başvurucuya ilişkin bilgilerin de yer aldığı istihbarat raporunun yukarıda anılan yasal hükme dayalı olarak hazırlandığı, Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan milli güvenlik, kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

58. Bir yasa dışı örgütün çeşitli yönleriyle değerlendirildiği başvuru konusu rapordaki başvurucuyla ilgili ifadeler (§12), başvurucunun bu örgütle veya örgütün suç oluşturan faaliyetleriyle ilgisi olduğu yönünde bir yargı ve kesinlik taşımamakta olup, örgüt iletişiminin izlenmesi amacına yönelik bazı olgulara işaret etmektedir.

59. Bununla birlikte duruşmaların kural olarak kamuya açık yürütüldüğü dikkate alındığında, yasa dışı örgüt mensuplarıyla cezaevinde görüşen şahısların, örgüt üst yönetimi ile cezaevinde bulunanlar arasında aracılık/kuryelik yapabileceği ve başvurucunun bu örgütün mensuplarının davalarını genellikle takip eden bir avukat olarak önem arz eden şahıslar arasında olduğu

yönündeki değerlendirme, sadece bir olgu ve durum tespiti olarak kabul edilemez. Bu değerlendirme başvurucunun kişiliğiyle ilgili bir kanaat oluşmasına neden olabilecek niteliktedir. Bu kanaatin oluşmasına neden olabilecek değerlendirme, raporun dava dosyasında bulundurulmasıyla alenileşmiştir.

60. Başvurucu hakkında mesleğiyle bağlantılı ve olumsuz olarak nitelendirilebilecek bu değerlendirmenin hukuki kesinlik taşımamasına ve başvuru hakkında bir isnada dayanak teşkil etmemesine rağmen, dava dosyasına konulmak suretiyle alenileştirilmesiyle başvurucunun özel hayatına yönelik ağır bir müdahale gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Demokratik bir toplumda, doğruluğu hiçbir şekilde sorgulanamamış ve denetime tabi tutulmamış istihbarî nitelikteki bilgilerin dava dosyasına konulması suretiyle alenileştirilmesi kabul edilemez. Hakkında kamu davası açılmayan başvurucuya ilişkin bilgilerin dava dosyasına konulması demokratik toplumda gerekli kabul edilemeyeceği gibi ölçülü olduğu da söylenemez.

61. Bu belirlemeler karşısında başvurucunun icra ettiği avukatlık mesleği nedeniyle oluşan ilişkileri çerçevesinde, olumsuz sayılabilecek bir değerlendirme içeren raporun kamuya duyurulması sonucunu doğuran uygulama nedeniyle özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

62. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, esas inceleme sonunda ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedileceği belirtilmiş; ancak yerindelik denetimi yapılamayacağı, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

63. Başvuruda, Anayasa'nın 20. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Başvurucu 100.000 TL manevi ve 100.000 TL maddi tazminat talep etmiştir. Ancak maddi tazminata dayanak belge sunulmamıştır.

64. Başvurucunun manevi tazminat talebine ilişkin olarak, verilen ihlal kararının adil tatmin bakımından yeterli olduğu değerlendirilmiştir. Başvurucu uğradığını ileri sürdüğü maddi zarara ilişkin bir belge sunmadığı gibi zararın sözü edilen ihlalden kaynakladığını da ortaya koymamıştır. Bu nedenle maddi tazminata ilişkin talebin reddine karar vermek gerekir.

65. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

E. Başvurucunun,

1. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetlerinin “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetlerinin KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

F. *Özel hayata saygı hakkına ilişkin* Anayasa’nın 20. maddesinin birinci fıkrasının İHLAL EDİLDİĞİNE,

G. İhlal kararının adil bir tatmin sağlaması nedeniyle ayrıca manevi tazminata hükmedilmesine YER OLMADIĞINA,

H. Maddi tazminat talebinin REDDİNE,

I. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

J. Ödemenin, kararın tebliğinden sonra Maliye Hazinesine yapılacak başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

K. Kararın bir örneğinin ilgili mahkemesine gönderilmesine,

9/1/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Alparslan ALTAN

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİ
(MD. 24)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

Başvuru Numarası: 2014/256

Karar Tarihi: 25/6/2014

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	: Haşim KILIÇ
Başkanvekili	: Serruh KALELİ
Başkanvekili	: Alparslan ALTAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Osman Alifeyyaz PAKSÜT Zehra Ayla PERKTAŞ Recep KÖMÜRCÜ Burhan ÜSTÜN Engin YILDIRIM Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Erdal TERCAN Muammer TOPAL Zühtü ARSLAN M. Emin KUZ Hasan Tahsin GÖKCAN
Raportör	: Yunus HEPER
Başvurucu	: Tuğba ARSLAN
Vekili	: Av. Ali ÖZKAYA Av. Habibe SELİMOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, Ankara Barosuna kayıtlı avukat olarak çalıştığını, bir duruşmaya başörtülü olarak katılması nedeniyle hâkimin duruşmanın yapılamayacağını belirterek müvekkiline kendisini bir başka avukatla temsil ettirmesi için süre vermesi ve duruşmayı ertelemesinin din ve vicdan özgürlüğü, sa-

vunma hakkı ve mahkemeye erişim hakkı, çalışma hakkı ve ayrımcılık yasasına aykırılık oluşturduğunu iddia etmektedir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, başvuru vekili tarafından 8/1/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca, 16/1/2014 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 29/1/2014 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 29/1/2014 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı görüşünü 24/2/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvurucuya 25/2/2014 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını 6/3/2014 ve 11/3/2014 tarihlerinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu, Ankara Barosuna kayıtlı serbest avukat olarak çalışmaktadır.

9. Danıştay Sekizinci Dairesinin 5/11/2012 tarih ve E.2012/5257 sayılı kararı ile Türkiye Barolar Birliği'nin (TBB) 8-9 Ocak 1971 tarihli IV. Genel Kurulu'nda kabul edilmiş ve 26 Ocak 1971 tarihli TBB Bülteni'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan Meslek Kurallarının 20. maddesinde bulunan "*başları açık*" ibaresinin yürürlüğünü durdurmuştur.

10. TBB, 25/2/2013 tarih ve 2013/11 sayılı duyurusu ile tüm Barolara, Danıştay Kararı doğrultusunda işlem yapılması çağrısında bulunmuştur.

11. Söz konusu "*başları açık*" ibaresinin yürürlüğünün durdurulmasından sonra başvuru başörtülü olarak duruşmalara katılmaya başlamıştır.

12. Başvurucu, müvekkilini temsilen 4/12/2012 tarihinde Ankara 11. Aile Mahkemesine boşanma davası açmıştır.

13. Ankara 11. Aile Mahkemesinin 2012/1629 Esas sırasında görülmekte olan boşanma davasının 11/12/2013 tarihli celsesinde mahkeme hâkimi, başvurunun başörtülü olarak duruşmada görev yapamayacağını ve bu nedenle duruşmanın yapılamayacağını belirtmiş ve başvurunun müvekkiline kendisini yeni bir avukatla temsil ettirmesi için bir sonraki celseye kadar süre vermiştir. Ankara 11. Aile Mahkemesi kararının konuya ilişkin gerekçeleri şu şekildedir:

“1-Bangolar Yargı Etiği İlkeleri, Avrupa Barolar ve Hukuk Birlikleri Konseyi Meslek Kuralları, AİHM’in ve Anayasa Mahkemesinin başörtüsünün laiklik karşılığı güçlü bir dini simge ve siyasal simge olduğuna ilişkin kararları uyarınca avukatların başörtülü olarak duruşmalarda görev yapamayacaklarından Bu nedenle duruşmanın 06/02/2014 günü saat 11:40 bırakılmasına,

2-Davacıya kendisini başka bir vekille temsil ettirmesi için gelecek duruşmaya kadar süre verilmesine,

...”

B. İlgili Hukuk

14. 19/3/1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun “Avukatlık ruhsatnamesi ve yemin” kenar başlıklı 9. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Ruhsatnameler ve avukat kimlikleri Türkiye Barolar Birliği tarafından tek tip olarak bastırılır ve düzenlenir. 8 inci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen şekilde Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca uygun bulma kararı verildiğinde ruhsatnameler Birlik Başkanı ve ilgili Baro Başkanı tarafından imzalanır. Avukat kimlikleri, tüm resmî ve özel kuruluşlar tarafından kabul edilecek resmî kimlik hükümündedir.”

15. 1136 sayılı Kanun’un “Avukatların resmi kılığı” kenar başlıklı 49. maddesi şöyledir:

“Avukatlar, mahkemelere, Türkiye Barolar Birliğinin belirteceği resmi kılıkla çıkmak zorundadırlar.”

16. Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği’nin “Avukatlık Ruhsatnamesi, Ant ve Avukat Kimliği” kenar başlıklı 13. maddesinin birinci, ikinci, yedinci ve sekizinci fıkraları şöyledir:

“Avukatlık ruhsatnamesi ve avukat kimliği, Türkiye Barolar Birliği tarafından tek tip olarak bastırılır ve düzenlenir.

Türkiye Barolar Birliği, mesleğe kabul edilen adayın dosyasındaki bilgilere göre ruhsatnameyi düzenleyerek, soğuk damga ile fotoğrafını mühürler ve ruhsatname defterine kaydeder. Türkiye Barolar Birliği Başkanınca imzalanan ruhsatname,

baro başkanı tarafından imzalanmak üzere barosuna gönderilir ve imza tamamlandıktan sonra ilgisine verilir. Mesleğe kabul edilen adayın avukat kimliği de, ruhsatname ile birlikte ilgisine verilmek üzere Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenlenerek barosuna gönderilir.

...

Türkiye Barolar Birliği tarafından tek tip olarak bastırılan ve barolardan gelen bilgilere göre düzenlenen kimlikler ilgisine verilmek üzere barosuna gönderilir.

Avukat kimliği resmi belge niteliğindedir."

17. Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin "Kılık" başlıklı 20. maddesi şöyledir:

"Avukatlar, mahkemelerde, Türkiye Barolar Birliği ve baro disiplin kurullarında görev yaparken ve avukatlık ant içme törenlerinde, Türkiye Barolar Birliği'nin belirlediği resmi kıyafet giymek zorundadırlar.

Türkiye Barolar Birliğince belirlenen resmi kılık, Türkiye Barolar Birliği ve baro genel kurullarında ya da yargı kuruluşları mensuplarının resmi kılıkları ile katıldıkları resmi törenlerde de giyilebilir.

Avukatlar, mahkemelerde münhasıran vekâlet görevi ifa ettikleri davalar dışında resmi kılık giyemezler.

Avukatlar, mesleki ve yargısal faaliyetleri sırasında meslek kurallarının 20 nci maddesine uygun davranmak zorundadırlar."

18. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 20. maddesi şöyledir:

"Avukatlar ve avukat stajyerleri, mesleğe yaraşır bir kılık ve kıyafetle, başları açık olarak mahkemelerde görev yaparlar. Duruşmalara, Türkiye Barolar Birliği'nce şekli saptanmış cübbe ile ve temiz bir kıyafetle çıkarlar. Erkek avukatlar, iklim ve mevsim koşullarının elverdiği ölçüde kravat takarlar."

19. Danıştay Sekizinci Dairesinin 5/11/2012 tarih ve E.2012/5257 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...

Dava konusu işlem, davacının bu işleme yönelik iptal İstemi ve dava dilekçesi-nin içeriği birlikte değerlendirildiğinde; istemin, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 20. maddesinde yer alan "başları açık" ibaresine yönelik olduğu kabul edilerek, bu maddenin diğer kısımları açısından inceleme ve değerlendirme yapılmayacaktır.

Avukatlık Kanunu ve Yönetmelikte yapılan düzenlemeler ile avukatların kimlik ve ruhsatnamelerine ilişkin kurallara yer verilirken bu belgelerin şekli ve niteli-

ği belirlenmiş olup; anılan belgelerde kullanılacak fotoğraflara İlişkin bir belirleme yapılmamıştır. Bu düzenlemelerde; avukatlarca belirli yer ve zamanlarda giyilmesi gereken resmi kıyıktan söz edilmiş ve bu kıyığın da Türkiye Barolar Birliğince belirlenen ve avukatların mahkemeler veya belirli törenlerde üzerlerine giydikleri cübbe olduğu anlaşılmıştır. Buna mukabil, Yönetmelikte avukatların mesleki ve yargısal faaliyetleri sırasında Meslek Kurallarının 20. maddesine uygun davranmak zorunda oldukları yolunda atıf yapılmıştır.

Bu atıftan hareketle avukatlık kimliklerinin mesleğin ifasından bağımsız düşünülmemeyeceği ve görevin bir parçası olması nedeniyle söz konusu maddenin avukatlık kimlikleri açısından da geçerli olacağı sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır.

Bu nedenle, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 20. maddesinde yer alan “başları açık” ibaresine yönelik dava konusu uyuşmazlığın bu açıklamaların ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Dava konusu madde ile avukatlık mesleğinin bir serbest meslek olduğu hususu değerlendirilmeksizin sadece yürütülen hizmetin kamu hizmeti olduğundan bahisle kamu görevlilerinin uymakla yükümlü olduğu yürürlükteki mevzuat hükümleriyle getirilen kurallara benzer nitelikte bir uygulama yapılarak bu kurallar serbest meslek icra eden avukatlar açısından da geçerli hale getirilmiştir.

Yukarıda yer verilen kurallarda da belirlendiği şekli ile avukatlık, sunulan hizmet açısından bir kamu hizmeti; mesleki faaliyet olarak ise bir serbest meslektir. Bu bakımdan; mesleğin kendine özgü kuralları bulunduğundan avukatlık mesleği Anayasada yapılan kamu görevlisi tanımı içinde de değerlendirilmemektedir. Aksine bir yaklaşımla sadece yürütülen hizmetin kamu hizmeti olmasından hareketle kamu görevlilerinin tabi olduğu kurallara tabi kılınması mesleğin niteliği ve gerekleri ile örtüşmeyecektir.

Bir düzenleyici işlemin hiyerarşik olarak bağlı bulunduğu üst hukuk normlarında düzenlenen konuların, genel ve objektif kuralları açıkça içermesi gerekmektedir. Üst hukuk normlarında açık bir düzenlemeye yer verilmediği durumlarda bir hakkın kullanımının engellenmesi ya da kısıtlanması sonucunu doğuran bir başka düzenleme yapılması hukuken mümkün değildir.

Anayasa ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ancak bu maddelerde belirlenen sebeplerin varlığı halinde özlerine dokunulmaksızın ve bu sebeplere dayalı olarak kanunla kısıtlanabilmesi mümkündür. Bu kısıtlamaların ise; Anayasanın Özüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı yine Anayasada düzenlenmiştir.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere; dava konusu edilen maddede dayanağı Kanunda yer almayan bu ibareye yer verilmek suretiyle Kanunun amacını aşan

nitelikte bir düzenleme yapılmıştır. Böylece dava konusu kural, dayanağı Kanuna aykırı bir niteliğe dönüşmüştür.

Nitekim, dayanağı üst hukuk normunda bu konuda herhangi bir kısıtlama ya da engelleme bulunmadığı halde söz konusu maddede yer alan bu belirlemenin, Anayasa ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmış olan çalışma hak ve özgürlüğünün ve yine bu düzenlemelerle güvence altına alınmış olan din ve vicdan özgürlüğüne bağlantılı olarak ihlal edilmesi sonucunu doğuracağı da açıktır.

Öte yandan; kimlik belgeleri kişilerin tanınmalarına yarayan resmi bir belge olduğundan kimliğe yapıştırılacak fotoğrafın da ilgililerin özelliklerini belirtecek nitelik taşıması, sahibinin kolayca tanınmasını sağlayacak şekilde olması gerekeceğinden tanınmayı zorlaştıracak başka hiçbir unsurun bulunmaması gerektiği de şüphesizdir.

Nitekim, Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte, nüfus ve uluslararası aile cüzdanlarına yapıştırılacak fotoğrafların niteliği belirlenirken kadınların alın, çene ve yüzleri açık olmak şartıyla başörtüsüyle fotoğraf verebileceğine işaret edilmiştir. Böylece başörtülü olarak verilecek fotoğraf açısından da ölçüt bu şekilde ortaya konulmuştur.

Bu hali ile; Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 20. maddesinde yer alan “başları açık” ibaresi ile buna dayalı tesis edilen işlemin üst hukuk normlarına aykırı olması nedeniyle hukuka uygun olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, dava konusu işlemlerin uygulanması halinde telafisi güç ve imkânsız zararların oluşacağı da açıktır.

Açıklanan nedenlerle; davacının, davalı idarenin avukat kimliklerinin yenilenmesine ilişkin kararı üzerine, avukatlık kimliğinin yenilenmesi istemiyle yaptığı başvurunun Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 20. maddesi uyarınca reddedilmesine ilişkin 3.11.2011 tarih ve 5620 sayılı Türkiye Barolar Birliği işleminin yürütmesinin durdurulmasına gerekçe yönünden oyçokluğu; bu işlemin dayanağı Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 20. maddesinde yer alan “başları açık” ibaresinin yürütmesinin durdurulmasına oyçokluğu ile bu kararın tebliğini izleyen günden itibaren 7 (yedi) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’na itiraz yolu açık olmak üzere, 05.11.2012 gününde karar verildi.”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Mahkemenin 15/4/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
cunun 8/1/2014 tarihli ve 2014/256 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği
düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

21. Başvurucu, Danıştay 8. Dairesinin 5/11/2012 tarih ve 2012/5257 esas sayılı kararı ile Türkiye Barolar Birliği (TBB) Avukatlık Meslek Kurallarının 20. maddesinde yer alan *“Avukatlar ve avukat stajyerleri, mesleğe yakışır bir kılık kıyafetle, başları açık olarak mahkemelerde görev yaparlar.”* cümlesinde yer alan *“başları açık”* ibaresinin yürütmesinin durdurulmasına karar verdiğini, bu karardan sonra TBB başkanlığının 25/2/2013 tarih ve 2013/11 sayılı duyurusu ile Danıştay kararı doğrultusunda işlem tesis edilmesi için kararın tüm barolara gönderildiğini belirtmiştir. Başvurucu, Danıştay kararından sonra başörtülü olarak duruşmalara girilmesini engelleyen herhangi bir kuralın bulunmadığını, dolayısıyla Ankara 11. Aile Mahkemesinin başörtülü olarak duruşmada görev yapamayacağı yönündeki ara kararının Anayasa’nın 24. maddesinde yer alan din ve vicdan özgürlüğüne, 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına, 49. maddesinde yer alan çalışma hakkına ve 10. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturduğunu iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Adil Yargılanma Hakkı Yönünden

22. Başvurucu, Ankara 11. Aile Mahkemesinin başörtülü olarak duruşmada görev yapamayacağı yönündeki ara kararı ile müvekkilinin mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ayrıca, başvuru konusu karar ile müvekkilinin kendisini bir vekil ile temsil edilmesinin engellendiği gibi kendisinin de bir avukat olarak mahkemede müvekkilini savunma hakkını kullanamadığını, bu sebeple savunma hakkının kısıtlandığını ileri sürmüştür.

23. Başvurucunun iddialarına karşı Bakanlık görüşünde, başvuru konusu olayda başvurucuya isnat edilen bir suç bulunmadığı gibi başvurucunun söz konusu davanın davalısı veya davacısı da olmadığı, bu sebeple başvurucunun savunma ve mahkemeye erişim haklarının kısıtlandığı yönündeki iddialar hakkında görüş verilmesine gerek görülmediği belirtilmiştir.

24. Başvurucu, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı, başvuru dilekçesindeki beyanlarını tekrar etmiştir.

25. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un, *“Bireysel başvuru hakkı”* kenar başlıklı 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla

Anayasa Mahkemesine başvurulabilir.”

26. 6216 sayılı Kanun’un “*Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar*” kenar başlıklı 46. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir”

27. 6216 sayılı Kanun’un “*Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar*” başlıklı 46. maddesinde kimlerin bireysel başvuru yapabileceği sayılmış olup, anılan maddenin (1) numaralı fıkrasına göre; bir kişinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmesi için üç temel ön koşulun birlikte bulunması gerekmektedir. Bu önkoşullar, başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmâlden dolayı, başvuru-rucunun “*güncel bir hakkının ihlâl edilmesi*”, bu ihlâlden dolayı kişinin “*kışisel olarak*” ve “*doğrudan*” etkilenmiş olması ve bunların sonucunda başvuru-cunun kendisinin “*mağdur*” olduğunu ileri sürmesi gerekir (B. No: 2013/1977, 9/1/2014, § 42).

28. Bu üç temel koşula ilave olarak 6216 sayılı Kanun’un “*Bireysel başvuru hakkı*” başlıklı 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre Anayasa Mahkemesine ancak Anayasada güvence altına alınmiş temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin ihlâl edildiği iddiasıyla başvurulabilir. Buradan çıkan sonuca göre Anayasada güvence altına alınmiş temel hak ve özgürlüklerden, AİHS ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamında bir hakkı doğrudan etkilenmeyen kişi “*mağdur*” statüsü kazanamaz (B. No: 2013/1977, 9/1/2014, § 43).

29. Başvuru konusu olayda başvuru, Anakara 11. Aile Mahkemesinde görülmekte olan bir davada taraflardan birinin avukatlığını yapmaktadır. Başka bir deyişle başvuru, davanın taraflarından biri değil bir tarafın avukatıdır. Oysa Anayasa’nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı hukuk yargılamasında tarafların ve ceza yargılamasında hakkında suç isnat edilen kişilerin usulden kaynaklanan haklarını garanti altına almaktadır. Somut olayda mahkemeye erişim hakkı ve savunma hakkına müdahale edilen kişi başörtülü olması nedeniyle duruşması ertelenen ve sonraki duruşmaya kabul edilmeyeceği söylenen başvuru değildir.

30. Başörtülü olması sebebiyle duruşması ertelenen ve sonraki duruşmaya kabul edilmeyeceğine karar verilen başvuru-cunun adil yargılanma hakkı bağlamında güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenmemiştir. Bu işlem-den dolayı olarak etkilenmek başvuru-cuya bu şikâyet bakımından mağdur statüsü kazandırmaz. Bu durumda, söz konusu işlemin başvuru-cunun haklarına

bir müdahale oluşturduğu söylenemez. İşlemin mağduru olmayan başvuru-
cunun, bu işlem aleyhine de bireysel başvuru yapma hakkı bulunmamaktadır
(benzer bir karar için bkz. B. No: 2012/615, 21/11/2013, §§ 33-34).

31. Açıklanan nedenlerle, savunma hakkı ve mahkemeye erişim hakkı yö-
nünden başvuru-
cunun mağdur sıfatı taşımadığı anlaşıldığından, başvuru-
nun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin
“kişi yönünden yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi
gerekir.

b. Din ve Vicdan Hürriyeti, Ayrımcılık Yasağı ile Çalışma Hakkı Yönünden

32. Başvurucu, başörtülü olarak duruşmalara girilmesini engelleyen her-
hangi bir kuralın bulunmamasına rağmen Ankara 11. Aile Mahkemesinin
başörtülü olarak duruşmada görev yapamayacağı yönündeki ara kararının
Anayasa’nın 24. maddesinde yer alan din ve vicdan özgürlüğüne, 49. madde-
sinde yer alan çalışma hakkına ve 10. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı-
na aykırılık oluşturduğunu iddia etmiştir.

33. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve buna ek protokoller,
Sözleşme’ye taraf olan devletlere kamu hizmetine girmeyi, belli bir mesleği
icra etmeyi garanti altına almaz. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
(AİHM), çalışma hakkı kapsamında değerlendirilebilecek bazı konularla ilgili
şikâyetlerin Sözleşme’de korunan diğer hakları da ilgilendirmesi durumun-
da, ilgili haklarla bağlantı kurarak bir inceleme yapabilmektedir (AİHM’in
yaklaşımı hakkında bazı kararlar için bkz. *Sidabras ve Dziautas/Litvanya*, B. No:
55480/00 ve 59330/00, 27/7/2004, §§ 46-67; *Dahlab/İsviçre (dec.)*, B. No: 42393/98,
15/2/2001).

34. Başvurucunun dilekçesinde ifade ettiği ve Anayasa’nın 48. maddesin-
de yer alan çalışma ve sözleşme hürriyeti, Anayasa’da güvence altına alınmış
temel hak ve özgürlüklerden olmakla beraber, AİHS ve buna ek Türkiye’nin
taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına girmemektedir.
Ancak başvuru-
cunun çalışma ve sözleşme özgürlüğü konusundaki şikâyeti,
Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanında olan din ve vicdan özgürlü-
ğü ve ayrımcılık yasağı ile bağlantılıdır.

35. Açıklanan nedenlerle, başvuru-
cunun Anayasa’nın 48. ve 49. maddele-
rinin ihlal edildiği yönündeki iddialarının, Anayasa’nın 24. maddesinin ihlal
edildiği yönündeki iddialar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

36. Ankara 11. Aile Mahkemesinin 11/12/2013 tarihli duruşmasında, başvu-
rucunun başörtülü olması nedeniyle duruşmanın yapılmayarak ertelemesine
ve başvuru-
cunun müvekkiline yeni bir avukat tutması için süre verilmesine

karar vermiştir. Başvurucu, İlk Derece Mahkemesinin bu ara kararlarına karşı gidilebilecek herhangi bir hukuk yolunun bulunmadığını ileri sürmüştür. Adalet Bakanlığı iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin görüş sunmamıştır.

37. Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, bireysel başvuruda bulunulmadan önce, ihlal iddiasının dayanağı olan işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörülmüş olan idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği temel hak ihlallerinin öncelikle derece mahkemelerinde gidermekle yükümlü olması, kanun yollarının tüketilmesi koşulunu zorunlu kılar (B. No: 2012/1027, 12/2/2013, §§ 19, 20; B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 26).

38. Olağan kanun yollarının tüketilmesi ilkesi uyarınca, başvurusunun Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir. Anayasa Mahkemesinin başvuru yolları henüz tüketilmeden bir başvuruyu kabul edip incelemesi kural olarak mümkün değildir.

39. Kanun yollarını tüketme kuralının varlık nedeni, kamu gücü işlem ve eylemlerini gerçekleştiren makamlara ve öncelikli olarak da mahkemelere iddia edilen Anayasa ihlallerini önleme veya düzeltme imkânı vermektir. Kanun yollarını tüketme kuralının insan haklarını koruma amacı göz önüne alındığında aşırı biçimcilikten uzak ve belirli bir esneklikle uygulanması gerekir. Öte yandan iç hukuk yollarını tüketme kuralı ne kesin ne de otomatik olarak uygulanabilir bir kuraldır; bu kurala riayet denetlenmesinde somut davanın koşullarının dikkate alınması esastır. Başka bir deyişle bireysel bir başvuruda yalnızca hukuk sistemlerindeki kanun yollarının varlığı değil, aynı zamanda bunların işlediği bağlam ile başvuranın kişisel koşullarının gerçekçi bir biçimde ele alınması gerekir (bkz. *Kozacıoğlu/Türkiye* [BD], B. No: 2334/03, 19/2/2009, § 40).

40. Somut olayda İlk derece Mahkemesi iki ara kararı vermiştir. Bunlardan birincisi, başvurusunun başörtülü olması sebebiyle yargılamanın yapılmayarak duruşmanın ertelenmesi ve ikincisi ise başvurusunun müvekkiline yeni bir avukat tutması için süre vermesidir. Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunan bir başvuru hem teoride, hem de pratikte var olan ve kendisinin doğrudan başvurduğu takdirde şikâyetine giderim sağlayacak ve makul ölçüde bir başarı şansı sunan iç hukuk yollarını tüketmesi gerekir. Danıştay Sekizinci Dairesinin 5/11/2012 tarihli kararını uygulamaması nedeniyle İlk Derece Hâkimi hakkında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna (HSYK) şikâ-

kayette bulunulması mümkün ise de HSYK'nın, ilk derece mahkemesinin ara kararını denetlemesi ve kaldırması mümkün olmadığından bu yol, başvurunun şikâyetine giderim sağlayacak bir yol olarak değerlendirilemez.

41. Her ne kadar başvurunun 11. Aile Mahkemesinin verdiği ara kararın gözden geçirilmesi ve kaldırılması için aynı mahkemeye başvurusu mümkün ise de İlk Derece Mahkemesi bu konuda görüşünü daha önce açıkladığından ve bu kararını değiştirmesi ihtimal dâhilinde görünmediğinden bu yol etkili bir kanun yolu olarak kabul edilemez (aynı yöndeki bir karar için bkz. B. No: 2013/7521, 4/12/2013, § 30, 31, 34, 38, 39).

42. Mevcut koşullarda hukuk sistemimizde, davaya konu ara kararlarına karşı gidilebilecek, İlk Derece Mahkemesinin bu ara kararını denetleyerek hukuka aykırılığı tespit edecek ve gerekiyorsa Mahkemenin verdiği ara kararı kaldıracak etkili ama aynı zamanda pratik olarak da yeterince belirgin bir idari veya yargısal başvuru yolu bulunmamaktadır. Bu sebeplerle başvuru, kanun yollarının tüketilmesi yönünden kabul edilebilir niteliktedir.

43. Başvurucunun, başörtülü olması nedeniyle duruşmadan çıkartılması sebebiyle din ve vicdan özgürlüğü ile ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun bu şikâyetlere ilişkin kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Din ve Vicdan Hürriyeti Yönünden

44. Başvurucu, Anayasa'ya göre herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu; temel hak ve özgürlüklerin ancak Anayasa'da belirtilen çerçevede sınırlandırılabilceğini belirtmiştir. Başvurucu, dini inancı gereği başörtüsü taktığını, başörtülü olması nedeniyle duruşmalara kabul edilmediğini Anayasa'nın 24. maddesinde yer alan din ve vicdan özgürlüğüne müdahale oluşturduğunu savunmuştur. Başvurucu, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunmaksızın ancak kanunla sınırlandırılabilceğini oysa duruşmalarda başörtülü olarak bulunamayacağına ilişkin bir kanun hükmünün bulunmadığı halde duruşmalara katılmasının engellenmesinin Anayasa'nın 24. maddesinin ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür.

45. Adalet Bakanlığı,

i. Başvurucunun bu başlık altındaki şikâyetlerinin Sözleşme'nin 9. maddesi ile Anayasa'nın 24. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bakanlık görüşünde, din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplum için

önemi hatırlatılmış ve AİHM içtihatlarında dinsel kıyafetler giyilmesinin, başlık, örtü veya semboller taşınmasının kişilerin dini kaynaklı davranışları olarak kabul edildiği, bu sebeple kişilerin kendi iradeleri ve dini emirlere bağlı olma isteğiyle örtünmesinin ya da bir dinsel sembol taşımasının din ve vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

ii. Bakanlık görüşünde ayrıca AİHM'in haç, başörtüsü, türban gibi dini simgelerin taşınması ve giyilmesinin mesleki görüntüye ve başkalarının çıkarlarına zarar verdiğinin kanıtlanamaması durumunda devletlerin bireylerin dinini ifşa etme hakkına yapılan müdahalelerde 9. maddedeki pozitif yükümlülüklerine aykırı bir şekilde din ve vicdan özgürlüğünü yeterince güvence altına almadıklarını belirterek ihlal kararları verdiğini hatırlatmıştır.

iii. Bakanlık, AİHM'in yerleşik içtihatlarında din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin düzenlemelerde devletlerin geniş bir takdir hakkı bulunduğunu değerlendirdiğini, geçmişte benzer konuda AİHM'e yapılan başvurularda AİHM'in iç hukukta yer alan kısıtlayıcı bazı düzenlemelere ve yargı kararlarına dayanarak takdir hakkı doktrini çerçevesinde değerlendirmeler yaptığını ancak son yıllarda hükümetlerin demokratikleşme ve özgürlük alanlarının genişletilmesi neticesinde başörtüsü de dâhil olmak üzere kılık ve kıyafete ilişkin sınırlandırmaların kaldırıldığı belirtilmiştir. Bakanlık görüşünde kılık kıyafet serbestisine ilişkin olarak Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmeliğin 5. maddesinde yer alan "*Elbise, pantolon, etek temiz, düzgün, ütülü ve sade, ayakkabılar ve/veya çizmeler sade ve normal topuklu, boyalı, görev mahallinde baş daima açık, saçlar düzgün taranmış veya toplanmış, tırnaklar normal kesilmiş olur*" ibaresinin 4/10/2013 tarih ve 2013/5443 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile metinden çıkartıldığı bildirilmiştir. Söz konusu Bakanlar Kurulu Kararından sonra kadınların kamu kurum ve kuruluşlarında başları örtülü olarak görev yapabilmeleri mümkün hale gelmiştir.

46. Başvurucu Bakanlık görüşüne katılmış ve Anayasa'nın 24. maddesinde yer alan haklarının ihlal edildiğinin tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

47. Anayasa'nın "*Din ve vicdan hürriyeti*" başlıklı 24. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve beşinci fıkraları şöyledir:

"Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

...

Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz."

48. Birleşmiş Milletler (BM) Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin 18. maddesinin (1), (2) ve (3) numaralı fıkraları şöyledir:

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olacaktır. Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin aleni veya özel olarak bireysel ya da başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını ibadet, icra, bunun icaplarını yerine getirme ya da öğretme bakımından ortaya koyma özgürlüğünü de içerir.

2. Hiç kimse, kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu benimseme özgürlüğünü zedeleyecek bir baskıya maruz bırakılamaz.

3. Bir kimsenin kendi dinini veya inançlarını ortaya koyma özgürlüğüne ancak yasalarla belirlenen ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlakını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli kısıtlamalar getirilebilir.

49. Sözleşme'nin "Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü" başlıklı 9. maddesi şöyledir:

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.

50. Anayasa'nın 24. maddesinin ilk fıkrasında herkesin, vicdan, dinî inanç ve kanaat özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiş, ikinci fıkrasında da bu özgürlüğün doğal bir sonucu olarak özgürlüklerin kötüye kullanılmasını yasaklayan 14. madde hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla ibadetin, dinî ayin ve törenlerin serbest olduğu vurgulanmıştır. Üçüncü fıkrada, kimsenin, ibadete, dinî ayin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağı ve suçlanamayacağı ilkesine yer verilmiştir.

51. Din ve vicdan özgürlüğü Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurlarındandır. Benzer şekilde AİHM de din ve vicdan özgürlüğünü Avrupa kamu düzeninin temel unsuru olan

demokrasinin en önemli ilkelerinden biri olarak kabul etmektedir. AİHM, Kokkinakis/Yunanistan kararında Sözleşme'nin 9. maddesindeki özgürlüğün çoğulcu demokratik toplum açısından önemini şu şekilde ortaya koymuştur:

"9. maddede korunan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Sözleşme'deki anlamıyla 'demokratik toplum'un temel taşlarından biridir. Bu özgürlük dini boyutuyla, inananların kimliklerini ve yaşam biçimlerini şekillendiren en önemli unsurlardan biri olmanın yanı sıra, aynı zamanda ateistler, agnostikler, septikler ve din karşısında kayıtsız kalanlar için de çok kıymetli bir değerdir. Yüzyıllar süren bir mücadele sonucunda, büyük bir bedelle kazanılan ve demokratik toplumun ayrılmaz bir unsuru olan çoğulculuk da bu özgürlüğe dayanmaktadır." (Kokkinakis/Yunanistan, B. No. 14307/88, 25/5/1993, § 31)

52. Din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden biri olmasının kökeninde dinin hem bir dine bağlı olan bireyler tarafından hayati anlama ve anlamlandırmada başvurdukları temel kaynaklardan biri olması hem de toplumsal yaşamın şekillenmesinde önemli bir işlev görmesi bulunmaktadır. Bu işlev sebebiyle uluslararası düzlemde dinlerin özgürlükler karşısındaki konumlarından bağımsız olarak bireylerin belli ölçüler içerisinde din ve inanç özgürlüklerine sahip olduğu kabul edilmiştir. Diğer özgürlükler gibi din özgürlüğü de uzun ve zorlu bir sürecin sonucunda belli yasal ve anayasal güvencelere sahip kılınmıştır. Nitekim din özgürlüğü, evrensel ve bölgesel düzeyde insan haklarına ilişkin uluslararası bildiri ve sözleşmelerin birçoğunda korunan bir haktır.

53. Anayasa'nın 24. maddesinin koruduğu hakkın vazgeçilmez olması, din ve vicdan özgürlüğünün, hukukun üstünlüğüne dayanan, etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerinin kurulması ve sürdürülmesi için hayati öneme sahip olması nedeniyledir. Öte yandan din ve vicdan özgürlüğü ancak tanıma, çoğulculuk ve tarafsızlık anlayışı ile temellendirilen bir demokraside korunabilir.

54. Din özgürlüğü bağlamında "tanıma", devlet-birey ilişkilerinde devletin, tüm din veya inanç guruplarının varlıklarını eşit şekilde kabul etmesini gerektirir. Devletin çoğulcu bir tanıma siyaseti, bir yandan devleti toplumda herkese karşı eşit mesafede durmaya zorlarken öte yandan, devletin herhangi bir dini ya da ideolojiyi resmen benimsemesine izin vermez. Çoğulculuk ise herkesin kendi kimliğiyle ve kendisi olarak toplumsal ve siyasal yaşama katılmasıyla mümkündür. Farklılıkların ve farklı olanların tanınmadığı ve tehditler karşısında korunmadığı bir yerde çoğulculuktan bahsedilemez. Çoğulcu toplumda devlet, bireylerin kendi dünya görüşlerinin ve inançlarının gereğine uygun olarak yaşamalarını sağlamakla yükümlüdür. Devlet, toplumda var olan görüşlerden veya yaşam tarzlarından birini "yanlış" kabul etme yetkisine

sahip değildir. Bu bağlamda Anayasa'da yer alan sınırlama sebepleri bulunmadıkça, farklılıkların bir arada yaşatılması, çoğunluğun ya da azınlığın hoşuna gitmese de çoğulculuğun bir gereğidir. Din ve vicdan özgürlüğünü koruyan üçüncü anlayış ise bireylerin din ve vicdan özgürlüğünün eşit düzeyde korunmasının teminatı olan laiklikten doğan tarafsızlıktır.

55. Anayasa'nın 24. ve Sözleşme'nin 9. maddesi ile anlam ve kapsamı belirlenen din ve vicdan özgürlüğü, herkesin *"din veya inancını açığa vurma özgürlüğünü"*, *"din ve inancını değiştirme özgürlüğünü"*, kişilerin diledikleri inanç ve kaniya sahip olmalarını ve herhangi bir inanç ve kanaate sahip olmamalarını güvenceye almaktadır (Bkz. AYM, E.1997/62, K.1998/52, K.T.16/9/1998). Başka bir anlatımla, kişiler dini veya vicdani kanaatlerini açıklamaya ve herhangi bir tarzda ibadet etmeye, dini uygulamaya ve ayine katılmaya zorlanamayacakları gibi ibadetleri ve dini uygulamaları ile açıklamış oldukları dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamazlar.

56. Nitekim AİHM, *"Din özgürlüğü her ne kadar öncelikle bireysel vicdanı ilgilendiren bir mesele olsa da, o aynı zamanda, diğer şeylerin yanı sıra, kişinin dinini açıklama özgürlüğünü de ifade etmektedir. Söz ve amelle tanıklıkta bulunma, dinsel inançların varlığı ile bağlantılıdır."* (Kokkinakis/Yunanistan, B. No: 14307/88, 25/5/1993, § 31) demek suretiyle Sözleşme'nin 9. maddesinin din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin iki alanı koruduğunu belirtmiştir. Bunlardan birincisi, herkesin düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne mutlak olarak sahip olduğu içsel alan, ikincisi ise bu hakkın dışa vurulması sonucu ortaya çıkan ve sınırlı olan dışsal alandır.

57. Sözleşme'nin 9. maddesine paralel olarak Anayasa'nın 24. maddesi, kişinin herhangi bir inanca sahip olması veya olmamasını, inancını serbestçe değiştirebilmesini, inancını açıklamaya zorlanamamasını, bunlardan dolayı kınanamamasını ve baskı altına alınamamasını güvence altına alarak din ve vicdan özgürlüğünün içsel alanını, aynı şekilde, öğretim, uygulama, tek başına veya topluca ibadet ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açığa vurma hakkı ile de din ve vicdan özgürlüğünün dışsal alanını tanıyıp koruma altına almıştır.

58. Kişinin dinini seçme hakkı ile din, inanç ve düşüncelerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlanamaması, bunlardan dolayı kınanamaması, baskı altında tutulamaması ile devletin belirli bir dini veya inancı kişilere dayatmamasını ifade eden din ve vicdan özgürlüğünün içsel alanı demokratik, lâik bir hukuk devletinde kanun koyucunun her türlü etkisinin dışındadır. Bu husus 24. maddenin gerekçesinde *"...dini inanç ve kanaat hürriyeti, niteliği gereği hiçbir sınırlamaya tabi tutulamayacaktır. Bu husus 15. maddede açıkça belirtilmiştir"* ifadesi ile açıklanmıştır. Gerçekten de Anayasa'nın 15. maddesinde savaşı, se-

ferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde dahi kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan dolayı suçlanamayacağı açıkça belirtilmiştir.

59. Anayasa'nın 24. maddesi bir din veya inançtan kaynaklanan veya esinlenen her davranışı korumaz ve kamusal alanda bir inancın gerektirdiği biçimde davranma hakkını her durumda garanti etmez. Kişinin dinini ve inancını açığa vurma özgürlüğü sadece Anayasa'nın 24. maddesinin beşinci fıkrasında belirtilen nedenlerle ve Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullarda sınırlanabilir.

60. AİHM, Sözleşme'nin 9. maddesinin, yalnızca kişinin dinini ve inancını açığa vurma özgürlüğüne sınırlama getirmesinin sebebinin, farklı dinlerin bir ve aynı nüfus içerisinde yer aldığı demokratik toplumlarda, değişik kesimlerin menfaatlerini uzlaştırmak ve herkesin inançlarına saygıyı temin etmek olduğunu açıklamıştır (*Kokkinakis/Yunanistan*, B. No. 14307/88, 25/5/1993, § 33).

61. Bu genel açıklamalardan sonra, ilk olarak başvuru sahibinin Anayasa'nın 24. maddesi tarafından korunan bir hakkı olup olmadığı, eğer varsa bu hakkına yönelik bir müdahalenin bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. Başvurucunun Anayasa'nın 24. maddesi tarafından korunan bir hakkına müdahalenin varlığının tespit edilmesi halinde, bu müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında kanunla öngörülme, meşru bir amaca matuf olma ve demokratik toplumda gerekli olma şartlarını sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmelidir.

A. Müdahalenin Mevcudiyeti Hakkında

62. Anayasa'nın 24. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*vicdan*", "*dini inanç*" ve "*kanaat*" kavramlarının tanımlanmasının zorluğu açıktır. Bu zorluk sebebiyle kapsamlı bir tanım yapmak yerine bir davranışın Anayasa'nın 24. maddesinin koruma alanında kalıp kalmadığı somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir.

63. Din veya inancın açığa vurulması hakkının kapsamını değerlendirirken, Anayasa'nın 24. maddesi ile birlikte uluslararası sözleşmelerde açığa vurum hallerine ilişkin yapılan atıflar da göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim Anayasa'nın 24. maddesi ile birlikte Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin (MSHS) 18. maddesi ve Sözleşme'nin 9. maddesi uyarınca, açığa vurum genel olarak, bir "*din veya inancın*", "*uygulama, ibadet, öğretim ve ayin*"leri olarak kabul edilmiştir. Bu terimlerden de anlaşılacağı gibi, açığa vurumu tarif eden Sözleşme metinleri, daha çok "*ibadet*" ve "*ayin*" gibi, dinsel kaynaklı açığa vurumlar üzerinde yoğunlaşmaktadır. Buna karşın "*inancın uygulanması*" terimi, diğer açığa vurum şekillerinden çok daha kapsayıcı

nitelikte olması nedeniyle onun daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmasını gerektirmektedir. Bu gerekliliğin bir sonucu olarak örneğin, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, MSHS'nin 18. maddesi Hakkındaki 22 No.lu Genel Yorum'unda, "öğretme, uygulama, ibadet ve ayin" terimlerinin içeriğini daha geniş anlamda değerlendiren çeşitli davranış şekillerinin bir listesini vermiştir. Komiteye göre:

"İbadet kavramı inancı doğrudan ifade eden ayinsel ve törensel davranışlar ile, ibadet yeri inşa etme, ayinsel obje kullanımı, semboller taşınması ve tatil ve dinlenme günlerine uyulması gibi bu tip davranışların ayrılmaz parçası niteliğindeki çeşitli uygulamaları kapsar. Din veya inancın uygulanması ve ayinler sadece törensel davranışları değil, ayrıca beslenmeye ilişkin düzenlemelere uyulması, ayırt edici kıyafet giyilmesi veya başörtüsü takılması, hayatın belli aşamaları için belirlenmiş törenlere katılma ve bir grup tarafından geleneksel olarak konuşulan belli bir dilin kullanılması gibi gelenekleri de kapsar. Buna ek olarak, bir din veya inancın uygulanması ve öğretilmesi, bir dini grubun iç işlerinin idaresinin parçası olan, diğerlerinin yanında, kendi dini liderlerini, rahiplerini veya öğretmenlerini seçme özgürlüğü, dini okullar veya kurumlar oluşturma özgürlüğü ve dini metinler ve yayınlar hazırlama ve dağıtma özgürlüğü gibi davranışları içerir."

64. Buna karşın uluslararası sözleşmelerin hangi inanç türlerinin açığa vurulabilir nitelikte olduğunu tüm kapsamıyla ortaya koyduğu da söylenemez. Bir "inancın" açığa vurumunun kapsamının belirlenmesinde ortaya çıkan ilk güçlük, söz konusu "inancın" gerçekten var olup olmadığı ve statüsünün ne olduğunun tespitinde ortaya çıkmaktadır. İkinci güçlük ise, açığa vurumun söz konusu din veya inancın ilkeleri çerçevesinde gerçekleştiğinin ispatı sorunudur.

65. Sözleşme organları, bir inancın ön plana çıkmadığı, fakat daha çok kişisel istek veya düşüncelerin ifadesini içeren başvurularda, dışa dönük davranışları Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında değerlendirmekte çekimser davranmıştır. Mahkeme ve Komisyonun eğilimi, bir din veya inanç tarafından emredilmiş belirli bir davranışın bulunmadığı durumlarda, davranışın bir inançtan çok, bir fikrin ifadesi olduğunu varsaymak olmuştur (diğer başka kararlar yanında bkz. *Pretty/Birleşik Krallık*, B.No. 2346/02, 29/4/2002, § 82).

66. Bireyi, din veya inancına uygun davranmaktan alıkoymak, inancın kendisinin zayıflatılması ve bireyin din ve inanç özgürlüğünün ihlali ile sonuçlanacağından bireyin inancının açığa vurumunu değerlendirirken, açığa vurulan davranışların inancın "uygulama"sı olup olmadığının belirlenmesi önem kazanmaktadır. "Uygulama", sadece ibadete benzeyen davranışlar olarak mı anlaşılmalı, yoksa din veya inanç için önemli olan bütün davranışlar, emirler ve öğretiler bu kavram içerisinde mi değerlendirilmelidir? Bu sorunun çözü-

mü için AİHM, bazı kararlarında, açığa vurumu ifade eden davranış ile din veya inanç arasında bir ilişkinin bulunması gerektiği yönünde bir yaklaşımı benimsemiştir (*Arrowsmith/Birleşik Krallık*, B.No. 7050/75, 12/10/1978, §§ 43-44; *X/Avusturya*, B.No. 8652/79, 15/10/1981). AİHM bu “gereklilik kriteri”ni çoğunlukla, bir din veya inanç tarafından teşvik edilen ya da izin verilen fakat söz konusu din veya inancın açığa vurumu için zorunlu olmayan davranışların 9. madde kapsamına girip girmediğinin tespiti için kullanmıştır (örnek bir karar için bkz. *Khan/İngiltere*, B. No. 11579/85, 7/7/1986). Kural olarak bu gereklik testinde başvuru, kamu gücü tarafından sınırlandırılan bir davranışının veya faaliyetinin, inancından kaynaklanan bir uygulama olduğunu göstermesi gerekmektedir. Dolayısıyla sorgulanması gereken, başvurucuya yönelik sınırlamanın onun dini inançlarıyla ilgisi, başka bir deyişle başvurunun yapmaya zorlandığı ya da yapmaktan kaçındığı davranışın onun inançlarıyla bağlıdır.

67. Bir davranışın herhangi bir din veya inancın açığa vurulabilir nitelikte bir yönünü oluşturup oluşturmadığının tam anlamıyla ortaya konulmasında karşılaşılan güçlüklerin üstesinden gelmek için somut olayın koşullarına göre din ve inanç ile açığa vurulan davranış arasında yapısal veya teorik bir bağlantının bulunup bulunmadığı, davranışın ortaya çıktığı zaman ve mekân ile bireyin, inancını davranışının nedeni olarak ileri sürüp sürmediği, bu tespit yapılırken göz önünde bulundurulması gereken önemli noktalar.

68. Bununla birlikte, acil bir toplumsal ihtiyacı karşılama hali dışında, bir din veya inancın en iyi hangi şekilde açığa vurulacağına veya bir davranışın başvurunun ileri sürdüğü din veya inancın bir gerekliliği olup olmadığına söz konusu din veya inancın mensuplarınca karar verilebilir. Başka bir deyişle başvurunun din veya inancının uygulamasına ilişkin anlayışının ve bu anlayıştan doğan açıklamalarının, açıkça mesnetsiz veya mantıksız olmadığı müddetçe esas alınması gerekir.

69. Ancak, başvurunun beyanlarının gerçekliğinden emin olmak için, din veya inancı hakkında yaptığı açıklamaların teyit edilmesi gerekebilir. Bu kapsamda başvurunun din ve inancının uygulamasına ilişkin beyanı yanında başvuruya konu olan din veya inanca ilişkin otoritelerin görüşleri de göz önüne alınabilmektedir.

70. Buna karşın bazı din ve inançlar herhangi bir hiyerarşik yapılanma görmemiş olabilecekleri gibi öğreti ve uygulamaları yerleşmiş, belli bir hiyerarşik yapılanmaya sahip din veya inançların pek çoğunda da söz konusu din veya inancın öğretilerinin farklı şekillerde yorumlanabileceğinin akıldan tutulması gerekir. Aynı inanç içindeki farklılıklar belli bir inancın mensupları arasında sıklıkla görülür ve üstelik yargı organları bu tip farklılıkları din

ve vicdan özgürlüğü hükümleri bakımından tek başına çözümlemek için yeterince donanımlı değildir. Ayrıca açığa vuruma ilişkin güvence dinsel bir inancın bütün mensuplarının paylaşılan inançlar ile sınırlı da kabul edilemez. Özellikle bu hassas alanda, belirli bir din veya inancın mensuplarının hangisinin ortak inançlarının emirlerini daha doğru anladığını araştırmak yargılama faaliyetinin ve yargılama yetkisinin kapsamında değerlendirilemez.

71. Bir davranışın başvurusunun ileri sürdüğü din veya inancın bir gerekliliği olup olmadığını değerlendirirken bir din veya inanç mensubunun inancı ihlal edilmeden neleri yapabileceğini, başka bir deyişle bir kişinin neye inması ve nasıl davranması gerektiğine karar vermek gibi bir durum içine girmekten de sakınılması gerekir.

72. Aynı şekilde başvuruçuların kendi dinleri ile ilgili yorumlarını ve “*alışıldık dini uygulamaların*” neler olduğunu sorgulamak yargı organlarının ilgisi dışındadır. Aksine bir yaklaşım mahkemelerin veya kamu gücünü kullanan organların kendi değer yargılarını fiilen başvuruçuların vicdani değerlendirmesinin yerine koyarak, onların din veya inancın uygulamaları konusunda neye inanmalarının “*yerinde*” olduğunu belirlemeleri anlamına gelecektir. Amerikan Yüksek Mahkemesinin bir kararında belirtildiği gibi mahkemeler veya kamu gücünü kullanan diğer organlar dinsel bir iddianın inandırıcılığına karar vermeye cüret etmemelidirler (bkz. Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon/Smith*, 494 U.S. 872, 6/11/1989). Ancak tekrar etmek gerekirse böyle bir tutum, Anayasa’nın 24. maddesinin bir din veya inançtan kaynaklanan veya esinlenen her davranışı koruyacağı ve kamusal alanda bir inancın gerektirdiği biçimde davranma hakkını her durumda garanti edeceği anlamına gelmez (bkz. § 50).

73. Başvurucu, giyinme tarzının, mensup olduğu İslam dininin mutlaka yerine getirilmesi gereken kurallarından biri olduğunu, bu sebeple, kendisinin avukat olarak duruşmada bulunduğu sırada hâkim tarafından mahkemeden çıkartılmasının dinini serbestçe açığa vurma hakkına açık bir müdahale olduğunu savunmuştur. Başvurucu ayrıca, başörtüsü takmasının veya duruşmada çıkartmayı reddetme davranışının İslam Dini bakımından yerine getirilmesi gerekli bir uygulama olduğuna ilişkin açıklamalarını, Kur’an-ı Kerim’de yer alan konuyla ilgili Ayetlere, Hadislere ve Diyanet İşleri Başkanlığının bu konudaki görüşlerine dayandırmış, başörtüsü takmasının ve bir mahkemenin duruşmasında çıkartmayı reddetmesinin İslam Dini bakımından gerekli olduğunu ortaya koymuştur.

74. Bu bakımlardan, kadınların İslam dininin bir emri olduğu inancıyla başörtüsü takmasının, Anayasa’nın 24. maddesinin olağan anlamının kapsamında değerlendirilebilecek bir konu olduğunun kabul edilmesi gerekir.

75. Başörtüsü kullanmanın din özgürlüğü içinde değerlendirilmesi gerektiği, AİHM tarafından kabul edildiği gibi (bkz. *Leyla Şahin/Türkiye*, B. No. 44774/98, 29/6/2004, § 71) BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin tarafı olan ülkelerde uygulanmasını gözlemlemek amacıyla kurulmuş olan İnsan Hakları Komitesince de kabul edilmiştir. İnsan Hakları Komitesinin, Özbekistan hakkında vermiş olduğu kararında kendine özgü dinsel başörtüler kullanılmasının dinsel yaşamın korunması gereken bir yönünü oluşturduğu belirtilmiştir:

"Başvurucu mağdur, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün ihlal edildiğini, inancının gereği olarak tatbik ettiği başörtüsünü tatbik etmekten vazgeçmek istemesi nedeniyle, üniversiteden uzaklaştırılmış olduğunu iddia etmektedir. Komite, kişinin dinini ve inancını ifade etme hürriyetinin kamusal alanda din ve inancına uygun kılık ve kıyafet giymesini de kapsadığını kabul eder. Bunun da ötesinde Komite, kişinin özel ya da kamusal alanda dini elbise giymesinin yasaklanmasını, kişinin din seçme ya da değiştirme özgürlüğüne zarar verecek herhangi bir zorlamayı yasaklayan 18. maddenin 2. fıkrasının ihlali olarak değerlendirir." (bkz. *Raihon Hudeyberganova /Özbekistan*, B. No. 931/00, 5/11/2004, § 6.2).

76. Bu itibarla, dini inanç gereği başörtüsü takma hakkının yeri ve tarzı konusunda sınırlama getiren kamu gücü işlem ve eylemlerinin kişinin dinini açığa vurma hakkına bir müdahale teşkil ettiği kabul edilmelidir.

77. Bu müdahaleler, Anayasa'nın 24. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında belirtilen anayasal yasaklardan olmadığı ve kanunlar tarafından öngörülme koşulunu sağlamadığı ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen diğer koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 13. ve 24. maddelerinin ihlalinin teşkil edecektir.

78. Anayasa'nın 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"* demektedir. Anayasa'nın bu maddesi bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler kullanılarak sınırlandırılabileceğini ortaya koymaktadır. Başka bir deyişle Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri hak ve özgürlükler üzerinde yasayla yapılan bütün sınırlamalar bakımından geçerlidir ve sınırlamanın sınırını oluşturur.

79. Bu sebeple, bir temel hak ve özgürlüğe yönelik müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilmiş olma, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belir-

lenmesi gerekir. Bu denetim sırasında Anayasa Mahkemesi öncelikle müdahalenin kanunilik şartına uyup uymadığını inceleyecektir. Zira kanuna dayanmayan bir müdahalenin, öze dokunmama, demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma ve ölçülülük gibi diğer güvencelere uygun olup olmadığı incelenmeden bir Anayasal hakkı veya özgürlüğü ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilecektir. Bu sebeple bir ilk olarak kanunilik unsurunun değerlendirilmesi gerekir. Kanunilik şartının sağlanması halinde müdahalenin Anayasa’da öngörülen amaçla yapıp yapılmadığı ve daha sonra da diğer koşullara uygunluk denetimi yapılmalıdır.

B. Kanunlar Tarafından Öngörülme

80. Başvurucu, avukatların duruşmalarda başörtüsü takmasının yasak olduğuna ilişkin bir kanuni dayanak bulunmadığını, daha önce Barolar Birliği Meslek İlkelerinde avukatların başlarının açık olarak duruşmalara girmeleri kuralının bulunduğunu, bu kuralın Danıştay 8. Dairesinin 5/11/2012 tarihli kararı ile yürürlüğünün durdurulduğunu, Barolar Birliği Başkanlığının 25/2/2013 tarihli kararı ile Danıştay kararının tüm barolara duyurulduğunu ve bu karar doğrultusunda işlem yapılmasının istendiğini dolayısıyla olay günü, başörtüsü ile duruşmalara girilemeyeceğine dair herhangi bir kanun veya mevzuat hükmü bulunmadığını ileri sürmüştür.

81. Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler. Yine bu sebeple hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütü anayasa hukukunda önemli bir yere sahip olmuştur (Bkz. AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 24/9/2008).

82. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahalenin hukuki bir temelinin yani müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün mevcut olup olmadığıdır. Anayasa’nın 24. maddesi kapsamında yapılan bir müdahalenin kanunilik şartını sağladığının kabulü için, müdahalenin “kanuni” bir dayanağının bulunması zorunludur (kanunilik şartına başka bir bağlamda dikkat çeken bir karar için bkz. B. No: 2013/2178, 19/12/2013, § 36).

83. Sözleşme’nin lafzı ve AİHM içtihadı uyarınca da, Sözleşme’nin 9. maddesi kapsamında yapılacak bir müdahalenin meşruluğu, öncelikle söz konusu müdahalenin “hukuk” (*prescribed by law/prévue par la loi*) uyarınca gerçekleştirilmesine bağlı tutulmuş olup, müdahalenin hukukilik unsurunu taşımadı-

ğının tespiti halinde, Sözleşmenin 9. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan diğer güvence ölçütleri tetkik edilmeksizin, müdahalenin ilgili maddeye aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır (Benzer yönde AİHM kararı için bkz. *Hasan ve Chaush/Bulgaristan* [BD], B. No: 30985/96, 26/10/2000, §§ 84-86).

84. “*Kanun ile sınırlama*” ölçütü veya “*kanunilik ilkesi*” Sözleşme’nin din ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesinde de bir sınırlama ve güvence ölçütü olarak yer almaktadır. Buna karşın Sözleşme’de yer alan “*prescribed by law/prêvue par la loi*” kavramı ile Anayasa’da yer alan “*kanunilik ilkesi*” tam olarak aynı değildir (bkz. §§ 94-95). AİHM, “*kanun ile öngörülmüş olma*” kavramına Türk hukukunda kanunilik ilkesine verilen anlamdan daha geniş bir anlam vermektedir.

85. Anayasasının 87. maddesine göre “*kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak*” Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkisindedir. Bir yasama işlemi olarak kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisinin iradesinin ürünüdür. Kanun, parlamento kararı dışında kalan ve Anayasanın yetki verdiği Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, Anayasa’da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan işlemlerdir. Anayasa’nın 7. maddesinde yer alan “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez*” kuralı, bir ayırım yapmadan, kanunun maddi ve şekli anlamlarını kapsamaktadır. Anayasa’nın 7. maddesinin anlamı, kanun yapma yetkisinin başka bir mercie devredilemeyeceği ve bunun doğal sonucu olarak da Anayasa’ya göre kanunla yapılması zorunlu olan bir düzenlemenin başka bir merci tarafından yapılamayacağıdır.

86. Buna karşın Anayasa’nın 8. maddesi uyarınca “*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*”. Bu bakımdan, yürütme yetkisi ve görevi “*kanunlara uygun olarak*” kullanılması gerektiğinden kanun ile düzenlenebilecek konularda, yasama organının asli kuralları koymakla yetinerek, bunun yanı sıra tali ve uygulayıcı kuralları idari düzenleyici işlemlere bırakması mümkündür.

87. Başka bir ifadeyle, Anayasa’ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Buna karşın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılacağına ilişkin Anayasa’nın 13. maddesi, bir kanun hükmü olmaksızın yürütme ve idarenin bir hak ve hürriyeti ilk elden düzenleyici işlemle sınırlamasına izin vermez.

88. Dahası, Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca sosyal ve ekonomik haklar hariç olmak üzere temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılamaz. Dolayısıyla kanun

hükmünde kararname ile dahi düzenlenemeyecek temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenlemenin ilk elden idari düzenleyici işlemlerle yapılması Anayasa karşısında mümkün değildir.

89. Temel hak ve özgürlükler alanında yasama organının, keyfilğe izin vermeyen, öngörülebilir düzenlemeler yapma zorunluluğu vardır. İdareye keyfi uygulamalara meydan verebilecek çok geniş bir takdir yetkisi tanınması Anayasa'ya aykırı olabilecektir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli görülemez, aynı zamanda kanunların niteliğine de bakılmalıdır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir alanda kanunun emrine dayanarak yürütme organınca alınacak önlemler objektif nitelik taşımalı ve idarenin keyfi uygulamalarına sebep olacak geniş takdir yetkisi vermemelidir (Bkz. AYM, E.1984/14, K.1985/7, K.T. 13/6/1985). Aksi bir durumda temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılacağına ilişkin Anayasa'nın 13. maddesi hükmüne de aykırılık oluşturmaktadır.

90. Yukarda zikredilen ilkeler çerçevesinde somut olay değerlendirilmelidir. Danıştay Sekizinci Dairesinin 5/11/2012 tarihli kararı ile Barolar Birliği Meslek Kurallarının 20. maddesinde yer alan *"başları açık"* ibaresinin, dayanağı kanunda yer almayan ve kanunun amacını aşan bir düzenleme olduğu; üst hukuk normunda bir kısıtlama olmadığı halde dava konusu kuralda yer alan söz konusu ibare nedeniyle Meslek Kuralının hukuka uygun olmadığı sonucuna varılmış ve söz konusu kuralın yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiştir. Öte yandan Danıştay kararına göre, 1136 sayılı Kanun'un 49. maddesinde yer alan *"Avukatlar, mahkemelere, Türkiye Barolar Birliğinin belirteceği resmi kılıkla çıkmak zorundadırlar"* hükmü Barolar Birliğine başörtüsü konusunda bir sınırlandırma yetkisi vermemektedir.

91. Dolayısıyla mevcut durumda başvurucunun din ve inanç özgürlüğünü sınırlandıran ve Anayasa'nın 13. maddesinin aradığı anlamda kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne geçen ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olacak, erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmünün bulunmadığı anlaşılmaktadır.

92. Başvuru konusu olayda başvurucunun başörtüsü ile duruşmaya katılması talebi, Mahkemece, *"AİHM'in ve Anayasa Mahkemesinin başörtüsünün laiklik karşıtı güçlü bir dini simge ve siyasal simge olduğuna ilişkin kararları uyarınca avukatların başörtülü olarak duruşmalarda görev yapamayacakları"* gerekçesiyle reddedilmiştir.

93. Sözleşme'nin orijinal metinlerinde *"kanunen öngörülme"* nin karşılığı olan *"prescribed by law/prévue par la loi"* düzenlemesine AİHM'in yüklediği anlam, Türk hukukundaki *"kanun"* kavramını aşarak *"hukuk"* terimiyle karşılanabilecek bir anlama sahiptir. AİHM, bir hak veya özgürlüğe müdahale olduğun-

da öncelikle müdahalenin bir “*hukuki temelinin*” olup olmadığını denetlemektedir. Başka bir deyişle AİHM, “*hukuk*” teriminden şekli anlamda kanunu anlamamakta, sınırlamayı yapan hukuki düzenlemenin kaynağına değil düzenlemenin erişilebilir, öngörülebilir ve kesin olma niteliğine bakmaktadır (Bkz. *Hasan ve Chaush/Bulgaristan* [BD], B. No: 30985/96, 26/8/2000, § 85). Bu yaklaşım nedeniyle AİHM’e göre hukuken öngörülmüş olma ifadesindeki “*kanun*” ya da “*hukuk*” sözcüğü sadece yazılı hukuku değil, içtihadî hukuku da kapsamaktadır.

94. Nitekim AİHM, başörtüsüne ilişkin verdiği en önemli karar olan ve Ankara 11. Aile Mahkemesinin ara kararında dayandığı *Leyla Şahin/Türkiye* kararında da, hukuken öngörülmüş olma koşulunu kendi özerk yorum ilkeleri ışığında incelemiş ve hakların biçimsel kanun hükümleri bulunmadan sınırlandırılabilmesine karar vermiştir (bkz, *Leyla Şahin/Türkiye*, B. No. 44774/98, 29/6/2004, § 51).

95. AİHM’in *Leyla Şahin/Türkiye* kararında dayanak yaptığı ve başvuru konusu somut olayda Ankara 11. Aile Mahkemesinin ara kararında dayandığı Anayasa Mahkemesi kararları 1989 ve 1991 yıllarında verilmiştir. 1988 yılında 2547 sayılı Kanun’a bir madde eklenerek “*Yükseköğretim kurumlarında, ders-hane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir*” hükmü getirilmiştir. Bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından “*laik bir devlette yasal düzenlemelerin din kurallarına göre yapılamayacağı*” gerekçesiyle iptal edilmiştir (Bkz. AYM, E.1989/1, K.1989/2, K.T. 7/3/1989). İptal kararından sonra 1990 yılında, 2547 sayılı Kanun’a “*yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak koşulu ile yükseköğretim kurumlarında kılık kıyafet serbesttir*” hükmü eklenmiştir. Düzenlemenin iptal istemi reddedilmiş ancak, Anayasa Mahkemesinin karar gerekçesinde “*serbestliğin*”, “*dini inanç sebebiyle boyun ve saçların türbanla kapatılmasını ve dinsel nitelikli giysileri kapsamadığı*” saptanmıştır (Bkz. AYM, E.1990/36, K.1991/8, K.T. 9/4/1991).

96. Türk hukukunun bazı alanlarında, hâkimin yarattığı hukuk, hukukun bir kaynağı olarak kabul edilmekle birlikte insan hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması gibi tamamen biçimsel kanunilik ilkesi temelinde örgütlenen bir alanda hiçbir zaman “*kanun*” niteliğinde kural özelliği kazanamaz. Öte yandan temel bir hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin süreklilik kazanarak ulaşılabilir ve öngörülebilir hale gelmesi, müdahalenin dayanağı olan kamu gücü işlemini bir “*kanun*” haline getirmez. Aksi bir düşüncenin kabulü, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kamu gücü işleminden veya eyleminden kaynaklanan hak ihlallerinin “*kanuni*” dayanaklarının olduğunun kabul edilmesi anlamına gelecektir.

97. Son olarak AİHM'in *Leyla Şahin/Türkiye* kararında bir ihlal değil, Sözleşme'ye uygunluk kararı vardır. Kural olarak AİHM'in ihlal sonucuna ulaşmaması, taraf devletin herhangi bir girişimde bulunmaması halinde ihlale yol açmayacağı anlamına gelir. Bununla birlikte aynı konuda temel hak ve özgürlükleri daha da güçlendirecek düzenlemeler yapılması veya var olan sınırlandırmaların kaldırılması devletin egemenliğinde yaşayan diğer kişilerin haklarına halel getirmesi hali müstesna olmak üzere mutlaka Sözleşme'ye aykırılık oluşturacağı anlamına da gelmez.

98. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hakların sınırlandırılması için mutlaka kanuna ihtiyaç vardır. Avukatların duruşmalara "*başları açık*" olarak katılacaklarına dair bir kanuni sınırlama bulunmamaktadır. Gerek AİHM'in *Leyla Şahin* kararı ve gerekse de AİHM'in dayandığı ve Türkiye'de öğrencilerin kılık ve kıyafetlerine ilişkin uygulamanın dayanağı haline gelen Anayasa Mahkemesinin 1989 ve 1991 tarihli kararları, Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükümde yer alan "*kanunilik şartı*"nı taşıyan kurallar olarak kabul edilemez.

99. Somut olayda avukat sıfatıyla katıldığı duruşmada İlk Derece Mahkemesinin başvurucuyu başörtüsü takması nedeniyle duruşmayı yapmayarak ertelemesi ve başvurucunun müvekkiline kendisini yeni bir avukat tutmak üzere süre vermesi şeklinde gerçekleşen din ve vicdan özgürlüğüne yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.

100. Müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı tespit edildiğinden, din ve vicdan özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin varlığı halinde bulunması gereken ve Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen (bkz. §§ 78-80) Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen meşru amaçlardan biri kapsamında olma, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama gibi kriterlere riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

101. Belirtilen nedenlerle, başvurucunun Anayasa'nın 24. maddesinde güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

b. Ayrımcılık Yasağı Yönünden

102. Başvurucu, Anayasa'nın 10. maddesinde herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu; Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduklarının düzenlendiğini hatırlatmıştır. Başvurucu, başörtülü olarak duruşmada görev alamaması sebebiyle diğer avukatlara tanınan hakları kullanmasının engellendiği gibi başörtüsü takmayan avukatların du-

ruşmalara katılabildiği halde kendisinin başörtüsü ile duruşmalara katılamamasının da ayrımcılık niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür.

103. Adalet Bakanlığı, başvurunun bu başlık altındaki şikâyetlerinin Sözleşme'nin 14. maddesi ile Anayasa'nın 10. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bakanlık görüşünde, objektif ve makul neden olmaksızın, aynı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunulmasının ayrımcılık oluşturacağı belirtilmiş ve AİHM'in ayrımcılığa ilişkin kararlarına dikkat çekilmiştir. Bakanlık görüşünde ayrıca, belirli bir gurubu hedef almasa da, bir insan gurubu üzerinde zararlı etkileri olan genel bir tedbir veya politikanın da ayrımcılık olarak kabul edilebileceği belirtilmiş ve ayrımcılığın yalnızca yasal bir önlemden değil, aynı zamanda fiili bir durumdan da doğabileceği belirtilmiştir. Bakanlık görüşünde, bugün için Türkiye genelinde uygulamanın bayan avukatların başörtülü olup olmadıklarına bakılmaksızın duruşmalara katılabilmeleri yönünde olduğu, AİHM'in başvuru ile benzer durumda olan kişiler olumlu muamele görürken, başvurunun bu kişilerden farklı muamele görmesi ile ortaya çıkan ayrımcılık vakasının olağan ayrımcılığın temel karakteristiği olduğunun vurguladığı (*Eweida ve Diğerleri/ Birleşik Krallık*, B. No: 48420/10, 36515/10 ve 59842/10, 15/1/2013) belirtilmiştir.

104. Başvurunun Anayasa'nın 24. maddesinde güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Öte yandan başvurunun ayrımcılık yasağı ihlal iddiası somut başvurunun önemli bir yönünü oluşturmaktadır. Bu sebeple olayın eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı açısından da incelenmesi gerekir.

105. Anayasa'nın "*Kanun önünde eşitlik*" başlıklı 10. maddesinin birinci, ikinci, dördüncü ve beşinci fıkraları şöyledir:

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

...

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

106. Sözleşme'nin "*Ayrımcılık yasağı*" başlıklı 14. maddesi şöyledir:

"Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk,

dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

107. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir.

108. Anayasa'nın 10. maddesi “*ayrımcılık yasağı*” biçiminde düzenlenmemiş olsa bile eşitlik ilkesinin, anayasal bağlamda her durumda dayanılacak normatif bir değer taşıması nedeniyle ayrımcılık yasağının da etkili bir şekilde hayata geçirilmesi gerekir (Bkz. AYM, E.1996/15, K.1996/34, K.T. 23/9/1996). Başka bir deyişle eşitlik ilkesi somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içerir.

109. Anayasa'nın 10. maddesinin “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*” biçimindeki birinci fıkrasında yer alan “*herkes*” ibaresi ile eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmamıştır. Ayrıca aynı fıkra, “*benzeri sebepler*”le ayırım yapılamayacağı esası getirilmiş olmakla, ayrımcılık temellerinin yalnızca maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı ifade edilmiş ve ayırım yapılamayacak konular genişletilmiştir (Bkz. AYM, E.1986/11, K.1986/26, K.T.4/11/1986).

110. Anayasa'nın 10. maddesi eşitlik ilkesinden faydalananak kişi ve ilkenin kapsamı konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Anayasa'nın 11. maddesinde yer alan “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*” hükmü uyarınca Anayasa'nın “*genel esaslar*” bölümünde düzenlenen eşitlik ilkesinin sayılan organlar, kuruluşlar ve kişiler açısından da geçerli olduğu açıktır. Bundan başka, Anayasa'nın 10. maddesinin son fıkrasında yer alan “*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar*” hükmü gereğince yasama, yürütme ve yargı organları ve idari makamları eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına uygun davranmakla yükümlüdürler.

111. Anayasa'nın 138. maddesinde hâkimlerin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak karar vereceği öngörülmüştür. Dolayısıyla yargıcın uygulayacağı hukuk arasında Anayasa hükümleri de yer almaktadır. Anayasa'nın 11. ve 138. maddesi birlikte değerlendirildiğinde hâkimlerin Anayasa'nın 10.

maddesinde yer alan eşitlik ilkesini uygulamakla görevli oldukları ortaya çıkmaktadır.

112. Anayasa’da ayrımcılık yasağının bir tanımı yapılmadığı gibi her somut olay için geçerli olabilecek standartlarda bir tanım yapılması da mümkün değildir. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesini şu şekilde tanımlamıştır:

“Anayasa’nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.” (Bkz. AYM, E.2009/47, K.2011/51, K.T. 17/3/2011).

113. AİHM ise içtihatlarında, ayrımcılığı kısaca “nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesi” (bkz, Zarb Adami/Malta, B. No. 17209/02, 20/6/2006, § 71) olarak tanımlamaktadır.

114. Ayrımcılık yasağı ilkesi, din, siyasi görüş, cinsel ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddini içerir.

115. Başvurucuya yöneltilen farklı muamelenin, din özgürlüğü hakkından yararlanma ile ilgili olduğu açıktır (§ 75). Derece Mahkemesi Hâkimi, tüm avukatların duruşmaya başları açık olarak girmelerini istemektedir. AİHM’e göre “Farklı bir muamele tarafsız bir şekilde ifade edilmiş olsa bile, genel bir politika veya tedbirin, bir guruba karşı ayrımcılık oluşturacak orantısız olumsuz etkileri ortaya çıkabilir” (bkz, DH/Çek Cumhuriyeti, B. No. 57325/00, 13/11/2007, § 184). Başka bir deyişle, farklı durumda olan kişilere aynı şekilde muamele ediliyorsa fakat bu muamele belirli bir kişiyi veya gurubun üyelerini orantısız ve olumsuz yönde etkiliyorsa ayrımcılıktan söz edilebilir.

116. Başvuru konusu olayda tüm kadın avukatların duruşmada başlarının açılması istenmekle beraber bu durum başvurucunun kişisel tercihi olan bir dinsel davranışı açığa vurması, başka bir deyişle başvurucunun “kişisel niteli-

ği" sayılması gereken dinin emirlerini yerine getirme arzusunun dışı vurum davranışı olan başörtüsü kullanması sebebiyle başvurucuyu olumsuz yönde etkilemektedir.

117. Bu aşamada değerlendirilmesi gereken konu, başvurucuya yönelik olarak gerçekten farklı bir muamele olup olmadığı ve bu farklı muamelenin Anayasa'nın 10. maddesinde yasaklanan bir temelde gerçekleşip gerçekleşmediğidir.

118. Dini inancını sıkı bir şekilde uygulama arzusunda olduğunu ifade eden başvuru, başörtüsü takması sebebiyle duruşmalara kabul edilmediği halde başörtüsü kadın avukatlar duruşmalara katılmaktadır. Başvuru ile duruşmalara kabul edilen diğer kadın avukatların farklı durumda oldukları yönünde bir iddiada bulunulmamıştır.

119. Bu aşamada kamu gücünü kullanan organların ayrıcalıklı muameleyi haklı ve objektif gerekçeye dayandırması, somut olayın koşullarında başörtüsü takmayan tüm kadın avukatlar duruşmalara girebiliyorken yalnızca başörtülü olması nedeniyle başvurucunun duruşmalara alınmamasındaki zorlayıcı toplumsal sebeplerin gösterilmesi gerekir.

120. AİHM, Sözleşme'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının temelde farklı olgusal durumların nesnel bir değerlendirilmesine dayanan ve toplumun menfaatlerinin korunması ile Sözleşme'de güvence altına alınan haklara ve özgürlüklere saygı arasında adil bir denge kuran muamele farklılıklarını yasaklamadığına karar vermiştir. AİHM 14. maddenin uygulanmasına ilişkin ölçütleri şu şekilde ortaya koymuştur:

"Belirli bir farklı muamelenin, Sözleşme'de belirtilen haklar veya özgürlüklerin kullanılması ile ilgili olarak 14. maddeye aykırı olup olmadığı tespitine olanak sağlayacak ölçütler bulmaya çalışmak elbette önemlidir. Mahkeme bu konu ile ilgili olarak, çok sayıda demokratik devletin hukuk uygulamasından elde edilebilecek ilkeleri göz önünde tutarak, fark gözetmenin makul ve nesnel bir gerekçeyle haklı kılınmaması durumunda eşit muamele ilkesinin ihlal edileceğine karar vermiştir. Bu şekilde, haklı kılınan farklı muamelenin olup olmadığı, gözden geçirilmekte olan tedbirin amacı ve etkisi ile bağlantılı olarak değerlendirilmeli; demokratik toplumlarda genellikle geçerli olan ilkeler göz önünde tutulmalıdır. Sözleşme'de yer alan haklardan birinin kullanılmasında uygulanan farklı muamele, yalnızca meşru bir amaç izlememelidir. Kullanılan araçlar ve gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi olduğu açıkça ortaya konulmadığı takdirde, 14. madde aynı şekilde ihlal edilmiş olacaktır." (bkz, Belçika'da Eğitim Dili Davası/Belçika, B. No. 1474/62, 23/7/1968, § 10)

121. AİHM'in ortaya koyduğu ölçüt iki unsuru içermektedir: devlet açısın-

dan bir yükümlülük olan, farklı muamele için meşru bir amacın belirtilmesi ve farklı muamele ile izlenen amaç arasında “*makul bir orantılılık ilişkisi*” olup olmadığının değerlendirilmesi.

122. Anayasa Mahkemesinin önüne gelen farklı muamele davranışları incelenirken, devletin, iddia edilen ayrımcılığı herhangi bir şekilde haklı kılması durumunda, başvurunun bu iddiası, istisnai durumlar dışında sonuca ulaşacaktır. Farklı muamele davranışının amacına ilişkin olarak açıklamalar da bulunuluyorsa, ortaya konulan gerekçelendirmelerin makul bir temelinin olması ve gerekçelendirmelerin kanıtlara dayandırılması gerekir.

123. Adalet Bakanlığı görüş yazısında, Ankara 11. Aile Mahkemesi hâkiminin, başvurunun başörtülü olarak duruşmada görev yapamayacağı ve bu nedenle duruşmanın yapılamayacağını belirtmek suretiyle gerçekleştirdiği farklı muamele davranışının amacı konusunda bir açıklama yapılmamıştır. Üstelik Bakanlık, başvurucuya karşı yapılan davranışın farklı bir muamele oluşturduğunu kabul etmiş görünmektedir (§ 105).

124. Bu aşamada Ankara 11. Aile Mahkemesinin gerekçesinin meşru ve makul bir temelinin olup olmadığı ve toplumun menfaatlerinin korunması ile Anayasa’da koruma altına alınan hak ve özgürlükler arasında adil bir denge nin kurulup kurulmadığının değerlendirilmesi yapılmalıdır.

125. Ankara 11. Aile Mahkemesi, başvurunun başörtülü olarak duruşmada görev yapamayacağı ve bu nedenle duruşmanın yapılamayacağına ilişkin kararını “*başörtüsünün laiklik karşıtı güçlü bir dini simge ve siyasal simge*” olduğu gerekçesine dayandırmıştır (§ 13).

126. Herhangi bir dini inancın dışı vurum davranışının farklı muameleye temel oluşturması halinde bunun meşru kabul edilebilmesi ancak dinin dışı vurum davranışının “*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*” ve “*kamu düzeninin sağlanması*” amacına matuf olması ile mümkündür (Sözleşme’nin 9. maddesi bağlamında kullanılan ölçütler için bkz., *Leyla Şahin/Türkiye*, B. No. 44774/98, 29/6/2004, § 108). Ankara 11. Aile Mahkemesinin kararında başörtülü bir avukatın duruşmada görev yapmasıyla başkalarının hak ve özgürlüklerinin nasıl zarar göreceği ve kamu düzeninin nasıl bozulacağı açıklanmadığı gibi, avukatların dini kimliklerini ifade eden semboller taşımasının hangi sebeple zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç karşılığı engellenmesi gereken bir davranış olduğu da belirtilmemiştir.

127. Bir dini sembolün onu kullanan din mensuplarınca zorunlu bir dini vazife olarak telakki edilmesi anlaşılabilir bir durumdur. Denetlenmesi gereken mesele, dini bir sembolün zorunlu olarak algılanmasının başkaları üzerinde oluşturduğu etkidir. İster bir dinden isterse seküler bir dünya görüşün-

den kaynaklansın her sembol, ona karşı olanlar üzerinde psikolojik bir baskı oluşturabilir. Bu etkiler farklı inanç ve düşüncelere sahip insanların yaşadığı çoğulcu toplumlarda kaçınılmazdır. Çoğunluğun belirli bir dine mensup olduğu toplumlarda azınlıkta kalanların kendilerini böyle bir baskı altında hissetmeleri ise daha kolaydır. Bu durumda Devletin görevi, varsayımlara dayanarak inançların sembollerini yasaklamak, başka bir deyişle hak ve özgürlükleri kısıtlamak değil (benzer bir yaklaşım için bkz. *Şerif/ Yunanistan*, B. No. 38178/97, 14/12/1999, § 53); hem çoğunluğun din ve vicdan özgürlüğünü yerine getirmesine engel olmayacak, hem de çoğunluk karşısında azınlığın ezilmesine engel olacak ve bireylerin karşılıklı tanıma ve tahammül içerisinde yaşamasını sağlayacak tedbirleri almaktır (bkz. § 132).

128. Nitekim AİHM, başka bir bağlamda “içinde anlaşmazlığın ortaya çıktığı durumlarda yetkililerin rolü, çoğulculuğu elimine ederek gerilimin nedenini ortadan kaldırmak değil, fakat rakip gurupların birbirlerini tolere etmesini sağlamaktır” demiştir (bkz, *Supreme Holy Council of the Muslim Community/ Bulgaristan*, B. No. 39023/97, 16/12/2004, § 96). Başka bir deyişle devletin öncelikli görevi, inanç, düşünce ve hayat tarzları birbirleriyle çatışan insanların barışçıl biraradalığını ve toplumda her türlü inancın kendisini ifade edebileceği çoğulcu bir ortamı sağlamaktır.

129. Bu bağlamda, demokratik toplumun ideallerinin ve değerlerinin kişilerin karşılıklı ödün vermelerini gerektirecek bir diyaloga ve uzlaşma ruhuna dayanması gerektiği hatırlanmalıdır. Bundan sonra demokratik devletin görevi, ortaya çıkabilecek baskı kurma, zorlama ve şiddete başvurma gibi suç oluşturacak davranışlar karşısında gerekli tedbirleri almaktır. Çoğulculuğun ve siyasal tarafsızlığın bu gerekliliği yerine, toplumda gerilim konusu oluşturabilecek unsurları yasaklamaya kalkışmak, baskıcı, totaliter ve homojenleştirmeyi hedef alan bir rejim ortaya çıkartma potansiyeli taşır (benzer değerlendirmeler için bkz. *Leyla Şahin/Türkiye*, B. No. 44774/98, 29/6/2004, *Tulkens’in muhalefet şerhi*, § 1). Çoğulculuk, kimlikleri bastırılmış, özgürlükleri kısıtlanmış bireylerin bir arada yaşamasını ifade eden bir kavram değildir. Çoğulculuk, kişilerin kimlikleriyle ortak mekânlara katılabilmesini gerektirir.

130. Bazı dinsel davranışların “azınlıktakileri koruma” amacıyla sınırlandırılabileceği argümanının (bkz, *Leyla Şahin/Türkiye*, B. No. 44774/98, 29/6/2004, § 99) geçerli olabilmesi, olasılıklara dayanarak değil ancak mevcut olayın şartlarının değerlendirilmesine dayanan olgusal durumun analiz edilmesiyle mümkün olabilir. Başörtülü kadınların çoğunlukta oldukları gösterilse bile başörtülü avukatların hangi surette kendileri gibi görünmeyenler üzerinde baskı oluşturduklarının somut olgulara dayanarak gösterilmesi gerekir. Doğru yargılama ilkesi de bunu gerektirir. Ancak Türkiye’de başörtüsünün

hangi surette başkaları üzerinde baskı oluşturduğu yönünde herhangi bir iddia ve somut olgulara dayalı veri ortaya konulabilmiş değildir.

131. Son olarak başörtüsü yasağının toplumda “tarafsızlığı” ve “çoğulculuğu” sağlamak için gerekli olduğu yönündeki bir düşünce beraberinde din ve inanç alanında devletin “normal” ve “doğru” olanı belirleme yetkisine sahip olduğu düşüncesini getirir. Herhangi bir dinsel davranış gibi başörtüsünün de dini bir inancın değil de siyasi bir görüşün ifadesi olup olmadığına karar vermek Anayasa Mahkemesinin ilgi alanının dışındadır. Öte yandan insanların üzerlerinde taşıdıkları sembollere siyasal anlamlar yüklemelerinin yanlışlığı, “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın” ortaya konulması ile bağlantılıdır.

132. Ankara 11. Aile Mahkemesi, kararında “başörtüsünün laiklik karşıtı güçlü bir dini simge” olduğu gerekçesine yer vermiştir. Başörtüsü ile laiklik arasındaki ilişkinin çözümlenmesi için Anayasa Mahkemesinin, laiklik ile din ve vicdan özgürlüğü arasındaki ilişkiyi değerlendirildiği yakın tarihli bir kararda ortaya konulan bazı ilkelerin hatırlatılması gerekmektedir.

133. Laiklik, 1937 yılından itibaren anayasalarımızda yer alan temel ilkelerden biridir. Laiklik kavramı, Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 2., 13., 14., 68., 81., 103., 136. ve 174. maddelerinde yer almaktadır. Söz konusu maddelerde laiklik, devletin dini inançlar karşısındaki konumunu belirleyen siyasal bir ilke olarak düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, laiklik, bireyin ya da toplumun değil, devletin bir niteliğidir (Bkz. AYM, E.2012/65, K.2012/128, K.T. 20/9/2012).

134. Laikliğin tarihsel gelişimi incelendiğinde, din olgusuna yönelik yaklaşım farklılıklarına bağlı olarak, kavramın iki farklı yorumu ve uygulamasının bulunduğu görülmektedir. Bunlardan, katı laiklik anlayışına göre din, bireyin sadece vicdanında yer bulan, bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgudur. Laikliğin daha esnek ya da özgürlükçü yorumu ise dinin bireysel boyutunun yanında aynı zamanda toplumsal bir olgu olduğu tespitinden yola çıkmaktadır. Bu laiklik anlayışı, dini sadece bireyin iç dünyasına hapsedmemekte, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır. Laik bir siyasal sistemde, dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak, koruması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi din ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir (Bkz. AYM, E.2012/65, K.2012/128, K.T. 20/9/2012).

135. Dinler ve inançlar, mensuplarının yaşam biçimlerini, kimliklerini ve diğer insanlarla ilişkilerini etkiler. Din ve inanç yönünden toplumların çeşitlilik arzettiği, toplumda farklı dinlerin, inançların ya da inançsızlıkların bulunduğu da tarihsel ve sosyolojik bir gerçekliktir. Bu nedenle, demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak, bireylerin

sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmektir (Bkz. AYM, E.2012/65, K.2012/128, K.T. 20/9/2012).

136. Laiklik, devletin din ve inançlar karşısında tarafsızlığını sağlayan, devletin din ve inançlar karşısındaki hukuki konumunu, görev ve yetkileri ile sınırlarını belirleyen anayasal bir ilkedir. Laik devlet, resmî bir dine sahip olmayan, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dini inançlarını barış içerisinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni tesis eden, din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan devlettir. Devletle dinin ayrılığı, din ve vicdan hürriyetinin bir gereği olmanın yanında, dinin siyasi müdahalelerden korunması ve bağımsızlığını sürdürmesi için de gereklidir (Bkz. AYM, E.2012/65, K.2012/128, K.T. 20/9/2012).

137. Farklı dini inançlara sahip olanlar ya da herhangi bir inanca sahip olmayanlar laik devletin koruması altındadır. Nitekim Anayasa'nın 2. maddesinin gerekçesinde yapılan tanıma göre, *"Hiçbir zaman dinsizlik anlamına gelmeyen lâiklik, her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesi, ibadetini yapabilmesi ve dinî inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tâbi kılınmaması anlamına gelir."* Devlet, din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleştirileceği ortamı hazırlamak için gerekli önlemleri almak zorundadır (Bkz. AYM, E.2012/65, K.2012/128, K.T. 20/9/2012).

138. Bu anlamda laiklik, devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Negatif yükümlülük, devletin bir dini ya da inancı resmî olarak benimsememesini ve bireylerin din ve vicdan hürriyetine zorunlu nedenler olmadıkça müdahale etmemesini gerektirmektedir. Pozitif yükümlülük ise devletin, din ve vicdan hürriyetinin önündeki engelleri kaldırması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkânları sağlaması ödevini beraberinde getirmektedir. Laikliğin devlete yüklediği pozitif yükümlülüğün kaynağı, Anayasa'nın 5. ve 24. maddeleridir. Anayasa'nın 5. maddesine göre, Devletin, temel amaç ve görevlerinden biri *"kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."*

139. Laikliğin vazgeçilmez bir ilke ve Anayasa Mahkemesinin 7 Mart 1989 tarihli kararında belirtildiği gibi Türkiye'de demokratik sistemin korunması açısından gerekli olduğu (Bkz. AYM, E.1989/1, K.1989/12, K.T. 7/3/1989) tartışma konusu değildir. Bununla birlikte din ve vicdan özgürlüğü de demokratik toplumların temellerinden biridir ve çoğulcu laiklik anlayışı, dinin, toplumsal görünürlüğüne imkân tanıyarak ve dini konulardaki bireysel tercihleri devletin müdahalesi dışında ancak, koruması altında tutarak din ve vicdan özgürlüğünün güvencesi haline gelir (§ 137).

140. Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak, bireylerin sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmektir (§ 135). Çoğulcu laiklik anlayışının kabul edildiği toplumlarda inanç, düşünce ve hayat tarzları birbirleriyle çatışan insanların barışçıl biraradalığını ve toplumda her türlü inancın kendisini ifade edebileceği çoğulcu bir ortamı sağlamak olanağı vardır. Bu olanaklar değerlendirilmeden çoğulculuğu ve toplumsal çeşitliliği toplumsal birliği tehdit eden bir unsur olarak görmek demokrasi ile bağdaşmayan monolitik bir toplum anlayışını doğurur.

141. Başvurucu laiklik ilkesini kendisinin de benimsediğini ve bu ilkeyi tartışma konusu yapma niyetinde olmadığını belirtmiştir. Diğer yandan, laiklik gerekçesi meşru olsa bile makul bir temelinin bulunması gerekir ve bu kapsamda başvurucunun davranış, tutum ya da eylemlerinin bu ilkeyi ihlal ettiğine dair yeterli kanıt ileri sürülmeli ve laiklik gerekçesinin delillendirilmesi gerekmektedir. Delillendirme, AİHM'in kararlarında her zaman uyguladığı bir testtir (bkz. (*Kokkinakis/Yunanistan*, B. No. 14307/88, 25/5/1993, § 49).

142. Laiklik gerekçesinin makul bir temeli olduğundan bahsedilebilmesi için, başvurucunun dini bir gereklilik olarak taktığını ileri sürdüğü başörtüsünün saldırgan ya da başkalarının inançlarına müdahale eden, baskıcı, tahrik edici, kendi inancını zorla dayatma amacı bulunduğu veya toplumsal işleyişi tahrip ettiğinin, birtakım karışıklıklara ve düzensizliklere neden olduğunun gösterilebilmesi gerekir. Fakat bu tür bir iddia ne Bakanlık tarafından dile getirilmiş ne de Ankara 11. Aile Mahkemesinin kararında gösterilmiş değildir.

143. Bir dinin herhangi bir dışa vurum davranışının tek anlamının laik devlete dini bir meydan okuma olarak yorumlamak ise, bu dinin mensuplarının kendi eylemlerini tanımlama kapasitesini yok saymak anlamına gelir. Anayasa'da güvence altına alınan herhangi bir hakka yönelik sınırlandırmanın meşru kabul edilebilmesi kaygılar ve varsayımlarla değil, yalnızca tartışılmayacak olan gerçekler ve hukuki olarak şüphe götürmeyecek nedenlerin ortaya konulması ile mümkün olabilir. AİHM'in bu yöndeki içtihadı temel bir hak ve özgürlüğe bir müdahale yapılması durumunda basit iddiaların yeterli olmadığı, bu iddiaların somut örneklerle desteklenmesi gerektiği yönündedir (*Smith ve Gray/Birleşik Krallık*, B. No. 33985/96 ve 33986/96, 27/9/1999, § 89). Bu sebeple, doğru yargılama ilkesi gereğince bir din veya inancın dışa vurum davranışının laikliğin çoğulcu anlamına aykırı olduğunu somut delillerle kanıtlamak yükümlülüğü başvurucuya değil, bu gerekçeyle sınırlandırma yapan devlete düşer. Hukuk, "olani" esas alır ve kuşkuyla ve gelecekteki olasılıklara göre karar verilemez.

144. Son olarak, başörtüsünün “*laiklik karşıtı*” bir “*dini ve siyasal simge*” olduğu varsayımının ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi, başörtüsü takanların takmayanlar üzerindeki yaratabileceği etkileri değerlendirmemize kolaylık sağlayabilir. AİHM, herkes tarafından benimsenmediği ve başkalarını rahatsız edebileceği gerekçesiyle ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri hiçbir zaman kabul etmemiştir. Gerçekten de Anayasa’nın 26. maddesi bağlamında, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirilmemiş yalnızca ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi bu özgürlüklerin sınır bölgeleri olan alanlarda Devlet otoritelerinin müdahalelerinde daha geniş bir takdir marjına sahip oldukları kabul edilmiştir (benzer yöndeki bir AİHM kararı için bkz. *Gözel ve Özer/Türkiye*, B. No: 43453/04, 31098/05, 6/7/2010 § 56). O halde din veya inanç temelinde nefrete teşvik olarak nitelendirilebilecek sözler düşünceyi açıklama özgürlüğü kapsamında korunabiliyorken (*Gündüz/Türkiye*, B. No: 35071/97, 4/12/2003 § 40); başörtüsü takarak dinin açıklanmasının yasaklanabilmesi için de benzer şekilde başkalarının hak ve özgürlüklerinden yararlanmalarını engelleyen çok önemli gerekçelere dayanılması gerekir.

145. Bu aşamada incelenmesi gereken devletin kullandığı araç ile gerçekleştirmeye teşebbüs ettiği amaç arasında, gerçekten makul bir orantılılık ilişkisinin ortaya konulup konulmadığıdır. Farklı muamele ne kadar ciddi kabul edilirse, devletin bu farklı muameleyi haklı kılmak için daha önemli gerekçeler sunması gerekir. Başka bir deyişle potansiyel olarak ciddi bir ayrımcılık söz konusu olduğunda, genellikle devlete tanınan takdir alanı daha dar olacaktır.

146. Anayasa’nın 10. maddesinin birinci fıkrasında “*dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep*” sebeplerine dayanılarak ayırım yapılamayacağı belirtildikten sonra fıkranın devamında “*benzeri sebeplerle*” de ayırım gözetilmeyeceği belirtilmiştir. Böylece Anayasa koyucu bazı türde farklı muamelelere özel önem vermiş ve ismen saymış, ayrıca aynı fıkra, “*benzeri sebepler*”le ayırım yapılamayacağı esası getirilmiş olmakla, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmamıştır. Anayasa’nın ismen saydığı farklı muamele türlerini daha önemli gördüğü ve bu türlerde yapılan muamelelerin ancak “*çok önemli gerekçeler*” ileri sürüldüğü takdirde haklı kılınabileceği belirtilmelidir.

147. Alınan bir önlemin ölçülü sayılabilmesi ancak demokrasinin gereği olan çoğulculuğu koruyarak toplumsal çatışma ve gerilimleri azaltmanın mümkün olmaması durumunda söz konusu olabilir. Bunun için devletin öncelikle başkalarının hak ve özgürlüklerini ve çoğulculuğu koruyarak gerili-

mi kaldırmak için gerekli önlemleri almaya çalışması, bu önlemlerin yeterli gelmemesi durumunda ve somut koşulların gerektirdiği kadar sınırlandırma yapması gerekmektedir. Devletin bu görevini ne ölçüde yerine getirdiği sorulanmadan, bu konuda sağlıklı bir karar verilemez.

148. Somut olayda başvurucuya yöneltilen farklı muamelenin din özgürlüğü hakkında yararlanma ile ilgili olduğu açıktır. Başvurucunun başörtüsünün başkalarının hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına engel olduğuna ilişkin olarak Ankara 11. Aile Mahkemesinin soyut değerlendirmesi dışında somut olgular ileri sürülmediği gibi temel bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasından önce çoğulculuğu korumak için hangi önlemlerin alındığı da gösterilmemiştir. Bu durumda başvurucunun başörtülü olarak duruşmalara kabul edilmemesinin ölçülü olduğundan söz edilemez.

149. Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi'nin 1999 yılında yayımladığı tavsiye kararında devletlerin dinler arasında hoşgörüyü destekleme, giyim de dâhil olmak üzere dini teamülleri kolaylaştırmak ödevi altında olduğu belirtilmiştir (1396 sayılı *Tavsiye Kararı*, 27/6/1999, § 8). Tavsiye kararına göre bu koruma alanının dışında kalan tek görüş başkalarının hak ve özgürlüklerinden yararlanmasını engelleyen aşırı davranışlardır. O halde bir din veya inancın dışı vurum davranışına yönelik sınırlandırmanın makul olduğunu ileri sürebilmek için o davranışın başkalarının hak ve özgürlüklerini engellediğinin somut olgulara dayanarak gösterilmesi gerekir. Din veya inanca yönelik sınırlandırmaların makul olduğunun gösterilemediği durumlarda o din ve inancın gereklerini yerine getirmek için başörtüsü taktığını ifade edenler ile diğerlerine yönelik farklı uygulamalar nedeniyle ayrımcılık yapılmış olabilir.

150. Ayrımcılık yasağına ilişkin uluslararası metinlerde devletlerin sadece ayrımcılık yapmaması değil, aynı zamanda ayrımcılığı toplumsal hayatın tamamında engellemek için gerekli önlemleri alması beklenmektedir. Nitekim konuyla doğrudan ilgili, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 25/11/1981 tarihli Din ve İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesi Bildirisi'nin 4. maddesinde ise *"bütün devletler, kişisel, ekonomik, siyasi, sosyal ve kültürel yaşamın her alanında insan haklarının ve temel özgürlüklerinin tanınması, kullanılması ve bunlardan yararlanılması sırasında din ve inanca dayanan ayrımcılığı önlemek ve tasfiye etmek için etkili tedbirler alır"* denilmiştir.

151. Aynı şekilde BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin ayrımcılığa ilişkin 2. maddesinde de din veya inanca dayanan ayrımcılığın önlenmesi ödevini devletlere yüklemiştir. Adı geçen Sözleşme'nin 2. maddesi şöyledir:

"1. Bu Sözleşme'ye Taraf her Devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında

bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin bu Sözleşme’de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür.

2. Mevcut mevzuatta ve diğer yasal tedbirlerde henüz düzenleme bulunmayan durumlarda, bu Sözleşme’ye Taraf her Devlet, kendi anayasal kurallarına ve bu Sözleşme’nin hükümlerine uygun olarak, bu Sözleşme’de tanınan hakların uygulanmasını sağlamak bakımından gerekli olan yasama ve diğer tedbirleri almakla yükümlüdür.”

152. Başvurucu avukatlık yapmaktadır ve daha özel olarak Avukatların mesleki faaliyetlerini yaparlarken herhangi bir ayrımcılığa uğramalarını engellemek için de uluslar arası anlaşmalar kabul edilmiştir. 7/9/1990 tarihinde kabul edilen BM Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (Havana Kuralları)’nın 23. maddesinde “Avukatlar, diğer vatandaşlar gibi ifade, inanç, örgütlenme ve toplanma özgürlüğüne sahiptir” denilmiştir. Aynı bildirgenin 10. maddesinde ise devletlere, avukatların da diğer vatandaşlar gibi inançlarından dolayı ayrımcılığa maruz bırakılmaması ödevini yüklemektedir:

“Hükümetleri avukatların meslek örgütleri ve öğretim kurumları, hukuk mesleğine girişte ve mesleğin icrası dışında bir kimseye karşı ırk, renk, cinsiyet etnik köken din, siyasal veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum, ekonomik veya başka bir statü gibi nedenlerle ayrımcılık yapılmamasını sağlar...”

153. Somut olayda, başvurunun dini inançlarının bir gereği olarak kullandığı başörtüsü ile duruşmalara katılmasının engellenmesinde makul ve nesnel bir temel gösterilmediği gibi başvurunun taktığı başörtüsünün başkalarının hak ve özgürlüklerini yararlanmalarına engel ve toplumsal çatışma ve gerilimlerin kaynağı olduğu yönünde hiçbir iddia ve somut olgulara dayalı veri de ortaya konulabilmiş değildir. Sonuç olarak, başörtülü bir avukat, duruşmalara girmesinin engellenmesi suretiyle başörtüsü takmayanlara göre dezavantajlı duruma düşürülmüştür.

154. Bu gerekçelerle, Anayasa’nın 24. maddesiyle birlikte ele alınan Anayasa’nın 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

c. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

155. Başvurucu, 50.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

156. Adalet Bakanlığı görüşünde, başvurunun tazminat talebine ilişkin görüş bildirilmemiştir.

157. 6216 sayılı Kanun’un “Kararlar” kenar başlıklı 50. maddesinin (2) nu-

maralî fıkrası şöyledir:

“Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

158. Mevcut başvuruda müdahalenin kanuniliği şartının sağlanmaması nedeniyle Anayasa’nın 24. maddesinin ve başörtülü bayan avukatların başörtülü olmayanlara göre dezavantajlı duruma düşürülmesi nedeniyle Anayasa’nın 10. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

159. Başvurucu tarafından manevi tazminat talebinde bulunulmuş olmakla beraber, kararın gereğinin yerine getirilmesi için dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesinin başvurucunun ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu anlaşıldığından, başvurucunun manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

160. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 206,10 harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.706,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvurucunun,

Savunma hakkının ve mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği yönündeki iddialarının *“kişi yönünden yetkisizlik”* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

Anayasa’nın 24. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

Anayasa’nın 10. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

OY BİRLİĞİYLE,

B. Anayasa’nın 24. maddesinde güvence altına alınan din ve vicdan hürriyetinin İHLAL EDİLDİĞİNE, Zehra Ayla PERKTAŞ’ın karşılığı,

Anayasa’nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının

İHLAL EDİLDİĞİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları

ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. İhlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine,

D. Başvurucunun manevi tazminata ilişkin talebinin REDDİNE,

E. Başvurucu tarafından yapılan 206,10 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.706,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

25/6/2014 tarihinde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Bireysel başvuruların incelenmesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince (AİHM) kabul edilen ve Anayasa Mahkemesinin de 23.9.2012 tarihinden bu yana AİHM ölçütleri doğrultusunda istikrar kazanan içtihatla-

rında benimsenen sistem, temel hak ve özgürlüklerden birinin ihlal edildiği saptandığında, ihlale ve ihlalin giderimine ilişkin hüküm tesis etmek ve ayrıca ayrımcılık yasağının (eşitlik ilkesinin) ihlaline ilişkin bir inceleme yapmamak şeklindedir.

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 14. maddesinde yer alan Ayrımcılık Yasağı ve bunun Anayasamızdaki karşılığı olan 10. maddenin Kanun Önünde Eşitlik ilkesi, her somut olayda başvuru yönünden ayrı bir temel hak incelemesine konu olamaz. Aksi halde her ihlal kararında, başvurunun aynı zamanda toplumda aynı temel hak veya özgürlükten yararlanan diğer bireylere göre farklı bir muameleye tabi tutulduğuna ve dolayısıyla ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine de hükmetmek gerekir ki, böyle bir uygulama esasen AİHS ve Anayasanın ayrımcılık yasağına ilişkin maddelerinin soyut ve ilkesel niteliğiyle bağdaşmaz.

3. Olayda başvurucuya yapılan engellemede, meslek kuralları ile AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatları gerekçe gösterilmiştir. Oysa aynı dönemde Danıştay kararı üzerine, başörtülü kimi avukatların duruşmalara girebildikleri bilinmektedir. Dolayısıyla, başvurunun maruz kaldığı temel hak ihlali, mevzuatın ve farklı yargı kararlarının mahkemece yorumlanmasındaki takdir hakkının kullanımından kaynaklanmıştır.

4. Anayasa Mahkemesince başvurunun iddiaları, kanuni dayanak, demokratik bir toplumda zorunluluk ve ölçülülük noktasından değerlendirilerek, Anayasa'nın 24. maddesindeki temel hakkın ihlal edildiğine karar verilmiştir. Kararın bu bölümüne tamamen katılmaktayım. Öte yandan, bu ihlal tespiti, başvuruya ilişkin özel durum için geçerli olup, diğer bütün kıyafetler gibi, dini kıyafet veya sembollere her hal ve şart altında ve her ortamda mutlak bir serbesti tanınması gerektiği anlamına gelmez. Anayasa Mahkemesinin E: 2008/16, K: 2008/116 sayılı kararında ve karar gerekçesinde yollamada bulunan AİHM kararlarında ayrıntılarıyla açıklanan, kamu düzeninin ve başkalarının inançlarının korunmasını teminen dine ilişkin ritüel ve simgelerin yeri ve şekli konusunda, kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmak kaydıyla, bazı sınırlamalar öngörülebileceği şeklindeki değerlendirmeler geçerliliğini korumaktadır.

5. Bu nedenle başvurunun din ve vicdan özgürlüğüne yönelik ihlalin giderimi ile doğrudan ilgisi bulunmayan “*ayrımcılık yasağı*” açısından, karar gerekçesinde yapılan değerlendirmelere katılmıyorum.

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucu, Ankara Barosuna kayıtlı avukat olarak çalıştığını, bir duruşmaya başörtülü olarak katılması nedeniyle hakim duruşmanın yapılmayacağını belirterek müvekkiline kendisini bir başka avukatla temsil ettirmesi için süre vermesi ve duruşmayı ertelemesinin din ve vicdan özgürlüğü, savunma hakkı ve mahkemeye erişim hakkı, çalışma hakkı ve ayırımcılık yasasına aykırılık oluşturduğu iddiası ile başvurmuştur.

2. Başvurucunun kamusal nitelikte bir görevi yürütmekte olduğu gözetildiğinde, Anayasa Mahkemesinin 7.3.1989 günlü E.1989-1 K.1989-12 sayılı, 9.4.1991 günlü E.1990-36 K.1991-8 sayılı, 5.6.2008 günlü E.2008-16 K.2008-116 sayılı kararlarında belirtildiği üzere kamu düzeni bakımından Anayasa'nın 24. maddesinde belirtilen din ve vicdan hürriyeti ve 10. maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesine göre bir hak ihlali bulunmadığı düşüncesiyle aksi yöndeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

*DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA VE YAYMA
HÜRRİYETİ
(MD. 26 VD.)*

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2014/3986

Karar Tarihi: 2/4/2014

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Alparslan ALTAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Osman Alifeyyaz PAKSÜT Celal Mümtaz AKINCI M. Emin KUZ
Raportör	: Esat Caner YILMAZOĞLU
1.Başvurucu	: Yaman AKDENİZ
Vekili	: Av. Hüsnü ÖNDİL
2.Başvurucu	: Mustafa Sezgin TANRIKULU
Vekili	: Av. Berk BAŞARA
3.Başvurucu	: Kerem ALTIPARMAK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucular kullanıcı oldukları twitter.com isimli internet sitesine erişimin engellenmesine dair Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) işlemi nedeniyle Anayasa'nın 26., 27., 40. ve 67. maddelerinin ihlal edildiğini ve anılan işleme karşı etkili bir yargı yolu bulunmadığını ileri sürmüşlerdir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular, 24-25/3/2014 tarihlerinde doğrudan Anayasa Mahkemesine yapılmıştır. Dilekçeler ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Benzer yöndeki 2014/3987 ve 2014/4091 sayılı başvuruların konu bakımından aynı hukuki nitelikte bulunması nedeniyle 2014/3986 sayılı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanınca 28/3/2014 tarihinde kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve başvurunun bir örneğinin Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Bölüm, Anayasa Mahkemesi **İçtüzüğü'nün** 71. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca başvurular hakkında ivedilikle karar verilmesini gerekli görerek Bakanlık cevabı beklenilmeden başvuruyu kabul edilebilirlik ve esas bakımından değerlendirmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

7. Başvurucular, sosyal medya platformu twitter.com isimli internet sitesinin aktif olarak kullanıcılarıdır.

8. TİB, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 7/3/2014 tarih ve 2011/762, Sam-sun 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 4/3/2014 tarih ve 2014/223, İstanbul Anadolu 5. Sulh Ceza Mahkemesinin 18/3/2014 tarih ve 2014/181 ve İstanbul Anadolu 14. Asliye Ceza Mahkemesinin 3/2/2014 tarih ve 2011/795 sayılı kararlarına istinaden koruma tedbiri kararı uygulamış ve twitter.com adresine ulaşım engellenmiştir.

9. TİB'in kararı şöyledir:

“ ...

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, 5651 sayılı Kanun ve diğer ilgili mevzuat hükümlerine göre çalışmalarını yürütmektedir.

Vatandaşlarımızın şikayetleri üzerine, Twitter'da kişilik haklarının ve özel hayatın gizliliğinin ihlali nedeniyle Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerince erişimi engelleme kararları verilmiştir.

Bu kararlar, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na ulaşmış ve Başkanlığımız tarafından içeriğin çıkarılması Twitter'dan istenmiştir.

Ancak, mahkeme kararlarının uygulanması hususunda tüm iyi niyet çabalarımıza karşılık Twitter bu kararlara duyarsız kalmış ve mahkeme kararlarını tanımamıştır.

Yurtdışı merkezli sözkonusu internet sitesi Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinin vermiş olduğu kararları yok saymıştır.

Bu nedenle, vatandaşlarımızın ileride telafisi mümkün olmayacak mağduriyetlerinin önlenmesi için başka bir seçenek kalmadığından mahkeme kararları doğrultusunda Twitter'a erişimin engellenmesi tedbiri uygulanmıştır. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde mahkeme kararlarını uygulamakla yükümlüdür.

Yurt dışı merkezli söz konusu internet sitesi, Türk mahkemelerinin kararlarına

uyarak hukuka aykırı içerikleri çıkardığı takdirde, tedbir amaçlı uygulanan erişimin engellenmesine son verilecektir.

Kamuoyuna saygıyla duyurulur."

1. TİB, ulaşımı engellenen twitter.com adresine kullanıcıların DNS ayarlarını değiştirilerek girdiğinin tespit edilmesi üzerine Google DNS adreslerine erişimi engellemiştir.

2. Başvurucular, TİB'in bu kararına karşı idari yargı mercileri önünde iptal davası açılmasının tüketilmesi gerekli etkili bir yol olmadığı iddiası ile doğrudan bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

3. Bu arada söz konusu erişimin engellenmesi işlemine karşı Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı tarafından Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu hasım gösterilerek yürütmeyi durdurma istemli olarak açılan davada, Ankara 15. İdare Mahkemesi 25/3/2014 tarihinde davalı idarelerin savunması ve ara karar cevabı alınıp ya da savunma ve ara kararına cevap verme süresi geçip yeni bir karar verilinceye kadar dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına oyçokluğuyla karar vermiştir.

4. Ankara 15. İdare Mahkemesinin anılan kararının yürütmenin durdurulmasına ilişkin kısmı şöyledir:

"..

Dava konusu işlemin "twitter.com" isimli internet sitesine erişimin tamamen engellenmesine ilişkin olması, bu durumun Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan ifade ve haberleşme hürriyetini kısıtlayabilecek nitelikte olması ve uygulanması halinde telafisi güç zarar doğurabilecek nitelikte bulunması nedeniyle, davalı idarenin savunması ve ara kararı cevabı alınıp ya da savunma ve ara kararına cevap verme süresi geçip yeni bir karar verilinceye kadar dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulmasına... Savunma ve ara kararına cevap verilebilmesi için davalı idarelere (15) gün süre tanınmasına, 25/03/2014 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi."

B. İlgili Hukuk

5. 1982 Anayasası'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."

6. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç

veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir”.

7. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinin yedinci fıkrası şöyledir:

“Yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlar; Danıştay dava dairelerince verilmişse konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarına, bölge idare mahkemesi kararlarına karşı en yakın bölge idare mahkemesine, idare ve vergi mahkemeleri ile tek hâkim tarafından verilen kararlara karşı bölge idare mahkemesine, çalışmaya ara verme süresi içinde ise idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararlara en yakın nöbetçi mahkemeye veya kararı veren hâkimin katılmadığı nöbetçi mahkemeye, kararın tebliğini izleyen günden itibaren yedi gün

inde bir defaya mahsus olmak üzere itiraz edilebilir. İtiraz edilen merciler, dosyanın kendisine gelişinden itibaren yedi gün içinde karar vermek zorundadır. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir.”

8. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun “Kararların sonuçları” başlıklı 28. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

“Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararı idareye tebliğinden başlayarak otuz gününü geçemez.”

9. 4/5/2007 tarih ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 9. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir:

“Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

10. Mahkemenin 2/4/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru dos-

yası incelenerek gereği düşünüldü.

A. Başvurucuların İddiaları

11. Başvurucular, TİB tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı ve bazı mahkemelerce verilen kararlara istinaden koruma tedbiri uygulanarak twitter.com adresine erişimin engellendiğini, TİB'in bu işlemine dayanak olarak gösterdiği mahkeme kararlarının twitter.com isimli siteye erişimin tamamen engellenmesine yönelik olmadığını, bu uygulamanın hukuka aykırı olduğu ve keyfi nitelik taşıdığını, bilgiye ulaşma imkânının yanında bilgiyi yayma hakkını da ciddi şekilde sınırladığını, uygulamanın sadece anılan sitede mevcut olan değil bu sosyal ağda ileride paylaşılacak bilgilere de erişimi engellediğini ve bu haliyle Anayasa'da mutlak olarak yasaklanmış olan sansürü mümkün kıldığını, söz konusu işlemin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Sözleşmenin (AİHS) 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğüne ilişkin benimsediği ilkelere aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

12. Başvurucular ayrıca 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca kişilik haklarının ihlali iddiasının söz konusu olduğu hallerde erişimin sadece hâkim kararı ile ve ihlalin gerçekleştiği kısma ilişkin olarak engellenebileceğini, tüm sitenin erişime engellenmesinin de ancak gerekçesini belirtmek kaydı ile hâkim kararı ile verilebileceğini, hâkim tarafından URL bazında kısmi engelleme kararı verilmesi halinde TİB'in sitenin tamamen erişime kapatılmasına karar vermesinin fonksiyon gaspı niteliğinde olduğunu, TİB'in engelleme kararına dayanak gösterdiği yargı kararlarının belli URL adreslerine erişimin engellenmesine yönelik olmasına rağmen TİB tarafından twitter.com adlı internet sitesine erişimin tamamen engellenmesinin kanuni dayanağı olmadığını iddia etmektedirler. Başvurucular erişimin engellenmesi yönündeki sınırlamanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kriterlere aykırılık oluşturduğu, özel hayatın korunması ile ifade özgürlüğü arasındaki dengeyi sağlamadığı, twitter.com isimli siteye 30 Mart 2014 tarihinde yapılacak yerel seçimlerin hemen öncesinde erişimin engellenmesi ile dolaylı bir sansür etkisi yaratıldığı gerekçesiyle Anayasa'nın 26., 27., 40. ve 67. maddelerinde tanımlanan haklarını ihlal ettiğini ileri sürerek ihlalin tespiti talebinde bulunulmuşlardır.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

13. Başvurucular anılan işleme karşı idari yargı merciine başvurulmasının etkili bir başvuru yolu olmadığını, dolayısıyla bu yolun tüketilmesinin gerekmediğini ileri sürmüşlerdir.

14. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının twitter.com isimli siteye erişimi

mi engellemesine ilişkin başvuruların değerlendirilmesi sürecinde aynı işleme karşı Türkiye Barolar Birliğince yürütmeyi durdurma istemli olarak açılan iptal davasında Ankara 15. İdare Mahkemesince 25/3/2014 tarihinde anılan işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

15. Yukarıda (§14, §17) yer verilen mevzuat hükümleri uyarınca yargı kararının icaplarına göre gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olan idarece anılan internet sitesinin bu konudaki mahkeme kararına rağmen erişime açılmadığı, her ne kadar kanunda yargı kararının yerine getirilmesine ilişkin sürenin otuz günü geçemeyeceği belirtilmiş ise de bu sürenin azami bir süreye işaret ettiği anlaşılmaktadır. Hukuk devletinde yargı kararının uygulanması, yalnızca şeklen bir yerine getirmeyi değil, objektif koşullar altında, olabilecek en kısa süre içinde, tespit edilen hukuka aykırılığın giderilmesini gerektirir. Bu konuda verilen yürütmeyi durdurma kararının, işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleştiği tespitine dayandığı ve yürütmesinin durdurulmasına karar verilen işlemin doğurduğu olumsuz etkinin idarece giderilmesi zorunluluğu da dikkate alındığında, TİB tarafından anılan sitenin derhal erişime açılmaması nedeniyle bu yükümlülüğün yerine getirilmediği anlaşılmaktadır.

16. İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini gerçekleştirme için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Toplumsal çoğulculuğa ancak her türlü fikrin serbestçe ifade edilebildiği özgür tartışma ortamında ulaşılabilir. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir (B.No:2013/2602,23/1/2014, §41).

17. Ülkemizde milyonlarca kullanıcısı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti halinde sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Söz konusu idari uygulamaya ilişkin yukarıda belirtilen yürütmeyi durdurma kararına rağmen başvuru sahiplerinin ihlal iddiasına konu olan twitter.com isimli siteye erişimin halen mümkün olmadığı görülmektedir. Sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği açıktır. Bu durumda yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi kar-

şısında ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağladığının söylenemeyeceği ve böylece başvuruçuların idare mahkemesine başvurmalarının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

18. Başvuruçuların Anayasa'nın 26. maddesine ilişkin şikâyetlerinin açıkça dayanaktan yoksun olmadığı görüldüğünden başvuruların kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

19. Başvuruçular, TİB'in engellemeye dayanak olarak gösterdiği mahkeme kararlarının twitter.com isimli siteye erişimin tamamen engellenmesine yönelik olmadığını, TİB'in keyfi engelleme yöntemleri deneyerek twitter.com isimli siteye erişimi kesmesinin hukuki bir dayanağının bulunmadığını, bu işlemin bilgiye ulaşma imkânının yanında bilgiyi yayma hakkını da ciddi şekilde sınırladığını, engellenmenin sadece anılan sitede mevcut olan değil ileride paylaşılacak bilgilere de erişimi engellediğini ve bu haliyle Anayasa'da mutlak olarak yasaklanmış olan sansürü mümkün kıldığını belirtmişlerdir.

20. Başvuruçular, internet ortamında erişimin sadece hâkim kararı ile engellenmesinin mümkün olduğunu, bu engellenmenin ihlalin gerçekleştiği kısma ilişkin olarak içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle yapılabileceğini, tüm sitenin erişime kapatılmasının da ancak gerekçesini belirtmek kaydı ile hâkim kararı ile mümkün olacağını, hâkim tarafından URL bazında kısmi engelleme kararı verilmesi halinde TİB'in sitenin tamamen kapatılmasına karar vermesinin fonksiyon gaspı niteliğinde olduğunu, TİB'in engelleme kararına dayanak teşkil eden yargı kararlarında belli URL adreslerine erişimin engellendiği halde TİB tarafından twitter.com adlı internet sitesine ulaşımın tamamen engellenmesinin hukuken mümkün olmadığını belirtmişlerdir.

21. Başvuruçular, anılan internet sitesine erişimin engellenmesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin anayasal kriterlere uygun olmadığını, özel hayatın korunması ile ifade özgürlüğü arasındaki dengenin sağlanmadığını, twitter.com isimli siteye 30 Mart 2014 tarihinde yapılacak yerel seçimlerin hemen öncesinde erişimin engellenmesi ile dolaylı bir sansür etkisi yaratıldığını ifade etmişlerdir.

22. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"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 laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

23. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. ...

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

24. Anılan düzenlemeler uyarınca ifade özgürlüğü, sadece "düşünce ve kanaate sahip olma" özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan "düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma", buna bağlı olarak "haber veya görüş alma ve verme" özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir (B.No:2013/2602,23/1/2014, §40).

25. İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Hakikat ışığı fikirlerin çarpışmasından doğar. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir (B.No:2013/2602,23/1/2014, §41).

26. İfade özgürlüğünün, toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi

için AİHM'nin de ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında sıkça belirttiği gibi, sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü “haber” ve “düşüncelerin” değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir. İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın “demokratik toplumdan” bahsedilemez (*Handyside/Birleşik Krallık*, B.No: 5493/72, 7/12/1976, §49).

27. Anayasa’da sadece düşünce ve kanaatler değil, ifadenin tarzları, biçimleri ve araçları da güvence altına alınmıştır. Anayasa’nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar “söz, yazı, resim veya başka yollar” olarak ifade edilmiş ve “başka yollar” ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (B.No:2013/2602,23/1/2014, §43).

28. Bu bağlamda ifade özgürlüğü, Anayasa’da güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkilidir. Görsel ve yazılı medya araçları yoluyla fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma araçlarından biridir. Basın özgürlüğü, AİHS’de ifade özgürlüğüne ilişkin 10. Madde kapsamında koruma altına alınmışken, Anayasa’nın 28 ilâ 32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir (B.No:2013/2602, 23/1/2014, §44).

29. Demokratik bir sistemde, kamu gücünü elinde bulunduranların yetkilerini hukuki sınırlar içinde kullanmalarını sağlamak açısından basın ve kamuoyu denetimi en az idari ve yargısal denetim kadar etkili bir rol oynamakta ve önem taşımaktadır. Halk adına kamunun gözcülüğü işlevini gören basının işlevini yerine getirebilmesi özgür olmasına bağlı olduğundan basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal bir özgürlüktür. (bkz. AYM, E.1997/19, K.1997/66, K.T. 23/10/1997),(benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Lingens/Avusturya*, B. No: 9815/82, 8/7/1986, § 41; *Özgür radyo-Ses Radyo Televizyon Yapım ve Tanıtım AŞ/Türkiye*, B. No: 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/00, 30/3/2006 § 78; *Erdoğan ve İnce/Türkiye*, B. No: 25067/94, 25068/94, 8/7/1999, § 48; *Jersild/Danimarka*, B.No: 15890/89, 23/9/1994, §31).

30. İnternet modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip bulunmaktadır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle düşünceyi açıklamanın günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri haline gelen internet ve sosyal medya araçları konu-

sunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır.

31. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü mutlak ve sınırsız değildir. Bu bağlamda düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü kullanılırken bireylerin hak ve özgürlüklerini ihlal edecek tutum ve davranışlardan kaçınılması gerekir. Nitekim Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin koruma altına aldığı düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullara uygun olarak, bu maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

32. İfade özgürlüğüne yönelik sınırlamalar konusunda devletin ve kamu makamlarının takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmelidir. Ancak bu takdir alanı da Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk, ölçülülük ve öze dokunmama kriterleri çerçevesinde yapılacak denetimde genel ya da soyut bir değerlendirme yerine, ifadenin türü, şekli, içeriği, açıklandığı zaman, sınırlama sebeplerinin niteliği gibi çeşitli unsurlara göre farklılaşan ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Öze dokunmama ya da demokratik toplum gereklerine uygunluk kriterleri, öncelikle ifade hürriyeti üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. Nitekim AİHM de demokratik toplumda gerekli olmayı, "zorlayıcı sosyal ihtiyaç" şeklinde somutlaştırmaktadır. Buna göre, sınırlayıcı tedbir, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın karşılanması ya da gidilebilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilmemektedir. Aynı şekilde zorlayıcı sosyal ihtiyacın varlığı araştırılırken de soyut bir değerlendirme yapılmayıp, ifade ortamına dahil olan ifade edenin sıfatı, hedef alınan kişinin kimliği, tanınmışlık düzeyi, ifadenin içeriği, ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı gibi çeşitli hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. (Bu konudaki AİHM kararları için bkz. *Axel Springer AG / Almayya*, [BD], B.No: 39954/08, 7/2/2012; *Von Hannover/Almanya* (no.2) [BD], 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012)

33. Kamu otoritesince yapılan müdahalenin haklı sebeplere dayanması, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sırasında hakların özüne dokunulmaması ve ölçülü olunması gerekmektedir. Hakkın amacına uygun şekilde kullanımını son derece zorlaştıran, ciddi suretle güçleştiren, örtülü bir şekilde kulla-

nılamaz hale koyan ve etkisini ortadan kaldıran sınırlamalar öze dokunur niteliktedir (bkz. AYM, E.2006/121, K.2009/90, K.T. 18/6/2009). Sınırlama amacı ile aracı arasında adil bir dengenin gözetilmesi şeklinde tarif edilen ölçülülük ilkesi ile daha az sınırlayıcı ya da daha hafif tedbirlerle sınırlama amacına ulaşılması mümkün olduğu halde hak ve hürriyetleri daha çok sınırlayan, haklardan yararlanacak kişilere daha ağır yükümlülükler getiren düzenlemelerin önlenmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla belli bir amaca ulaşmak için alınan sınırlayıcı tedbir, gereğinden ağır ve katı ise o sınırlama ölçülü olmayacağı gibi demokratik toplum düzenine de uygun bir sınırlama olmayacaktır (B.No:2013/2602,23/1/2014, §51).

34. İfade özgürlüğü konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında zorunlu olmadıkça ifadenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır (benzer yöndeki AİHM görüşü için bkz. *Özgür Gündem/Türkiye*, B.No:23144/93, 16/3/2000, §43). Bu denge kurulurken Anayasanın 13. ve 26. maddeleri kapsamında kanunen öngörülen sınırlı sebeplerle ve meşru amaçlarla, demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilerek, sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir dengenin gözetilmesi ve hakkın özüne dokunulmaması gereklidir (B.No:2013/2602,23/1/2014, §56).

35. Anayasa Mahkemesi, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranılmadığını her olayın kendine has özelliklerine göre takdir edecektir (B.No:2013/2602,23/1/2014, §61).

36. Somut olayda başvuru, kullanıcı oldukları twitter. com isimli internet adresine erişimin engellenmesi nedeniyle ifade hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmektedirler. Genel ilkelerin açıklanmasından sonra bu genel ilkelerin somut olaya uygulanması sırasında ifade özgürlüğüne “*müdahale olup olmadığı*”, müdahale varsa “*müdahalenin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığı*”, haklı sebep varsa “*müdahalenin demokratik toplum düzeni için gerekli olup olmadığı ve ölçülü olup olmadığı*” hususları değerlendirilecektir.

37. Başvuru konusu olayda TİB'in bazı mahkeme kararlarını gerekçe göstererek twitter.com internet sitesine erişimi engellediği anlaşılmakta ise de dayanak gösterilen kararların incelenmesinden söz konusu kararların sadece belli URL adreslerine erişimin engellenmesine yönelik olduğu, derece mahkemelerince doğrudan twitter.com internet adresine erişimi engellemeye yönelik bir karar alınmadığı anlaşılmaktadır.

38. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının ilgili mevzuat hükümleri ge-

reğince erişimin engellenmesine ilişkin kararının kural olarak bir yargı kararını gerektirdiği, bu konuda görevli mahkemelerin sulh ceza mahkemeleri olduğu ve mahkemelerce verilen kararın niteliği itibarıyla bir ceza muhakemesi koruma tedbiri olduğu açıktır. Buna göre TİB ancak mahkemece bu konuda alınmış bir karara dayalı olarak ve bu kararda öngörülen tarzda engelleme kararının icrasını gerçekleştirebilecektir.

39. Bir kamu idaresi olan TİB'in bir internet sitesine erişimi engellenmesine yönelik yaptığı müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı ve müdahalede bulunulurken ölçülü davranılıp davranılmadığı konusunda hangi genel ilkelerden hareket edileceği yukarıda belirtilmişti (§§ 37- 40). Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmalar kanunla öngörülmeli ve sınırlamalar kanuna uygun olmalıdır. Somut olayda, erişimin engellenmesinin URL bazında değil de tüm bir siteye yönelik erişimin engellenmesi şeklinde uygulandığı görülmektedir. 5651 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB'in kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve milyonlarca kullanıcısı bulunan bir sosyal medya ağı olan twitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı ve bu sosyal paylaşım sitesine erişimin kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır.

40. Bu durumda, bireysel başvuruya konu edilen ihlal iddiasının konusunu oluşturan ifade özgürlüğünün demokratik hukuk devletindeki önemi dikkate alındığında TİB tarafından twitter.com isimli internet sitesine erişimin engellenmesi yalnızca bu engellemeye dayanak gösterilen ve URL bazlı verilen kararların muhataplarını değil, twitter.com ağından yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne yönelik ağır müdahale niteliğinde olduğu ve hukuki dayanağının olmaması nedeniyle başvuru sahiplerinin Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvurunun KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Başvuru sahiplerinin Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvuru sahiplerinden Yaman Akdeniz'e 206,10 TL bireysel başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekalet ücreti toplamı olan 1.706,10 TL'nin, Mustafa Sezgin Tanrıkulu'na 206,10 TL bireysel başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekalet ücreti toplamı olan 1.706,10 TL'nin, Kerem Altıparmak'a 206,10 TL bireysel başvuru harcının

dan oluşan yargılama giderlerinin **ÖDENMESİNE**,

D. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuru Maliye Hazinesine başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

E. Kararın birer örneğinin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca, **İHLALİN VE SONUÇLARININ** ortadan kaldırılmak üzere Bilgi ve İletişim Teknolojileri Kurumu, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına gönderilmesine,

2/4/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan	Üye	Üye
Alparslan ALTAN	Serdar ÖZGÜLDÜR	Osman Alifeyyaz PAKSÜT
	Üye	Üye
	Celal Mümtaz AKINCI	M. Emin KUZ

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

Başvuru Numarası: 2014/4705

Karar Tarihi: 29/5/2014

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	: Haşim KILIÇ
Başkanvekili	: Serruh KALELİ
Başkanvekili	: Alparslan ALTAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Osman Alifeyyaz PAKSÜT Zehra Ayla PERKTAŞ Recep KÖMÜRCÜ Engin YILDIRIM Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Erdal TERCAN Muammer TOPAL Zühtü ARSLAN M. Emin KUZ Hasan Tahsin GÖKCAN
Raportör	: Esat Caner YILMAZOĞLU
1. Başvurucu	: Youtube LLC Corporation Service Company (B.No:2014/4705, B.No:2014/4737)
Temsilcisi	: John Kent WALKER
Vekili	: Av. Gönenç GÜRKAYNAK
2. Başvurucu	: Kerem ALTIPARMAK (B.No:2014/4767, B.No:2014/5543)
Vekili	: Av. Çiğdem DURKAN

- 3. Başvurucu** : Yaman AKDENİZ
(B.No:2014/4769, B.No:2014/5542)
- Vekili** : Av. Çiğdem DURKAN
- 4. Başvurucu** : Mustafa Sezgin TANRIKULU
- Vekili** : Av. Berk BAŞARA
- 5. Başvurucu** : Metin FEYZİOĞLU
- 6. Başvurucu** : Erol ERGİN
- Vekili** : Av. Serkan ŞAHİN
- 7. Başvurucu** : Mahmut TANAL
- 8. Başvurucu** : Mesut BEDİRHANOĞLU
- Vekili** : Av. Ferit ALGAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucular video paylaşım sitesi youtube.com isimli internet sitesine erişimin engellenmesine dair 27/3/2014 tarihli Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) işlemi nedeniyle Anayasa'nın 22., 26., 27., 40., 48. ve 67. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular, 4/4/2014, 7/4/2014, 8/4/2014, 14/4/2014 ve 24/4/2014 tarihlerinde doğrudan Anayasa Mahkemesine yapılmıştır. Dilekçeler ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. 2014/4717, 2014/4737, 2014/4767, 2014/4769, 2014/4817, 2014/4853, 2014/4883, 2014/5137, 2014/5542 ve 2014/5543 sayılı başvuruların konu bakımından aynı nitelikte bulunmaları nedeniyle 2014/4705 sayılı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

4. Birinci Bölüm, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin Adalet Bakanlığına gönderilmesine, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 71. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca başvurular hakkında ivedilikle karar verilmesini gerekli görerek Bakanlık cevabı beklenilmeden incelenmesine ve başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanmasını gerekli gördüğünden Anayasa Mahke-

mesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca görüşülmek üzere Genel Kurula sevkine karar vermiştir.

5. Başvuru konusu olayda teknik bazı hususların açıklığa kavuşturulabilmesi amacıyla TİB yetkilileri bilgi vermek üzere Genel Kurula davet edilmiş, TİB Başkanı Ahmet Cemalettin Çelik, Hukuk Dairesi Başkanı Ali Erten ve Bilgi İşlem ve İnternet Uzmanı Mustafa Küçükali tarafından 29/5/2014 tarihinde açıklamalar yapılmıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

7. Başvuruculardan,

a) Birinci başvuru Youtube LLC Corporation Service Company, youtube.com isimli internet sitesinin sahibi ve kullanıcısıdır.

b) Diğer başvuru, youtube.com sitesini bilgi edinme ve içerik sağlayıcı sıfatı ile bilgi paylaşımı için kullanmaktadırlar.

8. TİB, 27/3/2014 tarihinde youtube.com isimli internet sitesine erişimi engellemiş ve bu adreste kullanıcılara yönelik olarak *"5651 sayılı Kanun uyarınca yapılan teknik inceleme ve hukuki değerlendirme sonucunda bu internet sitesi (youtube.com) hakkındaki Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının 27/3/2014 tarih ve 490.05.01.2014-48125 sayılı kararına istinaden Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından idari tedbir uygulanmaktadır."* duyurusu yayınlanmıştır.

9. Youtube LCC, TİB'in erişimin engellenmesi işlemine karşı Ankara Nöbetçi İdare Mahkemesi Başkanlığı nezdinde yürütmeyi durdurma istemli iptal davası açmıştır.

10. Gölbaşı (Ankara) Cumhuriyet Savcılığının 27/3/2014 tarih ve 2014/1051 sayılı talebi üzerine Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 27/3/2014 tarih ve Değişik İş No. 2014/358 sayılı kararıyla 15 adet URL bazlı youtube.com hesabına erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Ayrıca kararda TİB tarafından bahse konu içeriklerin erişime engellenmesine yönelik kararın bildirilen süre içinde gereğinin yerine getirilmemesi durumunda IP (Internet Protocol Address) ve alan adı yoluyla sitedeki tüm yayının erişiminin engellenmesine, bahse konu içerikler ve aynı nitelikteki diğer içerikler tamamen kaldırılncaya kadar erişime engelin devam etmesine, hükmün infazı ve gereği için kararın Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmiştir.

11. TİB, 28/3/2014 tarihinde anılan siteye girişteki duyuruyu *"Bu internet sitesi (youtube.com) hakkında Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 27/3/2014 tarih ve*

2014/358 sayılı kararına istinaden ve 5651 sayılı Kanunun 8. madde 1/b bendi uyarınca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından KORUMA TEDBİRİ uygulanmaktadır.” şeklinde değiştirmiştir.

12. Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı, 2/4/2014 tarihinde Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesine başvurarak anılan Mahkemenin erişimin engellenmesi kararının yeniden gözden geçirilerek kaldırılması talebinde bulunmuştur. Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesi 4/4/2014 tarih ve Değişik İş No. 2014/381sayılı kararı ile ilk kararını gözden geçirmiş ve 15 adet URL bazlı youtube. com hesabına erişimin engellenmesine dair kararın aynen devamına, buna karşılık “youtube. com” isimli internet sitesinin erişime kapatılmasının tüm kullanıcılarının Anayasa’nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü ihlal edildiğinden tüm yayına erişimin engellenmesine dair kararın kaldırılmasına karar vermiştir.

13. Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin “youtube.com” sitesinin erişim engelinin kaldırılmasına dair 4/4/2014 tarih ve 2014/381 Değişik İş sayılı kararının aynı tarihte TİB’e 2014/175774 sayılı evrak kayıt no.’su ile tebliğ edildiği, ancak sitenin erişime açılmadığı anlaşılmıştır.

14. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 4/4/2014 tarih ve 2014/381 Değişik İş sayılı kararına karşı Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi nezdinde itiraz edilmiştir.

15. Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesinin 4/4/2014 tarih ve Değişik İş No. 2014/81 sayılı kararı ile 15 adet URL (Uniform Resource Locator) bazlı “youtube” hesabına erişimin engellenmesine dair kararın aynen devamına, TİB tarafından yukarıda yazılı içeriklerin (linklerin) erişime engellenmesinin “youtube.com” a bildirimine rağmen ilgilisi tarafından bildirilen süre içinde gereğinin yerine getirilmemesi durumunda sözkonusu internet sitesinin tüm yayınına erişimin engellenmesine ve suça konu içerikler kaldırılncaya kadar erişim engelinin devamına karar verilmiştir.

16. 7/4/2014 tarihi itibarıyla youtube.com isimli internet sitesine erişimin engellenmesinin gerekçesi olarak bu adrese girişte TİB’in “Bu internet sitesi (youtube.com) hakkında Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 27/3/2014 tarih ve 2014/358 sayılı kararı ile Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi’nin 4/4/2014 tarih ve 2014/81 sayılı kararına istinaden ve ayrıca 5651 sayılı Kanunun 8. madde 1/b bendi uyarınca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından KORUMA TEDBİRİ uygulanmaktadır.” duyurusu yer almaktadır.

17. Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığının, 4/4/2014 tarihinde Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesince verilen kararın 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 268. maddesine aykırı olduğu ve verilen kararın yok hükmünde sa-

yılması gerektiği yönündeki itirazı üzerine Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi 9/4/2014 tarih ve Değişik İş No. 2014/91 sayılı kararıyla anılan Kanun'un 268. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları gereğince açık usul ve yetki ihlali nedeniyle verilen 2014/81 D. İş Sayılı kararın yok hükmünde sayılmasına, youtube.com internet sitesindeki tüm yayına erişimin engellenmesine dair kararın kaldırılmasına ilişkin Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 4/4/2014 tarih ve 2014/381 D. İş Sayılı kararında belirtilen 15 adet linke erişimin engellenmesine dair kararın aynen devamına ve ilgili www.youtube.com internet sitesinin bu şekilde erişime açılmasına, kararın bir suretinin TİB, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) ile Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına gönderilmesine, kesin olarak karar vermiştir.

18. Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesinin 9/4/2014 tarih ve 2014/91 sayılı kararına rağmen "youtube.com" isimli video paylaşım sitesi erişime açılmamıştır. Sitenin erişime açılmaması kararının gerekçesi kamuoyuna şu şekilde bildirilmiştir:

"Bilindiği üzere, Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin devlet sırlarının ifşasının önlenmesi amaçlı 27/03/2014 tarihli ve 2014/358 Değişik İş No.lu Kararına istinaden ve ayrıca Gazi Mustafa Kemal Atatürk'e hakaret niteliğindeki içerikler nedeniyle 5651 sayılı Kanun'un 8 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (4) numaralı fıkrası hükümleri uyarınca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından youtube.com adlı internet sitesine erişimin engellenmesi tedbiri uygulanmaya başlanmıştır.

Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 04/04/2014 tarihli ve 2014/381 sayılı Kararıyla, 2014/358 Değişik İş No.lu Kararda belirtilen ilgili internet sitesindeki (youtube.com) tüm yayına erişimin engellenmesine dair karar kaldırılmıştır. Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine, Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesinin 04/04/2014 tarihli ve 2014/81 Değişik İş No.lu Kararıyla, ilgili internet sitesi tarafından gereğinin yerine getirilmemesi durumunda, youtube.com internet sitesinin tüm yayınına erişimin engellenmesine ve suça konu içerikler kaldırılincaya kadar erişime engelin devamına hükmedilmiştir. Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesinin 09/04/2014 tarihli ve 2014/91 Değişik İş No.lu Kararı ile 2014/381 Değişik İş No.lu Kararında belirtilen 15 linke erişimin engellenmesine dair Kararın aynen devamına ve youtube.com internet sitesinin bu şekilde erişime açılmasına karar verilmiştir. Youtube tarafından 2014/381 Değişik İş No.lu Kararda yer alan 15 linkteki içeriklerin bir kısmının kaldırılmış olduğu, bir kısım linklerde ise içeriğin tamamen çıkarılmayarak sadece Türkiye'den erişimin engellendiği ancak, yurtdışından erişimin mümkün olduğu tespit edilmiştir. 27/03/2014 tarihinden bugüne kadar ilgili internet sitesinde aynı içeriği taşıyan toplam 151 link tespit edilmiş, bu içeriklerin çıkarılması için Youtube'a bildirimde bulunulmuştur. Youtube tarafından

bu içeriklerin bir kısmının kaldırılmış olduğu, bir kısım linklerde ise içeriğe sadece Türkiye’den erişimin engellendiği fakat, yurtdışından erişilebildiği tespit edilmiştir. Ayrıca, aynı içeriği taşıyan bir kısım linklerin halen yayınlanmaya devam ettiği görülmektedir. Diğer taraftan, Gazi Mustafa Kemal Atatürk’e hakaret niteliğindeki içerikler nedeniyle youtube’a uyarı mesajları gönderilmiş olup, söz konusu içerikler çıkarılmadığı için 27/03/2014 tarihinden itibaren 5651 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (4) numaralı fıkrası hükümleri uyarınca erişimin engellenmesi tedbiri uygulanmıştır. Söz konusu içeriklerin bir kısmı hala ilgili internet sitesinde yayınlanmaya devam ettiğinden, youtube.com internet sitesine uygulanan erişimin engellenmesi tedbirine devam edilmektedir.”

19. Bu arada Youtube LCC tarafından erişimin engellenmesine ilişkin karara karşı açılan davada Ankara 4. İdare Mahkemesi 2/5/2014 tarih ve E. 2014/655 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulmasına karar vermiş, anılan karar 7/5/2014 tarihinde TİB’e tebliğ edilmiştir.

B. İlgili Hukuk

20. Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

“Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

21. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

“Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir”.

22. 2577 sayılı Kanun’un “Kararların sonuçları” başlıklı 28. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

“Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.”

23. 4/5/2007 tarih ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 8. maddesi şöyledir:

Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti (md. 26 vd.)

“(1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

(3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

(4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsu bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re’sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilir.

(6) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Başkanlık tarafından, Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulur.

(7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir.

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir.

(9) Konusu birinci fıkrada sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır.

(10) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadağı takdirde, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(11) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiğı andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.

(12) Bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.

(13) İşlemlerin yürütülmesi için Başkanlığa gönderilen hakim ve mahkeme kararlarına

4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre Başkanlıkça itiraz edilebilir.

(14) (Ek: 12/7/2013-6495/47 md.) 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşlar, kendi görev alanına giren suçların internet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabilirler. Erişimin engellenmesi kararları uygulanmak üzere Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına

gönderilir.

(15) *Bu maddeye göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9 uncu ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilir.*

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

24. Mahkemenin 29/5/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru dosyası incelenerek gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

25. Başvuruculardan Youtube LLC Corporation Service Company tarafından ileri sürülen iddialar özetle şöyledir: Başvurucu;

a) Youtube.com isimli internet sitesinin sahibi olmasının yanında kendisinin de anılan sitenin bir kullanıcısı olduğunu, bu nedenle siteye erişiminin engellenmesinin haklarını ihlal ettiğini,

b) Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 2014/358 sayılı kararında hangi URL adreslerindeki içeriğe dayalı olarak erişimin engellendiğinin gösterilmediği, anılan mahkeme kararında Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığının 27/3/2014 tarih ve 2014/1051 sayılı siyasal ve askeri casusluk ile gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçu ile ilgili olarak yürüttüğü soruşturma kapsamında devlet üst düzey sivil ve askeri yöneticilerin arasında devletin güvenliği, iç veya dış siyasal yararları bakımından gizli kalması gereken konuşmaların kayda alınarak internet ortamında yayınlandığı, suçun işlenmesinin devamının durdurulması bakımından karara konu olan URL'lerin Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrası ile Türk Ceza Kanunu'nun 328. maddesinin birinci ve 330. maddesinin birinci fıkrası uyarınca erişime engellenmesine ve bu URL'ler ile aynı nitelikteki içerikler tamamen yayından kaldırılınca kadar erişime engellenmenin devam etmesine karar verildiği belirtilmiş ise de, "benzer içerik" ifadesinin yeteri kadar açık olmadığını,

c) Erişimin engellenmesi kararının Anayasa'nın 22. ve Türk Ceza Kanunu'nun yukarıda anılan 328/1 ve 330/1. maddelerine dayanarak verilemeyeceği, belirtilen gerekçelere dayanılarak tüm siteye erişimin engellenmesi kararının ölçüsüz olduğunu; Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 4/4/2014 tarih ve 2014/381 sayılı kararı ile tüm yayına erişimin engellenmesine dair kararın kaldırılarak yalnız 15 adet URL adresine erişimin engellenmesine karar verildiği halde erişim engelinin devam ettiğini,

ç) TİB tarafından son olarak 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin, birinci fıkrasının (b) bendinin ihlal edildiği gerekçesiyle re'sen erişimin engellenmesi

yoluna gidilmişse de idareye tüm siteye erişimi engelleme konusunda verilmiş bir yetki bulunmadığı, ayrıca anılan ihlale neden olan içeriğin hangi URL adresinde yer aldığına da belirtilmediği ve idari işlemin sebep unsurunun açıklıkla ortaya konulmadığı ve müdahalenin ölçüsüz olduğu, siteye erişimin tümüyle engellenmesinin şirketin ticari özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte olduğunu,

belirterek Anayasa'nın 26. ve 48. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

26. Başvuruculardan Kerem Altıparmak, Yaman Akdeniz, Mustafa Sezgin Tanrikulu, Metin Feyzioğlu, Erol Ergin, Mahmut Tanal ve Mesut Bedirhanoglu tarafından ileri sürülen iddialar özetle şöyledir: Başvurucular,

a) İnternet yayıncılığının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirildiğini, youtube.com isimli internet sitesinin "yurttaş gazetecilik" kavramı çerçevesinde bireyler tarafından bağımsız habercilik ve demokratik iletişim amaçlı olarak ülkemizde ve dünya genelinde yaygın olarak kullanıldığını ve anılan sitenin ifade özgürlüğünün en etkin olarak kullanıldığı platformlardan biri olduğunu;

b) Anılan sitenin tamamına yönelik uygulanan erişim engelinin mahkeme kararı ile kaldırılmış olmasına karşın siteye erişimin keyfi nitelikteki idari kararlara dayalı olarak engellenmeye devam edildiğini;

c) Her türlü sanatsal ve bilimsel paylaşımın yapılabildiği bu siteye erişimin engellenmesinin ifade özgürlüğü açısından olumsuz nitelikte ve ağır sonuçlar doğurduğunu, kişilerin anılan internet sitesi üzerinden bilgi ve belgelere ulaşmasının aynı zamanda bu kişilerin özel hayatını ilgilendiren bir konu olduğunu, tüm siteye erişim engeli getirilmesi ile Anayasa'nın 20. maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının da ihlal edildiğini;

ç) Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen temel hakların idari bir kurum tarafından değil ancak hakim kararı ile sınırlandırılmasının mümkün olduğunu, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde dahi hâkim kararı dışındaki mercilere tanınan sınırlama yetkisi çerçevesinde verilen kararların da 24 saat içerisinde hakim onayına sunulması gerektiğinin öngörüldüğünü ve bu kuralın istisnasının olmadığını;

d) 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verildiğini, 8. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca bazı hallerde idareye erişimin engellenmesi kararı verme yetkisinin tanınmasının Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6. ve 9. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürerek idarenin yargı makamının yerine geçerek yargısal karar vermesinin fonksiyon gaspı niteliğinde olduğunu;

e) Anılan Kanun'un 8. maddesinde yer alan *"içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik ve yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde"* ibaresinin bir suçun varlığı koşuluna bağlı olarak bu suça ilişkin alınacak önlemlere işaret ettiğini, dolayısıyla burada tanınan yetkinin açık bir adli kolluk yetkisi olduğunu ve bu konudaki kararların ancak yargı mercilerince alınabileceğini, idarenin ise sadece kararın uygulanmasında rol oynayabileceğini;

f) Anayasa'nın sistematik yorumunun anılan kuralın Anayasa'ya aykırı olduğunu da gösterdiğini; ilgili hükmün, özel hayat alanında kalan internet sitesine erişim engelleme kararlarına ilişkin olduğunu, Anayasa'nın 20. maddesinin özel hayata müdahale niteliğindeki kararların ancak yargı kararı ile alınabileceğini düzenlediği ve aynı sistemin uluslararası insan hakları sözleşmelerinde de öngörüldüğünü, bu açıdan bakıldığında aksi durumun yani kısıtlama kararının yargı organları yerine idari kurumlara bırakılmasının Anayasa'nın temel haklar ve özgürlükler rejimine ve Anayasa'nın 13. maddesinin sınırlandırmanın koşullarından biri olarak saydığı Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygunluk ölçütüne açıkça aykırı olduğunu;

g) TİB tarafından 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun uyarınca re'sen erişimin engellenmesi gerekçesine dayanılmakta ise de kötü niyetli bir kişinin Atatürk'e hakaret eden bir içeriği Youtube'a yüklemesi nedeniyle milyonlarca kullanıcının milyarlarca içeriğe ulaşamaması sonucunun doğabileceğini, bu durumun ise ölçüsüz bir sınırlandırma niteliğinde olması nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olduğunu;

ğ) Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 2014/358 sayılı kararında Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığının siyasal ve askeri casusluk ile gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçu ile ilgili olarak yürüttüğü 27/3/2014 tarih ve 2014/1051 sayılı soruşturma kapsamında devlet üst düzey sivil ve askeri yöneticileri arasında devletin güvenliği, iç veya dış siyasal yararları bakımından gizli kalması gereken konuşmaların kayda alınarak internet ortamında yayımlandığı, suçun işlenmesinin devamının önlenmesi bakımından karara konu olan URL'lerin Anayasa'nın 22/2. maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 328. maddesinin (1) numaralı fıkraları ve 330. maddesinin (1) numaralı fıkraları uyarınca erişime engellenmesine ve bu URL'ler ile aynı nitelikteki içerikler tamamen yayından kaldırılincaya kadar erişime engellenmenin devam etmesine karar verilmiş ise de, 5651 sayılı Kanun kapsamında bir koruma tedbiri olarak verilebilecek olan erişimin engellenmesi kararının ancak katalog suçlar için öngörülmüş istisnai bir durum olduğunu; 8. maddedeki suç tiplerinin tahdidi bir şekilde sayılması nedeniyle bu katalogda sayılmayan örneğin TCK'nın 328. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenen siyasal veya

askeri casusluk ya da 330. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenen gizli kalması gereken bilgileri açıklamaya ilişkin suçlar bakımından koruma tedbirine başvurulamayacağını, aksi hâlde kanun koyucu tarafından sınırlı sayma yoluna gidilmeden tüm suçlar için bu mekanizmanın öngörülebileceği şeklinde bir sonuca varılacağını, bunun ise kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği ilkesine aykırı olacağını;

h) TİB'in engelleme kararına gerekçe olarak gösterdiği 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 1/b bendi uyarınca erişimin engellenmesinin de mümkün olmadığını, anılan madde hükmünün atıfta bulunduğu ve 5816 sayılı Kanun ile tanımlanan suç tanımı ile engelleme gerekçesinin farklı olduğunu, erişimin engellenmesi yönündeki sınırlamanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kriterlere aykırılık oluşturduğunu;

belirterek, Anayasa'nın 22., 26., 27., 40., 48. ve 67. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

27. Başvuruculardan Yaman Akdeniz, Kerem Altıparmak ve Metin Feyzi-oğlu çeşitli üniversitelerde öğretim üyesi olarak çalışmaktadırlar. Bu başvurucular insan hakları ve ceza hukuku alanında bilimsel çalışmalar yaptıklarını, bu çalışmalarını youtube.com isimli internet sitesinde yer alan hesapları üzerinden paylaştıklarını, aynı zamanda çalışma alanları ile ilgili Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi metin ve görsellerine site üzerinden ulaştıklarını ifade etmişlerdir. Başvuruculardan Mustafa Sezgin Tanrıku ve Mahmut Tanal ise İstanbul milletvekili olarak görev yapmakta olup anılan site üzerinden yasama organındaki konuşma ve faaliyetlerini site aracılığı ile paylaştıklarını, ayrıca çalışma alanları olan insan hakları hukuku ile ilgili konularda siteden faydalandıklarını belirtmişlerdir. Başvuruculardan Mesut Bedirhanoglu sitenin aktif olarak kullanıcısı olmasının yanında, uluslararası insan hakları hukukunda doktora yapması nedeniyle uzmanlık alanı ile ilgili seminer konferans ve televizyon programlarının görüntülerini anılan site üzerinden paylaştığını ifade etmiştir. Başvurucu Erol Ergin ise anılan sitede üyeliğinin bulunduğunu, sitede kendisine göre düzenlediği profili ile istediği kanalları ve paylaşım yapan kişileri düzenli olarak takip ettiğini, bunlar hakkında görüş yazmanın yanı sıra düzenli olarak etkinliklerini takip ettiği sivil toplum kuruluşları ve mesleki kuruluşların bulunduğunu belirtmiştir. Başvuruculardan Youtube LLC, anılan sitenin sahibi olmasının yanında kullanıcısı durumunda bulunduğunu ticari bir şirket olması nedeniyle ticari faaliyetlerinin tanıtımında sitenin etkin olarak kullanıldığını ifade etmiştir.

28. Bu açıklamalar ışığında başvuru yollarının youtube.com isimli internet sitesinin tümüyle erişime engellenmesine ilişkin idari işleminden doğrudan etkilendikleri anlaşılmaktadır.

29. Başvurucular TİB'in anılan işlemine karşı yargı yolunun tüketildiğini, ayrıca idari yargı merciine başvurulmasının etkili bir başvuru yolu olmadığını, dolayısıyla bu yolun tüketilmesinin gerekmediğini, Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesinin 4/4/2014 tarih ve Değişik İş No. 2014/81 sayılı itirazın kabulüne ilişkin kararının kesin olması nedeniyle başvuru yollarının tüketildiğini ileri sürmüşlerdir.

30. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."

31. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Bireysel başvuru hakkı" kenar başlıklı 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

*"İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılma-
dan önce tüketilmiş olması gerekir."*

32. Anılan Anayasa ve Kanun hükümlerine göre bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir. Temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının anayasal ödevi olup, bu ödevin ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin düzeltilmesi idari ve yargısal makamların görevidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması esastır (B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16).

33. Bu nedenle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca, başvuru-
cunun Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir (B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 17).

34. Tüketilmesi gereken başvuru yollarının ulaşılabilir olmaları yanında

telafi kabiliyetini haiz ve tüketildiklerinde başvuruçunun şikayetlerini gidermede makul başarı şansı tanımları gerekir. Dolayısıyla mevzuatta bu yollara yer verilmesi tek başına yeterli olmayıp uygulamada da etkili olduklarının gösterilmesi gerekir (B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 29). Ayrıca başvuru yollarının tüketilmesi kuralı mutlak nitelikte olmayıp bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilirken her somut başvurunun kendine özgü koşullarının da göz önüne alınması zorunludur. Bu anlamda yalnızca hukuk sisteminde bir takım başvuru yollarının varlığının değil, aynı zamanda bunların uygulanma şartları ile başvuruçunun kişisel koşullarının gerçekçi bir biçimde ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle başvuruçunun başvuru yollarının tüketilmesi noktasındaki yükümlülükleri başvurunun özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir.

35. Başvuru konusu olayda, Türkiye Barolar Birliğince Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin erişimin engellenmesi kararına karşı bu kararın yeniden değerlendirilmesi talebinde bulunulduğu, talebin kabul edilmesi üzerine tüm siteye erişimin engellenmesine yönelik kararının kaldırıldığı, anılan karara karşı yapılan itirazın Asliye Ceza Mahkemesi tarafından kabul edilmesi üzerine erişim yasağının devam ettiği, son olarak Asliye Ceza Mahkemesince verilen 2014/81 sayılı kararın, “5271 sayılı Kanun’un 268. maddesine aykırı olduğu ve verilen kararın yok hükmünde sayılması gerektiği” yönündeki itiraz üzerine, “15 adet linkin erişime engellenmesine dair kararın aynen devamına ve ilgili youtube.com internet sitesinin bu şekilde erişime açılmasına, kararın bir suretinin Bilgi İletişim Teknolojileri Kurumu, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına gönderilmesine”, kesin olarak karar verildiği anlaşılmıştır.

36. Diğer taraftan TİB işlemine karşı Youtube LCC tarafından 4/4/2014 tarihinde yürütmenin durdurulması istemli olarak açılan davada ise Ankara 4. İdare Mahkemesince 2/5/2014 tarih ve E.2014/655 sayılı karar ile yürütmenin durdurulmasına karar verildiği ve anılan kararın 7/5/2014 tarihinde TİB’e tebliğ edildiği anlaşılmıştır.

37. Bu durumda potansiyel olarak var olduğu kabul edilen birden fazla başvuru yolunun kullanıldığı; Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesinin kesin nitelikteki kararı ile Ankara İdare Mahkemesinin yürütmeyi durdurma kararına rağmen anılan internet sitesine erişimin engellenmeye devam edildiği anlaşılmaktadır. Oysa hukuk devletinde yargı kararının uygulanması, yalnızca şeklen bir yerine getirmeyi değil, objektif koşullar altında, olabilecek en kısa süre içinde, tespit edilen hukuka aykırılığın giderilmesini gerektirir (B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § 24).

38. İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplu-

mun ve bireyin kendini geliştirmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Toplumsal çoğulculuğa ancak her türlü fikrin serbestçe ifade edilebildiği özgür tartışma ortamında ulaşılabilir. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 41).

39. Ülkemizde yoğun ve etkili bir şekilde kullanılan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin, kullanıcıların demokratik toplum temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun en kısa sürede denetlenmesi ve hukuka aykırılığın tespiti halinde ise sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Söz konusu erişimin engellenmesi kararına ilişkin yukarıda belirtilen mahkeme kararlarına (§37) rağmen başvuru sahiplerinin ihlal iddiasına konu olan youtube.com isimli siteye erişimin halen mümkün olmadığı görülmektedir. Sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği açıktır. Somut olay bağlamında, anılan siteye erişimin engellenmesinin gerekçesi olarak gösterilen içerikler ile bireysel kullanıcı niteliğindeki başvuru sahipleri arasında bir bağlantı bulunmadığı gibi, kendilerinin kullanıcı oldukları sitelerde erişimin engellenmesine konu bir içeriğin olduğuna dair herhangi bir iddianın da bulunmadığı görülmektedir.

40. Youtube'un da dahil olduğu sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkan veren, şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platformdur. Bu gibi internet siteleri günümüzde sosyal medyada dünyadaki tüm kullanıcıların bir arada iletişime geçebildiği yorum, mesaj, bilgi, eleştiri, satış ve tanıtımların yapıldığı etkili bir alan haline gelmiştir. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma, yayma ve haberleşmeleri için vazgeçilmez nitelikte olup, bu tür sitelere yapılan müdahalelerin milyonlarca bireysel kullanıcıyı etkilediği açıktır. Tedbir niteliğinde dahi olsa, bir kullanıcı tarafından paylaşılan içerik nedeniyle sitenin tamamının erişime kapatılması halinde bütün bireysel kullanıcıların siteden yararlanması imkansız hale gelmektedir. Başvuruculardan Youtube LCC tarafından idari yargıda yürütmeyi durdurma talepli olarak açılan davada yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş olmasına rağmen kararın gereğinin bugüne kadar yerine getirilmesi ve siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi sözkonusu başvuru yolunun etkili olmadığını göstermektedir. Ayrıca yürütmenin durdurulması kararının uygulanması sonunda sitenin tümüyle

erişime açılması, işin niteliği gereği kapatılan sitenin kullanıcıları olduğu anlaşılan diğer başvuru sahipleri açısından da sonuç doğuracağından, her bireysel kullanıcının yeniden yargı yollarına başvurusunun beklenmesi bireysel başvuru usulündeki başvuru yollarının tüketilmesi prensibinin amaçları ile uyumlu değildir. Bu durumda söz konusu başvuru yolunun temel hak ihlalinin ortadan kaldırılması bakımından tüketilmesi gerekli etkili bir yol olmadığı sonucuna varılmıştır.

41. Başvurucuların Anayasa'nın 26. maddesine ilişkin şikâyetlerinin açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi başka bir kabuledilmezlik nedeni de bulunmadığından başvuruların kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

42. Başvurucular özetle, TİB tarafından youtube.com isimli video paylaşım sitesine erişimin idari bir karar ile resen engellenmesinin hukuka aykırı olduğunu, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrasında sınırlı sayıda sayılmış suç iddiasına bağlı olarak aynı maddenin (4) numaralı fıkrası uyarınca resen erişimin engellenmesi kararı verilebileceği hâlde, anılan suç tipine uygun olmayan bir gerekçe ile youtube.com sitesine erişimin engellenmesinin anılan sitede yayımlanan videolara ulaşma imkânının yanında bilgiye ulaşma hakkını da ciddi şekilde sınırlandırdığını, bu engellenmenin sadece anılan sitede mevcut olan değil ileride paylaşılacak bilgilere de erişimi engellediğini; Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığının talebi ile Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin yukarıda yer verilen 27/3/2014 tarih ve 2014/358 sayılı kararının da hukuka aykırı olduğunu, erişimin engellenmesi kararına dayanak gösterilen Türk Ceza Kanunu'nun 328. ve 330. maddesinde tanımlanan suçlar nedeniyle erişimin engellenmesinin mümkün olmadığını; erişimin engellenmesi yönündeki sınırlamanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kriterlere aykırılık oluşturduğunu ve anılan video paylaşım sitesine erişimin tümüyle engellenmesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin anayasal kriterlere uygun olmadığını ve ölçülülük ilkesine uyulmadığını ifade etmişlerdir (§§ 25, 26).

43. Başvuru konusu olayda teknik hususlarda bilgi vermek üzere davet edilen TİB yetkililerince özetle, erişimin engellenmesi kararının uygulanması amacıyla öncelikle uyar-kaldır prosedürünün harekete geçirilerek içerik sağlayıcıya URL bazlı içeriğin kaldırılması bildiriminde bulunulduğu, sonuç alınamaması durumunda "http" tipi sitelerde URL bazlı olarak erişimin engellenmeye çalışıldığı, bu erişim engelinin VPN (Kriptolu Sanal Link) ve TOR (Anonim Ağ) kullanılmak suretiyle aşılmasının mümkün olduğu, bunun yanı sıra "https" tipinde sitelere erişimi engellenmenin ise teknik olarak mümkün olmadığı, Erişim Sağlayıcıları Birliğinin kurulması ile içeriklerin URL bazlı

olarak engellenmesi konusunda erişim sağlayıcıları ile kurumsal çalışmaların yapıldığı ve bu çalışmaların hâlen sürmekte olduğu belirtilmiştir.

44. Başvurucular her ne kadar Anayasa'nın 22., 26., 27., 40., 48. ve 67. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı olmayan Anayasa Mahkemesi, başvurucuların iddialarını ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirmiştir.

45. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"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 laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

46. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. ...

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

47. Anılan düzenlemeler uyarınca ifade özgürlüğü, sadece "düşünce ve kanaate sahip olma" özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan "düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma", buna bağlı olarak "haber veya görüş alma ve verme" özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına

veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir (B. No: 2013/2602,23/1/2014, §40).

48. İfade özgürlüğünün, toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için AİHM'in de ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında sıkça belirttiği gibi, sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü "haber" ve "düşüncelerin" değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir. İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın "demokratik toplumdan" bahsedilemez (*Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, §49).

49. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "söz, yazı, resim veya başka yollar" olarak ifade edilmiş ve "başka yollar" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (B. No:2013/2602, 23/1/2014, §43).

50. Bu bağlamda ifade özgürlüğü, Anayasa'da güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkilidir. Görsel ve yazılı medya araçları yoluyla fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma araçlarından biridir. Basın özgürlüğü, AİHS'de ifade özgürlüğüne ilişkin 10. madde kapsamında koruma altına alınmışken, Anayasa'nın 28 ilâ 32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, §44).

51. Demokratik bir sistemde, kamu gücünü elinde bulunduranların yetkilerini hukuki sınırlar içinde kullanmalarını sağlamak açısından basın ve kamuoyu denetimi en az idari ve yargısal denetim kadar etkili bir rol oynamakta ve önem taşımaktadır. Halk adına *kamunun gözcülüğü* işlevini gören basının işlevini yerine getirebilmesi özgür olmasına bağlı olduğundan basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal bir özgürlüktür. (bkz. *AYM*, E.1997/19, K.1997/66, K.T. 23/10/1997), (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Lingens/Avusturya*, B. No: 9815/82, 8/7/1986, § 41; *Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yapım ve Tanıtım A.Ş./Türkiye*, B. No: 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/00, 30/3/2006 § 78)

52. İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmaktadır. Sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak, yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkan veren şeffaf ve karşılıklı ile-

tişim kurulan bir platform şeklindeki medya kanalıdır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle sadece düşünceyi açıklamanın değil, aynı zamanda bilginin elde edilmesi açısından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri haline gelen sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır.

53. İfade özgürlüğü konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında zorunlu olmadıkça ifadenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır (Benzer yöndeki AİHM görüşü için bkz. *Özgür Gündem/Türkiye*, B. No: 23144/93, 16/3/2000, § 43). Bu denge kurulurken Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında kanunen öngörülen sınırlı sebeplerle ve meşru amaçlarla, demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilerek, sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir dengenin gözetilmesi ve hakkın özüne dokunulmaması gereklidir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 56). Anayasa Mahkemesi, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranılmadığını her olayın kendine has özelliklerine göre takdir edecektir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 61).

54. Öte yandan, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü mutlak ve sınırsız değildir. Bu bağlamda düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü kullanılırken bireylerin hak ve özgürlüklerini ihlal edecek tutum ve davranışlardan kaçınılması gerekir. Nitekim Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin koruma altına aldığı düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullara uygun olarak, bu maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

55. Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütü anayasa hukukunda önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır (B.No: 2013/2187, 19/12/2013, § 36). Dolayısıyla, Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin kanunilik ilkesinin gerektirdiği nitelikleri taşıyan bir kanunla öngörülmesi gerekmektedir. Kanunilik

unsuruna sahip olmayan bir müdahalenin, öze dokunmama, demokratik toplum düzeninde gereklilik ve ölçülülük gibi diğer güvencelere uygun olup olmadığı incelenmeden, bir anayasal hakkı veya özgürlüğü ihlal ettiği sonucuna ulaşılabacaktır.

56. Anayasal haklara yönelik müdahalenin bir kanuna dayanması yeterli olmayıp, bu kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle kanun, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olmalıdır (Bu yönde AİHM kararları için bkz. *Altuğ Taner Akçam/Türkiye*, B.No: 27520/07, 25.10.2011, § 87; *Yıldırım/Türkiye*, B.No: 3111/10, 18.12.2012, § 57).

57. Bir internet sitesine erişimin engellenmesine karar verildiği hallerde hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerinin göz önünde bulundurulması zorunludur. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir (AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013).

58. Erişime kapatılan youtube.com gibi çok sayıda kullanıcısı olan internet siteleri büyük miktardaki verileri saklama ve yayınlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde toplumun gündem oluşturmaya, gündemin tabibini ve bilgi alışverişini kolaylaştırmaya büyük ölçüde katkı sağlamaktadır (Bu konudaki AİHM kararı için bkz. *Times Newspaper Ltd./ Birleşik Krallık*, B. No: 23676/03, 10/6/2009, § 27).

59. Bu nedenle Anayasa'da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınan haklara kamu gücü tarafından bu konuda bir sınırlama (resen erişimin engellenmesi) imkânı getirildiği hallerde ilgili Kanun'da böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli bir açıklıkla tanımlanması da gerekmektedir (bkz. *Yıldırım/Türkiye*, B .No: 3111/10, 18.12.2012, §

59).

60. Başvuru konusu olayda TİB'in ilk olarak "5651 sayılı Kanun uyarınca yapılan teknik inceleme ve hukuki değerlendirme sonucunda youtube.com hakkındaki Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın 27/3/2014 tarih ve 490.05.01.2014.-48125 sayılı kararına istinaden Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından idari tedbir uygulanmaktadır" ibaresi ile youtube.com isimli siteye erişimi engellediği, anılan bu engelleme kararının ardından yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan yargısal süreç sonucunda Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesinin 9/4/2014 tarih ve 2014/91 sayılı kararı ile youtube.com isimli sitenin URL bazlı 15 adresine yönelik erişim engelinin devamına buna karşılık tüm siteye yönelik erişim engelinin kaldırılarak sitenin erişime açılmasına yönelik kesin olarak karar verilmesine ve Ankara 4. İdare Mahkemesince 2/5/2014 tarih ve E.2014/655 sayılı karar ile yürütmenin durdurulmasına karar verilerek anılan bu kararın 7/5/2014 tarihinde TİB'e tebliğ edilmesine rağmen yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmediği ve anılan site üzerinde 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi gerekçe gösterilmek suretiyle re'sen erişim engelinin devam ettirildiği anlaşılmaktadır.

61. Bu olgular ve ilkeler ışığında başvuru konusu olaya bakıldığında, TİB tarafından URL bazlı tesis edilmesi gerekli olan idari tedbirlerin yalnızca hukuka aykırılığı tespit edilen içeriğe yönelik olarak uygulanabilecek ve daha hafif nitelikteki bir müdahale tedbirinin varlığı araştırılmaksızın tedbir konusu içerikle ilgisi olmayan ve sayısal olarak kıyaslanamayacak ölçüde çok URL adresindeki yayına erişimi engellemeye yönelik genel bir yasağın uygulanması, bu kararın verilmesine gerekçe olarak gösterilen içeriklerin içerik veya yer sağlayıcısı olmayan kullanıcıların da erişiminin engellenmesine yol açacak tarzda tedbir kararının genişletilmesi sonucunu doğurmaktadır (benzer yönde bkz. Yıldırım/Türkiye, B. No: 3111/10, 18.12.2012, § 63).

62. TİB tarafından 5651 Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi dayanak gösterilerek aynı maddenin (4) numaralı fıkrası uyarınca re'sen youtube.com isimli sitenin tamamına erişimin engellenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. 5651 sayılı Kanun'un 8., 9. ve 9/A maddelerinde erişimin engellenmesi tedbirine kural olarak hâkim ya da mahkemelerce karar verilmesi, mahkeme dışındaki otoriterlerce karar verilmesi halinde derhal kararın mahkeme onayına sunulması, erişim engelleme kararının temel olarak zararlı içeriğe (URL bazlı) erişimin engellenmesi şeklinde verilmesi ilkesi çerçevesinde düzenlendiği görülmektedir. 8. maddede katalog suçlar nedeniyle erişimin engellenmesi düzenlenmiş olup maddenin (2) numaralı fıkrasında erişimin engellenmesi kararının soruşturma evresinde hakim, kovuşturma evresinde ise mahkemece verileceği, soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin

engellenmesine karar verilebileceği, bu durumda kararın 24 saat içinde hakim onayına sunulması ve hakimın de 24 saat içinde karar vermesi gerektiği hükmü altına alınmıştır.

63. Maddenin (4) numaralı fıkrasında “İçeriği birinci fıkrafta belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsan bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re’sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir” denilmektedir. İdari işlemle engellenmenin URL bazlı değil de tüm siteye erişimin engellenmesi şeklinde yapılabileceğine ilişkin bir düzenlemeye Kanun’un herhangi bir hükmünde yer verilmediği, ayrıca idarece bu konudaki yetkinin hangi sınırlama araçları (alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemlerle erişimin engellenmesi) kullanılarak erişimin engelleneceğinin tam bir açıklıkla ortaya konulmadığı, dolayısıyla idareye verilen yetkinin kapsam ve sınırlarının öngörülemez olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca, Kanun’un 9. maddesinin (4) numaralı fıkrasında hâkime kademeli olarak erişimin engellenmesi konusunda verilen yetkiye benzer tarzda bir yetkinin kamu idaresi açısından da geçerli olup olmadığı belirgin değildir. Bu nedenle TİB’e erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetkinin kanuni dayanağının kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamaması nedeniyle kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğu görülmektedir.

64. Yukarıda yapılan açıklamalardan, youtube.com sitesine erişimin tümüyle engellenmesine yönelik müdahalenin, yeterince açık ve belirgin bir kanuni dayanağa sahip olmadığı ve bu yönüyle başvuruçular açısından öngörülebilir nitelikte bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, siteden yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde olan söz konusu idari işlemin, başvuruçuların Anayasa’nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar verilmesi gerekir.

Başkanvekili Serruh KALELİ ve üye Engin YILDIRIM bu görüşe farklı gerekçe ile katılmışlardır.

Üyeler Hicabi DURSUN ve Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvurunun, KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Başvuruçuların Anayasa’nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade

özgürlüğünün **İHLAL EDİLDİĞİNE**,

C. Başvuruculardan Youtube LLC Corporation Service Company'ye iki başvurusu dolayısı ile 412,20 TL bireysel başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekalet ücreti toplamı olan 1.912,20 TL'nin; Kerem Altıparmak ile Yaman Akdeniz'e başvuruları dolayısı ile her biri için ayrı ayrı olmak üzere 412,20 TL bireysel başvuru harcı ve vekalet ücreti olarak müştereken 1.500,00 TL'nin; Mustafa Sezgin Tanrıkulu'na 206,10 TL bireysel başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekalet ücreti toplamı olan 1.706,10 TL'nin; Erol Ergin'e 206,10 TL bireysel başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekalet ücreti toplamı olan 1.706,10 TL'nin; Mesut Bedirhanoğlu'na 206,10 TL bireysel başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekalet ücreti toplamı olan 1.706,10 TL'nin; Metin Feyzioğlu'na başvuru harcı olarak 206,10 TL'nin ve Mahmut Tanal'a başvuru harcı olarak 206,10 TL'nin yargılama gideri olarak **ÖDENMESİNE**,

D. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuru sahiplerinin Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

E. Kararın birer örneğinin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca **İHLALİN VE SONUÇLARININ** ortadan kaldırılmak üzere Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ve Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına gönderilmesine,

29/5/2014 tarihinde üyeler Hicabi DURSUN ve Celal Mümtaz AKINCI'nın karşılığı ve **OY ÇOKLUĞUYLA** karar verildi.

Başkan
Haşim KILIÇ

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Zühtü ARSLAN

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

FARKLI GEREKÇE

Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan müdahale olmaksızın serbestçe haber alma ve vermeye hizmet eden düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılması hürriyetinin yine Anayasa'nın 22. maddesinde bahse konu haberleşme hürriyetinden bağımsız olduğunu söylemeye olanak yoktur.

Sosyal medya bilgi ve düşüncelerin paylaşıldığı bir alan olmasının yanında aynı zamanda bir haberleşme ortamı da olduğundan sosyal medyaya yapılacak sınırlamaların haberleşme özgürlüğüne müdahale oluşturacağına kuşku bulunmamaktadır. Bu durumda sosyal medyaya yönelik kısıtlamaların Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan ilkelere uygun olması bir zorunluluktur. Bu çerçevede hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelerin hukuki bir temelinin varlığının aranacağı açıktır.

Kanunilik unsuruna sahip olmayan müdahalelerin öze dokunmama, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük gibi diğer test güvencelerine uygunluğu incelenmeden dahi Anayasaca korunan hakların ihlal edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğünün kullanılmasına yönelik sınırlamaya yetki veren istisnai sebeplerde kanunilik şartının varlığının aranacağı, Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan haberleşme hürriyetinin kullanılmasının engellenmesi ya da gizliliğine dokunulmasının da ancak hâkim kararı veya hâkimden onaylı yetkili mercii kararı ile olabileceğinin ifade edildiği görülmektedir.

Hal böyle iken, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı 28/03/2014 tarihinde Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 2014/358 sayılı kararında yer alan 15 adet URL bazlı youtube.com hesabına erişimin engellenmesi, gereğinin yerine getirilmemesi halinde IP ve alan adı yoluyla tüm yayının erişiminin engellenmesi hükmü yönünden anılan gerekçeyi aşarak kendiliğinden 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi 1/b bendinden de yetki aldığı düşüncesiyle siteyi erişime kapatma yoluyla koruma tedbiri ittihaz ettiğini açıklamıştır.

Bilahare yapılan itirazlar ve youtube.com isimli internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesinin kaldırılması kararları karşısında bu kez sadece 5652 sayılı Yasanın 8. maddesi 1/b bendi ile bağlantılı olarak aynı mad-

denin (4) numaralı fıkrasına dayanarak erişimin engellenmesi tedbirini uygulamaya devam ettiğini duyurmuş, bu idari tedbire karşı Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin vermiş bulunduğu yürütmenin durdurulmasına yönelik kararını da kendisine tebliğ edilmiş olmasına rağmen yürürlüğe koymamıştır.

Ancak, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından idari tedbir kararlarının uygulanmasına ilişkin gerekçelerde yer alan ifadelerinden 28/03/2014 tarihli olanının dayandığı 5651 sayılı kanunun 8/1-b maddesinin, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar ile ilgilidir. Gölbaşı Cumhuriyet Savcılığı müracaatı ile verilen Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 2014/358 değişik iş sayılı kararının konusu ise, “siyasal ve askeri casusluk ile gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçu ile ilgili olarak yürüttüğü soruşturma kapsamında gizli kalması gereken, devletin güvenliği ni ilgilendiren kayda alınmış konuşmaların internet ortamında yayınlanmasının önlenmesi” olması karşısında, bu konunun yetki alındığı söylenen yasa maddesi ile içerik yönünden bir ilgisinin bulunmadığı gibi ayrıca 8. maddede sayılan diğer suç tiplerine de uymadığı ve bu nedenlerle koruma tedbirine başvuramayacağı anlaşıldığından, idarenin kullandığı kamu gücünün bu yönden yasal dayanağının bulunduğu söylenemeyecektir. Kanunilik unsurunu taşımayan bu müdahale ihlal niteliğindedir.

Diğer taraftan, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi'nin 9/4/2014 tarihli 2014/91 sayılı youtube.com isimli internet sitesine tümüyle erişimin kaldırılması ve Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 2/5/2014 tarih ve 2014/655 sayılı yürütmenin durdurulmasına yönelik kararına rağmen bu kez 5651 sayılı Kanun'un 8.maddesi 1-b bendinin (4) numaralı fıkrası gereğince, fıkranın içerdiği belirsizliğe karşın kendini resen yetkili sayarak müdahalesini sürdürdüğünü anlaşılmaktadır.

Anayasal haklara yönelik müdahalenin kanuni dayanağının bulunması zorunluluktur. Dayanağın belirliliği, öngörülebilirliği gibi niteliklere sahip olması gerekliliği öncelikle kanuni dayanağın varlığını ve dahi Anayasa'ya uygunluğunu icap ettirir. Hukuki temelin varlığının anlaşılabilirliği, belirginliği, açıklığı gibi ilkeler yasal mevzuatı zorunlu kılar.

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın idari tedbir uygulanmasına ilişkin karar gerekçeleri kendisine bu anlamda yasal temel oluşturmadığı gibi anayasal güvenceleri taşıdığı söylenemeyecektir. Özellikle Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme özgürlüğüne yönelik sınırlamaların hakim kararına dayanması zorunluluğu karşısında 5651 sayılı Kanun'un 8.maddesinin (4) numaralı fıkrasına dayanarak bu maddede sayılan suçların oluştuğu gerekçesiyle idarenin sınırsız bir şekilde erişimin engellenmesi tedbirini uygulayabileceği yönündeki yaklaşımın kabul edilemez oldu-

ğu açıktır. Bu yetkinin Anayasaya uygunluğundan söz edilebilmesi için acele hallerde kullanılması ve 24 saat içinde hâkim onayına sunulması şarttır. Aksi takdirde Anayasa'nın 22. maddesinde öngörülen güvenceler ihlal edilecektir.

Açıklanan nedenler ile; Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından uygulanan tedbir kararları gerekçelerinin uygulanmasını esas aldığı mahkeme kararında yer alan suç tipi gerekçelerine uymadığı, ve tedbir uygulama kararlarında resen kullandığı 5651 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin 1/b bendinin (4) numaralı fıkrasının çoğunluk görüşünde yer alan belirsizliği ilkesi yanında hukuki temelini de bulunmadığı bu yönüyle Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan Anayasal ölçütleri de taşımadığı anlaşıldığından 26. madde yanında Anayasa'nın 22. maddesinin de ihlal edildiğine karar vermek gerekirken, sadece belirsizlikle yetinen ve 26. madde ihlaline dayanan çoğunluk kararına ayrıca 22. maddede güvence altına alınan haberleşme özgürlüğünün de ihlal edildiği düşüncesiyle farklı gerekçeyle katılmıştır.

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Üye
Engin YILDIRIM

KARŞI OY GEREKÇESİ

Somut başvuruda başvuruçuların, TİB'in, youtube.com internet sitesinin erişimine engellenmesi işlemine karşı kanun yollarını tüketmemiş olmaları nedeniyle başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilmesi gerektiğini düşünmekteyim.

Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası;

Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

6216 sayılı Kanun'un 'Bireysel başvuru hakkı' kenar başlıklı 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası;

İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.

Anılan Anayasa ve Kanun hükümlerine göre bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş

olması gerekir. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında başvuru yollarının tüketilmesi kuralının amacını açıklamıştır. Başvuru yollarını tüketme şartının varlık nedeni, bireysel başvuru yapılmadan önce ilk derece mahkemeleri, bölge mahkemeleri ve temyiz mahkemelerine Anayasal hakların ihlalinin önleme ve düzeltme imkânı vermektir. Bu şart, temel hak ve özgürlüklerin birincil koruyucusunun idari makamlar ve derece mahkemeleri olduğunu, Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun ise ikincil/tamamlayıcı bir koruma mekanizması olduğunu göstermektedir.

Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında da ifade edildiği gibi temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının anayasal ödevi olup, bu ödevin ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin düzeltilmesi idari ve yargısal makamların görevidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması esastır. Bu ilke uyarınca, başvuru Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir (Bir çok karar arasında bkz. B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16 ve 17; B. No: 2013/850, 19/12/2013, § 19; B. No: 2013/5028, 14/1/2014, § 23, 24; B. No: 2012/254, 6/2/2014 § 31.)

Diğer yandan başvuru yolunun tüketilmesinin başvuru hakkına yönelik ihlalin giderilmesi açısından herhangi bir etkisi yoksa, başka bir deyişle başvurulacak yol etkisizse ya da başvuru yolunun tüketilmesinin beklenmesi halinde başvuru hakkına yönelik ciddi ve geri dönüşümlü imkansız bir tehlike ortaya çıkacaksa anayasal haklara saygı ilkesi Mahkemenin bu başvuruları incelemesini gerektirebilir (bkz. B. No: 2013/1582, 7/11/2013, § 20).

Somut olayda Youtube.com internet sitesi yetkililerince İdari Yargı yoluna başvurulmuş, Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin yürütmenin durdurulması kararı 7.5.2014 tarihinde TİB'e tebliğ olunmuş, kurum bu karara karşı itirazlarını İlk Derece Mahkemesine sunmuştur. Anayasa Mahkemesince somut dosya hakkında karar verildiği esnada kurumun itirazı henüz sonuçlanmamıştır. Öte yandan TİB'in, İdari Yargılama Usulü kanununa göre yürütmeyi durdurma kararını uygulamak zorunda olduğu otuz günlük sürenin dolmasına bir hafta kaldığı dikkate alındığında da halen yargı yolu tükenmiş değildir.

TİB'in idari yargı kararlarını uygulama zorunluluğu karşısında yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusunda belirsizlik söz konusu değildir. Somut olayda yargı kararlarının uygulanması

için TİB'e verilen kanuni süre henüz dolmadığından idari yargı kararlarının ve özellikle yürütmeyi durdurma kararlarının ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağlamadığı söylenemez. Mahkeme kararının kanunda öngörülen sürenin dolmasına rağmen uygulanmamış olsaydı başvuruçuların idare mahkemesine başvurularının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılabilirdi.

Çoğunluk görüşünde yer alan, idari yargı kararlarının ve bilhassa yürütmeyi durdurma kararlarının etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağlamadığı düşüncesi, Türk yargı sisteminde bir kaosa neden olma tehlikesini içinde barındırmaktadır. Bundan sonra idari yargı yerlerinden yürütmeyi durdurma kararı alan kişilerin, kararların uygulanması için idareye verilen ve kanunlarda öngörülen sürenin dolmasını beklemeden Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma yolunu açacaktır.

Son olarak, idari yargı sistemi ülkemizde çok uzun zamandır genel olarak etkili bir şekilde işlemektedir. Bazı yapısal sorunların olmadığı elbette söylenemez. Ancak somut olayda bu tür bir yapısal sorundan bahsetmek olanaklı değildir. Temel hak ve özgürlüklerin birincil koruyucusunun idari makamlar ve derece mahkemeleri olduğunun ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun ise ikincil bir koruma mekanizması olduğunun göz ardı edilmesi idarenin, ilk derece mahkemelerinin, bölge mahkemelerinin ve temyiz mahkemelerinin Anayasal hakların ihlalinin önleme ve düzeltme imkânının elinden alınması olacaktır. Böyle bir yaklaşım her şeyden önce Anayasa Mahkemesinin iş yükünü Mahkemenin altından kalkamayacağı oranda çoğaltma tehlikesi barındırmaktadır.

Daha da önemlisi Anayasa'nın 6. maddesinde "...Hiç kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" denilmiştir. Anayasa Mahkemesinin kendisine verilen Anayasal yetkileri, idare ve yargı yerlerinin aleyhine genişleterek hatta egemenliği kullanan diğer Anayasal organların yetkilerini kullanarak aktivist bir politika güttüğü görünümü verecektir.

Açıklanan nedenlerle başvuruçuların idari yargı kanun yolunu tüketmeden Anayasa Mahkemesine yaptıkları başvuruda kanun yolunun tüketilmemiş olması nedeniyle, bireysel başvurularının kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği kanaatinde olduğumdan aksi yöndeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Hicabi DURSUN

KARŞI OY GEREKÇESİ

Mahkememizin 2014/3986 Başvuru Numaralı twitter kararında; “Başvuru konusu olayda TİB’in bazı mahkeme kararlarını gerekçe göstererek twitter.com internet sitesine erişimi engellediği anlaşılmakta ise de dayanak gösterilen kararların incelenmesinden söz konusu kararların sadece belli URL adreslerine erişimin engellenmesine yönelik olduğu, derece mahkemelerince doğrudan twitter.com internet adresine erişimi (tamamen) engellemeye yönelik bir karar alınmadığı anlaşılmaktadır.” (§46) denilmiş ve aynı kararın 48. paragrafında, “....Somut olayda, erişimin engellenmesinin URL bazında değil de sitenin tümüne yönelik erişimin engellenmesi şeklinde uygulandığı görülmektedir. 5651 sayılı Kanun’da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB’in kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan **erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı** ve bu sosyal paylaşım sitesine erişimin **kanuni dayaağı olmaksızın** ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile **engellenmesinin** demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır” denilerek sonuçta TİB tarafından internet sitesine erişimin engellenmesinin “**hukuki dayanağı olmaması nedeniyle**” Anayasa’nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Başka bir deyişle **erişimin tamamen engellenmesine yönelik bir mahkeme kararı olmadığı halde** TİB’in twitter’a erişimi tamamen engellemesinin hiçbir hukuki dayanağı bulunmamaktaydı. Hukuki dayanağı bulunmayan bu tasarruf, açıkça hukuka aykırı ve “keyfi” bir işlemdi. Kanuni dayanağı olmayan ve bu yüzden de hukuka aykırılığı çok açık olan bu idari işleme/eyleme karşı Ankara 15. İdare Mahkemesinin verdiği yürütmenin durdurulması kararının TİB tarafından uygulanmaması, benim de katıldığım ihlal kararının verilmesine neden olmuştur.

2014/4705 numaralı Youtube’a erişimin engellenmesine dair karara konu bireysel başvuruda ise; başvurulardan Youtube LLC Corporation Service Company, youtube.com internet sitesinin sahibi, diğer başvurulular ise kullanıcılarıdır.

TİB, Dışişleri Bakanlığı’nın 27.3.2014 tarihli “youtube’da yer alan ve ulusal güvenliği birinci derecede tehdit eden 15 adet linke ve benzer muhteviyata sahip diğer adreslere erişimin engellenmesi” isteği üzerine adı geçen sitenin Türkiye’deki temsilcileri ile irtibata geçerek söz konusu içeriklerin URL adreslerini bildirerek yayından kaldırılmasını talep etmiştir. Bu yolla sonuç alınamayınca aynı gün Gölbaşı C. Savcılığı ve Sulh Ceza Mahkemesi nezdinde başvuru yapılmış, ilk derece mahkemesince verilen karar gereği anılan internet sitesinin girişine “ Bu internet sitesi hakkında Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 27.3.2014 tarih ve 2014/358 sayılı kararına istinaden ve 5651 sayılı Kanunun 8. madde 1/b bendi

uyarınca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından KORUMA KARARI uygulanmaktadır” duyurusu konularak siteye erişim engellenmeye başlanmıştır. Bu karara karşı Gölbaşı Sulh Ceza ve Asliye Ceza Mahkemelerine yapılan itirazlar sonucu, Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesince; *“15 adet linke erişimin engellenmesine dair kararın aynen devamına youtube.com internet sitesinin bu şekilde erişime açılmasına”* kesin olarak karar verilmiştir.

Bu kararlara rağmen youtube internet sitesine erişim engeli kaldırılmamıştır. Çünkü TİB, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi 1/b bendinin, yargı kararına gerek duyulmaksızın kuruma erişim engeli koyma yetkisi verdiğini ve bu kanuni yetkiye istinaden erişim engeli konulduğunu ve devam ettirildiğini belirtmektedir. Kanunun mezkur bendi, internet yoluyla Atatürk aleyhine işlenen suçlara ilişkindir.

TİB, 9.5.2014 tarihine kadar youtube adlı internet sitesinde Atatürk’e hakaret niteliği taşıyan toplam 215 URL adresi tespit edildiğini, söz konusu içeriklerin siteden çıkartılmasına yönelik youtube’a mesajlar gönderilip, bildirimler yapılmasına rağmen 215 URL adresinde yer alan içerikten hiçbirinin global ölçekte yayından kaldırılmadığını, sadece 134’üne Türkiye’den erişimin engellendiğini, 81’ine ise hem Türkiye’den hem de yurt dışından erişimin mümkün olduğunu ifade etmektedir.

Anayasa’nın 13. maddesi “Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ancak **kanunla** sınırlanabileceği”ni amirdir. TİB yetkililerinin açıklamasına göre, Youtube.com sitesinin, TİB’in Atatürk’e hakaret içeren yayınların engellenmesi isteğini tamamen yerine getirmediği görülmektedir. TİB’in hakaret içeren yayınların tamamına erişimin engellenmesi talebi karşısında youtube.com sitesinin duyarsız olup olmadığı, üzerine düşeni yerine getirip getirmediği, devam eden hak ihlallerini ortadan kaldırmak konusunda çaba gösterip göstermediği, buna karşılık TİB’in kanundan kaynaklanan bir yetkiyi mi kullandığı, yetkiyi kullanırken temel ve hürriyetlerin özüne dokunup dokunmadığı, keza kullanımın ölçülü olup olmadığı, öncelikle kanun yolunda değerlendirilip tartışılması gereken konulardır.

Adı geçen şirketin, ABD’den gelen istek ve talepleri anında yerine getirirken ülkemiz talepleri karşısında umursamaz ve keyfi bir tutum içinde olduğu, kurulu bulunduğu ülke ile ticari kaygıları dışındaki olgulara kayıtsız kaldığı yolunda iddialar vardır. Temel hak ve özgürlükler elbette korunmalıdır ancak unutulmamalıdır ki hemen hemen hiçbir hak ve özgürlük mutlak olmayıp diğer hak ve özgürlükler bunların sınırını oluşturmaktadır. Ayrıca “Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması” başlıklı Anayasa’nın 14. maddesinde; “Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölün-

mez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılmaz. Devlete ve kişilere, Anayasa’da tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa’da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.” denilmektedir.

“Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” başlıklı Anayasa’nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında ise; “Bu hürriyetin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla sınırlanabil”eceği ifade edilmektedir. Bu hükümler ve diğer tüm mevzuat çerçevesinde, TİB ve onunla birlikte youtube.com sitesinin işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olup olmadığının yine bireysel başvurudan önce yargı yolunda değerlendirilmesi gerekmektedir.

Erişime kapatılan youtube.com gibi çok sayıda kullanıcısı olan internet sitelerinin büyük miktardaki verileri saklama ve yayınlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde toplumda gündem oluşturma, gündemin takibi ve bilgi alışverişini kolaylaştırmada büyük katkı sağladığı ifade olunmaktadır. Bu husus gerçekten çok önemlidir. Ancak hizmet verilirken bu alan; milletlerin önderlerine, kutsallarına saldırı yapılmasına, hakaret edilmesine, bir ülkenin milli güvenliğinin tehlikeye atılmasına, özel hayatın gizliliğine, fuhuş ve müstehcenliğin yayılmasına, toplumun ahlaki değerlerinin ayaklar altına alınmasına, devlet sırlarının ifşa edilmesine açık mı olmalıdır? Bu ve buna benzer hassasiyetler olmamalı mıdır? Olsa bile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne kurban mı edilmelidir? Ya da bazı ülkeler için gözetilen bu hassasiyetler Türkiye için gözetilmese de olur mu? Bu ve buna benzer birçok hususun yine ilkönce kanun yolunda ve kamu vicdanında değerlendirilmesi gereken konular olduğu düşüncesindeyim.

Yapılan bu açıklamalara göre youtube.com sitesine erişimin engellenmesinin bu aşamada kanuni dayanağı bulunduğu, engellenmenin tamamen kanunsuz ve keyfi olmadığı değerlendirilebilir. Kanunla Kuruma verilen yetkinin kanuna aykırı, usulsüz kullanıldığı iddiasında bulunulması halinde başvuru yapılmadan önce idari makamlara, derece mahkemelerine başvurulması, başvuru yollarının tüketilmesinden sonra burada sonuç alınamazsa bireysel başvuruda bulunulması gerekmektedir. (6216 s.k. 45/2 md)

Bir kısım başvuru 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi dördüncü fıkrasında, bazı hallerde idareye erişimin engellenmesi kararı verme yetkisi tanınmasının Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6. ve 9. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürüp idarenin yargı yerine geçerek karar vermesini fonksiyon gaspı olarak nitelendirmişse de bu iddianın değerlendirilme yeri bireysel başvuru değildir. Bireysel başvuru esnasında soyut norm denetimi yapılmasına yasal imkan tanınmamıştır. Kaldı ki olayımızda kurumun derece mahkemesi yerine geçip fonksiyon gaspında bulunduğunu söylemek de pek mümkün değildir. Çünkü TİB, 5651 sayılı Kanun'un kendisine verdiği yetkiyi kullandığını ileri sürmektedir. Başvurucular, kurumun işlem veya eyleminin ihlale neden olduğu iddiasında iseler, öncelikle bu konuda öngörülen kanun yollarını tüketmelidirler.

"Başvuru yollarını tüketme şartının varlık nedeni, bireysel başvuru yapılmadan önce, idari makamlara, derece mahkemelerine (ilk derece mahkemeleri, bölge mahkemeleri ve temyiz mahkemeleri) Anayasal hakların ihlalinin önleme ve düzeltme imkânı vermektir. Bu şart, temel hak ve özgürlüklerin birincil koruyucusunun idari makamlar ve derece mahkemeleri olduğunu, Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun ise ikincil/tamamlayıcı bir koruma mekanizması olduğunu göstermektedir."(Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi Kitabı. Prof. Dr. Osman Doğru. Sayfa: 102)

Youtube.com internet sitesi yetkililerince idari yargı yoluna başvurulduğu, mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verildiği, buna rağmen erişim engelinin kalkmadığı iddiasının değerlendirilmesine gelince; Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin yürütmenin durdurulması kararı 7.5.2014 tarihinde kuruma tebliğ olunmuş, kurum bu karara karşı yasal itiraz hakkını kullanmış ve mahkememizce karar verildiği esnada kurumun itirazı henüz sonuçlanmamıştır. İtirazın kabulü ihtimali bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle başvuru kanun yolunu tüketmeden yaptıkları başvurularda, "kanun yolunun tüketilmemiş olması nedeniyle", bireysel başvurularının kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği kanaatinde olduğumdan aksi yöndeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/409

Karar Tarihi: 25/6/2014

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Haşim KILIÇ
Başkanvekili	:	Serruh KALELİ
Başkanvekili	:	Alparslan ALTAN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR Osman Alifeyyaz PAKSÜT Zehra Ayla PERKTAŞ Recep KÖMÜRCÜ Burhan ÜSTÜN Engin YILDIRIM Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Erdal TERCAN Muammer TOPAL Zühtü ARSLAN M. Emin KUZ Hasan Tahsin GÖKCAN
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Abdullah ÖCALAN
Vekili	:	Av. Cengiz YÜREKLİ Av. Mazlum DİNÇ Av. Rezan SARICA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, basılmakta olan kitabı hakkında mahkemece el koyma kararı verilmesi ve bu karara yönelik itirazının reddedilmesi sonucunda Anaya-

sa'nın 25., 26., 90. ve 141. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 7/1/2013 tarihinde TMK 10. Maddesi ile Görevli İstanbul 2 No.lu Hâkimliği vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçeler ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde belirlenen eksiklikler tamamlanmış ve Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca, 22/4/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 33. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. İkinci Bölümün 20/5/2013 tarihli ara kararı gereğince başvurunun, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığının 18/7/2013 tarihli görüş yazısı 29/7/2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş, başvurucu, görüşünü süresi içinde 12/8/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru dilekçesi ve Bakanlık görüşündeki ilgili olaylar özetle şöyledir:

7. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca (TMK 10. Madde ile Görevli Bölümü) başvurucuya ait “*Kürdistan Devrim Manifestosu, Kürt Sorunu ve Demokratik Ulus Çözümü (Kültürel Soykırım Kısacasında Kürtleri Savunma)*” isimli kitapta (bundan sonra “*kitap*” olarak anılacaktır) PKK terör örgütünün açıklamasının yayınlandığı ve propagandasının yapıldığı iddiasıyla, kitabın yayın koordinatörü, editörü ve kitabı yayına hazırlayan kişi hakkında soruşturma başlatılmıştır.

8. Anılan soruşturma kapsamında Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığının 17/09/2012 tarihli yazılı arama emrine istinaden aynı gün SM Matbaasına ait iş yerinde yapılan aramada, kitaba ait 3000 adet forma, 7 adet ciltlenmiş kitap, 1 adet kesilmiş kitap ve 20 adet kitap kapağına el konulmuştur. El koyma işlemi, Bakırköy 6. Sulh Ceza Mahkemesinin 18/09/2012 tarih ve 2012/1737 Müt. sayılı kararı ile onanmıştır.

9. SM Matbaası yetkililerince verilen ifadede, söz konusu kitaba ait 1.500.000 adet formanın Gün Matbaacılık isimli firma tarafından iş yerine gönderildiği, bu formların kitap haline getirilerek anılan matbaaya gönderildiği, işyerin-

de el konulan forma ve kitapların ise ciltleme işlemlerinden sonra arta kalan ürünler olduğu ve müşteriye teslim edilmek üzere işyerinde muhafaza edildiği beyan edilmiştir.

10. Bunun üzerine Küçükçekmece 3. Sulh Ceza Mahkemesinin 17/9/2012 tarih ve 2012/930 sayılı kararıyla Gün Matbaacılık'a ait işyerinde arama yapılmasına ve suç delillerine el konulmasına karar verilmiştir. Burada yapılan aramada, söz konusu kitabın 504 nüshasına el konulmuştur. Gün Matbaacılık yetkililerince söz konusu kitabın 40.000 adet basıldığı ve tamamının yayınevi yetkililerine teslim edildiği ifade edilmiştir.

11. Başvuruya konu kitabı yayınlayan Ararat Yayınevi'nin Diyarbakır'da bulunan adresine Emniyet Müdürlüğü yetkilileri tarafından gidilmiş ancak anılan yayınevinin bu adreste bulunmadığı tespit edilmiştir.

12. Soruşturma kapsamında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 19/09/2012 tarih ve 2012/1937 Sor. sayılı yazısı ile kitabın Ağustos 2012 tarihli baskısının tamamında, PKK terör örgütünün propagandasının yapıldığı belirtilerek TMK 10. Madde ile Görevli İstanbul 2 No.lu Hâkimliğinden söz konusu kitabın toplatılması ve el konulması talebinde bulunulmuştur.

13. TMK 10. Madde ile Görevli İstanbul 2 No.lu Hâkimliği, 21/9/2012 tarih ve 2012/156 sayılı kararıyla talebin kabulüne ve 9/6/2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 25. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca başvurucuya ait kitaba el konulmasına karar vermiştir.

14. Mahkeme el koyma kararının gerekçesini; söz konusu kitabın yazarının silahlı terör örgütü kurma ve yönetme suçundan hükümlü Abdullah Öcalan olmasına, kitabın kapağında Irak, İran ve Türkiye topraklarında bir bölgenin ayrılarak içinin yazılarla belirginleştirilmesine ve kitabın 173., 178., 276., 278., 284., 304., 307., 312., 324., 327., 359., 391., 408., 412. ve devamı sayfalarında silahlı terör örgütü PKK'nın propagandasının yapılmasına dayandırmıştır.

15. Başvurucunun vekilleri tarafından 27/10/2012 tarihinde TMK 10. Maddesi ile Görevli İstanbul 2 No.lu Hâkimliğe verilen dilekçe ile anılan el koyma kararına karşı itiraz yoluna başvurulmuş; 5187 sayılı Kanun'un 11. maddesi gereğince basılmış eserler yoluyla işlenen suçların yayım anında oluşacağı ancak ilgili merciler tarafından kitabın dağıtım beklenmeden bütün kitaplara el konulduğu belirtilmiş, el koyma kararının kaldırılması ve el konulan eserlerin iadesi talep edilmiştir.

16. Başvurucunun itirazı, TMK 10. Madde ile Görevli İstanbul 3 No.lu Hâkimliğinin 9/10/2012 tarih ve 2012/173 Değişik İş sayılı kararı ile suçun vasfı ve mahiyeti, kuvvetli suç şüphesini gösteren olguların oluşu, mevcut delil durumu ve el koyma sebeplerinde bir değişikliğin olmaması nedeni ile "itiraz

kanun yolu açık olmak üzere” reddedilmiştir. Sözü edilen karar, başvuru vekillerine 6/11/2012 tarihinde tebliğ edilmiştir.

17. Başvuru vekillerince bu kez 8/11/2012 tarihinde, TMK 10. Madde ile Görevli İstanbul 3 No.lu Hâkimliğinin anılan kararına itiraz edilmiş ve itiraz TMK 10. Madde ile Görevli İstanbul 3 No.lu Hâkimliğinin 16/11/2012 tarih ve 2012/271 Değişik İş sayılı kararı ile reddedilmiştir. Sözü edilen karar, başvuru vekillerine 7/12/2012 tarihinde tebliğ edilmiş ve bu suretle başvuru yolları tüketilmiştir.

18. TMK 10. Madde ile Görevli İstanbul 2 No.lu Hâkimliğinin el koyma kararı uyarınca tekstil işyeri olan bir adreste arama yapılmıştır. Yapılan aramada, bahsi geçen kitabın 635 adet nüshasına el konulmuştur. İşyerinin müdürü, ifadesinde söz konusu kitaplardan haberi olmadığını ve ne şekilde buraya geldiğini bilmediğini beyan etmiştir. El konulan 635 kitabın 632 tanesi imha edilmiştir.

19. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının (TMK 10. madde ile görevli bölümü) 21/01/2013 tarih ve 2012/1937 Sor., 2013/8 Karar sayılı yetkisizlik kararıyla kitabın basıldığı SM Matbaasının bu kitabı, merkezi Diyarbakır’da bulunan Ararat Yayıncılık adına basması nedeniyle dosya Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı’na göndermiştir.

20. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı, 18/2/2013 tarihinde, söz konusu kitap ile ilgili soruşturmanın İstanbul’da yapılması gerektiğinden bahisle karşı yetkisizlik kararı vererek dosyayı, yetki uyuşmazlığının çözümü amacıyla Malatya Ağır Ceza Mahkemesine göndermiştir.

21. Malatya Ağır Ceza Mahkemesi, 27/2/2013 tarihli kararı ile söz konusu kitap ile ilgili soruşturmanın Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülmesi gerektiğine karar vermiştir.

22. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığının 19/03/2013 tarih ve 2013/728 Sor. sayılı kararıyla 5187 sayılı Kanun’un 26. maddesi uyarınca basın yoluyla işlenen suçlarda 6 aylık dava açma süresi öngörülmüş olmasına rağmen bu süre içerisinde dava açılmaması nedeniyle kitabın yayın koordinatörü, editörü ve kitabı yayına hazırlayan kişi olan şüpheliler hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir.

23. Söz konusu kitap, içeriğinde yer alan ifadelerin 12/4/1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarında öngörülen suçlarla ilgili olduğu değerlendirmesi nedeniyle 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 25. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca toplatılmıştır.

24. Öte yandan 3713 sayılı Kanun uyarınca yapılacak soruşturmalar için

herhangi bir süre şartı da öngörülmemiştir. Fakat ne başvuru ne de Adalet Bakanlığı söz konusu kitabın yazılması nedeniyle başvuru hakkında bir soruşturma ya da ceza davası açıldığını bildirmemiştir.

B. Başvuruya Konu Kitap

25. 2012 yılının Ağustos ayında Ararat Yayıncılık, başvuru tarafından yazılmış olan ve “*Kürdistan Devrim Manifestosu, Kürt Sorunu ve Demokratik Ulus Çözümü (Kültürel Soykırım Kısacasında Kürtleri Savunmak)*” başlığını taşıyan bir kitap yayınlamıştır. Kitap, giriş, sonuç, son söz ve ekler hariç yedi bölümden ve toplam 606 sayfadan oluşmakta, referans ve kaynakça içermemektedir.

26. Kitap, başvurucaunun cezaevine konulmasından sonra yazdığı “*Demokratik Uygarlık Manifestosu*” için hazırladığı beş ciltlik serinin son cildini oluşturmaktadır. Kitapta yer alan bilgilere göre beş ciltlik seri başvurucaunun yeniden yargılanmasının reddedilmesi üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde (AİHM) açılan dava için hazırlanmıştır. İçindekiler bölümünde listelenen başlıklara göre yazar şu konuları ele almıştır: Kavramsal ve kurumsal çerçeve; Kürt gerçeği; kapitalizm çağında Kürt sorunu ve Kürt hareketi, PKK hareketi ve devrimci halk savaşı; bilimsel sosyalizmde bunalım, büyük komplo ve PKK dönüşümü; PKK, KCK ve demokratik ulus; Ortadoğu bunalımı ve demokratik modernite çözümü.

27. TMK 10. Madde ile Görevli İstanbul 2 No.lu Hâkimliğinin el koyma kararında 173., 178., 276., 278., 284., 304., 307., 312., 324., 327., 359., 391., 408., 412. ve devamı sayfalarında terör örgütü PKK propagandasının yapıldığı belirtilmiş olmakla birlikte bu sayfalardaki ilgili paragrafların hangileri olduğu belirtilmemiştir. Kitabın bahsi geçen sayfalarında terör örgütü PKK’ya ilişkin olarak şu paragraflar yer almaktadır:

“Bu süreçte başından itibaren PKK öncülüğünde özellikle 15 Ağustos Hamlesi’yle gelişen ve çok zorlu geçen bir direniş süreciyle sadece Kürt gerçeğinin varlık olarak tasfiyesi durdurulmamış, özgürlük yolunda da önemli mesafeler katedilmiştir. Dış hegemonik güçlerin (başta ABD, İngiltere ve Almanya) yoğun desteğiyle (karşılığında ekonomik olarak küresel finans sistemine teslim olma, bölgesel politikalarına tam destek verme, askeri alanda NATO gizli ordusu gladionun Türkiye bölümünün büyüyerek savaşta kullanılmasına onay verme) sürdürülen özel savaşta, bir avuç hain ve işbirlikçi dışında, varlık ve özgürlük savaşındaki Kürtler yalnız bırakılmış ve tecrit edilmiştir...” (sayfa 173)

“...Kürtlük sadece özgürlük hareketi olarak değil, bizatihi varlık (dil yasağında görüldüğü gibi ontolojik varlık olarak da) olarak sona erdirilmeye çalışılmıştır. Bu eşi görülmemiş kırım hareketine karşı PKK öncülüğünde geliştirilen Özgürlük hareketi, birçok eksikliğine ve yanlışlıklarına rağmen, sadece Kürt kültürel varlığını

kesinleştirmekle kalmamış, özgürleşen varlık olarak da önemli bir aşamaya taşımıştır. Bu yönlü gelişmeler diğer Kürdistan parçalarını da etkisi altına almış; Güney Kürdistan'da ulus devletçi yanı ağır basan bir siyasi oluşuma yol açarken, Doğu ve Güneybatı Kürdistan'da halkın büyük uyanışı, Özgürlük hareketine katılımı ve demokratik özerkliklerini geliştirmeleriyle sonuçlanmıştır." (sayfa 178)

"...Grup döneminde kendimize ancak Kürdistan devrimcileri diyebiliyorduk. Kendimize gerçek ad vermeye ancak grup olarak doğduktan beş yıl sonra cesaret edebildik. Ankara'nın Çubuk Barajı eteklerinde 1973 Newrozu'nda başlayan, çok heyecanlı, mecnun misali geçen yolculuk 27 Kasım 1978'de Diyarbakır'ın Fis köyünde PKK adıyla sonuçlanınca, kendimizi namusunu kurtarmış sayacaktık. Bundan daha büyük hedef mi olurdu? Ne de olsa modern sınıfın modern örgütü kurulmuştu." (sayfa 276)

"PKK'nın inşasına giderken marksizmin bilimsel sosyalizm çizgisine sadık kalmaya büyük özen gösterdim, gösterdik. Reel sosyalizm olmasaydı belki de PKK türü bir örgüt olmayacaktı. Fakat bu gerçeklik PKK'nın doğuş döneminde tam bir reel sosyalist oluşum olduğunu kanıtlamaz. Kendisinden büyük ölçüde etkilense de tüm gerçeği reel sosyalizmle izah edilemez... Eğer bugün geriye dönüp PKK'yi yeniden yorumlamaya çalışıyorsak, bunun özne nesne ayrımını mutlaklaştırmayan, kendisini de mutlaklaştırmamaya özen gösteren felsefi dönüşüme borçluyuz... Bu çerçevede PKK'yi yeniden yorumlamak, 1970'lerin başlarında hangi dünya koşullarına ve maddi kültür öğelerine dayandığını, yine aynı dönemdeki hangi temel bilinç, örgüt ve eylem formlarını ve manevi kültürü esas aldığını belirlemek, PKK hareketini doğru tanımlamak kadar günümüzdeki rolünü de daha çok aydınlatacaktır." (sayfa 278)

"PKK'nin oluşumundaki temel sorun ulus devletçi ideoloji konusunda muğlak kalmasıdır. Özellikle Stalin'in ulusal sorun konusundaki tezleri bu konuda etkileyici olmuştur. Stalin, ulusal sorunu temelde devlet kurma sorunu olarak ele alır. Bu yaklaşımı bütün sosyalist sistemi ve ulusal kurtuluş hareketlerini etkilemiştir. Lenin'in de kabul ettiği bu hakkın ulusların kendi kaderini tayin hakkı olarak devlet kurmaya indirgenmesi, tüm komünist ve sosyalist partilerin ideolojik muğlaklığa düşmelerinin temel nedeni olmuştur. PKK'nın çıkışındaki temel iddiası olan Kürt sorununu çözmede esas aldığı model, Stalin'in ortaya koyduğu ve Lenin'in de onayladığı devlet kurma modeliydi..." (sayfa 284)

"PKK nüvesinin Ankara'da atılması sömürgecilik politikasının tipik bir yansımasıdır. Dünya genelinde sömürge metropol ilişkisi bağlamında çok sayıda benzer örnek yaşanmıştır. Ankara'dan çıkışın sancılı olduğunu belirtmeye çalıştım..." (sayfa 304)

"...Nitekim PKK'nın çıkış döneminde meşru savunma araçları tereddütsüz biçimde kullanılmıştı. PKK bir nevi milis güç olarak kendisini örgütlemek zorunday-

dı. Aksi halde bir gün bile ayakta kalamazdı.” (sayfa 307)

“...Kürdistan’da tasfiye olan karşıdevrimci unsurlar ve guruplar, bunların arkasındaki işbirlikçi sınıf eğilimleri ve kişilikleri PKK saflarında yeniden dirilip özgür Kürtlükten intikam alıyorlardı...” (sayfa 312)

“PKK’nin öncülük ettiği devrimci halk savaşı deneyiminin en önemli sonuçlarından biri demokratik ulus gerçeğine yol açmasıdır. Aslında demokratik ulus gerçeği PKK’nin ideolojik yapılanmasında açık seçik belirlenip programlanmamıştır. İdeolojisine hakim olan ulus kavramı ulus devletin reel sosyalist versiyonudur...” (sayfa 324)

“ PKK’nın ideolojik grup aşamasında hakim ve ezilen ulus milliyetçiliklerine karşı yürüttüğü mücadele, devrimci halk savaşı deneyimi temelinde, yine her iki ulus devletçiliğe karşı demokratik ulus mücadelesi olarak devam etmektedir...” (sayfa 327)

“ [1992 yılında] PKK’nin önderlik ettiği devrimci mücadele saflarında eski hastalıklar daha da derinleşerek devam ediyordu. Bu hastalıklara ilave unsurlar da eklenmişti....” (sayfa 359)

“Bilimsel sosyalizmde bunalımın Sovyetler Birliği’ndeki iç çözülüşle kendini açığa vurması ve 1998 Büyük Gladio Komplosu PKK’yi köklü dönüşüme zorladı. İdeolojik gurup aşamasındaki muğlaklık, devlet sorununun çözümlenmemiş olması, devrimci halk savaşı deneyiminde ortaya çıkan iç ve dış komploların aşılammaması PKK’yi uzun süren bir kırsaldöngüye, kendini tekrarlamaya, giderek tıkanmaya ve çözülüşe sürüklüyordu...” (sayfa 391)

“İster eski uygarlık ve kapitalist moderniteden ister özgür kimlikli yaşamdan kaynaklansın, yaşananlar eski sorunlardan daha kapsamlı ve farklı sorunlardır. Dolayısıyla çözüm yöntemleri ve araçları da farklı olacaktır. Ne eskinin Kürt’ü ve Kürdistan’ı gibi olunabilirdi, ne de yakın geçmişin ‘ulusalcıları’, PKK’si, HRK’si ve ERNK’si gibi mücadele edilebilirdi. Düşman da eski düşman olmaktan çıkmıştı. Pek güvenilmese de, utangaç da olsa, Kürt’ü ve Kürdistan’ı kabul edebilen, özgür Kürt kimliğini toptancı bir yaklaşımla reddetmeyen bir dönüşüme uğramıştı. Tüm bu tarihsel ve toplumsal dönüşümlerin yeni bir Kürtlük ve PKK tanımı gerektirdiği, yeni sistem kavramları ve kurumlarına ihtiyaç gösterdiği açıktır. Bu temelde yeni PKK ve Kürtlük tanımıyla yeni sistem kavram ve kurumlarını geliştirmeye çalışacağız.” (sayfa 407-408)

28. TMK 10. Madde ile Görevli İstanbul 2 No.lu Hâkimliğinin el koyma kararına dayanak yaptığı kitabın 173., 178., 276., 278., 284., 304., 307., 312., 324., 327., 359., 391., 408. sayfalarında genel olarak yazarın kendi perspektifinden PKK terör örgütünün kuruluşundan bugüne kadar geçirdiği örgütsel ve ideolojik dönüşümler ele alınmaktadır.

29. Öte yandan, kitabın giriş bölümünde, yazarın ifadesiyle “*Kürt sorununun*” çözümünde milliyetçi veya devletçi çözümlere takılıp kalmanın çözümsüzlüğü derinleştirdiği, böyle bir dayatmanın Filistin-İsrail sorunundaki çözümsüzlüğü tekrarlamaktan öteye gitmeyeceği, önümüzdeki süreçte devletçilik zihniyetinden kopmadan ve demokratik siyaset araçları devreye sokulmadan kalındığı taktirde Ortadoğu’nun yüz yıl daha geleneksel hegemonik güçlerin çıkar alanı olarak kalacağı; Ortadoğu’daki sorunların çözümünde anahtar rolün “*Kürdistan’daki demokratik çözüm deneyiminden*” geçtiği savunulmaktadır. Yazara göre, “...bölgenin temel komşu ulusları olan Türk, Arap ve Fars uluslarının yanı sıra, daha iç unsurları olan Ermeniler, Süryaniler ve Türkmenlerin varlığıyla Kürtlerin yaşadığı tarihsel kader birliği, Kürdistan’daki demokratik çözümün domino etkisiyle tümüne yayılmasını olası kılmaktadır.”(Sayfa 24)

30. Kitabın birinci bölümünde kültür, uygarlık, hegemonya, iktidar, politika, sınıf, ulus, sömürgecilik, asimilasyon ve soykırım, kapitalist modernite koşullarında devlet, toplum, demokrasi ve sosyalizm kavramları yazar tarafından yorumlanmaya ve tanımlanmaya çalışılmıştır.

31. Kitabın ikinci bölümünde yazarın perspektifinden “*Kürt gerçeğinin*” tarihsel oluşumu açıklanmaya çalışılmıştır. Bu bölümde “*Kürdistan*” olarak ifade edilen bölgede ilk insanın ortaya çıkmasından günümüze kadar geçen tarihsel süreç analiz edilmiştir. Bu çerçevede, “*Kürt varlığı ve İslami gelenek*”, “*İslam kültürü ve Arap-Kürt-Türk ilişkileri*”, “*Kürt gerçeğinde Ermeni-Süryani-Yahudi etkileşimi*” konuları irdelenmiş; Ortadoğu kültürünün kapitalist modernleşmenin hegemonyasına girdiği, Ortadoğu’da iktidar ile toplumun ayrıştığı tezleri işlenmiştir. Bu bölümde ayrıca, “*proto Kürtlerden*” bugüne kadar “*Kürdistan*”ın Kürtlerin anavatanı olduğu; Cumhuriyetin kuruluşundan itibaren yazarın “*beyaz Türk faşizmi*” olarak tanımladığı Cumhuriyet ideolojisinin “*Kürt gerçekliğini*” tasfiye etmeye çalıştığı ileri sürülmüştür. Bölümün kalan kısmında “*Güney Kürdistan*” olarak tanımlanan Suriye’nin bir kısmında ve “*Doğu Kürdistan*” olarak tanımlanan İran’ın bir kısmında Kürtlerin geçirdiği dönüşümler ile “*Kürt kimliğinin*” sosyal, ekonomik ve kültürel boyutuna ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

32. Kitabın üçüncü bölümünde yazarın perspektifinden “*Kürt sorununun*” tarihten bugüne kadar geçirdiği evrimler ile tarihte görülen “*Kürt hareketleri*ne”, dördüncü bölüm ise “*PKK hareketine*” odaklanılmıştır. Dördüncü bölümde başvuru terör örgütü PKK’nın bugüne kadar gerçekleştirdiği eylemleri “devrimci halk savaşı” olarak nitelendirmekte ve PKK’nın kurulduğu dönem olan 1970’lerden itibaren taşıdığı ideoloji sol bir dil içerisinde anlatılmıştır. PKK’nın geçirdiği ideolojik dönüşümler, Türkiye’deki diğer sol örgütlerle ilişkileri, 12 Eylül askeri darbesi ve izleyen süreçteki gelişmeler anlatılmıştır. Bu

bölümde PKK'nın eylemleri "*devrimci halk savaşı*" olarak nitelendirilmekte; PKK'ya yönelik girişilen güvenlik operasyonlarının arkasında, Gladio, NATO ve ABD güçlerinin bulunduğu ileri sürülmektedir. Bu bölümde 12 Eylül'den sonraki dönemde PKK ile güvenlik güçleri arasındaki çatışmalar bir "*kahramanlık hikâyesi*" olarak resmedilmektedir.

33. Kitabın beşinci bölümü "*bilimsel sosyalizmde bunalım*" alt başlığı ile başlamaktadır. Bu bölümde Abdullah Öcalan'ın Suriye'den çıkartılması ve yakalanarak Türkiye'ye getirilmesi uluslararası bir komplo olarak nitelendirilmiş; komployu kuranların Kürtlerin ve Türklerin arasındaki çözümsüzlüğün devam etmesini amaçladıkları savunulmuştur. Abdullah Öcalan'ın cezaevine kapatılmasından sonraki süreçte ortaya çıkan "*çözüm*" fırsatlarının da aynı güçler tarafından ortadan kaldırıldığı ileri sürülmüştür.

34. Kitabın altıncı bölümünde, 2003 yılı ve sonrası "*yeni dönem*" olarak nitelendirilmekte ve bu dönemde PKK'da görülen ideolojik dönüşüm açıklanmaktadır. Bu bölümde Kürt sorununda barışçıl çözümün "*demokratik ulus olma hakkı*" ile sağlanabileceği, ancak "*Kürdistan'ı paylaşan ulus devletlerin yürüttükleri soykırım savaşı*" nedeniyle demokratik çözüme yanaşmadıkları ileri sürülmekte son otuz yılda yaşanan tecrübe ışığında Kürt ulus devletçiliğine ihtiyaç duymadan ve hâkim ulus devletleri federasyon tarzı biçimlere dönüştürmeden gerçekleştirilmesi mümkün olan en başarılı çözümün demokratik ulus olma hakkı olduğu savunulmaktadır.

35. Kitabın yedinci bölümünde "*Türkiye Cumhuriyeti'nin kurgulanışı*", "*Arap ulus devletleri ve İsrail kurgusu*", "*İran şii Ulus devletçiliği ve Ortadoğu'daki rolü*", "*Irak, Afganistan ve Pakistan'da ulus devletlerin çözülüşü ve kapitalist modernitenin yapısal çıkmazı*", "*Ortadoğu'da ulus devlet dengesi ve Kürt sorunu*", "*Ortadoğu'da modernite savaşları ve olası sonuçları*", "*kapitalist modernitenin Ortadoğu'daki kaderi*", "*Ortadoğu bunalımında demokratik modernite çözümü*" ve "*Ortadoğu'da zihniyet devrimi*" başlıklarına yer verilmiştir.

36. Kitabın sonuç bölümünde ise Birleşmiş Milletlerin, Avrupa Birliğinin ya da diğer bölgesel birliklerin hiçbir küresel ve bölgesel soruna çözüm bulamadıkları; yeni dönemde ulus devlete dayalı birliklerin değil demokratik uluslar birliğinin sorunlara çözüm bulabileceği ileri sürülmektedir.

C. İlgili Hukuk

37. 5187 sayılı Kanun'un "*El koyma, dağıtım ve satış yasağı*" kenar başlıklı 25. maddesi şöyledir:

"Soruşturma için sübut vasıtası olarak her türlü basılmış eserin en fazla üç adedine Cumhuriyet savcısı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kolluk el koyabilir.

Soruşturma veya kovuşturmanın başlatılmış olması şartıyla 25.7.1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda, Anayasanın 174 üncü maddesinde yer alan inkılap kanunlarında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146 ncı maddesinin ikinci fıkrasında, 153 üncü maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarında, 155 inci maddesinde, 311 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, 312 nci maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında, 312/a maddesinde ve 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarında öngörülen suçlarla ilgili olarak basılmış eserlerin tamamına hâkim kararıyla el konulabilir.

Hangi dilde olursa olsun Türkiye dışında basılan süreli veya süresiz yayın ve gazetelerin ikinci fıkra da belirtilen suçları içerdiklerine dair kuvvetli delil bulunması halinde, bunların Türkiye’de dağıtılması veya satışa sunulması, Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine sulh ceza hâkiminin kararı ile yasaklanabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Başsavcılığının kararı yeterlidir. Bu karar en geç yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulur. Kırksekiz saat içinde hâkim tarafından onaylanmaması halinde Cumhuriyet Başsavcılığının kararı hükmüsüz kalır.

Yukarıdaki fıkra uyarınca yasaklanmış yayın veya gazeteleri bilerek dağıtanlar veya satışa sunanlar bu yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi gibi sorumludurlar.”

38. 4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Elkonulan eşyanın iadesi” başlıklı 131. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağı anlaşılmaması halinde, re’sen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir. İstem reddi kararlarına itiraz edilebilir.”

39. 5271 sayılı Kanun’un “Elkonulan eşyanın muhafazası veya elden çıkarılması” başlıklı 132. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Elkonulan eşya, zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı halinde, hükmün kesinleşmesinden önce elden çıkarılabilir.

(2) Elden çıkarma kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilir.

(3) Karar verilmeden önce eşyanın sahibi olan şüpheli, sanık veya ilgili diğer kişilerin dinlenir; elden çıkarma kararı, kendilerine bildirilir.

(4) Elkonulan eşyanın değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli ted-

birler alınır.

(5) Elkonulan eşya, soruşturma evresinde Cumhuriyet Başsavcılığı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından, bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istenildiğinde derhâl iade edilmek koşuluyla, muhafaza edilmek üzere, şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebilir. Bu bırakma, teminat gösterilmesi koşuluna da bağlanabilir.

(6) Elkonulan eşya, delil olarak saklanmasına gerek kalmaması halinde, rayiç değerinin derhâl ödenmesi karşılığında, ilgiliye teslim edilebilir. Bu durumda müsadere kararının konusunu, ödenen rayiç değer oluşturur.”

40. 5271 sayılı Kanun’un “Tazminat istemi” başlıklı 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (j) bendi şöyledir:

“Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,

...

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

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

41. Mahkemenin 25/6/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
nun 7/1/2013 tarih ve 2013/409 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği
düşünüldü:

B. Başvurucunun İddiaları

42. Başvurucu, basım aşamasındaki kitabına el konulması nedeniyle düşün-
ce ve kanaat özgürlüğüne müdahalede bulunulduğunu, söz konusu kitabı
AİHM’e gönderdiğini, bu kitabı yayımlayarak anayasal hakkını kullandığını
belirtmiştir. Başvurucu, el koyma kararına dayanak oluşturan 5187 sayılı Ka-
nun’un 25. maddesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 10. mad-
desine aykırı olduğunu, Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca böyle bir durum-
da AİHS hükümlerinin esas alınmasının gerektiğini, ayrıca el koymaya ilişkin
hâkimlik kararlarının gerekçeden yoksun olduğunu belirterek Anayasa’nın
25., 26., 90. ve 141. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

43. Bakanlık görüşünde, bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin
bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

44. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yar-

gılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Bireysel başvuru usulü" kenar başlıklı 47. maddesinin (5) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu ön-görülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gere-kir..."

45. Bireysel başvuru konusu hâkimlik kararı, başvuru vekillerine 7/12/2012 tarihinde tebliğ edilmiş olup, 30 günlük bireysel başvuru süresinin son günü, resmî tatil günü olan 6/1/2013 tarihine rastlamaktadır. Son günü resmî tatil günlerine rastlayan sürelerle ilişkin olarak 6216 sayılı Kanun'da özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

46. Bununla beraber 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (7) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzükte hüküm bulun-mayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hü-kümleri uygulanır."

47. Anılan Kanun hükmü gereğince meselenin, ilgili usul kanunlarındaki düzenlemeler çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

48. 12/1/2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Tatil günlerinin etkisi" kenar başlıklı 93. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"... Sürenin son gününün resmî tatil gününe rastlaması hâlinde, süre tatili takip eden ilk iş günü çalışma saati sonunda biter."

49. 5271 sayılı Kanun'un "Sürelerin hesaplanması" kenar başlıklı 39. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir:

"Son gün bir tatile rastlarsa süre, tatilin ertesi günü biter."

50. 6/1/1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Sürelerle ilgili genel esaslar" kenar başlıklı 8. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"... Şu kadarki, sürenin son günü tatil gününe rastlarsa, süre tatil gününü izle-yen çalışma gününün bitimine kadar uzar."

51. Görüldüğü üzere temel muhakeme kanunlarında, son günü resmî tatil gününe rastlayan sürelerin, resmi tatil gününü takip eden ilk iş gününün çalışma saati sonuna kadar uzayacağı kuralına yer verilmektedir. Bu kuralın, bireysel başvuruya ilişkin süreler bakımından uygulanmamasını gerektiren herhangi bir sebep yoktur. Bu çerçevede başvuru süresinin, resmi tatili takip eden ilk iş günü olan 7/1/2013 tarihine uzadığının ve bu tarih itibarıyla yapılan başvurunun süresi içerisinde yapıldığının kabulü gerekir.

52. Açıkça dayanaktan yoksun olmayan ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de görülmeyen başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas İnceleme

53. Başvurucu, başvuru konusu kitaba el konulması nedeniyle düşünce ve kanaat özgürlüğü ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü güvence altına alan Anayasa'nın 25. ve 26. maddelerinin ihlal edildiğini; ayrıca, başvuru konusu eserin ve benzeri içerikteki eserlerin basılmasının ve toplum tarafından okunmasının demokratik bir toplumun gereklerinden olması nedeniyle şikâyet konusu müdahalenin Türkiye kamuoyunun bilgiye ve bilime ulaşmasını engellemek amacı taşıdığını ileri sürmüştür.

54. Bakanlık görüşünde, söz konusu kitabın 40.000 adet basıldığı ancak bunun 1139 tanesine el konulduğu, bununla birlikte toplama işlemine dayanak yapılan el koyma kararını bünyesinde barındıran soruşturma dosyası hakkında kovuşturmayla yer olmadığı kararı verildiği belirtilmiştir.

55. Bakanlık görüşünde, AİHS'in 10. maddesi bağlamında ifade özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden birisini oluşturduğu; ifade özgürlüğünün yalnızca lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da önemsiz görülen bilgi ve düşünceler için değil, aynı zamanda devletin veya toplumun bir bölümü için saldırgan, şok edici veya rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda, ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olup olmadığının, gerçekleştirilen müdahalenin yasayla öngörülmüş olup olmadığı, müdahalenin meşru amaçlara dayanıp dayanmadığı ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı temelinde incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.

56. Bakanlık görüşünde, Anayasa'nın 25. maddesinde düşünceye sahip olma özgürlüğünün, 26. maddesinde düşünceyi ifade etme özgürlüğünün garanti altına alındığı, Anayasa'nın 28., 29. ve 30. maddelerinde basın özgürlüğüne ilişkin ek güvenceler sağlandığı, Anayasa'da yer alan sınırlandırma hükümlerinin Anayasa'nın 13. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde basın özgürlüğüne yapılacak müdahalelerin dar bir alanda gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmiştir.

57. Bakanlık görüşünde ayrıca, 11 Nisan 2013 tarih ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 12/04/1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçun unsurlarının yeniden belirlendiği; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemleri meşru gösteren veya bu yöntemleri öven ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden bildiri ve açık-

lamaların basılması ve yayımlanmasının suç olarak kabul edildiği belirtilerek AİHS'in 10. maddesine ilişkin bazı AİHM kararları hatırlatılmıştır.

58. Başvurucu, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı, başvuru dilekçesindeki beyanlarını tekrar etmiş, ayrıca Bakanlığın bahse konu kitabın yalnızca 1139 tanesine el konulduğuna ilişkin savunmasının kesin bir bilgiye dayanmadığını, el koyma ve yasaklama kararından sonra kitabın dağıtımının imkânsız hale geldiğini, bu sebeple toplanan kitabın sayısından daha önemlisi topyekûn bir zararın oluştuğunu; yargısal sürecin tamamlanması beklenmeden kitap nüshalarının muhafazası yerine imha edilmiş olmasının da hak ihlaline neden olduğunu ileri sürmüştür.

59. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"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."

60. Anayasa'nın "Düşünce ve kanaat hürriyeti" kenar başlıklı 25. maddesi şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir."

Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz."

61. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir."

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir."

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hü-

Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti (md. 26 vd.)

kümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

62. Anayasa'nın "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesi şöyledir:

"Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz.

(İkinci fıkra mülga: 3.10.2001-4709/10 md.)

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır.

Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazarlar veya bastırıcılar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenler, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar. Tedbir yolu ile dağıtım hâkim kararıyla; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle önlenabilir. Dağıtımı önleyen yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkime bildirir. Yetkili hâkim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, dağıtımı önleme kararı hükümsüz sayılır.

Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hâkim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, olaylar hakkında yayım yasağı konamaz.

Sürelî veya süresiz yayınlar, kanunun gösterdiği suçların soruşturma veya kovuşturmasına geçilmiş olması hallerinde hâkim kararıyla; Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel ahlâkın korunması ve suçların önlenmesi bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle toplatılabilir. Toplatma kararı veren yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkime bildirir; hâkim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, toplatma kararı hükümsüz sayılır.

Sürelî veya süresiz yayınların suç soruşturma veya kovuşturması sebebiyle zapt ve müsaderesinde genel hükümler uygulanır.

Türkiye'de yayımlanan sürelî yayınlar, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, millî güvenliğe ve genel ahlâka aykırı yayımlardan mahkûm olma halinde, mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabilir.

Kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar hâkim kararıyla toplatılır."

63. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Anayasa'nın 25. maddesinde "*düşünce ve kanaat hürriyeti*", 26. maddesinde ise "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" düzenlenmiştir. Anayasa bir düşünceye sahip olma ile bir düşünceyi ifade etme arasında bir ayrıma gitmiştir. Nitekim 25. maddenin gerekçesinde, "*Madde ile bu hürriyet, 'Düşünceyi açıklama' hürriyetinden ayrılmıştır. Gerçekten bu iki hürriyet her ne kadar birbirleriyle bağlantılı ise de; nitelikleri ve sonuçları bakımından birbirinden farklıdır.*" denilmiştir.

64. Anayasa Mahkemesi de düşünce ve kanaat özgürlüğü ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü arasında bir ayrıma gitmiştir. 1961 Anayasası döneminde bu iki özgürlük aynı maddede düzenlenmiş olmasına karşın Mahkeme, düşünceye sahip olma hakkı ile düşünceyi açıklama ve yayma hakkını birbirinden ayırmıştır (AYM, E.1963/16, K.1963/83, K.T. 8/4/1963).

65. AİHS'in 10. maddesi de ifade özgürlüğü kapsamında "*görüş sahibi olma*" biçiminde bir hakka yer vermektedir. Görüşe sahip olma özgürlüğü, bir kimşenin herhangi bir korku ve endişeye kapılmadan, kamu makamlarının müdahalesi olmadan ve kısıtlanmaksızın bir fikre sahip olması ve bu fikirlerine uygun davranabilmesidir. AİHM de görüşlerin açıklanması ve yayılması kapsamına girmeyen, bir görüşe sahip olma özgürlüğünün AİHS'in 10. maddesinin koruması altında olduğunu belirtmiştir. (Bkz. *Vogt/Almanya*, B. No: 17851/91, 26/9/1995, § 54, 61)

66. Başvuruya konu somut olayda başvuru tarafından yazılmış bir kitabın toplatılması ve kitaba el konulması söz konusu olup, el koyma ve toplatılma kararı başvurucaunun bir düşünce ve kanaate sahip olması nedeniyle değil düşüncelerini açıklaması ve yayması nedeniyle verilmiştir. Bu sebeple mevcut koşullar altında başvurunun Anayasa'nın 25. maddesi altında incelenmesi olanağı olmadığından Anayasa'nın "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*"ni düzenleyen 26. maddesi kapsamında incelenmesi gerekir.

67. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "*söz, yazı, resim veya başka yollar*" olarak ifade edilmiştir ve "*başka yollar*" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir.

68. Anayasa'da basın özgürlüğüne ilişkin olarak daha ayrıntılı düzenlemeler de yer almıştır. Basın özgürlüğü alanındaki temel düzenleme Anayasa'nın 28. maddesinde yer almaktadır. Anayasa'nın 28. maddesine ilave olarak 29.

maddede süreli ve süresiz yayın hakkı 30. maddede basın araçlarının korunmasına yer verilmiştir. Anayasa'nın 31. maddesinde ise kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı düzenlenmiştir. Ayrıca, Anayasa'nın basın özgürlüğünü düzenleyen hükümlerinde yer alan “yazanlar”, “bastıranlar”, “başkasına verenler”, “dağıtım önleme”, “toplatma”, “süreli yayın” ve “süresiz yayın” gibi ifadeler ancak “gazete”, “kitap”, “dergi” gibi basılıp çoğaltılabilen kitle iletişim araçları için kullanılabilir. Dolayısıyla, Anayasa'ya göre basın, kitle iletişim araçlarından biridir; ancak diğer kitle iletişim araçlarından ayrılarak özel olarak korunmuştur.

69. Anayasa'nın 28. maddesinde basının hür olduğu ve sansür edilemeyeceği belirtildikten sonra yedinci fıkrasında süreli ve süresiz yayınların toplatılması ve sekizinci fıkrasında süreli veya süresiz yayınların zapt ve müsadereşi düzenlenmiştir. Dolayısıyla basılı yayınların toplatılması, zapt ve müsadereesine ilişkin bireysel başvuruların Anayasa'nın 28. maddesi altında da incelenmesi gerekir.

70. Mutlak değil sınırlanabilir birer hak olan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne ilişkin 26. maddenin ikinci fıkrasında ve basın özgürlüğüne ilişkin 28. maddenin dördüncü ve izleyen fıkralarında sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Ancak bu özgürlüklere yönelik sınırlamaların da bir sınırının olması gerektiği açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütler göz önüne alınmak zorundadır. Bu sebeple düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğüne getirilen sınırlandırmaların denetiminin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri kapsamında yapılması gerekmektedir.

71. Başvuru, başvuru tarafından yazılmış bir kitabın toplatılması ve el konulması nedeniyle yapılmıştır. Başvurucu, ayrıca, 5187 sayılı Kanun'un olayda uygulanan 25. maddesinin ikinci fıkrasının AIHS'in 10. maddesine aykırı olması nedeniyle Anayasa'nın 90. maddesinin de ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de, bu iddiaların özü, söz konusu toplatma ve el koyma kararının düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve basın özgürlüğünü ihlal ettiği hususu ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesinin olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı olmaması sebebiyle başvurucunun bütün iddiaları düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve basın özgürlüğü çerçevesinde incelenecektir.

a. Anayasa'nın 26. ve 28. Maddeleri Yönünden İnceleme

72. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, insanın serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaat-

lerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.

73. Düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü, Anayasa'da yer alan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmını doğrudan etkiler. Gerçekten de gazete, dergi veya kitap biçiminde basın yayın yoluyla düşüncenin yayılmasının başlıca aracı olan basın, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma biçimlerinden biridir. Basın özgürlüğü, AİHS'de ayrı bir madde olarak değil ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddenin altında koruma altına alınmıştır. AİHS'in 10. maddesi, yalnızca düşünce ve kanaatlerin içeriğini değil iletilme biçimlerini de koruma altına almaktadır. Buna karşın basın özgürlüğü, Anayasa'nın 28-32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir.

74. Basın özgürlüğü, gazete, dergi, kitap gibi araçlar ile düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama, bilgi, haber ve eleştirilerin yayın ve dağıtım haklarını kapsar (bkz. AYM, E.1996/70, K.1997/53, K.T. 5/6/1997). Basın özgürlüğü düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşüncüyü gerçekleştirmek ve gerçekleştirme konusunda ikna etmek çoğulcu demokratik düzenin gereklerindedir. Bu itibarla düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir.

75. Demokratik bir sistemde, devletin eylem ve işlemlerinin, adli ve idari yetkililerin olduğu kadar, basının ve aynı zamanda kamuoyunun da denetimi altında bulunması gerekmektedir. Yazılı, işitsel veya görsel basın, kamu gücünü kullanan organların siyasi kararlarını, eylemlerini ve ihmallerini sıkı bir denetime tabi tutarak ve vatandaşların karar alma süreçlerine katılımını kolaylaştırarak demokrasinin sağlıklı bir şekilde işlemlerini ve bireylerin kendilerini gerçekleştirmelerini güvence altına almaktadır (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Lingens/Avusturya*, B. No: 9815/82, 8/7/1986, § 41; *Özgür radyo-Ses Radyo Televizyon Yapım ve Tanıtım AŞ/Türkiye*, B. No: 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/00, 30/3/2006 § 78; *Erdoğan ve İnce/Türkiye*, B. No: 25067/94, 25068/94, 8/7/1999, § 48). Bu sebeple basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal bir özgürlüktür (bkz. AYM, E.1997/19, K.1997/66, K.T. 23/10/1997).

76. Düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünü tamamlayan ve onun kullanılmasını sağlayan basın özgürlüğü de düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü gibi mutlak ve sınırsız değildir. Sosyal görevini yerine getirebilmesi için basının özgür olması kadar sorumluluk bilinci ile hareket etmesi de

şarttır. Anayasa'nın 28. maddesinin dördüncü fıkrasında basın özgürlüğünün sınırlanmasında 26. ve 27. madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece basın özgürlüğü, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile ilgili genel hüküm niteliğindeki 26. maddedeki ve sanatsal ve akademik ifadelerle ilgili 27. maddedeki sınırlama rejimine tabi tutulmuştur. Basın özgürlüğüne yönelik diğer sınırlamalar ise 28. maddenin beşinci ve izleyen fıkralarında yer almıştır. Basının, Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddelerinde sayılan Devletin iç ve dış güvenliğinin, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, suç işlenmesinin ya da ayaklanma veya isyana teşvik edilmesinin engellenmesi için konmuş olan sınırlandırmalara uyması gerekmesine karşın, siyasi hususlarda bilgi verme hakkı da vardır. Öte yandan halkın da bu tür bilgileri almaya hakkı vardır. Basın özgürlüğü, kamuoyuna, çeşitli siyasi fikir ve tutumlarının iletilmesi ve bunlara ilişkin bir kanaat oluşturması için en iyi araçlardan birini sağlamaktadır. (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Lingens/Avusturya*, § 41-42; *Erdoğdu ve İnce/Türkiye*, § 48).

77. Yukarıda anlatılan ilkeler ışığında, başvuru konusu olayda, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve bu kapsamda basın özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde öncelikle müdahalenin mevcut olup olmadığı ve daha sonra da müdahalenin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığı değerlendirilecektir.

i. Müdahalenin Mevcudiyeti Hakkında

78. Başvuruya konu kitabın basımına ilişkin olarak yetkili mercilere bildirimde bulunulmamış olması nedeniyle kaç adet basıldığı ve ne kadarının dağıtımının yapıldığı tespit edilememiştir. Ancak TMK 10. Madde ile Görevli İstanbul 2 No.lu Hâkimliğin kararı ile başvuru konusu kitabın 3.000 adet forma ile ciltlenmiş 1.139 tanesine el konulmuş ve el konulan kitaplardan 632 kopyası imha edilmiştir. Toplatma ve el koyma kararından sonra kitabın dağıtımı da imkânsız hale gelmiştir. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı, basın yoluyla işlenen suçlarda 6 aylık dava açma süresi içerisinde dava açılmaması nedeniyle kitabın yayın koordinatörü, editörü ve kitabı yayına hazırlayan kişi hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir (bkz. § 7, 22).

79. Söz konusu kitaba yönelik toplatılma, el konulma ve imha işlemleri nedeniyle başvurucunun düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne bir müdahalenin yapılmış olduğu açıktır. Öte yandan haberlerin, düşüncelerin ve bilgilerin serbestçe ve önceden bir kontrole tabi olmadan basılabilmesi basın özgürlüğünün bir parçası olduğu gibi basılı eserlerin serbestçe dağıtılabilmesi de aynı özgürlüğün ayrılmaz bir parçasıdır. Bu nedenle başvuruya konu basılmış eserin dağıtımının yasaklanması ve toplatılması ile başvurucunun düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve bu kapsamda basın özgürlüğüne

yönelik bir müdahale yapılmıştır. Ayrıca müdahalenin mevcudiyetine ilişkin Adalet Bakanlığınca Anayasa Mahkemesine herhangi bir itiraz da sunulmamıştır.

ii. Müdahalenin Haklı Sebeplere Dayanması Hakkında

80. Yukarıda anılan müdahaleler Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında ve 28. maddesinin yedinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanmadığı ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmedeği müddetçe Anayasa'nın 13., 26. ve 28. maddelerinin ihlalini teşkil edecektir. Bu nedenle, sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilmiş olma, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

1. Müdahalenin Kanuniliği

81. Anayasa'nın 13. maddesi ile 26. maddenin beşinci fıkrası ve 28. maddenin yedinci fıkrasında yer alan müdahalenin "*kanun*"la yapılması şartına aykırılık bulunduğu ilişkin bir iddiada bulunmamışlardır. Yapılan değerlendirmeler neticesinde, 5187 sayılı Kanun'un "*El koyma, dağıtım ve satış yasağı*" kenar başlıklı 25. maddesinin "*kanunilik*" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

2. Meşru Amaç

82. Başvurucu, şikâyet konusu müdahalenin amacının Türkiye kamuoyunun bilgiye ve bilime ulaşmasını engellemek olduğunu iddia etmiştir.

83. Adalet Bakanlığı görüşünde, başvurana karşı alınan önlemin 5187 sayılı Kanun'un 25. maddesine dayalı olarak alındığı ifade edilmiştir.

84. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin meşru olabilmesi için Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarına yönelik olması gerekir. İlaveten, basılı eserlerin toplatılması ve el konulması suretiyle basın özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin meşru olabilmesi için ise Anayasa'nın 28. maddesinin yedinci fıkrasında belirtilen Devletin ülkesi ve

milliyle bölünmez bütünlüğünün, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel ahlâkın korunması ve suçların önlenmesi amaçlarına yönelik olması gerekir.

85. Başvuruya konu kitabın toplatılması ve el konulması kararı, söz konusu kitabın yazarının silahlı terör örgütü kurma ve yönetme suçundan hükümlü Abdullah Öcalan olması, kitabın kapağında Irak, İran ve Türkiye topraklarında bir bölgenin ayrılarak içinin yazılarla belirginleştirilmesi ve kitabın belirli bölümlerinde (bkz. § 27) silahlı terör örgütü PKK'nın propagandasının yapılması gerekçeleri ile verilmiştir (bkz. § 12-14). Söz konusu toplatma ve el koyma kararının, PKK terör örgütünün faaliyetleri ile mücadele kapsamında Devlet tarafından belirlenen amaçların ve faaliyetlerin uzantısı niteliğinde olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

86. Türkçe adı Kürdistan İşçi Partisi olan PKK, yasadışı silahlı bir terör örgütüdür. PKK, Türkçe adı Kürdistan Özgürlük ve Demokrasi Kongresi olan KADEK ve Türkçe adı Halk Kongresi olan Kongra-Gel isimlerini de kullanmıştır. Söz konusu kitapta zikredilen ve kısa adı KCK olan Kürdistan Komünler Birliği PKK'nın üst yapılanması iken (bkz. Kitap sayfa 405-426 ve 452-459); kısa adı HPG olan Halkın Savunma Güçleri ise PKK'nın silahlı kanadıdır (bkz. Kitap sayfa 485-488).

87. PKK, Türk yargı erki tarafından silahlı terör örgütü olarak kabul edildiği gibi, Emniyet Genel Müdürlüğünün yayınladığı *“Türkiye’de hâlen faaliyetlerine devam eden başlıca terör örgütleri”* listesinde *“PKK/KONGRA-GEL”* adıyla yer almaktadır. PKK, Silahlı Terörizme Karşı Özel Önlemlerin Uygulanması Hakkındaki Avrupa Konseyinin 27 Aralık 2001 tarihli Ortak Tutum (*Council Common Position*) kararından bu yana Avrupa Birliği tarafından terör örgütü olarak kabul edilmektedir. Bundan başka PKK, Amerika Birleşik Devletlerinin (ABD) terörist organizasyonlar listesinde yer aldığı gibi Birleşmiş Milletler ve NATO ile bölgedeki Suriye, Irak, İran gibi pek çok ülke ve uluslararası kuruluş tarafından da terör örgütü olarak kabul edilmektedir. Ayrıca PKK, ABD'nin uyuşturucu kaçakçıları listesinde de bulunmaktadır.

88. Başvuruya konu kitaba el konulması kararının, PKK terör örgütünün faaliyetleri ile mücadele kapsamında millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılmasına yönelik çalışmaların bir parçası olduğu ve bunun da Anayasa'nın düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne ilişkin 26. maddesinin ikinci fıkrası ve basın özgürlüğüne ilişkin 28. maddesinin 7. fıkrası kapsamında meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

3. Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

89. Başvurucu, Türkiye'nin Türkler, Ermeniler, Çerkezler, Kürtler, Araplar

gibi birçok halkın yaşadığı kozmopolit ve çok kültürlü bir ülke olması nedeniyle başvuruya konu eserin ve benzeri eserlerin basılmasının ve toplum tarafından okunmasının demokratik toplumun gereklerinden olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, Türkiye'deki Kürt sorununun yetkililer ve toplumun her kesimi tarafından konuşulduğunu, eskiden toplumda rahatsızlık yaratacağı düşünülen kimi uç düşüncelerin bile her gün dile getirilebildiği bir dönemde Kürt sorunu ile ilgili bir eserin toplatılması suretiyle ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumun gereklerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

90. Bakanlık görüşünde ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin varlığı halinde alınan önlemleri haklı kılacak *“konuyla ilgili ve yeterli gerekçeler”* ileri sürülüp sürülmediğinin ve *“sınırlama amacı ile aracı arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığının”* demokratik toplum gerekleri açısından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

91. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve basın özgürlüğü mutlak olmadıklarından bazı sınırlandırmalara tabi olabilirler. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne ilişkin olarak Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında ve basın özgürlüğüne ilişkin olarak Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası ve 28. maddesinin dördüncü ve izleyen fıkralarında sayılan sınırlandırmaların (bkz. § 85) Anayasa'nın 13. maddesinin güvencesinde olan demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşp bağdaşmadığı konusunda bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

92. Anayasa'nın 13. maddesinin ilk halinin gerekçesinde *“Maddenin ikinci fıkrasında, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında daima gözetilmesi gereken ölçü; yani sınırlamanın sınırı öngörülmüştür. Diğer bir deyimle hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar yahut bunlar konusunda öngörülecek sınırlayıcı tedbirler demokratik rejim anlayışına aykırı olmamalı; genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir olmalıdır”* denilmiştir. Anayasa'nın 3/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesi ile yapılan değişiklik gerekçesinde ise *“Anayasa'nın 13 üncü maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlenmektedir.”* denilmiştir.

93. 1982 Anayasasında belirtilen demokrasi, çağdaş ve özgürlükçü bir anlayışla yorumlanmalıdır. *“Demokratik toplum”* ölçütü, Anayasa'nın 13. maddesi ile AİHS'in *“demokratik toplum düzeninin gerekleri”* ölçütünün bulunduğu 9. 10. ve 11. maddelerindeki paralelliği açıkça yansıtmaktadır. Bu itibarla demokratik toplum ölçütü, çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik ve tolerans temelinde yorumlanmalıdır (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49; *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, B. No:

23536/94, 24408/94, 8/7/1999, § 61).

94. Nitekim Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatları uyarınca, “Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnâ olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak yasayla sınırlandırılabilirler.” (AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 24/9/2008). Başka bir ifadeyle yapılan sınırlama hak ve özgürlüğün özüne dokunarak, kullanılmasını durduruyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hale getiriyorsa veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı arasındaki denge bozuluyorsa demokratik toplum düzenine aykırı olacaktır (Bkz. AYM, E.2009/59, K.2011/69, K.T. 28/4/2011; AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 17/4/2008).

95. Buna göre demokratik toplumun ana temellerinden olan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile bu kapsamda basın özgürlüğü, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez ve önemsiz görülen “düşünceler” için değil, ayrıca Devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Çünkü bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir (bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, § 49).

96. Hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamada devreye girecek bir başka güvence de Anayasa’nın 13. maddesinde ifade edilen “ölçülülük ilkesi”-dir. Bu ilke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda öncelikli olarak dikkate alınması gereken bir güvencedir. Anayasa’nın 13. maddesinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük kriterleri iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki ölçüt arasında ayrılmaz bir ilişki vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında gereklilik ve ölçülülük arasındaki bu ilişkiye dikkat çekmiş, “[Temel hak ve özgürlüklere yönelik her hangi bir sınırlamanın,] demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir...” diyerek amaç ile araç arasında makul bir ilişki ve dengenin bulunması gerektiğine karar vermiştir (AYM, E.2007/4, K.2007/81, K.T. 18/10/2007).

97. Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile araç arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple düşünceyi açıklama ve yayma

özgürlüğü ile basın özgürlüğü alanında getirilen müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir (B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 84).

98. Bu bağlamda, başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel eksenini, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ve bu kapsamda basın özgürlüğünü kısıtlama bakımından “*demokratik bir toplumda gerekli*” ve “*ölçülülük ilkesi*”ne uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Gözel ve Özer/Türkiye*, B. No: 43453/04, 31098/05, 6/7/2010 § 51; *Gündüz/Türkiye*, B. No: 35071/97, 4/12/2003 § 46). Dolayısıyla, söz konusu kitabın toplatılması tedbiri nedeniyle müdahale edilen düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ve basın özgürlüğü ile kitabın toplatılmasındaki kamu yararı arasındaki dengenin ölçülü olduğunun kabulü halinde, kitabın toplatılmasına ilişkin gerekçelerin inandırıcı, başka bir deyişle ilgili ve yeterli oldukları sonucuna varılabilir (B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 87).

99. Yapılacak değerlendirmelerde, söz konusu kitapta yer alan konuların toplumun bir kesimini ilgilendiren toplumsal meselelere ilişkin olduğunun da göz önüne alınması gerekir. Anayasa’nın 26. ve 28. maddeleri bağlamında, kamunun çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya toplumsal sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlandırılmasında kamusal yetki kullanan makamların çok dar bir takdir marjı olduğuna işaret etmek gerekir (aynı yönde görüş için bkz. *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, § 62). Öte yandan düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ve bu kapsamda basın özgürlüklerine içerik bakımından bir sınırlama getirilmemiş olmakla birlikte ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi bu özgürlüklerin sınır bölgeleri olan alanlarda ise Devlet otoriteleri müdahalelerinde daha geniş bir takdir yetkisine sahiptir (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Gözel ve Özer/Türkiye*, § 56; *Gündüz/Türkiye*, § 40). Bu sebeple öncelikle, söz konusu kitapta, TMK 10. Madde ile Görevli İstanbul 2 No.lu Hâkimliğin toplatma ve el koyma kararının gerekçesinde belirtildiği şekilde PKK terör örgütünün propagandasının yapıp yapılmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

100. Düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğüne ilişkin bireysel başvurularda, *ifadelerin bağlamlarından kopartılarak incelenmesi* Anayasa’nın 13., 26. ve 28. maddelerinde yer alan ilkelerin uygulanmasında ve elde edilen bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesinin yapılmasında hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olabilir. Bu çerçevede, söz gelimi bir düşünce açıklamasının ifade edildiği bağlamdan koparıldığında “*milli güvenlik*” için

bir tehlike oluşturmaması, bu ifadeye yönelik bir müdahaleyi tek başına haklı çıkartmamaktadır. Bu nedenle somut başvuruda TMK 10. Madde ile Görevli İstanbul 2 No.lu Hâkimliğin el koyma kararında belirtilen; PKK terör örgütüne ilişkin ifadeler ile bunların ifade edildiği bağlam, kitabın yazarının kimliği, yazılma zamanı, amacı, muhtemel etkileri ve kitaptaki diğer ifadelerin tamamı bir bütün olarak ele alınarak incelenmelidir. Nitekim AİHM de yerleşik içtihatlarında düşünce açıklamalarına ilişkin söz veya metinlerin bütünüyle ele alındığında şiddeti teşvik edip etmediğinin belirlenmesi için, söz ve açıklamalarda kullanılan terimlerin ve hangi bağlamda yazıldıklarının dikkate alınmasının uygun olacağını her zaman vurgulamıştır. (Özgür Gündem/Türkiye, B. No: 23144/93, 16/3/2000 § 63; Sürek/Türkiye, B. No: 24762/94, 8/7/1999 § 12, 58)

101. El koyma kararında söz konusu kitabın yazarının “silahlı terör örgütü kurma ve yönetme suçundan hükümlü Abdullah Öcalan olduğu” gerekçesine yer verilmiştir. İlk derece mahkemesi söz konusu kitabın yazarının kişiliğini terörle mücadele bağlamında değerlendirerek toplatma ve el koyma kararı vermiştir. Herhangi bir kimsenin yalnızca kişiliğine bağlı olarak düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne müdahale edilmesi haklı kılınamayacağı gibi yasaklanmış bir örgütün bir mensubunun veya yöneticisinin görüş ve düşüncelerini açıklaması da tek başına düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne müdahale edilmesini haklı kılmaz. Zira böylesi bir değerlendirme, bazı kişi ve grupların Anayasa’nın 26. maddesinde teminat altına alınan haklardan yararlanmasına engel olacağından anayasal hakların kullanılması bakımından kabul edilemez (Aynı yönde AİHM kararları için bkz. Gözel ve Özer/Türkiye, § 52; İmza/Türkiye, B. No: 24748/03, 20/1/2009 § 25; Sürek ve Özdemir/Türkiye, B. No: 23927/94, 24277/94, 8/7/1999 § 61). Bununla birlikte, başvuruya konu kitabın yazarı PKK terör örgütünün kurucularından biri ve yöneticisidir ve Türkiye’nin bir kısmında görülen vahim nitelikli şiddet olaylarının, can ve mal kayıplarının meydana gelmesinde temel aktörlerindendir. Öte yandan kitapta yer alan düşüncelerin birinci elden muhatabı da bu terör örgütünün üyeleridir. Bu sebeple kitabın yazarının ve hitap ettiği kişilerin kimlikleri ile kitapta ifade edilen düşünce ve kanaatlerin kitabın değerlendirilmesinde bir bütün olarak göz önünde bulundurulması, söz konusu düşüncelerin içeriğine ve hangi bağlamda dile getirildiğine dikkat edilmesi gerekmektedir.

102. El koyma kararında ayrıca söz konusu kitabın kapağında “Irak, İran ve Türkiye topraklarında bir bölgenin ayrılmış ve içi yazılarla belirginleştirmiş olduğu” gerekçesine yer verilmiştir. Başvurucu, kitabın kapağında resmedilen bölgenin Kürtlerin yaşadığı “Kürdistan” coğrafyasını tanımladığını, resimde yer alan yazılarda bu coğrafyada cereyan eden veyahut da bu coğrafyayı dolaylı ya da doğrudan etkileyen olay ve olguların belirtildiğini; resmedilen sınırların siyasi değil kültürel ve coğrafi sınırlar olduğunu, ayrıca söz konusu kiti-

bın içeriğinde “*Kürdistan*” olarak tanımlanan bölgenin kültürel bir coğrafya olduğunun belirtildiğini ileri sürmüştür. Belirli bir insan topluluğunun yaşadığı coğrafi bölgenin resmedilmesi tek başına, o bölgenin bulunduğu ülkenin bütünlüğüne yönelik bir ifade açıklaması olarak nitelendirilemez. Buna karşın Türkiye topraklarının bir kısmının “*Kürdistan*” olarak nitelendirilmesi veya resmedilmesinin ne anlama geldiği ancak kitapta kullanılan ifadelerle birlikte, kitabın yayınlandığı özel koşulların da birlikte değerlendirilmesi ile belirlenebilir.

103. Başvuru konusu kitap, Türkiye Devleti’nin siyasi, askeri, kültürel ve ideolojik politikalarıyla varlık olarak Kürtlüğün tasfiyesini hedeflediğini iddia etmekte, terör örgütü PKK ile güvenlik güçleri arasındaki çatışmayı “*özgürlük savaşı*” olarak tanımlamaktadır (bkz. § 27). El koyma kararına dayanak yapılan ve PKK propagandası olarak nitelendirilen bölümlerde (bkz. § 27) PKK’nın başta Türk Silahlı Kuvvetleri olmak üzere Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, NATO gibi uluslararası güçlere karşı da mücadele ettiği, PKK’nın eylemleri ile “*Kürt gerçekliğinin*” tasfiye edilmesini durdurduğu ve “*Kürt gerçeğinin*” özgürlük yolunda önemli kazanımlar elde ettiği ileri sürülmektedir. Yalnız toplatma kararında belirtilen bölümlerde değil bir bütün olarak kitapta, PKK’nın kuruluşundan itibaren geçirdiği ideolojik ve örgütsel dönüşümler birinci elden hikâye edilmekte, bu değişim ve dönüşümlerin sebepleri, PKK eylemleri sonucunda toplumda meydana gelen sosyal, ekonomik ve ideolojik değişiklikler analiz edilmektedir.

104. Başvurucu Marksist söylemler kullanarak terör örgütü PKK’nın kuruluşundan bugüne kadar yaptığı eylemleri meşru göstermeye çalıştığı şeklinde yorumlanabilecek şiddetli ifadeler kullanmakla birlikte aynı zamanda Kürt sorununun karmaşık olduğunu ve süreç içerisinde PKK’nın da dönüşümler geçirdiğini; “*Tüm bu tarihsel ve toplumsal dönüşümlerin yeni bir Kürtlük ve PKK tanımı gerektirdiği, yeni sistem kavramları ve kurumlarına ihtiyaç gösterdiği...*”nin açık olduğunu, bu temelde “*...yeni PKK ve Kürtlük tanımıyla yeni sistem kavram ve kurumlarını geliştirmeye*” çalıştığını belirtmektedir (bkz. § 27). El koyma kararına dayanak yapılan söz konusu ifadelerde, tarihi ve sosyolojik açıdan Kürt sorunu odak noktasına alınarak Türkiye ve bölge ülkelerdeki sosyo-ekonomik dönüşümler ile Türkiye’nin güneydoğusunda uygulanan resmi politikalar analiz edilmiş; devlet politikalarına muhalefetin ardındaki itici güçlerin psikolojisine yer verilmiştir. Kitapta bir bütün olarak Kürt sorununun çözümünde milliyetçi veya devletçi çözümlere takılıp kalmanın çözümsüzlüğü derinleştirdiği, böyle bir dayatmanın Filistin-İsrail sorunundaki çözümsüzlüğü tekrarlamaktan öteye gitmeyeceği, önümüzdeki süreçte devletçilik zihniyetinden uzaklaşmadığı ve demokratik siyaset araçları devreye sokulmadığı takdirde Ortadoğu’nun yüz yıl daha geleneksel hegemonik güçlerin çıkar

alanı olarak kalacağı; Ortadoğu'daki sorunların çözümünde anahtar rolün “Kürdistan'daki demokratik çözüm deneyiminden” geçtiği; bölgede komşu olan Türk, Arap, Kürt, Fars, Ermeni, Süryani ve Türkmenlerin tarihsel kader birliği içerisinde oldukları, “Kürdistan'daki demokratik çözümün domino etkisiyle” tüm Ortadoğu'ya yayılma ihtimali bulunduğu savunulmaktadır.

105. Başvurucu, tarihsel olayları kendi bakış açısından yansıtmakta, Türkiye'nin Kürt politikası ile bilhassa güneydoğusundaki faaliyetlerini sert bir üslupla eleştirmekte, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve özellikle güvenlik güçleri hakkında kötü bir tablo çizmektedir. Buna karşın başvurucu, kendi ifadesiyle “Kürt gerçeğinin” tanınmasını ve silahlı yöntemlere başvurmak yerine Kürt sorununun çözülmesi için barışçıl yöntemlerin kullanılmasını da talep etmektedir. Söz konusu kitabın bazı bölümlerinin “şiddet çağrısı”, “silahlı ayaklanma çağrısı” ve “isyan çağrısı” içerip içermediğinin, bölümdeki ifadelerin “derin ve mantıkdışı bir kini aşılayarak şiddetin artmasına yol açacak nitelikte olup olmadığı” (Sürek/Türkiye, B. No: 26682/95, 8/7/1999 § 62) kitapta yer alan ve yukarıda açıklanan görüşlerle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

106. Basın özgürlüğü açısından toplumsal sorunlara ilişkin Türkiye'deki ve bölgedeki durumun muhalif bir bakış açısından değerlendirilmesine ilişkin olarak kamunun bilgi edinme hakkı da dikkate alınmalıdır. Kitapta yer alan görüşlerin gerçekten nefrete ve şiddete teşvik edip etmediğinin değerlendirmesini yaparken kullanılan aracın kitle iletişim araçlarına kıyasla halkın daha dar bir kesimine hitap eden (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Alınak/Türkiye*, B. No: 40287/98, 29/3/2005, § 41) ve PKK terör örgütünün “değişen” ideolojisinin endoktrinasyonunu hedefleyen bir kitap olduğu da gözetilmelidir.

107. Kitabın toplatılmasına gerekçe olarak gösterilen düşüncelerin bir kısmı, toplumun büyük kesimi ve devlet yetkilileri için kabul edilemez olmakla birlikte bir bütün olarak kitapta yer alan düşünceler, başvurucunun ifadesiyle Kürt gerçeğinin tanınması ve silahlı yöntemlere başvurmak yerine Kürt sorununun çözülmesi için barışçıl yöntemlerin kullanılması çerçevesinde temellendirilmiştir. Başvurucu, söz konusu kitabın kapağında bulunan resmin amacının, yeni bir siyasal sınırın gösterilmesi olmadığını, kitapta ele alınan konuların geçtiği coğrafyayı gösterdiğini; bu coğrafyadaki siyasal, toplumsal ve ekonomik dönüşümlerin demokratik usullerle gerçekleştirilebileceğini ileri sürmüştür. Terör örgütü PKK üzerindeki etkisi devam eden başvuru, temel olarak, demokratik çözüm olanaklarına şans verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu itibarla kitapta yer alan ve demokratik çözümün gerçekleşmemesi halinde “nihai bir savaş aşamasına geçilebileceği” yönündeki ifadeler, kitabın yazıldığı bağlam ile birlikte değerlendirildiğinde, başvurucunun şid-

deti teşvik ve terör eylemlerinin yapılmasına çağrıda bulunduğu anlamına gelmemektedir. Başvurucunun bu sözlerinin, demokratik çözümün gerçekleşmemesi halinde Güneydoğu Anadolu'daki şiddetin yeniden canlanabileceği öngörüsü niteliğinde olduğu değerlendirilmiştir.

108. Kitap bir bütün olarak incelendiğinde şiddeti övdüğü; başvurucunun kavramsallaştırmasına göre “önümüzdeki süreçte” kişileri terör yöntemlerini benimsemeye başka bir deyişle şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik ettiği yönünde değerlendirilmemiştir. Aksine, bir süredir güvenlik güçleri ile silahlı çatışmaların olmadığı bir ortamda başvurucu, kendi bakış açısıyla Kürt meselesini analiz etmekte; silahlı çatışmaya son verilmesini ve demokratik çözüm konusunda uzlaşılmasını talep etmektedir. Başvurucunun kitapta dile getirdiği meseleler gibi kamunun çıkarlarına ilişkin siyasi açıklamalar veya toplumsal sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlandırılmasında kamusal yetki kullanan makamların çok dar bir takdir aralığı olduğuna işaret etmek gerekir. Kamu otoriteleri veya toplumun bir kesimi için hoş olmayan düşüncelere, şiddeti teşvik etmediği, terör eylemlerini haklı göstermediği ve nefret duygusunun oluşmasını desteklemediği sürece (bkz. § 105) sınırlama getirilemez. Bu sebeple, başvuruya konu kitabın toplatılmasına gerekçe gösterilen nedenlerin başvurucunun düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ve bu kapsamda basın özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır.

109. El koyma ve toplatma kararına dayanak yapılan 5187 sayılı Kanun'un 25. maddesinin ikinci fıkrasına göre basılmış eserlerin tamamının hâkim kararıyla toplatılabilmesi ancak 25/7/1951 tarih ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'da, Anayasanın 174. maddesinde yer alan İnkılap Kanunları'nda, 1/3/1926 tarih ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 146. maddesinin ikinci fıkrasında, 153. maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarında, 155. maddesinde, 311. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, 312. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında, 312/a maddesinde ve 12/4/1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarında öngörülen suçlarla ilgili olarak soruşturma veya kovuşturmanın başlatılmış olması şartıyla mümkündür. Oysa başvuruya konu kitapla ilgili olarak başvurucu hakkında herhangi bir soruşturma veya kovuşturma olmadığı gibi (bkz. § 24) kitabın yayın koordinatörü, editörü ve kitabı yayına hazırlayan kişi hakkında da 5187 sayılı Kanun'un 25. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan suçlarla ilgili olarak yapılan soruşturma da kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sonuçlanmıştır (bkz. § 22).

110. Anılan kitabın yayın koordinatörü, editörü ve yayına hazırlayan kişi

hakkında başlatılan soruşturma, kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile neticelenmiş olsa bile kitabın toplatılması için bazı özel mekânlarda aramalar yapılmış, bulunan nüshalarına el konulmuş ve toplatılan kitapların bir kısmı imha edilmiştir.

111. Başvurucu, yargısal sürecin tamamlanması beklenmeden kitap nüshalarının muhafazası yerine imha edilmiş olmasının da hak ihlaline neden olduğunu ileri sürmüştür. Anayasa'nın 28. maddesinin sekizinci fıkrasının emredici hükmüne göre süreli veya süresiz yayınların suç soruşturması sebebiyle zapt ve müsaderesinde genel hükümler uygulanacaktır. 5271 sayılı Kanun'un 132. maddesine göre elkonulan eşya, hükmün kesinleşmesinden önce, ancak hâkim kararı ile elden çıkarılabilir. Başvuru dosyasına sunulan evraka göre kitapların imhasına ilişkin olarak kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmamaktadır. 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (j) bendinde eşyasına veya diğer mal varlığı değerlerine el konulmasına karar verilip de eşyasının korunması için gerekli tedbirler alınmayan kişilerin maddi ve manevi tazminat davası açmak suretiyle her türlü zararlarını Devlettten isteyebilecekleri düzenlenmiştir. Buna karşın, müdahalenin orantılı olup olmadığına değerlendirilmesinde uygulanan tedbirin niteliği ve ağırlığının da dikkate alınması gerekmektedir.

112. Yukarıdaki hususlar dikkate alındığında, bir koruma tedbiri niteliğindeki el koyma kararına dayanılarak söz konusu kitapların toplanmasının ve toplanan kitapların bir kısmının kanunda öngörülen usule uyulmaksızın imha edilmesinin amaçlanan hedefler açısından orantısız olduğu ve bu bağlamda demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülülük ilkesine uygun olmadığı kanaatine varılmıştır. Bu sebeplerle başvurucunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

b. Anayasa'nın 36. Maddesi Yönünden İnceleme

113. Başvurucu, TMK 10. Madde ile Görevli İstanbul 2 No.lu Hâkimliğin el koyma kararı ile TMK 10. Madde ile Görevli İstanbul 3 No.lu Hâkimliğin itirazları reddeden kararlarının gerekçesiz olması nedeniyle Anayasa'nın 141. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

114. Bakanlık görüşünde, başvuru tarafından yazılan kitaba müdahale teşkil eden önlemleri haklı kılacak *"konuyla ilgili ve yeterli gerekçeler"* ileri sürülüp sürülmediğini ve *"sınırlama amacı ile aracı arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığının"* demokratik toplum gerekleri açısından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

115. Anayasa'nın *"Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması"* kenar baş-

lıklı 141. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

“Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.”

116. Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Bu bağlamda Anayasa’nın, bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılmasını ifade eden 141. maddesinin de, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır (B. No: 2013/307, 16/5/2013, § 30).

117. Adaletin düzgün bir şekilde yerine getirilmesini sağlayan faktörlerden birini de mahkemelerin ve yargı yerlerinin verdikleri kararlarda yeterince gerekçe göstermeleri oluşturur. Anayasa’nın 141. maddesinin gerekçesinde belirtildiği gibi, kararın hangi temele dayandığının yeterince açık olarak belirtilmesi kanun yolu başvurularında hakkaniyete uygunluğun denetimini sağlamak için önemlidir. Gerekçeli karar verme yükümlülüğünün bir diğer dayanağı da tarafların, iddialarının kurallara uygun olarak incelenip incelenmediğini bilmelerinin demokratik bir toplumda mahkemelere olan güvenin sağlanması açısından önemli olmasıdır.

118. Gerekçe gösterme ödevinin kapsamı, kararın niteliğine göre değişir ve bu ödevin kapsamı somut olayın içerisinde bulunduğu koşulların değerlendirilmesiyle belirlenebilir. Anayasa’nın 141. maddesinin dördüncü fıkrası mahkemeleri verdikleri kararlar için gerekçe göstermekle yükümlü tutmakla birlikte, bu yükümlülük, her iddiaya ayrıntılı bir yanıt vermenin gerekli olduğu şeklinde anlaşılamaz (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Garcia Ruiz/İspanya*, B.No: 30544/96, 21/1/1999, § 26).

119. Gerekçeli karar hakkı, hem ilk derece mahkemesi hem de itiraz ve temyiz mahkemesi kararları için geçerlidir. Ancak üst mahkemeler olan temyiz ve itiraz mercilerinin karar gerekçelerinin ayrıntılı olması zorunlu değildir. Temyiz ve itiraz merciinin yargılamayı yapan mahkemenin kararıyla aynı fikirde olması ve bunu ya aynı gerekçeyi kullanarak ya da basit bir atıfla kararına yansıtması yeterlidir. Burada önemli olan husus, temyiz ve itiraz merciinin bir şekilde itirazda dile getirilmiş ana unsurları incelediğini, derece mahkemesinin kararını inceleyerek onadığını ya da bozduğunu göstermesidir (B. No: 2013/3351, § 50, 18/9/2013).

120. Başvuruya konu kitabın toplatılmasına ilişkin TMK 10. Madde ile Gö-

revli İstanbul 2 No.lu Hâkimliğin el koyma kararında Mahkeme, el koyma kararını; söz konusu kitabın yazarının silahlı terör örgütü kurma ve yönetme suçundan hükümlü Abdullah Öcalan olması, kitabın kapağında Irak, İran ve Türkiye topraklarında bir bölgenin ayrılarak içinin yazılarla belirginleştirilmesi ve kitabın 173, 178, 276, 278, 284, 304, 307, 312, 324, 327, 359, 391, 408, 412 ve devamı sayfalarında silahlı terör örgütü PKK'nın propagandasının yapılması şeklinde üç ayrı gerekçeye dayandırmıştır (bkz. § 14). İtiraz mercii olan TMK 10. Madde ile Görevli İstanbul 3 No.lu Hâkimliği ise itirazı, herhangi bir somut gerekçe belirtmeksizin *“suçun vasıf ve mahiyeti”*, *“kuvvetli suç şüphesini gösteren olguların oluşu”*, *“mevcut delil durumu”* gibi genel geçer ifadelerle reddetmiştir (bkz. § 16, 17).

121. Başvuru konusu kitaba el konulması kararı bir koruma tedbiri niteliğindedir. El koyma kararının gerekçesinin yeterli olup olmadığını değerlendirirken maddi gerçeğe ulaşabilmek ve sonuçta verilen kararların uygulanabilmesini sağlamak amacıyla başvurulmuş koruma tedbirlerinin geçici olduklarını da göz önüne almak gerekir. Bu davada daha esaslı ve ikna edici gerekçelerin olması arzu edilebilir olmakla birlikte, ilk derece hâkimliğinin el koyma kararında ileri sürülen gerekçeler ile itiraz mercisinin ilk derece hâkimliğin gerekçelerini benimseyen kararında yeterli gerekçe bulunmadığı da söylenemez.

122. Açıklanan nedenlerle, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, gerekçeli karar hakkı yönünden Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

123. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, esas inceleme sonunda ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedileceği belirtilmiş, ancak yerindelik denetimi yapılamayacağı, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

124. Başvuru dilekçesi ve Adalet Bakanlığı görüşünde toplandığı ve el konulduğu belirtilen başvuru konusu kitabın tüm nüshalarının ve kitaba ait formların, süreli yayınların basımı ve dağıtılmasına ilişkin düzenleyici mevzuat hükümleri saklı kalmak üzere, başvuruları halinde sahiplerine iade edilmesi için kararın bir örneğinin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi gerekir.

125. Başvurucu, başvuru dilekçesinde gördüğü maddi ve manevi zararların tazminini talep etmiş; 13/02/2013 tarihli dilekçe ile ise maddi ve manevi tazminat talebinden feragat ettiğini bildirmiştir. Dolayısıyla bu konuda bir karar verilmesine gerek bulunmamaktadır.

126. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, **OY BİRLİĞİYLE**,

B. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve bu kapsamda basın özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Burhan ÜSTÜN'ün karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

C. Anayasa'nın 36. maddesinin İHLAL EDİLMEDİĞİNE, **OY BİRLİĞİYLE**,

D. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına.

F. İhlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için dosyanın ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine,

25/6/2014 tarihinde karar verildi.

Başkan
Haşim KILIÇ

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Zühtü ARSLAN

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucu, ihlal kararına konu olan 7 bölümden meydana gelen kitabında, özellikle 6. bölümde özetle “*Kürdistan’ı paylaşan ulus devletlerin yürüttükleri soykırım savaşı*” nedeniyle son otuz yılda gerçekleştirilemeyen barışçı çözümün sağlanması için Kürtlerin demokratik ulus olma hakkının teslimi gerektiğini savunmakta, mevcut durumun daha fazla sürdürülemeyeceğini, “*ya iki taraf da üzerinde ana ilkelerde uzlaştığı kalıcı, anlamlı ve onurlu bir barış ve demokratik çözüm sürecine girilecek, ya da otuz yıllık savaş sürecinin çok üstünde, yoğun geçecek yeni ve nihai bir savaş aşaması daha yaşanacaktır*” tespitini yapmakta, analizlerine devamla, önümüzdeki savaşın nasıl gerçekleştirileceğinin stratejisini çizmekte ve “*gece gündüz, yaz kış, köy kent, dağ ova demeden, on binlerin aynı anda her alanda cereyan etmesi muhtemel olan savaşını geliştirmek, yürütmek ve geliştirmek*” için PKK ve KCK’ya düşecek görevleri belirlemektedir. Başvurucuya göre, demokratik çözüm yolunun gerçekleşmemesi halinde PKK’nın faaliyetlerini “*gerçek halk savaşı boyutunda*” yürütmesi gerekmekte olup “*bundan sonra her şey ya onurlu bir barış ve demokratik çözüm ya da topyekun nihai bir savaşla bağlantılı olarak anlam bulacak ve yaşam değeri kazanacak*”tır.

2. Başvurucunun toplatılan kitabının, bazı bölümleri itibariyle, otuz yıllık ayrılıkçı terör hareketinin yeni siyasi-askeri stratejisini belirlemek, halk kitlelerine ve silahlı militanlara yol göstermek, kendi tabiriyle “*otuz yıllık savaş sürecinin çok üstünde, yoğun geçecek*” yeni bir savaşa hazırlamak amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar kitabın yazarı savaşı özellikle tercih eder görünmese de amaçlarına ulaşınca kadar bunu gerçek ve ciddi bir seçenek olarak elde bulundurmak gerektiğini ifade etmektedir.

3. Başta Birleşmiş Milletler Andlaşması olmak üzere tüm uluslar arası hukuk belgelerinde ihtilafların kuvvet kullanımı yoluyla çözümlenmesi yasaklanmış, devletlerinin birbirlerinin egemenliğine ve toprak bütünlüğüne karşı kuvvet kullanması veya kuvvet kullanma tehdidinde başvuramayacakları belirtilmiştir. Devlet olmayan ancak terör örgütü kimliğinin ötesinde bir halkın çıkarlarını temsil etme iddiasında olan “*devlet dışı aktörler*” şeklinde tanımlanan unsurların da aynı şekilde kuvvete ve şiddete başvurmaları uluslar arası hukuka göre yasaktır. Terörizm ise esasen tüm uluslar arası toplumca

kesin olarak reddedilen, sebebine, gerekçelerine ve kim tarafından kime karşı yapıldığına bakılmaksızın lanetlenmesi gereken “*çağın vebası*” olarak kabul edilmiştir. Terörizm ayrıca, insanlığa karşı bir suç olarak kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de *Herri Batasuna ve Batasuna/İspanya* kararında terörle uzlaşma sonucuna varacak birçok ciddi ve tekrarlanan eylem ve davranışları, terörün kınanmaması olgusuyla birlikte değerlendirerek, adı geçen siyasi partinin kapatılmasında Sözleşme’ye aykırılık görmemiştir. Anayasa Mahkemesinin E:2007/1, K:2009/4 (Siyasi Parti Kapatma) sayılı kararında da konu siyasi parti ve ifade özgürlüğü açısından etraflı şekilde değerlendirilerek, benzer sonuca varılmıştır. Bu nedenle, kitabın bir terör örgütünün ötesinde bir halkın haklı taleplerini savunmak amacıyla yazıldığı bir an için kabul edilecek olsa dahi, kitabın içerdiği şiddet tehdidi yönünden yapılacak değerlendirme değişmeyecektir.

4. Başvurucu, her ne kadar savunduğu siyasi ve/veya silahlı mücadeleyi terörizm kapsamında görmemekte ve PKK’ya yönelik ifadeleri övgü düzeyinde (*devrimci halk savaşı, kahramanlık hikayesi*) kalmakta ise de savunucusu olduğunu öne sürdüğü “*Kürt sorunu*” ile ilgili olarak kuvvete ve şiddete başvurmayı somut ve ciddi bir seçenek olarak değerlendirmekte, bununla da kalmayarak bu konuda strateji belirlemekte, ilgililere “*savaşa hazırlık*” talimatı vermektedir. Bu stratejinin ciddi olduğu, geçtiğimiz aylarda görülen yol kesme, kontrol noktası kurma, güvenlik güçlerine ateş açma, iş makineleri yakma, yaşı küçük çocukları zorla veya kandırarak örgüte katma gibi eylemlerle, kitapta yazılanların provası yapılmak suretiyle kanıtlanmıştır.

5. Gerek uluslar arası hukuk ve insan hakları standartları, gerek Anayasamız ve pozitif hukukumuz bakımından bir bütün halinde ve somut olay ve olgular ışığında değerlendirildiğinde, şiddeti yücelten, bir siyaset ve hak arama yolu olarak şiddet ve kuvvet kullanımını öneren, **siyasi amaçlara ulaşmak için şiddet ve terörü kullanma tehdidinde bulunan kitabın fikir özgürlüğü kapsamında görülemeyeceği açıktır.**

6. Öte yandan, başvuru yargısal sürecin tamamlanması beklenmeden kitabın imha edilmiş olmasının da hak ihlaline neden olduğunu öne sürmüştür. Anayasa’nın 28. maddesinin sekizinci fıkrasına göre süreli veya süresiz yayınların suç soruşturması nedeniyle zapt ve müsaderesinde genel hükümler uygulanacak olup, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 132. maddesine göre elkonulan eşya, hükmün kesinleşmesinden önce, ancak hakim kararı ile elden çıkartılabilir. Başvuru dosyasına göre, kitapların imhasına ilişkin olarak kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmamaktadır. Buna karşın CMK’nun 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (j) bendi uyarınca eşya veya diğer mal varlığı değerlerinin el konulmasına karar verildikten

sonra eşyanın korunması için gerekli tedbirler alınmadığı durumlarda ilgili-lerin **maddi ve manevi tazminat davası** açmak suretiyle devletten her türlü zararlarını isteyebilecekleri açıktır. Bu yönden Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak için gereken koşulların yerine getirilmiş olduğu da söylenemez.

7. Bu nedenlerle, bir koruma tedbiri niteliğindeki el koyma kararına dayanılarak söz konusu kitapların toplatılmasından ibaret olan müdahalenin, amaçlanan hedefler açısından orantılı, demokratik bir toplumda gereklilik ve ölçülülük ilkelerine uygun olduğu anlaşılmaktadır.

8. Başvurunun kabul edilmezliğine karar verilmesi, kabul edilmesi halinde ise Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucu, yargısal sürecin tamamlanması beklenmeden kitap nüshalarının muhafazası yerine imha edilmiş olmasının hak ihlaline neden olduğunu ileri sürmüştür.

2. Anayasa'nın 28. maddesinin sekizinci fıkrasının emredici hükmüne göre süreli veya süresiz yayınların suç soruşturması sebebiyle zapt ve müsaderesinde genel hükümler uygulanacaktır. Başvuru dosyasına sunulan evraklara göre kitapların imhasına ilişkin olarak kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmamaktadır. Buna karşın 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (j) bendi uyarınca eşyasına veya diğer mal varlığı değerlerine el konulmasına karar verilip de eşyasının korunması için gerekli tedbirler alınmayan kişilerin maddi ve manevi tazminat davası açmak suretiyle her türlü zararlarını Devletten isteyebilecekleri de göz önünde bulundurulmadır.

3. Yukarıdaki hususlar dikkate alındığında, bir koruma tedbiri niteliğindeki el koyma kararına dayanılarak söz konusu kitapların toplanmasından ibaret müdahalenin amaçlanan hedefler açısından orantılı olduğu ve bu bağlamda demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülülük ilkesine uygun olduğu kanaatine varılmıştır.

4. Bu sebeplerle başvurucunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güven-

ce altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğünün ihlal edilmediği düşüncesi ile çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Burhan ÜSTÜN

FARKLI GEREKÇE

1. Anayasa Mahkemesi sayın çoğunluğu tarafından, sınırlamanın PKK terör örgütü ile mücadele kapsamında gerçekleştirilmesi nedeniyle kanunilik denetiminin ‘meşru amaç’ ölçütünün gerçekleştiği, ancak el koyma kararı gerekçesi dikkate alındığında gerekçeli karar hakkının ihlal edilmediği, fakat kitapta yer alan düşüncelerin toplumun bir kesimince hoş karşılanmayacak nitelikte ise de şiddeti övdüğünden söz edilemeyeceği ve bu nedenle “demokratik bir toplumda gerekli olma ve ölçülülük” ölçütünün olayda tahakkuk etmediği gerekçesiyle hak ihlali sonucuna ulaşılmıştır. Düşüncemize göre incelenen olayda ifade ve basın özgürlüğü hakkı ihlali sonucuna yol açan hukuki nedenler farklı olduğundan, karar neticesine iştirak edilmekle birlikte farklı gerekçe yazılmasına ihtiyaç duyulmuştur.

2. Herkesin düşünce açıklama ve yayma hakkı Anayasa’nın 26. maddesinde güvenceye bağlanmış ve bu hakkın yalnızca ikinci fıkrada belirtilen amaçlarla sınırlandırılabilmesi ifade edilmiştir. AİHS’nin 10. maddesinde de benzer biçimde “her ferdin ifade ve açıklama hürriyetine malik” olduğu, ancak bu özgürlüğün “demokratik toplumda zaruri tedbirler mahiyetinde” meşru amaçlarla sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir. Sınırlama nedenleri arasında ‘milli güvenliğin ve toprak bütünlüğünün korunması’ ve ‘suçun önlenmesi’ nedenleri de sayılmıştır. İfade özgürlüğünün kullanılması, düşünce açıklama araçlarının korunmasını da gerektirmektedir. Nitekim Anayasa’nın “basın hürriyeti” başlığını taşıyan 28. maddesinde basın özgürlüğü güvence altına alınmış, ancak sekizinci fıkrasında; “sürelili veya süresiz yayınların suç oluşturma veya kovuşturması sebebiyle zabt ve müsaderesinde genel hükümler uygulanır” denilmiştir. Bu Anayasal düzenlemelere ve Sözleşme hükümlerine uygun olarak hukuk sistemimizde ifade özgürlüğü suç normlarıyla ve ifadeyi açıklama araçlarına ilişkin sınırlama da ilgili özel kanunlarla sınırlandırılmıştır.

3. Başvuranın yayınlamak istediği kitabı ile ilgili olarak yayın koordinatörü, editörü ve yayına hazırlayan kişi hakkında terör örgütünün propagandasının yapıldığı iddiasıyla İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma başlatılmış ve bu kapsamda savcılık emri ile SM Matbaasında ve Küçükçekmece

3. Sulh Ceza Mahkemesinin 17.9.2012 tarihli ve 930 sayılı kararı ile de Gün Matbaacılık'ta arama yapılarak ele geçirilen bir kısım kitap forması ve basılı nüshalarına el konulmuştur. Savcılığın el koyma kararı Bakırköy 6. Sulh Ceza Mahkemesinin 18.9.2012 tarih ve 1737 müt. Sayılı kararı ile onanmıştır. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının talebi ile ayrıca, kitapta PKK terör örgütünün propagandasının yapıldığı gerekçesi ile TMK 10. Maddesi ile Görevli İstanbul 2 numaralı Hakimliğinin 21.9.2012 tarih ve 156 sayılı kararı ile kitaba el konulmasına karar verilmiş, bu karara karşı yapılan itiraz da TMK 10. Maddesi ile Görevli İstanbul 3 numaralı Hakimliğinin 9.10.2012 tarih ve 173 sayılı kararı ile reddedilmiştir.

4. Başvurucunun kitabı hakkında gerçekleşen hukuki sürecin değerlendirilebilmesi için, el koyma kararına dayanak olan kanun hükümlerine göz atılmalıdır.

5. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun el koyma kararı tarihinde yürürlükte olan 7/2. maddesi metni şöyledir: (Değişik fıkra: 30/07/2003 - 4963 S.K./30. md.) ***“Yukarıdaki fıkra uyarınca oluşturulan örgüt mensuplarına yardım edenlere veya şiddet veya diğer terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde propaganda yapanlara fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşyüzmilyon liradan bir milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.”***

6. 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 25/2. maddesi: ***“Soruşturma veya kovuşturmanın başlatılmış olması şartıyla 25/07/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda, Anayasanın 174 üncü maddesinde yer alan inkılap kanunlarında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146 ncı maddesinin ikinci fıkrasında, 153 üncü maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarında, 155 inci maddesinde, 311 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, 312 nci maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında, 312/a maddesinde ve 12/04/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarında öngörülen suçlarla ilgili olarak basılmış eserlerin tamamına hakim kararıyla el konulabilir.”***

7. İfade ve basın özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin yukarıda görülen hükümler uyarınca basılı bir esere el konulabilmesi için, CMK genel hükümlerinden ayrılan özel düzenlemede iki ayrı yöntem öngörülmüştür. Basın Kanunu'nun 25/1. maddesi uyarınca C. Savcısı veya gecikmede sakınca olan hallerde kolluk tarafından, soruşturmaya konu suçun sübut vasıtası olarak basılmış eserin en fazla üç adedine el konulabilir. Buna karşın, basılmış eserin tamamına el konulabilmesi için aynı maddenin ikinci fıkrasında iki şart aranmaktadır. İlk olarak, soruşturmaya konu suçun ikinci fıkrada belirtilen bir suç olması, ikinci olarak da bu kararın hakim tarafından verilmesi zorunluluğu-

dur. Bu yasal hükümler açısından Bakırköy C. Başsavcılığının 17.9.2012 tarihli yazılı arama emrine istinaden SM Matbaasında 3000 adet forma ve 8 adet kitaba el konulması hukuka aykırıdır. El koyma kararının sonradan hakim tarafından onaylanmış olması, bu hukuka aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır.

8. Ayrıca, el koyma kararına dayanak olan ceza soruşturması kitabın yazarı hakkında olmayıp, yayın koordinatörü, editör ve yayına hazırlayan kişi aleyhindedir. Ancak, Basın Kanunu'nun 26. maddesinde yazılı hak düşürücü süre geçtiği için dava açılmayıp kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sonuçlanmasına karşın, el koyma işlemine son verilmesi yerine kitapların imhasına karar verilmesi de kanuna aykırıdır. Böylece, hak ihlali denetiminde kanunilik ölçütünün gerçekleşmediği anlaşılmaktadır.

9. Diğer taraftan, sayın çoğunluk gerekçesinde Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında gerekçeli karar hakkı incelenirken, İstanbul 2 numaralı hakimliğinin kitabın bir kısım sayfalarına atıf yapıp bazı paragraflardaki düşünce açıklamalarını değerlendiren ve sonuçta PKK terör örgütü propagandası yapıldığı gerekçesine dayalı olarak verilen el koyma kararı gerekçesinin yeterli olduğu kabul edilmiştir. Koruma tedbirleri geçici olmakla birlikte, kişi özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dolayısıyla, ilgili karar gerekçesinin en azından somut olayı gerektiği kadar değerlendirmesi ve okunduğunda objektif olarak bu tedbire başvurunun zorunlu olduğu fikrini uyandırması gerekir. Yeterliliği bakımından gerekçenin uzunluğu veya kısalığı değil, incelemeye konu olayla kurulan hukuki bağlantısı ölçü olmalıdır. Tedbir kararının sonucu o olay bakımından doğru olsa dahi, gerekçenin yeterli olmaması durumunda da 36. maddenin ihlal edildiği düşünülmelidir. Söz konusu gerekçede uzun değerlendirmeler yapılmakla birlikte, değerlendirmeye esas alınan kitaptaki paragraflar özünde ifade özgürlüğü kapsamında görülebilecek niteliktedir. Buna karşın sözgelimi kitabın 420-422. sayfalarında yer alan ve amaçlanan hedeflere ulaşılamadığı takdirde 'Kürt halkı ve örgüt yönünden silahlı direnişin bir yükümlülük' olacağına ilişkin ifadeler, yazarın şiddet ve terör yöntemini halen benimseyip tavsiye ettiğini ve örgüt propagandası yaptığını gösterir niteliktedir. Ancak arama ve el koyma kararı gerekçesi, sınırlamanın "demokratik toplum yönünden zorunlu olması" ölçütünü izah etmekten oldukça uzak olması nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği düşünülmelidir.

10. AIHM ifade özgürlüğünün ihlali iddialarını denetlerken, ifade açıklamalarının şiddet veya başkaldırıya teşvik edip etmediğini ya da nefret içeren bir söyleminin bulunup bulunmadığının araştırılmasını istemektedir. Yine, ifade açıklamaları değerlendirilirken, içerisinde bulunan koşullar da gözetilmelidir. (Bkz. Sürek-Türkiye, Gerger-Türkiye, Aktan-Türkiye kararları).

11. Sayın çoğunluk tarafından benimsenen gerekçede, kitapta açıklanan dü-

şüncelerin, yazarın ifadesiyle PKK terör örgütünün kuruluşundan bu güne kadar geçen tarihsel sürecin ilk elden açıklandığı, kendi görüşü çerçevesinde Kürt gerçeğinin anlatılıp, Kürt sorununa barışçı yöntemler önerildiği ileri sürülmektedir. Ancak kitabın çoğu paragrafında, esasında PKK terör örgütünün yönteminin ve eylemlerinin meşrulaştırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Yine, amaca yönelik demokratik mücadeleden sonuç alınamadığı takdirde halk ve örgüt yönünden silahlı direnişin bir 'yükümlülük' olacağı belirtilmektedir (bkz. Kitap, sy. 421). Söz konusu ifadeler geleceğe yönelik öngörü değildir. İfadelerin şiddete ve kalkışmaya çağrı ve teşvik anlamına geldiği açıktır. Bu sözleri ifade eden kişi, herhangi bir kimse değil, ülkede onbinlerce kişinin ölümüyle sonuçlanan eylemleri icra eden silahlı terör örgütünün lideridir. Son bir yıldır azalmış olsa da halen eylemleri süren bir örgüte ve sempati-zanlarına yönelik bu ifadelerin örgüte eleman kazandırılmasına, her an bir terör eylemine ya da kalkışmaya neden olması veya bu eylemlerin artışına yol açması tehlikesinin ne kadar yakınlık arzettiği hususu izahı gerektirmeyecek açıklıktadır. Bu tür ifadelerin sadece birkaç sayfada olması da tehlikeyi azaltmamaktadır. Çoğunluk gerekçesinin konuyla ilgili bu bölümüne de, izah edilen nedenlerle iştirak edememekteyim.

12. Sonuç olarak yukarıda açıklandığı üzere, çoğunluk tarafından benimsenen gerekçedeki bazı hukuki nedenlere ve bölümlere katılmıyor, fakat başvurucunun kitabına el konulması, toplatılması ve imha edilmesi eylemlerinde kanunilik ögesinin oluşmaması ve gerekçeli karar hakkının ihlal edilmesi nedenleriyle hak ihlali bulunduğu düşüncesiyle kararın sonucuna iştirak etmemekteyim.

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2012/1184

Karar Tarihi: 16/7/2014

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Alparslan ALTAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Osman Alifeyyaz PAKSÜT Recep KÖMÜRCÜ Engin YILDIRIM
Raportör	: Yunus HEPER
Başvurucu	: Nilgün HALLORAN
Vekili	: Av. Kemal VURALDOĞAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, bir elektronik iletide kullandığı sözlerden dolayı tazminat ödemeye mahkûm edilmesi nedeniyle Anayasa'nın 26. maddesinde koruma altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün ve Anayasa'nın 36. maddesinde koruma altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 19/12/2012 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca, 24/12/2013 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 23/1/2014 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 24/1/2014 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı görüşünü 25/3/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvurucuya 25/3/2014 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını 7/4/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu olayların geçtiği tarihte, Ankara Üniversitesinde Profesör ve Rektör Yardımcısı olarak görev yapmaktadır.

9. Aynı üniversitede görevli diğer bir profesör olan O.Ö. 2158 kişinin üye olduğu bir elektronik ileti gurubunda üniversite yönetiminin icraatlarını eleştirmiştir. O.Ö'nün eleştirileri şu şekildedir:

“Turnikelerin kaldırılması ile ilgili birkaç soru: 1. Daha önce turnikelerin kaldırılması, öğretim üyeleri ve öğrenciler tarafından defalarca istenmiş olduğu ve bu konudaki rahatsızlıklar dile getirildiği halde yönetim neden hep sessiz kaldı? 2. Şimdi birdenbire kaldırılmasının nedenini yönetim bize açıklayabilir mi? 3. Bu hareket bir seçim yatırımı mı? Soruların cevaplanması umudu ile.”

10. Başvurucu O.Ö.'nün eleştirilerine cevap olarak onun elektronik ileti hesabına 8/2/2011 tarihinde şu içerikli bir elektronik ileti göndermiştir:

“Sayın O.Ö, ilginç mesajınızı kişiliğinizin aynası olarak algılıyorum. Hani bazı insanlar vardır, ne yapılırsa yapılsın aşağılık duygularının yansıması olarak tepki verirler ya sizinki de öyle bir şey. Bu iş seçim yatırımı değildir. Sizin kime oy vereceğiniz de kimsenin umurunda değil inanın. Biz yönetim olarak yapılması gerekeni yapılması gerektiği zamanda yapıyoruz”

11. O.Ö., başvurucunun yalnız kendisine göndermiş olduğu elektronik iletiyi 9/2/2011 tarihinde elektronik ileti gurubuna atarak guruba dâhil tüm üyelerin görmesini sağlamıştır.

12. O.Ö., başvuru aleyhine 23/2/2011 tarihinde Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde tazminat davası açmıştır.

13. Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, 21/6/2011 tarihinde *“Davalının verdiği cevapta; davacıya iltifatta bulunulmamıştır, tartışmaya tarafların mensubu olduğu akademik camianın seviyesine uygun veya orta halli insanların anlayışına uygun şekilde iştirak edilmemiş, tereddüde yer bırakmayacak şekilde davacının girdiği tartışmadaki düşüncelerin, aşağılık duygularının yansıdığı kişiliğin aynası olarak görülerek hakaret edilmiştir. İki kişi arasında özel yazışmada cevap olarak gönderilmemiş aksine Ankara Üniversitesi öğretim mensubu 2158 kişiye açık haberleşme sitesine gönderilmiştir. Tasvip edilmeyen bir düşünceye veya açıklamaya hakaretle cevap verilmiştir. Üniversitede öğretim üyesi olan bir kimseye veya ünvanı olmayan herhangi bir kimseye rektör yardımcısı bir akademisyen tarafından aşağılık duygusu taşıdığı ithamı o kişiye üzer ve kişilik haklarını ihlal eder, tarafların ekonomik durumu dik-*

kate alınarak B.K 49. maddesine göre manevi tazminata hükmedilmesi gerekmiştir” gerekçesi ile başvurucunun davacıya 3500,00 TL manevi tazminat ödemesine karar verilmiştir.

14. Temyiz üzerine karar Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 16/10/2012 tarihli ilamı ile onanmıştır.

B. İlgili Hukuk

15. 11/1/2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “sorumluluk” kenar başlıklı 49. maddesi şöyledir:

“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

16. Mahkemenin 16/7/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 19/12/2012 tarihli ve 2012/1184 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

17. Başvurucu, bir elektronik iletide kullandığı sözler nedeniyle tazminat ödemeye mahkûm edilmesi nedeniyle Anayasa’nın 26. maddesinde koruma altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmektedir. Başvuran ayrıca Mahkemenin kendisine karşı önyargılı davrandığını ve usul kurallarını kendisinin aleyhine yorumladığını bu sebeple adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

18. Başvurucu, İlk Derece Mahkemesinin ve Yargıtayın, usul kurallarını kendisinin aleyhine yorumladığını ileri sürmüştür. Başvuranın şikâyet ettiği koşullar ve şikâyetlerini dile getirme biçimini dikkate alınarak bu şikâyetlerin Anayasa’nın 26. maddesi bağlamında incelenmesi gerekmektedir.

19. Başvurucunun, üniversite profesörleri arasında mevcut bir tartışmada muhatabına karşı sarf ettiği sözlerden dolayı aleyhine tazminata hükmedilmesinin düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğuna ilişkin şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlığın Görüşü

20. Başvurucu, Ankara Üniversitesi öğretim görevlileri ve öğretim üyelerinin üye olduğu bir elektronik ileti gurubunda, uzun yıllardır Üniversitenin Cebeci Kampüsünün girişinde bulunan ve kampüse girişlerin kontrol altında tutulması için kullanılan güvenlik turnikelerin kaldırılmasına ilişkin olarak başlayan tartışmada üyelerden Profesör O.Ö.'nün Üniversite Rektörlüğünü eleştirdiğini ve yapılanları iki yıl sonraki Rektörlük seçimlerine bağladığını, Rektör yardımcısı olarak kendisinin Profesör O.Ö.'ye cevap verdiğini belirtmiştir.

21. Başvurucu, elektronik iletide geçen “*aşağılık duygusu*” teriminin bilimsel bir kavram olduğunu, davacıya hakaret etme amacıyla kullanılmadığını, aşağılık duygusu teorisinin müellifinin Alfred Adler olduğunu ve bu konuda pek çok bilimsel çalışma bulunduğunu, bu duygunun herkeste mevcut olan bir duygu olduğunu, bu duygunun insan olmanın bir gereği olduğunu, aşağılık duygusunun, “*aşağılık kompleksinden*” farklı olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, davacı ile birbirlerini karşılıklı olarak eleştirdiklerini, her iki tarafın birbirlerini ve üniversiteyi eleştirme hakları olduğunu, İlk Derece Mahkemesinin gerekçesinde olduğu gibi düşüncelerini orta halli insanlar gibi dile getirmediği için cezalandırılmasının düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne haksız bir müdahale olduğunu ileri sürmüştür.

22. Başvurucu, söz konusu elektronik iletiyi yalnızca O.Ö.'nün posta hesabına gönderdiğini, O.Ö.'nün ise tüm grup üyelerine gönderdiğini, üniversite yönetiminin faaliyetleri çerçevesinde başlayan tartışmada hakaret kastı içermeyen ve eleştirilere cevap niteliğindeki sözleri nedeniyle cezalandırılmasının Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür.

23. Başvurucunun iddialarına karşı Bakanlık görüşünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) içtihatları hatırlatılarak başvurunun düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne müdahale edildiğine dair şikâyetlerinin başvurunun düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile başkalarının özel hayatı arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığı açısından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

24. Başvurucu, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı, başvuru dilekçesindeki beyanlarını tekrar etmiştir.

b. Değerlendirme

25. Somut başvuruya konu hakaret davasında başvuru, kullandığı söz-

lerin hakaret içerdiği kabul edilerek 3.500,00 TL tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. O halde söz konusu mahkeme kararı ile başvurucunun düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne yönelik bir müdahale yapılmıştır.

26. Öte yandan söz konusu müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesi açısından "*yasayla öngörülmüş*" olduğu ve Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde "*başkalarının şöhret veya haklarının korunması*" şeklinde "*meşru bir amaç güttüğüne*" yönelik bir ihtilaf bulunmamaktadır. Bu durumda söz konusu müdahalenin "*demokratik bir toplumda gerekli*" ve "*ölçülü*" olup olmadığı değerlendirilmelidir.

27. Başvurucunun Ankara Üniversitesi öğretim üyesi ve öğretim görevlilerinin dâhil olduğu bir kamusal tartışmada sarf ettiği sözlerden dolayı manevi tazminata mahkûm edilmesine ilişkin kararda, demokratik bir toplumda, başvurucunun düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında makul bir dengenin gözetilip gözetilmediği değerlendirilmelidir.

28. Anayasa'nın "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" kenar başlıklı 26. maddesi şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. ...

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

29. Anılan düzenleme uyarınca düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, sadece "*düşünce ve kanaate sahip olma*" özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan "*düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma*", buna bağlı olarak "*haber veya görüş alma ve verme*" özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede

düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, insanın serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 40).

30. Toplumsal ve siyasal çoğulculuğun varlığı, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 41).

31. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), ifade özgürlüğünün “toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun asıl temellerinden birini” oluşturduğuna sıklıkla dikkat çekmektedir. AİHM’e göre “İfade özgürlüğü, 10. maddenin 2. fıkrasına bağlı olarak, yalnızca leh-te olduğu kabul edilen veya zararsız ya da ilgilenmeye değmez görülen bilgi veya düşünceler için değil, aynı zamanda devletin veya nüfusun bir bölümü için saldırgan, şok edici veya rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.” (bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49).

32. Düşünceyi açıklama özgürlüğü konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında Anayasa’nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında zorunlu olmadıkça düşüncenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise düşünceyi açıklama özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır (benzer yöndeki AİHM görüşü için bkz. *Özgür Gündem/Türkiye*, B.No:23144/93, 16/3/2000, §43).

33. Düşünceyi açıklama özgürlüğüne yönelik sınırlamalar konusunda devletin ve kamu makamlarının takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmelidir. Ancak bu takdir alanı da Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk, ölçülülük ve öze dokunmama kriterleri çerçevesinde yapılacak denetimde genel ya da soyut bir değerlendirme yerine, ifadenin türü, şekli, içeriği, açıklandığı zaman, sınırlama sebeplerinin niteliği gibi çeşitli unsurlara göre farklılaşan ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 48).

34. Anayasa Mahkemesi yerleşik içtihatlarında demokratik toplumu, “Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına

alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılmaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak yasayla sınırlandırılabilirler.” (AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 24/9/2008) biçiminde tarif etmiştir. Diğer bir deyişle yapılan sınırlama hak ve özgürlüğün özüne dokunarak, kullanılmasını durduruyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hale getiriyorsa veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı arasındaki denge bozuluyorsa demokratik toplum düzenine aykırı olacaktır (Bkz. AYM, E.2009/59, K.2011/69, K.T. 28/4/2011; AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 17/4/2008).

35. Öze dokunmama ya da demokratik toplum gereklerine uygunluk kriterleri, öncelikle düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. Nitekim AİHM de demokratik toplumda gerekli olmayı, “zorlayıcı sosyal ihtiyaç” şeklinde somutlaştırmaktadır. Buna göre, sınırlayıcı tedbir, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın karşılanması ya da gidilebilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Bu konudaki AİHM kararları için bkz. *Axel Springer AG / Almanya*, [BD], B.No: 39954/08, 7/2/2012; *Von Hannover/Almanya* (no.2) [BD], 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012).

36. Buradan çıkan sonuca göre demokratik toplumun ana temellerinden olan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ifadeler için değil, ayrıca Devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden ifadeler için de uygulanır. Çünkü bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir (bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49).

37. Hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamada devreye girecek olan bir başka güvence de Anayasa’nın 13. maddesinde ifade edilen “ölçülülük ilkesi”dir. Bu ilke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda öncelikli olarak dikkate alınması gereken bir güvencedir. Anayasa’nın 13. maddesinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında bir ilişki vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında demokratik toplum düzeni için gerekli olmak ile ölçülülük arasındaki bu ilişkiye dikkat çekmiş, “[T]emel hak ve özgürlüklere yönelik her hangi bir sınırlamanın,] demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle güdülen

kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir...” (AYM, E.2007/4, K.2007/81, K.T. 18/10/2007) diyerek, amaca, temel haklara en az müdahaleyle ulaşmayı sağlayacak aracın tercih edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

38. Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile araç arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü alanında getirilen müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir.

39. Bu bağlamda, başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel eksenini, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünü kısıtlama bakımından *“demokratik bir toplumda gerekli”* ve *“ölçülülük ilkesi”*ne uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır.

40. Öte yandan Anayasa’nın 26. maddesine göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerinden birisi de başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunmasıdır.

41. Bireyin şeref ve itibarı ise Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan *“manevi varlık”* kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (B.No: 2013/1123, 2/10/2013, § 35). Üçüncü kişilerin şeref ve itibara müdahalesi, birçok ihtimalin yanında, elektronik ileteler gibi haberleşme vasıtaları yoluyla da olabilir. Bir kişi haberleşme vasıtalarıyla bir kamuoyu tartışması çerçevesinde eleştirilmiş olsa dahi o kişinin şeref ve itibarı manevi bütünlüğünün bir parçası olarak değerlendirilmelidir.

42. Bireylerin maddi ve manevi varlığına üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı etkili mekanizmalar kurma çerçevesinde Devletin pozitif yükümlülüğü, mutlaka cezai soruşturma ve kovuşturma yapılmasını gerekli kılmaz. Üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı bireyin korunması hukuk muhakemesi yoluyla da mümkündür. Nitekim üçüncü kişilerce şeref ve itibara yapılan müdahaleler için ülkemizde hem cezai hem de hukuki koruma öngörülmüştür. Hakaret ceza hukuku anlamında suç, özel hukuk anlamında ise haksız fiil olarak nitelendirilmekte ve tazminat davasına konu edilebilmektedir. Dolayısıyla bireyin, üçüncü kişilerce şeref ve itibarına müdahale edildiği id-

diasıyla, hukuk davası yoluyla da bir giderim sağlaması mümkündür (B.No: 2013/1123, 2/10/2013, § 35).

43. Devletin, bireylerin maddi ve manevi varlığının korunması ile ilgili pozitif yükümlülükleri çerçevesinde şeref ve itibarın korunması hakkı ile diğer tarafın Anayasa'da güvence altına alınmış olan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünden yararlanma hakkı arasında adil bir denge kurması gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Von Hannover/Almanya* (no.2) [BD], B.No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 99).

44. AİHM, *Axel Springer AG* davasında düşünceyi açıklama özgürlüğü ile başkalarının şöhretinin çatışması hâlinde çatışan menfaatlerin dengelenip dengelenmediğini, dolayısıyla müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve orantılı olup olmadığını belirlemeye yönelik bazı kriterler geliştirmiştir. Bu kriterler; a) basında yer alan yazı veya ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı, b) hedef alınan kişinin tanınırlık düzeyi ve yazının amacı, c) ilgili kişinin yayından önceki davranışı, d) bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu, e) yayının içeriği, biçimi ve sonuçları ve f) yaptırımın ağırlığı olarak ifade edilmiştir (bkz. *Axel Springer AG / Almanya*, [BD], B.No: 39954/08, 7/2/2012).

45. Bu kriterlerden özellikle “yazının hedef aldığı kişinin kimliği ve yazının amacı”nın özel önemi bulunmaktadır. Zira AİHM, başkalarının şöhret ve haklarının korunması kapsamında düşünceyi açıklama özgürlüğüne müdahalenin demokratik toplumlarda gerekliliği konusunda sade vatandaşlarla, kamuya mal olmuş kişileri, kamu görevlileriyle siyasetçileri birbirlerinden ayırarak değerlendirmeler yapmaktadır. Siyasetçiler ve kamuoyunca tanın kişiler gördükleri işlev nedeniyle daha fazla eleştiriye katlanmak durumundadırlar. Bu nedenle siyasetçilerin veya kamusal yetki kullanan görevlilerin sade vatandaşlara göre eleştiriye daha açık olmaları kaçınılmazdır.

46. Anayasa Mahkemesi, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranılmadığını ve düşünceyi açıklama özgürlüğü ile başkalarının şeref ve itibarının korunması hakkının çatışması hâlinde adil bir dengenin kurulup kurulmadığını her olayın kendine has özelliklerine göre takdir edecektir.

47. Dolayısıyla, başvurunun Anakara Üniversitesi Rektör Yardımcısı olarak kendisine kamuoyu önünde yöneltilmiş eleştirilere karşı sarf ettiği sözlerden dolayı aleyhine tazminata hükmedilmesinin ölçülü olduğunun kabulü halinde, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekçelerinin inandırıcı, başka bir deyişle ilgili ve yeterli oldukları sonucuna varılabilir.

48. Başvurucu, aleyhine tazminata hükmedilmesine neden olan *“ilginç mesajınızı kişiliğinizin aynası olarak algılıyorum. Hani bazı insanlar vardır, ne yapılırsa yapılırsa aşağılık duygularının yansıması olarak tepki verirler ya sizinki de öyle bir şey”* ifadelerinin davacının elektronik ileti gurubunda güvenlik turnikelerinin kaldırılması uygulamasını seçim yatırımı olarak gören açıklamalarına karşı yapıldığını ve hakaret kastı bulunmadığını savunmuştur. Başvurucuya göre söz konusu *“aşağılık duygusu”* deyimini bilimsel bir tanımlama olup bu duygu istisnasız herkeste bulunmaktadır. Başvurucu iddialarını delillendirmek amacıyla söz konusu *“aşağılık duygusu”* tanımlamasını ortaya atan Bireysel Psikoloji Ekolünün kurucusu Alfred Adler’in konu hakkındaki yazıları ile bu konuda yazılmış *“Aşağılık Duygusu ve Karakter”* isimli bir kitaba, aynı konuda yazılmış bir yüksek lisans tezine ve bazı internet yazılarına dayanmıştır.

49. Başvurucu söz konusu eserlerde ifade edilen şu görüşlere dayanmıştır:

“yeniliklere karşı gösterilen müşterek mukavemetin en önemli sebebi aşağılık duygusunun belirtilerinden biri olan çekememezliktir. Ortaya bir fikir atılır atılmaz, büyük, küçük, okumuş, cahil daima aynı şeyi duyar ve aynı hareketlerde bulunur; ortaya atılan fikrin önemini azaltmağa, değerini düşürmeye çalışır. Hepimizde mevcut olan bu hal tabidir ve aşağılık duygusunun sonucudur.”

“Her çocuk dünyaya gelirken bunu, yani aşağılık duygusunun tohumlarını da beraberinde getirir.”

“Beden, ruh yapısı tamamıyla sağlam ve sosyal durumu elverişli, çok iyi bir eğitimle yetiştirilen insanların aşağılık duygusunu duymamaları lazım gelirdi. Halbuki hiç böyle olmuyor ve her bakımdan mükemmel bir şekilde büyüyen insanların aşağılık duygusunun tesirleri altında bulunduklarını görüyoruz.”

“Bütün insanlar övülmekten, sevimliden, sayılmaktan hoşlanırlar. Çünkü her insan derece derece aşağılık duygusunun tesiri altındadır.”

50. Başvurucuya göre söz konusu aşağılık duygusu aynı zamanda insanları kuvvetli, hayatı daha çekilebilir hale getiren ve olumlu yönleri olan bir duygudur.

“Adlere göre... insanları daha kuvvetli varlıklar haline gelmeğe zorlayan... emniyetini sağlamak için şu veya bu şekilde didinmeğe icbar eden... aşağılık duygusudur. Bu duygu emniyet ve sükunet yaratmak suretiyle hayatı çekilebilir bir hale getirmeğe elverişli bir amaç bulmak için duyulan ve önüne geçilmesine imkan olmayan bir arzudur.”

51. Başvurucunun yargılandığı Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, başvurucunun davacıya iltifatta bulunmadığı, tartışmaya tarafların mensubu olduğu akademik camianın seviyesine uygun veya orta halli insanların anlayışına

uygun şekilde iştirak etmediği, tereddüde yer bırakmayacak şekilde başvurunun kullandığı “*aşağılık duygusu*” sözlerinin hakaret içerdiğini kabul etmiştir. Ayrıca Mahkeme, olayın kabulünde hataya düşerek davaya konu iletinin iki kişi arasında özel yazışmada cevap olarak gönderilmediğini aksine Ankara Üniversitesi öğretim üyesi mensubu olan 2158 kişiye açık haberleşme sitesine gönderildiğini kabul etmiştir (bkz. § 13).

52. Somut bireysel başvurunun incelenmesinde yalnızca derece mahkemelerince verilen kararların ele alınması ile yetinilemez. İlk olarak başvuru tarafından söylenen sözlerin yalnızca davacının elektronik posta adresine gönderilen bir elektronik iletide dile getirildiği göz önünde bulundurulmalıdır. İkinci olarak ise yargılamaya konu “*aşağılık duygularının yansıması*” şeklindeki ifadenin içinde geçtiği konuşmanın bütünü ile birlikte ve söylendiği bağlamdan kopartılmaksızın, olayın bütünselliği içerisinde değerlendirilmesi gerekir.

53. Söz konusu elektronik iletide esas itibarıyla davacının eleştirilerine cevap verilmiştir. Davacı, kampüsün girişinde bulunan güvenlik turnikelerinin kaldırılmasının daha önce defalarca istendiği halde üniversite yönetiminin bu taleplere sessiz kaldığını, turnikelerin birdenbire kaldırılmasının seçim yatırımı olabileceğini ima etmiştir. Başvurucu bu eleştiriye karşı, yönetim olarak üniversitede yapılması gerekenleri yaptıklarını, bunun seçim yatırımı olmadığını, herkes tarafından istenen güvenlik turnikelerinin kaldırılmasının eleştirilmesinin ise ancak psikolojik sebeplerinin olabileceğini ileri sürmüştü ve davacının eleştirisinin üniversite yönetimince ne yapılsa yapılsın verilen bir tepki olması nedeniyle “*aşağılık duygusunun bir yansıması*” olduğunu belirtmiş ve bu bağlamda davacıyı eleştirmiştir.

54. Başvurucuya göre aşağılık duygusu, yeniliklere karşı gösterilen müsterek mukavemetin en önemli sebebidir ve ortaya bir fikir atıldığında veya bir davranış gerçekleştirildiğinde bu duyguya sahip olanların ortaya atılan fikrin önemini azaltmağa, değerini düşürmeye çalıştıklarını belirtmiş ve her insanda mevcut olan bu halin tabii olduğunu ileri sürmüştür.

55. Bu ifadeler davacının eleştirilerine karşı değerlendirmeler içeren değer yargıları olarak nitelendirilmelidir. Bir değer yargısının doğruluğu kanıtlanabilir değildir ve değer yargılarının kişinin görüş ve yorumlarından meydana gelmesi nedeniyle ispat edilmeleri mümkün olmadığı gibi ispatının istenmesi de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün ihlali anlamına gelecektir.

56. Durum böyle iken, mevcut davanın koşullarında, başvuranın ifade ettiği değer yargısının bir hakaret oluşturmadığı iddiası başvuranın savunmaları ve dosyaya delil olarak koyduğu akademik yazılarla en azından kısmen desteklenebilir durumdadır (benzer değerlendirmeler için bkz. *Sorguç/Türkiye*,

B. No: 17089/03, 23/9/2009, § 32). Öte yandan, bir açıklamanın tamamen değer yargısından oluşması durumunda bile müdahalenin orantınlılığı ihtilaflı açıklamanın somut unsurlarla yeterince desteklenip desteklenmemesine göre tespit edilmelidir. Çünkü somut unsurlarla desteklenmiyorsa değer yargısı ölçüsüz olabilir (bkz. *Sorguç/Türkiye*, B. No: 17089/03, 23/9/2009, § 29).

57. Somut olayda, uzun yıllardır Ankara Üniversitesinin kampus girişlerinde bulunan güvenlik turnikelerinin kaldırılması etrafında akademik personel arasında bir tartışma başlamıştır. Dosyaya yansıyan bilgilere göre söz konusu güvenlik turnikeleri üniversitelerin özgürlükçü görünümüyle çeliştiği düşünülmekte ve uzunca zamandır bu turnikelerin kaldırılması talebi bulunmaktadır. Üstelik söz konusu turnikelerin kaldırılması ve üniversitelere giriş ve çıkışlarda uygulanan sıkı güvenlik prosedürlerinin gevşetilmesi davacı da dâhil olmak üzere akademik personel tarafından olumlu bir uygulama olarak görülmektedir. Buna karşın davacı, uygulamanın neden bugüne kadar bekletildiği yönünde bir eleştiride bulunmuş, başvuru ise yapılan olumlu uygulamanın değerinin azaltılmaya çalışıldığını düşünerek davacıya başvuruya konusu elektronik iletiyi göndermiştir.

58. Yukarıda belirtilen olaylar göz önünde bulundurulduğunda, üniversite girişlerinde bulunan güvenlik turnikelerinin kaldırılması etrafında cereyan eden tartışmada kamu yararı bulunmaktadır. Söz konusu tartışma üniversite öğretim elemanlarının elektronik posta gurubunda yapılmakla ve davacı, üniversite yönetimine karşı eleştirilerini bu posta gurubunda dile getirmiş olmakla birlikte başvuru davacıyı rahatsız eden açıklamalarını, davacının elektronik posta adresine gönderdiği elektronik ileti ile yapmıştır. Başvuru, üniversite yönetimi adına herkesin erişebileceği bir açıklama yapmak yerine davacının eleştirilerine karşı kendi şahsi hesabından ve yalnızca davacının görebileceği bir eleştiri yapmıştır. İlk Derece Mahkemesi, başvuruconun söz konusu elektronik iletiyi tüm posta gurubuna gönderdiğini değerlendirmiştir. Oysa başvuruconun dava konusu elektronik iletiyi yalnızca davacıya gönderdiği not edilmelidir.

59. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan kişinin manevi varlığının korunması hakkında faydalanılabilmesi için, kişinin itibarına yönelik saldırının belirli bir ağırlık düzeyine ulaşması ve kişinin manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkında şahsen yararlanmasına zarar verici nitelikte olmalıdır (benzer bir değerlendirme için bkz. *A./Norveç*, B. No: 2807006/, 9/7/2009, § 64). Somut davada başvuru, elektronik iletisini yalnızca davacıya göndermiş fakat davacı, içeriğinde hakaret olduğunu ve şeref itibarına zarar verdiğini ileri sürdüğü elektronik iletiyi tüm posta gurubuna göndererek başvuruconun açıklamalarının posta gurubuna üye herkesin

okuyabileceği şekilde yaygınlaştırılmasını sağlamıştır. Çıkarlar arasında adil bir denge kurulması sırasında bu hususun da göz önünde bulundurulması gerekir.

60. Başvurucunun savunmasına göre “*aşağılık duygusu*” deyimini hem davacının eleştirilerinin ne kadar ölçsüz olduğuna dikkat çekmek ve hem de kendisinin eleştirisini de özetleyebilecek bir deyim olması sebebiyle kullanmıştır. Buna karşın her durumda davacının, başvurucunun kullandığı sözlere onun verdiği anlamı bilmesi beklenemez.

61. Söz konusu tartışmanın taraflarının kimlikleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Başvurucu rektör yardımcısı bir öğretim üyesi iken davacı herhangi bir idari görevi olmayan öğretim üyesidir. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile başkalarının şöhret ve itibarlarının korunmasının çatışması halinde, eğer şöhreti söz konusu olan kişi kamu görevlisi ise dengeleme sırasında bu kişinin üstlendiği kamu görevi göz önüne alınmalıdır (B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 71; kamu tarafından tanınan kişiler için korumanın daha esnek olacağına ilişkin bir AİHM kararı için bkz. *Minelli/İsviçre (k.k.)*, B. No: 14991/02, 14/6/2005). Bununla birlikte, mevcut başvurudaki gibi şöhreti söz konusu olan kişi sade vatandaş ise koruma üst düzeyden yapılmalı ve bu durum, dengelemede göz önünde bulundurulmalıdır.

62. Sonuç olarak, üniversite girişlerinde bulunan güvenlik turnikelerinin kaldırılması etrafında üniversite öğretim üyeleri ve öğretim görevlileri arasında cereyan eden ve kamu yararı bulunan tartışmada davacının eleştirilerine karşı üniversite rektör yardımcısı olan başvurucu yapılan olumlu uygulamanın değerinin azaltılmaya çalışıldığını düşünerek davacıyı sert ve iğneleyici biçimde cevap vermiştir. Başvurucu, üst düzey bir kamu görevlisi olarak davacının, güvenlik turnikelerinin kaldırılmasının zamanlamasının manidar olduğu yönündeki eleştirilerine karşı daha fazla tahammül göstermesi gerekirken davacının hakaret içermeyen ve sert de olmayan eleştirilerine karşı çok daha sert biçimde ve bu sözlerin “*aşağılık duygularının yansıması*” olduğu biçiminde cevap vermiştir.

63. Başvurucunun dava konusu sözlerinde geçen “*aşağılık*” kelimesi günümüzde, “*bayağılık*”, “*adilik*” gibi “*düşük nitelikli olma*” anlamlarında kullanılmaktadır. Başvurucunun, davacının eleştirilerinin aşağılık duygusundan kaynaklandığı ve bu duygunun her insanda bulunduğu, her bakımdan mükemmel büyüyen insanların da bu duygunun tesiri altında olduğu biçimindeki açıklamaları davacının söz konusu elektronik iletiyi okuduğu zaman hissettiği olumsuz duyguları ortadan kaldırmamaktadır. Ayrıca başvurucunun eleştirel açıklamalarını yalnızca davacıya göndermiş olması da bu açıklamalarda yer alan “*tahkiri*” ortadan kaldırmamaktadır.

64. İlk Derece Mahkemesi davacının hakarete uğradığını değerlendirerek başvuruçunun 3500,00-TL tazminat ödemesine hükmetmiş, Yargıtay da bu hükmü onamıştır. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemesinde bireylerin anayasal hakları ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin dava konusu olguları değerlendirmesine ve hukuku yorumlamasına müdahalede bulunmaz. Yukarıdaki hususlar dikkate alındığında, davacının Ankara Üniversitesi yönetimine yönelttiği eleştirilere karşı kullandığı sözlerden dolayı başvuruçuyu aleyhine açılan tazminat davasında 3500,00-TL tazminat ödemeye mahkûm edilmesinden ibaret müdahalenin başvuruçunun ifade özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale oluşturduğu ve davacının itibar hakkının korunmasını isteme hakkı ile başvuruçunun ifade özgürlüğü arasında kurulması gereken dengeyi başvuruçuyu aleyhine bozduğu söylenemez. Bu nedenle başvuruçunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü yönünden KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Başvuruçunun, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olarak Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvuruçuyu üzerinde bırakılmasına,

16/7/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan	Üye	Üye
Alparslan ALTAN	Serdar ÖZGÜLDÜR	Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye	Üye	
Recep KÖMÜRCÜ	Engin YILDIRIM	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/1461

Karar Tarihi: 12/11/2014

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Haşim KILIÇ
Başkanvekili	:	Serruh KALELİ
Başkanvekili	:	Alparslan ALTAN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR Osman Alifeyyaz PAKSÜT Zehra Ayla PERKTAŞ Recep KÖMÜRCÜ Burhan ÜSTÜN Engin YILDIRIM Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Erdal TERCAN Muammer TOPAL Zühtü ARSLAN M. Emin KUZ Hasan Tahsin GÖKCAN
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Fatih TAŞ
Vekili	:	Av. İnan AKMEŞE

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, yayınladığı kitaplardan dolayı yargılanması nedeniyle ifade özgürlüğünün, uyarlama yargılamasının uzun sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ve kovuşturmanın ertelenmesi kararının dosya üzerinden verilmesi nedeniyle duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 8/2/2013 tarihinde İstanbul 5. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçeler ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde belirlenen eksiklikler tamamlanmış ve Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca, 23/12/2013 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesi Bölüm tarafından yapılmak üzere dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 19/3/2014 tarihinde, kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular ile başvurunun bir örneği görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmiştir. Adalet Bakanlığının 11/3/2014 tarihli görüş yazısı 13/3/2014 tarihinde başvurucaya tebliğ edilmiş, başvuruca, görüşünü süresi içinde 2/4/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bölüm tarafından 15/10/2014 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanmasını gerekli gördüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca görüşülmek üzere Genel Kurula sevkine karar vermiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve ekleri ile Bakanlık görüşünde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvuruca, merkezi İstanbul'da bulunan Aram Yayıncılık isimli yayınevinin sahibidir.

9. Başvurucunun, 2002 yılı Ocak ayında iki şiir kitabı yayınlamasından dolayı PKK Terör Örgütüne basın yolu ile yardım etmek suçundan cezalandırılması için İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) Başsavcılığının 14/1/2002 tarihli iddianamesi ile kamu davası açılmıştır.

10. İstanbul 4 Nolu DGM'nin 30/9/2002 tarihli kararı ile başvurucunun 13/3/1926 tarih ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 169. maddesi uyarınca 3 yıl 9 ay ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına ve verilen hürriyeti bağlayıcı cezanın 9.923,00-TL ağır para cezasına çevrilmesine karar verilmiştir. İlk Derece Mahkemesinin gerekçesi şöyledir:

"...Birinci kitabın 9-12. sayfalarında yer alan önsöz bölümünde Kürdistan'dan bahsedilerek, '... Kürdün siyasal olarak geriletilmesi ulusal kültürel girişimini de-rinden etkilemiştir. Kürdistan ulusal kurtuluş hareketinin çıkışı itibarı ile her ta-

bakadan Kürt bireyine farklı bir boyutta ulaşip hızlı bir gelişim göstermesi, bir kitle yaratması, sınıfsal ve ulusal temelde yaşanan tıkanıklığa bir aşama kaydettirebilmesi, yaratılmış olan boşluğun doldurulabilmesinden kaynaklanmaktadır... Kürt bireyini, Kürt ulusu şahsında yeni insanı yaratmayı amaçlar. Devrimimiz geçmişin olumsuz etkilerini de içinde barındıran kötü bir sonuç olan bugünü değiştirmek için yeniyi ve insana yaraşanı yaratma devrimidir... Ulusal Kurtuluş Savaşı Kürt insanını dağlara çekerek özgür yaşamı yaratmaya yöneltmiştir...' şeklinde ifadelerle Kürdistan adlı ülke için savaşıldığı ve bunun özgürlük mücadelesi olduğunun vurgulandığı...

Kitabın başlangıcında 15. ve 16. sayfalarında önderlik imzalı iki adet şiir yayınlandığı ve önderlik ifadesinin yasa dışı örgüt PKK'nın elebaşısı Abdullah Öcalan için kullanılan bir ifade olduğu...

Kitabın 'önderliğe yazılan şiirler' alt başlığında sayfa 25'de "utancın tanığı Marmara'yım" başlıklı şiirde kullanılan ifadelerle İmralı adasında örgüt lideri Abdullah Öcalan'ın tutuklu olarak bulundurulduğu vurgulanarak özgürlük mücadelesi veren bir kişi olarak gösterildiği, İmralı adasında hapiste tutulmasının utanç verici olduğu şeklinde görüşler ileri sürüldüğü...

29-30. sayfalarda yayınlanan "milat" başlıklı şiirde de 15 Şubat tarihinden söz edilerek yasa dışı örgüt liderinin o tarihte yakalandığı bildirildiğinden bu tarihin üzüntü ve utanç yaratan bir tarih olduğu ve bu anın yaşanmamasının istendiği şeklinde görüşlere yer verildiği...

Sayfa 31'de "ben yaşamım" başlıklı şiirde soyut bir ülkeden söz edilerek "şehidim ben, adım Mazlumdur Kemaldır ve Hayriyim ben, Agit'in namlusundan intikam mermisi Zekiye'nin bedeninden yükselen alev ve Zila'nın yüreğindeki sevdâyım ben, gerillanın tutuşturduğu özgürlük ateşi, çobanın kavalındaki seveda türküsü" şeklinde ifadeler kullandığı... Aynı şiirde ayrıca "Spartaküs'den Guevara'ya dek insanlık mirası, ben kırk milyon yürek, halkımın umudu, intikam olurum, çünkü ben ateşin oğlu, yaşamın adı, Mezopotamya güneşi Öcalan'ım Öcalan'ım" şeklinde kullanılan ifadelerle daha önce ölüm oruçlarında veya protesto amaçlı olarak kendilerini öldüren örgüt mensuplarından ve dağlarda çatışan gerillalardan söz edildiği ayrıca Abdullah Öcalan'ın halkın umudu ve intikamı, Mezopotamya güneşinin oğlu olduğu şeklinden ifadelerle yasa dışı örgüt lideri ve mensuplarının övüldüğü, eylemlerinin yüceltildiği...

Kitabın "Şehitlere Yazılan Şiirler ve Şehitlerin Yazdığı Şiirler" başlıklı bölümlerinde yer verilen şiirlerde yasa dışı örgüt mensuplarının dağlarda çatıştıkları, özgürlük mücadelesi yaptıkları şehit düştükleri bazı olayların yer ve tarihi belirtilerek ayrıca ölüm orucu eylemlerinin vurgulanarak örgüt mensuplarının kişilik ve eylemlerin övülerek yüceltildiği... Çatışmalarda veya ölüm oruçlarından ölen örgüt mensuplarının isimlerine yer verilerek onlardan ve eylemlerinden övgüyle

söz edildiği, bu suretle kitabın bütününde yasa dışı PKK terör örgütü lider ve mensuplarından söz edilerek örgüt propagandası yapıldığı...

Aynı yayın evince yayınlanan "Dağın Kalbinde Gizliyiz-Gerilla Şiirleri" başlıklı ikinci kitabında ise 21. sayfadaki "Fırat" başlıklı şiirde "öfkeliyiz Marmara'ya, katmayacağız suyunu suyuna, tenim Marmara'ya değmeden başkan Apo'ya bir avuç sevdâ sunacağız, paramparça yüreğimizde" şeklinde ifadelerle yasa dışı örgütün sözde liderinin Marmara denizindeki İmralı adasında tutukluluğu vurgulanarak kendisine övgüler yöneltildiği...

Sayfa 27'de yer alan "kim sorar" başlıklı şiirde "çılgılığı İmralı'da yüreği adanın soluklarındandır, toprağın bereketi ışık olup İmralı'dan taşıyor bundandır, İmralı'ya hasrettir hasretiz bizde" şeklinde ifadelerle yer verilerek İmralı ceza evinde tutuklu bulunan yasa dışı örgüt mensubunun kastedildiği ve kendisine toprağın, özgürlüğün ve kendilerinin hasret olduklarının vurgulanarak örgüt liderine yönelik övgülere yer verildiği...

42 sayfadaki "acıyı hissedin" başlıklı şiirde "15 Şubat gözyaşları ile şubat gerçekliği ile bastırıyor isyan başkaldırısını" şeklinde ifadeler kullanılarak yasa dışı örgüt liderinin 15 Şubat tarihinde yakalandığı vurgulanarak bundan üzüntü ve acıyla söz edildiği...

Kitabın 181. sayfasında bulunan "arkadaş" başlıklı şiirde "karanlık tarihin kanla yazılışını, güneşle aydınlanışını görmek, zamanın beni sürüklemesini değil, karanlık sayfaları renklendirenlerin eylemine katılmak istiyorum, yakamozda kansız geceleri düşleyip saç tellerimi Kürdistan dağlarına salacağım" şeklinde ifadeler kullanılarak Kürdistan'daki karanlık tarih döneminin kapanacağı ve güneşle bu bölgenin aydınlanacağı vurgulanarak Kürdistan olarak nitelendirilen bölgede verilen özgürlük ve bağımsızlık mücadelesine atıfta bulunulduğu ve mücadelesinin övüldüğü...

Söz konusu şiirlerde kullanılan beyan ve ifadelerle yasa dışı örgütü ve liderinin kişilik ve eylemlerinin övüldüğü, gerçekleştirilenin özgürlük ve bağımsızlık mücadelesi olduğunun vurgulandığı, bu suretle yasa dışı PKK terör örgütü propagandasının yapıldığı, her iki kitapta bu şekilde örgüt propagandasına yer verildiği, sanığın aynı anda ve birbirinin devamı olarak bu iki kitaptaki propaganda içeren şiirlerle üzerine atılı yasa dışı örgüte yardım etmek suçunu işlediği..."

11. İlk Derece Mahkemesi kararının temyizi üzerine Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 29/5/2003 tarihli ilamı ile İlk Derece Mahkemesinin kararını onamış ve karar kesinleşmiştir.

12. İnfaz aşamasında 765 sayılı Kanun'un 169. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle, İstanbul 4 Nolu DGM'nin 20/2/2004 tarihli kararı ile infazın durdurulmasına karar verilmiş ve aynı tarihte, başvurucunun eyleminin değişen kanun hükmü göz önüne alınarak yeniden değerlendirilmesi için uyar-

lama yargılamasına başlanmıştır.

13. Başvurucunun, İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi'nin (Eski 4 Nolu DGM) 21/3/2007 tarihli kararı ile terör örgütünün propagandasını yapmak suçundan 12/4/1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca 1.080 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. İlk Derece Mahkemesi kararının gerekçesi şöyledir:

“...Gerilla Şiirleri-1 ve Gerilla Şiirleri-2 isimli kitabın önsöz ve değişik sayfalarında yer alan yazı ve şiirlerin, bir bütün olarak incelendiğinde, içerikleri itibariyle şiddet veya diğer terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde örgüt propagandası niteliğinde olması nedeniyle suçu sabit görülen sanığın...”

14. Temyiz üzerine Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 28/1/2010 tarihli ilamı ile İlk Derece Mahkemesinin kararını usulden bozulmuştur.

15. Yeniden yapılan yargılama sonunda başvurucunun, İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 8/12/2010 tarihli kararı ile terör örgütünün propagandasını yapmak suçundan 16.660,00-TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. İlk Derece Mahkemesinin gerekçesi şöyledir:

“...Gerilla Şiirleri-1 ve Gerilla Şiirleri-2 isimli kitabın önsöz bölümünde ve değişik sayfalarında yayımlanan şiirlerde, yasadışı örgüt mensupları ve örgütün sözde liderlerinden bahsedilmek ve düşünce ve eylemleri övülmek suretiyle yasadışı PKK terör örgütünün propagandası yapılarak, örgüte yardım etmek suçu sabit görülerek ...”

16. Temyiz üzerine Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 29/3/2012 tarihli ilamı ile İlk Derece Mahkemesinin kararı bir kez daha usulden bozulmuştur.

17. Yeniden yapılan yargılama sonunda, İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 10/7/2012 tarihli kararı ile başvuru hakkında yürütülen kovuşturmanın, 2/7/2012 tarih ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesi uyarınca ertelenmesine ve başvuru hakkında üç yıl denetimli serbestlik hükümlerinin uygulanmasına karar verilmiştir.

18. İtiraz üzerine İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 26/12/2012 tarihli kararı ile itiraz reddedilmiş ve İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kovuşturmanın ertelenmesi kararı kesinleşmiş ve karar başvuru 11/1/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. Bireysel başvuru 8/2/2013 tarihinde yapılmıştır.

B. Başvuruya Konu Kitaplar

19. 2002 yılının Ocak ayında Aram Yayıncılık, “Bu Yürek Dağlar Aşar Gerilla

Şiirleri-1" (birinci kitap) ve *"Dağın Kalbinde Gizliyiz Gerilla Şiirleri-2"* (ikinci kitap) başlığını taşıyan iki şiir kitabı yayınlamıştır. Başvurucu, adı geçen yayınevinin sahibi ve söz konusu kitapların yayıncısıdır. Söz konusu kitabın kimin tarafından yazıldığı ve şiirlerin kime ait olduğu tespit edilememiştir.

20. Birinci kitap bir önsöz ve beş bölümden oluşmaktadır. Kitap sırasıyla *"Önderliğe Yazılan Şiirler"*, *"Şehitlere Yazılan Şiirler"*, *"Şehitlerin Yazdığı Şiirler"*, *"Gerillaya Dair Şiirler"*, *"Kadın Konulu Şiirler"* ve *"Serbest Şiirler"* isimli bölümlerden ve toplam 197 sayfadan oluşmakta, referans ve kaynakça içermemektedir. İkinci kitap ise yine bir önsöz ve yedi bölümden oluşmaktadır. Kitap sırasıyla, *"Önderliğe Yazılan Şiirler"*, *"Şehitlerin Şiirleri"*, *"Şehitlere Yazılan Şiirler"*, *"Toprağa Yazılan Şiirler"*, *"Gerillaya Yazılan Şiirler"*, *"Kadına Yazılan Şiirler"* ve *"Serbest Şiirler"* isimli bölümlerden ve toplam 262 sayfadan oluşmaktadır.

21. Başvurucu yayınladığı şiir kitaplarından dolayı ilk kez İstanbul 4 No.lu DGM'nin 30/9/2002 tarihli kararı ile mahkum edilmiş ve bu karar Yargıtay onaması ile kesinleşmiştir. Yasa değişikliği nedeniyle yapılan sonraki yargılamalarda verilen mahkûmiyet kararlarında yeni gerekçelere yer verilmemiş esas itibarıyla ilk mahkûmiyet kararındaki gerekçelere dayanılmıştır (bkz. § 9).

C. İlgili Hukuk

22. 765 sayılı Kanun'un 169. maddesi şöyledir:

"64 ve 65 inci maddelerde beyan olunan hal haricinde her kim, böyle bir cemiyete ve çeteye hal ve sıfatlarını bilerek barınacak yer gösterir veya yardım eder yahut erzak veya esliha ve cephane veya elbise tedarik ederse üç seneden beş seneye kadar ağır hapis ile cezalandırılır."

23. 3713 sayılı Kanun'un *"terör suçları"* kenar başlıklı 3. maddesinin 29/06/2006 tarih ve 5532 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile yapılan değişiklikten önceki hali şöyledir:

"Türk Ceza Kanununun 125, 131, 146, 147, 148, 149, 156, 168, 171 ve 172 nci maddelerinde yazılı suçlar, terör suçlarıdır."

24. 3713 sayılı Kanun'un *"Terör Amacı ile İşlenilen Suçlar"* kenar başlıklı 4. maddesinin 5532 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile yapılan değişiklikten önceki hali şöyledir:

"Bu Kanunun uygulanmasında;

a) (Değişik bent: 13/11/1996 - 4211/1 md.) Türk Ceza Kanununun 145, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 157, 169 ve 384 üncü maddeleri ile 499 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yazılı suçlar,

b) 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 9 uncu maddesinin (b), (c), (e) bentlerinde yazılı suçlar,

1 inci maddede belirtilen terör amacı ile işlendiği takdirde terör suçu sayılır.”

25. 3713 sayılı Kanun’un “cezaların artırılması” kenar başlıklı 5. maddesinin 5532 sayılı Kanun’un 4. maddesi ile yapılan değişiklikten önceki hali şöyledir:

“3 ve 4 üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalar veya para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabılır. Ancak şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalarda bu sınır ağır hapiste 36, hapiste 25, hafif hapiste 10 yılı geçemez.”

26. 3713 sayılı Kanun’un 5532 sayılı kanunun 6. maddesi gereği değişen 7. maddesinin ikinci ve beşinci fıkraları şöyledir:

“...

Yukarıdaki fıkra uyarınca oluşturulan örgüt mensuplarına yardım edenlere veya şiddet veya diğer terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde propaganda yapanlara fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşyüzmilyon liradan birmilyar liraya kadar adli para cezası verilir.

...

Yukarıdaki 2 nci fıkrada belirtilen örgütle ilgili propaganda suçunun 5680 sayılı Basın Kanununun 3 üncü maddesinde belirtilen mevcuteler vasıtası ile işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de mevcuteler bir aydan az süreli ise, bir önceki ay ortalama satış miktarının; ... yüzde doksanı kadar adli para cezası verilir. Ancak, bu para cezaları yüz milyon liradan az olamaz. Bu mevcutelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek para cezasının yarısı uygulanır ve altı aydan iki yıla kadar hapis cezası hükmolunur.”

27. 6352 sayılı Kanun’un Geçici 1. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı;

a) Soruşturma evresinde, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine,

b) Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine,

c) Kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesine, karar verilir.

(2) Hakkında kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilen kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi hâlinde, kovuşturmaya yer olmadığı veya düşme kararı verilir. Bu süre zarfında birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olunduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya kovuşturmaya devam olunur."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

28. Mahkemenin 12/11/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
cunun 8/2/2013 tarih ve 2013/1461 numaralı bireysel başvurusu incelenip ge-
reği düşünüldü:

B. Başvurucunun İddiaları

29. Başvurucu, uyarılama yargılamasının 9 yıl sürmesi nedeniyle makul
sürede yargılanma hakkının, yayınladığı kitaplardan dolayı yargılanması
nedeniyle düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün ve İlk Derece Mah-
kemesince kovuşturmanın ertelenmesine ilişkin olarak verilen son kararın
duruşma yapılmadan dosya üzerinde verilmesi nedeniyle aleni yargılanma
hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, 10.000,00 TL maddi ve
30.000,00 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. İfade Özgürlüğü ve Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali İddiası Yönünden

30. Bakanlık görüşünde, İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 10/7/2012
tarihli kararı ile başvuru hakkında yürütülen kovuşturmanın ertelenmesi-
ne karar verildiği ve bu itibarla halihazırda başvuru hakkında başvuruya
konu olay ile ilgili olarak verilmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmadığı hatırlanmıştır.

31. Başvurucu, hakkında daha önce üç kez mahkûmiyet hükmü kuruldu-
ğunu ve son olarak kovuşturmanın ertelenmesi kararı verildiğini ve böylece
kovuşturma tehdidine maruz kaldığını, tek başlarına bu kararların bile ifade
özgürlüğü üzerinde baskı oluşturduğunu ileri sürmüştür.

32. Mevcut başvurunun koşullarında, halihazırda başvuru hakkında baş-
vuruya konu olay ile ilgili olarak her ne kadar Yargıtay 9. Ceza Dairesinin
29/5/2003 tarihli ilamı ile kesinleşen bir mahkûmiyet kararı bulunmakta ise

de, bu karar henüz infaz edilmeden 765 sayılı Kanun'un 169. maddesinde yapılan değişiklik gereği olarak cezanın infazının durdurulduğu ve onun yerine geçmek üzere yeni bir karar vermek amacıyla İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinde tekrar yargılamaya başlandığı anlaşılmaktadır. Uyarılama yargılaması sonuçlanmadan 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi uyarınca verilen kovuşturmanın ertelenmesi kararının da Anayasa'nın 26. maddesine göre başvurunun ifade özgürlüğüne bir müdahale olup olmadığı ve o nedenle davanın esasıyla ayrılmaz bir biçimde bağlantılı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla başvuru hakkında henüz kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmamakla beraber bu sorunun Anayasa'nın 26. maddesi bağlamında esasla ilişkilendirilerek tartışılması gerekmektedir.

33. Başvurucu hakkındaki uyarılama yargılamasının yaklaşık 9 yıl sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ve başvuru hakkında kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun bu şikâyetlere ilişkin kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

34. Üyeler Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Burhan ÜSTÜN ve Nuri NECİPOĞLU bu görüşe katılmamışlardır.

b. Duruşmada Hazır Bulunma Hakkının İhlali İddiası Yönünden

35. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Bireysel başvuru hakkı" kenar başlıklı 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir."

36. 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Mahkeme... açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir."

37. Başvurucuya göre kovuşturmanın ertelenmesi kararının verildiği son celse duruşma aleni yapılmamış ve karar aleni verilmemiştir. Başvurucu, Derece Mahkemesince kovuşturmanın ertelenmesine ilişkin olarak verilen son kararın duruşma yapılmadan dosya üzerinde verilmesi nedeniyle yargılamaya avukatının katılmadığını ve aleni yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Buna karşın bu iddiaların özü, başvurunun duruşmada hazır bulundurulmaması ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru-

rucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir. Bu sebeple başvurucunun bu iddialarının “*duruşmada hazır bulunma hakkı*” çerçevesinde incelenmesi gerekir.

38. Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasa’da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriği, AİHS’in “*Adil yargılanma hakkı*” kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmelidir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38).

39. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme) “*Adil yargılanma hakkı*” kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

“Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir.”

40. Adil yargılamanın zımni gerekleri “*hakkaniyete uygun yargılama*” kavramından hareket ederek saptanabilir. Bu gereklerden en önemlisi Anayasa’nın 36. maddesinde açıkça ifade edilmiş olan “*savunma hakkı*”dır. Ceza yargılamasındaki savunma haklarının güvence altına alınması demokratik toplumun temel bir ilkesidir. Bu sebeple hakkaniyete uygun bir yargılamanın gerçekleştirilmesi için, yargılamanın yürütülmesi sırasında alınan önlemlerin, savunma hakkının yeterince ve tam olarak kullanılması ile uyumlu olması ve bu hakların teorik ve soyut değil, etkili ve pratik olacak şekilde yorumlanması gerekmektedir (Bkz. B. No: 2013/4784, 7/3/2014, § 32).

41. Hakkaniyete uygun yargılamanın en önemli unsuru olan sanığın kendini savunma hakkından faydalanmasının ilk koşulu sanığın savunmasını yapabilmesi için mahkeme önünde hazır bulunma olanağına sahip olmasıdır. AİHS’in 6. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa da duruşmada hazır bulunma hakkı AİHS’in 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki adil muhakeme hakkının bir parçasıdır. Bir sanığın aleyhine açılan ceza davasında duruşmada hazır bulunması genel bir haktır ve AİHS’in 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan (c), (d) ve (e) bentlerinde yer alan hakların bir parçasıdır (bkz. *Sejdovic/İtalya*, B. No: 56581/00 , 1/3/2006, § 81). Nitekim duruşmada hazır bulunma hakkının bir sonucu olarak 5271 sayılı Kanun’un 193. maddesinin (1) numaralı fıkrasında istisnalar saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamayacağı hükme bağlanmıştır (Bkz. B. No: 2013/4784, 7/3/2014, § 41).

42. Somut olayda, silahlı terör örgütüne yardım etmek suçundan açılan

kamu davasında başvuru hakkında daha önce üç kez mahkûmiyet hükmü kurulmuş ve son olarak Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 29/3/1012 tarihli ilamı ile İlk Derece Mahkemesinin mahkûmiyet kararı usule ilişkin bazı gerekçelerle bozulmuş ve dosya İlk Derece Mahkemesine gönderilmiştir. Dosya Derece Mahkemesince esasa kaydedilmeden önce 2/7/2012 tarihinde 6352 sayılı Kanun yürürlüğe girmiş ve Mahkeme, 10/7/2012 tarihinde kendisine ulaşan dosyayı mahkeme esasına kaydederek aynı gün duruşma açmadan ve adı geçen Kanun'a dayanarak başvuru hakkında yürütülen kovuşturmanın ertelenmesine ve üç yıl denetimli serbestlik hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir. Somut olayda çözümlenmesi gereken mesele, kovuşturmanın ertelenmesine ilişkin son kararın duruşma yapılmadan dosya üzerinde verilmesinin başvuruçunun "*duruşmada hazır bulunma hakkı*"na müdahale oluşturup oluşturmadığı ve bir bütün olarak yargılamanın adillliğini etkileyip etkilemediğinin tespiti.

43. Adından da anlaşılacağı üzere 6352 sayılı ve Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun yargı hizmetlerinin hızlandırılması amacıyla hazırlanmıştır. Bu durum Kanun'un genel gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir (adı geçen Kanun hakkında daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. AYM, E.2013/92, K.2014/6, K.T. 16/1/2014).

44. İlk derece mahkemelerinin, 6352 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra, genel olarak, basın yayın yoluyla işlenen suçlara ilişkin kovuşturmalarda Yargıtay bozması veya iadesi üzerine duruşma açmayarak doğrudan kovuşturmanın ertelenmesi kararı verdikleri anlaşılmaktadır. Kanun'da uygulamanın nasıl yapılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olmakla birlikte yargılamanın sonucunda bir değişiklik olmayacağının açıkça belli olduğu durumlarda duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmesinin söz konusu Kanun'un yargı hizmetlerinin hızlandırılması, ifade özgürlüğünün genişletilmesi ve bu kapsamda basın yayın yoluyla işlenen suçlara ilişkin açılan mevcut davaların sonlandırılması amacına matuf olduğu anlaşılmaktadır.

45. Bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesinin görevi, muhakemenin yöntemi de dâhil yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını saptamaktır. 30/9/2002, 21/3/2007 ve 8/12/2010 tarihli kararlarla başvuru yayınladığı kitaplar nedeniyle mahkûm edilmiş, Yargıtay ise verilen bu kararlardan uyarılama yargılamasından öncekini onanmış daha sonrakileri ise esastan değil ancak usulden bozmuştur. Mevcut durumda hukuksal yapının değişmediği de gözetildiğinde derece mahkemeleri ve Yargıtay, başvuru-

nun eylemi hakkındaki niyetlerini açıkça belli etmişlerdir.

46. Başvurucu başvuruya konu şiir kitaplarını yayınlaması nedeniyle toplam 11 yıla yakın bir süre yargılanmış ve bu süre içerisinde defalarca mahkeme huzurunda savunma yapma fırsatı bulmuştur. Kaldı ki kovuşturmanın ertelenmesi kararı bireyin suç işleyip işlemediğiyle ilişkili değildir. Bu nedenle, böyle bir incelemenin duruşma açılmadan ve başvurucu duruşmaya çağrılmadan yapılmış olmasının bir bütün olarak yargılananın adillliğini etkilemediği sonucuna ulaşılmıştır.

47. Öte yandan başvurucu, adil yargılanma hakkını sınırlandırdığı iddiasıyla başka bir işlem hakkında da şikâyetçi olmadığı gibi dava dosyası ve yargılama süreci bir bütün olarak incelendiğinde başvurunun savunma haklarından yararlandırılmadığını gösteren bir bulguya da rastlanılmamıştır.

48. Açıklanan nedenlerle, başvurunun savunma hakkının kısıtlandığını ileri sürdüğü yargılama işleminde açık ve görünür bir ihlal saptanmadığından, başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *“açıkça dayanaktan yoksun olması”* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. İfade Özgürlüğünün İhlal Edildiği İddiası

49. Başvurucu, başvuru konusu kitapları yayınlaması nedeniyle hakkında daha önce üç kez mahkûmiyet hükmü kurulduğunu ve son olarak kovuşturmanın ertelenmesi kararı verildiğini, böylece ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

50. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) benzer kararları hatırlatılmış ve başvurunun iddialarının bu kararlar doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiği bildirilmiştir. Bakanlık görüşünde, Sözleşme'nin 10. maddesi bağlamında ifade özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden birisini oluşturduğu; ifade özgürlüğünün yalnızca lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da önemsiz görülen bilgi ve düşünceler için değil, aynı zamanda devletin veya toplumun bir bölümü için saldırgan, şok edici veya rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda, ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olup olmadığının, gerçekleştirilen müdahalenin yasayla öngörülmüş olup olmadığı, müdahalenin meşru amaçlara dayanıp dayanmadığı ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı temelinde incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.

51. Başvurucu, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı, baş-

vuru dilekçesindeki beyanlarını tekrar etmiştir.

52. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"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."

53. Anayasa'nın "Düşünce ve kanaat hürriyeti" kenar başlıklı 25. maddesi şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.

Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz."

54. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

55. Anayasa'nın "Bilim ve Sanat hürriyeti" kenar başlıklı 27. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

Yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz.

... ”

56. Anayasa’nın “Basın hürriyeti” kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz.

(İkinci fıkra mülga: 3.10.2001-4709/10 md.)

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlandırılmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır.

Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazarlar veya bastırılanlar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenler, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar... ”

57. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Başvuruya konu somut olayda yayınladığı iki şiir kitabı nedeniyle başvuru yargılanmış ve sonuç olarak hakkında yürütülen kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmiştir.

58. Anayasa’nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar “söz, yazı, resim veya başka yollar” olarak ifade edilmiştir ve “başka yollar” ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (B. No:2013/2602, 23/1/2014, §43).

59. Bundan başka, başvuruya konu şiir kitaplarının basılmasında olduğu gibi sanatın serbestçe açıklanması ve yayınlanması özgürlüğü Anayasa’nın 27. maddesinde özel olarak korunmuştur. Basın özgürlüğü alanındaki temel düzenleme ise Anayasa’nın 28. maddesinde yer almaktadır. Anayasa’nın 28. maddesine ilave olarak 29. maddede süreli ve süresiz yayın hakkı ve 30. maddede basın araçlarının korunmasına yer verilmiştir. Anayasa’nın 31. maddesinde ise kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı düzenlenmiştir. Ayrıca, Anayasa’nın basın özgürlüğünü düzenleyen hükümlerinde yer alan “yazarlar”, “bastırılanlar”, “başkasına verenler”, “dağıtım önleme”, “toplatma”, “süreli yayın” ve “süresiz yayın” gibi ifadeler ancak “gazete”, “kitap”, “dergi” gibi basılıp çoğaltılabilen kitle iletişim

araçları için kullanılabilir. Dolayısıyla, Anayasa'ya göre basın, kitle iletişim araçlarından biridir; ancak diğer kitle iletişim araçlarından ayrılarak özel olarak korunmuştur (bkz. B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 68).

60. Anayasa'nın 28. maddesinin birinci fıkrasında basın hür olduğu ve sansür edilemeyeceği, üçüncü fıkrasında devletin basın özgürlüğüne ilişkin pozitif yükümlülüğü olduğu, dördüncü fıkrasında basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında Anayasa'nın 26. ve 27. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş beşinci fıkrasında ise basın özgürlüğüne yapılacak müdahalelerin meşru amaçları sayılmıştır.

61. Yazılı belge ve kitap bastırma özgürlüğünün ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğu konusunda hiçbir şüphe ya da anlaşmazlık bulunmamaktadır. Yukarıda gösterildiği gibi Anayasa'da ifade özgürlüğüne ilişkin olarak daha ayrıntılı düzenlemeler de yer almakla birlikte mevcut koşullar altında başvurunun ifade özgürlüğüne ilişkin temel düzenleme olan Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında incelenmesinin uygun olacağı değerlendirilmiştir.

62. Mutlak değil sınırlandırılabilir bir hak olan ifade özgürlüğü Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. İfade özgürlüğüne ilişkin 26. maddenin ikinci, bilim ve sanat özgürlüğüne ilişkin 27. maddenin ikinci ve basın özgürlüğüne ilişkin 28. maddenin dördüncü ve izleyen fıkralarında sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Ancak bu özgürlüklere yönelik sınırlamaların da bir sınırının olması gerektiği açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütler göz önüne alınmak zorundadır. Bu sebeple ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırmaların denetiminin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve ifade özgürlüğüne ilişkin ayrıntılı diğer maddeler göz önüne alınarak Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir.

63. İfade özgürlüğü, insanın serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, §40).

64. İfade özgürlüğü, Anayasa'da yer alan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmını doğrudan etkiler. Gerçekten de gazete, dergi veya kitap biçiminde basın yayın yoluyla düşüncenin yayılmasının başlıca aracı olan basın, ifade özgürlüğünün kullanılma biçimlerinden biridir. Basın özgürlüğü, AİHS'de ayrı bir madde olarak değil ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddenin altında koruma altına alınmıştır. AİHS'in 10. maddesi, yalnızca düşünce ve kanaatlerin içeriğini değil iletilme biçimlerini de koruma altına almaktadır. Buna

karşın basın özgürlüğü, Anayasa'nın 28-32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir (B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 73).

65. Basın özgürlüğü, gazete, dergi, kitap gibi araçlar ile düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama, bilgi, haber ve eleştirilerin yayın ve dağıtım haklarını kapsar. Basın özgürlüğü düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirmek ve gerçekleştirme konusunda ikna etmek çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 74).

66. Demokratik bir sistemde, devletin eylem ve işlemlerinin, adli ve idari yetkililerin olduğu kadar, basının ve aynı zamanda kamuoyunun da denetimi altında bulunması gerekmektedir. Yazılı, işitsel veya görsel basın, kamu gücünü kullanan organların siyasi kararlarını, eylemlerini ve ihmallerini sıkı bir denetime tabi tutarak ve vatandaşların karar alma süreçlerine katılımını kolaylaştırarak demokrasinin sağlıklı bir şekilde işlemlerini ve bireylerin kendilerini gerçekleştirmelerini güvence altına almaktadır. Bu sebeple basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal bir özgürlüktür (B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 75).

67. İfade özgürlüğünü tamamlayan ve onun kullanılmasını sağlayan basın özgürlüğü de ifade özgürlüğü gibi mutlak ve sınırsız değildir. Sosyal görevini yerine getirebilmesi için basının özgür olması kadar sorumluluk bilinci ile hareket etmesi de şarttır. Basının, Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddelerinde sayılan Devletin iç ve dış güvenliğinin, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, suç işlenmesinin ya da ayaklanma veya isyana teşvik edilmesinin engellenmesi için konmuş olan sınırlandırmalara uyması gerekmesine karşın, siyasi hususlarda bilgi verme hakkı da vardır. Öte yandan halkın da bu tür bilgileri almaya hakkı vardır. Basın özgürlüğü, kamuoyuna, çeşitli siyasi fikir ve tutumlarının iletilmesi ve bunlara ilişkin bir kanaat oluşturmaya için en iyi araçlardan birini sağlamaktadır. (benzer yöndeki bir karar için bkz. B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 76).

68. Yukarıda anlatılan ilkeler ışığında, başvuru konusu olayda, ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde öncelikle müdahalenin mevcut olup olmadığı ve daha sonra da müdahalenin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığı değerlendirilecektir.

i. Müdahalenin Mevcudiyeti Hakkında

69. Başvurucu, başvuruya konu şiir kitaplarını yayınlaması nedeniyle ken-

disi hakkında daha önce üç kez mahkûmiyet hükmü kurulduğunu ve sonuçta kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmiş olsa bile açılan kovuşturmanın kendisini doğrudan etkilemesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca daha önceki kararlarda mahkûmiyet hükmü kurulmuş olması nedeniyle hakkında uygulanan denetimli serbestlik süresi içerisinde yeniden kovuşturmaya maruz kalma ve ceza alma riskinin sürdüğünü, mevcut durumun ifade özgürlüğü üzerinde baskı oluşturduğunu ileri sürmüştür.

70. Başvurucuya göre mevcut durumda kovuşturulma korkusu gerçektir ve kendisinin yayıncılık faaliyetlerini engellemekte, ayrıca bu durum kendinde stres ve endişe yaratmakta ve çalışmalarını ciddi biçimde sınırlamaktadır.

71. Bakanlık, hâlihazırda başvurucu hakkında başvuruya konu olay ile ilgili olarak verilmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmadığını ileri sürmektedir.

72. Başvurucunun ifade özgürlüğü hakkına yönelik olarak iddia ettiği bir müdahalenin varlığı, başvurucunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan hakkının ihlali nedeniyle mağdur duruma düşürecek bir önleme başvurulup vurulmadığının belirlenmesine bağlıdır (bkz. *Altuğ Taner Akçam/ Türkiye*, B. No: 27520/07, 25/10/2011, § 65). Bu bağlamda AİHM'in bir kişinin herhangi bir ihlalin mağduru olduğunu iddia edebilmesi için söz konusu önlemden doğrudan etkilenmiş olması gerektiği yolundaki içtihadı (bkz. *Klass ve Diğerleri/Almanya*, B. No: 5029/71, 6/9/1978, § 33) meselenin çözümü için yol gösterici olacaktır.

73. Hâlihazırdaki başvuruda, başvurucu hakkında henüz kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı olmamasına rağmen başvurucunun 2002 yılından itibaren yaklaşık 11 yıl süren kovuşturmadan doğrudan etkilendiğinin ve yayıncı olması nedeniyle daha ilerde de soruşturma ve kovuşturmaya maruz kalma riskinin bulunduğu iddiasının dikkate alınması gerekir. Bu bağlamda mevcut başvuruya konu dava süreci dikkate alınarak başvurucu hakkında devam etmekte olan kovuşturma tehdidinin bir müdahale anlamına gelip gelmediği tespit edilmelidir.

74. Somut olayda başvurucunun başvuruya konu iki kitabı yayınlamasından dolayı PKK Terör Örgütüne basın yolu ile yardım etmek suçundan cezalandırılması için İstanbul DGM Başsavcılığınca kamu davası açılmış ve İstanbul 4 Nolu DGM, 30/9/2002 tarihinde, başvurucunun terör örgütüne yardım etmek suçundan cezalandırılmasına karar vermiştir. Söz konusu karar Yargıtayca onanarak kesinleşmiştir. Daha sonra infaz aşamasında, kanun değişikliği nedeniyle, infazın durdurulmasına karar verilmiş ve yapılan yargılama sonucunda başvurucu, İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 21/3/2007 ve 8/12/2010 tarihli kararları ile terör örgütünün propagandasını yapmak suçun-

dan iki kez mahkum edilmiş ve söz konusu kararlar Yargıtayca esas yönünden değil usul yönünden bozulmuştur. Yeniden yapılan yargılama sonunda, İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 10/7/2012 tarihli kararı ile başvuru hakkında yürütülen kovuşturmanın ertelenmesine ve başvuru hakkında üç yıl denetimli serbestlik hükümlerinin uygulanmasına karar verilmiş ve bu karar, yapılan itirazın itiraz mercii tarafından reddedilmesi ile kesinleşmiştir (bkz. §§ 8-17).

75. 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası, 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup, temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı, soruşturma evresinde 4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 171. maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesini, kovuşturma evresinde kovuşturmanın ertelenmesini, kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükümlerinde ise mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesini düzenlemektedir. Başvuruya konu olayda başvuru hakkında devam etmekte olan kovuşturma ertelenmiş ve başvuru hakkında üç yıl denetimli serbestlik hükümlerinin uygulanmasına karar verilmiştir.

76. 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ise hakkında açılmış bulunan kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilen kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle yeni bir suç işlememesi hâlinde, kovuşturmaya yer olmadığı veya düşme kararı verilecek bu süre zarfında benzer yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olunduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya kovuşturmaya devam olunacaktır.

77. Başvurucunun yayınevi sahibi olması nedeniyle düşünce açıklamaları veya basın faaliyetleri nedeniyle ileride soruşturma ve kovuşturmaya maruz kalma riski bulunduğu gibi mevcut başvuruya konu ertelenen kovuşturmanın yeniden canlanması olasılığı da bulunmaktadır. Üstelik kovuşturmaya yeniden başlandığı bir durumda başvuru söz konusu şiir kitaplarını yayınlaması nedeniyle daha önce üç kez ilk derece mahkemesince mahkûm edilmiş olması göz önüne alındığında yine ceza alma tehdidi de devam etmektedir.

78. Mevcut başvuru ifade özgürlüğüne ilişkin olup, başvuru denetim altında tutulma durumunun bilinmesi başvuru açısından bazı güçlükler yaratmaktadır. Bu güçlükler, mağduriyet statüsünün belirlenmesinde dikkate alınmalıdır (bkz. *Altuğ Taner Akçam/Türkiye*, B. No: 27520/07, 25/10/2011, § 67). Yaptırıma maruz kalma endişesinin kişiler üzerinde kesintiye uğraticı bir

etkisi vardır ve sonunda kişinin isnat edilen suçlardan aklanma ihtimali bulursa bile kişinin bu etki altında ilerde düşünce açıklamalarından veya basın faaliyetlerini yapmaktan imtina etme riski bulunmaktadır (benzer değerlendirmeler için bkz. *Lombardo ve Diğerleri/Malta*, B. No: 7333/06, 24/4/2007, § 61).

79. Sonuç olarak başvuru, henüz yayınladığı kitaplar nedeniyle mahkûm edilmemiş olsa bile ertelenen kovuşturmanın gelecekte yeniden başlayabileceği olasılığının kendisinde stres ve cezalandırılma endişesi yarattığı kabul edilebilir. Daha önce yargılanıp mahkûm olması ve üstelik söz konusu mahkûmiyetin Yargıtayca da onanması gerçeği ışığında başvuruçunun daha sonra yeniden kovuşturmaya maruz kalma ve ceza alma riskinin gerçek olduğu sonucuna varılmıştır. Bu koşullarda, Anayasa'nın 26. maddesi çerçevesinde başvuruçunun ifade özgürlüğüne müdahalede bulunulduğunun kabul edilmesi gerekir.

ii. Müdahalenin Haklı Sebeplere Dayanması Hakkında

80. Yukarıda anılan müdahaleler Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanmadığı ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu nedenle, sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilmiş olma, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

1. Müdahalenin Kanuniliği

81. Anayasa'nın 13. maddesi ile 26. maddenin beşinci fıkrasında yer alan, müdahalenin "*kanun*"la yapılması şartına aykırılık bulunduğu ilişkin bir iddiada bulunulmamıştır. Yapılan değerlendirmeler neticesinde, 765 sayılı Kanun'un 169. maddesi, 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 3713 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin "*kanunilik*" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

2. Meşru Amaç

82. Başvuruçunun, şikâyet konusu müdahalenin amacının kitaplarda yer alan siyasal görüşleri engellemek olduğunu iddia etmiştir.

83. İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin meşru olabilmesi için Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçlula-

rın cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarına yönelik olması gerekir (bkz. B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 84).

84. Başvuruya konu kitapların yayınlanması nedeniyle başvurunun yargılanması, söz konusu kitaplarda yayınlanan şiirlerin Türkçe adı Kürdistan İşçi Partisi olan yasadışı silahlı terör örgütü PKK'nın ve onun kurucusu ve yöneticisi olan Abdullah Öcalan ile örgüt mensuplarının övülmesi, terör eylemlerinin özgürlük mücadelesi olarak gösterilerek yüceltilmesi ve bu surette terör örgütünün propagandasının yapılarak örgüte yardım edilmesi iddiasına dayanmaktadır.

85. Başvurucu hakkında düzenlenen iddianame ve derece mahkemelerinin kararları bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurunun yargılanmasının PKK terör örgütünün faaliyetleri ile mücadele kapsamında Devlet tarafından belirlenen amaçların ve faaliyetlerin uzantısı niteliğinde olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

86. PKK, Türk yargı erki tarafından silahlı terör örgütü olarak kabul edildiği gibi, Emniyet Genel Müdürlüğünün yayınladığı *“Türkiye’de hâlen faaliyetlerine devam eden başlıca terör örgütleri”* listesinde *“PKK/KONGRA-GEL”* adıyla yer almaktadır. PKK, Silahlı Terörizme Karşı Özel Önlemlerin Uygulanması Hakkındaki Avrupa Konseyinin 27 Aralık 2001 tarihli Ortak Tutum (*Council Common Position*) kararından bu yana Avrupa Birliği tarafından terör örgütü olarak kabul edilmektedir. Bundan başka PKK, Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) terörist organizasyonlar listesinde yer aldığı gibi Birleşmiş Milletler ve NATO ile bölgedeki Suriye, Irak, İran gibi pek çok ülke ve uluslararası kuruluş tarafından da terör örgütü olarak kabul edilmektedir. Ayrıca PKK, ABD'nin uyuşturucu kaçakçıları listesinde de bulunmaktadır (bkz. B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 87).

87. Başvuruya konu kitapları yayınlaması nedeniyle başvurunun yargılanmasının, PKK terör örgütünün faaliyetleri ile mücadele kapsamında millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılmasına yönelik çalışmaların bir parçası olduğu ve bunun da Anayasa'nın ifade özgürlüğüne ilişkin 26. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

3. Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

88. Başvurucu, yayınladığı kitaplarda cebir ve şiddete veya diğer terör yöntemlerine çağrı bulunmadığını, güncel olaylara ilişkin bazı siyasal değerlen-

dirmeler nedeniyle yargılanmak suretiyle ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumun gereklerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

89. Bakanlık görüşünde, ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin varlığı halinde alınan önlemleri haklı kılacak “konuyla ilgili ve yeterli gerekçeler” ileri sürülüp sürülmediğinin ve “sınırlama amacı ile aracı arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığının” demokratik toplum gerekleri açısından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

90. İfade özgürlüğü mutlak olmadığı için bazı sınırlandırmalara tabi olabilir. İfade özgürlüğüne ilişkin olarak Anayasa’nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan sınırlandırmaların Anayasa’nın 13. maddesinin güvencesinde olan demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda bir değerlendirme yapılması gerekmektedir (bkz. B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 91).

91. Anayasa’nın 13. maddesinin ilk halinin gerekçesinde “Maddenin ikinci fıkrasında, hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında daima gözetilmesi gereken ölçü; yani sınırlamanın sınırı öngörülmüştür. Diğer bir deyimle hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar yahut bunlar konusunda öngörülebilecek sınırlayıcı tedbirler demokratik rejim anlayışına aykırı olmamalı; genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir olmalıdır” denilmiştir. Anayasa’nın 3/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun’un 2. maddesi ile yapılan değişiklik gerekçesinde ise “Anayasa’nın 13 üncü maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlenmektedir.” denilmiştir.

92. 1982 Anayasasında belirtilen demokrasi, çağdaş ve özgürlükçü bir anlayışla yorumlanmalıdır. “Demokratik toplum” ölçütü, Anayasa’nın 13. maddesi ile AİHS’in “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütünün bulunduğu 9. 10. ve 11. maddelerindeki paralelliği açıkça yansıtmaktadır. Bu itibarla demokratik toplum ölçütü, çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik ve tolerans temelinde yorumlanmalıdır (bkz. B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 93).

93. Nitekim Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatları uyarınca, “Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak yasayla sınırlandırılabilirler.” (AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 24/9/2008). Başka bir ifadeyle yapılan sınırlama hak ve özgürlüğün özüne dokunarak, kullanılmasını durduruyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hale getiriyorsa veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı

arasındaki denge bozuluyorsa demokratik toplum düzenine aykırı olacaktır (Bkz. AYM, E.2009/59, K.2011/69, K.T. 28/4/2011; AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 17/4/2008; B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 94).

94. Buna göre demokratik toplumun ana temellerinden olan ifade özgürlüğü, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez ve önemsiz görülen “*düşünceler*” için değil, ayrıca Devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Çünkü bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir (bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49).

95. Hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamada devreye girecek bir başka güvence de Anayasa’nın 13. maddesinde ifade edilen “*ölçülülük ilkesi*”-dir. Bu ilke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda öncelikli olarak dikkate alınması gereken bir güvencedir. Anayasa’nın 13. maddesinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük kriterleri iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki ölçüt arasında ayrılmaz bir ilişki vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında gereklilik ve ölçülülük arasındaki bu ilişkiye dikkat çekmiş, “[*Temel hak ve özgürlüklere yönelik her hangi bir sınırlamanın,*] demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir...” diyerek amaç ile araç arasında makul bir ilişki ve dengenin bulunması gerektiğine karar vermiştir (AYM, E.2007/4, K.2007/81, K.T. 18/10/2007; B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 96).

96. Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile araç arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple ifade özgürlüğü alanında getirilen müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir (B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 84).

97. Bu bağlamda, başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel eksenini, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından “*demokratik bir toplumda gerekli*” ve “*ölçülülük ilkesi*”ne uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Gözel ve Özer/Türkiye*, B. No: 43453/04, 31098/05, 6/7/2010 §51; *Gündüz/Türkiye*, B. No: 35071/97, 4/12/2003 § 46). Dolayısıyla, başvurunun yayınladığı kitaplardan dolayı yargılanması nedeniyle müdahale edi-

len ifade özgürlüğü ile başvuruçunun yargılanması ve ceza tehdidi altında bulundurulmaya devam edilmesi arasındaki dengenin ölçülü olduğunun kabulü halinde, kitapların basılmasından dolayı başvuruçunun yargılanmasına ilişkin gerekçelerin inandırıcı, başka bir deyişle ilgili ve yeterli oldukları sonucuna varılabilir (B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 87; B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 97).

98. Yapılacak değerlendirmelerde, söz konusu kitapların şiir kitapları olduklarının ve gerek önsözde, gerekse de şiirlerde işlenen konuların toplumun bir kesimini ilgilendiren toplumsal meselelere ilişkin olduğunun da göz önüne alınması gerekir. Anayasa'nın 26. maddesi bağlamında, kamunun çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya toplumsal sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlandırılmasında kamusal yetki kullanan makamların çok dar bir takdir marjı olduğuna işaret etmek gerekir (aynı yönde görüş için bkz. *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, B. No: 23536/94, 24408/94, 8/7/1999, § 62). Öte yandan ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirilmemiş olmakla birlikte ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi bu özgürlüklerin sınır bölgeleri olan alanlarda ise Devlet otoriteleri müdahalelerinde daha geniş bir takdir yetkisine sahiptir (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Gözel ve Özer/Türkiye*, § 56; *Gündüz/Türkiye*, § 40). Bu sebeple öncelikle, söz konusu kitaplarda, iddianame ve derece mahkemesi kararlarının gerekçelerinde belirtildiği şekilde, PKK terör örgütünün propagandasının yapıp yapılmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

99. İfade özgürlüğüne ilişkin bireysel başvurularda, *ifadelerin bağlamlarından kopartılarak incelenmesi* Anayasa'nın 13. ve 26. maddelerinde yer alan ilkelerin uygulanmasında ve elde edilen bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesinin yapılmasında hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olabilir. Bu çerçevede, söz gelimi bir düşünce açıklamasının ifade edildiği bağlamdan koparıldığında “*milli güvenlik*” için bir tehlike oluşturmaması, bu ifadeye yönelik bir müdahaleyi tek başına haklı çıkartmamaktadır. Bu nedenle somut başvuruda derece mahkemelerinin kararlarında belirtilen; PKK terör örgütüne ilişkin ifadeler ile bunların ifade edildiği bağlam, kitapların birer şiir kitabı olması, kitapların yazarının kimliği, yazılma zamanı, amacı, hitap ettiği kişilerin kimlikleri, muhtemel etkileri ve kitaptaki diğer ifadelerin tamamı bir bütün olarak ele alınmalıdır. Bundan başka, söz konusu şiirlerde ileri sürülen düşüncelerin içeriğine ve hangi bağlamda dile getirildiğine dikkat edilmesi, müdahalenin “*arzulanan hedeflere uygun*” olup olmadığının ve ulusal makamlar tarafından öne sürülen gerekçelerin “*ilgili ve yeterli*” olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir (benzer değerlendirmeler için bkz. B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 100).

100. Nitekim AİHM de yerleşik içtihatlarında düşünce açıklamalarına ilişkin söz veya metinlerin bütünüyle ele alındığında şiddeti teşvik edip etmediğinin belirlenmesi için, söz ve açıklamalarda kullanılan terimlerin ve hangi bağlamda yazıldıklarının dikkate alınmasının uygun olacağını her zaman vurgulamıştır. (Özgür Gündem/Türkiye, B. No: 23144/93, 16/3/2000 § 63; Sürek/Türkiye, B. No: 24762/94, 8/7/1999 § 12, 58)

101. Öte yandan söz konusu kitaplarda yer alan görüşlerin gerçekten nefrete ve şiddete teşvik edip etmediğinin değerlendirmesini yaparken kullanılan aracın kitle iletişim araçlarına kıyasla halkın daha dar bir kesimine hitap eden (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Alınak/Türkiye, B. No: 40287/98, 29/3/2005, § 41) ve PKK terör örgütünün ideolojisinin endoktrinasyonunu hedefleyen şiir kitapları oldukları da gözetilmelidir (benzer bir karar için bkz. B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 106).

102. Başvuruya konu kitaplarda yer alan şiirlerin yazarları belli değildir. Yazarlar söz konusu şiirlerde, PKK terör örgütünün kurucusu ve yöneticisine övgüler dizmekte, onun cezaevinde bulunması nedeniyle duydukları üzüntüleri dile getirmektedirler. Üstelik başvurunun yargılanmasına neden olan bazı şiirlerde Türkiye'nin bir kısmında görülen vahim nitelikli şiddet olaylarının, can ve mal kayıplarının meydana gelmesinde temel aktörler olan ve kitaplarda yer alan düşüncelerin birinci elden muhatabı da olan terör örgütü üyeleri de övülmektedir. Türkiye topraklarının bir kısmı Kürdistan, terör eylemleri ise ulusal kurtuluş savaşı olarak nitelendirilmektedir.

103. Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında ifade ettiği gibi belirli bir insan topluluğunun yaşadığı coğrafi bölgenin tanımlanması tek başına, o bölgenin bulunduğu ülkenin bütünlüğüne yönelik bir ifade açıklaması olarak nitelendirilemez. Buna karşın Türkiye topraklarının bir kısmının "Kürdistan" olarak nitelendirilmesinin ne anlama geldiği ancak kitapta kullanılan ifadelerle birlikte, kitabın yayınlandığı özel koşulların da birlikte değerlendirilmesi ile belirlenebilir (bkz. B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 102).

104. Bu bağlamda, Anayasa'nın 26. maddesi ve daha özel olarak da 27. maddesi, bilgi ve fikir edinme ve düşünceleri yayma kapsamında sanatsal ifade özgürlüğünü de içerir ve bu anayasal güvenceler her tür kültürel, siyasi ve sosyal bilgi ve fikrin açıklanmasına, yayılmasına ve değiş-tokuşuna katılma fırsatı yaratır (bkz. Mutatis mutandis, Müller ve Diğerleri/İsviçre B. No: 10737/84, 24/5/1988 § 27). AİHM'in de sıklıkla dikkat çektiği gibi mevcut başvuruya konu kitaplardaki şiirler gibi sanat eserleri yaratan, dağıtan veya sergileyen kişiler fikir ve görüşlerin yayılmasına önemli bir katkıda bulunmakta ve dolayısıyla da sanatsal eserler demokratik bir toplum için büyük önem taşırlar. Bu nedenle Devlet, sanat eserini yaratan kişilerin ifade özgürlüklerine

gereksiz müdahalelerde bulunmama yükümlülüğü konusunda daha hassas davranmalıdır (bkz. *Müller ve Diğerleri/İsviçre* B. No: 10737/84, 24/5/1988 § 33).

105. Öte yandan söz konusu kitapların şiir kitapları olduğu gözetildiğinde Anayasa'nın 26. ve 27. maddelerinin yalnızca ifade edilen fikir ve bilgilerin içeriğini değil, bunların ifade ediliş biçimlerini de koruma altına aldığı ve bu açıdan, söz konusu kitapların, kurgu olarak sınıflandırılabilir birer şiir olduğu unutulmamalıdır (*Mutatis mutandis*, bkz. *Almak/Türkiye*, B. No: 40287/98, 29/3/2005, § 43).

106. Kitap bir bütün olarak incelendiğinde şiddeti övdüğü, kişileri terör yöntemlerini benimsemeye başka bir deyişle şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik ettiği değerlendirilmemiştir. Aksine, başvurucunun yayınladığı kitaplarda mahkûmiyetine dayanak yapılan şiirlerde genel olarak PKK terör örgütünün kurucusu ve yöneticisinin cezaevine kapatılmış olmasından duyulan rahatsızlık, silahlı çatışmalarda ölen kişilerin ardından duyulan hüznün şiir diliyle ve oldukça soyut bir biçimde anlatılmış; Kürdistan olarak tanımlanan coğrafyada ölen kişilerin özgürlük için öldükleri belirtilmiştir.

107. Söz konusu şiirlerin kitap olarak basılması ile kitle iletişim araçlarından çok daha dar bir okuyucu kitlesine ulaştığı da göz önüne alınmalıdır. Bu durum, kitapların “*kamu düzeni*” üzerindeki etkisini ciddi biçimde azaltmaktadır. Kitaplardaki bazı şiirlerde kamunun bir kesimi için rahatsız edici ifadeler bulunsa da bu ifadelerin, şiirlerin sanatsal doğaları ve kısıtlı etkileri nedeniyle bir şiddet çağrısından çok trajik olaylar karşısında duyulan üzüntünün birer ifadesi olarak değerlendirilmesi gerekir (*Mutatis mutandis*, bkz. *Alınak/Türkiye*, B. No: 40287/98, 29/3/2005, § 45).

108. Başvurucunun yayınladığı kitap gibi sanatsal açıklamaların sınırlandırılmasında kamusal yetki kullanan makamların çok dar bir takdir aralığı olduğuna işaret etmek gerekir. Kamu otoriteleri veya toplumun bir kesimi için hoş olmayan düşüncelere, şiddeti teşvik etmediği, terör eylemlerini haklı göstermediği ve nefret duygusunun oluşmasını desteklemediği sürece (bkz. § 96) sınırlama getirilemez. Bu sebeple, başvuruya konu kitapları yayınlaması nedeniyle başvurucunun yaklaşık 11 yıl kadar uzunca bir süredir soruşturma ve kovuşturmayla tabi tutulması ve kovuşturmayla tabi tutulma riskinin halen devam etmesi nedeniyle başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır.

109. Üstelik başvuru söz konusu kitapları yayınlaması nedeniyle silahlı terör örgütüne yardım etmek ve silahlı terör örgütünün propagandasını yapmak suçlarından 2002 yılından beri yaklaşık on bir yıldır yargılanmasına

karşın söz konusu kitapların ticaretinin herhangi bir kısıtlamaya uğramadan serbestçe yapıldığı da not edilmelidir.

110. Yukarıdaki hususlar dikkate alındığında, başvurucunun yayınladığı kitaplar nedeniyle yaklaşık 11 yıl kadar uzunca bir süredir soruşturma ve kovuşturmayaya tabi tutulması ve kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilerek bir ceza tehdidi altında bulundurulmaya devam edilmesinin, arzulanan amaçlara uygun olmadığı ve dolayısıyla da “*demokratik bir toplumda gerekli*” olmadığı kanaatine varılmıştır. Bu sebeplerle başvurucunun Anayasa’nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

111. Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Nuri NECİPOĞLU ve Burhan ÜSTÜN bu görüşe katılmamışlardır.

b. Makul Sürede Yargılanma Hakkı Yönünden İnceleme

112. Başvurucu, hakkında yürütülen soruşturma ve kovuşturmanın makul süre içinde sonuçlanmaması nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

113. Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün olmayıp (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18), Sözleşme metni ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümüleri olan alt ilke ve haklar, esasen Anayasa’nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı bir çok kararında, ilgili hükmü Sözleşme’nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşme’nin lafzi içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara, Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil olup, ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa’nın 141. maddesinin de, Anayasa’nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır (B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 38–39).

114. Davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurucunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar, bir davanın süresinin makul olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken kriterlerdir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 41–45).

115. Anayasa'nın 36. ve Sözleşme'nin 6. maddeleri uyarınca kişilere, medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıkların yanı sıra, cezai alanda yöneltilen suç isnatlarının makul sürede karara bağlanmasını talep hakkı tanınmıştır. Suç isnadı, bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesi olup, kişiye cezai alanda yöneltilen iddianın suç isnadı niteliğinde olup olmadığının tespitinde; iddia olunan suçun pozitif düzenlemelerdeki tasnifinin, suçun gerçek niteliğinin, suç için öngörülen cezanın niteliği ile ağırlığının değerlendirilmesi gerekir. Ancak isnat olunan fiil, ceza kanunlarında suç olarak nitelendirilmiş ve yargılama aşamasında ceza hukukunun kuralları uygulanmış ise, ayrıca bir uygulanabilirlik incelemesi yapılmaksızın, adil yargılanma hakkının kapsamına girdiği kabul edilecektir (B. No: 2012/625, 9/1/2014, § 31).

116. Başvuru konusu olayda, başvuru hakkında, PKK Terör Örgütüne basın yolu ile yardım etmek suçundan cezalandırılması için İstanbul DGM Başsavcılığının 14/1/2002 tarihli iddianamesi ile kamu davası açılmıştır. Bu çerçevede başvuru hakkındaki suç isnadına dayalı yargılamanın Anayasa'nın 36. maddesinin güvence kapsamına girdiği konusunda kuşku bulunmamaktadır (B. No: 2012/625, 9/1/2014, § 32).

117. Cezai alanda yöneltilen suç isnatları ile ilgili uyuşmazlıklara ilişkin makul süre değerlendirmesinde, sürenin başlangıcı kural olarak, kişiye bir suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirildiği veya isnattan ilk olarak etkilendiği arama veya gözaltı gibi tedbirlerin uygulandığı andır. Somut olayda başvuru 765 sayılı kanun'un 169. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle dosyanın yeniden ele alınmasına dair İstanbul 4 Nolu DGM'nin kararından itibaren işleyen yargılamanın uzunluğundan şikayetçi olduğundan makul süre değerlendirilmesi açısından bu tarih, 20/2/2004 tarihidir. Sürenin bitiş tarihi ise, suç isnadına ilişkin nihai kararın verildiği tarihtir. Ancak devam eden yargılamalara ilişkin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasını içeren başvuruların yargılama faaliyetinin devamı sırasında da yapılabilmesi olanağı bulunduğundan, değerlendirmeye esas alınacak sürenin bitiş anı bireysel başvurunun karara bağlandığı tarihtir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 34; B. No: 2012/625, 9/1/2014, § 32). Bu kapsamda, somut yargılama faaliyeti açısından sürenin bitiş tarihinin, başvuru hakkındaki kovuşturmanın ertelenmesine ilişkin olarak verilen kararın kesinleşme tarihi olan 26/12/2012 tarihi olduğu anlaşılmaktadır.

118. Başvuruya konu yargılama sürecinin incelenmesinde, Başvuru, 2002 yılı Ocak ayında başvuruya konu iki kitabı yayınlamasından dolayı PKK Terör Örgütüne basın yolu ile yardım etmek suçundan cezalandırılması için İstanbul DGM Başsavcılığının 14/1/2002 tarihli iddianamesi ile kamu davası

açılmış; İstanbul 4 Nolu DGM'nin 30/9/2002 tarihli kararı ile başvurunun cezalandırılmasına karar verilmiştir. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 29/5/2003 tarihli ilamı ile İlk Derece Mahkemesinin kararını onamış ve karar kesinleşmiştir. İnfaz aşamasında kanun değişikliği nedeniyle, İstanbul 4 Nolu DGM'nin 20/2/2004 tarihli kararı ile başvuru hakkındaki infazın durdurulmasına karar verilmiş ve aynı tarihte, başvurunun eyleminin değişen kanun hükmü göz önüne alınarak yeniden değerlendirilmesi için uyarlama yargılamasına başlanmıştır. İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 21/3/2007 tarihli kararı ile başvurunun, terör örgütünün propagandasını yapmak suçundan cezalandırılmasına karar verilmiş; bu karar Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 28/1/2010 tarihli ilamı ile bozulmuştur. Yeniden yapılan yargılama sonunda başvuru, İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 8/12/2010 tarihli kararı ile terör örgütünün propagandasını yapmak suçundan cezalandırılmış, bu karar da Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 29/3/2012 tarihli ilamı ile bir kez daha bozulmuştur. Yeniden yapılan yargılama sonunda, İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 10/7/2012 tarihli kararı ile başvuru hakkında yürütülen kovuşturmanın ertelenmesine karar verilmiş; İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 26/12/2012 tarihli itirazın reddi kararı ile kovuşturmanın ertelenmesi kararı kesinleşmiştir.

119. 5271 sayılı Kanun'un öngördüğü yargılama usullerine tabi mahkemeler nezdindeki yargılamaların makul sürede tamamlanmadığı yönündeki iddialar daha önce bireysel başvuru konusu yapılmış ve Anayasa Mahkemesi tarafından makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir (B. No: 2012/625, 9/1/2014, §§ 22-45).

120. Başvuruya konu davada yer alan kişi sayısı ve davanın mahiyeti nedeniyle icrası gereken usul işlemlerinin niteliği başvuruya konu yargılamanın karmaşık olduğunu ortaya koymakla birlikte, davaya bütün olarak bakıldığında, somut başvuru açısından farklı bir karar verilmesini gerektirecek bir yön bulunmadığı ve söz konusu 8 yıl 10 ay 6 günlük yargılama sürecinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır.

121. Açıklanan nedenlerle, başvurunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

122. Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Nuri NECİPOĞLU bu görüşe katılmamışlardır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesinin Uygulanması

123. Başvurucu, 10.000,00 TL maddi ve 30.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

124. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

125. Başvurucunun tarafı olduğu uyuşmazlığa ilişkin yaklaşık dokuz yıllık yargılama süresi nazara alındığında, yargılama faaliyetinin uzunluğu sebebiyle, yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararı karşılığında başvurucuya takdiren 6.650,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

126. Başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik başvuru açısından ihlal tespitinin yeterli tatmin sağladığı değerlendirildiğinden ifade özgürlüğüne yapılan müdahale nedeniyle tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

127. Başvurucu tarafından maddi tazminat talebinde bulunulmuş olmakla beraber, tespit edilen ihlal ile iddia edilen maddi zarar arasında illiyet bağı bulunmadığı anlaşıldığından, başvurucunun maddi tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

128. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

129. Hakkında verilen kovuşturmanın ertelenmesi kararı nedeniyle başvurucunun halen denetimli serbestlik tedbiri, dolayısıyla, kovuşturma ve ceza tehdidi altında bulunduğu ve bu hususun ifade özgürlüğünü ihlal ettiği gözetilerek başvurucu hakkındaki ceza davasında 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca gereği yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun,

1. Duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının "açıkça dayanaktan yoksun olması" nedeniyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA**,

2. İfade özgürlüğünün ve makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği

yönündeki iddialarının **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serdar ÖZGÜLDÜR, Nuri NECİPOĞLU ile Burhan ÜSTÜN'ün karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

3. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün **İHLAL EDİLDİĞİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Nuri NECİPOĞLU ile Burhan ÜSTÜN'ün karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

4. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının **İHLAL EDİLDİĞİNE**, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Nuri NECİPOĞLU'nun karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

B. Başvurucuya 6.650,00 TL manevi **TAZMİNAT ÖDENMESİNE**, başvurunun tazminata ilişkin diğer taleplerinin **REDDİNE**,

C. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin **BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE**,

D. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına.

E. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca gereği yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemesine gönderilmesine,

12/11/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Haşim KILIÇ

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Zühtü ARSLAN

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvurucu hakkında ilk derece Mahkemesince verilen mahkûmiyet kararı Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 29.5.2003 tarih ve E.2003/846, K.2003/963 sayılı ilâmı ile onanmak suretiyle kesinleşmiştir. Ağır hapis cezasından çevrilme ağır para cezasının infazı aşamasında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 169. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle, davacının talebi üzerine 20.2.2004 tarihinde infazın durdurulmasına karar verilerek “uyarlama” yargılaması başlatılmış; bu yargılama sonunda ilk derece mahkemesince iki kez verilen mahkûmiyet hükmü Yargıtay 9. Ceza Dairesince usuli nedenlerle iki kez bozulmuş ve nihayet 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin âmir hükmü uyarınca, derece mahkemesinin 10.7.2012 tarihli kararıyla davacı hakkında yürütülen kovuşturmanın ertelenmesine, başvuru hakkında üç yıl denetimli serbestlik hükümlerinin uygulanmasına karar verilmiş ve bu karara karşı yapılan itiraz reddedilmek suretiyle karar kesinleşmiştir.

765 sayılı Kanun'un 169. maddesinde vaki değişiklik nedeniyle yapılan “uyarlama yargılaması” ile bu yargılama devam ederken çıkan 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesince verilen “kovuşturmanın ertelenmesi” kararı, ifade özgürlüğü ihlâline yol açtığı öne sürülen ve 29.5.2003 tarihinde onanmak suretiyle kesinleşen ceza yargılamasının bir parçası ve devamı niteliğinde olmadığı gibi; kesinleşen ceza yargılamasından tamamen bağımsız ve farklı hukuki sonuçları olan yargılama evreleridir. Bu mahiyetleri itibarıyla de 29.5.2003 tarihinde kesinleşen ceza yargılamasının Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yetkisinin başladığı 23.9.2012 tarihinden önceki bir döneme ilişkin bulunması nedeniyle, başvurucunun “ifade özgürlüğü” konusundaki iddialarının “kovuşturmanın ertelenmesi” yargılamasının kesinleştiği 26.12.2012 tarihi esas alınarak incelenilmesi imkânı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, bu konudaki iddiaların zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiği kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun işin esasının incelenmesine dair kararına katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Nuri NECİPOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvuru, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği ve uyarlama yargılamasının çok uzun sürdüğü iddialarına dayanmaktadır.

Başvurucunun yayınladığı şiir kitaplarının terör propagandası niteliğinde olduğu, verilen cezaların ölçsüz, fahiş ve ifade özgürlüğüne demokratik bir toplumda zorunlu olmayan bir müdahale teşkil etmediği, cezanın mevzuatta daha sonra başvurucunun lehine olarak yapılan değişiklikler nedeniyle uyarlanması gerekmesinin, aynı davanın uzun sürmesi şeklinde değerlendirilemeyeceği, uyarlama yargılamasının yeni ve farklı bir süreç olup ilk mahkumiyet kararının Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi dışında kaldığı, aksi düşünülse bile 2.7.2012 tarihinde kabul edilen 6352 sayılı Yasa ile başvurucunun mağduriyetine yeterli giderim sağlandığı düşüncesiyle, ihlal kararına katılmıyorum.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

MÜLKİYET HAKKI
(MD. 35)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/1436

Karar Tarihi: 6/3/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Burhan ÜSTÜN Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN Erdal TERCAN
Raportör	: Selami ER
Başvurucu	: Celalettin AŞÇIOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, maliki olduğu taşınmazın İzmir Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü (İZSU) tarafından kanal haline dönüştürülmesi üzerine oluşan zararın tahsil edilmesi talebiyle açtığı davada, davanın taraflarının talebi olmadan kamulaştırmaz el atma şeklinde ele alınması ve tarımsal net gelir yöntemi esas alınarak daha düşük tazminat belirlenmesi ile taşınmazın yol olarak terkinine karar verilmesi sonucu adil yargılanma ve mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek el atılan taşınmazının iadesi ve tazminat talebinde bulunmuştur.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 12/2/2013 tarihinde Seferihisar Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca, 29/3/2013 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına ve dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Birinci Bölümün 17/9/2013 tarihli ara kararı gereğince başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular ile başvurunun bir örneği görüş için 24/9/2013 tarihinde Adalet Bakanlığına gönderilmiş, Adalet Bakanlığının 14/11/2013 tarihli görüş yazısı 9/12/2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu Adalet Bakanlığı cevabına karşı beyanlarını yasal süresi içinde

19/12/2013 tarihinde ibraz etmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve ekleri ile ilgili dava dosyasında yer alan olaylar özetle şöyledir:

7. Başvurucunun maliki olduğu İzmir ili Seferihisar ilçesi sınırları içerisinde bulunan 5.207 m² tarla vasıflı taşınmazın tarladan daha düşük kotlu ve kışın su birikmesine sebep olan tarla yolu niteliğindeki bölümü, 2009 yılının Ekim ayında İZSU Genel Müdürlüğünce ıslah çalışmaları sırasında dere yatağı kabul edilerek 1,5-2 metre genişliğinde şerit halinde herhangi bir ölçüm yapılmadan 2 metre derinlikte oyulmuş ve 229,01 m²'lik bölümü kanala dönüştürülmüştür.

8. Başvurucu, 22/10/2009 tarihli dilekçesiyle İZSU Genel Müdürlüğüne (idare) başvurmuş ve yapılan yanlışlığın giderilmesi, tarla yolunun doldurularak eski seviyesine getirilmesi, tarlaya giriş yolunun açılması ve tarlasından alınan değerli toprağın iadesi talebinde bulunmuştur.

9. Taşınmazın eski haline dönüştürülmesi talebinden sonra, İZSU Genel Müdürlüğü verimli toprak yerine açılan kanalı 0,5 metre yeşil kaya dolgu malzemesiyle doldurmuştur.

10. Bunun üzerine başvuru, Seferihisar Asliye Hukuk Mahkemesine başvurarak zararının tespit edilmesi talebinde bulunmuş, Mahkemece 25/3/2010 tarihinde keşif yapılmış, 2010/31 değişik iş sayılı kararla, 12/4/2010 tarihli bilirkişi raporuna istinaden taşınmazın eski haline getirilerek yeniden tarıma elverişli arazi olarak kullanılabilmesi için toplam 13.551,65 TL tutarında imalat ve nakliye yapılması gerektiği belirtilmiştir.

11. Başvurucu, İZSU Genel Müdürlüğünün kusurlu ve haksız eylemi nedeniyle oluşan zararın karşılanmaması üzerine 3/6/2010 tarihinde Seferihisar Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde fazlaya dair haklarını saklı tutarak, 13.500,00 TL tazminat talebiyle dava açmıştır. Davalı idare kendilerinin taşınmaza zarar vermediğini aşırı yağışlar nedeniyle dere taşması sonucu zarar meydana geldiğini ve yine aşırı yağışlar nedeniyle doldurma işlemi yapılmadığından zararın giderilemediğini belirtmiş, doğal afet nedeniyle meydana gelmiş felaketten idarenin sorumlu tutulamayacağını dile getirerek davanın reddini talep etmiştir.

12. Mahkeme tarafından 13/1/2011 tarihinde taşınmazın bulunduğu yerde bilirkişilerle birlikte keşif yapılmış, Mahkemeye sunulan 28/1/2011 tarihli bilirkişi raporu ile dava konusu taşınmaza dere ıslah çalışması kapsamında ka-

mulaştırmaz el atıldığı ve el atma bedelinin 5.141,27 TL olduğu tespit edilmiştir.

13. Tarafların itirazı üzerine Mahkemece ek bilirkişi raporu hazırlanmak amacıyla 11/5/2011 tarihinde taşınmazın bulunduğu yerde bilirkişiler eşliğinde ikinci keşif yapılmış, 9/6/2011 tarihli bilirkişi raporuyla dava konusu taşınmazın ıslah çalışması kapsamında kamulaştırmaz el atıldığı ve el atılan 229,01 m²'lik alanın değerinin tarımsal net gelir hesap yöntemiyle 7.495,50 TL olduğu tespit edilmiştir.

14. 21/6/2011 tarihli duruşmada taraflara bilirkişi raporuna itirazlarını sunmak üzere 20 günlük süre verilmiş ve taraflar itirazlarını Mahkemeye sunmuşlardır.

15. 26/7/2011 tarihli duruşmada ise haksız fiil esaslarına göre zararın tespiti için yeni bir bilirkişi incelemesi istenmiş ve 19/8/2011 tarihli bilirkişi raporuyla başvurucuya ait taşınmazın yeniden tarıma elverişli arazi olarak kullanılabilmesi için dava tarihi itibarıyla yapılması gereken imalat ve nakliye maliyetinin 13.551,65 TL olduğu tespit edilmiştir. Taraflara bu rapora karşı da itirazlarını Mahkemeye sunmaları için 11/10/2011 tarihli duruşmada iki hafta süre verilmiş ve taraflar itirazlarını mahkemeye sunmuşlardır.

16. Mahkeme, 1/11/2011 tarih ve E.2010/139, K.2011/259 sayılı kararıyla davaya konu taşınmazın bir bölümünü çevreleyen yolun, kadastro çalışmasında İrimi Çayı ve yol olarak yazıldığını, paftada yol olarak görüldüğünü, kuru havalarda yol olarak kullanıldığını, ancak yağışlı havalarda su ile dolduğunu ve taşkına neden olduğunu, idare dere ıslahı çalışması yaparken başvurucuya ait taşınmazın bir bölümünün de alındığını ve kamulaştırmaz el atmanın gerçekleştiğini tespit ederek bilirkişi raporu doğrultusunda kamulaştırmaz el atma prensibine göre tarımsal net gelir yöntemini esas alarak başvurucuya 7.495, 50 TL tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmetmiştir.

17. Başvurucu, ilk derece mahkemesinin kararını, haksız fiil hükümlerine göre hesaplama yapmak yerine tarımsal net gelir usulü ile hesaplanan değer üzerinden hüküm kurulmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle; davalı idare ise, davanın haksız fiil nedeniyle tazminat davası olduğunun dikkate alınmadığı ve zararın idarenin yaptığı çalışma arasında illiyet bağı olmadığı, dolayısıyla haksız fiil sebebiyle ödenmesi gereken tazminat şartlarının oluşup oluşmadığı araştırılmadan kamulaştırmaz el atma yönünden hüküm kurulmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle temyiz etmiştir.

18. Temyiz talebini inceleyen Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 13/6/2012 tarih ve E.2012/4383, K.2012/12659 sayılı kararıyla, eski hale getirme bedeli taşınmazın

zın değerinden fazla belirlendiğinden taşınmazın bedelinin tahsiline karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmediği gerekçesiyle, “*el atılarak yol haline dönüştürülen 229,01 m²’lik taşınmaz bölümünün yol olarak terkinine*” cümlesinin eklenerek ilk derece mahkemesi hükmünün düzeltilerek onanmasına karar vermiştir.

19. Yargıtay’ın aynı Dairesince incelenen karar düzeltme talebi de, 29/11/2012 tarih ve E.2012/18214, K.2012/24560 sayılı kararla reddedilmiştir. Karar aynı tarihte kesinleşmiştir.

20. Kesinleşen karar başvurucuya 18/1/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

B. İlgili Hukuk

21. 4/11/1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’na 18/6/2010 tarih ve 5999 sayılı Kanunla ilave edilen geçici 6. maddenin 24/5/2013 tarih ve 6487 sayılı Kanun’un 21. maddesiyle değişmeden önceki birinci ve altıncı fıkraları şöyledir:

“Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veya irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, malik tarafından ilgili idareden tazminat talebinde bulunulması halinde, öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesi esastır.

...

İdare ve malik arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde, uzlaşmazlık tutanağının tanzim edildiği veya ikinci fıkradaki sürenin uzlaşmaya davet olmaksızın sona erdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde malik tarafından sadece tazminat davası açılabilir. Dava açılması halinde, fiilen el konulan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının müracaat tarihindeki değeri, ikinci fıkranın birinci cümlesindeki esaslara göre mahkemece tespit ve taşınmazın veya hakkın idare adına tesciline veya terkinine ve malike tazminat ödenmesine hükmedilir. Tescile veya terkinine ilişkin hüküm kesin olup tarafların hükmedilen tazminata ilişkin temyiz hakkı saklıdır.”

22. 13/2/2011 tarih ve 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un iptal edilen geçici 2. maddesi şöyledir:

“Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş yıl süreyle geçerli olmak üzere; 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun geçici 6 ncı mad-

desi hükmü, 4/11/1983 tarihinden sonraki kamulaştırmaz el koyma işlemlerine de uygulanır. Ancak, bu tarihten sonraki kamulaştırmaz el koyma işlemleri sebebiyle açılan tazminat davalarında verilen ve kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden 2942 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesinin yedinci fıkrası uyarınca ödemelerde kullanılmak üzere, ihtiyaç olması halinde, idarelerin yılı bütçelerinde sermaye giderleri için öngörülen ödeneklerden ayrıca yüzde beş pay ayrılır.”

23. 22/11/2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun “Kaydedilmeyecek taşınmazlar” kenar başlıklı 999. maddesi şöyledir:

“Özel mülkiyete tabi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir ayni hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunmaz. Tapuya kayıtlı bir taşınmaz, kayda tabi olmayan bir taşınmaza dönüşürse, tapu sicilinden çıkarılır.”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

24. Mahkemenin 6/3/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
nun 12/2/2013 tarih ve 2013/1436 numaralı bireysel başvurusu incelenip gere-
ği düşünüldü:

C. Başvurucuların İddiaları

25. Başvurucu, İZSU Genel Müdürlüğünün kusurlu ve haksız eylemi nede-
niyle oluşan zararın tazmini talebiyle açtığı davada, Mahkemenin tarafların
talebi olmaksızın kamulaştırmaz el atma prensibini göz önünde bulundur-
mak suretiyle ve tarımsal net gelir yöntemini esas alarak tazminata hükmetti-
ğini, hükmün temyizi sonucu ise Yargıtay’ın “el atılan ve yol haline dönüştürü-
len 229,01 m²’lik bölümdeki davacı payının iptali ile yol olarak terkinine” cümlesini
ekleyerek ilk derece mahkemesi hükmünü düzelterek onadığını belirterek
adil yargılanma ve mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve ihlalin
ortadan kaldırılarak terkin edilen payın kendisine iadesi ile zararına karşılık
olarak 13.444,65 TL maddi tazminat taleplerinde bulunmuştur.

D. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Adil Yargılanma Hakkı Yönünden

26. Başvurucu, İZSU Genel Müdürlüğünün kusurlu ve haksız eylemi nede-
niyle oluşan zararın tazmini talebiyle açtığı davada, Mahkemenin tarafların
talebi olmaksızın kamulaştırmaz el atma prensibini göz önünde bulundur-
mak suretiyle ve tarımsal net gelir yöntemini esas alarak tazminata hükmet-
mesinin adil olmadığını, mahkemenin hatalı karar verdiğini ve sonuçta sahibi
olduğu mülkiyetin kendisinden alınarak haklarının ihlal edildiğini iddia et-

miştir.

27. Adalet Bakanlığı görüş yazısında delillerin kabul edilmesi ve değerlendirilmesinin öncelikle yerel mahkemelerin görevi olduğunu, yerel mahkemelerde olguların ve hukukun değerlendirilmesinde haklar ve özgürlükler ihlal edilmedikçe Anayasa Mahkemesi'nin yerel mahkemelerin maddi ve hukuki hatalarını denetlemekle yükümlü olmadığını, somut başvuruda başvurunun Asliye Hukuk Mahkemesi önünde başvuruya konu şikâyetlerini dile getirdiğini, mahkemenin bilirkişi raporlarını incelemek üzere kendisine süre verdiğini, mahkemenin başvurunun itirazı üzerine ek bilirkişi raporu aldırdığını, başvurunun şikâyetlerini usulüne uygun şekilde değerlendirerek keyfilikten uzak ve usulüne uygun karar verdiğini dile getirmiştir.

28. Başvurucu Adalet Bakanlığı görüş yazısına karşı beyanlarında el atılan arazinin denize 1000 metre yakınlıkta olduğunu, belirlenen değerden daha iyi bir değere sahip olduğunu, kendisinin ve idarenin kamulaştırma talebi olmadığını, Mahkemenin tarafların talep etmedikleri bir şekilde karar vermesinin keyfi olduğunu belirtmiştir.

29. 6216 sayılı Kanun'un "Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi" kenar başlıklı 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Mahkeme, ... açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir."

30. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Taraflarca getirilme ilkesi" kenar başlıklı 25. maddesi şöyledir:

1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.

(2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.

31. 6100 sayılı Kanun'un "Hukukun uygulanması" kenar başlıklı 33. maddesi şöyledir:

"Hâkim, Türk hukukunu resen uygular."

32. Başvurucu, davanın haksız fiil yerine kamulaştırmasız el atma prensiplerine göre ele alınmasının ve bedelin düşük tespit edilmesinin hak arama hürriyeti ve mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvurunun özünün derece mahkemelerince dava konusu uyuşmazlığın hukuki nitelendirilmesinde ve yorumlanmasında isabet olmadığı iddiasına yönelik olduğu ve esas itibarıyla yargılamanın sonucuna ilişkin olduğu anlaşıldığından bahsedilen şikâyet adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilecek, kamulaş-

tırmasız el atma nedeniyle Mülkiyet hakkı ihlali iddiası ayrıca incelenecektir.

33. Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, bireysel başvurulara ilişkin incelemelerde kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların incelemeye tabi tutulamayacağı, 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise açıkça dayanaktan yoksun başvuruların Mahkemece kabul edilemezliğine karar verilebileceği belirtilmiştir.

34. Bir anayasal hakkın ihlali iddiasını içermeyen, yalnızca derece mahkemelerinin kararlarının yeniden incelenmesi talep edilen başvuruların açıkça dayanaktan yoksun ve Anayasa ve Kanun tarafından Mahkemenin yetkisi dışında bırakılan hususlara ilişkin olduğu açıktır.

35. Bahsedilen kurallar uyarınca, derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış olayların sübutu, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ve açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar da bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Bu çerçevede, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz. (B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 26,)

36. Başvurucunun, idarenin haksız fiili nedeniyle verdiği zararın giderilmesi (eski hale getirme) amacıyla açtığı tazminat davası, mahkemece yapılan keşifler, alınan bilirkişi raporları, tanıkların beyanı, ilgili belgelerin incelenmesi sonucunda; başvurucuya taşınmazın bir kenarını çevreleyen kayıtlarda dere ve yol olarak görünen alanda su birikintisini önlemek amacıyla ıslah çalışması yapıldığı ve bu çalışma sırasında başvurucuya ait taşınmaza şerit halinde 1,5-2 metre olmak üzere toplam 229,01 m² el atıldığı; ayrıca idarenin dere yatağı olarak kabul ettiği ıslah çalışmasına konu alanda su birikintisi olduğunu, kış mevsiminde tamamıyla su ile dolduğunu, yaz mevsiminde ise bu alanın yol olarak kullanıldığı tespit edilerek el atma işleminde kamu yararı olduğu tespit edilerek dava kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat davası olarak görülmüştür.

37. Ayrıca Mahkeme, yargılama boyunca gerekli araştırmayı yapmış, mahallinde iki defa keşif yapmış, iki bilirkişi raporu almış, ayrıca başvurucunun talebi üzerine taşınmazı eski haline döndürme bedelinin tespiti için ek bilirkişi raporu almış ve başvurucuya her aşamada itirazlarını sunma fırsatı vererek bu itirazları değerlendirmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, usulüne uygun bir yargılama yaparak kararını vermiştir.

38. Temyiz aşamasında eski hale getirme bedelinin taşınmazın değerinden fazla olarak tespit edilmesi nedeniyle taşınmazın bedelinin tahsil edilmesine karar verilmesinde isabetsizlik olmadığı, ayrıca dava konusu taşınmazın bir bölümüne idarece dere ıslahı yapılması zaruri olan bir alanda yapılan çalışma sonucu el atıldığı, el atılan kısmın yol haline dönüştürülmesi nedeniyle Türk Medeni Kanunu'nun 999. maddesi uyarınca özel mülkiyet konusu olamaya-çağı gerekçesiyle tapudan terkin edilmesine ve derece mahkemesi kararının düzeltilerek onamasına karar verilmiştir.

39. 6100 sayılı Kanun'un 25. maddesinde yer alan taraflarca getirilme ilkesi gereği hâkim iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda bulunamaz. Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz. Bu ilkenin anlamı, hükme esas teşkil edecek vakıaların ve delillerin oluşturduğu dava malzemesinin toplanması yetkisinin hâkime değil, taraflara ait olduğudur. Bu ilke uyarınca hâkim, taraflarca getirilen dava malzemesini, "getirildikleri şekilde" hükme esas almakla yükümlüdür. Somut bireysel başvuru konusu yapılan olayda da Asliye Hukuk Mahkemesi tarafların getirdiği delillerle bağlı olarak kararını vermiştir.

40. Yukarıda bahsedilen taraflarca getirilme ilkesi gereği hâkimin tarafların getirmediği olayları dikkate alamayacağı açık olmakla birlikte 6100 sayılı Kanun'un 33. maddesi gereği mevcut dava malzemesini inceleyerek uyuşmazlık konusunda karar vermek, yani hukukun uygulanması ve yorumlanması hâkimin resen gözeticeği bir husustur. Bu kapsamda dava konusu uyuşmazlığın hukuki nitelemesi ve yorumlanmasıyla buna getirilen çözüm hâkimin takdir yetkisi içindedir. Derece mahkemelerinin uyuşmazlık konusunun hukuki nitelemesinde ve yorumlamasında açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz.

41. Açıklanan nedenlerle, başvurunun davanın nitelemesiyle ilgili iddiasının kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu, derece mahkemesi kararlarının bariz bir şekilde keyfilik de içermediği anlaşıldığından, başvurunun hak arama hürriyetiyle ilgili şikâyetinin diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Mülkiyet Hakkı Yönünden

42. Başvurucunun Anayasada yer alan kamulaştırma usulü yerine kamulaştırmaz el atmak suretiyle mülkünden yoksun bırakılması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi bu şikâyet için diğer kabul edilemezlik nedenlerinden herhangi biri de bulunmamaktadır. Bu nedenle, başvurunun bu bölümüne ilişkin ola-

rak kabul edilebilirlik kararı verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden İnceleme

43. Başvurucu, idarenin kusurlu ve haksız eylemi nedeniyle oluşan zararın tazmini talebiyle açtığı davada, Mahkemenin tarafların talebi olmaksızın kamulaştırmaz el atma prensibini göz önünde bulundurmak suretiyle ve tarımsal net gelir yöntemini esas alarak tazminata hükmettiğini, bu şekilde karar vermenin keyfi uygulamaların önünü açacağını, bu yolla idarenin istediği taşınmaza tecavüz ederek ve sonrasında kamulaştırma bedelini ödeyerek sahip olabileceğini belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

44. Adalet Bakanlığı görüş yazısında taşınmazlar yönünden mülkiyet hakkına müdahalede yasal yolun kamulaştırma işlemi yapmak olduğu, uygulamada el koyma şeklinde müdahaleler bulunduğu, bu durumun AİHM kararlarında eleştirildiği, somut davada kamulaştırma işlemi olmadan başvurucuya ait taşınmaza el atılmayı meşru kılan tek unsurun bu durumun yasal olmadığını tespit eden ve tazminat ödenmesine karar veren mahkeme kararı olduğu, bu şekilde başvurunun mülkiyet hakkıyla kamu yararı arasında makul dengenin kurularak hukuki güvencenin sağlandığı belirtilerek başvurunun mülkiyet hakkına ilişkin şikâyeti incelenirken bu hususların dikkate sunulduğu yönünde beyanda bulunulmuştur

45. Başvurucu Adalet Bakanlığı görüş yazısına karşı beyanlarında el atılan arazinin denize 1000 metre yakınlıkta olduğunu, kamulaştırılmasını istemediğini, kendisinin ve idarenin kamulaştırma talebi olmadığını, Mahkemenin tarafların talep etmedikleri bir şekilde karar vermesinin keyfi olduğunu belirtmiştir.

46. Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

47. Anayasa'nın "Kamulaştırma" kenar başlıklı 46. maddesi şöyledir:

"Devlet ve kamu tüzelkişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karışılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. ... Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir.

...

48. Sözleşmeye Ek (1) No.lu Protokol'ün "Mülkiyetin korunması" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasa da öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez."

49. Başvurucunun tarla olarak kullandığı taşınmazı çevreleyen dere yatağı ve tarla yolu üzerinde yapılan ıslah çalışması sırasında başvurucuya ait taşınmaza tecavüz edilmesi ve sonrasında mahkemenin davayı kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat davası olarak ele almasıyla yargılama sonucunda el atılan taşınmaz bölümünün mülkiyeti başvurucudan alınarak yola dönüşürülmüştür. Bu durumda başvurucunun mülkiyet hakkına bir müdahale olduğu açıksa da bu müdahalenin başvurucunun mülkiyet hakkını ihlal edip etmediğinin incelenmesi gerekir.

50. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının mutlak bir hak olmadığı ve kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilceği belirtilmiştir. Anayasa'nın 13. maddesi temel hak ve hürriyetleri sınırlandırmada genel ilkeleri tespit ederken Devlet ve kamu tüzel kişilerine özel mülkiyette bulunan taşınmazları kamulaştırma yetkisi veren ve kamulaştırma ilkelerini belirleyen Anayasa'nın 46. maddesi mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin özel hükümler içermektedir. Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, başvurucuların bahsedilen talebinin değerlendirilmesinde Anayasa'nın 35. maddesiyle birlikte 13. ve 46. maddelerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir (B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 28).

51. Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hale getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler. Demokratik bir toplumda

temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir (AYM, E.2012/108, K.2013/64, K.T.22/5/2013).

52. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kamu yararı amacıyla ve kanunla yapılması gerektiği hüküm altına alınırken (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesi mülkiyetten yoksun bırakmanın kamu yararıyla, yasada öngörülen koşullarla ve uluslararası sözleşmelere uygun olarak yapılabileceğini öngörmektedir. AİHM, yasada öngörülen koşulları, bir diğer ifadeyle hukukiliği geniş yorumlayarak istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan içtihat yoluyla geliştirilmiş ilkelerin de hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul ederken (bkz. Malonei/İngiltere, B. No: 8691/79, 2/8/1984, §§ 66-68) Anayasa, tüm sınırlandırmaların mutlak manada kanunla yapılacağını öngörerek Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağlamaktadır (B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 31).

53. Hak ve özgürlüklerin ve bunlara yapılacak müdahalelerin ve sınırlandırmaların kanunla düzenlenmesi bu haklara ve özgürlüklere keyfi müdahaleyi engelleyen ve hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir. Bununla beraber kanunla düzenleme zorunluluğu, hakka yapılacak müdahalenin uygulanmasının kanun çerçevesini aşmayacak şekilde tüzük, yönetmelik, tebliğ ve genelge gibi yürütme organının çıkardığı ikincil düzenlemelerle yapılmasına mani değildir (B. No: 2012/1246, 6/2/2014, § 60)

54. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. (AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013).

55. Kamulaştırma yapmaya yetkili olan Devlet, kamu tüzel kişileri, kamu kurumları veya kamu yararı bulunması halinde yararlarına kamulaştırma yapılabilecek gerçek ve özel hukuk kişileri tarafından, Anayasa'nın 46. maddesi ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na aykırı şekilde, özel mülkiyete konu

taşınmazlara kısmen veya tamamen, fiilen veya hukuken bedelsiz olarak el koyma işlemine “kamulaştırmasız el atma” denmektedir.

56. Kamulaştırmasız el atma, kamulaştırma ile kıyaslandığında daha az güvence sunan ve hukuki olmayan bir yöntemdir. Şöyle ki, 2942 sayılı Kanun’a göre, kamulaştırma kararı verilebilmesi için öncelikle taşınmazın değerinin idare tarafından tespit ettirilmesi, uyuşmazlık halinde idarenin mahkemeye başvurarak bedel tespitini istemesi gerekmektedir. Tespit edilen bedelin peşin olarak bankaya yatırılmasıyla kamulaştırma kararı kesinleşmektedir. Bu nedenle bir kamu idaresi kamulaştırma bedelini ödeyecek yeterli ödeneği olmadıkça kamulaştırma kararı alamayacaktır. Diğer taraftan, kamulaştırmasız el atılan taşınmazlarla ilgili olarak uzlaşma ve dava yoluna başvurma külfeti maliklere yüklenmiştir. Bu nedenle dava harçlarını ödeme yükümlülüğü de maliklerin üzerindedir (Bkz. AYM, E.2010/83, K.2012/169, 1/11/2012).

57. Kamulaştırmasız el atma, idareye, taşınmazı kullanma ve kamulaştırma işlemi yapmadan taşınmazı elde etme imkânı sağlamaktadır. Böyle bir kamulaştırma işlemi olmadığından, kullanılan taşınmazın devrini meşrulaştırma ve belli bir hukuki güvence sağlama imkânı sunan tek unsur, idare tarafından kullanımın yasal olmadığını tespit eden ve bireylere “kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat” ödenmesine hükmeden mahkeme kararıdır. Kamulaştırmasız el atma uygulaması, hukuki planda taşınmazların maliki olarak kalan başvuranları, herhangi bir kamu yararı gerekçesi ile eylemini haklı kılmayan idareye karşı dava açmak zorunda bırakmaktadır. Böyle bir kamu yararı gerekçesinin gerçekliği ancak daha sonra mahkemeler tarafından değerlendirilmektedir. Başka bir deyişle, kamulaştırmasız el atma, her ne olursa olsun, idare tarafından isteyerek oluşturulmuş kanuna aykırı bir durumu hukuki olarak kabul etmeye ve idareye, kanuna aykırı davranışından fayda sağlama imkânı sunmaya yol açmaktadır. İdareye resmi kamulaştırma kurallarının ötesine geçme imkânı sağlayan böyle bir uygulama, kişilere ön-görülemez ve keyfi durumlarla karşılaşma tehlikesi taşımaktadır. Söz konusu uygulama, yeterli derecede hukuki güvence temin edecek ve gerektiği şekilde gerçekleştirilen bir kamulaştırmanın alternatifini oluşturacak nitelikte değildir (Bkz. AİHM, Sarıca ve Dilaver/Türkiye, 11765/05, 27/5/2010, §§ 40, 43, 45).

58. Anayasa’nın 35 ve 46. maddeleri taşınmaz mülkiyetine son verecek müdahalelerin yasal olmasını zorunlu tutmaktadır. Bu zorunluluk hukuk devletinin gereğidir. Anayasa’nın 46. maddesi hükmü ve 2942 sayılı Kanun gereği asıl olan kamulaştırma işlemi yapmak suretiyle idarenin taşınmazı iktisap etmesidir. Yöntem olarak Anayasa ve yasalara uygun bir kamulaştırma işlemi yapılması söz konusu iken, dayanağını Anayasa ve yasalardan almayan, bireylerin mülkiyet hakkına son veren bir uygulama olan kamulaştırmasız el

atma yasalarına uygun bir kamulaştırma ile aynı hukuki çerçeve içinde değerlendirilemez. İdarelere resmi kamulaştırma kurallarının ötesine geçme imkânı sağlayan böyle bir uygulama, taşınmaz sahipleri için öngörülemeyen ve hukuki olmayan müdahale riski taşımaktadır.

59. Başvuru dosyasında mevcut belgeler incelendiğinde; idarenin taşınmaza 1,5-2 metre civarında ve şerit halinde el atmasının, komşu taşınmazın tel örgüsünün yola tecavüz edecek biçimde çekilmesi ve yeterli ölçüm yapılmaması sebebiyle başvurucuya ait taşınmazın bir bölümünün idarece yol zannedilmesi nedeniyle, yani ihmal sonucu meydana geldiği ve bu durumun başvurucu tarafından da kabul edildiği anlaşılmaktadır.

60. Başvuru konusu olayda idarenin paftada yol olarak görünen ve kadastro çalışmaları sırasında ölçü krokisinde İrimi Çayı ve Yol olarak yazılı olan, kuru havalarda yol olarak kullanılan, bir kısmının ise dere yatağı görünümünde olduğu tespit edilen alanda tarım arazisi olarak kullanılan alanlara zarar verme ihtimali bulunan su birikintisini önlemek amacıyla, yani meşru kamu yararı amacıyla dere ıslahı çalışması yaparken başvurucuya ait 5.207 m² alanlı taşınmazın şerit halinde 229,01 m² 'lik kısmına kamulaştırmaz el atılarak verimli toprak kaybına neden olduğu, verimli toprağın alındığı, yerine dolgu malzemesi yerleştirildiği, bu şekilde Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş süreçler takip edilmeden başvurucunun mülkiyetinde bulunan taşınmaza kamulaştırmaz olarak el atıldığı mahkeme kararıyla sabittir.

61. Sonuç olarak başvurucuya ait taşınmazın bir bölümüne dere ıslah çalışması kapsamında idarenin ihmali neticesinde kamulaştırmaz el atmasının Anayasa'nın 35. ve 46. maddeleriyle 2942 sayılı Kanun'da belirtilen usule uymayan bir müdahale olduğu ve mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanunilik ilkesini ihlal ettiği kanaatine ulaşılmıştır.

62. Belirtilen nedenlerle, başvurucuların Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının kanunilik ilkesine uyulmayarak ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

63. Başvurucu, dere ıslah çalışması kapsamında kendisine ait 229,01 m²'lik taşınmaz parçasının idarece dolgu malzemesiyle doldurularak kamulaştırmaz el atma ile mülkiyet hakkının ihlal edildiğini, kamulaştırma kararının iptal edilerek 229,01 m²'lik taşınmaz parçasının kendisine iade edilmesini ve tarlasına verilen zararın eski hale getirilmesi için gerekli bedelin masraflar düştükten sonra kalan kısmına faiz işletilerek kendisine 13.444,65 TL ödemesini talep etmiştir.

64. Adalet Bakanlığı görüşünde, doğrudan tazminata ilişkin bir açıklama

yapmamakla beraber Mahkemenin davayı kamulaştırmaz el atma davası olarak görmesinde ve neticelendirmesinde keyfilik olmadığı ve başvurucuya el atılan taşınmaz parçasına karşılık 2942 sayılı Kanuna göre tespit edilmiş kamulaştırma bedelinin faiziyle birlikte ödendiği ve dolayısıyla kamu yararıyla kişi yararı arasında denge kurulduğu yönünde değerlendirme yapılmıştır.

65. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

66. Başvurucuya ait taşınmaza Anayasa ve 2942 sayılı Kanunda öngörülmeyen kamulaştırmaz el atma şeklindeki müdahalenin mülkiyet hakkını ihlal ettiği yönünde karar verilmiştir.

67. Bunun yanında bahsedilen müdahaleyle dere yatağının ıslah edilerek su birikmesine ve taşkınlarına engel olmak şeklinde ulaşılmak istenen kamu yararıyla başvurunun mülkiyet hakkı arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu denge başvurucuya el atılan taşınmaz bölümünün mahkemece tespit edilen gerçek karşılığı ödenerek sağlanmaktadır. Mahkemelerin kamulaştırmaz el atma nedeniyle tazminat ödenmesine karar vermeleri kamu yararıyla kişi yararı arasında adil dengeyi sağladığı gibi, idare tarafından kullanımın yasal olmadığını tespit ederek belli bir hukuki güvence sağlamaktadır.

68. Başvurucu, taşınmazının daha değerli olduğunu iddia etse de, Mahkemenin ve bedel tespiti yapan bilirkişilerin objektif kriterleri esas alarak bedel tespiti yapmaları gerektiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Somut davada başvurucuya 2942 sayılı Kanun'da öngörülen bedel tespiti prensiplerine uygun olarak el atmayla elinden alınan 229,01 m²'lik taşınmaz bölümü için tazminat olarak tarımsal gelir yöntemine göre hesaplanan kamulaştırma bedeli dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmiştir. Mahkeme bedel tespitini iki defa keşif yaparak, bilirkişi raporlarına müracaat ederek ve başvurunun her aşamada itirazlarını sunmasına imkân vererek ve bu itirazları dikkate alarak sonuçlandırmıştır.

69. Bu durumda başvurucuya el atılan 229,01 m²'lik taşınmaz parçasına karşılık dava tarihine göre belirlenen kamulaştırma bedeli dava tarihinden

itibaren işleyen faiziyle ödenerek ulaşılmak istenen kamu yararıyla başvurunun müdahale edilen mülkiyet hakkı arasında makul bir orantının kurulduğu, idarenin el atma işleminin ihmalden kaynaklandığı ve kanuni olmayan el atma hakkında ihlal kararı verildiği göz önünde bulundurulduğunda başvurucuya ayrıca tazminat ödenmesine gerek bulunmadığı yönünde karar verilmesi gerekir.

70. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle

A. Başvurunun

1- Adil yargılanma hakkıyla ilgili şikâyetinin diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “*açıkça dayanaktan yoksun olması*” nedeniyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,**

2- Mülkiyet hakkıyla ilgili şikâyet yönünden **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

B. Başvurucunun Anayasa’nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının **İHLAL EDİLDİĞİNE,**

C. Başvurucunun tazminat taleplerinin **REDDİNE,**

D. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya **ÖDENMESİNE,**

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurunun Maliye Hazinesine başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

F. Kararın bir örneğinin ilgili mahkemesine gönderilmesine,

06/03/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan

Serruh KALELİ

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Erdal TERCAN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/5660

Karar Tarihi: 20/3/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Burhan ÜSTÜN Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN Erdal TERCAN
Raportör	: Abdullah TEKBAŞ
Başvurucu	: Selçuk EMİROĞLU
Vekili	: Av.Öztürk TÜRKDOĞAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, ücretli olarak çalıştığı 2006-2009 yılları arasında ücret gelirden olması gerekenden fazla gelir vergisi tevkifatı yapıldığını belirterek mülkiyet hakkı ve etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 30/7/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde belirlenen eksiklikler tamamlanmış ve Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca, başvurunun karara bağlanması için Bölüm tarafından Bölüm kararı alınması gerekli görüldüğünden, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

4. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

5. 30/3/2006 tarih ve 5479 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Özel Tüketim Vergisi Kanunu ve Vergi

Usul Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle 31/12/1960 tarih ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 103. maddesinde yapılan değişiklikle, 1/1/2006 tarihinden itibaren ücret gelirleri ve diğer gelirler bakımından ücret gelirleri lehine farklı vergi tarifesi uygulamasından vazgeçilerek, bütün gelirlerin aynı tarifeyle tabi tutulması uygulamasına geçilmiş ve Kanun'un 15. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde bu değişiklik hükmünün 1/1/2006 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

6. 193 sayılı Kanun'un 103. maddesinin kısmen iptali için yapılan başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi, 15/10/2009 tarih ve E.2006/95, K.2009/144 sayılı kararıyla 193 sayılı Kanun'un 103. maddesinde yer alan „...40.000 YTL'den fazlasının 40.000 YTL'si için 9190 YTL...“ ifadesinden sonra gelen „... fazlası % 35 oranında ...“ ibaresinin, ücret gelirleri yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, iptal hükmünün kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak 6 ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Karar 8/1/2010 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

7. Bu karar üzerine TBMM, 23/7/2010 tarih ve 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 193 sayılı Kanun'un 103. maddesini değiştirerek, ücret gelirleri lehine farklı bir tarifeyi kabul etmiş, Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde bu değişiklik hükmünün 1/1/2010 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

8. Bu süreçte ücretli olarak çalışmakta olan başvurucu, bu gelişmeler üzerine, 30/12/2011 tarihinde İstanbul Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığına hata düzeltme dilekçesi vererek, 2007-2009 yılları arasında ücretinden fazladan kesilen gelir vergisinin düzeltme işlemi yapılarak iadesini talep etmiştir.

9. Başvurucu, dilekçesinin süresi içinde cevap verilmeyerek zımnen reddi üzerine 22/2/2012 tarihli şikâyet dilekçesiyle Maliye Bakanlığına başvurmuş, bu başvuru da süresinde cevap verilmeyerek zımnen reddedilmiştir.

10. Başvurucunun zımnen ret kararına karşı açtığı dava, İstanbul 4. Vergi Mahkemesinin, 22/10/2012 tarih ve E.2012/1141, K.2012/2734 sayılı kararında, düzeltme ve şikâyet yoluna başvurulabilmesi için Vergi Usul Kanunu'nda tanımlanan türden bir vergi hatası bulunması gerektiği, uyumsuzluğun, vergi hatası dışında maddi olayların değerlendirilmesi ve irdelenmesini gerektiren bir sorun olarak ortaya çıktığı ve yorumu gerektirdiği, davaya ilişkin iddiaların yapılan kesintinin [mükellefin] bilgisine girdiği ödeme üzerine [süresinde] vergi mahkemesinde açılacak bir davada incelenebilecek nitelikte olduğu gerekçeleriyle reddedilmiştir.

11. Başvurucu tarafından temyiz edilen bu karar, Danıştay 4. Dairesinin 11/4/2013 tarih ve E.2013/822, K.2013/2265 sayılı kararıyla onanmıştır.

12. Bu karar 8/7/2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

B. İlgili Hukuk

13. Anayasa'nın 153. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkraları şöyledir:

““““

Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri iptal kararlarının Resmî Gazete’de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazete’de yayımlandığı günden başlayarak bir yılıgeçemez.

“““

İptal kararları geriye yürümez.”

14. 193 Sayılı Kanun’un 31/12/2005 tarihine kadar uygulanmış olan 103. maddesi şöyledir:

„Gelir vergisine tabi gelirler;

5,000,000,000 liraya kadar %20

12,000,000,000 liranın 5,000,000,000 lirası için 1,000,000,000 lira, fazlası %25

24,000,000,000 liranın 12,000,000,000 lirası için 2,750,000,000 lira, fazlası %30

60,000,000,000 liranın 24,000,000,000 lirası için 6,350,000,000 lira, fazlası %35

120,000,000,000 liranın 60,000,000,000 lirası için 18,950,000,000 lira, fazlası %40

120,000,000,000 liradan fazlasının 120,000,000,000 lirası için 42,950,000,000 lira, fazlası %45 Oranında vergilendirilir.

Ücret gelirlerinin vergilendirilmesinde, yukarıdaki tarifede yer alan vergi oranları beş puan indirilmek suretiyle uygulanır.”

15. 193 Sayılı Kanun’un 5479 Kanun’un 1. maddesiyle değişik ve 1/1/2006 - 31/12/2009 tarihleri arasında uygulanmış olan 103. maddesi şöyledir:

„Gelir vergisine tabi gelirler;

7.000 YTL’ye kadar % 15

18.000 YTL’nin 7.000 YTL’si için 1.050 YTL, fazlası % 20

40.000 YTL’nin 18.000 YTL’si için 3.250 YTL, fazlası % 27

40.000 YTL'den fazlasının 40.000 YTL'si için 9.190 YTL, fazlası % 35 oranında vergilendirilir."

16. 193 Sayılı Kanun'un 6009 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değişik 1/1/2010 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş ve halen uygulanmakta olan 103. maddesi şöyledir:

„Gelir vergisine tabi gelirler;

8.800 TL'ye kadar % 15

22.000 TL'nin 8.800 TL'si için 1.320 TL, fazlası % 20

50.000 TL'nin 22.000 TL'si için 3.960 TL (ücret gelirlerinde 76.200 TL'nin 22.000 TL'si için 3.960 TL), fazlası % 27

50.000 TL'den fazlasının 50.000 TL'si için 11.520 TL (ücret gelirlerinde 76.200 TL'den fazlasının 76.200 TL'si için 18.594 TL), fazlası % 35 oranında vergilendirilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

17. Mahkemenin 20/3/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
nun 30/7/2013 tarih ve 2012/5660 numaralı bireysel başvurusu incelenip gere-
ği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

18. Başvurucu, 2006-2009 yılları arasında ücretli olarak çalıştığını, gelir ver-
gisi uygulamasında ücret gelirleri ve diğer gelirlerin vergilendirilmesinde
önceden farklı tarife uygulanmakta iken 1/1/2006 tarihinden itibaren aynı ta-
rifeye geçildiğini, Anayasa Mahkemesi tarafından aynı tarife uygulamasının
Anayasa'ya aykırı bulunarak 2009 yılında ücret gelirlerinin vergilendirilmesi
bakımından tarifenin en yüksek oranının iptal edilmesi dolayısıyla kendisin-
den fazla vergi alındığının ortaya çıktığını, bunun üzerine fazla alınan vergi-
nin iadesi için tek yol olan hata düzeltme - şikâyet yoluna başvurduğunu, ce-
vap verilmeyerek zımnen ret kararları üzerine açtığı davanın reddedildiğini,
gerek idare ve gerekse yargı organları tarafından kendisine etkili bir başvuru
yolu gösterilmemesi sebebiyle fazla ödediği vergi dolayısıyla ortaya çıkan-
vergi iadesi alacağına kavuşamadığını belirterek, Anayasa'nın 2. maddesinde
yer alan hukuk devleti ilkesinin, 36. maddesinde tanımlanan hak arama hür-
riyetinin, 40. maddesinde yer alan devletin işlemlerine karşı başvuru yolla-
rı ve sürelerini göstermesi yükümlülüğünün, 73. maddesinde yer alan vergi
yükünün adaletli olması gerektiği yönündeki ilkenin ve vergi iadesi alaca-
ğı doğduğu halde buna kavuşamadığı yönündeki iddiaları bakımından 35.
maddede tanımlanan mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş, mahke-

me kararlarındaki Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS) aykırılığın tespit edilmesi, vergi alacağı olarak hesapladığı miktarın faiziyle birlikte ödenmesi, manevi tazminat ve yargılama giderlerine hükmedilmesi taleplerinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

19. Başvuru formunun incelenmesinden, başvurunun 2006-2009 yılları arasında ücret gelirinden fazla vergi alındığını iddia ettiği görülse de, önceki başvuru yollarında 2007-2009 yılları bakımından uyuşmazlık çıkardığı anlaşılmaktadır. Ancak varılan sonuçlara etkili olmayacağı anlaşıldığından 2006 yılı bakımından ayrı değerlendirme yapılmayacaktır.

20. Bunun yanı sıra başvuru, başvuru formunda Anayasa'nın 2., 35., 36., 40. ve 73. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştü de, Anayasa Mahkemesi olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifiile bağlı değildir (B. No: 2013/1586, 18/9/2013, § 17). Başvurucunun idari başvuru ve yargılama sürecine ilişkin iddialarının özü, etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının ihlali iddiası niteliğindedir. Vergi iadesi alacağına kavuşamadığı yönündeki iddialarının özü ise, açıkça belirtilmemiş olsa da mülkiyet hakkının ihlali iddiası niteliğinde olup, başvuru bu iki hak yönünden değerlendirilmiştir.

1. Mülkiyet Hakkı Yönünden

21. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

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

22. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un “Bireysel başvuru hakkı” kenar başlıklı 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”

23. Belirtilen hükümler uyarınca, bir anayasal hak ihlali iddiasının Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetkisi dâhilinde olabilmesi için, başvuru tarafından dayandırılan hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olması ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında yer alması, ayrıca başvurunun ihlal iddiasına temel alınan hakkın kapsamına giren korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gerekir (B. No: 2013/3351, 18/9/2013, § 31).

24. Anayasa'nın 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

25. Anayasa'nın 35. maddesi kapsamındaki mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvuru, böyle bir hakkın varlığını kanıtlamak zorundadır (B. No: 2013/382, 16/4/2013, § 26). Bu nedenle, öncelikle başvuruçunun, Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca korunması gereken mülkiyet hakkı kapsamında bir menfaate sahip olup olmadığı hususunun değerlendirilmesi gerekir.

26. Bireysel başvuru yolunda mülkiyet hakkının ihlali iddiasının ileri sürülebilmesi için mülkiyet konusu „sahip olunan bir mülk“e ihlal sonucunu doğuracak bir müdahalenin bulunması gerekmektedir (Benzer yöndeki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları için bkz. *J.A. Pye (Oxford) Ltd ve J.A. Pye (Oxford) Land Ltd/Birleşik Krallık*, B. No: 44302/02, 30/8/2007, § 61; *Von Maltzan ve Diğerleri/Almanya* (k.k.), B. No: 71916/01, 71917/01, 10260/02, 2/3/2005, § 74(c); *Kopecký/Slovakya*, B. No: 44/912/98, 28/9/2004, § 35(c)).

27. Sahip olunan şey kavramı, AİHS ve Anayasadaki düzenlenmeler açısından özerk bir kavram olarak ele alınıp değerlendirilmektedir. Dolayısıyla bu konudaki değerlendirmeler gerek AİHM ve gerekse Anayasa Mahkemesi tarafından mevzuattan bağımsız olarak değerlendirilmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Depalle/Fransa*, B. No: 34044/02, 29/3/2010, § 62; *Anheuser-Busch Inc./Portekiz*, B. No: 73049/01, 11/1/2007, § 63; *Öneryıldız/Türkiye*, B. No: 48939/99, 30/11/2004, § 124; *Beyeler/İtalya*, B. No: 33202/96, 5/1/2000, § 100).

28. Mülkiyet hakkı kapsamında sahip olunan şey, „mevcut bir şey“ olabileceği gibi, „malvarlığına ilişkin değerler“ de olabilir. Bu kapsamda alacak hakları da mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak alacak haklarının mülkiyet hakkı kapsamında korunabilmesi için, ya bir mahkeme hükmü, hakem kararı, idari karar gibi bir işlemle „yeterli derecede icra edilebilir kılınmış olması“ (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Burdov/Rusya*, B. No: 59498/00, 7/5/2002, § 28; *Moskal/Polonya*, B. No: 10373/05, 15/9/2009, § 45) ya da en azından bunlarla bağlantılı olarak „meşru bir beklenti“nin bulunması gerekmektedir. Meşru beklenti objektif temelden uzak bir beklenti olmayıp, bir kanun hükmü, yerleşik bir yargısal içtihat veya aynı menfaatle ilgili hukuki bir işleme dayalı beklentidir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Kopecký/Slovakya*, B. No: 44/912/98, 28/9/2004, §§ 45-52; *Saghinadze ve Diğerleri/Gürcistan*, B. No: 18768/05, 27/5/2010, § 103).

29. Yukarıda belirtilen Mahkeme içtihatları gereği, mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvuruçunun, öncelikle böyle bir hakkının var olduğunu, en azından meşru bir beklenti içinde olduğunu kanıtlaması gerekmektedir.

30. Somut olayda başvuruçucu, 2006-2009 yılları arasında ücret gelirleri ile diğer gelirlerin vergilendirilmesinde aynı tarifenin uygulanmasının Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunması ve tarifenin „...40.000 YTL'den fazlasının 40.000 YTL'si için 9190 YTL...“ ifadesinden sonra gelen „... fazlası % 35 oranında ...“ ibaresinin, ücret gelirleri bakımından iptal edilmesi dolayısıyla, 2006-2009 yılları arasındaki ücret gelirlerine uygulanan tarifenin hukuka aykırılığının ortaya çıktığını ve kendisinden fazla vergi alınması suretiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

31. Başvuruçunun iddialarının, kendisinden fazla vergi alınması suretiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği, fazladan alınan kısmın iade edilmesi gerektiği, dolayısıyla bir alacak hakkının bulunduğu yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda mülkiyet hakkı ihlali iddiasının değerlendirilebilmesi için öncelikle mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebilecek bir alacak hakkının mevcudiyetinin tartışılması gerekmektedir.

32. 193 sayılı Kanun'un 103. maddesini değiştirerek ücret gelirleriyle diğer gelirlerin aynı tarifeye tabi tutulması uygulamasını getiren 5479 sayılı Kanun'un 1. maddesi 1/1/2006 tarihinde yürürlüğe girmiş, Anayasa Mahkemesi tarafından 15/10/2009 tarihinde iptal edilmiş, iptal kararı Resmî Gazete'de 8/1/2010 tarihinde yayımlanmış ve 8/7/2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İptal üzerine TBMM tarafından çıkarılan 6009 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle 193 sayılı Kanun'un 103. maddesi değiştirilerek, ücret gelirlerinin vergilendirilmesinde farklı bir tarifeye geçilmiş, en yüksek oran olan % 35 oranına tabi ücretler bakımından matrah dilimi tutarı artırılmıştır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi iptal kararının yürürlük tarihi 8/7/2010 tarihi olsa da, 6009 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle getirilen düzenlemenin yürürlük tarihi, vergiye tabi gelirin „yıllık olması ilkesi“ne uygun olarak 1/1/2010 tarihi olarak belirlenmiş ve böylelikle Anayasa'ya aykırılık durumu 2010 yılı başından itibaren gideilmiştir.

33. Anayasa'nın 153. maddesinin ikinci fıkrası gereği, Anayasa Mahkemesince iptal edilen kanun hükmü, iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte, Anayasa Mahkemesince daha ileri bir tarih belirlenmiş ise o tarihte yürürlükten kalkacaktır. Aynı maddenin dördüncü fıkrası gereği ise Anayasa Mahkemesi iptal kararları geriye yürümeyecektir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesince iptal edilen bir kanun hükmü, iptal kararının yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla yürürlükten kalkacak ve iptal kararları geriye yürüme-

yeceği için de, bu kanun hükmüne göre tesis edilmiş işlemler geçerliliklerini sürdüreceklerdir. Nitekim AİHM de, hukuki kesinlik ilkesi gereği Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye dönük olarak haklar tesis etmeyeceğini belirtmiştir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *H.R./Almanya*, B. No: 17750/91, 30/6/1992; *J.R./Almanya*, B. No: 22651/93, 18/10/1995; *Mika/Avusturya*, B. No: 26560/95, 26/6/1996).

34. Bu durumda başvurucunun, 2006-2009 yılları arasında kendisinden fazla vergi alındığı ve bunların iade edilmesi gerektiği yönündeki iddialarına dayanak olarak ileri sürdüğü Anayasa Mahkemesi iptal kararı, geçmişe dönük olarak vergi iadesi şeklinde alacak hakkı doğurucu bir etkiye sahip olmadığı gibi, bu konuda meşru beklenti oluşturmak bakımından da elverişli değildir. Dolayısıyla başvurucuyu, iddia ettiği hakkı elde etme konusunda meşru bir beklentiye sevkedecek bir kanun hükmü veya yerleşik yargısal bir içtihat bulunmadığından, başvurucunun, Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına ilişkin korumadan yararlandırılması mümkün değildir.

35. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesi kapsamına giren korunmaya değer bir menfaatinin bulunmadığı anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "*konu bakımından yetkisizlik*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Etkili Bir Hukuk Yoluna Başvurma Hakkı Yönünden

36. AİHS ve Anayasa'da güvence altına alınmış etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının korunabilmesi için, bireysel başvuru kapsamında korunan haklardan birinin ihlal edildiğine dair *„savunulabilir bir iddia“*nın bulunması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Lithgow ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/8, 8/7/1986, § 205; *Leander/İsveç*, B. No: 9248/81, 26/3/1987, § 77).

37. Somut olayda başvurucunun, mülkiyet hakkına ilişkin korumadan yararlanabilecek bir menfaatinin bulunmadığı (§ 34), dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin savunulabilir bir iddiasının olmadığı açıktır. Bu durumda başvurucunun Anayasa'nın 40. maddesine düzenlenen etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı ile ilgili korumadan yararlandırılması da mümkün değildir.

38. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun bireysel başvuru kapsamında korunan haklarından birinin ihlal edildiğine dair savunulabilir bir iddiasının bulunmadığı anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "*konu bakımından yetkisizlik*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle başvurucunun, mülkiyet hakkının ve etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının ihlali iddialarının „konu bakımından yetkisizlik“ nedeniyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA**, yargılama giderlerinin başvuru üzerinde bırakılmasına, 20/3/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Serruh KALELİ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Erdal TERCAN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/1568

Karar Tarihi: 8/5/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Zehra Ayla PERKTAŞ Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Zühtü ARSLAN
Raportör	: Selami ER
Başvurucular	: Tülay ŞAHİN
Vekili	: Av. Abdullah YALÇINKAYA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, maliki olduğu taşınmazın kamulaştırılması nedeniyle açılan bedel tespiti ve tescil davasında taşınmazın bedelinin olması gerekenden düşük tespiti ve dava tarihine göre belirlenen kamulaştırma bedelinin dava sonunda faiz işletilmeden kendisine ödenmesi nedenleriyle mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştü ve maddi tazminat talebinde bulunmuştur.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 26/2/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca 19/9/2013 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına ve dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. İkinci Bölümün 23/1/2014 tarihli ara kararı gereğince başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular ile başvurunun bir örneği görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmiş, Adalet Bakanlığı 25/3/2014 tarihli yazısıyla daha önce sunulan görüşlere ve Anayasa Mahkemesi kararlarına atıf yapılarak yeni görüş sunulmasına gerek görülmediğini beyan etmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

7. Başvurucunun 200/4126 oranında hissedarı olduğu İstanbul ili Pendik ilçesi Doğu mahallesinde 104 pafta 849 ada, 541, 542, 543, 544 parsel sayılı taşınmazların tamamı ile 545 parsel sayılı taşınmazın 2030,90 m²'lik kısmı hakkında 23/9/2005 tarihli imar planında kamuya tahsisli alanda kaldığı gerekçesiyle ve yol yapımı amacıyla İstanbul Büyükşehir Belediyesi Encümeni tarafından 5/9/2006 ve 12/12/2006 tarihlerinde kamulaştırma kararı alınmıştır.

8. Kamulaştırma bedeli üzerinde anlaşma sağlanamaması üzerine İstanbul Büyükşehir Belediyesi 28/9/2009 tarihinde Pendik 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davası açmıştır.

9. 16/4/2010 tarihli bilirkişi raporuyla taşınmazlarda başvurucunun hisse oranı belirlenmiş, 30/7/2010 tarihli bilirkişi raporuyla taşınmazın başvuru hissesine düşen arsa değeri 31.010,00 TL, taşınmaz üzerindeki binanın değerinin başvuru hissesine düşen değeri ise 10.429,00 TL olarak belirlenmiş, başvuru bu tespiti karşı 14/12/2010 tarihli dilekçesiyle taşınmazların bulunduğu yerlerin sosyal ve ekonomik durumunun, çevre yolları ile deniz ve hava ulaşımına yakınlığının, zemin katın iş yeri olduğunun, kira getiren yer olduğunun nazara alınmadığı ve binanın yaşlı olduğunun dışarıdan anlaşılamayacağı şeklinde itirazlarını dile getirmiştir.

10. İtiraz üzerine mahallinde yapılan keşif ve sonrasında mahkemeye sunulan 26/5/2011 tarihli ikinci bilirkişi raporuyla önceki raporda sehven hesaplamaya dâhil edilmeyen 545 parsel dâhil edilerek ve binanın mülkiyetinin tamamının başvurucaya ait olduğu göz önünde bulundurularak kamulaştırılması istenen taşınmazların başvuru hissesine düşen arsa değeri 200.290,00 TL ve üzerindeki binanın değeri 212.841,00 TL, toplam kamulaştırma bedeli ise 413.131,00 TL olarak tespit edilmiştir.

11. Başvuru 12/5/2011 tarihli dilekçesiyle yine taşınmazların bulunduğu yerlerin sosyal ve ekonomik durumunun, çevre yolları ile deniz ve hava ulaşımına yakınlığı ile binanın yaşı, malzeme ve inşaat kalitesi konusundaki tespitlere itiraz etmiştir.

12. Bilirkişi tarafından tespit edilen bedel, Mahkeme kararıyla 23/12/2011 tarihinde başvurucaya banka hesabına bloke edilmiştir.

13. Mahkeme, 29/12/2011 tarih ve E.2009/466, K.2011/625 sayılı kararıyla davanın kabulüne karar vererek 26/5/2011 tarihli bilirkişi raporu doğrultusunda kamulaştırma bedelini 413.131,00 TL olarak tespit ederek davanın kabulüne

ve bedelin başvurucaya ödenmesine karar vermiştir.

14. Başvurucu kararı bedelin düşük tespit edildiği ve faiz ödenmesine karar verilmediği gerekçesiyle temyiz etmiş, temyiz istemi Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 7/6/2012 tarih ve E.2012/5790, K.2012/12088 sayılı kararıyla ve emsalleriyle kıyaslama yapılarak ve yıpranma payı düşülerek yapılan tespitte isabetsizlik görülmediği gerekçesiyle reddedilerek yerel mahkemenin kararı onanmıştır.

15. Başvurucunun karar düzeltme talebi ise aynı dairenin, 27/12/2012 tarih ve E.2012/23077, K.2012/28740 sayılı kararı ile reddedilmiştir.

16. Bu karar başvurucaya 6/2/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

17. Başvurucu 26/2/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

18. 4/11/1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun "Kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti ve taşınmaz malın idare adına tescili" kenar başlıklı 10. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Kamulaştırmanın satın alma usulü ile yapılamaması halinde idare, ... asliye hukuk mahkemesine müracaat eder ve taşınmaz malın kamulaştırma bedelinin tespitiyle, ... idare adına tesciline karar verilmesini ister.

Mahkeme, idarenin başvuru tarihinden itibaren en geç otuz gün sonrası için belirlediği duruşma gününü, ... taşınmaz malın malikine ... bildirerek duruşmaya katılmaya çağırır. Duruşma günü idareye de tebliğ olunur.

...

Mahkemece yapılan duruşmada tarafların bedelde anlaşamamaları halinde hakim, en geç on gün içinde keşif ve otuz gün sonrası için de duruşma günü tayin ederek, 15 inci maddede sayılan bilirkişiler marifetiyle ve tüm ilgililerin huzurunda taşınmaz malın değerini tespit için mahallinde keşif yapar...

Bilirkişiler, taraflar ve diğer ilgililerin beyanını da dikkate alarak, 11 inci maddede esaslar doğrultusunda taşınmaz malın değerini belirten raporlarını onbeş gün içinde mahkemeye verirler. Mahkeme bu raporu, duruşma günü beklenmeksizin taraflara tebliğ eder. Yapılacak duruşmaya hakim, taraflar veya vekillerini ve bilirkişileri çağırır. Bu duruşmada tarafların bilirkişi raporlarına varsa itirazları dinlenir ve bilirkişilerin bu itirazlara karşı beyanları alınır.

Tarafların bedelde anlaşamamaları halinde gerektiğinde hakim tarafından onbeş gün içinde sonuçlandırılmak üzere yeni bir bilirkişi kurulu tayin edilir ve hakim, tarafların ve bilirkişilerin rapor veya raporları ile beyanlarından yararlanarak adil

ve hakkaniyete uygun bir kamulaştırma bedeli tespit eder. Mahkemece tespit edilen bu bedel, taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkının kamulaştırılma bedelidir. ... İdarece, kamulaştırma bedelinin hak sahibi adına yatırıldığına ... dair makbuzun ibrazı halinde mahkemece, taşınmaz malın idare adına tesciline ve kamulaştırma bedelinin hak sahibine ödenmesine karar verilir ve bu karar, tapu dairesine ve paranın yatırıldığı bankaya bildirilir. Tescil hükmü kesin olup tarafların bedele ilişkin temyiz hakları saklıdır.

(Ek fıkra: 11/04/2013-6459 S.K./6. md) Kamulaştırma bedelinin tespiti için açılan davanın dört ay içinde sonuçlandırılmaması hâlinde, tespit edilen bedele bu sürenin bitiminden itibaren kanuni faiz işletilir.

...”

19. 2942 sayılı Kanun’un 24/4/2001 tarih ve 4650 sayılı Kanunla değişik 11. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

“Taşınmaz malın değerinin tespitinde, kamulaştırmayı gerektiren imar ve hizmet teşebbüsünün sebep olacağı değer artışları ile ilerisi için düşünülen kullanma şekillerine göre getireceği kâr dikkate alınmaz.”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Mahkemenin 8/5/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
nun 26/2/2013 tarih ve 2013/1568 numaralı bireysel başvurusu incelenip gere-
ği düşünüldü:

C. Başvurucunun İddiaları

21. Başvurucu Asliye Hukuk Mahkemesinin kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescili davasında kamulaştırma bedelinin, taşınmazın konumu, ulaşım im-
kânları, malzeme ve inşaat kalitesi gibi objektif kriterler dikkate alınmadan
ve yeterli inceleme yapılmadan, emsal değerlerin altında olacak şekilde tespit
edilmesi ve dava tarihinden kamulaştırma bedelinin ödenmesine kadar geçen
süre için yasal faize hükmedilmemesi nedenleriyle Anayasanın 35. maddesin-
de tanımlanan mülkiyet ve 36. maddesinde tanımlanan adil yargılanma hak-
larının ihlal edildiğini ileri sürmüş, kamulaştırma bedeli üzerinden 28/9/2009
tarihinden itibaren işleyecek 83.124,22 TL yasal faizin ve bilirkişi marifetiyle
tespit edilecek taşınmaz gerçek bedeli karşılığı fazlaya ilişkin hakları saklı
kalmak üzere 200.000,00 TL’nin maddi tazminat olarak kendisine ödenmesini
talep etmiştir.

D. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Adil Yargılanma Hakkına İlişkin İddialar

22. Başvurucu taşınmazın kamulaştırma bedelinin, taşınmazın konumu, ulaşım imkânları, malzeme ve inşaat kalitesi gibi objektif kriterler dikkate alınmadan ve yeterli inceleme yapılmadan, emsal değerlerin altında olacak şekilde tespit edildiğini iddia ederek gerçek değerın tespit edilmesini ve kendisine ödenmesini talep etmiştir.

23. Adalet Bakanlığınca kısaca başvurunun düşük bedel tespiti iddiasının delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının uygulanması ve derece mahkemelerinin uyuşmazlığa getirdiği çözümün adil olmamasına dair olduğu şeklinde beyanda bulunulmuştur.

24. Bu durumda başvurunun taşınmazın konumu, ulaşım imkânları, malzeme ve inşaat kalitesi gibi objektif kriterler dikkate alınmadan kamulaştırma bedelinin düşük tespit edildiğine dair şikâyetlerinin özü, mahkeme kararının hatalı olduğuna yönelik ve mahkeme kararının sonucuna ilişkin olup, adil yargılanma hakkına bağlı olduğundan bu şikâyetlerin mülkiyet hakkı yerine adil yargılanma hakkı yönünden incelenmesi gerekir.

25. Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, bireysel başvurulara ilişkin incelemelerde kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların incelemeye tabi tutulamayacağı, 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise açıkça dayanaktan yoksun başvuruların Mahkemece kabul edilemezliğine karar verilebileceği belirtilmiştir.

26. Bahsedilen kurallar uyarınca, derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış olayların sübutu, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ve bariz takdir hatası veya açık keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar da bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Bu çerçevede, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde bariz takdir hatası veya açık keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz (B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 26).

27. 2942 sayılı Kanun'un 10. ve 11. maddeleri uyarınca tarafların kamulaştırma kararı sonrasında bedel hususunda anlaşılamamaları halinde dava tarihine göre taşınmazın bedelinin mahkemece adil ve hakkaniyete uygun bir

şekilde tespit edilmesi gerekmektedir.

28. Başvuruya konu davada Mahkeme, 2942 sayılı Kanun'un 10. maddesi doğrultusunda kamulaştırmaya konu taşınmaza ilişkin tapu kayıtlarını, kroki bilgilerini ve emsal satış bedellerini gösterir belgeleri temin etmiş, yerinde keşif yapmış, bilirkişi raporuyla taşınmazlarda başvurucunun hisse oranını tespit ettirmiş, daha sonra bilirkişi raporuyla bedel tespiti yaptırmış, başvurucunun bu bedele itirazları doğrultusunda ek bilirkişi incelemesi yaptırarak beş bilirkişiden oluşan heyete taşınmazın değerini tespit ettirmiş, ek bilirkişi raporunun taraflara tebliği üzerine tekrar itiraz hakkı tanınmış ve usulüne uygun olarak kamulaştırma bedelini tespit etmiştir. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi ise, yaptığı temyiz incelemesinde kamulaştırma bedelinin tespiti konusunda bir isabetsizlik olmadığına karar vermiştir.

29. Başvuru konusu olayda kamulaştırma bedelinin tespiti, bu tespitite kullanılan yöntem, emsallerin seçimi ve değerlendirilmesi, taşınmazın ulaşım imkânlarına yakınlık ile malzeme ve inşaat kalitesi gibi özelliklerinin değerine etkisinin belirlenmesi Kanun'un öngördüğü usuller çerçevesinde hâkimin takdir yetkisi içindedir. Derece mahkemelerinin kamulaştırma bedelinin tespiti davasında verdikleri kararlarında açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz.

30. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun kamulaştırma bedelinin tespiti davasıyla ilgili olarak iddialarının kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu, derece mahkemesi kararlarının bariz takdir hatası veya açık keyfilik de içermediği anlaşıldığından, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Mülkiyet Hakkına İlişkin İddialar

31. Başvurucunun kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescili davasında dava tarihine göre belirlenen bedelin dava sonunda faiz işletilmeden kendisine ödenmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki şikâyetinin, açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de görülmediğinden kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

32. Başvurucu dava tarihine göre belirlenen kamulaştırma bedelinin dava sonunda kendisine faiz işletilmeden ödenmesi nedeniyle kamulaştırma bedelinin değerinde azalma olduğundan şikâyet etmekte ve kamulaştırma bedeline dava tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen sürede yasal faiz uygulanarak kendisine 83.124,22 TL ödenmesine hükmedilmesini talep etmektedir.

Mülkiyet Hakkı (md. 35)

33. Adalet Bakanlığı tarafından başvurucunun faiz talebi konusunda daha önce sunulan görüşlere ve Anayasa Mahkemesi kararlarına atıf yapılarak yeni görüş sunulmasına gerek görülmediği şeklinde beyanda bulunulmuştur.

34. Anayasa'nın "Mülkiyet Hakkı" kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

35. Anayasa'nın "Kamulaştırma" kenar başlıklı 46. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Devlet ve kamu tüzelkişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. ... Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir.

...

İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır."

36. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"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."

37. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) Ek (1) No.lu Protokol'ün "Mülkiyetin korunması" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasanın öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip

oldukları hakka halel getirmez.”

38. Somut başvuruda başvuru, kamulaştırmanın kamu yararı şeklinde meşru bir amaca yönelik olmadığı yönünde bir şikâyetle bulunmamaktadır. Başvuru dosyası incelendiğinde başvuru taşınamazın yol güzergâhında kalması nedeniyle kamulaştırıldığı ve kamulaştırma sürecinin 2492 sayılı Kanun’a uygun olarak sürdürülerek tamamlandığı görülmektedir. Bu durumda mülkiyetten yoksun bırakmanın meşru amacının bulunduğu ve kanuna uygun olarak yapıldığı anlaşıldığından başvuru faiz ödenmemesine yönelik şikâyetleri Anayasa’nın 13. ve 35. maddeleri kapsamında ölçülülük ilkesi yönünden incelenecektir.

39. Anayasa’nın 35. maddesine göre kişilerin mülkiyetleri ancak kanunla öngörülmüş usullerle ve kamu yararı gereği karşılığı ödenmek suretiyle ellerinden alınabilir. Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi gereği kişilerin mülklerinden mahrum bırakılmaları halinde elde edilmek istenen kamu yararı ile mülkünden mahrum bırakılan bireyin hakları arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir (B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 37).

40. Anayasa’nın 46. maddesinde öngörülen ve temel öğesinin “*kamu yararı*” olduğu kabul edilen kamulaştırma, bir taşınmaz üzerindeki özel mülkiyet hakkının, malikin rızası olmaksızın, kamu yararı için ve karşılığı ödenmek koşuluyla devlet tarafından sona erdirilmesidir. Kamu yararı bulunması, kamulaştırma kararının yasada gösterilen esas ve usullerine uyulması, gerçek karşılığın peşin ve nakden ödenmesi kamulaştırmanın anayasal öğeleridir. (AYM, E.2004/25, K.2008/42, K.T. 17/1/2008)

41. Başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin orantılı olabilmesi için ödenen tutarların enflasyonun etkilerinden arındırılarak güncelleştirilmesi, yani kamulaştırma tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen süredeki hissedilir değer kaybını telafi edecek biçimde faiz uygulanması gerekir. (*Scordino/İtalya* (no:1), B. No: 36813/97, 29/3/2006, § 258).

42. Uzun süren kamulaştırma bedelinin tespiti davalarında dava tarihine göre belirlenen kamulaştırma bedeli, dava sonunda faiz işletilmeden taşınmazı kamulaştırılan bireylere ödenerek bireylerin almaları gereken bedelin enflasyon karşısında aşınmasına neden olmaktadır. Taşınmazı kamulaştırılan kişilere ödenen kamulaştırma bedelinin kişinin uğradığı zararı telafi edebilmesi için taşınmazın gerçek karşılığı olması yanında ayrıca ödenen bedelin tespitiyle ödenmesi arasında geçen dönemde gözlemlenen enflasyona nispetle hissedilir derecede değer kaybetmemiş olması gerekir (B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 59).

43. Bir eşyanın devir tarihindeki bedelinin daha sonra ödenmesi durumun-

da arada geçen sürede enflasyon nedeni ile paranın değerinde oluşan hissedilir aşınma ile mülkiyetin gerçek değeri azaldığı gibi bu bedelin tasarruf veya yatırım aracı olarak getirisinden yararlanmak imkânı da bulunmamaktadır. Bu şekilde kişiler mülkiyet haklarından mahrum edilerek haksızlığa uğratılmaktadır (AYM, E.2008/58, K.2011/37, K.T. 10/2/2011).

44. Bu çerçevede AİHM, Türkiye’de kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesi ve enflasyon sonucu bedelin değerinde aşınma olması ile arada geçen sürede bedele faiz ödenerek durumun telafi edilmemesi veya ödenen faizin enflasyonun çok altında kalması nedeniyle birçok davada başvuruların üzerinde meşru kamu yararıyla haklı gösterilemeyecek orantısız ve aşırı bir yük bindiği ve mülkiyet haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Aka/Türkiye*, B. No: 19639/92, 23/12/1998, § 48-50; *Akkuş/Türkiye*, B. No: 19263/92, 9/7/1997, § 28-31; *Yetiş/Türkiye*, B. No: 40349/05, 6/7/2010, § 57-60).

45. Nitekim kanun koyucu bahsedilen husustaki yasal eksiği gidermek ve kamulaştırma bedelinin tespiti davalarında davanın zamanında sonuçlandırılmaması halinde yargılama sürecinde kamulaştırma bedelinin enflasyon etkisiyle uğrayacağı değer kaybını telafi ederek benzer mağduriyetlerin önlenmesi maksadıyla 6459 sayılı Kanun’un 6. maddesiyle 2942 sayılı Kanun’un 10. maddesine ek fıkra ekleyerek “*Kamulaştırma bedelinin tespiti için açılan davanın dört ay içinde sonuçlandırılmaması hâlinde, tespit edilen bedele bu sürenin bitiminden itibaren kanuni faiz işletilir.*” hükmünü getirmiş ve zamanında tamamlanamayan kamulaştırma bedelinin tespiti davalarında ödemenin yapıldığı tarihe kadar kamulaştırma bedeline faiz ödenmesi imkânını tanımıştır (B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 53).

46. Somut başvuruya konu kamulaştırma işleminde ise dava, bahsedilen kanun hükmünün yürürlüğe giriş tarihinden önce sonuçlandığından yasal faiz ödemesi yapılmamıştır. Bu durumda kamulaştırma sürecinde kamu yararına ulaşmak için kullanılan yöntemler ile izlenen amaç arasında makul bir orantılılığın ve mülkünden mahrum bırakılan başvurucunun üzerine orantısız ve aşırı bir yük binip binmediğinin araştırılması gerekmektedir.

47. Başvuru konusu kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescili davası, 28/9/2009 tarihinde açılmış, Mahkeme 29/12/2011 tarihli kararıyla 23/12/2011 tarihinde başvurucu adına bankaya bloke edilen bedelin başvurucuya ödenmesine karar vermiştir. Bu durumda dava tarihi esas alınarak tespit edilen kamulaştırma bedeli başvurucuya 27 ay sonra ödemiştir. Merkez Bankası verilerine göre dava dilekçesinin verildiği ve bedel tespitinde esas alınan Eylül 2009 ile bedelin ödendiği Aralık 2011 tarihleri arasında enflasyonda meydana gelen artış % 22,52’dir. Bir başka ifadeyle Eylül 2009 tarihindeki 100 TL’nin Aralık 2011’de enflasyon karşısında değer kaybı giderilmiş karşılığı 122,50

TL'dir.

48. Başvurucuya dava tarihine göre belirlenerek ödenen 413.131,00 TL kamulaştırma bedelinin ödeme tarihinde Merkez Bankası verileri kullanılarak enflasyon karşısında değer kaybı giderilmiş karşılığı 506.176,00 TL'dir. Bir diğer ifadeyle kamulaştırma bedelinin enflasyon karşısında uğradığı değer kaybını telafi edecek fark 93.045,00 TL'dir.

49. Yukarıdaki unsurlara bakarak, kamulaştırma bedelinin dava açıldığı tarihteki değeri ile ödendiği tarihteki değeri arasında gözlemlenen farkın kamulaştırma bedeline faiz eklenmemesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Ödenmeyen bu fark, bireyin mülkiyet hakkının korunması ile kamu yararı arasında olması gereken adil dengeyi bozarak, Anayasa'da yer alan ölçülülük ilkesine aykırı bir şekilde başvuru üzerine orantısız ve aşırı bir yük binmesine sebep olarak başvuruçunun mülkiyet hakkını ihlal etmektedir.

50. Başvurunun değerlendirilmesi neticesinde, başvuruya konu kamulaştırma bedelinin tespiti davasında dava tarihine göre belirlenen kamulaştırma bedelinin başvurucuya 27 ay sonra faiz işletilmeden ödendiği, bu süre zarfında Merkez Bankası verilerine göre enflasyonda meydana gelen artışın % 22,52 olduğu, bahsedilen değer kaybı oranı dikkate alındığında, başvurucunun üzerine idarenin ulaşmak istediği meşru kamu yararı ile haklı gösterilemeyecek şekilde orantısız ve aşırı yük yüklediği sonucuna ulaşılmıştır.

51. Belirtilen nedenlerle, başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

52. Başvurucu, idare tarafından kamulaştırılan taşınmazlarının bedel tespiti davasının 27 ay sürmesi ve dava tarihine göre tespit edilen bedele yasal faiz işletilmeden kendisine ödeme yapılması nedeniyle 83.124,22 TL yasal faizin kendisine ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

53. Adalet Bakanlığı görüşünde, kamulaştırma bedeline faiz ödenmemesine yönelik olarak daha önceki görüş yazıları ve Anayasa Mahkemesi kararlarına atıf yapılarak yeni görüş bildirilmesine gerek görülmediği ifade edilmiştir.

54. 6216 sayılı Kanun'un “Kararlar” kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmıyorsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mah-

kemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

55. Başvuruculara dava tarihine göre belirlenen kamulaştırma bedelinin 27 ay süren dava sonunda faiz işletilmeden ödenmesi sonucu kamulaştırma bedelinde bu sürede gerçekleşen %22,52 oranındaki enflasyon nedeniyle ciddi bir değer kaybı olduğu, bu durumun başvurucuların üzerine idarenin ulaşmak istediği meşru kamu yararı ile haklı gösterilemeyecek şekilde orantısız ve aşırı yük binmesine neden olduğu anlaşıldığından bahsedilen maddi değer kaybını telafi edebilmek için kamulaştırma bedelinin değer kaybını giderici şekilde faiz işletilerek başvurucuya ödeme yapılması gerekmektedir. Başvurucu yasal faiz oranında 83.124,22 TL maddi tazminat talebinde bulunduğu ve bu talebin kamulaştırma bedeline oranı kamulaştırma bedelinin uğradığı değer kaybı olan %22,52 oranından daha düşük olduğundan başvurucuya talebi doğrultusunda 83.124,22 TL maddi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir. Üye Burhan ÜSTÜN bu görüşe katılmamıştır

56. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun,

1. Adil yargılanma hakkına yönelik şikâyet yönünden *"açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA, **OY BİRLİĞİYLE,**

2. Mülkiyet hakkına yönelik şikâyet yönünden KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, **OY BİRLİĞİYLE,**

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE, OY BİRLİĞİYLE,

C. Başvurucuya talebi doğrultusunda 83.124,22 TL maddi TAZMİNAT ÖDENMESİNE, Burhan ÜSTÜN'ün karşı oyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D. Başvurucunun diğer taleplerinin REDDİNE, OY BİRLİĞİYLE,

E. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE, OY BİRLİĞİYLE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme ol-

ması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

G. Kararın bir örneğinin ilgili mahkemesine gönderilmesine, OY BİRLİĞİYLE,

8/5/2014 tarihinde karar verildi.

Başkan	Üye	Üye
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ	Burhan ÜSTÜN
Üye	Üye	
Hicabi DURSUN	Zühtü ARSLAN	

KARŞI OY YAZISI

Başvurucu, maliki olduğu taşınmazın kamulaştırılması nedeniyle açılan bedel tespiti ve tescil davasında taşınmazın bedelinin olması gerekenden düşük tespiti ve dava tarihine göre belirtilen kamulaştırma bedelinin dava sonunda faiz işletilmeden kendisine ödenmesi nedeniyle mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

Mahkememizce adil yargılama hakkına yönelik şikâyet yönünden açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna, mülkiyet hakkına yönelik şikâyet nedeniyle kabul edilebilir olduğuna ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine, başvurucuya talebi doğrultusunda maddi tazminat ödenmesine karar verilmiştir.

Çoğunluğun adil yargılanmaya ilişkin kabul edilemezlik, mülkiyet hakkına ilişkin kabul edilebilirlik ve mülkiyet hakkının ihlali görüşüne aynen iştirak etmekle birlikte, başvurucuya maddi tazminat verilmesine ilişkin görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü, tazminat davaları, çekişmeli yargılamayı gerektiren dava çeşitlerindendir. Bunun için davacının dilekçe ile harcını yatırarak mahkemeye başvurması gerekir. Mahkemece karşı tarafa dava dilekçesi tebliğ edilerek, savunma hakkı verilir ve Hâkim tarafından davanın türüne göre deliller toplanarak yargılama sonunda hüküm fıkrası kurulur. Hüküm fıkrasında, davacının istek sonuçlarından her biri hakkında taraflara yüklenilen borç ve tanınan haklar sıra numarası altında açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde belirtilip, faiz, harç, yargılama gideri ve vekâlet ücreti miktarları gösterilmelidir.

Anayasa Mahkemesi, ihlalin tespit edilmesi halinde başvurucuya maddi ve manevi tazminat verilmesi usulünü AİHM kararlarını örnek alarak uygulamakla neredeyse tesbit ettiği her ihlale tazminat verme yoluna gitmektedir. AİHM uluslararası yargılama yapan bir mahkeme olduğundan, esas aldığı bütün kurallar uluslararası niteliktedir. Orada açılan her davanın başvurusunun (davacısının) mutlaka bir karşı tarafı (davalısı) ulusal devlet bulunmaktadır. AİHM’de başvuru dilekçesi karşı tarafa (davalıya) tebliğ edilerek savunma ve delil ikamesi imkânı verilmekte, davanın bütün aşamalarına katılımı sağlanarak sonuca gidilmektedir. Tazminatla ilgi olarak uluslararası yargılama yapan başka bir yargı mercide bulunmadığından, AİHM’nin tazminata da karar vermesi yapısına göre yerindedir. Bireysel başvuruyu uygulayan Avrupa ülkelerinin bir kısmının mevzuatında tazminat verilmesi hususu hiç düzenlenmemiş, tazminat verilmesi kabul edilen ülkelerin uygulamalarında ise çok özel durumlara ilişkin, sınırlı sayıda tazminat verilmesi örnekleri bulunmaktadır.

Tazminat verilmesi yönünden, usulü, uygulanması ve yapısı farklı, uluslararası mahkeme olan AİHM içtihatlarının örnek alınması yerine, bireysel başvuruda başarılı olduğu bilinen Avrupa’daki ulusal mahkemelerin uygulamalarının esas alınması daha yerinde olacaktır.

6216 sayılı Kanun’un “Esas hakkındaki inceleme” kenar başlıklı 49. maddesinin (2) numaralı fıkrası, “Bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi halinde, başvurunun bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığı’na gönderilir. Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hallerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Bireysel başvurularda başvurusunun (davacının) karşı tarafı (davalısı) bulunmamaktadır. Maddeye göre Adalet Bakanlığı davanın tarafı değil sadece bildirim yapılan muhatabıdır. Gerekli görürse, savunma değil, görüşünü yazılı olarak bildirebilir. Değiştirilen, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 71. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi karar vermek için Adalet Bakanlığı’nın görüşünü beklemek zorunda değildir. Tazminata neden olan olayın muhatabı başka bir kamu kurumu olduğundan, gerçekte Adalet Bakanlığı tazminat davasının tarafı da olamaz. Tazminat davası ile ilgili olarak uluslararası veya ulusal hiçbir usul ve maddi hukuk kuralı dikkate alınmayıp, taraf teşkili tamamlanmadan, karşı tarafa (davalıya) tebligat yapılmadan savunma ve delilleri alınmadan, tazminata karar verilmesi, hüküm fıkrasında bulunması zorunlu hususların varlığının gözetilmemesi, kararın ikinci derecede incelenmesinin ortadan kaldırılması doğru olmadığından, olayda adil yargılanma hakkının varlığından söz edilemez.

6216 sayılı Kanun’un “Kararlar” kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı

fıkrasına göre, “Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesi’nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde, mümkünse dosya üzerinden karar verir.” denilmektedir.

Kuraldaki “başvuru lehine tazminata hükmedilebilir” kısmı, mahkemeye çok özel hallerde, istisnai olarak kullanılması maksadıyla verilmiş, ihtiyari bir yetkidir. Uygulamada mahkemece bu yetki, istek varsa, ihlal tespit edilen neredeyse her davada manevi tazminat, yargılamanın hiçbir kuralına uyulmadan isteğe bağlı olarak bazen maddi tazminat verilmesi şeklinde kullanılmaktadır.

Bireysel başvuru, şahısların kişisel haklarının tek tek tespit edilerek, kendilerine teslim edilmesi yeri değildir. Esasen Anayasa Mahkemesi’nce varsa ihlalin tespit edilmesiyle yetinilmesi, tazminat konusunda başvurucuya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilmesi, görevli genel mahkemesince usulüne uygun taraf teşkili sağlanması, yargılama yapılarak sonuca gidilmesi, taraflara ikinci derece inceleme yapılmasını isteme hakkı tanınması gerekir. Böyle bir tercih yapılması halinde başvurucağın da herhangi bir kaybı söz konusu olmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle, başvurucağın mülkiyet hakkının ihlal edilmesinden dolayı maddi tazminat ödenmesine ilişkin çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.

Üye

Burhan ÜSTÜN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2012/1035

Karar Tarihi: 17/7/2014

R.G. Tarih-Sayı: 16/10/2014-29147

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Zehra Ayla PERKTAŞ Burhan ÜSTÜN Nuri NECİPOĞLU Zühtü ARSLAN
Raportör	: Selami ER
Başvurucu	: Türkiye Emekliler Derneği
Temsilcileri	: Gazi AYKIRI ve Ömer KURNAZ
Vekili	: Av. Zübeyde TAYMAZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, maliki olduğu taşınmazı dernek şubesi olarak kullanması nedeniyle aleyhine açılan meskenin iş yeri olarak kullanılmasının önlenmesi davasında mahkemenin dernek şubesini iş yeri olarak kabul ederek taşınmazı bu şekilde kullanmasına son veren kararı nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 11/12/2012 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca, 27/6/2013 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. İkinci Bölümün 3/2/2014 tarihli ara kararı gereğince başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına, bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığının 4/4/2014 tarihli görüş yazısı 16/4/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu Adalet Bakanlığı cevabına karşı beyanlarını yasal süresi içinde 28/4/2014 tarihinde ibraz etmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve ekleri ile ilgili dava dosyasında yer aldığı şekliyle olaylar özetle şöyledir:

7. Başvurucu, Bandırma ilçesi 17 Eylül Mahallesi, Şehit Süleymanbey caddesi, 76 no.lu ve üç bağımsız bölüme sahip binanın ikinci katında yer alan bağımsız bölümü, 25/2/2009 tarihinde satın alarak dernek şubesi olarak kullanmaya başlamıştır.

8. Başvurucunun bulunduğu binanın birinci katının maliki olan ve burada muhasebecilik mesleğini sürdüren Hayrettin KARAGÖZ, 18/1/2010 tarihinde Bandırma İkinci Noterliği vasıtasıyla başvurucunun sahibi olduğu bağımsız bölümün dernek sıfatıyla iş yeri olarak kullanmasına kat maliki olarak müsaadesinin bulunmadığını belirtir ihtarname göndermiştir.

9. Başvurucu 1/2/2010 tarihinde Bandırma Birinci Noteri vasıtasıyla verdiği cevapta dernek faaliyetlerinin yasak işlerden olmadığını, ihtarnameyi gönderenin de meskeni iş yeri olarak kullandığını, derneğin iş yeri sayılmayacağı şeklinde cevap vermiştir.

10. Hayrettin KARAGÖZ, 17/2/2010 tarihinde Bandırma Sulh Hukuk Mahkemesi (Mahkeme) nezdinde meskenin işyeri olarak kullanılmasının önlenmesi davası açmıştır.

11. Mahkeme, mahallinde bilirkişiyle beraber keşif yapılmasına karar vermiştir. Yapılan keşifte binanın üç bağımsız bölümden oluştuğu, davacı ve başvurucunun kullandığı bölümler dâhil üçünün de iş yeri olarak kullanıldığı tespit edilmiştir. Bilirkişi raporunda tapuda mesken olarak görünen başvurucuya ait bağımsız bölümün dernek binası olarak kullanılmasının mümkün olmadığı yönünde görüş verilmiştir.

12. Mahkeme, 19/4/2011 tarih ve E.2010/193, K.2011/619 sayılı kararla ve davacının da binadaki bağımsız bölümü muhasebecilik mesleğini ifa etmek üzere iş yeri olarak kullandığı, binada mesken olarak kullanılan bağımsız bölüm bulunmadığı, bu durumda davacının davasını açmasında 22/11/2011 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan iyi niyet kuralının bulunmadığı gerekçesiyle bu davayı reddetmiştir.

13. İlk derece mahkemesi kararı temyiz edilmiş ve temyiz incelemesini yapan Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 2/2/2012 tarihli E.2012/316, K.2012/900 sayılı kararıyla ve "Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre dernek ile şubelerinin işgal ettikleri mekânlar iş yeri niteliğinde olup, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 24. maddesi hükmü uyarınca tapuda mesken olarak kayıtlı bağımsız bir bölümün bu amaçla kul-

lanılması, tüm bağımsız bölüm maliklerinin oybirliği ile verecekleri karara bağlıdır.” gerekçesiyle kararı bozmuştur.

14. Davayı tekrar ele alan Mahkeme, 5/6/2012 tarih ve E.2012/421, K.2012/764 sayılı kararıyla Yargıtay kararı doğrultusunda davayı kabul ederek başvuru-cunun davaya konu bağımsız bölümde dernek faaliyetlerini sona erdirmesine karar vermiştir.

15. Temyiz edilen ilk derece mahkemesi kararı Yargıtay aynı dairesinin 11/10/2012 tarih ve E.2012/10313, K.2012/11065 sayılı kararıyla *“kararın gereği-nin yerine getirilmesi için 10 günlük süre verilmesine”* ibaresi yazılmak suretiyle düzeltilerek onanmıştır.

16. Bahsedilen onama kararı başvurucuya 23/11/2012 tarihinde tebliğ edil-miştir.

B. İlgili Hukuk

17. 23/6/1965 tarih ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu’nun *“Yasak işler”* ke-nar başlıklı 24. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“Anagayrimenkulün, kütükte mesken, iş veya ticaret yeri olarak gösterilen ba-ğımsız bir bölümünde hastane, dispanser, klinik, poliklinik, ecza laboratuvarı gibi müesseseler kurulamaz; kat maliklerinin buna aykırı sözleşmeleri hükümsüzdür; dispanser, klinik, poliklinik niteliğinde olmayan muayenehaneler bu hükmün dı-şındadır.

Anagayrimenkulün, kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu ve emsali gibi eğlence ve toplantı yerleri ve fırın, lokanta, pastahane, süthane gibi gıda ve beslen-me yerleri ve imalathane, boyahane, basımevi, dükkan, galeri ve çarşı gibi yerler, ancak kat malikleri kurulunun oybirliği ile vereceği kararla açılabilir.

(Ek fıkra: 13/02/2011-6111 S.K 190. mad.) 1136 sayılı Avukatlık Kanununda avukatlık büroları ve hukuk büroları ile ilgili düzenleme yapılınca-yaya kadar mes-kenlerdeki avukatlık ve hukuk büroları faaliyetlerine devam ederler. Bu süre, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıldır. Bu hüküm 3568 sayılı Ser-best Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda ilgili düzenleme yapılınca-yaya kadar meslek mensupları tarafından açılan bürolar hakkında da uygulanır.

Bu karar yöneticinin veya kat maliklerinden birinin istemi üzerine bütün bağım-sız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki sahifelerine şerh verilir.”

18. 19/3/1969 tarih ve 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu’nun 17/4/2013 tarih 6460 sayılı Kanunla değişik *“Büro edinme zorunluluğu”* kenar başlıklı 43. mad-

desinin ilk fıkrası şöyledir:

“Her avukat, levhaya yazıldığı tarihten itibaren üç ay içinde baro bölgesinde bir büro kurmak zorundadır. (Ek cümle: 17/04/2013-6460 S.K./3. md) 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa göre ana gayrimenkulün mesken olarak gösterilen bağımsız bölümlerinde kat maliklerinin izni ve benzeri şartlar aranmaksızın avukatlık büroları faaliyet gösterebilir. (Ek cümle: 17/04/2013-6460 S.K./3. md) Bu konuda, yönetim planındaki aksine hükümler uygulanmaz. Büronun niteliklerini barolar belirtir.”

19. 1/6/1989 tarih ve 3568 Sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu’nun 17/4/2013 tarih 6460 sayılı Kanunla “Yasaklar” kenar başlıklı 45. maddesine eklenen 6. fıkrası şöyledir:

“23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa göre anagayrimenkulün mesken olarak gösterilen bağımsız bölümlerinde kat maliklerinin izni ve benzeri şartlar aranmaksızın serbest muhasebeci mali müşavirlik veya yeminli mali müşavirlik faaliyetlerinde bulunulabilir. Bu konuda, yönetim planındaki aksine hükümler uygulanmaz.”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Mahkemenin 17/7/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurunun 11/12/2012 tarih ve 2012/1035 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

21. Başvurucu, maliki olduğu taşınmazı dernek şubesi olarak kullanması nedeniyle aleyhine açılan meskenin iş yeri olarak kullanılmasının önlenmesi davasında mahkemenin dernek şubesini iş yeri olarak kabul ederek taşınmazı bu şekilde kullanmasını sona erdiren karar verdiğini, oysa kendisi hakkında dava açan kişinin de meskeni iş yeri olarak kullandığını ve bu nedenle iyi niyetli olmadığını, 634 sayılı Kanun’un 24. maddesinde gıda ve eğlence sektörüne ait işyerlerinin sayıldığını, derneğin iş yeri sayılamayacağını, kullandıkları bağımsız bölümde rahatsız edici bir faaliyetlerinin bulunmadığını, binada yer alan üç bağımsız bölümün de iş yeri olarak kullanıldığını, verilen kararlar mülkiyetini kullanma hakkının yok edildiğini belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve bahsedilen mahkeme kararıyla mülkiyet hakkına yönelik ihlalin kaldırılması talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

22. Başvurucunun taşınmazının dernek şubesi olarak kullanmasının engel-

lenmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi bu şikâyet için diğer kabul edilemezlik nedenlerinden herhangi biri de bulunmamaktadır. Bu nedenle, başvuruya ilişkin olarak kabul edilebilirlik kararı verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

23. Başvurucu, maliki olduğu taşınmazı dernek şubesi olarak kullanmasının Mahkeme kararıyla engellendiğini, taşınmazının bulunduğu binadaki tüm bağımsız bölümlerin iş yeri olarak kullanıldığını, bu nedenle dava açan kişinin iyi niyetli olmadığını, 634 sayılı Kanun'un 24. maddesi gereği derneğin iş yeri sayılamayacağını, binada rahatsız edici bir faaliyetlerinin bulunmadığını belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

24. Adalet Bakanlığı görüş yazısında başvuru konusu olay mülkiyetin kullanılmasını kontrol etme (düzenleme) yetkisi ve devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında değerlendirilerek mülkiyetin kullanılmasının kamu yararı gereği yasalarla düzenlenebileceği, düzenlemenin öngörülebilirlik ve belirlilik taşıması gerektiği, somut olayda Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 24. maddesinin uygulandığının anlaşıldığı ifade edilmiştir.

25. Başvurucu Adalet Bakanlığı görüş yazısına karşı beyanlarında; Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 24. maddesinde derneğin taşınmazı büro olarak kullanımını yasaklayan nitelikte açık veya zımni hüküm bulunmadığını, derneklerin kanun hükmünde geçen "gibi" kelimesi içine girmediğini, düzenlemenin eşitlik ilkesi ve iyi niyet kuralına aykırı olduğunu, uygulamacıya çok geniş takdir yetkisi verdiğini ifade etmiştir.

26. Anayasa'nın "Mülkiyet Hakkı" kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

27. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"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."

28. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) Ek (1) No.lu Protokol'ün "Mülkiyetin korunması" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini

isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasanın öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılması düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”

29. Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkı kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf etme olanağı veren bir haktır. Anayasa'ya göre bu hakka ancak kamu yararı nedeniyle ve kanunla sınırlama getirilebilir. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının mutlak bir hak olmadığı ve kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir (B. No: 2013/817, 19/12/2013, §§ 28, 32).

30. Anayasa'nın 35. maddesi ve (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesi benzer düzenlemelerle mülkiyet hakkına yer vermiştir. Her iki düzenleme de üç kural ihtiva etmektedir. İki düzenlemenin de ilk cümleleri herkese mülkiyet hakkını tanımakta, ikinci cümleleri ise kişilere ait mülkiyetin hangi koşullarla sınırlandırılabilmesini ya da kişilerin hangi koşullarda mülkünden yoksun bırakılabilmesini hüküm altına almaktadır (B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 29). Düzenlemelerin üçüncü cümleleri ise farklı şekilde ele alınmıştır. (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci fıkrası devletlere mülkiyeti kamu yararına düzenleme ile vergiler ve diğer katkılar ile cezaların tahsili konusunda gerekli gördükleri yasaları uygulama konusundaki haklarını saklı tutarak bu durumun mülkiyet hakkı kapsamına girmediğini belirtirken Anayasa'nın 35. maddesinin son fıkrası, mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı şeklinde hakkın kullanımına ilişkin genel bir ilkeye yer vermektedir. Bununla beraber Anayasa'nın birçok maddesi ilgili olduğu hususta devlete düzenleme yetkisi vermektedir (B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 30).

31. Anayasa'da ve Sözleşme'de yer alan ve yukarıda yer verilen hükümler devlete mülkiyetin kullanımı veya mülkiyetten yararlanma hakkını kontrol etme ve bu konuda düzenleme yetkisi vermektedir. Mülkiyeti sınırlamaya göre daha geniş takdir yetkisi veren düzenleme yetkisinin kullanımında da yasallık, meşruluk ve ölçülülük ilkelerinin gereklerinin karşılanması kural olarak aranmaktadır (Bkz. *Depalle/Fransa* [BD], B. No: 34044/02, 29/03/2010, § 85). Buna göre mülkiyet hakkının düzenlenmesi yetkisi de kamu yararı amacıyla ve kanunla kullanılmalıdır. Bunun yanında ölçülülük ilkesi gereği mülkiyetten yoksun bırakmada aranan tazminat ödeme yükümlülüğü, davanın

koşullarına göre düzenleme yetkisinin kullanıldığı her durumda gerekme-yebilmektedir (Bkz. *Jahn ve Diğerleri/Almanya* [BD], B. No: 46720/99 72203/01 72552/01, 30/6/2005, § 117)

32. Devlet, düzenlemeyi bireylerin veya tüzelkişilerin olumlu eylemlerde bulunmalarını zorunlu tutarak veya faaliyetlerine kısıtlamalar getirerek ger-çekleştirebilir. Bu tür düzenlemeler, mevzuatı kabul edilemez duruma geti-recek kadar alışılmışın dışında sonuçlar doğurmadığı sürece devletin takdir yetkisi içinde kabul edilmektedir (*Denev/İsveç*, B. No: 12570/86, 18/1/1989; *J.A. Pye (Oxford) Ltd And J.A. Pye (Oxford) Land Ltd./Birleşik Krallık*, 44302/02, 30/7/2007, § 83).

33. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 6570 sayılı Kanuna 4531 sayılı Kanunla ilave edilen geçici 7. maddeyle kira artışlarını ilk yıl %25 takip eden yıl %10'la sınırlayan hükmü, “*Taşınmaz mal darlığının, Devletçe önlem alınmaması duru-munda kiraların normalin üstünde artacağı açıktır. Kira olgusunun bu bakımdan toplumsal bir sorun olduğu kabul edildiğinde Devletin kira konusunda kamu yararı amacıyla kimi hak ve özgürlükleri sınırlandırmasında Anayasa’nın 2., 13., 35. ve 48. maddelerine aykırılık yoktur.*” gerekçesiyle Anayasa’nın diğer hükümleri yanın-da mülkiyet hakkına da aykırı bulmayarak iptal istemini reddetmiştir (AYM, E.2000/26, K.2000/48 K.T. 16/11/2000).

34. Bireysel başvuru devlet tarafından kamu gücü kullanılarak bireylerin temel haklarına yapılan müdahaleler sonucu meydana gelen hak ihlallerini gidermek amacıyla ihdas edilmiş bir ikincil koruma mekanizması olmakla birlikte kimi durumlarda özel kişiler arası ilişkiler sonucu özel kişilerin bir-birlerinin haklarına yaptıkları müdahalelerde devlete atfedilebilecek sorum-luluklar bulunabilmektedir. Bu durumlarda bireysel başvuru konusu yapılan dava sadece adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmekle kalmayıp özel kişiler tarafından başlatılan süreç sonucu etkilenen diğer haklar yönünden de incelenebilir.

35. AİHM, özel kişilerce gerçekleştirilen müdahalelerde bireylerin özellikle Sözleşmenin 8., 9., 10., 11. ve 14. maddeleriyle ilgili olarak devletin sorumlu-luğunu pozitif yükümlülöklere vurgu yaparak belirlemektedir. Devletin so-rumluluğu, özel kişilerce gerçekleştirilen müdahalenin resmi yetkilerin kulla-nılmasının bir sonucu ortaya çıkabileceğı (*James ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 8793/79, 21 Şubat 1986) gibi özel hukuktan kaynaklanan hakların muhafaza edilmesi için hukuken başvurulması gereken idari yetkilerin kullanılmadığı durumlarda (*İmmobiliare Saffi/İtalya*, B. No: 22774/93, 28/7/1999; *Prodan/Moldo-va*, B. No: 49806/99, 18/5/2004; *Törmala ve Diğerleri/Finlandiya*, B. No: 41258/98, 16/3/2004) veya yeterli koruyucu nitelikte kanunun bulunmadığı ve özel ki-şiler tarafından hakları ihlal edilen kişinin etkili bir korumadan yararlanma-

madığı durumlarda (*Yung, James ve Webster/İngiltere*, B. No: 7601/76, 7806/77, 13/8/1981; *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985) gündeme gelebilmektedir.

36. Bunun yanında AİHM, yukarıdaki kararlardan daha öteye giderek ulusal makamların iç hukuku ve olayları yorumunun açık biçimde Sözleşme değerleriyle uyumsuz ve keyfi olmaması gerektiğini, ulusal mahkemelerin de iç hukuku yorumlarken AİHM'nin yorumladığı şekliyle Sözleşmeye en uygun yorumu tercih etmeleri gerektiğini vurgulamaktadır (*Pla ve Puncernau/Andorra*, B. No: 69498/01, 13/7/2004, §46,059,062).

37. Mülkiyet hakkının gerçekten ve etkili bir şekilde kullanılabilmesi, yalnızca devletin müdahaleden kaçınmasına bağlı olmayıp, özellikle başvuruların kamu makamlarından meşru beklentilerinin olduğu tedbirler ile mülkünden etkili bir biçimde yararlanabilmeleri arasında doğrudan bir bağ bulunduğu durumlarda ayrıca pozitif koruma önlemlerinin de alınması gerekmektedir (*Öneryıldız/Türkiye*, B. No: 48939/99, 30/11/2004, § 134).

38. Bu bağlamda devletin temel amaç ve görevlerini tanımlayan Anayasa'nın 5. maddesi kişinin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan engelleri kaldırmayı ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamayı hukuk devletinin gereği olarak kabul etmektedir. Bahsedilen Anayasa hükmünün gerekçesinde devletin hak ve hürriyetlerin gerçekleştirilmesine yardımcı olması gereğinin benimsendiği ifade edilmiştir. Anayasa'nın pek çok maddesinde düzenlemeye konu hakkın korunması ve gerçekleştirilmesi için devletin alacağı tedbirlerden bahsetmektedir.

39. Bireylerin Anayasa ve Sözleşmenin ortak koruma alanında bulunan temel haklara özel hukuk kişileri tarafından yapılan müdahaleler sonucu bireylerin haklarının zarar gördüğü kimi durumlarda devlete atfedilebilecek sorumluluklar bulunabilir. Devletin bu tür haksız müdahalelere karşı bireylerin mülkiyet hakkının korunması için etkili iç hukuk yolları ihdas ederek yapılan müdahalelere karşı özellikle mahkemelere başvurmak suretiyle koruma talep edebilmelerini sağlaması ve yapılacak yargılamalarda özel kişilerin çatışan hakları arasında tercih yaparken mahkemelerce anayasal yorumla temel hakların korunması gerekmektedir. Böylelikle Devlet, etkili bir iç hukuk yolu ihdas ederek adalet ve hakkaniyete uygun bir yargılama ortamı oluşturup üzerine düşen görevi yerine getirmiş olacaktır.

40. Başvurucu derneğin taşınmaz büro olarak kullanımını yasaklayan nitelikte açık veya zımni hüküm bulunmadığını, derneklerin kanun hükümde geçen "gibi" kelimesi içine girmediğini, ayrıca düzenlemenin eşitlik ilkesi ve iyi niyet kuralına aykırı olduğunu, uygulamacıya çok geniş takdir yetkisi verdiğini düzenlemede hukuki belirlilik bulunmadığından şikâyetle bulunmuştur.

41. Başvurucunun maliki olduğu taşınmazı dilediği şekilde kullanma hakkı Anayasa'nın 35. maddesinde yer alan mülkiyet hakkının kapsamına dâhil olmakla beraber, devletin bu kullanımı kontrol/düzenleme yetkisi vardır. Somut başvuru konusu olayda başvurucunun kendisine ait mülkü dernek şubesi olarak kullanması kamu görevlisi olmayan üçüncü bir kişi tarafından başlatılan süreçle 634 sayılı Kanun'un 24. maddesi uyarınca mahkeme kararıyla engellenmiştir. Somut başvuruya konu dava özel kişiler arası bir dava olmakla beraber devletin somut olayda rolü 634 sayılı Kanun ile mülkiyetin kullanımının kontrolü/düzenlemesi ve uyuşmazlığı çözmede Mahkemenin hakem rolünü yerine getirmesidir. Somut başvuruda başvurucunun kendisine ait taşınmazın kullanımını kontrol eden/düzenleyen müdahalenin başvurucunun mülkiyet hakkını ihlal edip etmediğinin tespit edilmesi için müdahalenin kanuniliği, müdahaledeki kamu yararı ve ölçülülüğün incelenmesi gerekmektedir.

42. Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkı kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme hatta yok etme) olanağı veren bir haktır (E.1988/34, K.1989/26, K.T. 21/6/1989; E.2011/58, K.2012/70, K.T. 17/5/2012).

43. Anayasa'nın 35. ve 13. maddeleri mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kamu yararı amacıyla ve kanunla yapılması gerektiğini hüküm altına almaktadır. AİHM, yasada öngörülen koşulları, bir diğer ifadeyle hukukiliği geniş yorumlayarak istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan içtihat yoluyla geliştirilmiş ilkelerin de hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul ederken (bkz. *Malonei/İngiltere*, B. No: 8691/79, 2/8/1984, §§ 66-68) Anayasa, tüm sınırlandırmaların mutlak manada kanunla yapılacağını öngörerek Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağlamaktadır (B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 31).

44. Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu önceden öngörebilecekleri kadar hukuki belirlilik taşıması bir diğer ifadeyle kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir.

45. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden her-

hangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir (AYM, E.2013/39, K.2013/65, K.T. 22/5/2013).

46. “Belirlilik” ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla yasalar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır (AYM, E.2009/9, K.2011/103, K.T. 16/6/2011).

47. Somut olay bakımından mülkiyetin kullanımını kontrol/düzenleme şeklindeki müdahalenin 634 sayılı Kanun’un 24. maddesinde yasal dayanağı bulunmaktadır. Başvurucunun bunun aksine bir iddiası bulunmamakla birlikte şikayeti kanunun yeterince açık olmaması ve derneklerin iş yeri sayılmaması gerektiği iddiası nedeniyle kanunun yeterli belirlilik taşımadığına ilişkindir.

48. Başvurucu hakkında uygulanan tapuda mesken olarak kayıtlı bulunan taşınmazın bağımsız bölümündeki dernek faaliyetini sona erdirmeye kararı, 634 sayılı Kanun’un 24. maddesinin açık hükmüne dayandığından ve Yargıtay 18. Hukuk Dairesi’nin 2/2/2012 tarihli kararında ifade edildiği şekilde yerleşik Yargıtay içtihatlarında dernekler de iş yeri olarak sayıldığından, müdahalenin hukuki dayanağının yeterli açıklıkta bulunduğu şüphe yoktur. Ayrıca gerek bahsedilen Kanun hükmü ve gerekse Yargıtay’ın bu konudaki içtihatları başvurucunun mevcut koşullarda makul kabul edilebilecek bir ölçüde davranışlarının sonuçlarını önceden öngörmesini sağlamaya yetecek hukuki belirlilik taşımaktadır.

49. Bu durumda kanuni dayanağı bulunan müdahalenin kamu yararı meşru amacının bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir.

50. Kamu yararı kavramı, genel bir ifadeyle özel veya bireysel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. Bütün kamusal işlemler, nihai olarak kamu yararını gerçekleştirmek hedefine yönelmek durumundadır. Kamu yararı doğası gereği geniş bir kavramdır. Yasama ve yürütme organları toplumun ihtiyaçlarını dikkate alarak neyin kamu yararına olduğunu belirlemede geniş bir takdir yetkisine sahiptirler. Kamu yararı

konusunda bir uyuşmazlığın çıkması halinde ise uzmanlaşmış ilk derece ve temyiz yargılaması yapan mahkemelerin uyuşmazlığı çözmek konusunda daha iyi konumda oldukları açıktır. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesinde açıkça temelden yoksun veya keyfi olduğu anlaşılmadıkça yetkili kamu organlarının kamu yararı tespiti konusundaki takdirine müdahalesi söz konusu olamaz (B. No: 2013/817, 19/12/2013, §§ 34, 35, 36).

51. Ayrıca, ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda bariz takdir hatası veya açıkça keyfilik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır. Bu çerçevede, kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular bariz takdir hatası veya açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesince esas yönünden incelenemez (B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 26).

52. Başvuruya konu somut olayda taşınmazın diğer bölümlerinin de mesken dışında kullanılması yeni el değiştiren taşınmazlar için tüm maliklerin ortak rızasının bulunması şartını değiştirmediği gibi, taşınmazda mesken olarak kullanılan bölüm olmasa da gelecekte diğer taşınmaz bölümlerinin mesken olarak kullanılmayacağı söylenemez.

53. Kanun koyucunun mesken olarak kullanılması öngörülen taşınmazlar hakkında burada meskûn vatandaşların özel ve aile yaşamlarını sürdürebilecekleri, dinlenebilecekleri ve çocukların yaşamına uygun bir ortam oluşturulmasına yönelik kamu yararı gereği çeşitli düzenlemeler yapabilir. Bu düzenlemeler başkalarının haklarını korumak amacıyla tapuda mesken olarak görünen yerlerin iş yeri olarak kullanımını engelleyen veya bu şekilde kullanımı tüm kat maliklerinin rızasına bağlayan şartlar da içerebilir. Bu hususta yapılan düzenlemeler ve uygulamalar açıkça temelden yoksun veya keyfi olduğu anlaşılmadıkça Anayasa Mahkemesince esas yönünden incelenemez.

54. Yukarıda bahsedildiği gibi mülkiyetin kullanımını düzenleyen kanun ve uygulamaların da elde edilmek istenen kamu yararıyla bireysel menfaatler arasında adil bir denge kurması, yani ölçülü olması gerekmektedir birlikte, mülkiyetten yoksun bırakan uygulamalar gibi bireyin kişisel menfaati ile toplumun genel menfaati arasında dengeyi sağlamak için her zaman tazminat ödenmesini zorunlu kılmaz (§ 31).

55. Somut başvuruda başvuruçunun maliki olduğu taşınmazı dernek şubesi olarak kullanmasına 634 sayılı Kanun'un 24. maddesi gereği mahkeme

kararıyla son vermesi istenmiştir. Başvurucunun mülkiyetini kullanması konusunda getirilen düzenleme bahsedilen mülkün iş yeri olarak kullanımını başkalarının haklarını korumak gayesiyle kat maliklerinin ortak rızasına bağlayan bir düzenleme olup, diğer kat maliki başvurucuya maliki olduğu taşınmazı dernek şubesi olarak kullanması için izin vermemiştir. Başvurucunun mülkiyetine yapılan müdahale bahsedilen mülkü kiraya verme veya başka türlü bir tasarrufla kullanmasına mani değildir. Başvurucunun kanunlarla getirilen sınırlamalar çerçevesinde mülkiyet hakkını kullanabileceği dikkate alındığında somut başvuruya konu müdahalenin başvurucunun önemli ölçüde zararına sebebiyet vereceği söylenemez.

56. Başvurunun değerlendirilmesi neticesinde, başvuruya konu meskenin işyeri olarak kullanımının önlenmesi davasında başvurucunun sahibi olduğu taşınmazda dernek faaliyetlerine son vermesi kararının hukuki dayanağı olduğu ve meşru bir kamu yararına dayandığı, başvurucunun kişisel yararı ile toplumun genel yararı arasında başvurucu aleyhine ölçüsüz ve ağır bir yüke sebep olan bir uygulama da olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

57. Belirtilen nedenlerle, başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvurunun mülkiyet hakkıyla ilgili şikâyet yönünden KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Başvurucu tarafından yapılan yargılama giderlerinin başvurucu üzerine bırakılmasına,

17/7/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Serruh KALELİ

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Zühtü ARSLAN

ADİL YARGILANMA HAKKI
(MD. 36)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2012/625

Karar Tarihi: 9/1/2014

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Alparslan ALTAN
Üyeler	: Osman Alifeyyaz PAKSÜT Recep KÖMÜRCÜ Engin YILDIRIM Celal Mümtaz AKINCI
Raportör	: Serhat ALTINKÖK
Başvurucu	: B. E.
Vekili	: Av. Dursun KARACA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, makul sürede yargılanmadığını belirterek Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 14/11/2012 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca, 22/2/2012 tarihinde başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 33. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm, 26/3/2013 tarihinde yapılan toplantıda Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca kabul edilebilirlik ve esas hakkındaki incelemenin birlikte yapılmasına karar vermiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 1/4/2013 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, görüşünü 31/5/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvurucuya 5/6/2013 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu, Adalet Bakanlığının görüşüne karşı görüşlerini 21/6/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sun-

muştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru dilekçesinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu hakkında, 26/1/2005 tarihli mal bildirimine ilişkin olarak, 4/5/1990 tarih ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 13. ve 14. maddelerine muhalefet suçlaması ile soruşturma başlatılmıştır.

9. Sanık sıfatıyla 22/7/2005 tarihinde başvurusunun ifadesi alınmıştır.

10. Trabzon 48. Piyade Tugayı Askeri Savcılığının 31/3/2009 tarih ve E.2009/328, K.2009/7 sayılı kararıyla, davada şüpheli durumunda bulunan başvurusunun emekliye sevk edilmiş olduğu gerekçesiyle Askeri Savcılığın görevsizliğine ve soruşturma dosyasının soruşturma yapmakla yetkili olan Samsun Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmiştir.

11. Başvurucu hakkında bu defa, Samsun Cumhuriyet Başsavcılığınca hazırlanan 3/2/2012 tarih ve E.2012/1228 sayılı iddianame ile 3628 sayılı Kanun'un 13. ve 14. maddeleri gereğince cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmıştır.

12. Yapılan yargılama neticesinde, Samsun 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 17/10/2012 tarih ve E.2012/122, K.2012/1533 sayılı kararıyla, 13/3/1926 tarih ve 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (4) numaralı fıkrasındaki beş yıllık olağanüstü zamanaşımının dolması gerekçesiyle başvuru hakkındaki davanın düşürülmesine karar verilmiştir. Karar, aynı tarihte başvurucuya teahhüt edilmiştir.

13. Samsun 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından verilen düşme kararı başvuru tarafından temyiz edilmemiştir.

B. İlgili Hukuk

14. 3628 sayılı Kanun'un 13. maddesi şöyledir:

“Kanunun daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde haksız mal edinene üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası verilir.

Haksız edinilen malı kaçıran veya gizleyene de aynı ceza verilir.”

15. 3628 sayılı Kanun'un 14. maddesi şöyledir:

“Haksız edinilmiş olan malların zoralarına hükmolunur. Bu malların elde edile-

memesi veya bir malın tümünün haksız mal edinme konusu teşkil etmemesi sebepleri ile zoraltımın mümkün olmadığı hallerde haksız edinilen değere eşit bedelinin hazineye ödenmesine karar verilir. Bu bedel, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Hükümlerine göre tahsil olunur.”

16. Mülga 765 sayılı Kanun’un 102. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir:

“Beş seneden ziyade olmamak üzere ağır hapis veya hapis veya muvakkat sürgün veya hidematı ammeden muvakkaten mahrumiyet cezalarını ve ağır cezayı nakdiyi müsteltzim cürümlerde beş sene,

Geçmesiyle ortadan kalkar.”

17. Mülga 765 sayılı Kanun’un 102. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

“Bu halde müruru zaman, kesilme gününden itibaren yeniden işlemeğe başlar. Eğer müruru zamanı kesen muameleler müteaddid ise müruru zaman bunların en sonuncusundan itibaren tekrar işlemeğe başlar. Ancak bu sebepler müruru zaman müddetini 102 nci maddede ayrı ayrı muayyen olan müddetlerin yarısının ilavesile balığ olacağı müddetten fazla uzatamaz.”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

18. Mahkemenin 9/1/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
nun 14/11/2012 tarih ve 2012/625 numaralı bireysel başvurusu incelenip gere-
ği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

19. Başvurucu, hakkında yürütülen soruşturma ve kovuşturmanın makul süre içinde sonuçlanmadığını, belirterek Anayasa’nın 36. maddesinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve kişilik haklarının zarara uğradığını belirterek tazminat talep etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

20. Açıkça dayanaktan yoksun olmayan ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de görülmeyen başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

21. Adalet Bakanlığı görüşünde, uzun yargılamalara ilişkin başvurularda Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları incelemeye başladığı 23 Eylül 2012 tarihinin esas alınabileceği düşünülse de bu tarihe kadar geçen yargılama sürelerinin de makul süre hesabında değerlendirilebileceğini, Avrupa

İnsan Hakları Mahkemesinin (“AİHM”) yargılama süresinin makul olup olmadığını incelerken her olayın kendine özgü koşullarını, davanın karmaşık olup olmadığını, yargılama süresince tarafların gösterdiği tavır ve davranışları, kamu otoritelerinin tutumlarını, davanın başvuru açısından taşıdığı önemi, ceza yargılamalarında başvurucunun tutuklu olup olmadığı gibi hususları dikkate aldığını ifade etmiştir.

22. Başvurucu, Adalet Bakanlığının görüşüne karşı, başvuru dilekçesindeki beyanlarını tekrarlamıştır.

23. Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa’da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS”) ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Başka bir ifadeyle, Anayasa ve AİHS’in ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

24. Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

25. AİHS’nin “Adil yargılanma hakkı” başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Herkes ... cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir ...”

26. Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasa’da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriği, AİHS’in “Adil yargılanma hakkı” kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmelidir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38).

27. Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil olup, ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa’nın 141. maddesinin

de, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır (B. No: 2012/1198, 7/11/2013, § 39).

28. Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunması ile adaletin gerektiği şekilde temini ve hukuka olan inancın muhafazası olup, hukuki uyuşmazlığın çözümünde gerekli özenin gösterilmesi gereği de yargılama faaliyetinde göz ardı edilemeyeceğinden, yargılama süresinin makul olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerekir (B. No:2012/673, 19/12/2013, § 27).

29. Davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvuruçunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar, bir davanın süresinin makul olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken kriterlerdir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 41-45).

30. Ancak belirtilen kriterlerden hiçbirisi makul süre değerlendirmesinde tek başına belirleyici değildir. Yargılama sürecindeki tüm gecikme periyotlarının ayrı ayrı tespiti ile bu kriterlerin toplam etkisi değerlendirilmek suretiyle, hangi unsurun yargılamanın gecikmesi açısından daha etkili olduğu saptanmalıdır (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 46).

31. Anayasa'nın 36. ve AİHS'in 6. maddeleri ile kişilere, medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar yanında, cezai alanda yöneltilen suçlamaların da (*suç isnadı*) makul sürede karara bağlanmasını isteme hakkı tanınmıştır. Suç isnadı, bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesidir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz: *Eckle/Almanya*, B. No: 8130/78, 15/07/1982 ve *Deweert/Belçika*, B. No: 6903/75, 27/2/1980, § 42). Kişiye cezai alanda yöneltilen suçlamanın suç isnadı niteliğinde olup olmadığının tespitinde; iddia olunan suçun ulusal hukuktaki tasnifinin, suçun gerçek niteliğinin, suç için öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığının incelenmesi gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz: *Sergey Zolotukhin/Rusya*, B. No: 14939/03, 10/02/2009, § 53 ve *Engel ve Diğerleri*, B. No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8/6/1976, § 82). Ancak isnat olunan fiil, ceza kanunlarında suç olarak nitelendirilmiş ve yargılama aşamasında ceza hukukunun kuralları uygulanmış ise, ayrıca bir uygulanabilirlik incelemesi yapılmaksızın kendiliğinden adil yargılanma hakkının kapsamına girer (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz: *Weber/İsviçre*, B. No: 11034/84, 22/05/1990, §§ 32-34).

32. Başvuru konusu olayda, başvuru hakkında, 26/1/2005 tarihli mal bildirimine ilişkin olarak Trabzon 48. Piyade Tugayı Askeri Savcılığı nezdinde soruşturma başlatılmıştır. Başvuru hakkında isnat olunan suç 3628 sayılı

Kanun'un 13. maddesinde hapis ve ağır para cezasını gerektirir şekilde tanımlanmıştır. Bu çerçevede başvuru hakkındaki suç isnadına dayalı yargılamanın Anayasa'nın 36. maddesinin kapsamına girdiği konusunda kuşku bulunmamaktadır.

33. Yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanması için, öncelikle uyuşmazlığın türüne göre değişebilen, başlangıç ve bitiş tarihlerinin belirlenmesi gereklidir.

34. Ceza muhakemesinde yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken sürenin başlangıcı, bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesi veya isnattan ilk olarak etkilendiği arama ve gözaltı gibi bir takım tedbirlerin uygulanması anıdır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz: *Eckle/Almanya*, B. No: 8130/78, 15/07/1982, §§ 73-75). Ceza yargılamasında sürenin sona erdiği tarih, suç isnadına ilişkin nihai kararın verildiği, yargılaması devam eden davalar yönünden ise Anayasa Mahkemesinin makul süre şikâyetiyle ilgili kararını verdiği tarihtir.

35. Bununla birlikte, suç isnadının tarihi ile Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruların incelenmesi ile ilgili zaman bakımından yetkisinin başladığı tarih farklı olabilir. İsnat tarihi Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başladığı 23/9/2012 tarihinden önce olan ancak bu tarihte yargılaması devam eden ya da verilen nihai karar henüz kesinleşmemiş olan ceza davaları ile ilgili olarak, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki şikâyetler bakımından dikkate alınacak süre, 23/9/2012 tarihinden sonra geçen süre değil, suçun isnat edildiği tarihten itibaren geçen süredir. Dolayısıyla, ceza muhakemesinde yargılama süresinin makul olmadığı yönündeki şikâyetlerde, 23/9/2012 tarihinde derdest olmak şartıyla, suç isnadının gerçekleştiği tarih ile suç isnadına ilişkin nihai kararın ilgilisi tarafından öğrenildiği tarihe veya devam eden davalarda Anayasa Mahkemesinin başvuruyu karara bağladığı tarihe kadar geçen süre dikkate alınacaktır.

36. Başvurucunun ifadeye çağırılarak suç isnadından haberdar olduğu 22/7/2005 tarihi ile Samsun Cumhuriyet Başsavcılığınca başvuru hakkında iddianame düzenlendiği 3/2/2012 arasında yaklaşık 6,5 yıl geçmiştir. Bu süre içinde yargılama konusu olay ile ilgili Mahkemece herhangi bir işlem gerçekleştirilmemiştir. İddianamenin Mahkemeye sunulmasından yaklaşık sekiz ay sonra 17/10/2012 tarihinde Samsun 2. Asliye Ceza Mahkemesi başvuru konusu davada düşme kararı vermiştir.

37. Somut olayda yargılama faaliyeti, başvurucunun ifadeye çağırılarak suç isnadından haberdar olduğu 22/7/2005 tarihi ile düşme kararının kesinleşme tarihi olan 19/11/2012 arasında toplam 7 yıl 3 ay 27 gün sürmüştür.

38. Yargılama sürecinin uzamasında yetkili makamlara atfedilecek gecikmeler, yargılamanın süratle sonuçlandırılması hususunda gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklanabileceği gibi, yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliğinden de ileri gelebilir. Zira Anayasa'nın 36. maddesi ile Sözleşme'nin 6. maddesi, hukuk sisteminin, mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi sorumluluğunu yüklemektedir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 44).

39. Bu kapsamda, yargı sisteminin yapısı, mahkeme kalemindeki rutin görevler sırasındaki aksamalar, hükmün yazılmasındaki, bir dosyanın veya belgenin bir mahkemeden diğerine gönderilmesindeki ve raportör atanmasındaki gecikmeler, yargıç ve personel sayısındaki yetersizlik ve iş yükü ağırlığı nedeniyle yargılamada makul sürenin aşılması durumunda da yetkili makamların sorumluluğu gündeme gelmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz: *Foti ve Diğerleri/İtalya*, B. No: 7604/76, 10/12/1982, § 61; *Neumeister/Avusturya*, B. No: 8163/07, 2/4/2013, §§ 20–21; *Zimmermann-Steiner/İsviçre*, B. No: 8737/79, 13/07/1983, §§ 29–32; *Reilly/İrlanda*, B. No: 21624/93, 22/2/1995, §§ 65–66; *Eckle/Almanya*, B. No: 8130/78, 15/07/1982, § 84).

40. Devlet, yargılama sisteminde çözüm bekleyen uyuşmazlıkların nicelik itibarıyla artmasına rağmen, yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleştirilebilmesi için gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, hukuk sisteminin adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi sorumluluğunun bir görünümüdür.

41. Somut başvuru açısından özellikle değerlendirilmesi gereken yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliklerinin yol açtığı gecikmeler AİHM tarafından da müteaddit defalar incelemeye tabi tutulmuştur. Bu kapsamda, bir yapısal sorun olması ve yargılama sisteminde çözüm bekleyen uyuşmazlıkların uzun bir müddet zarfında artması ve birikmesi sonucu yargılamalarda makul sürenin aşılması durumunda, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır (Bkz: *Buchholz/Almanya*, B. No: 7759/77, 6/5/1981; *Guincho/Portekiz*, B. No: 8990/80, 10/7/1984; *Unión Alimentaria Sanders S.A./İspanya*, B. No: 11681/85, 7/7/1989; *Zimmermann-Steiner/İsviçre*, B. No: 8737/79, 13/7/1983). Tek dereceli bir yargılamada yedi yılı aşkın bir süre devam eden yargılama faaliyetinin, Anayasa'nın 36. maddesi ile Sözleşme'nin 6. maddesi gereğince, yargılama sisteminin, mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi zorunluluğu göz önünde bulundurulduğunda, hukuk sisteminde var olan yapısal ve organizasyona ilişkin eksikliklerin, yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleştirilmemesini izah

edemeyeceği açıktır.

42. Başvurucunun tutumunun yargılamanın uzamasına özellikle bir etkisi olduğu tespit edilmemiştir.

43. Yargılama süresinin makul olup olmadığının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken davadaki sanık sayısı, davanın karmaşıklığı, atılı suçun vasıf ve mahiyeti, söz konusu suç için öngörülen cezanın miktarı gibi unsurların hiçbiri somut davadaki yargılama süresinin makul olarak değerlendirilmesine olanak vermemektedir. Tek bir sanığın yargılandığı ve karmaşık nitelikte olmayan davada bu yargılama süresi makul olarak değerlendirilemez.

44. Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan "*makul sürede yargılanma hakkı*"nın ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

45. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, esas inceleme sonunda ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedileceği belirtilmiş; ancak yerindelik denetimi yapılamayacağı, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

46. Başvuruda Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Başvurucu, 20.000,00 TL maddi ve 50.000,00 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Başvurucu ayrıca, avukatına yaptığı 4.000 TL ödemeyi gösterir makbuz beyan etmiştir.

47. Adalet Bakanlığı, başvuru tarafından talep edilen tazminat miktarları konusunda herhangi bir beyanda bulunmamıştır.

48. Başvurucu, uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesine herhangi bir belge sunmamıştır. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için, başvurucunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tazminat talebi arasında illiyet bağı kurulması gerekir. Anayasa Mahkemesine herhangi bir belge sunmayan başvurucunun maddi tazminat talebi reddedilmelidir.

49. Anayasa Mahkemesi başvurucunun sadece ihlal tespitiyle telafi edilemeyecek ölçüde manevi zarar görmüş olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla, davaya ilişkin olayları dikkate alarak başvurucuya takdiren 6.200,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

50. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35

TL yargılama giderinin başvurucaya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvurunun, KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

**B. Yargılamanın makul süreyi aşması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesi-
nin İHLAL EDİLDİĞİNE,**

C. Başvurucaya 6.200,00 TL manevi TAZMİNAT ÖDENMESİNE,

D. Başvurucunun tazminata ilişkin diğer taleplerinin REDDİNE,

**E. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet üc-
retinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA
ÖDENMESİNE,**

**F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucaların Maliye Hazinesine
başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme ol-
ması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre
için yasal faiz uygulanmasına,**

G. Kararın bir örneğinin ilgili mahkemesine gönderilmesine,

9/1/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Alparslan ALTAN

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/3912

Karar Tarihi: 6/2/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Zehra Ayla PERKTAŞ Burhan ÜSTÜN Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN
Raportör	: Yunus HEPER
Başvurucu	: İsmail TAŞPINAR
Vekili	: Av. Abdullah ERKOL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, İlçe Seçim Kurulu Başkanının kararı sonucunda oda seçimlerine katılamaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 4/6/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine Mersin 3. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

4. Başvuru dilekçesindeki ilgili olaylar özetle şöyledir:

5. Başvurucu, Mersin Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odasının (SMMM) üyesidir. Başvurucu, SMMM'nun organlarının belirlenmesi için 12/5/2013 tarihinde yapılan oda seçimlerine Meslekte Birlik Gurubunun başkanı sıfatıyla katılmak istemiştir.

6. Başvurucunun başkanı olduğu gurup adına verdiği aday listesi Divan

Başkanlığı tarafından, tüm adayların ayrı ayrı dilekçe vermesi gerektiği gerekçesiyle reddedilmiştir.

7. Başvurucu eksikliği gidererek listeyi tekrar Divan Başkanlığına vermek istemiş, ancak Divan Başkanlığı verilen süre içerisinde eksiklik giderilmediği gerekçesiyle aday listesini kabul etmemiştir.

8. Başvurucu, Divan Başkanlığının bu kararına yaptığı itiraz Oda Genel Kurulunda oylanmış ve reddedilmiştir.

9. Başvurucunun, oda seçiminin iptali için yaptığı itiraz başvurusu Akdeniz 1. İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının 14/5/2013 tarihli kararı ile reddedilmiştir. İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı ret gerekçesini Yeminli Mali Müşavirler Odası Yönetmeliği'nin oda organlarının seçim esaslarına ilişkin 22. maddesinin 1. Ek fıkrasında *"Guruplardan aday olacak kişilerin adaylığa ilişkin dilekçeleri gurup listesine eklenerek divana verilir"* hükmüne dayandırmıştır. İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı kararını kesin olarak vermiştir.

10. Başvurucu Akdeniz 1. İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının kararına karşı karar düzeltme talebinde bulunmuş; Başkanlık, 17/5/2013 tarihli kararında, Başkanlığa ibraz edilen ve 11/5/2013 tarihli Genel Kurula sunulduğu anlaşılan ve içeriğinde *"genel kurulun 10. maddesine şerh koyuyoruz"* ibaresi bulunan dilekçenin hangi amaçla verildiğinin dilekçeden anlaşılmadığı; divan kararlarının iptalinin *"birlik yahut mahkeme kararları ile mümkün olduğu"* gerekçesiyle karar düzeltme talebinin reddine karar vermiştir.

B. İlgili Hukuk

11. 1/6/1989 tarih ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun *"Oda ve birlik organlarının seçim esasları"* başlıklı 40. maddesinin 1., 6., 7., 9., 12., 13. ve 15. fıkraları şöyledir:

"Odaların ve birliğin organ seçimleri gizli oyla yapılır ve seçim işlemleri aşağıdaki esaslara göre yargı gözetimi altında gerçekleştirilir.

...

Hâkim, kamu görevlileri veya aday olmayan üyeler arasından bir başkan ile iki üyeden oluşan bir seçim sandık kurulu tayin eder. Aynı şekilde ayrıca üç yedek üye de belirler. Seçim sandık kurulu başkanının yokluğunda kurula en yaşlı üye başkanlık eder.

Seçim sandık kurulu, seçimlerin kanunun öngördüğü esaslara göre yürütülmesi, yönetimi ve oyların tasnifi ile görevli olup bu görevleri seçim ve tasnif işleri bitinceye kadar aralıksız olarak devam eder.

...

Seçimlerde, üyeler bağımsız aday olabilecekleri gibi, aralarında oluşturacakları grupların listelerinden de aday olabilirler. Kurul üyelikleri ve Birlik Genel Kurul temsilcilikleri için ayrı oy pusulaları oluşturulur. Oy pusulalarında, grup listelerinden aday olanlar ilgili grup ismi altında, bağımsız adaylar ise ayrıca listelenir. Oy pusulaları, hangi kurul üyeliği için hangi grup ya da bağımsız adaya oy verileceğini gösterecek şekilde hazırlanır, grup isimlerinin ve bağımsız adayların adları yanına işaret konacak kare şeklinde kutulara yer verilmek suretiyle çoğaltılır, ilçe seçim kurulu mührü ile mühürlendikten sonra kullanılır. Oylar pusulada yer alan grup ya da bağımsız adayların ismi yanındaki kutu işaretlenmek suretiyle kullanılır. Oy verme işlemi, gizli oy açık tasnif esaslarına göre yapılır. Üye listesinde adı yazılı bulunmayan meslek mensubu oy kullanamaz. Oylar, oy verenin kimliğini resmi kuruluşlarca verilen belgeyle ispat etmesinden ve listedeki isminin karşısındaki yeri imzalamasından sonra kullanılır. Oylar, üzerinde ilçe seçim kurulu mührü bulunan ve oy verme sırasında sandık kurulu başkanı tarafından verilecek zarflara konulmak suretiyle kullanılır. Mühürsüz oy pusulası ve zarfla kullanılan oylar geçersiz sayılır.

...

Seçim süresinin sonunda seçim sonuçları tutanakla tespit edilip seçim sandık kurulu başkan ve üyeleri tarafından imzalanır. Birden fazla sandık bulunması halinde tutanaklar, hâkim tarafından birleştirilir. Tutanakların birer örneği seçim yerinde asılmak suretiyle geçici seçim sonuçları ilan edilir. Kullanılan oylar ve diğer belgeler tutanağın bir örneği ile birlikte üç ay süreyle saklanmak üzere ilçe seçim kurulu başkanlığına tevdi edilir.

Seçimin devamı sırasında yapılan işlemler ile tutanakların düzenlenmesinden itibaren iki gün içinde seçim sonuçlarına yapılacak itirazlar, hâkim tarafından aynı gün incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. İtiraz süresinin geçmesi ve itirazların karara bağlanmasından hemen sonra hakim yukarıdaki hükümlere göre kesin sonuçları ilan eder ve ilgili oda ile birliğe bildirir.

...

Hâkim, seçim sonuçlarını etkileyecek ölçüde bir usulsüzlük veya kanuna aykırı uygulama sebebiyle seçimlerin iptaline karar verdiği takdirde, süresi bir aydan az ve iki aydan fazla olmamak üzere seçimin yenileneceği pazar gününü tespit ederek oda ve birliğe bildirir. Belirlenen günde yalnız seçim yapılır ve seçim işlemleri bu madde ile kanunun öngördüğü diğer hükümlere uygun olarak yürütülür.

..."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

12. Mahkemenin 6/2/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-

nun 4/6/2013 tarihli ve 2013/3912 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

13. Başvurucu, yapılan hukuksuzluk somut belgelerle ispatlanmasına rağmen İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının, konuyla ilgili yasaya açıkça aykırı karar vermesiyle ve ayrıca kararın kesin olarak verilmesiyle Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

1. Ön Sorunların İncelenmesi

14. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.”

15. 30/11/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un, “Bireysel başvuru hakkı” kenar başlıklı 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”

16. Anılan Anayasa ve Kanun hükmüne göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

17. Anayasa'nın “Hak arama hürriyeti” kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

18. AİHS'nin “Adil yargılanma hakkı” kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.”

19. Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasa’da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, Sözleşme’nin “Adil yargılanma hakkı” kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38).

20. Sözleşme’nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin “*medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıkların*” ve bir “*suç isnadının*” esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Bu ifadeden, hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için, başvurucunun ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyuşmazlığın tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır (B. No: 2012/917, 16/4/2013, § 21).

21. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarına göre Sözleşme, bir kişinin sahip olduğunu ileri sürebileceği tüm hak ve yükümlülükler bakımından adil yargılanma hakkını güvenceye almamaktadır. Sözleşmenin 6. maddesi bir kimsenin “*medeni hak ve yükümlülükleri*”nin karara bağlanmasıyla ilgili bir yargılama usulünde uygulanır. Sözleşmenin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının “*medeni*” meselelerde uygulanabilirliği için ilk olarak bir uyuşmazlığın bulunması gerekir. İkinci olarak uyuşmazlık, en azından savunulabilir bir şekilde iç hukukta tanınmış olduğu söylenebilecek “*haklar ve yükümlülükler*” ile ilgili olmalıdır. Üçüncü olarak uyuşmazlık konusu “*haklar ve yükümlülükler*”, Sözleşme’deki anlamıyla “*medeni*” olmalıdır. Son olarak adil yargılanma hakkının kapsamına alınması istenen usulün, medeni hak ve yükümlülüğü karara bağlaması gerekir.

22. Somut olayda başvuru, Mersin SMMMO’nun organlarından olan Yönetim Kurulu ve Disiplin Kurulunun belirlenmesi için yapılan seçimlere Meslekte Birlik Gurubunun başkanı sıfatıyla katılmak istemiş; Genel Kurul Başkanlık Divanı başvurucunun adaylık başvurusunu, başvuru usulüne aykırılık nedeniyle reddetmiştir. Başvuru, adaylık başvurusunun kabul edilmemesi nedeniyle seçimlere katılamamış ve başvurucunun ilçe seçim kurulu başkanlığına yaptığı itiraz da reddedilmiştir. Başvuru, ilçe seçim kurulu

kararının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Dolayısıyla başvuru hakkının bireysel başvuru hakkına sahip olup olmadığını belirlemek açısından öncelikle oda seçimlerinde aday olma hakkının “medeni” bir hak olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin tespiti gerekmektedir.

23. AİHM’in Sözleşme’nin 6. maddesine dair benimsediği dinamik yorum anlayışı Mahkeme’nin medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili soyut bir tanımlama yapmaktan kaçınmasına neden olmaktadır. Medeni hak ve yükümlülük kavramı, ilke olarak, özel hukuk davalarını Sözleşme’nin 6. maddesinin koruması altına almaktadır. Fakat AİHM, geliştirdiği içtihatla, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar yanında, kamu hukuku özellikleri ağır basan, devlet ile birey arasındaki uyuşmazlıkları da medeni hak ve yükümlülük kavramına dâhil etmekte ve 6. maddenin kapsamına girdiğini ortaya koymaktadır. AİHM’in bu yaklaşımı, Avrupa devletlerinin, devletlerin kamu gücüne dayanan bir imtiyazı kullandığı alanlarda da hukuk yolları sağlama eğilimi ile uyumludur.

24. Adil yargılanma hakkının bir insan hakkı olarak kavranmasının bir sonucu olarak AİHM’in geliştirdiği içtihatlar ile “medeni hak ve yükümlülükler” deyiminin kapsamının genişletmesinin en önemli sonucu adil yargılanma hakkının norm alanının genişlemesi olmuştur. Adil yargılanma hakkının norm alanının genişletmesinin bir sonucu olarak bireyler sahip olduğunu iddia ettikleri tüm yasal hak ve yükümlülükleri talep edebilir; aynı zamanda devletin bu hak ve yükümlülüklerle yaptığı her türlü müdahaleye yargı önünde itiraz edebilirler.

25. Anayasa’nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle korunan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, Anayasa’nın 40. maddesi uyarınca diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir (AYM, E.2013/71, K.2013/77, K.T. 18/6/2013).

26. Anayasa’nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının kapsamının belirlenmesinde de AİHM’in “medeni hak ve yükümlülükler” deyiminin kapsamını genişletme eğilimi göz önüne alınmalıdır. AİHM, “medeni hak ve

yükümlülükler” deyimini hangi hukuk alanına girdiğine ve devletin müdahale edip etmediğine bakılmaksızın bir kişinin sahip olduğu, savunulabilecek hak ve yükümlülükleri kapsayacak şekilde genişletme eğilimindedir.

27. Somut olayda başvuru, Mersin SMMMO organlarında görev almak amacıyla seçimlere katılmak istemiş ancak bazı usulü eksiklikler nedeniyle aday olma talebi reddedilmiştir. SMMMO’lar, 3568 sayılı Kanun’da yazılı esaslar uyarınca meslek mensuplarının ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadıyla kurulan, tüzelkişiliğe sahip, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır. 3568 sayılı Kanun’un 23. maddesinde Oda Yönetim Kurulunun görevleri, aynı Kanun’un 26. maddesinde Oda Disiplin Kurulunun görevleri sayılmıştır.

28. Bir mali müşavir olan başvuru, oda organlarında görev yapması halinde odanın mallarını yönetmek, odanın bütçesini hazırlamak, oda genel kuruluna çalışmalar hakkında rapor vermek ya da disiplinle ilgili bazı muameleleri yapmak gibi odanın ve oda mensuplarının çalışma koşullarına ilişkin Kanun’dan kaynaklanan bazı görevleri yerine getirecektir. Başvurucunun 3586 sayılı Kanun’dan doğan statüsünden kaynaklanan oda yönetim ve disiplin kurullarında üye olmak ve odanın yönetsel işlerinde görev almak için seçimlerde aday olmak hakkının Anayasa’nın 36. maddesinde yer alan güvencelerden faydalanacağı kabul edilmelidir.

29. Başvuruya konu karar Akdeniz 1. İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı tarafından ve kesin olarak verilmiştir. Çözümlemesi gereken diğer bir mesele de İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının, Anayasa’nın 36. maddesinde yer alan “*yargı mercileri*” deyimini kapsamına girip girmediği hususudur.

30. Anayasa Mahkemesi 1992 yılında verdiği bir kararında İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının Anayasa’nın 152. ve 10/11/1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun’un 28. maddesinde sözü edilen “*mahkeme*” deyiminin kapsamı içine girip girmediğini değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi, “*Seçim kurulları ve seçimlerle ilgili yasa hükümleri kendine özgü bir çözüm ve kurallar bütünüdür. Anayasa’nın 79. maddesinde dayanağını bulan seçim yasaları ile bu kurullara ve yargıçlara verilen görevler seçimin sınırları içinde ve kendi bütünlüğü çerçevesinde değerlendirilme-lidir*” gerekçesi ile İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının “*bir davaya bakmakta olan mahkeme*” olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir (AYM, E.1992/12, K.1992/2, K.T. 18/2/1992).

31. Somut olayda, başvurucunun bireysel başvurusuna konu kararı veren

merci, 3568 sayılı Kanun'un 40. maddesi hükümleri uyarınca oda ve birlik seçimlerinde yapılan itirazları kesin olarak karara bağlamak yetkisi bulunan ve İlçe Seçim Kurulu Başkanlığını yürüten hâkimdir.

32. AİHS'in 6. maddesi de klasik yargı teşkilatında bulunan mahkemelerin dışında kalan ama yargılama faaliyetlerinde bulunan organları da kapsayacak şekilde "*yargı yeri*" (tribunal) kelimesini kullanmaktadır. AİHM'e göre bir organa kelimenin maddi anlamında yargı yeri özelliği kazandıran, onun yargısal fonksiyonudur (bkz. *Belilos/İsviçre*, B. No: 10328/83, 29/4/1988, § 64). Bu sebeple öncelikle İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının yargısal bir faaliyette bulunup bulunmadığının belirlenmesi, bunun için de söz konusu faaliyetin objektif içeriğine ve İlçe Seçim Kurulu Başkanlığınca verilen hükmün niteliğine bakmak gerekmektedir. Bunun için öncelikle, yargılama faaliyetinden ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması zorunludur.

33. Devletin yargılama fonksiyonunun belirlenmesinde iki temel yaklaşım söz konusudur. Maddi anlamda yargılama faaliyeti, hukuki uyumsuzlukları ve hukuka aykırılık iddialarını çözümleyen ve karara bağlayan bir devlet fonksiyonu olarak görülmektedir. Bu anlayış, organik açıdan idare içerisinde yer alan kimi organ ve kurulların benzer faaliyetlerinin de yargılama faaliyeti sayılması sonucunu doğurması nedeniyle yetersiz kalmaktadır (AYM, E.2012/102, K.2012/207, K.T. 27/12/2012).

34. Günümüzde genel kabul gören organik-şekli ölçüte göre, yargısal faaliyet, kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız kuruluşlar tarafından, hukuki uyumsuzlukların ve hukuka aykırılık iddialarının özel yargılama usulleri izlenerek çözümlenmesi ve kesin hükme bağlanması faaliyeti olarak tanımlanmaktadır. Bağımsızlık ve tarafsızlık, yargı fonksiyonunu idare fonksiyonundan ayıran en önemli ölçüt olup, yargı yetkisini kullanacak olan merciin, çözülmesi istenen uyumsuzlığa doğrudan veya dolaylı olarak taraf olmayan ve uyumsuzluğun taraflarından tamamen bağımsız olan kişi veya kişilerden oluşmasını gerektirmektedir. Öte yandan yargılama faaliyetinde idari faaliyetten farklı olarak, uyumsuzluğun çözümü, bağımsızlık ve tarafsızlığı güçlendiren özel yargılama usulleri izlenerek gerçekleştirilmektedir. Ayrıca, yargı organları bir uyumsuzluğu kesin bir biçimde çözerken, idare organlarının verdiği kararlar kural olarak kesin nitelikte değildir. Dolayısıyla verilen karara karşı herhangi bir organa başvurulamaması, karara yargısal kimlik kazandıran önemli bir göstergedir (AYM, E.2012/102, K.2012/207, K.T. 27/12/2012).

35. AİHM de, AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılama hakkı bağlamında mahkemeyi, ulusal kanunlarda mahkeme olarak nitelendirilmiş olup olmadığına bakmaksızın, belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün olan ka-

rar verme yetkilerini elinde tutan organ olarak nitelemektedir (bkz. *Sramek/Avusturya*, B. No: 8790/79, 22/10/1984, § 36). İlgili karar organının mahkeme olarak nitelendirilebilmesi için ayrıca dava konusu olayı hem maddi hem de hukuki açıdan inceleme yetkisine sahip olması (bkz. *Belilos/İsviçre*, B. No: 10328/83, 28/4/1988, § 70) ve dava konusunu bağlayıcı bir şekilde sonuçlandırma yetkisinin bulunması gereklidir (bkz. *Findlay/İngiltere*, B. No: 22107/93, 25/2/1997, § 77).

36. Bu tanıma göre yargısal faaliyetin en önemli unsuru, bir hukuki uyumsuzluğun tüm yönleriyle esastan çözümlenerek karara bağlanması ve bu kararın kesin hüküm niteliği taşımasıdır. Kesin hüküm, davanın tarafları arasındaki hukuki ilişkinin, bütün bir gelecek için kesin olarak tespiti veya düzenlenmesi ve aynı davanın hükmün kesinleşmesinden sonra yeniden açılmamasıdır.

37. 3568 sayılı Kanun'un 40. maddesi hükümleri uyarınca İlçe Seçim Kurulu Başkanı olan hâkim, oda ve birlik seçimleri için üye listelerinin hazırlanması, listelere yapılacak itirazların karara bağlanması, sandık kurulunun oluşturulması, oy pusulalarının hazırlanması, seçim sonuçlarına ilişkin tutanakların birleştirilmesi işlemlerini yapar. Ayrıca aynı maddenin "*Seçimin devamı sırasında yapılan işlemler ile tutanakların düzenlenmesinden itibaren iki gün içinde seçim sonuçlarına yapılacak itirazlar, hâkim tarafından aynı gün incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. İtiraz süresinin geçmesi ve itirazların karara bağlanmasından hemen sonra hâkim... kesin sonuçları ilan eder ve ilgili oda ile birliğe bildirir*" biçimindeki onüçüncü fıkrası uyarınca seçime ilişkin uyumsuzluklar hakkında kesin olarak karar verir. Bundan başka onbeşinci fıkra uyarınca hâkim, seçim sonuçlarını etkileyecek ölçüde bir usulsüzlük veya kanuna aykırı uygulama sebebiyle seçimlerin iptaline ve seçimlerin yenilenmesine de kesin olarak karar verebilir.

38. 3568 sayılı Kanun'un 40. maddesinde İlçe Seçim Kurulu Başkanının kararlarının kesin hüküm niteliğinde olduğunun açıkça belirtilmesi ve bu karara karşı herhangi bir hukuksal yola başvurma yolunun öngörülmemiş olması, İlçe Seçim Kurulu Başkanının kararlarının yargısal anlamda kesin hüküm niteliğinde olduğunu göstermektedir.

39. İlçe Seçim Kurulu Başkanının yargısal fonksiyon ifa edip etmediğinin saptanmasında dikkate alınması gereken diğer bir unsur da, bağımsızlık ve tarafsızlıktır.

40. 298 sayılı Kanun'un 18. maddesinin birinci fıkrasına göre bir ilçedeki en kıdemli hâkim o ilçenin ilçe seçim kurulu başkanıdır. Anayasa'nın Üçüncü Kısımının Üçüncü Bölümde yer alan 138-158. maddelerinde "*Genel Hükümler*" ve "*Yüksek Mahkemeler*" başlıkları altında yargı ile ilgili düzenlemeler yapıl-

mıştır. Bu maddelerde Yüksek Mahkemeler ile bunların başında bulundukları yargı düzenleri sayılmış ve ayrıca mahkemeler ile hâkimlik ve savcılık mesleğinin temel kuralları belirlenmiştir.

41. Seçimlerin genel yönetim ve denetimi ise Anayasa'nın Üçüncü Kısımının "Yasama" başlıklı Birinci Bölümünde yer alan 79. maddede düzenlenmiştir. Anayasa'nın "Seçimlerin genel yönetim ve denetimi" başlıklı 79. maddesinde seçimlerin, yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılması öngörülmüş ve seçimlerin başlamasından bitimine kadar seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerinin seçim tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kuruluna verilmiştir.

42. Başta Yüksek Seçim Kurulu olmak üzere seçim kurulları Anayasa'nın yargı bölümünde yer almadıkları halde, İlçe Seçim Kurulu 298 sayılı Kanun'un 18. maddesi uyarınca kurulur ve başkanlığını ilçedeki en kıdemli hâkim yapar. İlçe Seçim Kurulunun görevleri ise aynı Kanun'un 20. maddesinde sayılmıştır. 298 sayılı Kanun'un 20. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendine göre İlçe Seçim Kurulu, "Kanunla kendisine verilen başkaca görevleri yapmak"la görevlidir.

43. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının organ seçimleri 298 sayılı Kanun'un 1. maddesi kapsamı dışında olmasına karşın bu kuruluşlarla ilgili seçimler kendi özel kanunlarının verdiği görev nedeniyle İlçe Seçim Kurulu Başkanı olan hâkimin gözetiminde yapılmaktadır. Nitekim 3568 sayılı Kanun'un 40. maddesi hükümleri uyarınca SMMMÖ'lerin organlarının seçimleri de İlçe Seçim Kurulu Başkanı olan hâkimin gözetiminde yapılmaktadır.

44. Seçim kurulları Anayasa'nın yargı bölümünde yer almadıkları halde, başvuruya konu kararı veren İlçe Seçim Kurulu Başkanı, HSYK tarafından ataması yapılmış, Anayasa'da güvence altına alınan hâkimlik bağımsızlığı ve teminatından faydalanan bir hâkimdir. Bu itibarla İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının yargısal fonksiyon ifa edip etmediğinin saptanmasında dikkate alınması gereken bağımsızlık ve tarafsızlık unsurlarına sahip olduğunu kabul etmek gerekir.

45. İlçe Seçim Kurulu Başkanının yargısal fonksiyon ifa edip etmediğinin saptanmasında dikkate alınması gereken son ölçüt ise "kanunla kurulmuş olma" ölçütüdür. AİHS'in 6. maddesinde yer alan "kanunla kurulmuş mahkeme-de yargılanma hakkı" Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının da önemli bir ögesidir (AYM, E.2002/170, K.2004/54, K.T.5/5/2004). Bununla birlikte Anayasa koyucu, Anayasa'nın 37. maddesinde "Hiç kimse

*kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğur-
an yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”* biçimindeki kurala yer
vererek yargılamayı yapan mahkemenin yasayla kurulması gerektiğini ayrıca
belirlemiştir. Anayasa’nın “Mahkemelerin kuruluşu” başlıklı 142. maddesinde
“Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla
düzenlenir” denilerek mahkemelerin yasayla kurulması gerektiğinin altı çizil-
miştir.

46. Kanunla kurulmuş mahkeme, kuruluş, yetki, yargılama yöntemleri gibi
konuların “yargılamadan önce” yasayla düzenlenmiş olması anlamına gelir.
Yasayla düzenleme ise “belirliliği” ve “öngörülebilirliği” içerir (AYM, E.2010/32,
K.2011/105, K.T.16/6/2011).

47. Anayasa’nın 79. maddesinin üçüncü fıkrasında, “Yüksek seçim kurulunun
ve diğer seçim kurullarının görev ve yetkileri kanunla düzenlenir” denilmek sure-
tiyle İlçe Seçim Kurullarının yargılama usulleri kanunilik güvencesine bağ-
lanmış, 3568 sayılı Kanun’un 40. maddesinde ise Odaların ve Birliğin organ
seçimlerinin aynı Kanun’da yazılı esaslara göre yargı gözetimi altında gerçek-
leştirileceği söylendikten sonra İlçe Seçim Kurulu Başkanı olan hâkimin gö-
revleri sayılmıştır. Bu itibarla İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının, yargısal fonk-
siyon ifa edip etmediğinin saptanmasında dikkate alınması gereken kanunla
kurulmuş olma unsuruna sahip olduğu kabul edilmelidir.

48. Bütün bu açıklamalar dikkate alındığında, İlçe Seçim Kurulu Başkanının
seçim konularıyla ilgili şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin hükme bağlama
görevi yönünden yargısal bir faaliyet icra ettiği ve hâkim bağımsızlığı ve ta-
rafsızlığına sahip olduğu kabul edilmiştir. Bu sebeple, seçim konularıyla ilgili
şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin hükme bağlama görevi yönünden İlçe
Seçim Kurulu Başkanlığının klasik yargı teşkilatı içindeki mahkemeler dışın-
da kalan ama yargılama faaliyetinde bulunan bulunan organları da kapsayacak şekilde
Anayasa’nın 36. maddesinde “yargı yeri” olarak belirlenen organlardan oldu-
ğu sonucuna ulaşılmaktadır.

2. Kabul Edilebilirlik İncelemesi

49. Anayasa’nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

*“Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme
yapılamaz.”*

50. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve
Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası
şöyledir:

“Mahkeme, ... açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir.”

51. 6216 sayılı Kanun’un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında açıkça dayanaktan yoksun başvuruların Mahkemece kabul edilemezliğine karar verilebileceği belirtilmiştir. Anayasa’nın 148. maddesinin dördüncü fıkrasında ise açıkça dayanaktan yoksun başvurular kapsamında değerlendirilen kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin şikâyetlerin bireysel başvuruda incelenemeyeceği kurala bağlanmıştır.

52. Anılan kurallar uyarınca, ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık bir keyfilik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır. Bu çerçevede, kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesince esas yönünden incelenemez (B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 26).

53. Başvuru konusu olayda başvuru, Oda seçimlerinde gurupları adına katılmak üzere aday listelerini eksiklikleri de tamamlanarak süresinde Genel Kurul Divanına verdiklerini ancak Divanın, listelerin süresinde verilmediği gerekçesiyle başvurularını reddettiğini ileri sürerek seçim sonuçlarına itiraz etmiştir. İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı ise genel kurul toplantı tutanağına göre seçim listesinin zamanında verilmediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle itirazı reddetmiştir. Başvurucunun iddiaları mevzuatın yorumlanmasına, delillerin değerlendirilmesine ve esas itibarıyla yargılamanın sonucuna ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

54. Adil yargılanma hakkı bireylere dava sonucunda verilen kararının değil, yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetleme imkânı verir. Bu nedenle, bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikâyetlerin incelenebilmesi için başvuru yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediğine, bu çerçevede yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyumsuzluğun çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu gibi, mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık keyfilığe ilişkin bir bilgi ya da belge sunmuş olması

gerekir. Somut olayda başvuruçunun yargılama sürecinin hakkaniyete aykırı olduğuna dair bir bilgi ya da belge sunmadığı, aksine yargılama sonucunda verilen kararın içeriğinin adil olmadığı şikâyetini dile getirdiği anlaşılmaktadır (B. No: 2013/2767, 2/10/2013, § 22).

55. Açıklanan nedenlerle, başvuruçunun tarafından ileri sürülen iddiaların kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu, derece mahkemesi kararının açık bir keyfilik de içermediği anlaşıldığından başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

56. Başvuruçunun ayrıca, İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının verdiği kararın kesin olarak verilmesiyle Anayasa’nın 36. maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

57. 3568 sayılı Kanun’un 40. maddesinin onüçüncü fıkrasında oda seçiminin devamı sırasında yapılan işlemler ile tutanakların düzenlenmesinden itibaren iki gün içinde seçim sonuçlarına yapılacak itirazların, İlçe Seçim Kurulu Başkanı olan hâkim tarafından aynı gün inceleneceği ve kesin olarak karara bağlanacağı; itiraz süresinin geçmesi ve itirazların karara bağlanmasından hemen sonra hâkimin kesin sonuçları ilan ederek ilgili oda ve birliğe bildireceği düzenlenmiştir.

58. Anayasa’nın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia, savunma ve adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

59. Yargı yerlerinin verdikleri kararlarda, gerek yanılma, gerekse normları değişik biçimde yorumlama sonucu olarak doğan ve olağan sayılması gereken yasaya ve hukuka aykırılıkların giderilmesini sağlamak amacıyla bazı yöntemlerin konulması yoluna gidilmiştir. Bir yargı yerinin verdiği kararda aykırılık olduğu iddiası ile ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümlenmek üzere yargı önüne getirilmesi “kanun yolu”na başvurmaktır. Kanun yoluna başvuru hakkı, adil yargılanma hakkının kapsamı içerisinde kabul edilmektedir. Bunun nasıl yapılacağı ise usul hükümleri ile gösterilmektedir. Anayasa’nın 142. maddesinde “mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin, işleyişlerinin ve yargılama usullerinin” yasa ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Kanun yoluna ilişkin düzenlemeler, yargılama usulü kapsamındadır. Yargılamanın olabildiğince hızlı sonuçlanması ve sonuçların bir an önce açıklanması gerektiğinden her karara karşı değil, fakat önemli kararlara karşı kanun yoluna gidilmesi gereği benimsenmektedir. Nitekim mahkemelerce verilen tüm kararlara karşı kanun yolunun açık tutulması, kanun yolu kurumunu işlemez duruma getirebilir (AYM, E.2006/65, K.2009/114, K.T.23/7/2009).

60. Kaldı ki AİHS'in 6. maddesi ne ceza davalarında ne de cezai olmayan davalarda, 6. madde güvencelerine uygun bir mahkemenin kararlarına karşı kanun yolu başvurusunda bulunma hakkını güvence altına almaktadır. Ancak eğer bir devlet kendi takdirine bağlı olarak kanun yolu başvurusunda bulunma hakkı tanıyorsa, kanun yolu başvurusunu inceleyen mahkeme önünde uygulanan muhakeme usulünün Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan ilkelere uygun olması gerekir (bkz. *Delcourt/Belçika*, B. No: 2689/65, 17/1/1970, § 26). Öte yandan "*Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı*" AİHS'in Ek 7 numaralı protokolünün 2. maddesi ile kabul edilmiştir.

61. Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri, diğerinin sınırını oluşturabilmektedir. Hak arama özgürlüğü Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiş ve anılan maddede hak arama hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 142. ve davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını ifade eden Anayasa'nın 141. maddelerinin, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır (AYM, E.2006/65, K.2009/114, K.T.23/7/2009).

62. Seçim kurullarının ve başkanlarının kararlarına karşı gidilebilecek şikâyet ve itiraz yolları, inceleme mercileri ve usulü 298 sayılı Kanun'un 110-132. maddelerinde düzenlenmiştir. Oysa somut başvuruda SMMMÖ seçimleri 298 sayılı Kanun'da belirlenen usulün dışında 3568 sayılı Kanun hükümleri uyarınca yapılmıştır. Nitekim 3568 sayılı Kanun'un 40. maddesinde İlçe Seçim Kurulu Başkanının kararına karşı herhangi bir kanun yolu öngörülmemiş ve kararların kesin olduğu belirtilmiştir. Söz konusu kuralla, SMMMÖ ve Birlik organlarının seçimlerine ilişkin şikâyetlerin ivedilikle sonuçlandırılması ve birlik organlarının belirlenmesi olduğu açıktır. Bir başka ifade ile kanun koyucu, önemsiz sayılabilecek bazı itirazlardan ötürü verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulmasına kanun ile sınır getirmiştir. Nitekim başvuruya konu Akdeniz İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının kararı kanuna uygun bir şekilde kesin olarak verilmiştir.

63. Açıklanan nedenlerle, İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının kararını kanunlardaki usul şartlarına uygun biçimde kesin olarak verdiği ve başkanlığın kararının açık bir keyfilik de içermediği anlaşıldığından başvurunun bu kısmının da diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Başvurunun, “*açıkça dayanaktan yoksunluk*” nedeniyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA**, yargılama giderlerinin başvuru üzerinde bırakılmasına, 6/2/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Serruh KALELİ

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2012/603

Karar Tarihi: 20/2/2014

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Zehra Ayla PERKTAŞ Burhan ÜSTÜN Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN
Raportör	: Selami ER
Başvurucu	: Faik GÜMÜŞ
Vekili	: Av. İsa UYSAL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, kendisine ait olduğunu iddia ettiği taşınmazın kadastro çalışması sonucu orman vasfında görülerek Hazine adına tescil edilmesi işleminin iptali istemiyle açtığı davada, karar duruşmasından bir önceki duruşmada belirlenen ve Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) üzerinde görünen tarihten iki gün önce Mahkemece duruşma açılarak karar verildiğini, böylece görüşlerini sunmasına fırsat verilmeden davasının reddedildiğini, ayrıca Yargıtay'a yaptığı karar düzeltme isteminin reddedilerek kendisine para cezası verildiğini, bu nedenle mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 7/11/2012 tarihinde Salihli Kadastro Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 25/12/2012 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir

5. Başvuru konusu olay ve olgular ile başvurunun bir örneği görüş için 21/5/2013 tarihinde Adalet Bakanlığına gönderilmiş, Adalet Bakanlığının

17/7/2013 tarihli görüş yazısı 25/7/2013 tarihinde başvuru vekiline tebliğ edilmiştir. Başvuru vekili Adalet Bakanlığı görüşüne karşı beyanlarını yasal süresinde sunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

7. Demirci İlçesinde 2008 yılında yapılan kadastro çalışması sonucu sekiz farklı tutanakla birçok taşınmaz, tarla, bağ, ev, arsa, depo ve ahır vasfıyla başvuru adına tespit görmüştür.

8. Başvurucunun kendisi adına tespit gören taşınmazlar dışında tarla olarak 30 yıldır zilyetliğinde bulundurduğunu iddia ettiği Gülpınar Köyü 103 ada 1 numaralı parsel ve 104 ada 1 numaralı parsel içinde yer alan taşınmazlar, 5/9/2008 tarihli kadastro uygulaması ve 13/9/2008 tarihli kadastro tutanaklarıyla orman vasfında olmaları nedeniyle Hazine adına tespit edilmiştir.

9. Başvuru hakkında 2004 yılında, orman alanını yasa dışı olarak işgal ettiği iddiasıyla ceza davası açılmıştır.

10. Başvuru, 15/10/2008 tarihinde bahsedilen taşınmazlardan bir kısmını 17/1/1963 tarihli tapu kaydına göre taşınmazın maliki olan Ali Yıldırım isimli bir şahıstan satış senedi ile aldığını, taşınmazların kendisi adına vergi kaydı bulunduğunu ve bahsedilen taşınmazları zilyet olarak kullandığını iddia ederek, kadastro tespitinin iptali ve taşınmazların kendi adına tarla vasfıyla tescili talebiyle Demirci Kadastro Mahkemesinde (Mahkeme) dava açmıştır.

11. Demirci Sulh Ceza Mahkemesi, 19/10/2009 tarihinde, üzerine atılı suçla ilgili olarak başvuru hakkında beraat kararı vermiştir.

12. Mahkemece 12/05/2011 tarihinde dava konusu taşınmazlarda fen, orman ve ziraat bilirkişisi refakatinde keşif yapılmıştır. Başvuru iki adet taşınmaz için dava açtığı halde keşif sırasında mahkeme ve keşif heyetine üç adet taşınmaz göstermiştir. Bunlar Mahkemece 1, 2, 3 numaralı taşınmazlar olarak numaralanmıştır. Başvuru 1 numaralı taşınmazın dayanak tapusunu Mahkemeye sunmuştur.

13. Keşif sırasında dinlenen iki tanık ve mahalli bilirkişi tapu kaydı kapsamında kaldığı iddia edilen 1 numaralı taşınmazın kimden alındığını bilmediklerini, iki mahalli bilirkişi ve başvuruçunun gösterdiği üç tanıktan biri ise taşınmazı başvuruçunun Hikmet Koç isimli şahıstan satın alındığını ve başvuruçunun dayandığı Ali Yıldırım adına tapu kaydının 1 numaralı taşınmazı kapsamadığını beyan etmişlerdir. Tapu kaydına dayanılmayan 2 numara-

ralı taşınmazla ilgili olarak ise mahalli bilirkişiler ve başvuruçunun gösterdiği tanıklar bu taşınmazı başvuruçunun Hikmet Koç'tan aldığını ve kullandığını ifade etmişlerdir. Tapu kaydına dayanılmayan 3 numaralı taşınmazla ilgili olarak ise mahalli bilirkişiler ve başvuruçunun gösterdiği tanıklar bu taşınmazın kullanılmadığını belirtmişlerdir.

14. Mahkemece tapu evrakları üzerinde yapılan incelemede başvuruçunun sunduğu dayanak tapu kaydı maliklerinden Ali Yıldırım'ın, taşınmazdaki hissesini başvuruçu dışında üçüncü şahıslara sattığı görülmüştür.

15. Başvuruçu ve vekili 13/10/2011 tarihli duruşmaya mazeretleri nedeniyle katılamamışlar, aynı tarihli Mahkeme ara kararıyla, sundukları mazeret kabul edilmiş ve *duruşma gününü UYAP üzerinden öğrenmelerine, sonraki duruşmanın 23/11/2011 tarihinde saat:10:15'te yapılmasına* karar verilmiştir.

16. 18/10/2011 tarihli bilirkişi raporlarında, dava konusu taşınmazlar üzerinde yer yer kapallılık teşkil eden, palamut, saçlı meşe ve mazı meşe ağaçları bulunduğu, 2 numaralı taşınmazın sürüldüğü, 1 numaralı taşınmazın kısmen sürüldüğü, 3 numaralı taşınmazın ise sürülmediği ve tarla olarak kullanılmadığı, memleket haritasında yeşil renkli alanda kaldıkları, 1953 ve 1970 tarihli hava fotoğraflarında meşe ağacı ve çalı ile kaplı olduklarının görüldüğü, ormana bitişik ve ormanın devamı oldukları, dolayısıyla orman sayılan yerlerden oldukları ifade edilmiştir.

17. UYAP üzerinde de sonraki duruşma günü olarak 23/11/2011 tarihi görüldüğü halde duruşma 21/11/2011 tarihinde yapılmış ve bu duruşmada bilirkişi raporları okunarak birer örneği davalı Hazine (İdare) temsilcisine verilmiş ve bilirkişi raporu hakkında görüşü sorularak itirazları duruşma tutanağına kaydedilmiştir.

18. Mahkeme 21/11/2011 tarih ve E.2008/47, K.2011/39 sayılı kararla taşınmazların tapu kayıtları, bilirkişi ve tanık beyanlarına göre tapusuz oldukları ve orman niteliğinde olmaları nedeniyle zilyetliğe değer verilemeyeceği gerekçesiyle taşınmazların tespiti gibi tesciline karar vererek davayı reddetmiştir.

19. Başvuruçu ilk derece mahkemesi karar duruşma gününün kendisine yanlış bildirildiğini, duruşmanın yapılması öngörülen tarihten iki gün önce yapıldığını da ileri sürerek temyiz başvurusunda bulunmuştur. Temyiz talebini inceleyen Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, 11/6/2012 tarih ve E.2012/2577, K.2012/8867 sayılı kararıyla, orman kadastrosunun 3402 sayılı Kanun'un 5304 sayılı Kanun ile değişik 4. maddesi hükümlerine göre yapıldığı ve çekışmeli parsellerin orman sınırları içinde yer aldığı ve bu nedenle özel mülkiyet konusu olmasına yasal olarak olanak bulunmadığı gerekçesiyle talebi reddederek

yerel mahkeme kararını onamıştır. Başvurucunun belirlenen tarihten erken yapılması nedeniyle, bilirkişi raporlarının da okunduğu duruşmada hazır bulunamadığı iddiasına ilişkin ise bir açıklamaya kararda yer verilmemiştir.

20. Başvurucunun karar düzeltme talebi de aynı Dairenin 25/9/2012 tarih ve 2012/10890, K. 2012/10723 sayılı kararı ile reddedilmiş ve karar aynı tarihte kesinleşmiştir.

21. Kesinleşen karar başvurucuya 10/10/2012 tarihinde tebliğ edilmiş ve başvuru 7/11/2012 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

22. 22/11/2011 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Tescil" başlıklı 705. maddesi şöyledir:

"Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur.

Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hâllerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır."

23. 4721 sayılı Kanun'un "Olağanüstü zaman aşımı" 713. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir taşınmazı davasız ve aralıksız olarak yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kişi, o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebilir"

24. 21/6/1987 tarih ve 3402 sayılı Kadastro Kanun'un "Kadastro çalışma alanı, ilan ve itiraz" kenar başlıklı 4. maddesinin 5304 sayılı Kanunla değişik üçüncü fıkrası şöyledir:

"Çalışma alanında orman bulunması ve 6831 sayılı Orman Kanununa göre orman kadastroına başlanılmamış olması halinde, orman kadastro ve bu ormanların içinde ve bitişiğinde her çeşit taşınmaz malların ormanlarla müşterek sınırlarının tayini ve tespiti kadastro ekibi tarafından yapılır. Ancak, bu çalışmalarda kadastro ekibine, Orman Genel Müdürlüğü taşra teşkilâtınca görevlendirilecek en az bir orman yüksek mühendisi veya orman mühendisi ile tarım müdürlüklerince görevlendirilecek bir ziraat yüksek mühendisi veya ziraat mühendisinin bildirimden itibaren yedi gün içerisinde iştirak ettirilmesi zorunludur. Bu çalışmalara muhtar ve bilirkişilerin katılmaması halinde çalışmalar re'sen devam ettirilir. Ormanla ilgili yapılan itirazların incelenmesinde kadastro komisyonuna da itiraza konu tespitlerde görev almayan Orman Genel Müdürlüğü taşra teşkilâtınca görevlendirilecek

bir orman yüksek mühendisi veya orman mühendisi ile tarım müdürlüklerince görevlendirilecek bir ziraat yüksek mühendisi veya ziraat mühendisi iştirak ettirilmesi zorunludur. Çalışma alanındaki ormanların bu ekipçe sınırlandırma ve tespitleri yapılarak otuz günlük kısmî ilâna alınır. Bu alanlarda orman kadastro yapılmış sayılır. Orman kadastro kesinleşmiş yerlerde bu sınırlara aynen uyulur.”

25. 3402 sayılı Kanunu’nun “Kadastro tutanaklarının kesinleşmesi ve hak düşürücü süre” başlıklı 12. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

“Kesinleşmemiş tutanaklar herhangi bir nedenle tapuya tescil edilmişse, iddia ve taşınmazın niteliğine bakılmaksızın, taşınmazı tescil tarihinden itibaren 20 yıl müddetle malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduranlar ile bunların akdi ve kanuni halefleri açılmış ve açılacak olan davalarda medeni kanunun tapuya itimat prensibinden yararlanırlar.”

26. 31/8/1956 tarih ve 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 1. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır.”

27. 18/6/1937 tarih ve 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 442. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

“Tashihi karar talebi esbabı mezkureye mutabık görülmezse arzuhalin reddine ve mustedii tashihten yüz liraya kadar cezayı nakdi alınmasına ve muvafık ise kabulüne karar verilir.”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

28. Mahkemenin 20/2/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru nun 7/11/2012 tarih ve 2012/603 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

29. Başvurucu, sunduğu deliller doğru değerlendirilmeyerek kendisine ait olan taşınmazların Hazine adına tescil edildiğini, duruşma tarihinin kendisine yanlış bildirildiğini, bahsedilen karar duruşmasında sunulan bilirkişi raporu ve diğer delilleri değerlendirmesi engellenerek iddia ve savunma hakkının kısıtlandığını, Yargıtay temyiz incelemesinde usuli güvenceler ve temel haklar dikkate alınmadan gerekçesiz karar verildiğini, ayrıca Yargıtay’a yaptığı karar düzeltme isteminin reddedilerek kendisine para cezası verildiğini, bu nedenlerle Anayasa’nın 35 ve 36. maddelerinde yer alan mülkiyet hakkı ve hak arama hürriyetinin ihlal edildiğini iddia ederek yeniden yargılama yapılmasına ve tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Mahkemeye Erişim Hakkı Yönünden

30. Başvurucu Yargıtay nezdinde yaptığı karar düzeltme talebinin reddi üzerine kendisine 203,00 TL para cezası verilmesi nedeniyle hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

31. Yargıtay'ca karar düzeltme isteminin reddi nedeniyle verilen para cezası mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilecektir.

32. Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir (B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).

33. Mahkemeye erişim hakkı, kural olarak mutlak bir hak olmayıp, sınırlandırılabilen bir haktır. Bununla birlikte getirilecek sınırlandırmaların, hakkın özünü zedeleyecek şekilde kısıtlamaması, meşru bir amaç izlemesi, açık ve ölçülü olması ve başvurucu üzerinde ağır bir yük oluşturmaması gerekir (B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 38).

34. Devletlerin başvurucuların mahkemelere erişimiyle ilgili yargının idaresini sağlamak ve iş yükünü azaltmak amacıyla getirdikleri, hakkın kötüye kullanılmasını engellemeyi hedefleyen ceza niteliğinde düzenlemeler, mahkemeye erişimi engelleyecek kadar yüksek olmadığı ve bariz bir takdir hatası ya da açık keyfilik içermediği sürece mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilemez (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Maillard/Frasa*, B. No: 35009 /02, 6/12/2005, §§ 35-37).

35. Somut olayda, başvurucular karar düzeltme isteminde bulunmuşlar, Yargıtay 20. Hukuk Dairesince karar düzeltme istemleri reddedilerek, başvurucular aleyhine toplam 203,00 TL para cezasına hükmedilmiştir. Ancak başvurunun savunmaları ve iddiaları, karar düzeltme safhasından önce iki derecede incelenmiştir.

36. Gereksiz başvuruların önlenerek dava sayısının azaltılması ve böylece mahkemelerin fuzuli yere meşgul edilmeksizin uyuşmazlıkları makul sürede bitirebilmesi amacıyla karar düzeltme istemlerinin reddi halinde uygulanan ve yüksek miktartlı olmayan cezalar başvurucular üzerinde aşırı bir yük oluşturmadağı gibi, bu yola başvurulmasını imkânsız hale getirmediğı veya aşırı derecede zorlaştırmadığından mahkemeye erişim hakkının ihlali niteliğinde

kabul edilemez.

37. Açıklanan nedenlerle derece Mahkemesi kararının onanmasından sonra karar düzeltme isteminin reddine karar verilmesi üzerine, başvuru aleyhine para cezasına hükmedilmesinin açık bir ihlal niteliğinde olmadığı anlaşıldığından, başvuru bu yöndeki iddiaları “açıkça dayanaktan yoksun” bulunduğundan başvurunun bu kısmının kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Diğer Şikâyetler Yönünden

38. Başvurucunun zilyetliğinde bulundurduğu ve satış vaadi sözleşmesiyle satın aldığı iddia ettiği taşınmazların yapılan orman kadastro çalışmasıyla orman vasfıyla hazine adına tescil edildiği, kararın verildiği duruşmaya Mahkemenin hatası nedeniyle katılmadığı, bu duruşmada okunan bilirkişi raporlarına itirazlarını sunamadığı ve temyiz itirazında dile getirdiği bu hususun Yargıtay Dairesince incelenmediğinden ve adil yargılanması halinde davanın lehine sonuçlanabileceğinden bahisle silahların eşitliği, çelişmeli yargılanma, gerekçeli karar hakları ile mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi bu şikâyetler için diğer kabul edilemezlik nedenlerinden herhangi biri de bulunmamaktadır. Bu nedenle, başvurunun bu bölümüne ilişkin olarak kabul edilebilirlik kararı verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden İnceleme

a. Adil Yargılanma Hakkı Yönünden

39. Başvurucu, taşınmazın kendisi adına tescili amacıyla açtığı davada karar duruşma tarihinin yanlış bildirildiğini, bahsedilen duruşmada sunulan bilirkişi raporu ve diğer delilleri değerlendirmesi engellenerek savunma ve iddia hakkının kısıtlandığını, Yargıtay temyiz incelemesinde usuli ve temel haklar dikkate alınmadan gerekçesiz karar verildiğini ve bu nedenlerle Anayasa’nın 36. maddesinde yer alan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

40. Adalet Bakanlığı görüş yazısında, adil yargılama ilkesinde yer alan güvencelerden birinin de silahların eşitliği ilkesi olduğu, bu ilke gereği davanın taraflarından birinin diğeri karşısında zayıf duruma düşürülmemesi gerektiği, somut başvuruda başvuru karar duruşmasına Mahkemenin hatası nedeniyle katılmadığı ve bu nedenle söz konusu duruşmada okunan bilirkişi raporunu inceleme hakkından mahrum edildiği, Yargıtay’ın başvuru bilirkişi raporunun kendisinin bulunmadığı bir duruşmada incelendiği konusundaki itirazını tartışmadığı, ifade edilerek silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilip edilmediği incelenirken bu hususların göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde beyanda bulunulmuştur.

41. Başvuru konusu davada başvuruçunun Mahkemenin hatası nedeniyle katılmadığı duruşmada bilirkişi raporunun ele alınmasıyla bu raporu incelemesinin engellendiği iddiası, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılanma; Yargıtay'ın başvuruçunun bu konudaki şikâyetini tartışmaksızın karar verdiğine ilişkin iddiası ise gerekçeli karar hakları açısından incelenecektir.

42. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

43. Anayasa'nın "Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması" kenar başlıklı 141. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır."

44. Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir."

45. Yapılan yargılama sırasında tanık dinletme hakkı da dâhil olmak üzere delillerin ibrazı ve değerlendirilmesi adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul edilen silahların eşitliği ilkesi kapsamında kabul edilmekte olup, bu hak ve gerekçeli karar hakkı da makul sürede yargılanma hakkı gibi, adil yargılanma hakkının somut görünümleridir. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında, ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşmenin lâfzî içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen gerekçeli karar hakkı ve silahların eşitliği ilkesi gibi ilke ve haklara, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38).

46. Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri silahların eşitliği ilkesidir. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usuli haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelmektedir (B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 32). Kural olarak başvuruçular, davanın karşı tarafına tanınan bir avantajın kendisine zarar vermiş olduğunu veya bu durumdan olumsuz etkilendiğini ispat etmek zorunda değildirler. Taraflardan birine ta-

nınan, diğerine tanınmayan avantajın, fiilen olumsuz bir sonuç doğurduğuna dair delil bulunmasa da silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş sayılır. (Bkz., AİHM, *Zagorodnikov/Rusya*, B. No: 66941/01, 7/6/2007, § 30).

47. Silahların eşitliği ilkesinin tamamlayıcısı olan çelişmeli yargılanma hakkı, kural olarak bir hukuk ya da ceza davasında tüm taraflara, gösterilen kanıtlar ve sunulan görüşler hakkında bilgi sahibi olma ve bunlarla ilgili görüş bildirebilme imkânı vermektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *J.J./Hollanda*, B. No: 9/1997/793/994, 27/3/1998, § 43; *Vermeulen/Belçika*, B.No: 19075/91, 20/2/1996, § 33). Bu çerçevede bilirkişi raporunun hazırlanma sürecine başvuranların katılamaması ve başvuranlara delillerle ilgili görüş bildirmelerine fırsat verilmemesi çelişmeli yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir (Bkz. *Mantovanelli/Fransa*, B. No: 21497/93, 18/3/1997, § 33).

48. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olmakla beraber, bu hak yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılamaz. Bu nedenle, gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir. Bununla birlikte başvurucunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddialarının cevapsız bırakılmış olması bir hak ihlaline neden olacaktır (B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 26).

49. Kanun yolu mahkemelerince verilen karar gerekçelerinin ayrıntılı olmaması, ilk derece mahkemesi kararlarında yer verilen gerekçelerin onama kararlarında kabul edilmiş olduğu şeklinde yorumlanmakla beraber (bkz. *García Ruiz/İspanya*, B. No: 30544/96, 21/1/1999, § 26) başvuruçuların dile getirmesine rağmen ilk derece mahkemesinin de tartışmadığı esaslı hususlara ilişkin temyiz başvurularıyla başvuruçuların usuli haklarının ihlal edildiğine yönelik somut şikâyetlerinin temyiz incelemesinde tartışılmaması gerekçeli karar hakkının ihlali olarak görülebilir.

50. Başvuru konusu olaya benzer davalarda AİHM, duruşma günü kendilerine duruşmadan sonra tebliğ edildiği için duruşmaya katılamayan başvuruçularla ilgili olarak; hakların teorik olarak garanti edilmesinin yeterli olmadığını, uygulamada da etkin biçimde garanti edilmeleri gerektiğini, duruşmalı yargılamanın her zaman gerekli olmamakla beraber iç hukuktaki duruşmada hazır bulunma hakkını kullanıp kullanmamaya karar verecek olan davanın bir tarafına duruşmaya katılma imkânı verecek şekilde duruşmanın bildirilmemesini, davanın diğer tarafının duruşmada yer alarak sözlü beyanlarda bulunduğunu da göz önünde bulundurarak ve başvuranların karşı tarafın beyanlarına karşı kendi beyanlarına sözlü olarak cevap veremediklerini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (Bkz. *Yakovlev/Rusya*, B. No: 72701/01, 15/3/2005, §§ 19 ve 21; *Groshev/Rusya*, B. No:

69889/01, 20/1/2006, §§ 29-31).

51. Somut olayda başvuru vekili Demirci Kadastro Mahkemesinin 13/10/2011 tarihli duruşmasına mazeret dilekçesi vermek suretiyle katılmamış, Mahkeme başvuru vekilinin mazeretinin kabulüne ve duruşma gününü UYAP portalı üzerinden öğrenmesine, yeni duruşma gününün ise 23/11/2011 saat 10:15'te yapılmasına karar vermiştir.

52. Ancak Mahkeme son duruşmayı önceki duruşmada belirtilen ve UYAP portalında görünen tarihten iki gün önce 21/11/2011 tarihinde, başvuru vekilinin bulunmadığı, davalı Hazine idaresinin vekili hazır olduğu halde yapmış ve bu duruşmada fen ve orman bilirkişi raporları Mahkemeye ibraz edilerek davalı Hazine vekilinin bilirkişi raporlarıyla ilgili görüşü sorulmuş ve itirazı tutanağa geçirilmiştir. Başvuru vekili bu duruşmaya katılmadığından bilirkişi raporlarını inceleme ve bununla ilgili görüşlerini Mahkemeye sunma imkânı bulamamıştır.

53. Ayrıca başvuru vekili yaptığı temyiz başvurusunda özellikle, Kadastro Mahkemesi'nin duruşmayı belirlediği tarihten önce yaptığı ve bu nedenle karar duruşmasına katılamayarak bu duruşmada mahkemeye sunulan bilirkişi raporları ve diğer delilleri değerlendirmelerinin engellendiğini belirtmiştir. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 11/6/2012 tarihinde başvuru vekilinin bahsedilen şikâyetini kararında tartışmaksızın temyiz edilen kararı onamıştır.

54. Başvuru konusu davada başvurunun, mahkemenin hatası nedeniyle duruşmaya katılamayarak bilirkişi raporlarına itiraz edememesiyle ilgili şikâyeti, başvurunun katılmadığı duruşmada mahkeme karar verdiğinden ilk derecede dile getirilememiştir. Başvurunun bahsedilen şikâyeti somut bir şikâyet olup, duruşmanın belirlenen günden önce yapıldığı, UYAP kayıtları ve duruşma tutanaklarıyla sabittir. Başvurunun usuli haklarını kullanamadığı yönündeki somut şikâyetine temyiz dilekçesinde yer vermesine rağmen bu durumun temyiz aşamasında hiç incelememesi veya gerekçede bu hususun karşılanmaması ihlali ağırlaştırmaktadır.

55. Belirtilen nedenlerle, başvurunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

b. Mülkiyet Hakkı Yönünden

56. Başvuru, tarla vasfıyla otuz yıldır zilyetliğinde bulundurduğu ve satış vaadi sözleşmesiyle satın aldığı iddia ettiği taşınmazların yapılan orman kadastro çalışmasıyla orman vasfıyla hazine adına tescil edilerek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

57. Adalet Bakanlığı görüş yazısında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre mülkiyet hakkının hâlihazırda sahip olunmayan varlığın mülkiyetini kazanma hakkı vermediğini, başvurucunun bahsettiği mülkiyeti ispatla mükellef olduğunu, ancak mahkeme önünde iddiasını ispat edemediğini ifade ederek yapılacak incelemede bu hususların göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde beyanda bulunulmuştur.

58. Anayasa'nın 35. maddesinde herkesin, mülkiyet hakkına sahip olduğu, bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. (AYM, E.2011/58, K.2012/70, K. T. 17/5/2012). Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

59. Anayasa'nın 35. maddesinde yer verilen mülkiyet kavramı, kapsam itibarıyla 4721 sayılı Kanun'da yer alan mülkiyet kavramı ile sınırlı olmamakla birlikte, taşınmaz mülkiyetinin Anayasa'nın 35. maddesindeki güvence kapsamına girdiğinde kuşku yoktur. Anayasa'nın 35. maddesi kapsamındaki hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvuru, böyle bir hakkın varlığını kanıtlamak zorundadır. Bu nedenle, öncelikle başvurucunun, Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca korunmayı gerektiren mülkiyete ilişkin bir menfaate sahip olup olmadığı noktasındaki hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekir (B. No: 2013/539, 16/5/2013, §§ 30,31).

60. 4721 sayılı Kanun'un 704. maddesinde mülkiyet hakkının kapsamına arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerin girdiği, 705. maddesinde, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasının kural olarak tescille gerçekleşeceği; miras, mahkeme kararı, cebrî icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyet hakkının tescilden önce kazanılacağı, ancak, bu hâllerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesinin, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlı olduğu hükme bağlanmıştır.

61. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, mülkiyet hakkının aynı bir hak olduğu, tapu kütüğüne tescili gerektiği, taşınmaz mallardaki mülkiyet hakkının 4721 sayılı Kanun'un 705. maddesinin hükmü gereği kural olarak tescille doğduğu, bu durumda kazandırıcı zamanaşımı koşullarının oluşması ile taşınmaz üzerindeki zilyetliğin kendiliğinden mülkiyet hakkına dönüşmeyip zilyet yararına “*tescili talep hakkı*” doğurduğu, bu nedenle hâkimin tescil

kararı ile yeni bir hukuki durumun ortaya çıktığı ve bu kararın kesinleştiği tarihten ileriye yönelik olarak sonuç doğurduğu ifade edilmiştir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7/2/2007 tarih ve E.2007/8-76, K. 2007/58, sayılı kararı).

62. Başvuru konusu olayda başvuru, dava konusu ettiği taşınmazlardan birinde başkası adına tapu kaydına, diğer ikisinde ise zilyetliğe dayanarak taşınmazların kendi adına tescil edilmesini ve mülkiyetini kazanmayı talep etmiştir. Bu durumda başvurunun mülkiyet hakkıyla ilgili talebi, mevcut mülkiyetine yapılan müdahalenin önlenmesi değil, henüz maliki olmadığı taşınmazların mülkiyetinin kendisine verilmesidir.

63. Mülkiyet hakkının varlığının tespiti yerel mahkemelere bırakılmış olup; kanunlara göre hakkın kesin bir nitelik taşıdığını ve söz konusu haktan yararlanma yetkisine sahip olunduğunu ortaya koyma yükü başvuru üzerindedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz., AİHM, *Agneessens/Belçika*, B. No: 12164/86, 12/10/1998). Başvuru konusu olayda, mülkiyet hakkını ispat yükümlüğü üzerinde bulunan başvuru, her ne kadar uyuşmazlık konusu taşınmazın orman sınırları içinde kalmadığını, taşınmazlardan birini tapusu olan Ali Yıldırım'dan aldığını ileri sürmüştü de iddiasını Mahkeme önünde ispatlayamamıştır.

64. Bununla beraber başvurucuya 23/11/2011 tarihinde yapılacağı bildirilen duruşmanın 21/11/2011 tarihinde yapıldığı, bu duruşmada bilirkişi raporu okunarak rapora itirazların değerlendirildiği, başvurunun ise bu duruşmaya katılmadığından itirazlarını dile getiremediği, ayrıca başvuru temyiz aşamasında bu durumu ifade ettiği halde değerlendirmeye alınmadığı göz önünde bulundurularak başvurunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşıldığından başvuru konusu davada yapılan yargılamanın adil olmadığı açıktır. Adil olmayan bir yargılama sonrası verilen mülkiyet iddiasının reddi kararı üzerinden başvurunun iddia ettiği mülkiyetin var olduğu ya da olmadığı sonucuna ulaşılması mümkün değildir. Bu durumda önce mülkiyet iddiasının başvuru bilirkişi raporuna itiraz edecek fırsatın verildiği adil bir yargılamada tartışılarak sonuca bağlanması ve bu karar üzerinden temyiz incelemesinin yapılması, daha sonra Anayasa Mahkemesi önünde dile getirilmesi gerekmektedir.

65. Açıklanan nedenlerle, adil olmayan bir yargılamanın sonucundan hareketle mülkiyet iddiası tartışılmayacağından mülkiyet hakkına yönelik şikâyet konusunda bu aşamada karar verilmesine gerek görülmemiştir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

66. Başvuru, duruşmaya katılması yapılan hata sonucu engellenerek bilirkişi raporlarını inceleme ve görüşlerini sunma imkânı bulamaması nedeniyle

maruz kaldığı manevi zararın giderilmesi için 16.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

67. Adalet Bakanlığı görüşünde, başvurucunun tazminat talebi konusunda değerlendirme yapılmamıştır.

68. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesi şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.

..."

69. Başvuru konusu olayda tespit edilen ihlal mahkemenin duruşmayı belirlediği günden başka bir günde yapmasından kaynaklandığından ve başvurucuya bilirkişi raporlarına itiraz etme imkânı verilecek şekilde yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan, 6216 sayılı Kanun'un (1) ve (2) numaralı fıkraları gereğince ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

70. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 172,50 harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.672,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun;

1- Mahkemeye erişim hakkına yönelik şikâyet yönünden "açıkça dayanaktan yoksunluk" nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2- Adil yargılanma hakkına yönelik diğer şikâyetler ile mülkiyet hakkına yönelik şikâyetler yönünden KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına adil yargılanma hakkının

İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Mülkiyet hakkına yönelik şikâyet konusunda bu aşamada KARAR VERİLMESİNE GEREK OLMADIĞINA,

D. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvurucunun diğer taleplerinin REDDİNE,

F. Başvurucu tarafından yapılan 172,50 harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.672,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

G. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

20/2/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan	Üye	Üye
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ	Burhan ÜSTÜN
Üye	Üye	
Nuri NECİPOĞLU	Hicabi DURSUN	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/711

Karar Tarihi: 3/4/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN Erdal TERCAN Zühtü ARSLAN
Raportör	: Murat AZAKLI
Başvurucular	: 1. Kenan YILDIRIM 2. Turan YILDIRIM
Vekilleri	: Av. Yusuf İzzettin DOĞAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucular, Esenyurt Belediye Başkanlığı aleyhine açtıkları kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin ödenmesi davası sonunda Mahkemece hükmedilen bedelin ödenmediğini, Belediye aleyhine yaptıkları icra takiplerinin sonuçsuz kaldığını belirterek, mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşler, tazminat talep etmişlerdir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 11/1/2013 tarihinde Küçükçekmece 3. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca, 31/10/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

I. 4. Birinci Bölümün 14/11/2013 tarihli ara kararı gereğince başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığının 27/12/2013 tarihli görüş yazısı 13/1/2014 tarihinde başvurularda tebliğ edilmiş olup, başvurularda vekili 15/1/2014 havale tarihli dilekçesinde, mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

7. İstanbul ili Büyükçekmece ilçesi Esenyurt köyü, 190 ada 15 parsel numaralı taşınmaz, Esenyurt Belediyesi tarafından başvurularda yapılan satış sonucu, 21/8/1991 tarihinde başvuru adlarına 1/2'şer pay oranlarıyla tapuya tescil edilmiştir.

8. Başvurucular, 14/5/2008 tarihinde Esenyurt Belediye Başkanlığı aleyhine Büyükçekmece 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde açtıkları davada, davalının, tadilat imar planı ile 190 ada 15 parsel numaralı taşınmazın tamamını park alanına dönüştürdüğünü, fiilen taşınmaza el attığını, yapılan imar değişikliği ile ikinci kez Düzenleme Ortaklık Payı (DOP) kestiğini ileri sürerek kamulaştırma yapılmaksızın el atılan taşınmazın bedeli olarak 7.000 TL'nin tahsilini talep etmişlerdir.

9. Mahkemece, 26/11/2008 tarih ve E.2008/519, K.2008/1438 sayılı kararla; imar planı değişikliği ile taşınmazın park alanı olarak ayrıldığı ve bu doğrultuda davalı tarafından kamulaştırma kararı alınarak taşınmazın tapu kaydına şerh verildiği, başvuru sahiplerinin taşınmazı kullanmalarının engellendiği, taşınmaza kamulaştırma yapılmaksızın el atıldığı gerekçesiyle; taşınmazın 158.012 TL olan toplam değerinden taleple bağlı kalınarak 7.000 TL'sinin dava tarihinden itibaren yasal faiziyle davalıdan tahsili ile eşit oranda başvurularda ödenmesine taşınmazın davacılar adına olan tapu kaydının iptali ile davalı Belediye adına tapuya tesciline karar verilmiştir.

10. Temyiz üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 14/12/2009 tarih ve E.2009/10244, K.2009/17487 sayılı kararıyla hüküm onanmıştır.

11. Karar düzeltme istemi, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 8/4/2010 tarih ve E.2010/5515, K.2010/6076 sayılı ilamıyla reddedilmiştir.

12. Başvurucular, 4/2/2010 tarihinde anılan Mahkeme kararına dayalı olarak Esenyurt Belediye Başkanlığı aleyhine Küçükçekmece 1. İcra Müdürlüğü'nün E.2011/3809 sayılı dosyasında 7.000 TL asıl alacak, işlemiş faiz, vekalet ücreti, faiz ve yargılama giderleri ile birlikte 10.058,77 TL'nin asıl alacağa uygulanacak %9 faiz ile tahsili amacıyla ilama dayalı icra takibi başlatmışlar ve Esenyurt Belediye Başkanlığına icra emri gönderilmiştir.

13. Başvurucular, 11/5/2010 tarihinde Esenyurt Belediye Başkanlığı aleyhine Büyükçekmece 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde açtıkları davada, davalının 190 ada 15 parsel numaralı taşınmaza kamulaştırma yapılmaksızın el attığı iddiasıyla ilk kararda hesaplanan 158.012 TL'den Mahkemece 26/11/2008 tarih

ve E.2008/519, K.2008/1438 sayılı kararla hükmedilen 7.000 TL kamulaştırmasız el atma bedelinin mahsubu ile bakiye 151.012 TL'nin tahsilini talep etmişlerdir.

14. Mahkemece, 15/9/2010 tarih ve E.2010/687, K.2010/959 sayılı kararla; davalının kamulaştırma yapmaksızın taşınmaza el attığı, taşınmazın değerinin 158.012 TL olduğu ve ilk kararda 7.000 TL'nin davalıdan tahsiline ve taşınmazın Belediye adına tapuya tesciline karar verildiği gerekçesiyle davanın kabulüne, bakiye 151.012 TL taşınmaz bedelinin 14/5/2008 tarihinden itibaren yasal faiziyle davalıdan tahsili ile eşit oranda başvuruluculara ödenmesine karar verilmiştir.

15. Temyiz üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 29/9/2011 tarih ve E.2011/5379, K.2011/15196 sayılı kararıyla hüküm onanmıştır.

16. Karar düzeltme istemi, aynı Dairenin 26/3/2012 tarih ve E.2011/21571, K.2012/5735 sayılı ilamıyla reddedilmiştir.

17. Başvurucular, 19/10/2010 tarihinde, temyizden önce, anılan Mahkeme kararına dayalı olarak Esenyurt Belediye Başkanlığı aleyhine Küçükçekmece 2. İcra Müdürlüğü'nün E.2010/10753 sayılı dosyasında 151.012 TL asıl alacak, işlemiş faiz, vekalet ücreti, faiz ve dava giderleri ile birlikte 198.949,30 TL'nin asıl alacağa uygulanacak %9 faiz ile tahsili amacıyla ilama dayalı icra takibi başlatmışlar ve Esenyurt Belediye Başkanlığına icra emri gönderilmiştir.

18. Başvurucular, 4/12/2012 tarihinde Esenyurt Belediye Başkanlığına başvurarak, kesinleşmiş Mahkeme kararlarına dayalı alacaklarının ne zaman ödeneceğinin ve ödeme sırasının bildirilmesini talep etmişlerdir.

19. Esenyurt Belediye Başkanlığınca, 11/12/2012 tarih ve 5056 sayılı yazı ile her iki icra takip dosyasındaki taleplerin, 10/12/2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 34. maddesi gereği ödeme yapılmak üzere sıraya alındığı bildirilmiş, icra ödeme listesinde başvurulucuların alacaklarının ödenmediği ve ödeme yapılacaklar arasında 30. ve 31. sırada oldukları belirtilmiştir.

20. Anılan yazı 18/12/2012 tarihinde başvuruluculara tebliğ edilmiştir.

B. İlgili Hukuk

21. 16/5/1956 tarih ve 1956/1-6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı şöyledir:

“Taşınmazına kamulaştırmazsız el konulan malik, el atmanın önlenmesi davası açabileceği gibi, bu eylemli duruma razı olduğu takdirde taşınmaz bedelini isteme hakkı da bulunmaktadır. Taşınmaz sahibinin el konulan taşınmazın bedelini talep ederek dava açması halinde, taşınmazın el koyma tarihindeki bedeli değil, mülkiyet

hakkının devrine razı olduğu tarih olan dava tarihindeki değerinin belirlenerek tahsiline karar verilir.”

22. 5018 sayılı Kanun'un “Ödenemeyen giderler ve bütçeleştirilmiş borçlar” kenar başlıklı 34. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

“Ödeme emri belgesine bağlandığı halde ödenemeyen tutarlar, bütçeye gider yazılarak emanet hesaplarına alınır ve buradan ödenir. Ancak, malın alındığı veya hizmetin yapıldığı malî yılı izleyen beşinci yılın sonuna kadar talep edilmeyen emanet hesaplarındaki tutarlar bütçeye gelir kaydedilir. Gelir kaydedilen tutarlar, mahkeme kararı üzerine ödenir.

Kamu idarelerinin nakit mevcudunun tüm ödemeleri karşılayamaması halinde giderler, muhasebe kayıtlarına alınma sırasına göre ödenir. Ancak, sırasıyla kanunları gereğince diğer kamu idarelerine ödenmesi gereken vergi, resim, harç, prim, fon kesintisi, pay ve benzeri tutarlara, tarifeyle bağlı ödemelere, ilama bağlı borçlara, ödenmemesi halinde gecikme cezası veya faiz gibi ek yük getirecek borçlara ve ödenmesi talep edilen emanet hesaplarındaki tutarlara öncelik verilir.”

23. 5018 sayılı Kanun'un “Taşınır ve taşınmaz edinme” kenar başlıklı 45. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri, kamu hizmetlerinin zorunlu kıldığı durumlarda gereken nicelikte ve nitelikte taşınır ve taşınmazları, yurt içinde veya yurt dışında, bedellerini peşin veya taksitle ödeyerek veya finansal kiralama suretiyle edinebilirler. Kamu idareleri, taşınmaz satın alma veya kamulaştırma işlemlerini yetki devri yoluyla bir başka kamu idaresi eliyle yürütebilir. Genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin edindiği taşınmazlar Hazine adına, diğer kamu idarelerine ait taşınmazlar ise tüzel kişilikleri adına tapu sicilinde tescil olunur. Hazine adına tescil edilen taşınmazlar Maliye Bakanlığı tarafından yönetilir. Bu tescil işlemleri, adına tescil yapılan idarenin taşınmazın bulunduğu yerdeki ilgili birimine bildirilir.”

24. 9/6/1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun “Haczi Caiz Olmayan Mallar ve Haklar” kenar başlıklı 82.maddesinin 1.fıkrası şöyledir:

“Aşağıdaki şeyler haczolunamaz:

1. Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar, ...”

25. 4/11/1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na 18/6/2010 tarih ve 5999 sayılı Kamulaştırma Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la eklenen “Kamulaştırmaz el koyma sebebiyle tazmin” kenar başlıklı geçici 6. maddenin son fıkrası şöyledir:

“Bu madde uyarınca ödenecek olan tazminatın tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez.”

26. 2942 sayılı Kanun’un, 24/5/2013 tarih ve 4687 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile değiştirilen, “Kamulaştırılmaksızın kamu hizmetine ayrılan taşınmazların bedel tespiti” kenar başlıklı geçici 6. maddesinin sekizinci ve onbirinci fıkraları şöyledir:

“Kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden bu madde uyarınca ödemelerde kullanılmak üzere, ihtiyaç olması hâlinde, merkezi yönetim bütçesine dâhil idarelerin yılı bütçelerinde sermaye giderleri için öngörülen ödeneklerinin (Milli Savunma Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı bütçelerinin güvenlik ve savunmaya yönelik mal ve hizmet alımları ile yapım giderleri için ayrılan ödeneklerin) yüzde ikisi, belediye ve il özel idareleri ile bağlı idareleri için en son kesinleşmiş bütçe gelirleri toplamının, diğer idareler için en son kesinleşmiş bütçe giderleri toplamının en az yüzde ikisi oranında yılı bütçelerinde pay ayrılır. Kesinleşen alacakların toplam tutarının ayrılan ödeneğin toplam tutarını aşması hâlinde, ödemeler, sonraki yıllara sâri olacak şekilde, garameten ve taksitlerle gerçekleştirilir. Taksitlendirmede, bütçe imkanları ile alacakların tutarları dikkate alınır. Taksitli ödeme süresince, 3095 sayılı Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir. İdare tarafından, mahkeme kararı gereğince nakdi ödeme yerine, üçüncü fıkırada belirtilen diğer uzlaşma yolları da teklif edilebilir ve bu maddenin uzlaşmaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılabilir.

....

“Bu madde uyarınca ödenecek olan bedelin tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez.”

27. 3/7/2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun “Belediyenin yetkileri ve imtiyazları” kenar başlıklı 15. maddesinin son fıkrası şöyledir:

“Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez.”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

28. Mahkemenin 3/4/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
ların 11/1/2013 tarih ve 2013/711 numaralı bireysel başvuruları incelenip ge-
reği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

29. Başvurucular, Esenyurt Belediye Başkanlığından satın aldıkları ve ad-
larına tapuya tescilli taşınmazlarına Belediye tarafından kamulaştırma ya-

pılmaksızın el atıldığını, Belediye aleyhine Büyükçekmece 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde açtıkları davalar sonunda taşınmazın bedelinin Belediyeden tahsiline karar verildiğini, Mahkeme kararlarının icrası amacıyla Küçükçekmece 1. ve 2. İcra Müdürlüklerinde yapılan ilama dayalı icra takibine rağmen hükmedilen bedellerin ödenmediğini, Belediyenin kamu mallarının haczedilmezliğine dayalı kanun hükümlerine dayanarak ödemeden kaçındığını, taşınmazın mülkiyetinin Belediyeye geçtiğini, buna rağmen taşınmazın bedelinin ödenmediğini belirterek, mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşler, ihlalin tespitini, taşınmazın değerinin artması nedeniyle Mahkemece karar verilen ve ödenmeyen 158.012 TL tazminatın rayiç değeri olarak, 395.000 TL maddi tazminata ve 100.000 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmişlerdir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

30. Başvurucuların, Mahkeme kararıyla hükmedilen taşınmaz bedelinin ödenmemesiyle ilgili şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi, bu şikâyetler için diğer kabul edilemezlik nedenlerinden herhangi biri de bulunmamaktadır. Bu nedenle, başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

31. Başvurucular, kamulaştırmасız el atılan taşınmaz bedelinin ödenmesi davaları sonunda hükmedilen bedellerin ödenmediğini belirterek, mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

32. Adalet Bakanlığı görüş yazısında, başvurucuların, kesinleşmiş ve infaz edilebilir mahkeme kararının infazının sağlanmadığına dair ihlal iddialarının, adil yargılanma ve mülkiyet haklarının ihlali iddiaları kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

33. Adalet Bakanlığının görüşüne karşı başvurucular, mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini, başvuru dilekçelerindeki hususları tekrar ettiklerini bildirmişlerdir.

34. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve

Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

35. Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası şöyledir:

"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."

36. Başvurucunun ihlal iddiaları, iki ayrı başlık altında değerlendirilmiştir.

a. Adil Yargılanma Hakkının İhlali İddiası

37. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

38. Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hak-kaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir."

39. Sözleşme metni ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümleri olan alt ilke ve haklar, Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı bir çok kararında, ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38).

40. Anayasa'nın 36. maddesinde ifade edilen hak arama özgürlüğü, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri olmakla birlikte aynı zamanda toplumsal barışı güçlendiren, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsayan bir haktır (AYM, E.2009/27, K.2010/9, K.T. 14/1/2010).

41. Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de mahkemeye erişim hak-

kıdır. Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsar. Mahkeme kararlarının uygulanması, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Karar uygulanmazsa yargılamanın da bir anlamı olmayacaktır (bkz. *Hornsby / Yunanistan*, B. No: 18357/91, 19/3/1997, § 40).

42. Yargı kararlarının uygulanması “mahkemeye erişim hakkı” kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre, yargılama sonucunda mahkemenin bir karar vermiş olması yeterli değildir; ayrıca bu kararın etkili bir şekilde uygulanması da gerekir. Hukuk sisteminde, nihai mahkeme kararlarını, taraflardan birinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanamaz hale getiren düzenlemeler bulunması veya mahkeme kararlarının icrasının herhangi bir şekilde engellenmesi hallerinde, “mahkemeye erişim hakkı” da anlamını yitirir (B. No: 2012/144, 2/10/2013, § 28).

43. AİHM, kesinleşmiş ve bağlayıcı bir yargı kararının, lehine karar verilen tarafın zarar görmesine rağmen infaz edilmemesi durumunda, Sözleşme’nin 6. maddesinin teminat altına aldığı mahkemeye erişim hakkının bir anlam ifade etmeyeceğini vurgulamaktadır. Hangi yargı makamı verirse versin, bir yargı kararının veya hükmünün infaz edilmesi, 6. madde anlamında “dava”nın tamamlayıcı unsuru olarak değerlendirilmelidir (bkz. *Burdov / Rusya*, B. No:59498/00, 7/5/2002, § 34).

44. Davaya taraf olan kişinin etkin korunması ve hukuka uygunluğun sağlanması, idarenin kendisi hakkında verilebilecek nihai yargı kararlarına uymasını gerektirmektedir. Şayet idare, yargı kararını uygulamayı reddediyor veya ihmal ediyor ya da onu uygulamayı geciktiriyorsa, bu durumda davada taraf olan kişinin davanın safahatı süresince yararlandığı Sözleşme’nin 6. maddesinde öngörülen teminatlar, her türlü varlık nedenini kaybetmektedir (bkz. *Süzer ve Eksen Holding A.Ş. / Türkiye*, B. No:6334/05, 23/10/2012, § 115).

45. AİHM, Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamında bir yargı yerine ulaşma hakkının, sadece teorik olarak bu hakkın tanınmasını değil, aynı zamanda o yargı yerinden alınan nihai kararın icrasına yönelik meşru bir beklentiyi de koruduğunu kabul etmiştir (bkz. *Apostol / Gürcistan*, B. No:40765/02, 28/2/2007, § 54).

46. Devlet, bir kurumu aleyhinde verilen nihai ve bağlayıcı mahkeme kararlarıyla ortaya konulan borcunu ifa etmemek için ekonomik kaynak yokluğunu mazeret olarak ileri süremez (bkz. *Burdov / Rusya*, B. No:59498/00, 7/5/2002, § 35).

47. Devlet aleyhine birey lehine verilmiş olan nihai bir kararın söz konu-

su olduğu durumlarda, birey ayrı bir icra takibi yapmaya zorlanamaz (bkz. *Manushaqe Puto ve Diğerleri / Arnavutluk*, B. No: 604/07, 34770/09, 43628/07, 31/7/2012, § 71).

48. Başvuru konusu olayda, kamulaştırma yapılmaksızın ve bedeli ödenmeksizin taşınmaza el atıldığı iddiasıyla Belediye aleyhine açılan dava sonucunda taşınmazın bedelinin Belediyeden tahsiline karar verilmiş olup, bu sorunun çözümüne yönelik olarak yürütülen somut yargılama faaliyetinin, medeni hak ve yükümlülükleri konu alan bir yargılama olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

49. Başvurucular, Esenyurt Belediye Başkanlığı aleyhine Büyükçekmece 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde açtıkları davalar sonunda tazminatın Belediyeden tahsiline karar verildiğini, Mahkeme kararlarının icrası amacıyla Küçükçekmece 1. ve 2. İcra Müdürlüklerinde başlattıkları ilama dayalı icra takiplerine rağmen hükmedilen alacakların ödenmediğini, taşınmazın mülkiyeti Belediyeye geçtiği halde Belediyenin kamu mallarının haczedilmezliğine dayalı kanun hükümlerine dayanarak ödemediğini belirterek, adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

50. Büyükçekmece 3. Asliye Hukuk Mahkemesince başvurucular lehine verilen kararın icra edilebilir olmasına ve başvurucuların hukuk sisteminde düzenlenen tüm başvuru yollarını kullanmalarına rağmen, Mahkeme kararıyla hükmedilen taşınmaz bedeli herhangi bir sebep gösterilmeden İdare tarafından ödenmemiş ve bu şekilde Mahkeme kararı başvurucular aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanmamıştır.

51. Mahkemece hükmedilen taşınmaz bedelinin ödenmesindeki normal olmayan gecikmeler, paranın değer kaybetmesi göz önünde tutulduğunda, taşınmazına el konulan kişileri belirsizlik içinde bırakarak maddi kayıplara neden olabilir. Hatta mahkemece faize hükmedilse dahi bu faiz miktarının, maddi zararların tamamını karşılama imkanı olmayabilir (bkz. *Akkuş / Türkiye*, B.No:19263/92, 9/7/1997, § 29).

52. 2942 sayılı yasaya eklenen geçici 6. maddenin onbirinci fıkrası, 9/10/1956 ile 4/11/1983 tarihleri arasındaki kamulaştırmaz el atmalar nedeniyle mahkemelerce hükmedilen tazminatların tahsili amacıyla idarelerin mal, hak ve alacaklarının haczedilemeyeceği hükmünü içermektedir. Kanun'da bu amaçla idarelerin bütçelerinden belli bir pay ayrılması ve ödemelerin bu paylar üzerinden yapılması, ayrılan payın hükmedilen tazminat miktarını karşılamaması halinde ödemelerin gelecek yıllara aktarılacak taksitle ve gariyeten yapılması öngörülmüştür. Taksitlendirme halinde kanuni faiz ödenmesi de kurala bağlanmıştır (AYM, E.2010/83, K.2012/169, K.T. 1/11/2012). Ancak hukuka aykırı olarak bireyin mülkiyet hakkına müdahale eden idarenin, kesin-

leşen mahkeme kararlarıyla hükmedilen alacakları veya tazminatları ödememekte ısrar etmesi halinde, adil yargılanma hakkının kapsamında mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olur. Anılan düzenleme, kesinleşen mahkeme kararlarıyla hükmedilen alacak veya tazminatları ödememe sebebi olamaz.

53. Kesinleşmiş mahkeme kararlarının makul sürede uygulanmaması ya da icra edilmemesi adil yargılanma hakkının ihlali niteliğindedir. Somut olayda başvuruçular lehine verilen Mahkeme kararları, başvuruçuların bu kararların icrası için gerekli tüm girişimlerde bulunmalarına rağmen Belediye tarafından gerekçe gösterilmeksizin dört yılı aşkın süre boyunca yerine getirilmemiştir. Anılan kararların niteliği dikkate alındığında bu sürenin makul olmadığı açıktır.

54. Belediyenin, aleyhine verilen, kesinleşmiş ve infaz edilebilir yargı kararlarının infazını sağlamak için gerekli tedbirleri almamakla başvuranların mahkemeye erişim haklarını ihlal ettiği ve dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesini etkili sonuçları bakımından konusuz bıraktığı anlaşılmış olup, başvuruçuların adil yargılanma haklarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

b. Mülkiyet Hakkının İhlali İddiası

55. Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

56. Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün "Mülkiyetin korunması" kenar başlıklı 1. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasa da öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez"

57. Anayasa'nın 35. maddesi ve Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi paralel düzenlemelerle mülkiyet hakkına yer vermiştir.

58. Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi üç temel kuraldan oluşmaktadır. Birinci kural, genel olarak mülkiyetten barışçıl yararlanma veya mülkiyete saygı ilkesidir. Bu husus, birinci fıkranın ilk cümlesinde düzenlen-

miştir. İkinci kural mülkiyetten yoksun bırakmayı düzenler ve bunu belirli koşullara bağlı kılar. Bu da aynı fıkranın ikinci cümlesinde düzenlenmiştir. Üçüncü kural ise devletlerin kamu yararına uygun olarak ve bu amacın gerektirdiği ölçüde yasaların uygulanması yoluyla mülkiyetin kullanımını kontrol etme yetkisini tanır, bu ise ikinci fıkrada yer almaktadır (bkz. *Sporrong ve Lönnroth / İsveç*, B. No: 7151/75, 7152/75, 23/9/1982, § 61).

59. Anayasa'nın 35. maddesi de Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesindeki düzenlemeye paralel şekilde, birinci fıkrasında mülkiyet hakkını tanıdığı, ikinci ve üçüncü fıkralarında ise mülkiyet hakkının sınırlandırılması ve bu sınırlandırmanın ölçütü belirtilmiştir.

60. AİHM, yargı kararlarının icrasının gecikmesini, “mülkten barışçıl yararlanma” hakkına müdahale olarak kabul etmektedir (bkz. *Burdov / Rusya*, B. No:59498/00, 7/5/2002, § 40).

61. Somut olayda olduğu gibi, kamulaştırma işlemi yapmaksızın bireylere ait taşınmaza el atan idarenin, bu fiili nedeniyle aleyhine açılan dava sonucunda hükmedilen alacağı veya tazminatı ödememesi, mülkiyetten barışçıl yararlanma veya mülkiyete saygı ilkesini ihlal niteliğindedir.

62. Anayasa'nın 35. maddesine uygun olarak bir kimsenin mülkiyet hakkına devlet tarafından müdahale edilmişse veya malvarlığı üzerindeki hakları kullanılamaz hale getirilmişse, bu kişinin hakkının korunması gerekir. Bu da ancak mülkiyete konu malvarlığının değerinin ödenmesi suretiyle gerçekleştirilebilir. Kural olarak devlet tarafından el atılan malvarlığının değerini, devletin kendiliğinden ödemesi beklenir (bkz. *Carbonara ve Ventura / İtalya*, B. No: 24638/94, 30/5/2000, § 67).

63. Mülkiyet hakkının kapsamına dâhil olabilecek malvarlığı değerlerinin de belirlenmesi gerekir. Anayasa'nın 35. maddesi ile 1 No.lu Ek Protokol'ün 1. maddesinin koruma alanı içinde yer alan menfaatlerin kapsamına, mevcut bir mülk girebileceği gibi kesin bir şekilde tanımlanmış alacak hakları da girebilir (AYM, E.2000/42, K.2001/361, K.T. 10/12/2001; AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 24/9/2008).

64. Bir mahkeme hükmünden doğan alacak, icra edilebilir olduğunun kanıtlanması durumunda mal ve mülk olarak kabul edilebilir (bkz. *Burdov / Rusya*, B. No:59498/00, 7/5/2002, § 40). Kamulaştırma yapılmaksızın el atılan taşınmaz bedelinin ödenmesine yönelik mahkeme kararının icra edilebilir olduğunda şüphe bulunmamaktadır.

65. AİHM, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü ilkesine atıfla, alacak hakkı bulunduğunu gösteren yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle mülkiyet hakkının da ihlal edildiğini kabul etmektedir (bkz. *Süzer ve Eksen*

Holding A.Ş. / Türkiye, B. No:6334/05, 23/10/2012, § 155).

66. Öte yandan, Sözleşme'nin 6. maddesi ile Protokol'ün 1. maddesi, devlete, yargı kararlarının uygulanması bakımından etkili bir sistem kurma yükümlülüğü getirmektedir. (bkz. *Fuklev / Ukrayna*, B. No: 71186/01, 30/11/2005, § 84). Bir mahkeme kararını uygulamakla görevli kamu makamları, bu kararın uygulanmasını engellemekte ya da kararın uygulanması için gerekli özeni göstermemekteyse bu durum Anayasa'nın 35. ve 36. maddelerinin ihlali anlamına gelir.

67. Başvuruya konu Mahkeme kararlarıyla Belediye tarafından kamulaştırma yapılmaksızın el atılan taşınmaz bedelinin Belediyeden tahsiline karar verilmiş olup, hüküm altına alınan taşınmaz bedeli, başvuruçuların alacak hakları olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla mahkeme kararına dayalı bu alacaklar "mülkiyet" hakkı kapsamında değerlendirilir.

68. "İyi yönetim" ilkesi, kamu yararı kapsamında bir konu söz konusu olduğunda, kamu otoritelerinin, uygun zamanda, uygun yöntemle ve her şeyden önce tutarlı olarak hareket etmelerini gerektirir (bkz. *Krstic / Sırbistan*, B. No: 45394/06, 10/12/2013, § 78).

69. Yukarıda açıklandığı üzere (bkz. §§ 26-27), kamulaştırmatsız el atmalar nedeniyle mahkemelerce hükmedilen tazminatların tahsili amacıyla idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez. Bu kuralın amacı, idarelerin yerine getirmekle görevli oldukları kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi için gerekli olan kaynaklarının korunmasıdır. Toplumsal yaşamın sürekli, düzenli ve sistemli bir şekilde sürdürülebilmesi için zorunlu olan kamu hizmetlerinin kesintisiz bir biçimde yürütülmesi, idarelerin belli ayni ve nakdi varlıklara sahip olmalarına bağlıdır. İdarelerin, kamu hizmetlerini yerine getirmek için ihtiyaç duyduğu malların haczedilmesi halinde bu hizmetlerin aksayacağı ya da hiç yerine getirilemeyeceği açıktır. İdarelerin mal, hak ve alacaklarının haczedilememesi nedeniyle bireyler tazminat alacaklarını daha geç tahsil edebileceklerse de bu gecikme için kanuni faiz ödenmesiyle kamu yararı ile birey hakları arasında makul bir denge kurmaya çalışılmıştır. Bu nedenle kamu hizmetlerinin aksatılmadan yerine getirilmesini güvence altına almak amacıyla birey haklarına getirilen bu sınırlamanın ölçüsüz olduğu söylenebilir (AYM, E.2010/83, K.2012/169, K.T. 1/11/2012).

70. Ancak idarelerin, mal, hak ve alacaklarının haczedilememesi kuralının arkasına sığınarak mahkeme kararıyla hükmedilen ve kesinleşen kamulaştırmatsız el atılan taşınmaz bedelini ödemekten imtina etmeleri, kamu yararı ile kişi hakları arasındaki dengeyi kişilerin zararına olacak şekilde bozabilir. Bu durum, taşınmazına el konulduğu halde, Mahkemece hükmedilen taşınmazının bedeli ödenmeyen kişi yönünden mülkiyet hakkının ihlali niteliğinde

kabul edilir.

71. Başvuru konusu olayda, başvuru tarafından Esenyurt Belediye Başkanlığı aleyhine 14/5/2008 tarihinde Büyükçekmece 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan dava sonucunda verilen 26/11/2008 tarihli karar, Yargıtay 5. Hukuk Dairesince karar düzeltme isteminin reddedildiği tarih olan 8/4/2010 tarihinde kesinleşmiştir. Başvurucular anılan karara dayalı olarak Belediye aleyhine 4/2/2010 tarihinde Küçükçekmece 1. İcra Müdürlüğünde ilama dayalı icra takibi başlatmışlardır.

72. Yine başvuru tarafından Esenyurt Belediye Başkanlığı aleyhine 11/5/2010 tarihinde Büyükçekmece 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan dava sonucunda verilen 15/9/2010 tarihli karar, Yargıtay 5. Hukuk Dairesince karar düzeltme isteminin reddedildiği tarih olan 26/3/2012 tarihinde kesinleşmiştir. Başvurucular anılan karara dayalı olarak, Belediye aleyhine 19/10/2010 tarihinde Küçükçekmece 2. İcra Müdürlüğünde ilama dayalı icra takibi başlatmışlardır.

73. Başvurucuların her iki karara dayalı olarak başlattıkları icra takiplerine rağmen Belediye tarafından başvurularda ödeme yapılmamış, yalnızca ödenmenin sıraya konulduğu bildirilmiştir.

74. Başvurucuların, Mahkeme kararına dayalı ve mülkiyet hakkı kapsamında kabul edilen alacaklarının tahsili amacıyla İdare aleyhine yaptıkları icra takibinin uzun sürmesi ve alacağa ulaşmada bir belirsizlik bulunması, Mahkemece verilen kararı, etkili sonuçları bakımından konusuz bırakmıştır.

75. Açıklanan gerekçelerle; Mahkemece hükmedilen taşınmaz bedelinin Belediye tarafından ödenmemesi nedeniyle başvuru kararının, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet haklarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

76. Başvurucular, Mahkeme kararına dayalı alacaklarının ödenmemesi nedeniyle mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğinin tespitini, 395.000 TL maddi, 100.000 TL manevi tazminatın ödenmesini talep etmişlerdir.

77. Adalet Bakanlığı görüşünde, başvuru kararının tazminat talebi konusunda değerlendirme yapılmamıştır.

78. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkeme-

ye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

79. Başvurucular, hak ihlalinin giderilmesi için maddi ve manevi tazminat talep etmişlerdir. Başvurucuların mahkeme kararına dayalı alacaklarının ödenmemesi nedeniyle mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiği anlaşılmıştır. Başvurucuların maruz kaldıkları zarar, derece mahkemelerinin nihai kararları verdikleri tarihte almaları gereken tazminatın ödenmemesiyle ilişkilidir. Başvurucuların, Mahkeme kararlarının icrasına başladıkları 4/2/2010 tarihinden itibaren Anayasa Mahkemesince karar verildiği tarihe kadar 4 yıl 1 ay 29 gün süren icra safhasının makul olmadığı ve başvurucuların mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiği nazara alındığında, başvurucuların yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında her bir başvurucuya takdiren 6.650,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

80. Başvurucular, taşınmazın rayiç değerinin arttığını, dava tarihindeki rayiç değer üzerinde değer kazandığını, aradaki değer farkının faizle karşılanmasının mümkün olmadığını belirterek, maddi tazminat talebinde de bulunmuşlardır. Maddi zararın karşılanması için tazminata hükmedilmesi, başvurucuların ihlal ile mali kayıp arasında illiyet bağı olduğunu kanıtlamalarına bağlıdır. Başvuruya konu kararlarda Mahkemece, kamulaştırmaz el atılan taşınmaz bedelinin yasal faiziyle Belediyeden tahsiline karar verilmiş, başvurucular tarafından da icra takiplerinde yasal faizle tahsil talebinde bulunulmuştur. Başvurucular, dava tarihi itibarıyla taşınmazın gerçek rayicinin belirlendiğini ve o tarih itibarıyla belirlenen değer uygun olduğunu, ancak aradan geçen süre içinde taşınmazın rayiç değerinin çok arttığını, rayiç değer farkının faizle karşılanamayacağını ileri sürmüşler, ancak başka bir sebebe dayalı olarak maddi zarar iddiasında bulunmamışlardır. Başvuru konusu olayda, Anayasa'nın 35. ve 36. maddelerinin ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla beraber, başvurucuların, faiz ile enflasyon oranı arasındaki farktan kaynaklanan zarar iddiasında bulunmadıkları, Mahkeme kararıyla taşınmazın değerinin tespit edildiği ve mülkiyetinin el değiştirdiği dikkate alındığında, taşınmazın rayiç değerinin artması nedeniyle talep ettikleri maddi tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

81. Başvurucular tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvuruculara ödenmesine karar verilmesi gerekir.

82. Başvuruya konu yargılama sonunda verilen kararların icra edilmediği ve bu hususun başvuru sahiplerinin mülkiyet ve adil yargılanma haklarını ihlal ettiği gözetilerek, hukuka, adalete ve mahkemeye güven ilkesinin gördüğü zararın devam etmesinin önlenmesi amacıyla, Mahkeme kararlarının mümkün olan en kısa sürede yerine getirilmesini teminen, kararın bir örneğinin ilgili Belediyeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi sonucu alacak hakkının ödenmemesiyle ilgili şikâyet yönünden *KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA*,

B. Anayasa'nın 35. ve 36. maddelerinde güvence altına alınan mülkiyet ve adil yargılanma haklarının *İHLAL EDİLDİĞİNE*,

C. Başvuruculara ayrı ayrı olmak üzere 6.650,00 TL manevi tazminat *ÖDENMESİNE*, başvuru sahiplerinin diğer taleplerinin *REDDİNE*,

D. Başvurucular tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin *BAŞVURUCULARA ÖDENMESİNE*,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuru sahiplerinin Maliye Hazinesine başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

F. Kararın bir örneğinin Esenyurt Belediye Başkanlığına gönderilmesine, 3/4/2014 tarihinde *OY BİRLİĞİYLE* karar verildi.

Başkan
Serruh KALELİ

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Zühtü ARSLAN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/596

Karar Tarihi: 8/5/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Zehra Ayla PERKTAŞ Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Zühtü ARSLAN
Raportör	: Bahadır YALÇINÖZ
Başvurucular	: ... A.Ş.
Vekili	: Av. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, hakkında tarh edilen katma değer vergisi (KDV) ve vergi ziyai cezasına ilişkin açtığı iptal davasının reddedildiğini, bu nedenle Anayasa'nın 10., 36. ve 73. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek, ihlalin tespitiyle vergi ziyai cezal KDV tarhiyatı nedeniyle uğradığı maddi zararın tazminine karar verilmesini talep etmiştir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 18/1/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvuruların Komisyona sunulmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölümün İkinci Komisyonunca, 17/6/2013 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesi Bölüm tarafından yapılmak üzere, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 10/10/2013 tarihinde yapılan toplantıda, kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular ile başvurunun bir örneği görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmiştir. Adalet Bakanlığının 18/11/2013 tarihli görüş yazısı başvuru vekiline tebliğ edilmiş ve başvuru vekili de 4/12/2013 tarihli yazı ile karşı beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

7. Başvurucunun 2002, 2003, 2004 ve 2005 yılı hesaplarının incelenmesi neticesinde düzenlenen ... tarih ve ... sayılı vergi inceleme raporu uyarınca, ... işlettiği golf sahası, otel ve tatil köyü ile ilgili olarak yönetim anlaşması yaptığı ... isimli şirkete yurt dışında yaptırdığı reklam ve tanıtım hizmetlerine ilişkin ödediği fatura bedelleri üzerinden KDV hesaplayarak sorumlu sıfatıyla 2 No.lu KDV beyannamelerini vermediğinden bahisle, başvuru aleyhine ... YTL KDV ve bu tutar üzerinden ... YTL vergi ziyai cezası ikmalen tarh edilmiştir.

8. Başvurucu tarafından hakkında tarh edilen KDV ve vergi cezasının iptali istemiyle açılan dava, ... Vergi Mahkemesinin 22/10/2008 tarih ve ... sayılı kararı ile reddedilmiştir. Karar oy çokluğuyla verilmiş olup, kararın gerekçesi şöyledir:

“Yukarıda belirtilen kanun hükümlerinin olayla birlikte değerlendirilmesinden; davacı kurumun yurt dışında yaptırmış olduğu reklam ve pazarlama hizmetlerinin Türkiye’deki ticari faaliyetlerinin devamlılığı ve karlılığıyla doğrudan ilişkisi bulunduğu, bu ilişkinin faaliyet konusu olan otelcilik hizmetlerinden faydalanan müşteri sayısının artırılmasıyla sağlandığı ve hizmetten sonuç olarak Türkiye’de faydalandığı açık olup, bu reklam ve tanıtım işlemlerinin yurt dışındaki potansiyel müşterilere yapıyor olmasının yapılan hizmetten anıldığı şekilde Türkiye’de faydalandığı gerçeğini değiştirmeyeceği sonucuna varılmaktadır.

Bu durumda, davacı firmanın yurt dışında yaptırdığı reklam ve pazarlama hizmetlerinden Türkiye’de faydalandığının kabul edilmesi gerektiğinden, bu hizmetlere ait fatura bedelleri üzerinden sorumlu sıfatıyla katma değer vergisi hesaplayarak 2 nolu beyanname ile bağlı bulunduğu vergi dairesine beyanda bulunulmayan davacı şirket adına davalı idarece ikmalen yapılan cezalı katma değer vergisi tarhiyatlarında yasal isabetsizlik bulunmamaktadır.”

9. Başvurucu tarafından karar temyiz edilmiş ve Danıştay ... Dairesinin 6/10/2011 tarih ve ... sayılı kararı ile temyiz istemi reddedilerek karar onanmıştır.

10. Bu karara karşı yapılan karar düzeltme talebi de aynı Dairenin 26/11/2012 tarih ve ... sayılı kararı ile reddedilmiştir.

11. Karar, başvurucuya 4/1/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

B. İlgili Hukuk

12. 12/1/2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “Usul

ekonomisi ilkesi” kenar başlıklı 30. maddesi şöyledir:

“Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.”

13. 4/1/1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun “İkmalen vergi tarhı” kenar başlıklı 29. maddesi şöyledir:

“İkmalen vergi tarhı, her ne şekilde olursa olsun bir vergi tarh edildikten sonra bu vergiye müteallik olarak meydana çıkan ve defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak miktarı tespit olunan bir matrah veya matrah farkı üzerinden alınacak verginin tarh edilmesidir.

Özel kanunlarında ikmalen tarhiyata ilişkin olarak yer alan hükümler saklıdır.”

14. Aynı Kanun’un “Vergi ziyatı” kenar başlıklı 341. maddesi şöyledir:

“Vergi ziyatı, mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesini veya eksik tahakkuk ettirilmesini ifade eder.

Şahsi, medeni haller veya aile durumu hakkında gerçeğe aykırı beyanlar ile veya sair suretlerle verginin noksan tahakkuk ettirilmesine veya haksız yere geri verilmesine sebebiyet vermek de vergi ziyatı hükmündedir.

Yukarıki fıkralarda yazılı hallerde verginin sonradan tahakkuk ettirilmesi veya tamamlanması veyahut haksız iadenin geri alınması ceza uygulanmasına mani teşkil etmez.”

15. 25/10/1984 tarih ve 3065 sayılı Kanun’un “İşlemlerin Türkiye’de yapılması” kenar başlıklı 6. maddesi şöyledir:

“İşlemlerin Türkiye’de yapılması:

a) Malların teslim anında Türkiye’de bulunmasını,

b) (Değişik : 27/1/2000 - 4503/3 md.) Hizmetin Türkiye’de yapılmasını veya hizmetten Türkiye’de faydalanılmasını,

İfade eder.”

16. Aynı Kanun’un “Vergi sorumlusu” kenar başlıklı 9. maddesinin 1. fıkrası şöyledir:

“Mükellefin Türkiye içinde ikametgahının, işyerinin, kanuni merkezi ve iş merkezinin bulunmaması hallerinde ve gerekli görülen diğer hallerde Maliye Bakanlığı, vergi alacağının emniyet altına alınması amacıyla, vergiye tabi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabilir.”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

17. Mahkemenin 8/5/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
nun 18/1/2013 tarih ve 2013/596 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği
düşünüldü:

C. Başvurucunun İddiaları

18. Başvurucu şirket, işlettiği golf sahası, otel ve tatil köyü ile ilgili olarak ... isimli şirket ile yönetim anlaşması yaptığını ve işletmenin yönetimini belirli şartlarla bu şirkete bıraktığını, belirtilen tesislerin yurt dışı tanıtım ve pazarlama faaliyetlerinin de bu şirket tarafından yapıldığını, Haziran 2002 ila Aralık 2005 döneminde toplam ... YTL yurt dışı tanıtım ve pazarlama gideri yapıldığını, başvuru şirketi hakkında düzenlenen vergi inceleme raporunda, ... isimli şirkete ödendiği belirtilen hizmet bedelinin KDV'nin konusuna girdiği ve başvuru şirketi tarafından sorumlu sıfatıyla 2 No.lu KDV beyannamelerinin verilmediğinden bahisle, ... YTL KDV ve bu tutar üzerinden ... YTL vergi ziyayı cezası tarh edildiğini, hakkında tarh ettirilen KDV ve vergi cezasının iptali istemiyle açılan davanın, ... Vergi Mahkemesi kararı ile reddedildiğini ve kararın kanun yollarından geçerek kesinleştiğini, dava konusu hizmetin KDV'ye tabi olmadığını gösteren genelgeler, idari kararlar ve Mahkeme içtihadı olmasına rağmen hakkında KDV ve vergi cezası tarh ettirildiğini, tarh ettirilen KDV'nin doğru olduğu kabul edilse bile, bu hizmet nedeniyle ödenen verginin 1 No.lu KDV beyannamesinde indirim konusu yapılacağını ve bu suretle ödenen KDV tutarının değişmeyeceğini, bu nedenle uygulanan vergi cezasının yerinde olmadığını, ancak belirtilen tüm bu hususlar göz ardı edilerek KDV ve vergi ziyayı cezası tarh ettirilmesinin, ayrıca belirtilen işlemlerin iptali için açılan davanın reddedilmesinin, eşitlik ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırı olduğunu, kıyas yoluyla vergi cezası yaratıldığını ve yürütülen yargılamanın makul süreyi aştığını belirterek, Anayasa'nın 10., 36. ve 73. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiş, haksız yere tarh ettirilen KDV ve vergi ziyayı cezasının tahsil tarihinden itibaren faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

D. Değerlendirme

19. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir. Başvurucunun, açtığı davada verilen kararın sonucundan ve yargılamanın makul sürede bitirilmemesinden şikâyetçi olduğu görülmektedir. Bu nedenle, başvurucunun yargılama süresinin makul olmadığı iddiasının yanında Anayasa'nın 10. ve 73. maddesinde tanımlanan haklar ile bağlantı kurarak ileri sürdüğü iddialar adil yargılanma hakkının ihlali iddiası kapsamında değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Konu Bakımından Yetki

20. Başvurucu, vergi aslı ve vergi cezasının birlikte tarh ettirilmesi işleminin iptali istemiyle açtığı davanın makul sürede sonuçlandırılmadığını ve mahkeme kararının adil olmadığını belirterek Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

21. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

22. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

23. Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda açıklanır; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, davanın tamamı süresince veya kısmen duruşmalar basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir."

24. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Maddede geçen "adil yargılanma" ifadesi, 3/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile Anayasa'ya eklenmiştir. Anayasa'da adil yargılanma hakkı-

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

25. AİHS'in adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin "*medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların*" ve bir "*suç isnadının*" esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için, başvurucunun ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyumsuzluğun tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bahsedilen hâller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına dayanan başvurular Anayasa ve AİHS kapsamı dışında kalacağından, bireysel başvuruya konu olamaz. (B. No: 2012/917, 16/4/2013, § 21).

26. Belirtilen doğrultuda Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) konu bakımından yetki alanını belirleyen içtihadına bakıldığında, Mahkeme; vergi mükellefi ile hakim olan toplum arasındaki ilişkinin kamusal nitelikte olması dolayısıyla vergi meselelerinin kamusal ayrıcalıkların sert çekirdeğinden bir kısmını oluşturduğunu dikkate alarak, mükellefler açısından zorunlu olarak maddi etkiler ortaya çıkarsa da vergi uyumsuzluklarının "*medeni hak ve yükümlülükler*" dışında kaldığını kabul etmektedir. (*Ferrazzini/İtalya* [BD], B. No:44759/98, 12/6/2001, §29). Ancak, AİHM *Bendenoun/Fransa* kararında, vergi para cezalarını düzenleyen kanunun, özel bir durumda olan belli bir grubu değil vergi mükellefi olan bütün vatandaşları kapsamasını, ek vergi yükümlülüklerinin bir zarara karşılık maddi tazminat amacını değil, fakat esas itibarıyla yeniden suç işlemeyi caydırıcı bir yaptırım amacı taşımasını, bunların hem caydırıcılık hem de cezalandırma amacı olan genel bir kurala göre uygulanmış olmasını, miktarın hem başvuru hem de başvurucunun şirketi açısından oldukça önemli bir miktar olmasını ve başvurucunun öngörülen miktarı ödememesi halinde ceza mahkemelerince hapse mahkûm edilebileceğini göz önünde bulundurarak, bu uyumsuzluğu "*suç isnadı*" kapsamında değerlendirmiş ve Sözleşme'nin 6. maddesinin, bu uyumsuzluğa uygulanabileceğine işaret etmiştir (*Bendenoun/Fransa*, B. No:12547/86, 24/2/1994, §47). Öte yandan AİHM *Jussila/Finlandiya* kararında vergi para cezasının miktarının düşük olması halinde dahi suçun cezai niteliğinin 6. maddeyi uygulanabilir kılmak için yeterli olduğunu kabul etmiştir (*Jussila/Finlandiya* [BD], B. No:73053/01, 23/11/2006, §38). *Mieg de Boofzheim/Fransa* kararında ise, mükellefin iyiniyetle hareket etmesini gerektiren "*salt geç ödeme faizi*"nin 6. madde kapsamında "*bir suç isnadı*" oluşturmadığı bu nedenle 6. maddenin uygulanabilir olmadığı tespiti yapılmıştır (*Mieg de*

Boofzheim/Fransa, B. No: 52938/99, 3/12/2002, (k.k.)). Diğer taraftan *Georgioul/İngiltere* kararında ise KDV aslı ve buna bağlı vergi kaçakçılığı cezasına karşı birlikte açılan davada başvurusunun adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği iddiasını inceleyen AİHM, kaçakçılık cezasının suç isnadını içerdiğini, olayın niteliğine bakıldığında, suç isnadına ilişkin bölümlerle suç isnadı olmayan vergi aslına ilişkin bölümleri birbirinden ayırmanın güç olduğuna ve bu nedenle başvuru hakkında yapılacak değerlendirmenin zorunlu olarak vergi tarhiyatını da kapsayacak şekilde olması gerektiğine karar vermiştir (*Georgioul/İngiltere*, B. No: 40042/98, 16/5/2000). AİHM bu kararı ile vergi aslı ile vergi cezalarına karşı birlikte dava açılması durumunda, adil yargılanma hakkının, davanın bütününe uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.

27. Yukarıda yer verilen tespitler neticesinde, Anayasa Mahkemesince, Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına ilişkin hak ve ilkerin “*medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların*” ve bir “*suç isnadının*” esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarında da, bir ihlal iddiasının Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetki alanına girip girmediğinin tespitinde Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı esas alındığından, başvurusunun medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili bir uyumsuzluğun tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması hâlleri dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına dayanan başvuruların Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanının kapsamı dışında kalacağı ve dolayısıyla bireysel başvuruya konu olmayacağı kabul edilmiştir. AİHM içtihadında cezai nitelik taşımayan vergisel uyumsuzlukların, 6. maddenin güvence kapsamı dışında kalacağı sonucuna ulaşılmada vergi aslı yönünden başvuru konusu yapılan uyumsuzlukların vergi yükümlüsü ile vergi alacaklısı konumunda bulunan taraf devlet arasında kamusal niteliği ağır basan bir uyumsuzluk olmasının ve taraf devletlerin kamusal yetkisinin sert çekirdeği içerisinde yer aldığı kabul edilmesinin rol oynadığı anlaşılmaktadır.

28. Bununla birlikte, hukuk sistemimizdeki vergi uyumsuzlukları ayrı bir yargı kolu içerisinde değil idari yargı kolu içinde ve özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, genel olarak 6/1/1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca, diğer idari uyumsuzluklarla aynı yargılama usulüne tabi bir yargılama prosedürü çerçevesinde çözümlenmektedir. Ayrıca, vergilendirme yükümlülüğüne aykırı bir davranışın tespiti halinde, ilgili idare tarafından tarh edilen vergi ve öngörülen vergi cezası aynı ihbarname kapsamında mükellefe tebliğ edilerek, tarh edilen vergi ve kesilen vergi cezaları aynı yargılama prosedürü içerisinde dava konusu edilmekte, usulsüzlük cezaları gibi ayrıksı durumlar dışında vergi aslı ve vergi cezası

arasındaki bu organik bağ, vergi alacağının tahsili aşamasında da varlığını sürdürmektedir. Bunun yanı sıra, resen veya ikmalen yapılan tarhiyat işlemlerine karşı açılan davanın kısmen veya tamamen reddi halinde, ilgili mevzuat uyarınca, hesaplanacak gecikme faizinin dava süresiyle doğru orantılı olarak artması öngörülmekte (bkz. 213 sayılı Kanun'un 112. maddenin (3) numaralı fıkrası, 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin (5) numaralı fıkrası), bu yönüyle vergi aslını ilgilendiren uyuşmazlıklar açısından da, özellikle adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan güvence hükümleri arasında yer verilen makul sürede yargılanma hakkının işlevsel bir rol oynayabileceği ve bu yönüyle daha çok kamusal niteliği ağır basan bir ilişki olarak kabul edilen salt vergisel uyuşmazlıkların, başta mülkiyet hakkı olmak üzere medeni hak ve yükümlülükler alanında önemli yansımaları bulunan bir ilişki olduğu anlaşılmakta ve belirtilen tespitler çerçevesinde, vergi uyuşmazlıklarının adil yargılanma hakkına ilişkin güvenceler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda başvuru konusu uyuşmazlığa yönelik ihlal iddiaları Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetki alanı içerisinde yer almaktadır.

29. Başvuruda şikâyet konusu yapılan hususların diğer kabul edilebilirlik kriterleri açısından farklı niteliklerinin bulunması nedeniyle her bir şikâyete ilişkin değerlendirmenin ayrı ayrı yapılması gerekmektedir.

b. Yargılamanın Adil Olmadığı İddiası Yönünden

30. Başvurucu, dava konusu hizmetin KDV'ye tabi olmadığını gösteren genelgeler, idari kararlar ve mahkeme içtihadı olmasına rağmen hakkında KDV ve vergi cezası tarh ettirildiğini, tarh ettirilen KDV'nin doğru olduğu kabul edilse bile, bu hizmet nedeniyle ödenen verginin 1 No.lu KDV beyannamesinde indirim konusu yapılacağını ve bu suretle ödenen KDV tutarının değişmeyeceğini, bu nedenle uygulanan vergi cezasının yerinde olmadığını, ancak belirtilen tüm bu hususlar göz ardı edilerek KDV ve vergi ziyai cezası tarh ettirildiğini, ayrıca belirtilen işlemlerin iptali için açılan davanın reddedildiğini belirterek, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

31. Adalet Bakanlığı görüşünde, kural olarak yerel mahkemeler tarafından yapılan maddi ve hukuki hataların ancak AİHS ve Anayasa tarafından güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerin ihlali söz konusu olduğu ölçüde bireysel başvuruya konu edilebileceğini, AİHS'in 6. maddesi ve Anayasa'nın 36. maddesi her ne kadar adil yargılanma hakkını teminat altına almakta ise de, bilgi-belgelerin kabul edilebilirliği veya mevzuatın değerlendirilmesi gibi konuların öncelikle yerel mahkemeleri ilgilendirdiğini, bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değeren-

dirilmesi ile kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmamasının, bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamayacağını, başvuruca salınan verginin KDV olduğu ve ilk derece mahkemesinin ilgili kanun hükümlerinin uygulanmasında takdir hakkını kullanarak, salınan verginin mevzuata uygun olduğu yönünde karar verdiğini, başvuruğunun şikâyetlerinin kabul edilebilirlik ve esas yönünden incelenmesinde yukarıda belirtilen hususların dikkate alınması gerektiğini bildirmiştir.

32. Başvuruca cevap dilekçesinde, haklı olan başvurusunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

33. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi*" kenar başlıklı 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvuruğunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir."

34. 6216 sayılı Kanun'un "*Esas hakkındaki inceleme*" kenar başlıklı 49. maddesinin (6) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz."

35. Anılan kurallar uyarınca, bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamaz. Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ve açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Bu çerçevede, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde bariz takdir hatası veya açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz (B.No: 2012/1027, 12/2/2013, § 26).

36. Başvuru konusu olayda, başvuruca şirketin 2002, 2003, 2004 ve 2005 yılı hesaplarının incelenmesi neticesinde düzenlenen vergi inceleme raporunda, başvuruğunun ortaklarından ... şirketine yurt dışında yaptırılan reklam ve pazarlama hizmetlerinden Türkiye'de faydalanılmış olmasına rağmen, söz

konusu hizmetlere ilişkin fatura bedelleri üzerinden KDV hesaplanarak 2 No.lu beyanname ile sorumlu sıfatıyla beyan edilmediğinden bahisle vergi ziyayı cezalı katma değer vergilerinin ikmalen salındığı, başvuru şirket tarafından açılan davada; tarhiyat öncesi uzlaşmadan yararlandırılmadığı, söz konusu reklam ve tanıtım hizmetlerinden yurt dışında faydalandığı, dolaşısıyla 3065 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (b) bendi uyarınca vergiye tabi olmadığı, ayrıca bu yönde yayımlanmış çeşitli muktezalar bulunduğu halde inceleme elemanınca aksi yönde yapılan değerlendirmeler üzerine salınan cezalı vergilerin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek kaldırılmasının istendiği anlaşılmaktadır.

37. ... Vergi Mahkemesi ise, Danıştay tarafından onaylanan kararında, 3065 sayılı Kanun'un 1., 8. ve 9. maddelerini birlikte değerlendirerek, yurt dışında yaptırılan reklam ve pazarlama hizmetlerinin Türkiye'deki ticari faaliyetlerin devamlılığı ve karlılığıyla doğrudan ilişkisi bulunduğu, bu ilişkinin, faaliyet konusu olan otelcilik hizmetlerinden faydalanan müşteri sayısının artırılmasıyla sağlandığı ve hizmetten sonuç olarak Türkiye'de faydalandığı, başvuru şirketin bu hizmetlere ait fatura bedelleri üzerinden sorumlu sıfatıyla KDV hesaplayarak 2 No.lu beyanname ile bağlı bulunduğu vergi dairesine beyanda bulunmaması nedeniyle ikmalen yapılan cezalı KDV tarhiyatlarında yasal isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

38. Başvuru şirketin iddialarının mevzuatın yorumlanmasına ve esas itibarıyla yargılamanın sonucuna ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

39. Adil yargılanma hakkı bireylere dava sonucunda verilen kararların değil, yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetleme imkânı verir. Bu nedenle, bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikâyetlerin incelenebilmesi için başvuru sürecinin yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediğine, bu çerçevede yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu gibi, mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da bariz takdir hatası veya açık keyfiliğe ilişkin bir bilgi ya da belge sunmuş olması gerekir. Somut olayda başvuru şirketin yargılama sürecinin hakkaniyete aykırı olduğuna dair bir bilgi ya da belge sunmadığı, aksine yargılama sonucunda verilen kararın içeriğinin adil olmadığı şikâyetini dile getirdiği anlaşılmaktadır.

40. Açıklanan nedenlerle, başvuru tarafından ileri sürülen iddiaların kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu, derece mahkemesi kararlarının bariz

takdir hatası veya açık bir keyfilik de içermediği anlaşıldığından başvurunun bu bölümünün “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Yargılama Süresinin Makul Olmadığı İddiası Yönünden

41. Başvuru konusu dava, Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlama tarihi olan 23/9/2012’den önce açılmış olup, başvuru tarihi itibarıyla derdest olduğu anlaşılmakla, başvurunun incelenmesi Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi dâhilindedir. Ayrıca, bireysel başvuruda bulunulmadan önce, ihlal iddiasının dayanağı olan işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş olan idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerekmele birlikte, hukuk sistemimizde, yargılamanın uzamasını önleyici etkiye sahip olan veya yargılamanın makul sürede yapılmaması sonucunda oluşan zararları tespit ve tazmin edici nitelik taşıyan bir idari veya yargısal başvuru yolunun bulunmadığı anlaşıldığından, başvuru kanun yollarının tüketilmesi yönünden kabul edilebilir niteliktedir. (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 21-30).

42. Açıklanan nedenlerle, açıkça dayanaktan yoksun olmayan ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmayan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

43. Başvurucu, açmış olduğu idari davanın beş yıldan uzun bir süre sonra karara bağlandığını beyan ederek, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

44. Anayasa’nın “*Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması*” kenar başlıklı 141. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

“Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.”

45. Sözleşme metni ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümüleri olan alt ilke ve haklar, esasen Anayasa’nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı bir çok kararında, ilgili hükmü Sözleşme’nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşme’nin lafzi içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara, Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38).

46. Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hak-

kı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil olup, ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa'nın 141. maddesinin de, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 39).

47. Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunması ile adaletin gerektiği şekilde temini ve hukuka olan inancın muhafazası olup, hukuki uyumsuzluğun çözümünde gerekli özenin gösterilmesi gereği de yargılama faaliyetinde göz ardı edilemeyeceğinden, yargılama süresinin makul olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerekir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 40).

48. Davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurucunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar, bir davanın süresinin makul olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken kriterlerdir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 41-45).

49. Ancak, belirtilen kriterlerden hiçbirisi makul süre değerlendirmesinde tek başına belirleyici değildir. Yargılama sürecindeki tüm gecikme periyotlarının ayrı ayrı tespiti ile bu kriterlerin toplam etkisi değerlendirilmek suretiyle, hangi unsurun yargılamanın gecikmesi açısından daha etkili olduğu saptanmalıdır (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 46).

50. Yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanması için, öncelikle uyumsuzluğun türüne göre değişebilen, başlangıç ve bitiş tarihlerinin belirlenmesi gereklidir.

51. Anayasa'nın 36. maddesi ve Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca, medeni hak ve yükümlülöklere ilişkin ve cezai alandaki bir suç isnadını konu alan uyumsuzlukların makul sürede karara bağlanması gerekir. Hukuk sisteminde yer alan mevzuat hükümleri gereğince “*kamu hukuku*” alanına dâhil olan, ancak sonucu itibarıyla özel nitelikteki haklar ve yükümlölükler üzerinde belirleyici olan uyumsuzlukları konu alan davalar da, Anayasa'nın 36. maddesi ve Sözleşme'nin 6. maddesinin koruması kapsamına girmektedir. Bu anlamda, belirtilen düzenlemelerde yer verilen güvenceler, başvurucunun haklarına zarar verdiği iddia edilen idari bir kararın iptali talebiyle açılan davalara da uygulanacaktır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *De Geouffre de la Pradelle/Fransa*, B. No: 12964/87, 16/12/1992). Bu kapsamda başvuruya konu uyumsuzlukta suç isnadını içeren vergi cezasıyla birlikte vergi aslına karşı birlikte açılan davaya ilişkin ihlal iddialarının bireysel başvuruya konu edildiği

anlaşılmaktadır.

52. Makul süre değerlendirmesinde, sürenin başlangıcı kural olarak, uyusmazlığı karara bağlayacak yargılama sürecinin işletilmeye başlandığı tarih olmakla beraber, bazı özel durumlarda girişimin niteliği göz önünde tutularak uyusmazlığın ortaya çıktığı daha önceki bir tarih başlangıç tarihi olarak kabul edilebilmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *König/Almanya*, B. No: 51963/99, 23/5/2007, § 24; *Poiss/Avusturya*, B. No: 8163/07, 2/4/2013, § 21). Somut başvuru açısından benzer bir durum söz konusu olup, makul süre değerlendirmesinde nazara alınacak zaman diliminin başlangıç tarihi, başvurucuya vergi ziyai cezalı KDV tarhiyatlarına ilişkin ihbarnamelerin tebliğ edildiği, 9/11/2007 tarihidir.

53. Mevcut başvuruda olduğu gibi, uyusmazlığın başlangıç tarihi ile Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruların incelenmesi hususundaki zaman bakımından yetkisinin başladığı tarihin farklı olması halinde, makul süre değerlendirmesinde dikkate alınacak süre, 23/9/2012 tarihinden sonra geçen süre değil, uyusmazlığın başlangıç tarihinden itibaren geçen süredir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 51).

54. Başvuruya konu yargılama sürecinin incelenmesinden anlaşıldığı kadarıyla, ilgili vergi dairesi müdürlüğünce, 2/11/2007 tarihli vergi inceleme raporuna istinaden, başvuru hakkında vergi ziyai cezalı KDV tarhiyatları yapılarak, ilgili ihbarnameler 9/11/2007 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu tarafından, 6/12/2007 havale tarihli dilekçe ile ... Vergi Mahkemesinden, vergi inceleme raporuna istinaden yapılan vergi ziyai cezalı KDV tarhiyatlarının kaldırılması talep edilmiştir. 7/12/2007 tarihinde düzenlenen ilk inceleme tutanağı sonrasında gerekli tebligat işlemleri yapılmış, tarafların cevap ve ikinci cevaplarını Mahkemeye ibraz etmeleri üzerine 15/4/2008 tarihi itibarıyla tekemmül ettiği anlaşılan dosya kapsamında, 22/10/2008 tarihli karar ile başvurunun davasının reddine karar verilmiştir. Kararın 17/12/2008 tarihinde yürütmeyi durdurma talepli olarak temyiz edilmesi üzerine Danıştay ... Dairesi 22/1/2009 tarihinde yürütmenin durdurulması isteminin davalı idarenin savunmasının alınmasından sonra incelenmesine karar vermiş, 10/6/2009 tarihinde yürütmenin durdurulması talebini ve 6/10/2011 tarih ve ... sayılı kararıyla da temyiz talebini reddederek Mahkeme kararını onamıştır. Danıştay ... Dairesinin kararı 28/11/2011 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş, başvurunun 8/12/2011 tarihli karar düzeltme talebi üzerine dava dosyası yeniden Danıştay ... Dairesine gönderilmiş ve Dairenin ... tarih ve ... sayılı kararı ile karar düzeltme talebi reddedilmiş ve bu karar, başvurucuya 4/1/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. Uyuşmazlığın başladığı 9/11/2007 tarihinden itibaren ilk derece Mahkemesince 11 ay 13 gün içinde karar verildiği,

kararın verildiği tarihten itibaren ise temyiz mercii tarafından temyiz ve karar düzeltme taleplerinin 4 yıl 1 ay 4 gün içinde tamamlandığı görülmektedir.

55. Yargılama sürecinin uzamasında yetkili makamlara atfedilecek gecikmeler, yargılamanın süratle sonuçlandırılması hususunda gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklanabileceği gibi, yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliğinden de ileri gelebilir. Zira Anayasa'nın 36. maddesi ile Sözleşme'nin 6. maddesi, hukuk sisteminin, mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi sorumluluğunu yüklemektedir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 44).

56. Bu kapsamda, yargı sisteminin yapısı, mahkeme kalemindeki rutin görevler sırasındaki aksamalar, hükmün yazılmasındaki, bir dosyanın veya belgenin bir mahkemeden diğerine gönderilmesindeki ve raportör atanmasındaki gecikmeler, yargıç ve personel sayısındaki yetersizlik ve iş yükü ağırlığı nedeniyle yargılamada makul sürenin aşılması durumunda da yetkili makamların sorumluluğu gündeme gelmektedir.

57. Başvuru konusu yargılama süreci değerlendirildiğinde, ilk derece Mahkemesince 15/4/2008 tarihinde tekemmül eden dava dosyasının 22/10/2008 tarihinde karara bağlandığı, arada geçen bu süre zarfında uyuşmazlığın çözümü için usuli bir işlem yapılmadan dosyanın bekletildiği, diğer yandan yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmaması değerlendirilmesinin yapılacağı yerin ise kanun yolu incelemesinde geçen sürenin olduğu, zira bu inceleme safhasında iki kere yürütmenin durdurulması hakkında karar verilmesine karşın temyiz talebinin esastan sonuçlandırılmasının 4 yıldan fazla sürdüğü ve bu süre zarfında ilgili Daire tarafından yürütmenin durdurulması kararları dışında herhangi bir usuli işlem yapılmadığı tespit edilmekle beraber, yukarıda yer verilen tespitler ışığında, özellikle yargı sisteminin yapısından kaynaklanan iş yükü ve organizasyon eksikliğinin somut başvuruya ilişkin yargılama süresinin uzaması üzerinde baskın bir etkiye sahip olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 36. maddesi ile Sözleşme'nin 6. maddesi, yargılama sisteminin, mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesini zorunlu kıldığından, hukuk sisteminde var olan yapısal ve organizasyona ilişkin eksiklikler yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleştirilmemesine mazeret sayılamaz.

58. Başvurucunun tutumunun yargılamanın uzamasına özellikle bir etkisi olduğu tespit edilmemiştir.

59. Başvurunun değerlendirilmesi neticesinde, başvuruya konu uyuşmazlığın yurt dışında yaptırılan reklam ve pazarlama hizmetlerinden Türkiye'de

faйдalanılıp faydalanılmadığı ve bu durumun KDV beyannamesi verilmesi gereken bir sorumluluk ortaya çıkarıp çıkarmadığına yönelik olması ve uyuşmazlığın çözümünde başvuru dilekçeleri ve davalı idare savunmaları dışında yargılama mercilerince herhangi bir araştırmaya gidilmemiş olmasına karşın, derece mahkemelerindeki incelemenin toplam 5 yıl 17 gün sürmesi ve bu sürenin 4 yıl 1 ay 4 gününün kanun yolunda geçmiş olması, şikâyeteye konu yargılamada makul olmayan bir gecikmenin olduğunu ortaya koymaktadır.

60. Açıklanan nedenlerle, başvuru Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

61. Başvuru, haksız yere tarh ettirilen KDV ve vergi ziyai cezasının tahsil tarihinden itibaren faiziyle birlikte tazminine karar verilmesini istemiş, ancak yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmaması nedeniyle herhangi bir tazminat talebinde bulunmamıştır.

62. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

63. Başvuruda Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla beraber, başvuru tarafından talep edilen tazminat talebi ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmadığı anlaşıldığından, başvuru maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

64. Başvuru tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan 1.698,35 TL yargılama giderinin başvuruya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun,

1. Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki iddialarının "açıkça dayanaktan yoksun olması" nedeniyle

KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

3. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

B. Başvurucunun, tarh edilen KDV ve vergi ziyai cezasından dolayı uğradığını ileri sürdüğü maddi zararının tazmini talebinin REDDİNE,

C. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

D. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

8/5/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Serruh KALELİ

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Zühtü ARSLAN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2012/1269

Karar Tarihi: 8/5/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Zehra Ayla PERKTAŞ Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Zühtü ARSLAN
Raportör	: Bahadır YALÇINÖZ
Başvurucu	: Aziz TURHAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, Balıkesir Üniversitesi Rektörlüğünce aleyhine açılan alacak davasında Anayasa'nın 10. maddesinde tanımlanan "*kanun önünde eşitlik*", 35. maddesinde tanımlanan "*mülkiyet hakkı*" ve 36. maddesinde tanımlanan "*adil yargılanma hakkı*"nın ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, başvuru tarafından 26/12/2012 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvurunun Komisyona sunulmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca, 23/10/2013 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 4/12/2013 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular ile başvurunun bir örneği görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmiş, Bakanlık, yazılı görüşünü 4/2/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık görüş yazısı, başvurucuya 18/2/2014 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu Bakanlık görüşüne cevaplarını içeren dilekçesini 3/3/2014 tarihinde sunmuştur.

III. OLAYLAR VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu, Balıkesir Üniversitesi Bandırma İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinde araştırma görevlisi olarak görev yapmakta iken 4/11/1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 33. maddesi kapsamında 15/12/1993 tarihinde ekonomi alanında yüksek lisans ve doktora çalışması yapmak için Amerika Birleşik Devletleri'ne gönderilmiştir.

9. Başvurucu çalışmasının ardından yurda dönmüş ve Bandırma İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinin 21/5/2004 tarih ve 14 sayılı toplantısında aldığı karar uyarınca Maliye Bölümü Bütçe ve Mali Planlama Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak çalışmaya başlamıştır.

10. Başvurucu 18/10/2005 tarihi itibarıyla görevinden istifa ettiğini bildirmiş ve bildirim 24/10/2005 tarihinde Üniversiteye ulaşmış ve başvurucu bu tarihten itibaren görevine gelmemiştir. Başvurucu bu sırada Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunda (BDDK) çalışmaya başlamıştır.

11. Üniversiteye karşı mecburi hizmet yükümlüsü olduğundan bahisle başvurucunun istifası kabul edilmemiş, Bandırma İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dekanlığınca 14/7/1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 94. maddesi uyarınca başvuru 25/10/2005 tarihi itibarıyla görevinden çekilmiş sayılmıştır.

12. Balıkesir Üniversitesi Rektörlüğünün 6/9/2006 tarihli işlemi ile başvurucunun, mecburi hizmet yükümlülüğünün tamamını yerine getirmediği gerekçesiyle toplam 299.265,39 Amerikan Dolarının ödenmesi istenmiştir.

13. Rektörlük bu yazıdan bir gün sonra 7/9/2006 tarihli yazı ile 2547 sayılı Kanun'un 33. maddesi uyarınca yurtdışında eğitim gören araştırma görevlilerinin borçlarının 29/6/2006 tarih ve 5535 sayılı Bazı Kamu Alacaklarının Tahsil ve Terkinine İlişkin Kanun ile 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 53. ve 54. maddeleri dikkate alınarak yeniden yapılandırılması imkânının getirildiğini ve bu imkândan yararlanmak istenilmesi durumunda Rektörlüğe başvurulması gerektiği bildirilmiştir.

14. Başvurucu 25/9/2006 tarihli dilekçesi ile 5535 sayılı Kanun'a göre borç tutarının yeniden hesaplanması talebinde bulunmuştur.

15. Bu talebin ardından Rektörlük 23/3/2007 tarihli işlemi ile başvurucunun mecburi hizmet yükümlülüğünden kalan borcunu 55.778,44 TL olarak yeniden hesaplamıştır.

16. Başvurucu 18/4/2007 tarihinde üniversiteye gönderdiği dilekçede, 5535 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile getirilen düzenleme gereğince, mecburi hizmet yükümlülüğünün halen çalıştığı kurum olan BDDK'ya aktarılmasını istemiştir. Balıkesir Üniversitesi ise, YÖK Başkanlığından aldığı görüş ve talimat doğrultusunda başvurucuya gönderdiği 17/10/2007 tarihli cevapta, 5535 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle eklenen geçici 53. maddede, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 3 ay içinde Yükseköğretim Kuruluna müracaat edilmesi gerektiği hükmünün yer aldığı, bu tarihten sonra yapılan müracaatların anılan Kanun kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir.

17. Rektörlük başvurucu aleyhine mecburi hizmet yükümlülüğünü tamamlamadan ayrıldığı için eğitim ve öğretim giderleri tahsili amacıyla 2/7/2010 tarihinde Balıkesir 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde alacak davası açmış, başvurucu aleyhine dava açılırken ihtiyati tedbir talebinde bulunmuş ve Mahkeme tarafından da başvurucuya ait taşınmaz ve araca ihtiyati tedbir konulmuştur.

18. Başvurucu, davaya sunduğu savunmasında; 5535 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 53. maddesinde, kamu kurumlarında görev yapanların yurtdışındaki eğitim giderlerine karşılık yerine getirmedikleri mecburi hizmet yükümlülüğünü hali hazırda çalıştıkları kurumda yerine getirebileceklerini, bu durumda borç takibinden vazgeçileceğinin düzenlediğini, bu düzenlemeden faydalanmak için başvuru şartı aranmamasına rağmen 25/9/2006 tarihinde anılan düzenlemeden faydalanmak için başvuru yaptığını, diğer yandan mecburi hizmet yükümlülüğü süresinin hatalı hesaplandığını ileri sürmüştür.

19. Mahkeme tarafından başvurucunun hizmet süresinin ve borç tutarının tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırılmış ve dosyaya ibraz edilen rapora göre başvurucunun talebine ve itirazına yönelik olarak, 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 53. maddesi dikkate alındığında, başvurucunun 3 ay içinde Yükseköğretim Kuruluna başvurmuş olmasının yanı sıra müracaat tarihinde başka bir kuruma naklen atanmış olması gerektiği, oysa başvurucunun istifası kabul edilmediği için çekilmiş sayıldığı, başvurucunun çekilmiş sayılmaya ilişkin idari işleme karşı idari yargıya müracaat etmemiş olması sebebiyle kesinleştiği, eksik kalan mecburi hizmetine tekabül eden tazminatı ödeme mecburiyeti doğduğu belirtilerek nihai takdirin mahkemeye bırakıldığı, başvurucunun mecburi hizmet yükümlülüğü süresinin 5335 gün olduğu, dava tarihi itibarıyla 32.702,40 TL asıl ve 33.056,12 TL faiz olmak üzere toplam 65.758,52 TL alacağın bulunduğu tespit edilmiştir.

20. Başvurucu 22/11/2011 tarihli dilekçesi ile bilirkişi raporuna itiraz etmiş ve 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 53. maddesi uyarınca mecburi hizmet

yükümlülüğünün aktarılmasının yapılmasında hukuki bir engelin bulunmadığını ifade etmiştir.

21. Mahkeme 1/12/2011 tarih ve E.2010/361, K.2011/475 sayılı kararı ile davayı kısmen kabul, kısmen reddederek, Rektörlüğün başvurucudan asıl alacağına 32.702,40 TL, faiz alacağına talep ile bağlı kalınarak 31.646,97 TL, toplam alacağına 64.349,37 TL olduğu ve bu tutarın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte başvurucudan alınarak Rektörlüğe verilmesine karar vermiştir.

22. Diğer yandan anılan kararda;

“ ... Davalının 25.09.2006 tarihli dilekçesi (Anılan Kanun gereğince borcunun hesaplanması talepli), 23.03.2007 tarih ve 199/2143 sayılı cevabi yazımız ve ekleri, Davalının 18.04.2007 tarihli dilekçesi (hizmet devri talepli), Rektörlüğümüzün 26/07/2007 tarih ve 2700/4978 sayılı yazısı (Yükseköğretim Kurulundan hizmet devri konusunda görüş almak için), Yükseköğretim Kurulunun 03.09.2007 tarih ve 3756/0221 17 sayılı cevabi yazısı, 17.10.2007 tarih ve 4050/6948 sayılı yazımız (Davalının hizmet devri talebinin reddine ilişkin) evraklarının dosyaya ibraz edildiğinin görüldüğü,”

ifadelerine de yer verilmiştir.

23. Başvurucu 18/1/2012 tarihli dilekçesi ile kararı temyiz etmiş ve 2547 sayılı Kanun’a eklenen geçici 53. maddesi uyarınca mecburi hizmet yükümlülüğünün BDDK’ya aktarılabilirliğini, bu hususa ilişkin talepte bulunmak için 3 aylık bir sürenin bulunmadığını, buna ilişkin yaptığı savunmaların Mahkeme kararında değerlendirmeye alınmadığını, Mahkemenin yanlış kanuni düzenlemeyi olaya uygulayarak karar verdiğini, kendisiyle aynı durumda olan ve tek farkı 5535 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce davayı açmış olan başka bir kişi hakkında farklı karar verildiğini ileri sürmüştür.

24. Yargıtay 18. Hukuk Dairesinde temyiz incelemesi devam ederken başvuru tarafından Maliye Bakanlığına yapılan başvuru üzerine, Bakanlığın 2547 sayılı Kanun’un 53. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında başvuru-cuya işlem yapılmasında sakınca bulunmadığına ilişkin 20/3/2012 tarih ve 3527 sayılı görüşü ilgili Daireye sunulmuş, ancak Daire 29/5/2012 tarih ve E.2012/4774, K.2012/6461 sayılı kararı ile başvurucunun iddiaları hakkında bir değerlendirme yapmayarak İlk Derece Mahkeme kararını onamıştır.

25. Bu karara karşı yapılan karar düzeltme başvurusu da aynı Dairenin 18/10/2012 tarih ve E.2012/11216, K.2012/11595 sayılı kararı ile reddedilmiştir.

26. Karar, başvuru vekiline 28/11/2012 tarihinde tebliğ edilmiştir.

27. Bunun yanında, Asliye Hukuk Mahkemesinin kararı sonrasında baş-

vurucu hakkında Balıkesir 5. İcra Müdürlüğüne Rektörlük tarafından yapılan talep üzerine asıl alacak, faiz ve yargılama giderlerinden oluşan toplam 80.631,89 TL takip başlatılmıştır.

B. İlgili Hukuk

28. 2547 sayılı Kanun'a 5535 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle eklenen geçici 53. madde şöyledir:

“33 üncü maddeye göre lisansüstü eğitim-öğretim amacıyla yurt dışına gönderilenler ile 35 inci maddeye göre yurt içinde başka bir üniversiteye lisansüstü eğitim-öğretim amacıyla gönderilenlerden veya üniversitelerinde görev yapanlardan bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar;

a) Lisansüstü eğitim-öğretim amacıyla yurt dışında kalmaları gereken süre içerisinde öğrenimlerini tamamlayamamaları nedeniyle kadroları ile ilişkileri kesilenlerden veya ilişkisi kesilmeyip devam edenler ile başka bir kamu kurumuna naklen atanarlardan,

b) Eğitimin herhangi bir aşamasında, her ne sebeple olursa olsun Türkiye'ye çağrılmış olanlardan,

c) Lisansüstü eğitim-öğretim amacıyla yurt içindeki başka bir üniversitede kalmaları gereken süre içerisinde öğrenimlerini tamamlayamamaları nedeniyle kadroları ile ilişkileri kesilenlerden,

d) Eğitimlerinin herhangi bir aşamasında istifa etmiş olmaları nedeniyle kadrolarıyla ilişkileri kesilenler, sürelerinin bitiminde mecburi hizmetlerini tamamlamak üzere görevlerine başlamayıp çekilmiş sayılanlar ile görevlerine başlayıp da yükümlü bulundukları mecburi hizmetini bitirmeden görevlerinden ayrılanlardan,

e) Herhangi bir üniversitede görev yaparken yeniden atanmamak suretiyle üniversite ile ilişkisi kesilenlerden,

en az yüksek lisans (master) eğitimini başarıyla tamamlamış olanlar; bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde Yükseköğretim Kuruluna müracaat etmeleri halinde, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinde belirtilen genel şartları taşımaları kaydıyla, Yükseköğretim Kurulunca atanmalarının uygun bulunması üzerine müracaat tarihinden itibaren üç ay içerisinde, (öncelikle daha önce kadrolarının bulunduğu kurumlar olmak üzere) Kurulun belirleyeceği yükseköğretim kurumlarındaki durumlarına uygun öğretim elemanı kadrolarından birine atanabilirler. Bunlardan durumları yukarıdaki (a), (b), (c), (d) ve (e) bentlerine uyanlar için kullanılmak üzere yılda bir defa yapılmasına ilişkin sınırlamaya tâbi olmaksızın 78 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 1 inci maddesi hükmü uyarınca Bakanlar Kurulu kararıyla ihtiyaca göre öğretim elemanları kadrolarında unvan ve derece değişiklikleri yapılabilir. Yükseköğ-

retim Kurulunca atanması uygun görülmeyenler altmış gün içerisinde yargı yoluna başvurabilirler. Yükseköğretim Kuruluna başvurmayanlar ile Yükseköğretim Kurulunca ataması uygun görülmeyenlerden, yargı yoluna müracaat etmeyenler ve yargı kararı ile öğretim elemanı olarak atanmaları uygun görülmeyenler ise bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde Devlet Personel Başkanlığına müracaat ederler. Bunlar, personel ihtiyacı dikkate alınarak anılan Başkanlıkça belirlenecek kamu kurum ve kuruluşlarının boş memur kadrolarına sınav şartı aranmaksızın ve açıktan atamaya ilişkin sınırlamalara tâbi tutulmaksızın altı ay içinde atanırlar.

Ancak bunlardan yüksek lisans eğitimini başarıyla tamamlayamamış olanlar, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde Devlet Personel Başkanlığına müracaat etmeleri halinde, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinde belirtilen genel şartları taşımaları kaydıyla müracaat tarihinden itibaren üç ay içerisinde, personel ihtiyacı dikkate alınarak anılan Başkanlıkça belirlenecek kamu kurum ve kuruluşlarının boş memur kadrolarına sınav şartı aranmaksızın ve açıktan atamaya ilişkin sınırlamalara tâbi tutulmaksızın atanırlar. Bunlardan halihazırda Devlet memuru statüsünde çalışanların ise çalıştıkları kurumlarda mecburi hizmetlerini yapmalarına müsaade edilir.

Bunlar, atandıkları kurumlarında, halihazırda kamu kurumlarında görev yapanlar ise bu kurumlarında yurt içinde veya yurt dışında görmüş oldukları öğrenim sürelerine ilişkin olarak genel hükümler çerçevesinde belirlenen mecburi hizmet yükümlülüklerini yerine getirirler ve ilgililer adına öğrenimleri nedeniyle çıkarılmış olan borç tutarlarının takibinden vazgeçilerek tahsilat işlemine son verilir. Bunların daha önce ödemiş oldukları tutarların bulunması halinde, bu meblağa isabet eden süreler ilgililerin mecburi hizmet sürelerinden indirilir. Ancak, üniversiteye veya başka bir kamu kurumuna dönmek istemeyenlerden mecburi hizmet karşılığı olarak, hizmetleri karşılığında aldıkları yurt içi maaşlar talep edilemez. Bu maaşlar haricinde eğitimleri için yapılan diğer ödemeler talep edilir.

Birinci fıkranın (a), (b) veya (c) bentlerinde sayılan durumların gerçekleşmesi-ne rağmen, geçici 47 nci madde uyarınca öğrenim hakkı tanınanlardan ataması yapılmış olanlar ile kadrolarıyla ilişkileri kesilmeyenlerden haklarında borç takibi yapılanlar kadrolarında bırakılır; bunlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır. Bunların yükseköğretim kurumlarında çalışmış oldukları süreler mecburi hizmetlerinden indirilir.

Bu madde kapsamına girenlerden öğretim elemanı kadrosuna atananlardan tekrar mecburi hizmet yükümlülüğü öngörülen bir görevlendirme yapılmış veya yapılacakların, söz konusu görevlendirme çerçevesinde lisansüstü eğitim-öğretimlerini başarılı bir şekilde tamamlamış olmaları veya tamamlamaları halinde, bu görevde çalışmış oldukları süreler ilk görevlendirmeye ilişkin mecburi hizmetlerinden indiri-

rilir ve ikinci görevlendirmeye ilişkin mecburi hizmet yükümlülüğü devam eder; başarısız olmaları halinde ise bu görevlendirmeden kaynaklanan mecburi hizmet yükümlülük süreleri önceki mecburi hizmet yükümlülük sürelerine ilave edilir.

Yukarıda belirtilen hükümler çerçevesinde öğretim elemanı veya memur kadrolarına atandıktan sonra yükümlü bulundukları mecburi hizmeti bitirmeden görevlerinden ayrılan veya bir ceza sebebiyle görevine son verilenler ile bu madde kapsamına girdiği halde müracaat etmemeleri veya Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinde belirtilen genel şartları taşımadıkları için atanamamaları nedeniyle mecburi hizmet yükümlülüğünü yerine getirmeyenlerin yükümlü tutulacakları tutar, imzaladıkları yüklenme senedi ile muteber imzalı müteselsil kefalet senedi hükümleri dikkate alınmaksızın ve ilgililere ödeme yapma sonucu doğurmaksızın, kendilerine döviz olarak yapılmış olan her türlü masraflar için;

a) Bunlardan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ek 34 üncü maddesinin yürürlüğe girdiği 5/8/1996 tarihinden sonra yüklenme senedi ile muteber imzalı müteselsil kefalet senedi alınanlar hakkında, anılan maddenin ikinci fıkrası hükümlerine göre bu Kanunun yayımı tarihinden önceki süreler için faiz uygulanmaksızın hesaplama yapılır.

b) 5/8/1996 tarihinden önce yüklenme senedi ile muteber imzalı müteselsil kefalet senedi alınanlar hakkında, ilgili adına fiilen ödemenin yapıldığı tarihteki T.C. Merkez Bankası'na tespit ve ilân edilen efektif satış kuru üzerinden Türk Lirasına çevrilerek bulunacak tutar ile bu tutara sarf tarihinden bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçen süre için 1/1/2006 tarihinden geçerli olmak üzere tespit ve ilân edilen kanunî faiz işletilerek hesaplama yapılır. Ancak, bu hükümlere göre hesaplama yapılması sonucunda borçlunun aleyhine bir durum ortaya çıkması halinde (a) bendi hükümleri uygulanır.

Hesaplanan borç miktarı, ilgilinin durumu ve ödettirilecek meblağ dikkate alınarak azamî beş yıla kadar taksitlendirilebilir. Bunların daha önce ödemiş oldukları tutar ile mecburi hizmetlerinde değerlendirilen sürelerle isabet eden tutar, anılan madde uyarınca belirlenecek tutardan düşülür”.

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

29. Mahkemenin 8/5/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
nun 26/12/2012 tarih ve 2012/1269 numaralı bireysel başvurusu incelenip ge-
reği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

30. Başvurucu, mecburi hizmet yükümlülüğü nedeniyle Balıkesir Üniver-
sitesi Rektörlüğü tarafından aleyhine açılan alacak davasında, yanlış kanun
hükmünün uygulandığını, savunmasının hem yerel mahkeme hem de temyiz

merciince hiç dikkate alınmadığını, savunmasında belirttiği kanun hükmünden neden yararlanamayacağı hususunda yerel mahkeme kararında hiçbir gerekçe ve değerlendirme bulunmadığını, benzer başka bir olayda ise doğru kanun hükmü uygulanarak üniversite tarafından açılan tazminat davasının reddedildiğini, şahsına yanlış kanun hükmü uygulanması neticesinde haksız bir şekilde tazminat ödemek zorunda kaldığını ve tazminatın bir kısmının icra yoluyla tahsil edildiğini belirterek Anayasa'nın 10. maddesinde tanımlanan "*kanun önünde eşitlik*", 35. maddesinde tanımlanan "*mülkiyet hakkı*" ve 36. maddesinde tanımlanan "*adil yargılanma hakkı*"nın ihlal edildiğini ileri sürmekte ve ihlalin ortadan kaldırılması yönünde karar verilmesini talep etmektedir.

B. Değerlendirme

31. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir. Başvurucunun, eşitlik ilkesinin ihlali iddiasının ayrı bir başlık altında, uyuşmazlığın çözümünde yanlış kanun hükmü uygulanması neticesinde haksız bir şekilde ödemek zorunda bırakıldığı ve bir kısmı cebri icra yoluyla tahsil edilmiş bulunan tazminat nedeniyle mülkiyet hakkının da ihlal edildiği yönündeki iddiaları, adil yargılanma hakkı kapsamında ileri sürdüğü şikâyetlerine bağlı olduğundan, başvurunun bu kısmının ise birlikte incelenmesi gerekmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Eşitlik İlkesinin İhlal Edildiği İddiası Hakkında

32. Başvurucu, benzer bir olayda aynı kurumda çalışan başka bir kişi hakkında açılan alacak davasının reddedildiğini, ancak şahsına karşı açılan davanın kabul edildiğini belirterek eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

33. Anayasa'nın "*Kanun önünde eşitlik*" kenar başlıklı 10. maddesinin birinci ve beşinci fıkraları şöyledir:

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

...

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

34. Sözleşme'nin "*Ayrımcılık yasağı*" kenar başlıklı 14. maddesi şöyledir:

"Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir

ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

35. Başvurucunun, Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve Sözleşme’nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yönelik iddiasının, bahsi geçen maddelerdeki ifadeler dikkate alındığında, soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir. Bir başka ifadeyle, ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için, ihlal iddiasının, kişinin hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda ayrımcılığa maruz kaldığı sorularına cevap verebilmesi gerekir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 33).

36. Başvurucu, eşitlik ilkesine dayanan başvurusunu yargılamada farklı kararların verilmesi ile bağlantılı olarak ileri sürmüştür. Bir başka ifadeyle adil yargılanma hakkı konusunda ayrımcılığa maruz kaldığını iddia etmektedir. Bu bağlamda başvurucunun iddiasının, Sözleşme’nin 14. maddesi de dikkate alınarak Anayasa’nın 10. maddesi çerçevesinde incelenmesi gereklidir.

37. Bireysel başvuru incelemesinde eşitlik ilkesinin bağımsız bir koruma işlevinin olmaması, bu yasağın genişletici bir yoruma tabi tutulmasına engel teşkil etmemektedir. Anayasal bir hakkın ihlal edildiği iddiası tek başına incelendiğinde o hakkın ihlal edilmediği kanaatine varılabilirse de bu durum, o hakla ilişkin ayrımcı bir uygulamanın incelenmesine engel değildir. Bu çerçevede, ilgili temel hak ve özgürlük ihlal edilmemiş olsa da o hakla ilgili bir konuda sergilenen ayrımcı tutumun, eşitlik ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilir (B. No: 2012/606, 20/2/2014, § 48).

38. Salt “*eşitlik*” kavramı, herhangi bir nesnel ve makul dayanağı olmaksızın aynı durumdaki bireylere farklı muamelede bulunulmamasına ilişkin gerekliliği ifade etmektedir. Bu kavramın somutlaştığı Anayasa’nın 10. maddesi “*dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle*”; Sözleşme’nin 14. maddesi ise “*cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma*” dayalı olan farklı muamele şekillerini yasaklamaktadır (B. No: 2012/606, 20/2/2014, § 49).

39. 6216 sayılı Kanun’un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemez olduğuna karar verilebilir. Başvurucunun ihlal iddialarını kanıtlayamadığı başvurular da bu nedenle açıkça dayanaktan yoksun kabul edilebilecektir (B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 20). Buna paralel olarak, başvuruya konu olay veya olguların ve ihlal iddiasına konu anayasal haklar arasındaki bağlantılarının açıklanması ve kanıtlanması yükümlülüğü kural olarak başvurucuya aittir (B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 38).

40. Başvurucu, kendisi hakkında açılan tazminat davası kabul edilirken, kendisi ile “*aynı durumda*” ve “*aynı hukuksal statüye sahip*” olarak nitelediği meslektaşı hakkında açılan tazminat davasının reddedildiğini ve bu durumun eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Başvurucu tarafından kullanılan bu ifadeler ile başvuru formu ve eklerinde yer alan bilgiler, ayrımcılığın değerlendirilmesi konusunda yeterli çıkarımlar yapılmasına müsait değildir. Zira başvuru kanunun emsal gösterdiği olaydaki meslektaşı 5535 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle 2547 sayılı Kanun’a eklenen geçici 53. maddesinde öngörülen süre içinde hizmet yükümlülüğü devrinden faydalanmak için başvuru yapmış, ancak başvuru yaptığı kurumun hatası nedeniyle talebi Yükseköğretim Kuruluna gönderilmemiş, daha sonra ilgili kişi hakkında açılan alacak davası da kişinin süresinde başvuru yaptığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Oysa başvuru kanuni düzenlemede öngörülen süre içinde hizmet yükümlülüğü devri talebinde değil borç yapılandırması talebinde bulunmuş, ancak düzenlemede öngörülen süre bittikten sonra yaptığı hizmet yükümlülüğü talebi reddedilmiş, daha sonra hakkında açılan alacak davası kabul edilmiştir.

41. Açıklanan nedenlerle, başvuru kanunun ve mukayeseye konu ettiği meslektaşının aynı hukuki konumda bulunmaması nedeniyle farklı sonuçlanan davaları arasında eşitlik karşılaştırması yapılamayacağı ve bu sebeple başvuru kanunun ihlal iddiasını kanıtlanamadığı anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “*açıkça dayanaktan yoksun olması*” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiği İddiası Hakkında

42. Başvurucu, savunmasının hem yerel mahkeme hem de temyiz merciince hiç dikkate alınmadığını, savunmasında belirttiği kanun hükmünden neden yararlanamayacağı hususunda yerel mahkeme kararında hiçbir gerekçeye yer verilmediği ve değerlendirme yapılmadığını, bu nedenlerle Anayasa’nın 36. maddesinde tanımlanan “*adil yargılanma hakkı*”nın ihlal edildiğini iddia etmiştir.

43. Başvurucunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin başvurunun bu kısmının açıkça dayanaktan yoksun olmaması ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmaması nedeniyle kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

44. Başvurucu, Anayasa’nın 36. maddesinde tanımlanan “*adil yargılanma hakkı*”nın ihlal edildiğini iddia etmiştir.

45. Adalet Bakanlığı görüş yazısında, başvuru kanunun, hali hazırda kamu

kurumunda çalışıyor olması nedeni ile 5535 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeden faydalanması gerektiğini, bu nedenle Üniversite Rektörlüğünce hakkında açılan haksız davanın reddi gerekirken bu husustaki savunması hiç dikkate alınmadan borçlu olduğuna hükmedildiğini belirttiğini, mahkemenin nihai kararında bilirkişi raporunu hükme esas aldığını, söz konusu raporda başvurunun ileri sürdüğü itiraz hakkında bir değerlendirme yapılarak nihai takdirin Mahkemeye bırakıldığını, nihai karardan başvurunun itirazının yerinde görülmediğinin anlaşıldığını, Yargıtay tarafından da temyiz ve karar düzeltme sebeplerinden hiçbirinin bulunmadığı belirterek başvurunun bu talebinin reddine karar verildiğini belirterek, mahkeme ve temyiz merciinin kararlarının gerekçesiz olduğuna dair şikâyetin incelenmesi sırasında bu hususların göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde beyanda bulunulmuştur.

46. Başvurucu, başvuru formunda ileri sürdüğü iddialar dışında, bilirkişi raporunda yer alan ifadelerin mahkeme kararlarını gerekçeli hale getirmeyeceğini belirtmiştir.

47. Başvurucunun iddiası gerekçeli karar hakkı açısından incelenecektir.

48. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

49. Anayasa'nın "Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması" kenar başlıklı 141. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır."

50. Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir."

51. Yapılan yargılama sırasında tanık dinletme hakkı da dâhil olmak üzere delillerin ibrazı ve değerlendirilmesi adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul edilen silahların eşitliği ilkesi kapsamında kabul edilmekte olup, bu hak ve gerekçeli karar hakkı da makul sürede yargılanma hakkı gibi, adil yargılanma hakkının somut görünümleridir. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında, ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak

suretiyle, gerek Sözleşmenin lâfzî içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen gerekçeli karar hakkı ve silahların eşitliği ilkesi gibi ilke ve haklara, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38).

52. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olmakla beraber, bu hak yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılamaz. Bu nedenle, gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir. Bununla birlikte başvurunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddialarının cevapsız bırakılmış olması bir hak ihlaline neden olacaktır (B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 26).

53. Kanun yolu mahkemelerince verilen karar gerekçelerinin ayrıntılı olmaması, ilk derece mahkemesi kararlarında yer verilen gerekçelerin onama kararlarında kabul edilmiş olduğu şeklinde yorumlanmakla beraber (bkz. *García Ruiz/İspanya*, B. No: 30544/96, 21/1/1999, § 26) başvuruçuların dile getirmesine rağmen ilk derece mahkemesinin de tartışmadığı esaslı hususlara ilişkin temyiz başvuruları ile başvuruçuların usuli haklarının ihlal edildiğine yönelik somut şikâyetlerinin temyiz incelemesinde tartışılmaması gerekçeli karar hakkının ihlali olarak görülebilir (B. No: 2012/603, 20/2/2014, § 49).

54. Somut olayda başvuruçucu, mecburi hizmet yükümlülüğünü yerine getirmediğinden bahisle hakkında açılan alacak davasına verdiği savunma dilekçesinde; 5535 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 53. maddesinde, kamu kurumlarında görev yapanların yurtdışındaki eğitim giderlerine karşılık yerine getirmedikleri mecburi hizmet yükümlülüğünü hali hazırda çalıştıkları kurumda yerine getirebileceklerini, bu durumda borç takibinden vazgeçileceğinin düzenlendiğini, bu düzenlemeden faydalanmak için başvuru şartı aranmamasına rağmen 25/9/2006 tarihinde anılan düzenlemeden faydalanmak için başvuru yaptığını, diğer yandan mecburi hizmet yükümlülüğü süresinin hatalı hesaplandığını belirtmiş, İlk Derece Mahkemesi uyuşmazlığın çözümü için bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar vermiş, bilirkişi tarafından hazırlanan raporda başvuruçunun 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 53. maddeden faydalanamayacağı belirtilmekle beraber bu konu hakkında karar takdirinin Mahkemeye ait olduğu ifade edilmiş ve hesaplanan borç tutarı Mahkemeye bildirilmiştir. Başvuruçucu, düzenlemeden faydalanamayacağına ilişkin bilirkişi raporuna itiraz etmiştir. Ancak İlk Derece Mahkemesi esas hakkında verdiği kararda, başvuruçunun asıl iddiası olan mecburi hizmet yükümlülüğünü BDDK'da tamamlayabileceğine dair düzenleme nedeniyle davanın reddi gerektiği iddiası hakkında hiçbir değerlendirme yapmadan bilirkişi raporunda tespit edilen alacak tutarının Rektörlüğe ödenmesine karar vermiştir.

55. Başvurucu tarafından bu karara karşı yapılan temyiz başvurusuna ait dilekçede aynı husus ileri sürülmüş, hatta temyiz yargılaması devam ederken kendisinin 2547 sayılı Kanun'un 53. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında olduğuna ilişkin Maliye Bakanlığının 20/3/2012 tarih ve 3527 sayılı görüşünü de Yargıtay 18. Hukuk Dairesine sunmuş ise de, anılan Daire başvurucunun iddiaları hakkında bir değerlendirme yapmayarak İlk Derece Mahkemesi kararının onanmasına karar vermiştir.

56. Görüldüğü üzere, aleyhine açılan alacak davasında başvuru tarafından borçlu olmadığını ifade eden ve buna ilişkin asıl iddia olarak dayanılan mecburi hizmet yükümlülüğünün çalıştığı kuruma aktarılmasının yapılması ve yapılan düzenleme uyarınca bu talep için süre şartının bulunmadığı itirazlarının sadece bilirkişi raporunda değerlendirildiği, bilirkişinin uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye yardımcı olmaktan başka bir görevinin bulunmadığı ve hazırladığı raporun yargı kararı niteliği taşımadığı açık olduğundan, mahkeme kararında tartışılmayan ve gerekçelendirilmeyen başvurucunun iddiasının bilirkişi raporunda dile getirilmiş olması dolayısıyla karşılanmış olduğunun kabulünün mümkün olmadığı, kararın temyiz aşamasında da aynı iddia ileri sürülmüş olmasına rağmen temyiz hakkında verilen kararda da bu hususa ilişkin bir gerekçeye yer verilmediği görülmektedir.

57. Bu durumda, başvurucunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren, uyuşmazlığın çözümü için esaslı bir iddia olan mecburi hizmet yükümlülüğünün çalıştığı kuruma aktarılabilceği ve bunun için süre şartının bulunmadığı iddiası, İlk Derece Mahkemesi kararında tartışılmamış ve karşılanmamıştır. Başvurucu, tüketilmesi gereken ve etkili kanun yolu olan temyiz yolunda da aynı iddiayı dile getirmiş ise de Yargıtay kararında da bu iddia karşılanmamış ve İlk Derece Mahkemesinin iddiayı cevapsız bırakması tutumu aynen kabul görmüştür. Bu nedenle, yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

58. Belirtilen nedenlerle, başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

59. Burhan ÜSTÜN ve Hicabi DURSUN bu görüşe katılmamıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

60. Başvurucu, anayasal haklarının ihlal edildiğini belirterek ve ihlalin ortadan kaldırılması yönünde karar verilmesini talep etmektedir.

61. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesi şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan

kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılmaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

62. Başvuru konusu olayda tespit edilen ihlal, adil yargılanma hakkının unsurlarından olan gerekçeli karar hakkının ihlal edilmesinden kaynaklandığından ve ihlalin yeniden yargılama yapılarak ortadan kaldırılmasında hukuki yarar bulunduğundan, 6216 sayılı Kanun’un (1) ve (2) numaralı fıkraları gereğince ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

63. Başvurucu tarafından yatırılan 172,50 TL harç tutarının başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun,

1. Eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiasının “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA, OY BİRLİĞİYLE,**

2. Gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği iddiasının **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, OY BİRLİĞİYLE,**

3. Gerekçeli karar hakkının **İHLAL EDİLDİĞİNE,** Burhan ÜSTÜN ve Hicabi DURSUN’un karşı oyları ve **OY ÇOKLUĞUYLA,**

B. İhlal ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin Balıkesir 2. Asliye Hukuk Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE, OY BİRLİĞİYLE,

C. 172,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE, OY BİRLİĞİYLE,

D. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

8/5/2014 tarihinde karar verildi.

Başkan
Serruh KALELİ

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Zühtü ARSLAN

KARŞI OY YAZISI

Başvurucu, kendisine uygulanması gereken 2547 sayılı Kanun'un geçici 53. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanmadığını, açtığı davada davasının reddedildiğini, ancak bu konuda mahkeme ve Yargıtay kararlarında hiçbir gerekçenin bulunmadığını, Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan "adil yargılanma hakkı"nın ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması ilkesi adil yargılanma hakkının unsurları arasında yer almaktadır. Bu hak usul ve esasa ilişkin iddia ve savunmaların cevaplandırılması dışında her bir iddia ve savunmanın cevaplandırılacağı veya karşılanacağı anlamına gelmemektedir. Ancak öne sürülen hususlardan biri kabul edilirse, davanın sonucuna etkili olması halinde, mahkeme bu hususta belirli ve açık bir cevap vermek zorunda olabilir. Böyle bir durumda dahi, açık bir şekilde ifade edilirse zımni ret de yeterli olabilir. Diğer taraftan kanun yolu mercilerince alt derece mahkemelerin kararlarında gösterdikleri gerekçeler kabul edilmiş olduğundan, anılan kararlarda ayrıca gerekçe gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Nitekim AİHM içtihatları da bu yöndedir.

Başvurucu tarafından ileri sürülen hususlar bilirkişi raporunda açıkça değerlendirilmiş, rapor başvurucuya tebliğ edilerek itiraz etmesi sağlanmış, mahkemece bilirkişi raporuna atıf yapılarak oradaki değerlendirmeye iştirak edilmiş, böylece ileri sürülen hususta gerekçe oluşturulmuştur. Mahkeme kararını onayan ve başvurucunun karar düzeltme talebini reddeden Yargıtay da aynı görüşe katılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, gerekçesizlikten dolayı adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini kabul eden çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.

Üye
Burhan ÜSTÜN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/7800

Karar Tarihi: 18/6/2014

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	: Haşim KILIÇ
Başkanvekili	: Serruh KALELİ
Başkanvekili	: Alparslan ALTAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Osman Alifeyyaz PAKSÜT Zehra Ayla PERKTAŞ Recep KÖMÜRCÜ Burhan ÜSTÜN Engin YILDIRIM Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Erdal TERCAN Muammer TOPAL Zühtü ARSLAN M. Emin KUZ Hasan Tahsin GÖKCAN
Raportörler	: Serhat ALTINKÖK Yunus HEPER Recep ÜNAL Muharrem İlhan KOÇ Özcan ÖZBEY
1. Başvurucu	: Sencer BAŞAT
2. Başvurucu Vekili	: Aşkın ÖZTÜRK : Av. Kemal Nevzat GÜLEŞEN
3. Başvurucu	: Turgut KETKEN

4. Başvurucu Vekili : Yavuz KILIÇ
: Av. Kemal Nevzat GÜLEŞEN
5. Başvurucu : Ökkeş Alp KIRIKKANAT
: Ali Cengiz ŞİRİN
6. Başvurucu Vekili : Av. Ayfer UZUNIRMAK
: Bulut Ömer MİMİROĞLU
7. Başvurucu Vekili : Av. Kazım GÖZÜŞİRİN
: Bayram Ali TAVLAYAN
8. Başvurucu Vekili : Av. Mustafa BAŞAR ENGİN
: Korcan PULATSÜ
9. Başvurucu Vekili : Av. Ali Fahir KAYACAN
: Ziya GÜLER
10. Başvurucu Vekili : Av. Ali Fahir KAYACAN
: Rıdvan ULUGÜLER
11. Başvurucu Vekili : Av. Ali Fahir KAYACAN
: Beyazıt KARATAŞ
12. Başvurucu Vekili : Av. Ali Fahir KAYACAN
: Mehmet ELDEM
13. Başvurucu Vekili : Av. Ali Fahir KAYACAN
: Hüseyin ÇINAR
14. Başvurucu Vekili : Av. Ali Fahir KAYACAN
: Sefer KURNAZ
15. Başvurucu Vekili : Av. Ali Fahir KAYACAN
: Berna DÖNMEZ
16. Başvurucu Vekili : Av. Ali Fahir KAYACAN
: Mehmet Cem ÇAĞLAR
17. Başvurucu Vekili : Av. Ali Fahir KAYACAN
: Ali Deniz KUTLUK
18. Başvurucu Vekili : Av. Ayşe Gül HANYALOĞLU
: Mustafa Aydın GÜRÜL
19. Başvurucu Vekili : Av. Ayşe Gül HANYALOĞLU
: Hasan HOŞGİT
20. Başvurucu : Ahmet Sinan ERTUĞRUL
: Av. Günizi DİZDAR
21. Başvurucu Vekili : Fikret GÜNEŞ
22. Başvurucu : Taner BALKIŞ
23. Başvurucu : Mustafa KARASABUN
24. Başvurucu

- | | |
|----------------------|---|
| 25. Başvurucu Vekili | : Bülent KOCABABUÇ
: Av. Kemal Yener SARAÇOĞLU |
| 26. Başvurucu Vekili | : Osman KAYALAR
: Av. Kemal Yener SARAÇOĞLU |
| 27. Başvurucu Vekili | : Recep YILDIZ
: Av. Kemal Yener SARAÇOĞLU |
| 28. Başvurucu Vekili | : Alpar KARAAHMET
: Av. Kemal Yener SARAÇOĞLU |
| 29. Başvurucu Vekili | : Nihat ALTUNBULAK
: Av. Kemal Yener SARAÇOĞLU |
| 30. Başvurucu Vekili | : Hakan Mehmet KÖKTÜRK
: Av. Kemal Yener SARAÇOĞLU |
| 31. Başvurucu Vekili | : Ayhan ÜSTBAŞ
: Av. Kemal Yener SARAÇOĞLU |
| 32. Başvurucu Vekili | : Ali Semih ÇETİN
: Av. Şule EROL |
| 33. Başvurucu Vekili | : Cem Aziz ÇAKMAK
: Av. Şule EROL |
| 34. Başvurucu Vekili | : Faruk DOĞAN
: Av. Şule EROL |
| 35. Başvurucu Vekili | : Metin Yavuz YALÇIN
: Av. Şule EROL |
| 36. Başvurucu Vekili | : Ramazan Cem GÜRDENİZ
: Av. Şule EROL |
| 37. Başvurucu Vekili | : Soner POLAT
: Av. Şule EROL |
| 38. Başvurucu Vekili | : Fatih Uluç YEĞİN
: Av. Şule EROL |
| 39. Başvurucu Vekili | : Kürşad Güven ERTAŞ
: Av. Şule EROL |
| 40. Başvurucu Vekili | : Murat ÖZENALP
: Av. Şule EROL |
| 41. Başvurucu Vekili | : Utku ARSLAN
: Av. Şule EROL |
| 42. Başvurucu Vekili | : Hakan İsmail ÇELİKCAN
: Av. Şule EROL |
| 43. Başvurucu | : Nadir Hakan ERAYDIN |
| 44. Başvurucu | : İsmail TAŞ |

45. Başvurucu : Emin KÜÇÜKKILIÇ
: Ali TÜRKŞEN
46. Başvurucu Vekili : Av. İbrahim ŞAHİNKAYA
: Av. Şeref DEDE
47. Başvurucu Vekili : Tayfun DUMAN
: Av. Şeref DEDE
: İbrahim Koray ÖZYURT
48. Başvurucu Vekili : Av. İbrahim ŞAHİNKAYA
: Av. Şeref DEDE
49. Başvurucu Vekili : Muharrem Nuri ALACALI
: Av. Şeref DEDE
: Dora SUNGUNAY
50. Başvurucu Vekili : Av. İbrahim ŞAHİNKAYA
: Av. Şeref DEDE
51. Başvurucu Vekili : Şafak YÜREKLİ
: Av. İbrahim ŞAHİNKAYA
52. Başvurucu : İsmail TAYLAN
53. Başvurucu Vekili : Binali AYDOĞDU
: Av. Nihat Taner ÇATALSAKAL
54. Başvurucu Vekili : Oğuz TÜRKSOYU
: Av. Osman OĞUZHAN
55. Başvurucu Vekili : Cemal TEMİZÖZ
: Av. Ünsal AKTAŞ
56. Başvurucu Vekili : Uğur UZAL
: Av. Emiş Özgür ERYILMAZ
57. Başvurucu : Nuri Selçuk GÜNERİ
58. Başvurucu : Yusuf AFAT
59. Başvurucu : Celal Kerem EREN
60. Başvurucu : Berker Emre TOK
61. Başvurucu : Erhan KUBAT
62. Başvurucu Vekili : Ergin SAYGUN
: Av. Metin KAYAÇAĞLAYAN
63. Başvurucu Vekili : Kubilay AKTAŞ
: Av. Metin KAYAÇAĞLAYAN
64. Başvurucu Vekili : Armağan AKSAKAL
: Av. Levent TÜRKOĞLU
65. Başvurucu Vekili : Sinan TOPUZ
: Av. Ali ALTAY

- | | |
|----------------------|--|
| 66. Başvurucu Vekili | : Recep Rıfka DURUSOY
: Av. Deniz ATA |
| 67. Başvurucu | : Doğan TEMEL |
| 68. Başvurucu | : Mete DEMİRGİL |
| 69. Başvurucu Vekili | : Aşkın ÜREDİ
: Av. Rahile HORZUM |
| 70. Başvurucu Vekili | : Çetin DOĞAN
: Av. Hüseyin ERSÖZ
Ahmet YAVUZ |
| 71. Başvurucu Vekili | : Av. Duygun YARSUVAT
: Av. Mehmet Selim YAVUZ |
| 72. Başvurucu Vekili | : Mehmet OTUZBİROĞLU
: Av. Ahmet KÖKSAL |
| 73. Başvurucu Vekili | : Devrim REHBER
: Av. Abdullah KAYA |
| 74. Başvurucu Vekili | : Mustafa KOÇ
: Av. Abdullah KAYA |
| 75. Başvurucu Vekili | : Erdal AKYAZAN
: Av. Selda Uğur AKYAZAN |
| 76. Başvurucu Vekili | : Cenk HATUNOĞLU
: Av. Haluk PEKŞEN
: Namık SEVİNÇ |
| 77. Başvurucu Vekili | : Av. Haluk PEKŞEN |
| 78. Başvurucu Vekili | : Mustafa İLHAN
: Av. Haluk PEKŞEN |
| 79. Başvurucu Vekili | : Süleyman Namık KURŞUNCU
: Av. Haluk PEKŞEN |
| 80. Başvurucu Vekili | : Yalçın ERGÜL
: Av. Haluk PEKŞEN |
| 81. Başvurucu Vekili | : Mehmet ERKORKMAZ
: Av. Haluk PEKŞEN |
| 82. Başvurucu Vekili | : Hüseyin DİLAVER
: Av. Haluk PEKŞEN |
| 83. Başvurucu Vekili | : Şenol BÜYÜKÇAKIR
: Av. Haluk PEKŞEN |
| 84. Başvurucu | : Erhan ŞENSOY |
| 85. Başvurucu Vekili | : Bülent GÜNÇAL
: Av. Haluk PEKŞEN |

- | | |
|-----------------------|--------------------------|
| 86. Başvurucu Vekili | : Gürkan YILDIZ |
| | : Av. Haluk PEKŞEN |
| 87. Başvurucu Vekili | : Ayhan GÜMÜŞ |
| | : Av. Haluk PEKŞEN |
| 88. Başvurucu Vekili | : Ahmet ERDEM |
| | : Av. Haluk PEKŞEN |
| 89. Başvurucu Vekili | : Kubilay BALOĞLU |
| | : Av. Haluk PEKŞEN |
| 90. Başvurucu Vekili | : Atilla ÖZLER |
| | : Av. Haluk PEKŞEN |
| 91. Başvurucu Vekili | : Rasim ARSLAN |
| | : Av. Haluk PEKŞEN |
| 92. Başvurucu Vekili | : Çetin CAN |
| | : Av. Haluk PEKŞEN |
| 93. Başvurucu Vekili | : Turgut ATMAN |
| | : Av. Haluk PEKŞEN |
| 94. Başvurucu Vekili | : Cengiz KÖYLÜ |
| | : Av. Haluk PEKŞEN |
| 95. Başvurucu Vekili | : Yusuf Volkan YÜCEL |
| | : Av. Haluk PEKŞEN |
| 96. Başvurucu Vekili | : Necdet Tunç SÖZEN |
| | : Av. Haluk PEKŞEN |
| 97. Başvurucu Vekili | : Osman BAŞIBÜYÜK |
| | : Av. Haluk PEKŞEN |
| 98. Başvurucu Vekili | : Cahit Serdar GÖKGÖZ |
| | : Av. Serhad ZENGİNPEDÜK |
| 99. Başvurucu Vekili | : Halit Nejat AKGÜNER |
| | : Av. Refik Ali UÇARCI |
| 100. Başvurucu Vekili | : Dursun ÇİÇEK |
| | : Av. İrem ÇİÇEK |
| 101. Başvurucu | : Hayri GÜNER |
| 102. Başvurucu | : Ahmet Feyyaz ÖĞÜTCÜ |
| 103. Başvurucu | : Hüseyin HOŞGİT |
| 104. Başvurucu | : Ali Yasin TÜRKER |
| 105. Başvurucu | : Levent Kerim UÇA |
| 106. Başvurucu | : Bülent OLCAY |
| 107. Başvurucu | : Zafer Erdim İNAL |
| 108. Başvurucu | : Erdiñ ALTINER |

109. Başvurucu	: Mehmet Cem OKYAY
110. Başvurucu	: Mehmet Baybars KÜÇÜKATAY
111. Başvurucu	: Mustafa Erhan PAMUK
112. Başvurucu	: Ümit ÖZCAN
113. Başvurucu	: Engin BAYKAL
114. Başvurucu	: Lütfü SANCAR
115. Başvurucu	: Nuri ÜSTÜNER
116. Başvurucu	: Ahmet KÜÇÜKŞAHİN
117. Başvurucu	: Nuri Ali KARABABA
118. Başvurucu Vekili	: Haldun ERMİN
	: Av. Ali SEZENÖĞLU
119. Başvurucu Vekili	: Derya ÖN
	: Av. Haluk PEKŞEN
120. Başvurucu Vekili	: Mehmet AYGÜN
	: Av. Mete KUBİLAY
121. Başvurucu	Aykar TEKİN
122. Başvurucu Vekili	: Mustafa ÖNSEL
	: Av. Ziya KARA
123. Başvurucu Vekili	: Erdem Caner BENER
	: Av. Abdullah Alp ARSLANKURT
124. Başvurucu	: Engin KILIÇ
125. Başvurucu	: Refik Levent TEZCAN
126. Başvurucu	: Kemalettin YAKAR
127. Başvurucu	: Yaşar Barbaros BÜYÜKSAĞNAK
128. Başvurucu	: Kıvanç KIRMACI
129. Başvurucu	: Mustafa Haluk BAYBAŞ
130. Başvurucu	: Levent ÇEHRELİ
131. Başvurucu	: Ayhan Türker KOÇPINAR
132. Başvurucu	: Fahri Can YILDIRIM
133. Başvurucu	: Bahadır Mustafa KAYALI
134. Başvurucu	: Ertuğrul UÇAR
135. Başvurucu	: Mesut Zafer SARI
136. Başvurucu	: Ercan İRENÇİN

137. Başvurucu Vekili : İhsan BALABANLI
: Av. Ziya KARA
: Av. Ramazan BULUT
138. Başvurucu Vekili : Hanifi YILDIRIM
: Av. Ziya KARA
139. Başvurucu Vekili : Bekir MEMİŞ
: Av. Ramazan BULUT
140. Başvurucu Vekili : Kahraman DİKMEN
: Av. Mahir IŞIKAY
141. Başvurucu Vekili : Hüseyin TOPUZ
: Av. Mahir IŞIKAY
142. Başvurucu : Mehmet Cem KIZIL
143. Başvurucu Vekili : Taylan ÇAKIR
: Av. Hasan Adil ATABAY
144. Başvurucu : Hasan ÖZYURT
145. Başvurucu : Murat ÜNLÜ
146. Başvurucu : Hannan ŞAYAN
147. Başvurucu : Alpay ÇAKARCAN
148. Başvurucu : İbrahim Özdem KOÇER
149. Başvurucu : Mehmet Ferhat ÇOLPAN
150. Başvurucu : Aydın SEZENÖĞLÜ
151. Başvurucu Vekili : Aziz YILMAZ
: Av. Mahir IŞIKAY
152. Başvurucu : Rafet OKTAR
153. Başvurucu Vekili : Nail İLBAY
: Av. Mahir IŞIKAY
154. Başvurucu : Ahmet DİKMEN
155. Başvurucu : Ergün BALABAN
156. Başvurucu : Ayhan GEDİK
157. Başvurucu Vekili : Bülent TUNÇAY
: Av. Cengiz ERDOĞAN
158. Başvurucu : Önder ÇELEBİ
159. Başvurucu Vekili : Yusuf KELLELİ
: Av. Mahir IŞIKAY
160. Başvurucu : Servet BİLGİN

- | | |
|-----------------------|--------------------------|
| 161. Başvurucu Vekili | : Ali DEMİR |
| | : Av. Mahir IŞIKAY |
| 162. Başvurucu Vekili | : Hakan SARGIN |
| | : Av. Mahir IŞIKAY |
| 163. Başvurucu Vekili | : Erdiñç ATİK |
| | : Av. Mahir IŞIKAY |
| 164. Başvurucu Vekili | : Murat ÖZÇELİK |
| | : Av. Mahir IŞIKAY |
| 165. Başvurucu Vekili | : Ümit METİN |
| | : Av. Naim KARAKAYA |
| 166. Başvurucu Vekili | : Hüseyin ÖZÇOBAN |
| | : Av. Mahir IŞIKAY |
| 167. Başvurucu | : Mücahit ERAKYOL |
| 168. Başvurucu Vekili | : Salim Erkal BEKTAŞ |
| | : Av. İlkay SEZER |
| 169. Başvurucu Vekili | : Şükrü SARIİŞİK |
| | : Av. Osman TOPÇU |
| 170. Başvurucu Vekili | : Nejat BEK |
| | : Av. İlkay SEZER |
| 171. Başvurucu Vekili | : Bilgin BALANLI |
| | : Av. İlkay SEZER |
| 172. Başvurucu Vekili | : Meftun HIRACA |
| | : Av. Naim KARAKAYA |
| 173. Başvurucu Vekili | : Deniz CORA |
| | : Av. Naim KARAKAYA |
| 174. Başvurucu Vekili | : Engin ALAN |
| | : Av. Yakup AKYÜZ |
| 175. Başvurucu Vekili | : Serdar Okan KIRÇİÇEK |
| | : Av. İhsan Nuri TEZEL |
| | : Taner GÜL |
| 176. Başvurucu Vekili | : Av. Atakay BALA |
| | : Av. Şule EROL |
| | : Halil İbrahim FIRTINA |
| 177. Başvurucu Vekili | : Av. Hasan Fehmi DEMİR |
| | : Av. Kazım Yiğit AKALIN |
| 178. Başvurucu Vekili | : Osman Fevzi GÜNEŞ |
| | : Av. İlkay SEZER |
| 179. Başvurucu Vekili | : Turgay ERDAĞ |
| | : Av. İhsan Nuri TEZEL |

180. Başvurucu Vekili : Memiş Yüksel YALÇIN
: Av. İlkay SEZER
181. Başvurucu Vekili : Özden ÖRNEK
: Av. Turgay SARIAKÇALI
: Ayhan TAŞ
182. Başvurucu Vekili : Av. Hilal DEMİRELLİ
: Av. İlkay SEZER
183. Başvurucu Vekili : Mehmet Cenk DALKANAT
: Av. Turgay SARIAKÇALI
184. Başvurucu Vekili : Ramazan Kamüran GÖKSEL
: Av. Hüseyin Mitat TOMBAK
185. Başvurucu : Tuncay ÇAKAN
186. Başvurucu Vekili : Ali Sadi ÜNSAL
: Av. Hüseyin Mitat TOMBAK
: Behzat BALTA
187. Başvurucu Vekili :
: Av. Salim ŞEN
188. Başvurucu Vekili : Gürkan KOLDAŞ
: Av. Derya ERDOĞAN
189. Başvurucu Vekili : Mehmet Seyfettin ALEVCAN
: Av. İhsan Nuri TEZEL
190. Başvurucu : Kadri Sonay AKPOLAT
191. Başvurucu Vekili : Ahmet HACIOĞLU
: Av. Mustafa KARADENİZ
192. Başvurucu Vekili : Mehmet ÖRGEN
: Av. İhsan Nuri TEZEL
193. Başvurucu : Abdullah GAVREMOĞLU
194. Başvurucu Vekili : Ender GÜNGÖR
: Av. İhsan Nuri TEZEL
195. Başvurucu : Onur ULUOCAK
196. Başvurucu : Özgür Ecevit TAŞCI
197. Başvurucu Vekili : Murat SAKA
: Av. İhsan Nuri TEZEL
198. Başvurucu Vekili : Hakan BÜYÜK
: Av. Celal ÜLGİN
199. Başvurucu Vekili : Ahmet Bertan NOGAYLAROĞLU
: Av. Celal ÜLGİN

200. Başvurucu Vekili : Süha TANYERİ
: Av. Celal ÜLGEN
201. Başvurucu Vekili : Cemalettin BOZDAĞ
: Av. İhsan Nuri TEZEL
: Ahmet Zeki ÜÇÖK
202. Başvurucu Vekili : Av. Celal ÜLGEN
: Av. Serkan GÜNEL
203. Başvurucu Vekili : Mehmet Koray ERYAŞA
: Av. Murat ERGÜN
204. Başvurucu Vekili : Turgay YAMAÇ
: Av. Murat ERGÜN
205. Başvurucu Vekili : Abdullah Can ERENOĞLU
: Av. Murat ERGÜN
206. Başvurucu Vekili : Kadir SAĞDIÇ
: Av. Murat ERGÜN
207. Başvurucu Vekili : Mehmetfatih İLGAR
: Av. Murat ERGÜN
208. Başvurucu Vekili : Davut İsmet ÇINKI
: Av. Hasan Fehmi DEMİR
209. Başvurucu : Özer KARABULUT
210. Başvurucu Vekili : Nedim Güngör KURUBAŞ
: Av. Haluk PEKŞEN
211. Başvurucu Vekili : Mehmet Fikri KARADAĞ
: Av. Nevzat ÇETİN
212. Başvurucu Vekili : Yusuf Ziya TOKER
: Av. Yahya KOÇ
213. Başvurucu : Derya GÜNERGİN
214. Başvurucu Vekili : Hasan Fehmi CANAN
: Av. Ahmet KOÇ
215. Başvurucu Vekili : Mehmet Kaya VAROL
: Av. Muzaffer DEĞİRMENCİ
216. Başvurucu Vekili : Gürbüz KAYA
: Av. Ahmet KOÇ
217. Başvurucu Vekili : İzzet OCAK
: Av. Muammer KÜÇÜK
218. Başvurucu Vekili : Mustafa Korkut ÖZARSLAN
: Av. Mehmet Tolga AKALIN
219. Başvurucu : Haydar Mücahit ŞİŞLİOĞLU
220. Başvurucu : Yurdaer OLCAN

221. Başvurucu	: Halil KALKANLI
222. Başvurucu Vekili	: Suat AYTIN
	: Av. Muammer KÜÇÜK
223. Başvurucu	: Abdülkadir ERYILMAZ
224. Başvurucu Vekili	: Mehmet YOLERİ
	: Av. Eyyup Sabri GÜRSOY
225. Başvurucu	: Fahri Yavuz URAS
226. Başvurucu	: Faruk Oktay MEMİOĞLU
227. Başvurucu	: Ender KAHYA
228. Başvurucu Vekili	: Gürsel ÇAYPINAR
	: Av. Alp ÇAKMUT
229. Başvurucu Vekili	: Mehmet ULUTAŞ
	: Av. Durgut CAN
230. Başvurucu	: Mustafa ÇALIŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucular, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 147. maddesinde düzenlenen Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini Cebren Iskat veya Vazife Görmekten Men suçuna teşebbüsten İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinde yürütülen yargılama ve yargılama sonunda verilen mahkûmiyet kararı nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde koruma altına alınan adil yargılanma hakkı ile Anayasa'nın 19. maddesinde koruma altına alınan özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru dilekçeleri ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde Komisyonlara sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Komisyonlarca, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölümler tarafından yapılmasına, dosyaların Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir. 2013/7800 numaralı başvuruya ilişkin olarak Birinci Bölüm, 14/1/2014 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas hakkındaki incelemenin birlikte yapılmasına karar vermiştir. 2013/8282 numaralı başvuruya ilişkin olarak İkinci Bölüm, 7/1/2014 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas hakkındaki incelemenin birlikte yapılmasına karar vermiştir.

4. 2013/7800 ve 2013/8282 numaralı başvuruların konusu olay ve olgular Adalet Bakanlığına bildirilmiş, Adalet Bakanlığı başvuruya ilişkin görüşlerini

10/3/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüşler başvuruçulara bildirilmiş başvuruçular, Adalet Bakanlığının görüşüne karşı beyanlarını Anayasa Mahkemesine sunmuşlardır.

5. Bölümler, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 71. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca başvurular hakkında ivedilikle karar verilmesini gerekli görerek Bakanlık cevapları beklenilmeden incelenmesine ve başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanmasını gerekli gördüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca görüşülmek üzere Genel Kurula sevkine karar vermiştir.

6. Aşağıda numaraları belirtilen;

2013/7742, 2013/7743, 2013/7796, 2013/7801, 2013/7814, 2013/7818, 2013/7867, 2013/7878, 2013/7879, 2013/7880, 2013/7881, 2013/7882, 2013/7883, 2013/7884, 2013/7885, 2013/7886, 2013/7891, 2013/7892, 2013/7897, 2013/7914, 2013/7955, 2013/7956, 2013/7957, 2013/7972, 2013/7973, 2013/7974, 2013/7975, 2013/7976, 2013/7978, 2013/7980, 2013/7981, 2013/7982, 2013/7993, 2013/7995, 2013/7997, 2013/7999, 2013/8000, 2013/8001, 2013/8002, 2013/8003, 2013/8004, 2013/8005, 2013/8008, 2013/8009, 2013/8012, 2013/8014, 2013/8015, 2013/8016, 2013/8017, 2013/8018, 2013/8019, 2013/8020, 2013/8021, 2013/8022, 2013/8023, 2013/8024, 2013/8025, 2013/8026, 2013/8027, 2013/8050, 2013/8051, 2013/8052, 2013/8066, 2013/8067, 2013/8072, 2013/8076, 2013/8077, 2013/8078, 2013/8079, 2013/8080, 2013/8081, 2013/8082, 2013/8083, 2013/8084, 2013/8085, 2013/8086, 2013/8087, 2013/8088, 2013/8089, 2013/8092, 2013/8093, 2013/8094, 2013/8095, 2013/8096, 2013/8097, 2013/8099, 2013/8101, 2013/8103, 2013/8197, 2013/8198, 2013/8205, 2013/8206, 2013/8208, 2013/8209, 2013/8205, 2013/8206, 2013/8208, 2013/8209, 2013/8210, 2013/8211, 2013/8212, 2013/8213, 2013/8214, 2013/8215, 2013/8216, 2013/8217, 2013/8218, 2013/8219, 2013/8220, 2013/8221, 2013/8224, 2013/8225, 2013/8226, 2013/8227, 2013/8228, 2013/8229, 2013/8230, 2013/8231, 2013/8232, 2013/8233, 2013/8234, 2013/8235, 2013/8236, 2013/8237, 2013/8238, 2013/8239, 2013/8240, 2013/8241, 2013/8242, 2013/8243, 2013/8244, 2013/8245, 2013/8246, 2013/8247, 2013/8248, 2013/8249, 2013/8250, 2013/8251, 2013/8252, 2013/8253, 2013/8254, 2013/8257, 2013/8258, 2013/8259, 2013/8260, 2013/8261, 2013/8262, 2013/8263, 2013/8264, 2013/8265, 2013/8266, 2013/8267, 2013/8268, 2013/8269, 2013/8270, 2013/8271, 2013/8272, 2013/8273, 2013/8274, 2013/8275, 2013/8276, 2013/8277, 2013/8278, 2013/8279, 2013/8280, 2013/8281, 2013/8282, 2013/8283, 2013/8284, 2013/8285, 2013/8286, 2013/8287, 2013/8288, 2013/8289, 2013/8290, 2013/8291, 2013/8292, 2013/8293, 2013/8294, 2013/8295, 2013/8296, 2013/8297, 2013/8298, 2013/8299, 2013/8300, 2013/8301, 2013/8302, 2013/8303, 2013/8304, 2013/8305, 2013/8306, 2013/8307, 2013/8308, 2013/8309, 2013/8310, 2013/8311,

2013/8312, 2013/8313, 2013/8314, 2013/8315, 2013/8317, 2013/8327, 2013/8328, 2013/8340, 2013/8352, 2013/8375, 2013/8376, 2013/8377, 2013/8383, 2013/8401, 2013/8436, 2013/8439, 2013/8440, 2013/8441, 2013/8453, 2013/8468, 2013/8993, 2013/9109, 2014/188, 2014/263, 2014/1223, 2014/1335, 2014/2723, 2014/5035 sayılı başvuruların konu bakımından aynı nitelikte bulunmaları nedeniyle 2013/7800 sayılı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formlarında ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. 20-21 Ocak 2010 tarihlerinde ulusal yayın yapan günlük bir gazetede “*Fatih Camii Bombalanacaktı - İki Yüz Bin Kişiye Tutuklama*” başlıklı haberlerin yayınlanmasından sonra, haberi yapan gazeteci tarafından 21/1/2010 tarihinde habere dayanak teşkil eden 3 adet DVD ve 1 adet CD, 29/1/2010 tarihinde de 19 adet CD, 10 adet ses kaseti ve 2229 sayfalık belge İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmiştir.

9. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma kapsamında el konulan 11 nolu CD’de 1. Ordu, 2, 3, 5 ve 15. Kolordular, Donanma, Harp Akademileri, Bursa ve İstanbul Jandarma Bölge Komutanlıklarınca hazırlanan harekât ve tedhiş planları, listeler ile 2003 yılı plan seminerine ait bir kısım yazışmalar, 16 nolu CD’de Adalet ve Kalkınma Partisi Hükümetince yapılan bazı atamalar hakkında bilgiler, 17 nolu CD’de ise 11 nolu CD’de bulunan harekât ve tedhiş planlarının bulunduğu değerlendirilmiştir.

10. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 2/7/2010 tarih ve 2010/420 sayılı iddianamesiyle 196 sanık hakkında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 147, 61/1, 31, 33, 40. maddeleri kapsamında kamu davası açılmıştır. İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 23/7/2010 tarihli iddianamenin kabulü ve tensip kararı sonrası 16/12/2010 tarihli duruşmayla yargılama başlamıştır.

11. Yargılama sürecinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 16/6/2011 tarih ve 2011/288 sayılı iddianamesiyle 28 sanık hakkında, 11/11/2011 tarih ve 2011/554 sayılı iddianamesiyle 143 sanık hakkında Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini cebren ıskat veya vazife görmekten men etmeye teşebbüs suçundan açılan davalar, İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 2010/283 Esas sayılı dosyasında birleştirilmiştir. Üç ayrı iddianameyle açılan ve birleştirilen dava kapsamında 367 sanık hakkında yargılama yapılmıştır.

12. İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 21/9/2012 tarih ve E.2010/283,

K.2012/245 sayılı kararıyla, yargılanan 36 sanık hakkında beraat, başvuru-
ların da aralarında olduğu 325 sanık hakkında ise Türkiye Cumhuriyeti İcra
Vekilleri Heyetini cebren ıskat veya vazife görmekten men etmeye teşebbüs
suçundan 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 147. ve 61. maddeleri gereğince
mahkumiyet kararı verilmiştir.

13. Temyiz incelemesi sonunda, başvuru-
cuların da aralarında olduğu 237
sanık hakkındaki mahkûmiyet kararı Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 9/10/2013
tarih ve E.2013/9110, K.2013/12351 sayılı ilamıyla düzeltilerek onanmıştır. Ay-
rıca, 36 sanık hakkındaki beraat kararı onanmış, 88 sanık hakkındaki mahkû-
miyet kararı ise ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi veya beraat
kararı verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.

B. İlgili Hukuk

14. Mahkumiyet esas alınan suç tarihinde yürürlükte olan 1/3/1926 tarih ve
765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 147. maddesi şöyledir:

*“Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini cebren ıskat veya vazife görmek-
ten cebren menedenlerle bunları teşvik eyliyenlere ağırlaştırılmış müebbet ağır ha-
pis cezası hükmolunur.”*

15. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 171. maddesi şöyledir:

*125, 131, 133, 146, 147, 149 ve 156 ncı maddelerde yazılı cürümlerden birini
veya bazılarını hususi vasıtalarla işlemek üzere bir kaç kişi aralarında gizlice ittifak
ederlerse bunlardan her biri aşağıda yazılı cezaları görür.*

*1 - Yukarıdaki fıkrada yazılı ittifak 125, 131, 133 ve 156 ncı maddelerde yazılı
cürümlerin yapılmasına dair ise sekiz seneden on beş seneye kadar ağır hapis cezası
hükmolunur.*

*2 - Bu ittifak 146 ve 147 nci maddelerde gösterilen cürümlerin icrasına müteallik
ise dört seneden on iki seneye ve 149 uncu maddede gösterilen cürümlerin icrasına
aid ise üç seneden yedi seneye kadar ağır hapis cezası verilir.*

*Cürmün icrasına ve kanuni takibata başlanmazdan evvel bu ittifaktan çekilenler
ceza görmezler.”*

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

16. Mahkemenin 18/6/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru
dosyası incelenerek gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

17. Başvurucular,

i. Soruşturma ve kovuşturma boyunca tutuklu olarak tutulduklarını, adli

kontrol taleplerinin kalıplaşmış gerekçelerle ve sistematik olarak reddedildiğini ve bu sebeple Anayasa'nın 19. maddesinin ihlal edildiğini,

ii. Dijital deliller üzerinde yapılan bilirkişi incelemesinin yeterli olmadığını ve tekrarlanmasına ilişkin taleplerin reddedildiğini,

iii. Bilirkişi raporları arasındaki çelişkiler nedeniyle ortaya çıkan delillerin sıhhati konusundaki tereddütlere rağmen mahkûm edildiklerini,

iv. Kendilerine isnat edilen suçun işlenmesine anılan tarihte görevde olan Genelkurmay Başkanı ve Kara Kuvvetleri Komutanı tarafından engel olunduğunun kabul edilmesi nedeniyle bu kişilerin tanıklık yapmak üzere davet edilmeleri taleplerinin reddedildiğini,

v. Delillerin ortaya konulması ve tartışılması safhasının usulünce yerine getirilmediğini,

vi. Hükmün, sanık müdafileri olmaksızın verildiğini ve Cumhuriyet Savcısının esas hakkındaki mütalaasına karşı beyanda bulunmak üzere sanıklara yeterli süre verilmediğini,

vii. Duruşma salonunda uygulanan oturum düzeni ve duruşma sırasında yapılan ses kaydı nedeniyle başkaları tarafından duyulmadan avukatla iletişim kurarak müdafi yardımından yararlanamadıklarını,

viii. Hukuka aykırı olarak elde edilen, gerçek dışı delillere dayanılarak mahkûm edildiklerini,

ix. Soruşturma aşamasında tutuklama kararı veren hâkimlerin yargılamaya katılmaları nedeniyle mahkemenin tarafsızlığı ilkesinin ihlal edildiğini,

x. İlk Derece Mahkemenin görevli ve yetkili olmadığını,

xi. Duruşma salonunun konum itibarıyla uzaklığının, duruşma salonuna erişimin zorluğunun, girişte alınan güvenlik önlemlerinin, duruşmaların alelihiyetini ihlal ettiğini,

xii. Haklarında yeterli somut delil bulunmaksızın kolektif gerekçelere dayanılarak mahkûm edildiklerini, darbe planlarının sunulduğu plan seminerine katılmadıklarına veya o tarihlerde yurtdışında görevde olmak vb. engelleyici nedenlerinin olduğunu, dijital verilerin kendileri ile illiyet bağlarının ispatlanmadığını,

xiii. Derece mahkemesi kararının temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay'ca verilen düzeltilerek onama kararının gerekçesinin yeterli olmadığını,

xiv. Kendileriyle aynı durumda olan bir kısım şüpheliler hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı, bir kısmı sanıklar hakkında da beraat kararı

verildiğini, söz konusu plan seminerine katılmadıklarını, buna karşın dava konusu plan seminerine katılan, ortaya çıkan ses kayıtlarını kabul eden, dava konusu dijital verilerin üst veri yollarında isimleri olan ve bu şekilde eylemleri sabit görülerek mahkum edilen bir kısım sanıkların gerekçesiz olarak Yargıtay tarafından mahkumiyet hükümlerinin bozulduğunu,

xv. Sabit kabul edilen eylemlerinin yanlış vasıflandırıldığını, hazırlık hareketlerinin icra hareketi olarak değerlendirildiğini ve temel cezanın yanlış belirlendiğini,

xvi. Başvurucular tarafından alınan bilirkişi raporları ile başvuruçuların isteği üzerine dinlenen bilirkişi beyanlarının mahkûmiyet kararının dayanağı olan dijital delillerin manipülasyona açık olduğunu ortaya koymasına rağmen bu delillere dayanarak mahkûmiyet kararı verildiğini,

Belirterek, Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan eşitlik ilkesinin, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılama hakkının ve Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Tutuklulukla İlgili Şikâyetler

18. Soruşturma ve kovuşturma boyunca tutuklu olarak tutulduklarını, adli kontrol taleplerinin kalıplaşmış gerekçelerle reddedildiğini ve bu sebeple Anayasa'nın 19. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

19. 6216 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin (8) numaralı fıkrası şöyledir:

"Mahkeme, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler."

20. Bu hüküm gereğince Anayasa Mahkemesi, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler. Dolayısıyla Mahkeme'nin zaman bakımından yetkisi ancak bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvurularla sınırlıdır. Kamu düzenine ilişkin bu düzenleme karşısında, anılan tarihten önce kesinleşmiş nihai işlem ve kararları da içerecek şekilde yetki kapsamının genişletilmesi mümkün değildir (B. No: 2012/832, § 14, 12/2/2013).

21. Devam eden tutukluluğun hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda şikâyetlerin temel amacı, tutukluluğun hukuka aykırı olduğunun ya da devamını haklı kılan sebep veya sebeplerin bulunmadığının tespitidir. Bu tespit yapıldığı takdirde buna bağlı olarak ilgilinin tutukluluk

halinin devamına gerekçe olarak gösterilen hukuki sebeplerin varlığı sona erecek ve böylece kişinin serbest kalmasının yolu açılacaktır. Bu amaçla yapılan bir başvuruda, itiraz kanun yolunda çelişmeli yargılama ve/veya silahların eşitliği gibi ilkelere uygun olarak bir inceleme yapılıp yapılmadığı da dikkate alınacaktır. Dolayısıyla belirtilen nedenlerle ve serbest bırakılmayı temin edebilecek bir karar alma amacıyla yapılacak bireysel başvuruların, olağan kanun yolları tüketilmek şartıyla, tutukluluk hali devam ettiği sürece yapılabilmesi mümkündür (B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 30).

22. Ancak, başvurunun kabul edilebilir bulunabilmesi için ihlal iddiasına dayanak teşkil eden nihai işlem veya kararların 23/9/2012 tarihinden evvel kesinleşmemiş olmaları da gerekmektedir. Mahkemenin yargı yetkisine ilişkin bu tespitin bireysel başvuru incelemesinin her aşamasında yapılabilmesi mümkündür.

23. Somut olayda başvuru sahiplerinin mahkûmiyet kararının açıklandığı 21/9/2012 tarihinde tutukluluk halleri sona ermiştir. Buna göre tutuklulukla ilgili şikâyetlerin bir bütün olarak başvuru sahipleri hakkında hüküm verilmeden önceki dönemde kesinleşen kararlara ilişkin olduğu açıktır.

24. Başvuru sahiplerinin tutukluluk halleri davanın esasına ilişkin kararın açıklanmasıyla birlikte sona ermiş ve başvuru sahiplerine isnat olunan suç sabit görülerek cezalandırılmalarına hükmedilmiştir. Dolayısıyla, hükmen tutukluluğa itiraz incelemesinin 23/9/2012 tarihinden sonra gerçekleştirilmiş olmasının Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır (B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 35).

25. Açıklanan nedenlerle, başvuru sahiplerinin tutukluluğa ilişkin şikâyetlerine konu olan kararların Anayasa Mahkemesinin yetkisinin başladığı tarihten önce kesinleştiği anlaşıldığından, başvuruların bu kısmının “zaman bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Tanık Dinlenmesi Talepleri ve Dijital Delillerin Değerlendirilmesine İlişkin Şikâyetler

26. Açıkça dayanaktan yoksun olmayan ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de görülmeyen başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Dijital Delillerin Değerlendirilmesine İlişkin Şikâyetler

27. Başvuru sahiplerinin bu başlık altındaki şikâyetleri özetle şöyledir:

i. Bilirkişi raporları ile mahkûmiyet kararının dayanağı olan Eskişehir’de ele ge-

çirilen flaş bellek, Gölcük Donanma Komutanlığında ele geçirilen CD'ler ve hard-disklerin 2003 yılında oluşturulduğu iddia edildiği halde bu depolama araçlarında yer alan verilerin 2007 yılına ait bir program olan Microsoft Office 2007 programı ile yazılmış olmasının belgelerin sahteliğini kanıtladığı,

ii. Savunma tarafınca yurtiçi ve yurtdışındaki çeşitli üniversite ve bağımsız kuruluşlardan alınan bilirkişi raporlarının mahkûmiyet kararının temel dayanağı olan dijital verilerdeki manipülasyonları ortaya koyduğu ve dijital veriler üzerinde ikibine yakın çelişkiyi ortaya çıkardığı halde İlk Derece Mahkemesi ve Yargıtayca bu raporların dikkate alınmayarak dijital belgelerin ilk oluşturuldukları gibi orijinal olduğu şeklindeki TÜBİTAK raporuna dayandığı,

iii. Mahkeme tarafından itibar edildiği gerekçeli hükümde kabul ve ifade edilen TÜBİTAK görevlilerince düzenlenmiş raporlarda ve mahkemeye sunulan uzman raporlarında ortak görüş olarak ifade edilen; dijital bir verinin kullanıcı dosya yollarının, oluşturulma ve son kaydedilme tarihlerinin kolaylıkla değiştirilebileceği veya manipüle edilebileceği ya da eski tarihli olarak sonradan düzenlenebileceği gerçeği karşısında, bir gazeteci olan M.B. tarafından savcılığa teslim edilen 11, 16 ve 17 no.lu CD'ler içerisinde yer alan imzasız dijital verilerin, verilerde isimleri yazılı kişi veya sanıklar bakımından hukuka uygun şekilde elde edilmiş bir delil olarak kabul edilmesinin adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğu,

iv. Delil olarak ileri sürülen tüm dijital materyaller ile ilgili olarak kapsamlı bir bilirkişi incelemesi yaptırılması taleplerinin davaya bir katkı sağlamayacağı gerekçesiyle reddedilmiş olmasının savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olduğu, ileri sürülmüştür.

28. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

29. AİHM'nin "Adil yargılanma hakkı" başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"1. Herkes davasının, ... cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak, ... görülmesini isteme hakkına sahiptir."

30. Anayasa'daki hakların etkili bir biçimde korunması için, davaya bakan mahkemelerin Anayasa'nın 36. maddesine göre "tarafkların dayanaklarını, iddialarını ve delillerini etkili bir biçimde inceleme görevi" vardır (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Dulaurans/Fransa*, B. No: 34553/97, 21/3/2000, § 33). AİHM içtihatlarına göre bir mahkemenin davaya yaklaşımı, başvurucların

iddialarına yanıt vermekten ve başvuruçuların temel şikayetlerini incelemekten kaçınmalarına neden olması halinde Sözleşme'nin 6. maddesi davanın düzgün bir biçimde incelenmesi hakkı bakımından ihlal edilmiş olur (bkz. *Kuznetsov/Rusya*, B. No: 184/02, 11/4/2007, §§ 84-85).

31. Öte yandan mahkemelerin, başvuruçuların önemli bazı iddialarına yanıt vermemiş olması, kişinin iddialarının incelenmesi hakkının yanında, adil yargılanma hakkının önemli gerekliliklerinden biri olan mahkemelerin kararı gerekçelendirme yükümlülüğü ile de ilişkilidir. Zira bir muhakemede usule ilişkin koruma sağlayan adil yargılanma hakkının önemli unsurlarından biri olan gerekçeli karar hakkı da kişilerin adil bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamaktadır.

32. Nitekim Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında, Anayasa'nın, bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılmasını ifade eden 141. maddesinin, adil yargılanma hakkının kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir (bkz. B. No: 2013/3351, 18/9/2013, § 49).

33. Derece Mahkemeleri, kararların yapısı ve içeriği ile ilgili olarak geniş bir takdir yetkisine sahiptirler. Özellikle taraflarca ileri sürülen kanıtların kabulü ve değerlendirilmesi öncelikle derece mahkemelerinin görevidir (bkz. *Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda*, B. No: 21363/93, 21364/93, 21427/93 ve 22056/93, 23/4/1997, § 50). Bu nedenle, açıkça keyfi olmadıkça, belirli bir kanıt türünün kabul edilebilir olup olmadığına, değerlendirme şekline veya aslında başvuruçunun suçlu olup olmadığına karar vermek, Anayasa Mahkemesinin görevi değildir (benzer değerlendirmeler için bkz. *Garcia Ruiz /İspanya*, B.No. 30544/96, 21/1/1996, § 28).

34. Buna karşın mahkemeler, "kararlarını hangi temele dayandırdıklarını yeterince açık olarak belirtme" yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülük, tarafların temyiz hakkını kullanabilmeleri için gerekli olmasının yanı sıra (bkz. *Hadjianastassiou/Yunanistan*, B. No: 12945/87, 16/12/1992, § 33), tarafların, muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun bir biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve ayrıca demokratik bir toplumda, toplumun kendi adına verilen yargı kararlarının sebeplerini öğrenmelerinin sağlanması için de gereklidir.

35. Mahkemelerin bu yükümlülüğü, yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya, karar gerekçesinde ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılamaz (bkz. B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 26). Bu nedenle, bir kararda tam olarak hangi unsurların bulunması gerektiği, davanın niteliğine ve koşullarına bağlıdır. Bununla birlikte muhakeme sırasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması, başka bir deyişle davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bulunması

halinde, davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce makul bir gerekçe ile yanıt verilmesi gerekir.

36. Ayrıca, insan haklarına ilişkin güvencelerin soyut ve teorik olarak değil, uygulamada ve etkili bir şekilde sağlanması gerekir. Buna göre, mahkemele-
rin ileri sürülen iddia ve savunmalara şeklen cevap vermiş olmaları yeterli ol-
mayıp, iddia ve savunmalara verilen cevapların dayanaksız olmaması, man-
tıklı ve tutarlı olması da gerekir. Diğer bir ifadeyle mahkemelerce belirtilen
gerekçeler, davanın şartları dikkate alındığında makul olmalıdır.

37. Makul gerekçe, davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelen-
dirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere da-
yandırıldığını ortaya koyacak, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlan-
tayı gösterecek nitelikte olmalıdır (bkz. B. No: 2013/1235, 13/6/2013, § 24). Ge-
rekçelendirme, davanın sonucuna etkili olay, olgu ve argümanları açıklamak
yükümlülüğü olmakla birlikte, bu şekildeki gerekçelendirmenin mutlaka de-
taylı olması şart değildir. Ancak gerekçelendirmenin, iddia ve savunmadan
birinin diğerine üstün tutulma sebebinin ve bu kapsamda davanın tarafların-
ca gösterilen delillerden karara dayanak olarak alınanların mahkemelerce ka-
bul edilme ve diğerlerinin reddedilmesi hususunda, makul dayanakları olan
bir bilgilendirmeyi sağlayacak ölçü ve özene sahip olması gerekmektedir.

38. Zira bir davada tarafların, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya
haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri için usulüne uygun şe-
kilde oluşturulmuş, hükmün içerik ve kapsamı ile bu hükme varılırken mah-
kemenin neleri dikkate aldığı ya da almadığını gösteren, ifadeleri özenle
seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve
buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması “gerekçeli karar hakkı” yönünden
zorunludur.

39. Aksi bir tutumla, mahkemenin, davanın sonucuna etkili olduğunu ka-
bul ettiği bir husus hakkında “ilgili ve yeterli bir yanıt” vermemesi veya yanıt
verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddiaların cevapsız bırakılmış ol-
ması bir hak ihlaline neden olabilecektir.

40. Başvurucular somut davada, bir gazeteci tarafından Cumhuriyet Savcılı-
ğına teslim edilen 11, 16 ve 17 nolu CD’ler ile Gölcük Donanma Komutanlığın-
da bulunan 5 nolu harddisk ve Eskişehir’de bir sanığın evinde bulunan flash
bellekte yer alan dijital verilerin sahte olarak oluşturulduklarını, bu verilerde
pek çok manipülasyon yapıldığını, savunma tarafınca yurtiçi ve yurtdışında-
ki çeşitli üniversite ve bağımsız kuruluşlardan alınan bilirkişi raporlarında
mahkûmiyet kararının temel dayanağı olan dijital verilerdeki manipülasyon-
ların ortaya konulduğunu ve dijital veriler üzerinde ikibine yakın çelişkinin
ortaya çıkartıldığını, buna rağmen İlk Derece Mahkemesi ve Yargıtayın bu

raporları dikkate almadığını ve dikkate almama nedenlerinin makul bir gerekçeyle izah etmediklerini ileri sürmüşlerdir.

41. Başvurucuların, esas olarak sanıklardan elde edilmemiş, Türk Silahlı Kuvvetlerinde bulunan bir bilgisayarda hazırlandığı kanıtlanamamış, zaman, mekan ve muhteva çelişkileri bulunan ve bu sebeple esas itibarıyla sahte olarak oluşturulmuş dijital belgelere dayanarak suçlandıkları yolundaki savunmalarına karşı Mahkemenin aşağıda özetlenen gerekçelerinin makul, başka bir deyişle yeterince açık ve yeterli olup olmadığının tespiti için başvurucular tarafından sunulan bilirkişi raporları ve uzman mütalaalarının denetlenebilir, makul yanıtının verilmesi gerekir (bkz. *gerekçeli karar*, s.874-904).

42. Özet olarak İlk Derece Mahkemesi, elde edilen dijital belgelere ilişkin olarak hazırlanan bilirkişi raporlarından yalnızca Cumhuriyet savcılığınca soruşturma aşamasında TUBİTAK uzmanlarınca hazırlanan bilirkişi raporu ile arama ve el koyma tedbirleri sırasında ele geçirilen delillerin tespitine yönelik üç raporu hükme esas almış, başvurucular tarafından alınmış olan bilirkişi raporları ile duruşmada dinlenen uzman mütalaalarının hiçbirine itibar etmemiştir. Mahkeme, başvurucular tarafından sunulan tüm rapor ve mütalaaların özünün dijital veriler üzerinde değişiklik yapıldığına ilişkin olduğunu, kendisinin de bu değişiklik işlemini zaten kabul ettiğini, rapor ve uzman mütalaalarının bunun dışındaki kısımlarında ise *“dijital verilerin delil olamayacağı yönünde ve adeta sanık müdafii gibi ayrıntılı tespitlerde bulunmuş ve tüm çabaları ile bu delilleri çürütmeye çalışmış”* olmaları nedeniyle bu bilirkişi raporları ve uzman mütalaalarının hükme esas alınamayacağını belirtmiştir.

43. İlk Derece Mahkemesi, başvurucular tarafından sunulan rapor ve mütalalara rağmen dijital verileri hükme esas alma nedenini şu hususlara dayandırmıştır (bkz. *gerekçeli karar*, s.1036-1044)

Mahkeme;

a. Üç ayrı yerden elde edilen dijital delillerin birbirlerini doğrular içeriklere sahip olduğu;

b. Belgelerde zaman çelişkilerinin bulunduğu ve 2003 yılından sonraki tarihlerdeki olaylara ilişkin bilgilerin olduğu doğru ise de 2003 yılından sonra oluşturulmuş olan belgelerin Balyoz Harekat Planı, Eylem Planları ve ses kayıtlarında yer alan bilgilerin güncelleneceği yönündeki talimatların yerine getirilmesinden ibaret olduğu ve 2003 yılından sonra da plan, bilgi ve listelerin güncelleştirildiği;

c. Balyoz Planında yazışma kurallarına riayet edilmediği, evraklarda imla hataları ile askeri yazışma ilkelerine aykırılıklar bulunduğu, bu nedenle de Balyoz Harekat Planının sahte olduğu iddiasına karşın insan unsurunun bu-

lunduğu her yerde yazım hatası ya da imla yanlışlıklarının olabileceği, hukuk dışı bir yapılanma içerisinde yazışmaların bir düzen ve intizam içerisinde olmasının, askeri yazışma ilkelerinin geçerli olmasının beklenemeyeceği;

d. Balyoz Harekat Planı kapsamındaki cunta yapılanmasının elinde bulunan dijital belgelerin veri yollarında, yazar bilgilerinde uygunsuzluk olmasının, dijital verilerin delil olma niteliğini tek başına ortadan kaldırmayacağı, sanıkların birçok konuyu öngördükleri ve bu kapsamda mevzuat çalışmaları yaptıkları, hata kod tabloları ve ihtimalat planları hazırladıkları, gerek sanıkların belgelerin oluşturulma aşamasında gerekse sanıkların ve cunta yapılanmalarının güncellenmesi çalışmalarında dijital verilerde bugünkü savunmaların temelini oluşturabilmek amacıyla birçok çelişkinin yakalanmaları halinde kullanılmak üzere bizzat sanıklar tarafından bilerek yapılmış olma ihtimalinin bulunduğu;

e. Davanın esasını oluşturan CD'lerin 2007-2008 yıllarına kadar plan odasında kaldığı ve daha sonra bir şekilde buradan çıkartıldığı sabit olmakla birlikte plan odasının herkesin girip çıkmasına açık, kontrolünün zayıf bir yer olduğu;

f. Dijital belgelerden bazıları 2007 yılına ait Microsoft Office programı ile yazılmış olmakla birlikte, Microsoft Office'in önceki versiyonları kullanılmak suretiyle bir veri hazırlandıktan sonra, hazırlanan verinin yeni tarihli bir program ile açılmaya çalışıldığında bilgisayarın eski tarihli veriyi sanki açılma tarihindeki yeni versiyonu ile yazılmış gibi dönüştürerek açabileceği, bu nedenle de somut olarak 2003 yılında yazılmış olan bir word belgesinin 2007 yılında yeni versiyon yüklü bir bilgisayarda açıldığında bu 2003 tarihinde yazılmış olan belgenin sanki 2007 yılında hazırlanmış ve yazılmış gibi görünebileceği;

g. 2003 yılında tanzim edildiği iddia edilen keşif ve plan krokilerindeki sokak isimlerinden bazılarının resmi olarak 2007 yılından sonra verilmesi nedeniyle krokilerin, sokaklara resmi olarak bu isimler verildikten sonra çizildiği iddia edilmiş ise de bu sokakların isimlerinin halk arasında, açık kaynaklarda da görüleceği üzere, değişiklikten önceki isimleriyle 40-50 yıldır kullanıldığı;

h. 2005-2006 yıllarında fiilen Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesine katılan bir geminin adının 2003 yılında hazırlanan bir CD içerisinde olmasının CD'nin sahteliğine işaret ettiği ileri sürülmüş ise de, bir geminin isminin inşa ve satın alma sözleşmesinin kesinleşmesine müteakip verilmiş olabileceği;

1. Sanıkların, kendilerince hazırlanan bir darbe çalışmasında şu veya bu şekilde, bilerek veya bilmeyerek yaptıkları yanlışlar ve çelişkilerin, tüm dosya göz önüne alındığında teşebbüs edilen darbe suçunun sübutunu etkilemeye-

ceği;

şeklinde açıklamalarda bulunmuştur.

44. İlk Derece Mahkemesinin gerekçesinde rapor ve mütalaalarda ileri sürülen görüşleri yeterince açık olarak değerlendirme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini tespit edebilmek için başvurucular tarafından sunulan rapor ve mütalaaların özünün kavranması gerekir.

45. Gerek iddia makamı ve gerekse savunma makamı tarafından sunulan rapor ve mütalaalarda mahkumiyet kararının dayanağı olan 11, 16 ve 17 no'lu CD'lerdeki dokümanlarda, 5 no'lu harddiskte ve flash bellekte yer alan dokümanların kolayca kurgulanma veya bu tür veriler üzerinde kolayca manipülasyon yapılma ihtimali bulunduğu, bu dijital verilerin, bir gerçekliği kesin olarak temsil ettiğinin söylenemeyeceği ifade edilmiştir. Nitekim İlk Derece Mahkemesi de bu sebeple kararını yalnızca dijital verilere dayandırmadığını başka delillerle birlikte başvurucuların mahkûmiyetlerine karar verdiğini belirtmiştir.

46. İlk Derece Mahkemesine sunulan bilirkişi raporlarında, 17 no'lu CD'nin 04/03/2003 tarihinde saat 23:52:02'de, 11 no'lu CD'nin 05/03/2003 tarihinde saat 23:50:42'de, 16 no'lu CD'nin ise 14/10/2003 tarihinde saat 12:14:34'de oluşturulduğu görülmektedir. Aynı raporlarda, CD'lerde yer alan dosyaların oluşturma ve son kaydetme tarihleri CD'lerin yazdırıldığı tarih olan 04/03/2003, 05/03/2003 ve 14/10/2003 tarihinden önceye ait olmakla birlikte pek çok belgenin aslında bu tarihlerden sonra üretildiği, 2003 yılı sonrasına ait programların kullanıldığı veya belge içeriklerinde 2003 yılı sonrasına ait bilgilerin yer aldığı tespit edilmiştir. Bu tespitler üzerine bilirkişiler, söz konusu belgelerin bir defada, sistem saati güncel olmayan bir bilgisayarda CD'lere yazdırıldığı görüşünü bildirmişlerdir. İlk Derece Mahkemesi, 2003 yılından sonra oluşturulmuş belgelerin plan, bilgi ve listelerin güncelleştirildiğini gösterdiğini kabul etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, 2003 yılı sonrası "güncelleştirilmiş" olarak kabul ettiği belgelerin, nasıl olup da CD'lerin yazdırılma tarihlerinden önceki tarihleri gösterdiğini cevaplamamıştır.

47. İlk derece Mahkemesinin kararında dayanak aldığı İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca görevlendirilen Emniyet Müdürlüğü uzmanlarınca hazırlanan bilirkişi raporunda (*gerekçeli karar*, s.887); 11 nolu CD'nin oluşturulma tarihi ve saati "05/03/2003, 23:50:42" olduğu, CD içerisinde 68 adet klasör içerisinde toplam 287 adet dosya bulunduğu ve tüm dosyaların "08.04.1996 16:39:44" ile "04.03.2003 13:01" tarihleri arasında oluşturulduğu, bu noktadan hareketle bütün dosyaların oluşturulma tarihlerinin CD'nin oluşturulma tarihinden önce olduğu ve son düzenlenme tarihi en geç olan dosyanın, "04.03.2003, 22:07" tarihinde düzenlenen "EK-M LAHİKA-İ BİRLEŞTİRİLMİŞ

LİSTE.doc" isimli MS Word dosyası olduğu, bu dosyanın son düzenlenme tarihinin de yine CD'nin oluşturulma tarihinden önce olduğu belirtilmiştir.

48. Mahkeme, bu çelişkilerin bizzat sanıklarca daha sonra yargılanma ihtimallerine karşın bilinçli olarak oluşturulmuş olabileceği ihtimalini kararına gerekçe yapmış ve ayrıca bu tür belgelerin mahkûmiyet kararının dayandığı belgeler olmadığı, sayıca fazla olmadığı ve kararın sonucunu etkileyecek nitelikte olmadıklarını belirtmiştir.

49. Mahkemenin bu gerekçesine karşın, Mahkemenin itibar etmediği 1. Ordu Komutanlığı Askeri Savcılığı tarafından görevlendirilen bilirkişi heyetince hazırlanan 28/06/2010 tarihli raporda (*gerekçeli karar*, s.888) esaslı belgelerden biri olan "*BALYOZ Güvenlik Harekat Planı*" olarak adlandırılan dokümanın en son kaydedilme tarihi olarak görülen 02/12/2002 tarihinden sonraki tarihlerde oluşturulan ve rapor ekinde gösterilen belgelerden, takdimlerden ve konuşma metinlerinden alıntıların Doküman Metni içerisinde yer aldığı, 2006 yılında kurulan bir Sivil Toplum Kuruluşunun adının doküman metninde geçtiği gösterilmiştir. Bir başka önemli belge olan "*milli mutabakat hükümeti programı*" adlı dokümanın ise en son kaydetme tarihi olarak görülen 03/03/2003 tarihinden sonra, Bağımsız Türkiye Partisi Genel Başkanı tarafından 27/11/2005 tarihinde yapılan bir Uluslararası Milli Ekonomi Modeli Kongresi Kapanış Konuşma metninden 25 paragraftan alıntıları içerdiği ve bu durumun ise dokümanın 2005 yılından sonra oluşturulduğunu gösterdiği belirtilmiştir.

50. Yıldız Teknik Üniversitesi Bilgisayar Mühendisliği Fakültesi Öğretim Üyeleri Prof. Dr. A. Coşkun Sönmez ve Dr. Ö. Özgür Bozkurt'tan alınan 28/03/2011 tarihli uzman mütalaasında, 11, 16 ve 17 no'lu CD'lerde toplam 80 adet dosyanın, CD'lerin hazırlanma tarihinden sonraki yıllarda kullanıma sunulan programlarla hazırlandığı veya CD'lerin hazırlandığı tarihlerde bulunmayan olanaklar içerdiği gösterilmiştir.

51. Ayrıca Arsenal Consulting isimli firmadan alınan raporlarda (*gerekçeli karar*, s.896 vd), 11 ve 17 numaralı CD'lerde bulunan en az 76 dokümanın tarih ve zamanlarında çelişki bulunduğu saptanmıştır. Arsenal'e göre son kayıtlarının yapılmasının akabinde 2003 yılında CD'ye kaydedilmiş gibi görünen dokümanların Microsoft Office 2007 programından önce mevcut olmayan XML şemalarına ve Calibri yazı karakterlerine referanslar taşıması mümkün değildir ve 11 ve 17 numaralı CD'lerin oluşturulma tarihi, en erken 2006 ortası olabilir. Arsenal, Gölcük'ten elde edilen 5 no'lu Samsung marka sabit diske, tarihi geriye çekilmiş (en az) 120 dosya ve klasörün kopyalandığını belirtmiştir. Arsenal'in DATA MFT'de tespit ettiği tarih ve zaman aykırılıklarından biri, Samsung Sabit Disk'e en son yazılan 120 dosya ve klasörün, 8 Nisan

2004 'de oluşturulmuş gibi görünmesidir. Arsenal'e göre bu husus, Samsung sabit diski 28 Temmuz 2009 'a kadar kullanımda olduğu için mümkün değildir. Arsenal ayrıca Gölcük'ten elde edilen 1 nolu CD'de bulunan en az 65 dokümanın tarih ve zamanlarında çelişki bulunduğu sonucuna da varmıştır. Arsenal'e göre son kayıtlarının yapılmasının akabinde 2003'de 1 nolu CD'ye kaydedilmiş gibi görünen dokümanların Microsoft Office 2007 programından önce mevcut olmayan ClearType yazı karakterlerine ve XML şemalarına referanslar taşıması mümkün değildir. Gölcük 1 nolu CD, en erken 2006 yılı ortasında oluşturulmuş olabilir.

52. Yukarıdakine benzer zaman ve içerik çelişkileri Uzman kişi Tevfik Koraş Peksayar ve Uzman kişi Türker Gülüm'ün (*gerekçeli karar*, s.898) rapor ve mütalaalarında da tekrar edilmektedir. Mahkeme, bu rapor ve mütalaaların hiçbirini hükme esas almadır.

53. İlk Derece Mahkemesi 2003 yılında oluşturulmuş CD'lerde daha sonraki yıllara ait dokümanların bulunmasını şu şekilde özetlemiştir:

"Mevcut dijitalerde yer alan belgelerin 5-7 Mart 2003 1. Ordu Plan Seminerinden önce oluşturuldukları, belgelerin yazılı ve ıslak imzalı olarak ilgili birimlere ulaştırıldığı, bu belgelerden sanık Yüksel Gürcaan imzalı olan bir tanesinin ele geçirildiği, daha sonraki tarihlerde belgeler üzerinde güncellemeler yapıldığı, bir kısmının oluşturma tarihlerinin değiştirildiği bu şekilde belgelerin ele geçme ihtimaline karşı mevcut çelişkiler ortaya atılarak savunma imkanı hazırlanılmaya çalışıldığı, diğer yandan da Ağustos 2003 tarihinden sonra devam eden cunta yapılanmalarının bu belgeleri kullanılmaya hazır halde tuttıkları anlaşılmaktadır." (*gerekçeli karar*, s.1044)

54. İlk Derece Mahkemesi, dijital verilerdeki çelişkileri ve bazı belgelerin CD'lerin kaydedilme tarihinden sonra üretilmiş olabileceğini kabul etmektedir. Buna karşın Mahkeme verilerin uzun süre sanıkların ve dava dışı kişilerin elinde bulunması sırasında zaman ve içerik çelişkileri bulunan belgelerin ilerde yeni bir darbe yapmak amacıyla kısmen veya tamamen güncellenmiş olma ihtimalini de dışlamamaktadır. Bazı belgelerin CD'lerin oluşturulma tarihinden sonra yaratılmış veya güncellenmiş olabileceğini kabul eden Mahkeme, bu belgelerin CD'lerin oluşturma tarihinden önceki tarihlerde oluşturulmuş gibi görünmesine ilişkin var olan zaman çelişkilerini, söz konusu çelişkilerin sanıklarca bilinçli olarak yapılmış olabileceği ihtimali ile açıklamıştır.

55. Mahkumiyet kararının dayanağını oluşturma nedeniyle, söz konusu CD'lerin sistem saati güncel olmayan bir bilgisayarda 2003 yılından sonra ve muhtemelen 2007 yılından sonraki bir tarihte oluşturulduğu kabul edilse bile CD'lerin oluşturulduğu tarihe kadar sanıkların ya da dava dışı bazı kimselelerin elinde bulunan ve Mahkemenin kabulüne göre güncellenen bir kısım dokümanın oluşturulma tarihinin hangi surette CD'lerin oluşturulduğu tarihten

önce üretildiği hususunun, Mahkemece şüpheyi yer bırakmayacak ve ikna edici bir şekilde açıklanması gerekmektedir.

56. İlk Derece Mahkemesinin güncelleme varsayımına karşı başvuruclar tarafından ileri sürülen önemli bir iddia da davaya konu belgelerin üstveri bilgilerinde güncelleme yapıldığının görülmediğidir. İlk Derece Mahkemesine sunulan bilirkişi raporları ve uzman mütalaalarına göre (örneğin Prof. Dr. Ahmet Coşkun Sönmez'in mütalaası) 2003 yılında yazılmış olan bir belgenin 2007 yılında üretilmiş bir programla açılması tabiidir. Ancak bu durumun belgenin üstveri bilgilerine muhakkak kaydedildiği ancak dava konusu belgelerde bunun görülmediği iddia edilmiştir. Başka bir deyişle başvuruclar, derece mahkemelerinde *"2003 yılında üretilmiş ve 2007 yılına ait bir yazılım ile açılmış"* bir belge ile *"2007 yılında üretilmiş belgenin"* farklı olduğunu, 2003 yılında üretilmiş bir belge 2007 yılına ait bir yazılım ile açıldığında söz konusu belgenin özgün halinin de 2007 yılına ait hale gelmeyeceğini ileri sürmüş ve bilirkişi raporu ve uzman mütalaaları ile sunmuş iseler de derece mahkemeleri bu rapor ve mütalaalar hakkında bir açıklamada bulunmamışlardır.

57. Öte yandan davanın temelini teşkil eden CD'lerden 11 ve 17 numaralı CD'ler üzerinde yazılmış alan ve sanık Süha Tanyeri'nin eli ürünüymüş izlenimi uyandıran *"Or.K.na"* ve *"K.Özel"* şeklindeki el yazılarının bir insan eli ürünü değil de bir yazı makinesi tarafından yazıldığını gösteren Amerikan Forensic Laboratory isimli firmanın bilirkişi raporuna ve İstanbul Adli Tıp uzmanlarından Dr. Jale Bafra'nın uzman mütalaasına da değinilmemiştir. Söz konusu rapor ve mütalaa, 2/5/2011 tarihli duruşmada tartışılmış olmasına ve CD'ler üzerindeki yazıların sanık Süha Tanyeri'nin davaya konu 1. Ordu Plan Semineri sırasında tuttuğu el yazısından kopyalandığı iddia olunmasına rağmen, İlk Derece Mahkemesi ve Yargıtay tarafından bu hususta bir açıklama yapılmamıştır.

58. Tarafsızlığı, keyfiliği, denetimden kaçmayı ve perdelemeyi önlemek için mahkemeler, kararın verilmesine neden olan temelleri yeterince açık olarak belirtmekle yükümlüdürler. Mahkemelerin yargılama süresince kendilerine iletilen her iddia ve talebi gözetme zorunda olmadıkları biçimindeki serbesti, kararın verilmesine neden olan temellere asgari açıklıkta değinilmesi görevini ortadan kaldıracak şekilde yorumlanamaz.

59. Bireysel başvuru yolunda derece mahkemelerinin gerekçelerinin niteliği, ancak açık bir keyfilik veya takdir hatası oluşturduğu ya da makul ve ikna edici açıklamalar içeren bir gerekçe gösterilmediği, iddia olunan eylem ile hüküm arasında *"uygun illiyet bağı"* kurulmadığı durumlarda denetlenebilir. Derece mahkemesi kararlarının, adalet gereksinimini giderecek ölçü ve nitelikte yeterli gerekçe ile açıklanıp açıklanmadığı hususları, adil yargılanma

hakkının ihlali iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesince yapılacak denetimin kapsamında yer almaktadır.

60. Somut başvuruda, İlk Derece Mahkemesinin hükme esas aldığı, bir gazeteci tarafından Cumhuriyet Savcılığına teslim edilen 11, 16 ve 17 nolu CD'ler ile Gölcük Donanma Komutanlığında bulunan 5 nolu harddisk ve Eskişehir'de bir sanığın evinde bulunan flash bellekte yer alan ve başvuru- ların Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini Cebren Iskat veya Vazife Görmekten Men Etmek suçuna teşebbüs ettiklerini ispatladığı kabul edilen dijital dokümanların güvenilirliğine ilişkin iddialar ileri sürülmüş, savun- malarda bulunulmuştur. İlk Derece Mahkemesi bu çelişkilerin varlığını ka- bul etmiş, bir kısım zaman çelişkilerinin dava konusu belgelerin sanıklarca güncellenmiş olması nedeniyle oluşmuş olabileceği ihtimaline, bir kısmının bizzat sanıklarca daha sonra yargılanma ihtimallerine karşın bilinçli olarak oluşturulmuş olabileceği ihtimaline dayandırmış ve bu tür belgelerin mahkû- miyet kararının dayandığı belgeler olmadığı, sayıca fazla olmadığı ve kararın sonucunu etkileyecek nitelikte olmadıklarını belirtmiştir. Buna karşın, Ameri- kan Forensic Laboratory isimli firmanın bilirkişi raporu örneğinde olduğu gibi davanın esasını etkileyecek bazı savunma delillerine ise gerekçeli kararda hiç değinilmemiş, bazı raporlara neden itibar edilmediğine ilişkin bir açıklamaya da yer verilmemiştir.

61. Savunmaların dayanağını oluşturan ve dijital verilerin güvenilirliğine ilişkin ciddi kuşklar uyanmasına neden olan bilirkişi raporları ve uzman mütalaaları gözetildiğinde, önemli ölçüde, dijital veri ve içeriklerine dayanan İlk Derece Mahkemesince verilen kararın gerekçesi, adalet gereksinimini gi- derecek ölçü ve nitelikte, yeterli ve makul olarak değerlendirilemez. Bu se- beple *"gerekçeli karar hakkı"* ihlal edilmiştir.

62. İlk Derece Mahkemesince, başvuru- cular tarafından mahkemeye sunu- lan rapor ve uzman mütalaalarının hükme esas almaması gerekçesi olarak, söz konusu rapor ve mütalaalarda Mahkemenin yerine geçerek delil değ- erlendirmesi yapılması hususu gösterilmiştir. Mahkemeye göre bu rapor ve beyanlarda *"dijital verilerin delil olamayacağı yönünde ve adeta sanık müdafii gibi ayrıntılı tespitlerde"* bulunulmuş ve uzman kişiler *"tüm çabaları ile bu delilleri çürütmeye çalışmışlardır"*. Mahkeme, 5271 sayılı Kanun'un 67. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve bilirkişilerin raporlarında, hâkim tarafından yapılması gereken hukuki değerlendirmede bulunamayacağına ilişkin hük- mü hatırlatmış ve başvuru- cular tarafından sunulan rapor ve mütalaaların *"bilimsel tespitlerde bulunup değerlendirmeyi Mahkemeye bırakması gerekirken bu yönde bir çaba içerisine girmeleri de tarafsız olmadıkları yönünde"* kanaat oluşturu- duğu belirtilmiştir. İlk Derece Mahkemesince verilen kararda, *"Mahkemenin*

yerine geçerek delil değerlendirmesi niteliği taşıyan bu yetersiz ve tarafsızlıktan uzak bir yöntemle hazırlanmış bilirkişi raporlarına itibar edilmemiş, Mahkememizin hukuki bilgisi kapsamında yapacağı değerlendirme de yeni bir bilirkişi görüşüne ihtiyac bulunmadığından tekrar bilirkişi incelemesi yaptırılmamıştır” (gerekçeli karar, s.1043-1044) demiştir. Başka bir deyişle İlk Derece Mahkemesi, bilirkişi rapor ve mütalaalarında bulunan hukuki değerlendirmelerin bu rapor ve mütalaaları hazırlayanların tarafsız olmadıklarını gösterdiğini belirterek başvuru-lar tarafından sunulan hiçbir rapor ve mütalaaya itibar etmemiştir.

63. İlk Derece Mahkemesi, bilirkişi rapor ve uzman mütalaalarında bulunan ve hakim tarafından yapılması gereken hukuki değerlendirmelerin neler olduğunu belirtmemiş, sunulan rapor ve mütalaaların oldukça karmaşık teknik sorunların ele alındığı teknik bilgi içeren kısımlarına da hangi sebeple itibar edilmediğini kararında göstermemiştir.

64. İlk Derece Mahkemesi yukarıda gösterildiği gibi, yeterli olmayan gerekçeler ile başvuru-lar tarafından sunulan bilirkişi raporları ve uzman mütalaalarını göz ardı etmiştir. AİHM içtihatlarında da ortaya konulduğu gibi adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olan “*silahların eşitliği*” ilkesi iddia makamının tanık veya bilirkişileri ile sanıkların tanık ve bilirkişilerinin duruşmalarda eşit muameleye tabi tutulması gerekir (bkz. *Bönisch/Avusturya*, B. No: 8658/79, 6/5/1985, §§ 32-33).

65. Hem cezai, hem de cezai olmayan davalarda uygulanan silahların eşitliği ilkesi, taraflara, talep ve açıklamalarını diğer tarafa nazaran dezavantajlı olmayacak şekilde ileri sürebilmeleri için fırsat verilmesini gerektirir (*Kress/ Fransa*, B. No: 39594/98, 7/6/2001, § 72). Bu gerekliliğin bir sonucu olarak Sözleşme’de bilirkişilerin mahkeme önünde dinlenmesi ile ilgili özel bir hüküm bulunmamasına karşın AİHM, bilirkişilik kurumunu, Sözleşme’nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan tanık dinletme hakkından yola çıkarak “*silahların eşitliği ilkesi*” ile bağlantı kurarak değerlendirmiştir (bkz. *Bönisch/Avusturya*, B. No: 8658/79, 6/5/1985, § 32; *Brandstetter/Avusturya*, B. No: 11170/84, 12876/87, 13468/87, 28/8/1991, § 42).

66. AİHM, bilirkişi raporlarının kapsamını oldukça geniş bir şekilde yorumlamaktadır. Bilirkişi raporlarının yazılı ya da sözlü olabileceği gibi inceleme konuları açısından da bilimsel, teknik ya da olay analizleri şeklinde olabileceğini kabul etmektedir (*Khodorkovskiy ve Lebedev/Rusya*, B. No: 11082/06, 13772/05, 25/7/2013, § 717).

67. İlk Derece Mahkemesi, başvuru-lar tarafından sunulan bilirkişi raporları ile duruşmada dinlenen uzman görüşlerinden hiçbirine itibar etmemiş buna karşın Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma sırasında alınan bilirkişi raporlarının tümüne ise itibar etmiştir (*gerekçeli karar*, s.1042-1043). Bunun

üzerine başvuruçular, Cumhuriyet Savcısınca alınan bilirkişi raporlarının eksik olduğunu ve olayı aydınlatmaya yeterli olmadığını, kendileri tarafından sunulan rapor ve mütalaalara da itibar edilmediğini ileri sürerek yargılamanın temelini oluşturan dijital delillere ilişkin olarak Mahkemenin bilirkişi raporu aldırması talebinde bulunmuşlardır. İlk Derece Mahkemesi, bu talepleri ise *“Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı konuların değerlendirilmesi”* için bilirkişi raporu alınmasına gerek bulunmadığı gerekçesi ile reddetmiştir (*gerekçeli karar*, s.1042).

68. Anayasa Mahkemesinin görevi herhangi bir davada bilirkişi raporu veya uzman mütalaasının gerekli olup olmadığına karar vermek değildir. Savunma makamının tanık dinletme taleplerinin gerekliliği ya da bilirkişi raporu benzeri delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi hususları derece mahkemelerinin yetkisi dâhilindedir (bkz. *S.N./İsveç*, B. No: 34209/96, 2/7/2002, § 44). AİHM’e göre, derece mahkemeleri, Sözleşme ile uyumlu olmak koşuluyla, somut davadaki maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmayacağını değerlendirdiği savunma tanıklarının dinlenmesi talebini reddedebilir (bkz. *Huseyn ve Diğerleri/Azərbaycan*, B. No: 35485/05, 45553/05, 35680/05 ve 36085/05, 26/7/2011, § 196).

69. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, başvuruçular tarafından savunma kapsamında talep edilen savunma tanıklarının dinlenmesi talebinin reddi kararı gibi bilirkişi raporu alınması talebinin reddi kararının da sanıkların haklarını koruma amacına yönelik yeterli güvenceleri içeren bir usul çerçevesinde verilip verilmediğini incelemelidir.

70. Kural olarak, bilirkişilerin sunduğu rapor ve mütalaalar derece mahkemeleri açısından bağlayıcı olmamakla birlikte, İlk Derece Mahkemesi tarafından esasa ilişkin değerlendirmeler yapılırken Cumhuriyet Savcısı tarafından sunulan bilirkişi raporlarının belirleyici bir etkisi olmuştur. Başka bir deyişle somut davada İlk Derece Mahkemesi, yalnızca Cumhuriyet Savcısı tarafından sunulan bilirkişi raporlarına itibar etmiş, bu raporlara karşın başvuruçuların savunmalarının bir parçası olarak sundukları bilirkişi rapor ve uzman görüşleri ise dikkate alınmamıştır. Mahkeme ayrıca başvuruçuların, mahkumiyet kararının dayanağı olan dijital verilerin gerçeği yansıtmadığı iddialarını değerlendirmek üzere mahkemenin bilirkişi heyeti tayin etmesi ve rapor aldırması yönündeki taleplerini de yeterli olmayan gerekçe ile reddetmiştir.

71. Böylece başvuruçuların, haklarında yöneltile suçlamaların dayanağı olan delillere karşı kovuşturmanın genişletilmesini isteme hakları kısıtlanmış, ceza yargılamasının, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacına yönelik olarak *“silahların eşitliği”* ilkesi ihlal edilmiştir.

72. Açıklanan nedenlerle, dijital delillerin değerlendirilmesine ilişkin şî-

kayetler yönünden, başvuruçuların sundukları bilirkişi raporları ve uzman mütalaalarının İlk Derece Mahkemesince kabul edilmemesi ve bu konularda Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılması yolundaki taleplerinin de yetersiz gerekçelerle reddedilmesi, “*gerekçeli karar hakkına*” ve “*silahların eşitliği*” ilkesine aykırı olduğundan, Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir.

b. Tanık Dinlenmesi Talepleri Yönünden

73. Başvuruçular, ilk derece mahkemesi tarafından mahkûmiyetlerine karar verilen suçun tamamlanmasına engel oldukları kabul edilen dönemin Genelkurmay Başkanı Hilmi Özkök ve Kara Kuvvetleri Komutanı Aytaç Yalman’ın tanıklıklarına ilişkin talebin reddi nedeniyle adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

74. AİHS’nin “*Adil yargılanma hakkı*” başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası ve (3) numaralı fıkrasının (d) bendi şöyledir:

“1. Herkes davasının, ... cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak, ... görülmesini isteme hakkına sahiptir.

...

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

...

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

75. AİHS’nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendinde, sanığın iddia tanıklarını sorguya çekme veya çektirme hakkı güvence altına alınmıştır. Kovuşturma sırasında bütün kanıtların tartışılabilmesi için, kural olarak bu kanıtların aleni bir duruşmada ve sanığın huzurunda ortaya konulması gerekir. Bu kural istisnasız olmamakla birlikte, eğer bir mahkûmiyet sadece veya belirleyici ölçüde, sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelere dayandırılmış ise, sanığın hakları AİHS’nin 6. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur (B. No: 2013/99, 20/3/2014, § 46).

76. Mahkemeler, somut davadaki maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmayacağını değerlendirdiği savunma tanıklarının dinlenmesi talebini reddedebilir (*Huseyn ve diğerleri/Azərbaycan*, B. No: 35485/05, 45553/05, 35680/05 ve 36085/05, 26/7/2011, § 196).

77. Tanıkların dinlenmek üzere çağırılmasının uygun olup olmadığının de-

ğerlendirilmesi kural olarak derece mahkemelerinin takdir yetkisi dâhilindedir. Dolayısıyla bir sanığın bazı tanıkları dinletemediğinden şikâyet etmesi yeterli olmayıp, ayrıca bu tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebini desteklemelidir (B. No: 2013/99, 20/3/2014, § 54).

78. Adil yargılanma hakkı bireylere dava sonucunda verilen kararın değil, yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetleme imkânı verir. Bu nedenle, bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikâyetlerin incelenebilmesi için başvurunun yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediğine, bu çerçevede yargılama sürecinde iddia makamının bulunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu gibi, mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık keyfiliğe ilişkin bir iddianın dayanaklarıyla ileri sürülmüş olması gerekir (B. No: 2013/2767, 2/10/2013, § 22).

79. Yargılama makamları yargılamanın taraflarınca ileri sürülen iddiaları ve gösterdikleri delilleri gereği gibi incelemek zorundadır. Bununla birlikte, belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi esasen derece mahkemelerine aittir. Mevcut yargılamada geçerli olan delil sunma ve inceleme yöntemlerinin adil yargılanma hakkına uygun olup olmadığını denetlemek Anayasa Mahkemesinin görevi kapsamında olmayıp, Mahkemenin görevi başvuru konusu yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığının değerlendirilmesidir (B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 27).

80. Genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için “silahların eşitliği” ve “çelişmeli yargılama” ilkeleri ışığında, taraflara iddialarını sunmak hususunda uygun olanakların sağlanması şarttır. Taraflara tanık delili de dâhil olmak üzere delillerini sunma ve inceletme noktasında uygun imkânların tanınması gerekir. Bu anlamda, delillere ilişkin dengesizlik veya hakkaniyetsizlik iddialarının yargılamanın bütünü ışığında değerlendirilmesi gerekir (B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 27).

81. İlk Derece Mahkemesi kararında,

“Balyoz Darbe Planının hayata geçirilmesi için gereken ortam şekillendirmesini sağlamak üzere, Havacı unsurların Oraj ve Denizci unsurların Suga isimli harekât planları hazırladıkları, bu planlar vasıtasıyla Ege’de Yunanistan ile gerginlik çıkarılıp, bu durumun yürütme organı üzerinde çekilmeye yönelik baskı aracı olarak kullanılmasının istendiği,

Jandarma unsurlarınca Fatih ve Beyazıt camilerine yönelik olarak Çarşaf ve Sakal isimli bombalı eylem planları hazırlandığı, bu eylemler sonrasında iltisaklı şahıslar aracılığıyla irticai görüntülü protesto eylemleri düzenlenip, kargaşa ortamı oluşturulmak istendiği,

Gereken ortam şekillendirilmesinin ardından sıkıyönetim ilanım müteakip yürütme organının devriliş, devlet idaresinin cunta yapılanmasının istediği şekilde yeniden yapılandırılmasının planlandığı, bu kapsamda yukarıda belirtilen hazırlıkların tamamlandığı, harekât planının düşünce aşamasından çıktığı,

Muhtemel eylem yerlerinin keşfi, tutuklanacak kişiler (siyasi parti mensupları, belediye başkanları, sivil toplum örgütlerinin yönetici ve üyeleri, gazeteciler, aydınlar, bilim adamları, kanaat önderleri), okulundan atılacak öğrenciler, el konulacak araçlar, görevden uzaklaştırılacak, tutuklanacak, emekliye sevk edilecek, kullanılacak kamu görevlilerinin belirlenmesi, hassas olarak belirlenen kurum ve kuruluşların başına hangi askeri personelin atanacağı, zararlı olarak nitelenmesi sebebiyle ilişkisi kesilmesi planlanan askeri personelin belirlenmesi, polis teşkilatının ne şekilde yönlendirileceği ve kullanılacağına tespiti, basın yayın kuruluşları ve çalışanlar hakkında yapılan planlamalar (kimlerin tutuklanacağı, kimlerin kullanılabileceğinin tespiti), Milli Mutabakat Hükümeti ismiyle harekât sonrasında işbaşına getirilmesi planlanan hükümetin dizayn edilmesi gibi icra aşamasına geçildiği, ancak icra hareketlerinin tamamlanamadığı, harekât planının Genelkurmay Başkanlığı ve Kara kuvvetleri Komutanlığına öğrenildiği, bu hususun Yaşar Büyükanıt'ın seminer sonuç raporunu hukukçulara inceletmesi, KKK'nın OEYTS'nin oynanmaması talimatları, Genelkurmay Başkanının sanık Çetin Doğan'ı bu konuda uyarması ile belli olduğu”

ifade edilmektedir (gerekçeli karar, s.1022).

82. İlk Derece Mahkemesi, Çetin Doğan liderliğindeki cunta yapılanmasının suçun icrası için elverişli araç gereç ve personelle icra hareketlerini gerçekleştirmeye başladığını ancak Çetin Doğan'ın kalp ameliyatı olması ve ardından Ağustos 2003'te emekliye sevk edilmesi, bazı sanıkların görev yerlerinin değişmesi ve “Genelkurmay Karargâhının öncelikle muhtemel darbeye karşı çıkması, sonrasında da günün şartlarının elverdiği ölçüde engellemek için çaba göstermesi sebebiyle cunta yapılanmasının darbe suçunu işleme elverişliliğini kaybettiğini ve icra hareketlerinin tamamlanamadığını” belirtmektedir (gerekçeli karar, s.1023).

83. Anılan tarihlerde görevde olan Genelkurmay Başkanı Hilmi Özkök ve Kara Kuvvetleri Komutanı Aytac Yalman'ın tanık olarak dinlenmesi talepleri,

“Mahkemenin ilk ve asıl hedefi maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Bir delilin ileri sürülmesinin gerçeğin ortaya çıkarılmasına yararı olmayacağı gibi davayı uzatma durumu varsa Mahkemenin bu hususta bir karar vermesi gerekir. Tüm tanıkların

ve bilirkişilerin dinlenmeleri ve öteki kanıtların ortaya konulmalarına imkan vermek kural ise de; dinlenen bir kısım tanığın anlatımı ve bilirkişinin görüşünün alınmasıyla olay hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak bir biçimde çözümlenmiş ise zaman kaybına ve gereksiz uğraşıya yol açılmaması için, yargılamaya yenilik getirmeyecek ve maddi gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet etmeyecek nitelikteki geride kalan tanık ve bilirkişilerin dinlenilmemesi doktrinde ve uygulamada kabul görmüş bir uygulamadır. Aksi halde tüm delillerin ortaya konulması zorunluluğu yargılamayı uzatmayı amaçlayan kötü niyetlilerin işine yarar. Bu nedenlerle delillerin reddi ve sınırlandırılması durumlarının delil gösterilmesine yasal olanak bulunmadığı, durumun delil gerektirmeyecek şekilde açık olduğu, kanıtlanması istenilen olayın karara etkisinin olmadığı ya da daha önce kanıtlanmış bir hususa ilişkin olduğu, yine kanıtın amaca elverişli olmadığı, elde edilmesinin mümkün bulunmadığı, kanıt gösterilmesi isteğinin işi uzatmak amacıyla yapılmış olduğu ileri sürülen olayın gerçek olarak kabul edilebilecek nitelikte olduğu durumlarda kanıtın reddi gerektiği doktrinde tartışılmıştır. Belirtilen bu hususlar değişik aşamalarda gösterilen tüm tanık ve bilirkişiler için uygulanması mümkündür.

Sanıklar ve müdafileri dosyaya rapor düzenleyen bilirkişiler ile tanıklar Aytaç Yalman ve Hilmi Özkök'ün dinlenilmesini ısrarla talep etmişlerdir. Bilirkişilerin ve adı geçen tanıkların, sanıklara atılı suçun niteliği göz önüne alındığında toplanan kanıtlara göre beyanlarının alınmasının karara etkisi bulunmadığı, kanıtın amaca uygun olmadığı değerlendirildiğinde; tanık gösterilmesi isteğinin mahkeme üzerinde kamuoyu nezdinde baskı oluşturmak amacıyla yapılması, seminer ve diğer belgelerin gerçek olması nedeniyle de bilirkişiler ve tanıkların dinlenilmesinin sonuca etkili olmadığı kanaatine varılarak..." gerekçesiyle reddedilmiştir (gerekçeli karar, s. 1046).

84. İsnat edilen darbe suçunun, yapılanmanın lideri kabul edilen Çetin Doğan'ın sağlık durumu, bazı sanıkların tayin edilmeleri yanında, Genelkurmay Karargâhının öncelikle muhtemel darbeye karşı çıkması, sonrasında da günün şartlarının elverdiği ölçüde engellemek için çaba göstermesi sebebiyle işlenemediğinin belirtilmesine karşın, suçun niteliği göz önüne alınarak toplanan delillere göre Genelkurmay Başkanı ve Kara Kuvvetleri Komutanının tanıklıklarının karara etkisi bulunmadığı belirtilmektedir.

85. Sanıklara isnat edilen suç fiillerinin esaslı biçimde bilgisayar programlarıyla oluşturulmuş belgelere dayandığı, bu belgelerin içeriklerinin maddi olay ve olguları yansıttığı ve gerçek olduklarının kabul edildiği, bilirkişi raporlarında/uzman görüşlerinde belirtildiği üzere bu verilerin müdahale edilebilir nitelikte olduğu ve bu verilerin teknik bilgileri ile içeriklerinin uyumsuzluğu dikkate alındığında, tanık olarak dinlenmesi talep edilen bu kişilerin beyanları maddi gerçeğe ulaşma bakımından önemsiz kabul edilemez.

86. Ayrıca 1. Ordu Komutanlığı merkezli bir yapılanmanın darbe amacına yönelik faaliyetlerinin Genelkurmay Başkanlığı ve Kara Kuvvetleri Komutanlığınca öğrenildiği ve teşebbüs edilen suça engel olduğu kabul edildiğine göre, toplanan kanıtlara göre tanık olarak dinlenmesi talep edilen anılan görevdeki kişilerin beyanlarının karara etkisi bulunmadığı gerekçesi makul değildir.

87. Bunun yanında tanık dinlenmesine ilişkin talepler, “mahkeme üzerinde kamuoyu nezdinde baskı oluşturmak amacıyla yapıldığı” ek gerekçesiyle reddedilmiştir. Başka bir amaçla yapıldığı ve karara etkisi bulunmadığı kabul edilen bu talepler, yalnızca objektif olarak yargılamaya etkisi dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

88. Başvurucuların tanık olarak çağrılmalarını istedikleri kişilerin, gösterdikleri tutum ve görevleri kapsamında yaptıkları işlemlerle suçun işlenmesini engellediklerinin kabul edilmesi karşısında, bu kişilerin beyanları sadece sanıklar lehine sonuç doğuracak tanık beyanı olmanın ötesinde bir delil niteliği taşımaktadır. Bu nitelikteki bir delilin yargılama bakımından belirleyici özelliği dikkate alındığında aleni bir duruşmada ve sanıkların huzurunda ortaya konulması gerekir.

89. Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olmakla birlikte, somut olayda yargılama konusu suç, sanıkların durumu, isnat edilen suçun işleniş biçimi, suç eylemleri, tanıkların konumu ve diğer delillerin niteliği dikkate alındığında, dönemin Genelkurmay Başkanı Hilmi Özkök ve Kara Kuvvetleri Komutanı Aytaç Yalman’ın tanık olarak dinlenmeleri taleplerinin reddi yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder niteliktedir.

90. Isnat edilen suçun sübutu bakımından objektif olarak esaslı olduğu mahkemenin gerekçesinde de ifade edilen dönemin Genelkurmay Başkanı Hilmi Özkök ve Kara Kuvvetleri Komutanı Aytaç Yalman’ın tanıklıklarının reddi “çelişmeli yargılama ilkesine” ve “savunma tanıklarının davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanması hakkına” uygun olmaması nedeniyle adil yargılanma hakkını ihlal etmiştir.

91. Başvurucuların, “gerekçeli karar hakkının”, “silahların eşitliği” ve “çelişmeli yargılama” ilkeleri ile “savunma tanıklarının davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanması hakkının” ihlal edildiğine karar verildiğinden adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer şikâyetleri (§ 17) hakkında kabul edilebilirlik ve esas yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucuların,

1. Özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin şikâyetlerinin “*zaman bakımından yetkisizlik*” nedeniyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA**,

2. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki şikâyetlerinin;

i. Dijital delillerin değerlendirilmesine ilişkin şikâyetlerinin giderilmediğine dair iddialarının,

ii. Dönemin Genelkurmay Başkanı Hilmi Özkök ve Kara Kuvvetleri Komutanı Aytaç Yalman’ın tanık olarak dinlenmesi taleplerinin reddi nedeniyle tanık dinletme hakkına ilişkin şikâyetlerinin,

KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının **İHLAL EDİLDİĞİNE**,

C. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapmak üzere kararın bir örneğinin ilgili Mahkemeye **GÖNDERİLMESİNE**,

D. Dökümü yapılan yargılama giderlerinin **BAŞVURUCULARA ÖDENMESİNE**,

18/6/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Haşim KILIÇ

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Zühtü ARSLAN

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Yargılama giderleri dökümü:

1- Başvurucular; Sencer BAŞAT, Turgut KETKEN, Ökkeş Alp KIRIKKANAT, Hasan HOŞGİT, Fikret GÜNEŞ, Taner BALKIŞ, Mustafa KARASABUN, Nadir Hakan ERAYDIN, İsmail TAŞ, Emin KÜÇÜKKILIÇ, İsmail TAYLAN, Nuri Selçuk GÜNERİ, Yusuf AFAT, Celal Kerem EREN, Berker Emre TOK, Erhan KUBAT, Doğan TEMEL, Mete DEMİRGİL, Erhan ŞENSOY, Hayri GÜNER, Ahmet Feyyaz ÖĞÜTCÜ, Hüseyin HOŞGİT, Ali Yasin TÜRKER, Levent Kerim UÇA, Bülent OLCAY, Zafer Erdim İNAL, Erdinç ALTINER, Mehmet Cem OKYAY, Mehmet Baybars KÜÇÜKATAY, Mustafa Erhan PAMUK, Ümit ÖZCAN, Engin BAYKAL, Lütfü SANCAR, Nuri ÜSTÜNER, Ahmet KÜÇÜKŞAHİN, Nuri Ali KARABABA, Aykar TEKİN, Engin KILIÇ, Refik Levent TEZCAN, Kemalettin YAKAR, Yaşar Barbaros BÜYÜKSAĞNAK, Kıvanç KIRMACI, Mustafa Haluk BAYBAŞ, Levent ÇEHRELİ, Ayhan Türker KOÇPINAR, Fahri Can YILDIRIM, Bahadır Mustafa KAYALI, Ertuğrul UÇAR, Mesut Zafer SARI, Ercan İRENÇİN, Mehmet Cem KIZIL, Hasan ÖZYURT, Murat ÜNLÜ, Hannan ŞAYAN, Alpay ÇAKARCAN, İbrahim Özdem KOÇER, Mehmet Ferhat ÇOLPAN, Aydın SEZENÖĞLU, Rafet OKTAR, Ahmet DİKMEN, Ergün BALABAN, Ayhan GEDİK, Önder ÇELEBİ, Servet BİLGİN, Mücahit ERAKYOL, Tuncay ÇAKAN, Kadri Sonay AKPOLAT, Abdullah GAVREMOĞLU, Onur ULUOCAK, Özgür Ecevit TAŞCI, Özer KARABULUT, Derya GÜNERGİN, Haydar Mücahit ŞİŞLİOĞLU, Yurdaer OLCAN, Halil KALKANLI ve Abdülkadir ERYILMAZ'a ayrı ayrı yaptıkları ve harç ücreti olan 198,35 TL'nin ayrı ayrı;

2- Başvurucular; Ender KAHYA, Fahri Yavuz URAS, Faruk Oktay MEMİOĞLU ve Mustafa ÇALIŞ'a ayrı ayrı yaptıkları ve harç ücreti olan 206,10 TL'nin ayrı ayrı;

3- Başvurucular; Yavuz KILIÇ, Aşkın ÖZTÜRK, Ali Cengiz ŞİRİN, Bulut Ömer MİMİROĞLU, Bayram Ali TAVLAYAN, Korcan PULATSÜ, Ziya GÜLER, Rıdvan ULUGÜLER, Beyazıt KARATAŞ, Mehmet ELDEM, Hüseyin ÇINAR, Sefer KURNAZ, Berna DÖNMEZ, Mehmet Cem ÇAĞLAR, Ali Deniz KUTLUK, Mustafa Aydın GÜRÜL, Ahmet Sinan ERTUĞRUL, Bülent KOCABABUÇ, Osman KAYALAR, Recep YILDIZ, Alpar KARAAHMET, Nihat ALTUNBULAK, Hakan Mehmet KÖKTÜRK, Ayhan ÜSTBAŞ, Hakan İsmail ÇELİKCAN, Ali TÜRKŞEN, Tayfun DUMAN, İbrahim Koray ÖZYURT, Muharrem Nuri ALACALI, Dora SUNGUNAY, Şafak YÜREKLİ, Binali AYDOĞDU, Oğuz TÜRKSOYU, Cemal TEMİZÖZ, Uğur UZAL, Ergin SAYGUN, Kubilay AKTAŞ, Armağan AKSAKAL, Sinan TOPUZ, Recep Rıfkı DURUSOY, Aşkın ÜREDİ, Çetin DOĞAN, Ahmet YAVUZ, Mehmet OTUZBİROĞLU, Devrim REHBER, Mustafa KOÇ, Erdal AKYAZAN, Cenk HATUNOĞLU, Namık SE-

VİNÇ, Mustafa İLHAN, Süleyman Namık KURŞUNCU, Yalçın ERGÜL, Mehmet ERKORKMAZ, Hüseyin DİLAVER, Şenol BÜYÜKÇAKIR, Bülent GÜNÇAL, Gürkan YILDIZ, Ayhan GÜMÜŞ, Ahmet ERDEM, Kubilay BALOĞLU, Atilla ÖZLER, Rasim ARSLAN, Çetin CAN, Turgut ATMAN, Cengiz KÖYLÜ, Yusuf Volkan YÜCEL, Necdet Tunç SÖZEN, Osman BAŞIBÜYÜK, Cahit Serdar GÖKGÖZ, Halit Nejat AKGÜNER, Haldun ERMİN, Derya ÖN, Mehmet AYGÜN, Mustafa ÖNSEL, Erdem Caner BENER, İhsan BALABANLI, Hanifi YILDIRIM, Bekir MEMİŞ, Kahraman DİKMEN, Hüseyin TOPUZ, Taylan ÇAKIR, Aziz YILMAZ, Nail İLBEY, Bülent TUNÇAY, Yusuf KELLELİ, Ali DEMİR, Hakan SARGIN, Erdinç ATİK, Murat ÖZÇELİK, Ümit METİN, Hüseyin ÖZÇOBAN, Salim Erkal BEKTAŞ, Şükrü SARIŞIK, Nejat BEK, Bilgin BALANLI, Meftun HIRACA, Deniz CORA, Engin ALAN, Serdar Okan KIRÇİÇEK, Taner GÜL, Halil İbrahim FIRTINA, Osman Fevzi GÜNEŞ, Turgay ERDAĞ, Memiş Yüksel YALÇIN, Özden ÖRNEK, Ayhan TAŞ, Mehmet Cenk DALKANAT, Ramazan Kamüran GÖKSEL, Ali Sadi ÜNSAL, Behzat BALTA, Gürkan KOLDAŞ, Mehmet Seyfettin ALEVCAN, Ahmet HACIOĞLU, Mehmet ÖRGEN, Ender GÜNGÖR, Murat SAKA, Hakan BÜYÜK, Ahmet Bertan NOGAYLAROĞLU, Süha TANYERİ, Cemalettin BOZDAĞ, Ahmet Zeki ÜÇÖK, Mehmet Koray ERYAŞA, Turgay YAMAÇ, Abdullah Can ERENOĞLU, Kadir SAĞDIÇ, Mehmetfatih İLGAR, Davut İsmet ÇINKI, Nedim Güngör KURUBAŞ, Mehmet Fikri KARADAĞ, Yusuf Ziya TOKER, Hasan Fehmi CANAN, Mehmet Kaya VAROL, Gürbüz KAYA, İzzet OCAK, Suat AYTIN ve Mehmet YOLERİ'ne ayrı ayrı yaptıkları, 198,35 TL harç ile 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL'nin ayrı ayrı;

4- Başvuruculardan; Ali Semih ÇETİN, Cem Aziz ÇAKMAK, Faruk DOĞAN, Metin Yavuz YALÇIN, Ramazan Cem GÜRDENİZ, Soner POLAT, Taner GÜL, Fatih Uluç YEĞİN, Kürşad Güven ERTAŞ, Murat ÖZENALP, Utku ARSLAN'a 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL'nin ayrı ayrı;

5- Başvuruculardan; Gürsel ÇAYPINAR ve Mehmet ULUTAŞ tarafından ayrı ayrı yapılan 206,10 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.706,10 TL'nin ayrı ayrı;

6- Başvuruculardan Dursun ÇİÇEK ile Mustafa Korkut ÖZARSLAN'a ayrı ayrı ikişer başvuru yapmaları nedeniyle her biri 198,35 TL olan iki adet harç ücreti ile 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.896,70 TL'nin ayrı ayrı;

Ödenmesine karar verilmiştir.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/6428

Karar Tarihi: 26/6/2014

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Alparslan ALTAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Osman Alifeyyaz PAKSÜT Recep KÖMÜRCÜ M. Emin KUZ
Raportör	: Bahadır YALÇINÖZ
Başvurucu	: Bülent KARATAŞ
Vekili	: Av. Kürşat KARACABEY

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, Mardin ili Yeşilli ilçe jandarma komutanı olarak görev yapmakta iken Van garnizonuna yapılan atamasının iptali istemiyle açtığı davada adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiş, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 23/8/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvurunun Komisyona sunulmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca, 31/10/2013 tarihinde başvurunun karara bağlanması için Bölüm tarafından ilke kararı alınması gerekli görüldüğünden, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm, 4/12/2013 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas hakkındaki incelemenin birlikte yapılmasına karar vermiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 6/12/2013 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, görüşünü 6/1/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvurucuya 10/1/2014 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu, karşı beyanlarını 14/1/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu, Mardin ili Yeşilli ilçe jandarma komutanı olarak görev yapmakta iken 22/8/2012 tarihinde maiyetinde bulunan iki subayın tartıştığını bölge komutanına bildirmiştir.

9. Bölge komutanı tarafından 23/8/2012 tarihinde tahkikat heyeti oluşturulmuştur.

10. Heyetin yaptığı tahkikatın neticesinde, başvurucunun maiyetindeki iki subayın eşleri arasında uzun zamandır süre gelen huzursuzluğu bildiği ve bazı hususlara şahit olduğunu beyan etmesine rağmen (jandarma komutanlığına gece/gündüz sivil bir aracın gelmesi ve gelen şahısların maiyetindeki bir subayın abisi olduğunu belirtmesi, aynı subayın sivil şahıslara borçlanması v.b.) disiplin amiri olarak gerekli müdahalede bulunmadığından bahisle bölge komutanının 3/9/2012 tarihli işlemi ile başvuru ikaz edilmiştir.

11. Daha sonra başvurucunun, maiyetindeki iki subayın eşleri arasındaki sürüşmeyi ve lojmanlar bölgesine sivil şahısların giriş çıkışlarını uzun süredir bilmesine rağmen disiplin amiri olarak zamanında gerekli müdahaleyi yapmadığı, ailesiyle lojmanda oturan diğer aileler arasında ihtilaf olduğu tespit edildiğinden bahisle 14/9/2012 tarihli işlem ile Van garnizonuna ataması yapılmıştır.

12. Başvurucu tarafından 26/9/2012 tarihinde atama işleminin iptali istemiyle Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) Birinci Dairesinde dava açılmıştır.

13. Dava devam ederken 29/11/2012 tarihinde başvuru vekili, davalı idare olan Jandarma Genel Komutanlığı tarafından savunmaya ek olarak gönderilen gizli ve gizli olmayan delillerin incelettirilmesini AYİM Birinci Dairesinden talep etmiştir.

14. AYİM Birinci Dairesi 27/12/2012 tarihinde talep hakkında karar verilmesine yer olmadığına ve dava dosyasının talep hakkında karar vermeye yetkili olan AYİM Genel Sekreterliğine iadesine karar vermiştir.

15. Genel Sekreterin 4/1/2013 günlü kararı ile talebin uygun bulunmadığı belirtilmiştir. Karar gerekçesinde yer alan ifadeler ise şöyledir:

“... bu düzenlemeyle davalı idare tarafından gönderilen 1602 sayılı yasanın 52’nci maddesi kapsamındaki belgelerin incelettirilmesi hususunda Genel Sekreterliğe bir yetki verilmemiştir.

Bununla birlikte, talebiniz hakkında Genel Sekreterlik tarafından değerlendirme yapılması hususunda ilgi (b) karar verilmiştir. Söz konusu ilgi (b) Karar uyarınca inceleme talebiniz değerlendirilmiş, uygun bulunmamıştır. Anılan ilgi (b) kararda buna “itiraz” edilebileceği belirtilmiştir.”

16. Başvurucu tarafından anılan karara yönelik bir itiraz yapılmamıştır.

17. AYİM Birinci Dairesi 3/7/2013 tarih ve E.2012/1188, K.2013/783 sayılı kararı ile davanın reddine ve gizlilik dereceli belgelerin iadesine karar vermiştir. Karar gerekçesinde yer alan bazı ifadeler ise şöyledir:

“... Genel Sekreterlik tarafından 04.01.2012 tarihli yazıyla davacı vekilinin talebinin uygun bulunmadığı ve fakat buna itiraz edilebileceğinin davacı vekiline bildirildiği ancak davacı vekilinin Genel Sekreterliğin bu kararına itiraz etmediği anlaşılmıştır.

...

Davalı idarece 1602 sayılı Kanunun 52’nci maddesi kapsamında gönderilen belgelerden (tarafların ifadesi ve idari tahkikat raporu) ve dava dilekçe ile lahiyalardan; ... davacının ise bu hususların büyük kısmına önceden vakıf olmasına rağmen gerekli incelemeyi zamanında yapıp gerekli tedbirleri almadığı anlaşılmaktadır.

...

...Davacının en son noktada durumu amirlerine bildirdiği ve idari tahkikat yapılmasını tetiklediği gerçektir. Lakin davacı, daha baştan alması gereken tedbirleri almamıştır. Örneğin, davacı komutan olarak lojmanın/birliğin güvenliğinden sorumludur. Lüks arabalarla geldiğini söylediği sivil kişileri araştırıp soruşturmaması, gelenlerin C. Yzb.nın abisi olduklarını söylediler demekle geçirilecek bir konu değildir. Esasen Yeşilli’nin küçük bir garnizon olduğu, personelin toplu olarak lojmanda oturduğu nazara alındığında davacının olanların tamamına vakıf değilse bile bu hususun da davacının bir nakisası olduğunu ileri sürmek mümkündür. Bu itibarla davacının, sorumluluğu geniş olan ve müstakil ve seçimli bir görev olan ilçe jandarma komutanlığından başka bir garnizona müstakil olmayan bir göreve atanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı değerlendirilmiştir.”

18. Karar, başvuru vekiline 24/7/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

19. Başvurucu 23/8/2013 tarihinde bireysel başvuru yapmıştır.

20. Bunun yanında başvuru, atama işleminin iptali istemiyle açılan dava devam etmekte iken görevinden istifa etmiştir.

B. İlgili Hukuk

21. Anayasa’nın “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi” kenar başlıklı 157. maddesi şöyledir:

“Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin askerî hâkim sınıfından olan üyeleri, mahkemenin bu sınıftan olan başkan ve üyeleri tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oy ile birinci sınıf askerî hâkimler arasından her boş yer için gösterilecek üç aday içinden; hâkim sınıfından olmayan üyeleri, rütbe ve nitelikleri kanunda gösterilen subaylar arasından, Genelkurmay Başkanlığınca her boş yer için gösterilecek üç aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilir.

Askerî hâkim sınıfından olmayan üyelerin görev süresi en fazla dört yıldır.

Mahkemenin Başkanı, Başsavcı ve daire başkanları hâkim sınıfından olanlar arasından rütbe ve kıdem sırasına göre atanırlar.

(Değişik fıkra: 7/5/2010-5982/21 md.)Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri, mensuplarının disiplin ve özlük işleri mahkemele- rin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.”

22. 4/7/1972 tarih ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanu- nu’nun “Teminat” başlıklı 4. maddesi şöyledir:

“Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Başkanı, Başsavcı, Daire Başkanları ve üye- leri; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi hakimleri olarak Türkiye Cumhuriyeti Anaya- sasının kendilerine sağladığı teminat altında hizmet görürler.”

23. 1602 sayılı Kanun’un 8., 9. ve 10. maddeleri şöyledir:

“Üyelerin seçimi:

Madde 8 – (Değişik: 25/12/1981 - 2568/1 md.)

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin askeri hakim sınıfından olan üyeleri, bu sı- nıftan olan başkan ve üyeler tam sayısının salt çoğunluğu ile her boş yer için gös- terilecek üç aday arasından,

Hakim sınıfından olmayan üyeleri, Genelkurmay Başkanlığınca her boş yer için gösterilecek üç aday arasından,

Cumhurbaşkanınca seçilir.”

“Atanma:

Madde 9 – (Değişik: 25/12/1981 - 2568/1 md.)

Seçilenler arasından rütbe ve kıdem sırasına göre Askeri Yüksek İdare Mahkemesi

Adil Yargılanma Hakkı (md. 36)

Başkanlığına, Başsavcılığına, daire başkanlıklarına ve üyeliklere, Milli Savunma Bakanı ve Başbakanın imzalayacağı, Cumhurbaşkanının onaylayacağı Kararname ile atama yapılır. Atamalar Resmi Gazete’de yayımlanır.

Başkan, Başsavcı ile daire başkanlarının askeri hakim sınıfından olması şarttır.”

“Görev süresi:

Madde 10 – (Değişik: 25/12/1981 - 2568/1 md.)

Askeri Hakim sınıfından olmayan üyelerin görev süresi en fazla dört yıldır.”

24. 1602 sayılı Kanun’un “Dosya dışında inceleme” başlıklı 52. maddesi şöyledir:

“Daireler veya Daireler Kurulu, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapabilecekleri gibi, tayin edecekleri süre içinde, lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.

Taraflardan biri ara kararının icaplarını yerine getirmediği takdirde bunun verilecek karar üzerindeki etkisi, görevli daire veya kurulca önceden takdir edilir, ara kararında bu husus ayrıca belirtilir.

Ancak, istenen bilgi ve belgeler Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğine ve yüksek menfaatlerine veya Türkiye Cumhuriyetinin güvenliği ve yüksek menfaatleri ile birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan, Genelkurmay Başkanı veya ilgili Bakan gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir.

(Değişik dördüncü fıkra: 19/6/2010-6000/20 md.) Dava dosyasındaki bilgi ve belgeler taraf ve vekillerine a açıktır. Şu kadar ki; mahkeme tarafından getirtilen veya idarece gönderilen bilgi, belge ve dosyalardan, başka şahıs ve makamların özel bilgileri ile şeref, haysiyet ve güvenliğinin korunması veya idarenin soruşturma metotlarının gizli tutulması maksatlarıyla taraf ve vekillerine incelettirilmemesi kaydı konulanlar ile personelin özlük dosyasındaki dava konusu haricindekiler taraf ve vekillerine incelettirilemez.

(Ek fıkra: 19/6/2010-6000/20 md.) Taraf ve vekillerine incelettirilemeyecek nitelikteki bilgi ve belgeler; bulundukları yer itibarıyla taraf ve vekillerine açık olan diğer evraktan ayrılamaz nitelikte iseler, taraf ve vekillerine incelettirilecek suretleri, ilgili bölümleri idare tarafından karartılarak ayrıca gönderilir.

(Ek fıkra: 19/6/2010-6000/20 md.) Davacı taraf veya vekili, karartılan veya verilmeyen bilgi ve belgelerin savunmaya esas teşkil edecek unsurlar olduğu iddiası ile mahkemeye itiraz edebilir. Yapılan bu itiraz, mahkeme tarafından incelenerek haklı

görülen hususlarda, mahkemenin belirleyeceği çerçevede daha önce karartılan veya verilmeyen bilgi ve belgeler karşı tarafa incelettirilebilir.

(Ek fıkra: 19/6/2010-6000/20 md.) Bu hükümlere göre elde edilen ve gizlilik derecesine sahip bilgi ve belgeler, taraf ve vekillerince mahkeme haricinde, diğer bir maksatla kullanılamaz. Aksine davranışta bulunanlar hakkında ilgili kanun hükümleri saklıdır.”

25. 5/12/1984 tarih ve 14251 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğü giren Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İçtüzüğü’nün 38. maddesi şöyledir:

“Dosyaları incelemek isteyen vekil veya temsilcilerin vekaletname veya temsil belgeleri ile gerektiğinde hüviyetlerini göstermeleri zorunludur. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümleri saklıdır.

Taraflar da hüviyetlerini göstermek suretiyle dosyaları inceleyebilirler .

Dosyalar, ancak ilgili başkan, üye, raportör, Başsavcı, savcı, Genel Sekreter veya birimlerin başkatiplerinin gözetimi altında incelenebilir.

Dava dosyaları içinde bulunan gizli bilgi ve belgeler taraf ve vekillerine gösterilemez.

Tereddüt halinde gizliliğin takdiri; kurul başkanlarına, Başsavcıya veya Genel Sekretere aittir.”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

26. Mahkemenin 26/6/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
nun 23/8/2013 tarih ve 2013/6428 numaralı bireysel başvurusu incelenip gere-
ği düşünüldü:

C. Başvurucunun İddiaları

27. Başvurucu, Van garnizonuna yapılan atamasının iptali istemiyle açtığı davada hukuka aykırı karar verildiğini, savunmaya ek olarak davalı tarafından sunulan gizli ve gizli olmayan delillerin talep edilmesine rağmen incelettirilmeyerek iddia ve savunma hakkını gerektiği ölçüde kullanamadığını, AYİM’in bir ceza mahkemesi niteliği olmamasına rağmen davalı idare tarafından sunulan soruşturma dosyasına itibar ederek suç işlediği yönünde isnatlarda bulunduğunu, AYİM’in kuruluşu ve bünyesindeki sınıf subayları nedeniyle tarafsız ve bağımsız olmadığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş, ihlalin giderilmesi için yeniden yargılama yapılmasını ve uğradığı maddi ve manevi zarara karşılık tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

D. Değerlendirme

28. Başvurucunun şikâyetleri adil yargılanma hakkı ile masumiyet karinesinin ihlaline yönelik olduğundan bu şikâyetlerin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

29. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü ve 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkraları uyarınca, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden kişilere Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı tanınmıştır.

30. Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

"Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz."

31. 6216 sayılı Kanun'un "Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi" kenar başlıklı 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Mahkeme, ...açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir."

32. 6216 sayılı Kanun'un "Esas hakkındaki inceleme" kenar başlıklı 49. maddesinin (6) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz."

1- Kabul Edilebilirlik Yönünden

a- Masumiyet Karinesinin İhlal Edildiği İddiası

33. Başvurucu, AYİM'in bir ceza mahkemesi niteliği olmamasına rağmen davalı idare tarafından sunulan soruşturma dosyasına itibar ederek suç işlediği yönünde isnatlarda bulunduğunu ifade ederek masumiyet karinesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

34. Bakanlık, başvurunun bu kısmının kabul edilebilirliği konusunda herhangi bir görüş bildirmemiştir.

35. Başvurucunun ihlal iddiasına konu olan masumiyet karinesi, Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü, Sözleşme'nin ise 6. maddesinin (2) numaralı fıkralarında düzenlenmektedir.

36. Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz"

37. Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Kendisine bir suç isnat edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır."

38. Masumiyet karinesi, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına alır. Bunun sonucu olarak, kişinin masumiyeti *"asıl"* olduğundan suçluluğu ispat külfeti iddia makamına ait olup, kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemez. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz (B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 26).

39. Bu çerçevede, masumiyet karinesi kural olarak, hakkında bir suç isnadı bulunan ve henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş kişileri kapsayan bir ilkedir. Suç isnadı mahkûmiyete dönüşen kişiler açısından ise, artık *"hakkında suç isnadı olan kişi"* statüsünde olmadıkları için masumiyet karinesi iddiasının geçerli bir dayanağı kalmamaktadır. Ancak ceza davası sonucunda kendisine isnat edilen suçu işlemediğinin sabit olduğu veya suçu işlediğine kesin olarak kanaat getirilemediği ve bu nedenle sanık hakkında beraat kararı verilen durumlarda kişi hakkında masumiyet karinesinin devam ettiğinin kabulü gerekir. Çünkü böyle durumlarda Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü ve Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkraları anlamında kişinin suçluluğu sabit olmamıştır ve bu nedenle kişi suçlu sayılamaz.

40. Masumiyet karinesi, suç isnadının karara bağlandığı yargılamalarda geçerli olduğu için, Sözleşme'nin 6. maddesinde ifade edilen *"medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar"* çerçevesinde değerlendirilen idari davalar, kural olarak masumiyet karinesinin uygulama alanı dışında kalmaktadır. Ancak idari davada uyumsuzluk konusu olan maddi olayın tespitinde idari yargı mercii, aynı maddi olayı ele alan ceza mahkemesinin daha önce verdiği beraat kararına uygun hareket etmelidir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *X/Avusturya*, B. No: 9295/81, 6/10/1982, k.k.; *C/Birleşik Krallık*, B. No: 11882/85, 7/10/1987, kk.). Bu kural, kişi hakkında verilen beraat kararı sorgulanmadığı sürece, aynı maddi olay çerçevesinde daha düşük ispat standardı kullanılarak kişinin disiplin sorumluluğu çerçevesinde yaptırma tabi tutulmasına engel teşkil etmemektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Ringvold/Norveç*, B. No: 34964/97, 11/2/2003, § 38).

41. Bu çerçevede, ceza davası dışında fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyumsuzluklarda, kişi hakkında beraat kararı

verilmiş olmasına rağmen, bu karara esas teşkil eden yargılama sürecine dayanılması ve bu şekilde beraat kararının sorgulanması masumiyet karinesi ile çelişir. Buna karşılık, idari uyuşmazlığın çözümüne esas teşkil etmesi bakımından, kişi beraat etmiş olsa dahi yargılanmış olması olgusundan veya buna ilişkin karardan söz edilmesi, kişinin suçlu muamelesi gördüğünden ve dolayısıyla masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden söz edebilmek bakımından yeterli değildir. Bunun için kararın gerekçesinin bütün halinde dikkate alınması ve nihai kararın, münhasıran kişinin yargılandığı ve sonuçta beraat ettiği fiilleri işlediği kabulüne dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekir (B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 29).

42. Öte yandan, ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile disiplin hukukunun farklı kural ve ilkelere tabi disiplinler olduğunun hatırlanmasında yarar vardır. Buna göre kamu görevlisinin davranışı, suç tanımına uymasının yanı sıra disiplin sorumluluğunu da gerektirebilir. Böyle durumlarda ceza muhakemesi ve disiplin soruşturması ayrı ayrı yürütülür ve ceza muhakemesi sonucunda kişinin isnat edilen eylemi işlemediğine dair hükümler dışında, ceza mahkemesi hükmü disiplin makamları açısından doğrudan bağlayıcı değildir (B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 30). Ancak bu kapsamda yapılan değerlendirmelerde delil yetersizliğine dayalı olsa bile kişi hakkında verilen beraat kararına aykırı olarak kişinin suçsuz olmadığı yönünde değerlendirmelerden kaçınılması gerekir.

43. Kişinin suçluluğunu ima eden ya da kabul eden bir yargı söz konusu olmadıkça, sadece soruşturma açılmış olması da disiplin veya idari yaptırım işlemlerinin başlatılması veya uygulanması için yeterli görülebilir (B. No: 2012/998, 7/11/2013, § 65).

44. Somut olayda, ilçe jandarma komutanlığındaki iki subayın eşleri arasındaki sürtüşme ve lojmanlar bölgesine sivil şahısların giriş çıkışları hakkında yapılan tahkikat neticesinde ilçe jandarma komutanı olan başvurucunun Van garnizonuna ataması yapılmıştır.

45. AYİM, komutanlıkta tahkikatın başvurucunun bildirim sonucunda başlatılmış olsa dahi lojman ve birlikte meydana gelen olayların tamamına vakıf olmamasının bir eksiklik olduğu, alması gereken tedbirleri başta almadığı tespitlerini yaparak başvurucunun atamasının yapılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır.

46. AYİM, kararında yer alan ifadelerde ve atama işlemini incelerken yaptığı hukuki değerlendirmede, başvuru için suçlu ifadesini kullanmamış veya bir suç işlediği tespitinde bulunmamış olup, atama işlemine karşı açılan davayı başvurucunun yönetim eksikliğinden kaynaklanan nedenler ile reddetmiştir.

47. Açıklanan nedenlerle, başvurunun masumiyet karinesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin bir husus saptanmamış olup, başvurunun bu bölümünün “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b- Adil Yargılanma Hakkının İhlali İddiası

48. Başvurucu, davalı idare tarafından AYİM’e sunulan gizli belgelerin incelettilmediğini, AYİM’in kuruluşu ve bünyesindeki sınıf subayları nedeniyle tarafsız ve bağımsız olmadığını ileri sürmüştür.

49. Başvurucunun bu başlık altındaki şikâyetlerinin ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

i. Gizli Belgelerin İncelettilmediği İddiası

50. Başvurucu, davalı idare tarafından sunulan gizli belgelerin kendisine tebliğ edilmediğini, belgelerin incelettilmesi hususunda yaptığı başvurunun reddedildiğini ve bu suretle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

51. Bakanlık görüş yazısında, AYİM’in, davayı karara bağlarken, gizlilik dereceli belgeleri de değerlendirerek hüküm kurduğunu, ancak başvurunun bu belgeleri inceleme talebinin AYİM Genel Sekreterliğince reddedildiğini, bununla birlikte belgeleri inceletmeme işlemine karşı başvurunun itiraz hakkı olduğu bildirildiği halde, gizlilik dereceli belgelerin incelenmemesine ilişkin işleme karşı başvuru tarafından herhangi bir itirazda bulunulmadığını, bu itibarla, başvurunun konuya ilişkin şikâyeti açısından idari ve yargısal yolları tüketip tüketmediğinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

52. Başvurucu cevap dilekçesinde, başvuru formunda yer alan iddialarını tekrar etmiştir.

53. Olayda, AYİM’de görülen davada davalı idare tarafından sunulan gizlilik dereceli belgelerin başvurucuya bildirilmediği, başvurunun AYİM’e yaptığı başvuru hakkında karar verilmeyerek talebin Genel Sekreterliğe gönderildiği, Genel Sekreterlikçe konu hakkında karar verme yetkisinin bulunmadığı belirtilmekle birlikte mahkemenin aldığı karar ilgi gösterilerek talebin reddedildiği ve bu karara itiraz edilmediği görülmektedir.

54. Bireysel başvurunun ikincil niteliği gereği, başvurunun, temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarını öncelikle yetkili idari mercilere ve derece mahkemelerine usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtları zamanında bu mercilere sunması, aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir. Bu şekilde olağan denetim mekanizmaları önünde ileri sürülüp ta-

kip edilmeyen temel hak ve özgürlüklerin ihlaline ilişkin iddialar, Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru konusu yapılamaz (B. No: 2012/1049, 16/4/2013, § 32).

55. Her ne kadar Genel Sekreterlik kararına karşı başvuru itiraz etmemiş ise de hem gizlilik nedeniyle kendisine gönderilmeyen bilgi ve belgelerin incelettirilmesi talebini AYİM Dairesine yapmış olması, hem de 1602 sayılı Kanun'un 52. maddesinde yer alan düzenlemede gönderilmeyen gizli belgelere karşı ilgililerin yapacakları itirazdan çıkan anlamın ilgili Dairesine konu hakkında talepte bulunmaktan farklı bir anlam ifade ettiğinin açık bir şekilde anlaşılmasında ve Genel Sekreterlik kararında da konu hakkında karar alma yetkisinin bulunmamasına rağmen mahkeme kararı ilgi gösterilerek karar alındığının belirtilmesi karşısında, başvuru yollarının tüketilmemesi olarak değerlendirilmesinin ardından Genel Sekreterlikçe talebin reddedilmesinden sonra bu karara itiraz etmemesini, başvuru yollarının tüketilmemesi olarak değerlendirmenin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

56. Bunun yanında Mahkememize yapılan 2013/7611 sayılı bireysel başvuru dosyasında yer alan AYİM İkinci Dairesinin 25/4/2012 tarih ve E.2011/1292 sayılı bilgi ve belgelerin incelettirilmesine dair kararda, ilgili dava dosyasına davalı idare tarafından sunulan ve 1602 sayılı Kanun'un 52. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında olan bilgi ve belgelerin incelettirilmesi yönündeki talep hakkında Genel Sekreterlik aracı kılınmaksızın doğrudan karar verildiği görülmektedir.

57. Bu durumda, başvuru tarafından gizlilik dereceli belgelerin kendisine incelettirilmemesine ilişkin şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun değildir. Kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de görülmeyen bu şikâyet yönünden başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Bağımsız Olmadığı İddiası

58. Diğer taraftan, başvuru, AYİM'in kuruluşu ve bünyesindeki sınıf su-
bayları nedeniyle tarafsız ve bağımsız olmadığını ileri sürerek adil yargılan-
ma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

59. Bakanlık bu iddiaya karşı görüş bildirmemiştir.

60. Başvurucunun ihlal iddialarını kanıtlamadığı, temel haklara yönelik bir müdahalenin olmadığı veya müdahalenin meşru olduğu açık olan başvu-
rular ile karmaşık veya zorlama şikâyetlerden ibaret başvurular açıkça daya-
naktan yoksun kabul edilebilir (B. No: 2012/1334, 17/9/2013, § 24).

61. Anayasa Mahkemesi tarafından bu konu daha önce incelenirken belirtil-

diği üzere, AYİM'in oluşumu, statüsü ve görevleri Anayasa ve ilgili Kanun'da hüküm altına alınmıştır. AYİM'e atanan askeri hâkimlerin bağımsızlığının Anayasa ve ilgili Kanun hükümleri ile garanti altına alındığı, atanma ve çalışma usulleri yönünden, askeri hâkimlerin bağımsızlıklarını zedeleyecek bir hususun olmadığı, kararlarından dolayı idareye hesap verme durumunda bulunmadıkları, disipline ilişkin konuların AYİM Yüksek Disiplin Kurulunca incelenip karara bağlandığı görülmektedir (B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 29). Diğer yandan, sınıf subayı üyelerin en fazla dört yıllık bir süre ile görev yapmaları, disiplin konularında yukarıda bahsedilen Disiplin Kuruluna tabi kılınmaları, görev süreleri zarfında idari veya askeri yetkililerce herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmamaları, bu subayların idareye karşı bağımsızlıklarını güçlendirmiştir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz: Mustafa Yavuz ve Diğerleri/Türkiye (kk.), B. No: 29870/96, 25/5/2000; Bek/Türkiye, B. No: 23522/05, 20/4/2010, § 30).

62. Somut olayda, mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığına ilişkin bir husus saptanmamış olup, başvurunun bu bölümünün *"açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2- Esas Yönünden

63. Başvurucu, davalı idarenin savunma ekinde sunduğu gizlilik dereceli belgelerin incelettilmesi talebinin reddedilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

64. Bakanlık görüş yazısında, başvurucuya gizlilik dereceli belgelerin incelenmemesinin adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği değerlendirilirken konuya ilişkin AİHM kararlarının göz önünde bulundurulması gerektiği değerlendirilmiştir.

65. Başvurucu cevap dilekçesinde, başvuru formunda yer alan iddialarını tekrar etmiştir.

66. Başvuru konusu davada başvurunun gizlilik dereceli belgelerin incelenmediği iddiası çelişmeli yargılama hakkı açısından incelenecektir.

67. Anayasa'nın *"Hak arama hürriyeti"* kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

68. Sözleşme'nin *"Adil yargılanma hakkı"* kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda

kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir.”

69. Yapılan yargılama sırasında tanık dinletme hakkı da dâhil olmak üzere delillerin ibrazı ve değerlendirilmesi adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul edilen silahların eşitliği ilkesi kapsamında kabul edilmekte olup, bu hak ve gerekçeli karar hakkı da makul sürede yargılanma hakkı gibi, adil yargılanma hakkının somut görünümleridir. Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında, ilgili hükmü Sözleşme’nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşmenin lâfzî içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen gerekçeli karar hakkı ve silahların eşitliği ilkesi gibi ilke ve haklara, Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38).

70. Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri silahların eşitliği ilkesidir. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usuli haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelmektedir (B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 32). Kural olarak başvuru, davanın karşı tarafına tanınan bir avantajın kendisine zarar vermiş olduğunu veya bu durumdan olumsuz etkilendiğini ispat etmek zorunda değildir. Taraflardan birine tanınan, diğerine tanınmayan avantajın, fiilen olumsuz bir sonuç doğurduğuna dair delil bulunmasa da silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş sayılır. (Bkz., AİHM, *Zagorodnikov/Rusya*, B. No: 66941/01, 7/6/2007, § 30).

71. Çelişmeli yargılama ilkesi ise taraflara dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir. Bu anlamda, mahkemece tarafların dinlenilmemesi, delillere karşı çıkma imkanı verilmemesi, yargılama faaliyetinin hakkaniyete aykırı hale gelmesine neden olabilecektir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Ruiz-Mateos/İspanya*, B. No.12952/87, 23/06/1993, § 63). Çelişmeli yargılama ilkesi, silahların eşitliği ilkesi ile yakından ilişkili olup, bu iki ilke birbirini tamamlar niteliktedir. Zira çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi durumunda, davasını savunabilmesi açısından taraflar arasındaki denge bozulacaktır. Çelişmeli yargılamanın medeni haklara ilişkin davalarda da kabul ediliyor olması, medeni bir hakka ilişkin yargılamada tarafların duruşmada hazır bulunması da dahil olmak üzere, yargılamanın bütününe aktif olarak katılmalarını gerektirir (B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 25).

72. AİHM, hükme esas olan ve gizli olduğu belirtilen belgelere tarafların erişiminin kısıtlanmasını ihlal sebebi saydığı birçok kararından biri olan *Miran/Türkiye* kararında, Askeri Yüksek İdari Mahkemesinde görülen davada “gizli” ibareli belgelere başvuranın erişiminin imkânsız olmasına ilişkin şikayet yönünden AİHS’in 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (*Miran/Türkiye*, B. No: 43980/04, 21/4/2009). AİHM, benzer bir kararında da “gizli” ibareli belgelere erişimin sağlanmamasının silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle AİHS’in 6/1. maddesinin ihlal edildiğini hükme bağlamıştır (*Güner Çorum/Türkiye*, B. No: 59739/00, 31/10/2006, §§, 21-30).

73. Başvuru konusu olayda, başvuru, atamasının yapılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada Jandarma Genel Komutanlığı tarafından savunmaya ek olarak gönderilen gizli ve gizli olmayan belgelerin kendisine gönderilmemesi üzerine AYİM’den bu belgelerin incelettirilmesi talebinde bulunmuş, AYİM 27/12/2012 tarihinde aldığı karar ile 1602 sayılı Kanun’un 52. maddesinin dördüncü ve altıncı fıkraları ile AYİM İçtüzüğü’nün 38. maddesi uyarınca aşaması itibarıyla dosya hangi birimde ise o birimden belgelerin incelenmesinin talep edilebileceği, ilgili birimin belgeleri incelememesi kararına yapılacak itiraz üzerine AYİM Dairesinin bu konuda bir karar verebileceği, dava dosyasının Genel Sekreterlikte olması nedeniyle bu konuda Genel Sekreterliğin görevli olduğunu belirterek talep hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Bu karar üzerine AYİM Genel Sekreteri 4/1/2013 tarihli kararı ile kendisine 1602 sayılı Kanun’un 52. maddesi uyarınca belgelerin incelettirilmesi hususunda bir yetki verilmemesine rağmen AYİM kararı gereği değerlendirme yapmak zorunda kaldığını ve talebi reddettiğini, karara karşı AYİM Dairesinde itiraz edilebileceğini belirtmiştir. Başvuru bu işleme karşı itiraz etmemiş, AYİM ise 3/7/2013 tarihinde verdiği kararda, 1602 sayılı Kanun’un 52. maddesi uyarınca gönderilen belgeleri (tarafların ifadesi ve idari tahkikat raporu), dava dilekçesi ve lahiyaları değerlendirerek davayı reddetmiştir.

74. Ceza davaları ile medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davaların usul kuralları da dâhil olmak üzere yargılamanın tüm aşamalarında silahların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılama hakkının güvence altına alınarak adil yargılanma hakkının korunması hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Asıl kural tarafların eşit şartlarda yargılamaya katılımının sağlanması, gösterdikleri kanıtlardan ve sundukları görüşlerden bilgi sahibi olması ve bunlarla ilgili görüşlerini bildirebilme imkânının verilmesi olup kamu güvenliği, misilleme riski altında olan şahitlerin korunması, soruşturma usullerinin gizli tutulması gibi bazı istisnaların yargılama usulünde yer alması mümkündür. Bu durumda dahi verilmeyen veya karartılan bilgi ve belgelere karşı ilgilinin mahkeme-

ye itirazda bulunabilme imkânı getirilmesi adil yargılanmanın garanti altına alınması için bir gerekliliktir. Bu hususlar 1602 sayılı Kanun'un 52. maddesinde değişiklik yapan 19/6/2010 tarih ve 6000 sayılı Kanun'un genel gerekçesi ile madde gerekçesinde de ifade edilmiş olup, değişikliğin sebebi olarak da AİHM'in 31/10/2006 tarihinde verdiği *Aksoy (Eroğlu)/Türkiye* kararı gösterilmiştir.

75. 6000 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle 1602 sayılı Kanun'un 52. maddesinin dördüncü fıkrası değiştirilmiş ve maddeye beş ve altıncı fıkralar eklenmiştir. Yapılan bu yeni düzenlemede; dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin taraf ve vekillerine açık olduğu, ancak mahkeme tarafından getirilen veya idarece gönderilen bilgi, belge ve dosyalardan, başka şahıs ve makamların özel bilgileri ile şeref, haysiyet ve güvenliğinin korunması veya idarenin soruşturma metotlarının gizli tutulması maksatlarıyla taraf ve vekillerine incelettirilmemesi kaydı konulanlar ile personelin özlük dosyasındaki dava konusu haricindekilerin taraf ve vekillerine incelettirilemeyeceği, taraf ve vekillerine incelettirilemeyecek nitelikteki bilgi ve belgeler; bulundukları yer itibarıyla taraf ve vekillerine açık olan diğer evraktan ayrılamaz nitelikte iseler, incelettirilecek suretleri, ilgili bölümleri idare tarafından karartılarak ayrıca gönderileceği, davacı taraf veya vekilinin, karartılan veya verilmeyen bilgi ve belgelerin savunmaya esas teşkil edecek unsurlar olduğu iddiası ile mahkemeye itiraz edebileceği, bu itirazın, mahkeme tarafından incelenerek haklı görülen hususlarda, mahkemenin belirleyeceği çerçevede daha önce karartılan veya verilmeyen bilgi ve belgelerin karşı tarafa incelettirilebileceği kural altına alınmıştır.

76. Somut olayda, AYİM'de görülen davada davalı idare tarafından sunulan gizlilik dereceli belgelerin başvurucuya bildirilmediği, başvurucunun AYİM'e yaptığı başvuru hakkında karar verilmeyerek talebin Genel Sekreterliğe gönderildiği, Genel Sekreterlikçe konu hakkında karar verme yetkisinin bulunmadığı belirtilmekle birlikte mahkemenin aldığı karar ilgi gösterilerek talebin reddedildiği ve bu karara itiraz edilmediği görülmektedir.

77. Bu durumda, başvuru, kendisine bildirilmeyen ve hükme esas alındığı görülen belgelerin incelettirilmesi için 1602 sayılı Kanun'da öngörülen usule göre AYİM'e başvuru yapmış olup, gizlilik dereceli belgelerin, başka şahıs ve makamların özel bilgileri ile şeref, haysiyet ve güvenliğinin korunması veya idarenin soruşturma metotlarının gizli tutulması veya benzeri haklı görülebilecek hususlar nedeniyle başvurucunun incelemesine açılmadığını ortaya koyacak hiçbir argümanın Genel Sekreterlik veya AYİM kararında ortaya konulmadığı, bu hususların değerlendirmeye alınmasına imkân dahi vermeyecek şekilde gereksiz olarak talebin reddedildiği görülmekle

olayda, başvuruçunun davalı idarenin savunması ekinde sunulan ve AYİM kararında hükme esas alınan gizlilik dereceli belgelerin incelettilmemesi nedeniyle silahların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılama hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

78. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, başvuruçunun, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

79. Başvuruçucu, adil yargılanma hakkına yapılan ihlalinin giderilmesi için yeniden yargılama yapılmasına, uğradığı maddi ve manevi zararların tazminine karar verilmesini talep etmiştir.

80. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuruçucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

81. Başvuruya konu yargılamada davalı idare tarafından gönderilen gizlilik dereceli belgelerin başvuruçuya incelettilmeyererek bu belgeler hakkında görüş vermesinin engellenmesi nedeniyle başvuruçunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiği tespit edilmiş olup, bu ihlal ve ihlalin sonuçları yeniden yargılama yapmak suretiyle giderilebilecek niteliktedir.

82. Başvuruçucu uğradığını ileri sürdüğü maddi ve manevi zararların tazmini talebinde bulunmuş ise de, Mahkemece yargılananın yeniden yapılmasına karar verildiğinden bu aşamada talebin reddedilmesi gerekir.

83. Başvuruçucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 TL başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvuruçuya ödenmesine, ihlal ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için kararın bir örneğinin AYİM Birinci Daire Başkanlığına gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun

1. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bağımsız olmadığı şikâyetinin “*açıkça dayanaktan yoksun olması*”,

2. Masumiyet karinesinin ihlal edildiği şikâyetinin “*açıkça dayanaktan yoksun olması*”,

nedenleriyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA**,

3. Gizlilik dereceli belgelerin tebliğ edilmediğine ilişkin şikâyetinin **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA**,

B. Gizlilik dereceli belgelerin tebliğ edilmemesi nedeniyle adil yargılanma hakkının **İHLAL EDİLDİĞİNE**,

C. İhlal ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için kararın bir örneğinin AYİM Birinci Daire Başkanlığına **GÖNDERİLMESİNE**,

D. Başvurucunun tazminata ilişkin taleplerinin **REDDİNE**,

E. 198,35 TL başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin **BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE**,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

26/6/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Alparslan ALTAN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
M. Emin KUZ

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2012/931

Karar Tarihi: 26/6/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Zehra Ayla PERKTAŞ Burhan ÜSTÜN Erdal TERCAN Zühtü ARSLAN
Raportör	: Recep ÜNAL
Başvurucu	: Zekiye ŞANLI
Vekili	: Av. Ebru TARAKÇI ÇİMEN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, 17/7/1964 tarih ve 506 sayılı mülga Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesine, 13/2/2011 tarih ve 6111 sayılı Kanunla eklenen beşinci fıkra ile devam eden yargı süreçlerine müdahale edilerek adil yargılanma, sosyal güvenlik ve mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 29/11/2012 tarihinde Ankara 11. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde, belirlenen eksiklikler tamamlanmış ve Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca, 18/3/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Birinci Bölümün 24/7/2013 tarihli ara kararı gereğince başvurunun, kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 30/7/2013 tarihinde Bakanlığa bildirilmiştir. Bakanlık görüş yazısı, 25/9/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunulmuş ve 9/10/2013 tarihinde başvuru vekiline tebliğ edilmiş olup, başvuru Bakanlık görüşüne karşı cevap dilekçesini 23/10/2013 tarihinde sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru dilekçesi ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

7. Başvurucu, Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığında (Banka) çalıştığı süre zarfında, 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesi uyarınca kurulmuş bulunan T. Vakıflar Bankası T.A.O. Memur ve Hizmetlileri Emekli Sağlık Yardım Sandığı Vakfına (Vakıf) ödediği primler karşılığında 27/6/1995 tarihinde emekliliğe hak kazanmış olup, hâlihazırda adı geçen sandıktan emekli aylığı almaktadır.

8. Vakıf, kanunla kurulan sosyal güvenlik kurumları dışında kalan, ancak onlara denk kabul edilen bir tüzel kişilik olup, sandık mensupları bakımından zorunlu sosyal güvenlik kurumu niteliğindedir.

9. Vakfın amacı, Vakıf Senedi'nin 4. maddesinde şöyle ifade edilmiştir.

"...

a) İş bu vakıf senedi hükümleri dairesinde üyelerin emeklilik, malullük, ölüm, hastalık, analık, iş kazaları ve meslek hastalıkları hallerinde ve eş ve çocukları ile üyenin geçindirmekle yükümlü bulunduğu ana ve babasının hastalıklarında, Sosyal Sigortalar Kanunları ile temin edilen yardımlardan az olmamak üzere hak sahiplerine yardımda bulunmak;

..."

10. Vakfın gelirleri, sandık üyelerinin aylıklarından yapılan prim kesintilerinden ve diğer gelirlerden oluşmaktadır. Banka da her ay, aynı esaslar çerçevesinde hesaplanan tutarı işveren hissesi olarak Vakfa aktarmaktadır.

11. Vakıf, üyelerine yapacağı yardımın miktarını ve dolayısıyla emekli aylıklarına ilişkin artışları, Vakıf Senedi'nde yazılı hükümler çerçevesinde tek taraflı olarak belirlemekte olup, bunun 506 sayılı Kanunla belirlenmiş asgari standardın altına düşmemesi gerekmektedir.

12. Sandık üyeleri, yapılan artışların 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine uygun bir şekilde yapılmadığı gerekçesiyle Vakıf aleyhine iş mahkemeleri önünde alacak davaları açmışlardır. Bu davalar sonucunda 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesinin nasıl anlaşıp uygulanacağı konusunda bir yargısal içtihat yerleşmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun (HGK) bu çerçeveyi çizen, 24/3/2010 tarih ve E.2010/10-155, K.2010/170 sayılı kararı şöyledir:

"Görüldüğü gibi, 506 Sayılı Yasa, banka zorunlu sandıkları için bir alt sınır oluş-

turur.

*Bu husus, 506 Sayılı Yasa'nın Geçici 20. Maddesinde; '...' hükmünden anlaşıl-
maktadır.*

*Öte yandan çözülmesi gereken sorun, anılan maddede değinilen alt sınırın ne
anlama geldiği hususudur. Yani bu alt sınırın belirlenmesinde Yerel Mahkemece
belirtildiği gibi fiilen ödenen yaşlılık aylığı miktarı bazında mı düşünülecek, yoksa
Özel Daire bozma ilamında değinildiği üzere, yaşlılık aylığı artış oranlarının kıyas-
lanması suretiyle mi hareket edilecektir?*

*Sosyal hukuk devleti ilkesi içerisinde Devletin görevi, zorunlu yardım sandıkla-
rını, başı boş bırakmak değil, onların güçlenmesini sağlamak ve bu yolla ilgililerin
sosyal güvenlik haklarını güvence altına almaktır. Bu kuruluşlar, Devletin asli gö-
revi olan sosyal güvenliği sağlama yükümünü, onun adına yerine getirdiğine göre,
devletin bu sandıklar üzerinde, tesis senetlerinden ve senetlerin içeriğinden, mali
durumlarına kadar geniş bir alanda denetim ve gözetim hakkının bulunması da
olağandır.*

*Davalı Vakfın gayesi gözetildiğinde, yıllarca yüksek prim ödeyerek emekli olan
davalı sandık mensuplarının aylıklarına daha düşük oranlarda zam yapılarak, yaşlı-
lık aylıklarının daha düşük prim ödeyerek emekli olan 506 Sayılı Yasa'ya tabi olarak
yaşlılık aylığı alanların aylıkları ile eşitlenmesi düşünülemez. Geçici 20. madde zo-
runlu banka sandıkları için bir güvence getirdiğine göre, bu durum mensuplarına
yapılacak yaşlılık aylığı artışlarının da en az 506 Sayılı Yasa'ya tabi olanlara uygu-
lanacak artış oranları kadar olması sonucunu doğuracaktır.*

*Kaldı ki, yargılama sırasında 16.6.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5510 Sayılı
Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Geçici 20. maddesinde
'...506 Sayılı Yasa'nın Geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıkların bu maddenin
yayımlı tarihinden itibaren 3 yıl içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na devredileceği
ve bu kanun kapsamına alınacağı...' hususu düzenlenmiştir. Anılan madde hükmü
de gözetildiğinde, 506 Sayılı Yasa mensuplarına sağlanan aylık artış oranlarına
ilişkin hakların davalı sandıklara tabi olanlara uygulanmasının 506 Sayılı Yasa'nın
Geçici 20. maddesinin konuluş ruhuna aykırı olmayacaktır.*

*Neticeten, Özel Daire bozma ilamında da belirtildiği gibi, Hukuk Genel Kurulu
görüşmeleri sonucunda, 506 Sayılı Yasa'nın Geçici 20. maddesinde değinilen alt
sınır belirlenmesinde, davalı Vakfın bağladığı aylıklara yapılan artış oranlarının,
SGK (Devredilen SSK) sigortalılarına bağlanan yaşlılık aylıklarına yapılan artış
oranları ile karşılaştırılması suretiyle bulunması gerektiği, artış oranının, 506 sa-
yıllı Yasa uyarınca yaşlılık aylığı alanlara yapılan artış oranından daha az olması
durumunda, davalı Sandık yönünden yaşlılık aylığı artış oranı konusunda ek yü-
kümlülük doğacağından, Vakıf Senedindeki düzenlemelere göre aylıklarında artış*

olan kimselerin, ayrıca 506 Sayılı Yasa'nın aylık artışlarına dair hükümlerinden de yara(r)lanmaları gerekeceği kanaatine varılmıştır."

13. 1/7/2002 tarihinden 2005 yılının sonuna kadar başvurucunun emekli aylığında artış yapılmamıştır. Başvurucu bu nedenle Ankara 4. İş Mahkemesinde (İş Mahkemesi) Vakıf aleyhine 30/1/2009 tarihinde açtığı alacak davası ile *"ek-sik ödenen yaşlılık aylıklarının tespit edilerek davalıdan tahsiline karar verilmesini"* talep etmiştir.

14. Bilirkişi tarafından İş Mahkemesine sunulan 13/1/2011 tarihli raporda, başvuru ile ilgili olarak 1/6/2002 – 1/1/2009 tarihleri arasındaki toplam eksik ödemenin 35.103,59 TL olduğu tespit edilmiştir.

15. 13/2/2011 tarih ve 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 53. maddesiyle 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine eklenen beşinci fıkra ile aynı maddenin sandık emeklilerine yapılacak yardımların düzenlendiği birinci fıkrasının (b) bendinin uygulanmasında, yardımların sağ-lanması ve bağlanması yönünden alt sınırın belirlenmesinde muadil miktar karşılaştırmasının esas alınacağı, bunun mevcut davalara da uygulanacağı düzenlenmiştir.

16. 6111 sayılı Kanun, 25/2/2011 tarih ve 27857 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

17. İş Mahkemesi, 8/3/2012 tarih ve E.2009/125, K.2012/517 sayılı kararı ile 6111 sayılı Kanun'un 53. maddesi ile 506 sayılı Kanun'un geçici 20. madde-sine eklenen fıkradaki düzenleme nedeniyle başvurucunun davasını reddet-miştir. Kararının gerekçesi şöyledir:

"... 25.02.2011 tarih 27857 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6111 sayılı Kanunun 53. maddesi ile 506 sayılı Kanunun geçici 20. maddesine ekle-nen yeni fıkra ile '...' hükmünün öngörülmesi karşısında, alt sınırın belirlenmesin-de, Vakıf emeklisi ile emsal durumda bulunan SSK emeklisine ödenen yaşlılık aylığı miktarı ile Vakıf emeklisine ödenen yaşlılık aylığı miktarlarının karşılaştırılmasının yapılmasına, yapılacak karşılaştırma sonucu SSK emeklisine ödenen aylığın Vakıf emeklisine ödenen aylıklardan fazla olması durumunda, davalı Vakıf yönünden yaş-lılık aylığı miktarı konusunda ek yükümlülük doğacağından aradaki farkın Vakıf emeklisine ödenmesinin gerekir.

... tüm dosya kapsamından, dava konusu dönemde Vakıf emeklisi davacıya, Vakıf senedi hükümlerine uygun olarak ödenen aylıkların, emsali durumda olan SSK emeklisine ödenen aylığın ve uygulanan maaş artışlarının altına düşmediği kana-atine varılmış ve mahkememizce verilen benzer dosyalardaki bilirkişi raporları ile

kararlar da dikkate alınarak bu dosyamız için sunulan bilirkişi ... rapor ve ek raporlarının dosya kapsamına uygun bulunmadığı sonucuna varılıp açılan davanın reddine ..."

18. Başvurucunun temyiz yoluna başvurması üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 9/10/2012 tarih ve E.2012/11783, K.2012/18117 sayılı kararıyla anılan İş Mahkemesi kararının "düzeltilecek onanmasına" karar vermiş ve bu şekilde başvuru yolları tüketilmiştir. Yargıtayın düzelterek onama gerekçesi şöyledir:

"...

Ancak, açıldığı tarihteki mevzuat hükümlerine uygun olan davanın, yasal dayanağını oluşturan düzenlemenin, yargılama sürecindeki yasa değişikliğiyle ortadan kalkması nedeniyle reddinde, tarafların sorumluluğu bulunmadığı halde; her davanın açıldığı tarihteki koşullara göre değerlendirileceği yönündeki usul kuralından hareketle davacının, davada haksız çıkan taraf olarak nitelenip vekalet ücretiyle sorumluluğuna hükmedilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Ne var ki, bu yanlışlığın giderilmesi, yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, hüküm bozulmamalı, ... 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesi gereğince düzeltilecek onanmalıdır.

"..."

19. Onama kararı, başvurucuya 12/12/2012 tarihinde tebliğ edilmiş olup başvuru bu tarihten önce, 29/11/2012 tarihinde, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

20. 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi şöyledir:

*"...b) Bu personelin, iş kazalarıyla meslek hastalıkları, hastalık, analık, malûllük, yaşlılık ve ölüm, eşlerinin analık, eş ve çocuklarının hastalık hallerinde, **en az bu kanunda belirtilen yardımları sağlayacak...**"*

21. 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine, 6111 sayılı Kanun'un 53. maddesiyle eklenen (beşinci) fıkra şöyledir:

*"... Birinci fıkranın (b) bendinin uygulanmasında, yardımların sağlanması ve bağlanması yönünden **alt sınırın belirlenmesinde muadil miktar karşılaştırması esas alınır.** Ancak, gelir ve aylıkların artırılmasında 506 sayılı Kanuna göre bağlanan gelir ve aylıkların artırımına ilişkin hükümler devir tarihine kadar uygulanmaz. 5510 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesinin onikinci fıkrasında yer alan sınırlama dâhilinde sandıkların kuruluş senetlerinde yer alan hükümler ve*

sandıkların uygulamaları saklıdır. Bu hüküm, yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda ve görülmekte olan davalar hakkında da uygulanır...”

22. Ana muhalefet partisi, Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle anılan kanuni düzenlemenin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuş olup, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 9/5/2013 tarihli toplantısında, E.2011/42 sayılı dosya kapsamında iptal başvurusunu görüşmüştür. Anayasa Mahkemesinin kararı şöyledir:

“2- Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, 506 sayılı Kanun’un geçici 20. maddesinde belirtilen sandıkların, bağlı bulundukları kuruluşların personeli hakkında yasal düzenleme alanı içinde SGK’nın yüklendiği görevleri, sağladığı hakları, o düzeyin altına düşmemek üzere yüklenmiş kuruluşlar olduğu, bunların görev ve yükümlülüklerinin kanunla belirlendiği, mahkemeler tarafından vakıf sandıklarınca bağlanan aylıklara yapılan artışın oran olarak alt sınırının 506 sayılı Kanun uyarınca aylık alanlara yapılan artış oranından az olmaması gerektiği yönünde kararlar verildiği, eklenen fıkra ile alt sınırın belirlenmesinde miktar karşılaştırmasının esas alınmasının öngörüldüğü, bunun ise kazanılmış hakları ortadan kaldırdığı, yasaların geriye yürümeyeceği ilkesine aykırı olduğu ve görülmekte olan davaları geçersiz kıldığı, sandık kapsamındaki sigortalıların emekli maaş artışı konusunda açmış oldukları davalardan bir kısmının kesinleştiği bir kısmının ise hâlen devam ettiği ve düzenleme ile görülmekte olan davaların ortadan kaldırıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa’nın 2. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından birisi kanunların hukuk güvenliğini sağlaması, bu doğrultuda geleceğe yönelik, öngörülebilir kurallar içermesi gerekliliğidir. Bu nedenle, hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak kanunlar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gereği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayırıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.

Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkelerinden birisi olup, hukuk

güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni kanundan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir. Kanunlarda yapılan değişiklikler kazanılmış hakları etkilemediği ve hukuk güvenliğini zedelediği sürece bu değişikliklerin hukuk devleti ilkesine aykırı oldukları ileri sürülemez.

Anayasa'nın 138. maddesinde hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri, hiç bir organ, makam, merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı, görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda bulundukları, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunları yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükme bağlanmıştır.

Yasama organının mahkeme kararlarını değiştirememesi ilkesi yasama organının kanun yoluyla kesinleşmiş olan kararları ortadan kaldıramaması anlamına gelir. Mahkeme kararının kanun yoluyla değiştirilememesi ilkesi, maddi hukukta herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece somut mahkeme kararlarının kanun yoluyla değiştirilmesi ya da uygulanmasının engellenmesi hâlleri için söz konusu olacaktır.

506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesinde, bazı kuruluşlara personelinin sosyal güvenliğini sağlaması amacıyla vakıf veya dernek şeklinde sandık kurabilme yetkisi verilmiştir. Maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde, bu madde uyarınca kurulan sandıkların üyelerine en az 506 sayılı Kanun'da belirtilen yardımları sağlayacağı belirtilmiştir.

Kural, sandıklarca sağlanan yardımların SGK sigortalısına sağlanan yardımlardan aşağı olmaması yönündeki hükmün uygulanmasında, yardım miktarları dışında aylık artış oranlarının da SGK sigortalısının aylık artış oranlarından aşağı olamayacağı yönünde ortaya çıkan ihtilafların giderilmesi amacıyla getirilmiştir. Düzenlemeyle, sandıkların sağladıkları yardımın alt sınırının belirlenmesinde muadil miktar karşılaştırmasının esas alınacağı belirtilmek suretiyle mevcut hükümden ne anlaşılması gerektiği ve maddenin lafzına ve amacına uygun nasıl uygulanacağı konusu açıklığa kavuşturulmuştur.

Vakıf senedi gereği üyelerine sağladıkları yardımlardaki artış oranını SGK tarafından uygulanan oranın altında tutan vakıf sandıklarının bu uygulamasını onun mali yapısını ve aktüeryal dengesini sağlam tutmaya yönelik bağımsız bir kararı olarak görmek gerekmektedir. Dolayısıyla, sandıkların alt sınır kuralını ihlal etme-

dikleri sürece, sağladıkları yardımlar için SGK'dan daha düşük artış oranı belirleyebilmeleri mümkün görülmelidir. Aksi hâlde sandığın asli görevi olan üyelerinin sosyal güvenliğini sağlama fonksiyonu tehlikeye girecektir.

Kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi ve kazanılmış hakları ihlal etmemesi Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Vakıf sandıklarının mali yapısını ve aktüeryal dengesini sağlam tutarak üyelerinin sosyal güvenliğini sağlama yönündeki asli görevini yerine getirebilmesinin tehlikeye girmemesi için mevcut kanun hükmünün uygulanmasına ilişkin olarak ortaya çıkan ihtilafların giderilmesi amacıyla yapıldığı hususu göz önünde bulundurulduğunda, yeni bir uygulama getirmeyen ve sadece sandıkların sağladıkları yardımın alt sınırı belirlenirken muadil miktar karşılaştırmasının esas alınacağı belirtilmek suretiyle mevcut hükümden ne anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturan kural, kamu yararı amacıyla getirilmiş olup, Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, söz konusu sandıklar tarafından bağlanan aylık ve gelirlerin artırılmasında muadil miktar karşılaştırmasının esas alınmasının sağlanmasına yönelik düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda da uygulanacağı öngörülerek geriye yürütülmesi, sandık tarafından yapılan yardımlarda alt sınırın hatalı belirlenmesi sonucu aleyhine uygulamada bulunulan sandık üyelerinin haklarının ihlal edilmemesi amacıyla kabul edildiği anlaşıldığından, hukuk güvenliği ilkesini ihlal eden bir durum da bulunmamaktadır.

Kanun koyucu tarafından bir kanun hükmünün farklı yorumlanmasından kaynaklanan ihtilafları gidermek amacıyla yapılan düzenlemelerin söz konusu ihtilaf nedeniyle açılmış ve düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla henüz sonuçlanmamış davalar hakkında da uygulanmasını sağlamak amacıyla getirilen kuralın, yargılamanın ne yönde yapılacağı veya belirli somut bir uyuşmazlığı nasıl karara bağlayacağı hususunda bir ifade içermediği gibi hâkimlerin görevlerini bağımsızlık içinde yapmalarını, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vermelerini engelleyen ve yargı yetkisinin kullanılması bakımından mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat verilmesine yol açan bir yönü de bulunmamaktadır.

Her kanunun muhatapları ve uygulayıcılar açısından uyulması zorunlu emirler niteliğinde olması hukuk kurallarının normatif doğasından kaynaklanır. Bir hukuk devletinde her kamusal yetkinin hukuka uygun kullanılması gerektiği gibi mahkemelerin de önlerine gelen uyuşmazlıklar hakkında karar verirken ilgili kanunlara

uyuma yükümlülüğü vardır. Bu nedenle sandıklarca yapılacak yardımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları karara bağlarken mahkemelerin uymaları gereken esasları belirleyen kuralın yargı bağımsızlığını ihlal edici nitelikte olduğu söylenemez.

Öte yandan, sandıkça ödenecek gelir ve aylıklar nedeniyle açılacak davaların kazanılmış hak doğurması, davada, sigortalı lehine karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesiyle söz konusu olacaktır. Anılan uyuşmazlıklarla ilgili olarak dava açılmış olması, o ihtilaflın sigortalı lehine sonuçlanacağı anlamına gelmeyeceği gibi bu kişiler için kazanılmış herhangi bir haktan da söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR maddenin tümü yönünden; Mehmet ERTEN ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT maddenin dördüncü cümlesi yönünden; Serruh KALELİ ile Zehra Ayla PERKTAŞ ise maddenin dördüncü cümlesinin '...yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda ve...' bölümü yönünden bu görüşe katılmamışlardır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 26/6/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
nun 29/11/2012 tarih ve 2012/931 numaralı bireysel başvurusu incelenip gere-
ği düşünüldü:

C. Başvurucunun İddiaları

24. Başvurucu, yüksek miktarda prim ödemesine rağmen daha düşük mik-
tarda prim ödeyenlerle aynı miktarda emekli aylığı almak zorunda bırakıldı-
ğını, bu çerçevede 6111 sayılı Kanun'un 53. maddesi ile 506 sayılı Kanun'un
geçici 20. maddesine eklenen fıkra ile Vakfa ödediği primlere el konulduğunu
ve belirtilen kanuni düzenlemenin devam eden davalara da uygulanmasına
ilişkin hükmünün İş Mahkemesinde açtığı alacak davasının dayanağı olan
ve lehine olan Yargıtay içtihatlarını uygulanamaz hale getirdiğini, sonradan
çıkarılan Kanunla devam eden yargı sürecine müdahale edildiğini, sonuç iti-
barıyla kendisinden tahsil edilen primlerin yarısının emekli aylığına yansıtıl-
madığını belirterek Anayasa'da güvence altına alınan adil yargılanma, mülki-
yet ve sosyal güvenlik haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştü, anılan Kanun
hükmünün iptali ve tazminat taleplerinde bulunmuştur.

D. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiği İddiası

25. Başvurucu, yüksek miktarda prim ödemesine rağmen daha düşük mik-
tarda prim ödeyenlerle aynı miktarda emekli aylığı almak zorunda bırakıldı-

ğını, bu çerçevede 6111 sayılı Kanun'un 53. maddesi ile 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine eklenen fıkra ile Vakfa ödediği primlere el konulduğunu belirterek, Anayasa'da güvence altına alınan mülkiyet ve sosyal güvenlik haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun aynı olay ve olgulara dayanan belirtilen ihlal iddialarının, mülkiyet hakkı çerçevesinde incelenmesi gerekir.

26. Bakanlık görüş yazısında, emeklilik maaşına veya diğer sosyal güvenlik haklarına sahip olmanın 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamına girdiği, bu kapsamdaki menfaatin kısıtlanması hakkın özünü etkilese de, bu hükmün bireyin belirli bir miktarda emeklilik maaşı alma hakkı ya da iç hukukta yer almayan emekli maaşı veya diğer sosyal güvenlik haklarına sahip olmayı da garanti ettiği anlamının çıkarılmaması gerektiği, ancak sözleşmecî devletin yürürlükteki mevzuatında, önceden prim ödeme şartıyla veya şartsız olarak sosyal yardım şeklinde bir ödeme yapılmasının öngörülmüş olması halinde, bu mevzuatın şartlarını yerine getiren kişiler bakımından 1. madde kapsamına giren mülkiyetle ilgili bir menfaat doğduğunun kabul edilmesi gerektiği, davayı açtığı tarihte ve özellikle davanın devamı sırasında geçerli olan Yargıtay içtihatları göz önünde bulundurulduğunda, başvurucunun eksik ödenen emekli maaşlarını alabileceğine dair meşru bir beklentisi olduğunun düşünüldüğü bildirilmiştir.

27. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyan dilekçesinde, Bakanlık görüşünde mağduriyetinin, talebinin ve dava aşamalarının doğru olarak tespit edildiğini, meşru beklentisinin var olduğunu bildirmiştir.

28. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun esasının incelenmesi mümkün değildir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

29. Başvurucunun ihlal iddiasına konu olan mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35. ve Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün (1 No'lu Protokol) 1. maddesinde düzenlenmiştir.

30. Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

31.1 No’lu Protokol’ün 1. maddesi şöyledir:

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasadaki öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakla hâlel getirmez.”

32. Anayasa’nın 35. maddesi kapsamındaki mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvuru, böyle bir hakkın varlığını kanıtlamak zorundadır. Bu nedenle, öncelikle başvuru, Anayasa’nın 35. maddesi uyarınca korunmayı gerektiren mülkiyete ilişkin bir menfaate sahip olup olmadığı noktasındaki hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekir (B. No. 2013/382, 16/4/2013, § 26).

33. Mülkiyet hakkı kişinin şahsında mündemiç olmayıp, Anayasa’nın 35. maddesi kapsamında hukuki korumadan istifade edilebilmesi açısından, öncelikle mülkiyet hakkının var olması aranır. Anayasa’nın 35. maddesi ile 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesi mülk edinme talebini değil, kişinin var olan mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Bu durum hakkın kazanılmış olması veya mevcut olması şeklinde de ifade edilebilir.

34. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında, nelerin mülkiyet hakkına konu olabileceği hususunda, mevzuat hükümlerinden ve derece mahkemelerinin bunlara ilişkin yorumundan bağımsız olarak “özerk bir yorum” esas alınmaktadır (bkz. *Depalle/Fransa* [BD], B. No: 34044/02, 29/3/2010 § 62; *Anheuser-Busch Inc./Portekiz* [BD], B. No: 73049/01, 11/1/2007, § 63; *Öneryıldız/Türkiye* [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004, § 124; *Broniowski/Polonya* [BD], B. No: 31443/96, 22/6/2004, § 129; *Beyeler/İtalya* [BD], B. No: 33202/96, 5/1/2000, § 100; *Iatridis/Yunanistan* [BD], B. No: 31107/96, 25/3/1999, § 54).

35. Anayasa’nın 35. maddesi ile 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinin koruma alanı içinde yer alan menfaatlerin kapsamına, mevcut bir mülk (“*existing possessions*”) girebileceği gibi alacak hakları (AYM, E.2000/42, K.2001/361, K.T. 10/12/2001; AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 24/9/2008) veya kesin bir şekilde tanımlanmış talep hakları (“*claims*”) da girebilir. Bu kapsamda bir alacak hakkı ya da talebin, mülkiyet hakkı kapsamında korunması için mahkeme hükmü, hakem kararı veya idari karar gibi yeterli derecede icra edilebilir kılınması halinde bir “mülk” teşkil edebilir (Benzer yöndeki AİHM kararı için

bkz. *Krstić/Sırbistan*, B. No: 45394/06, 10/12/2013, § 76). Ancak, hakkın tam olarak kazanılmamış olduğu bazı hallerde, özellikle ekonomik hayatın gerekleri ve hukuki güvenlik anlayışı, hakkın ileride mevcut olacağına dair hukuki umudu ifade eden bir kısım meşru beklenti hallerinin de mülkiyet hakkının güvence kapsamına dâhil edilmesi gereğini ortaya koymaktadır. Ancak bu hallerde, hakkın kazanılacağı yönünde salt bir umudun ötesinde kişinin, hakkın mevcudiyeti yönünde meşru bir beklentisi olması gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Maltzan ve Diğerleri/Almanya* (k.k.) [BD], B. No: 71916/01, 71917/01, 10260/02, 2/3/2005, § 74).

36.Bu şekildeki bir beklentiye vücut verebilecek ve talep halindeki bir malvarlığı yararının Anayasa'nın 35. maddesi anlamında kıymet oluşturmamasını sağlayabilecek unsurlardan biri, bu talebi destekleyen yerleşik içtihat gibi bir hukuksal temelin bulunmasıdır. Ancak sırf bir yargı yerine başvurularak dile getirilen talepler yeterli temel sağlamaktan uzaktır. Önemli olan, bahsedilen hukuki dayanağın Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında sağlanan güvenceyi aktif hale getirebilecek yeterlilikte olmasıdır (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Kopecky/Slovakya*, B. No: 44912/98, 28/9/2004, § 52; *Draon/Fransa* [BD], B. No: 1513/03, 6/10/2005, § 68; *Maurice/Fransa* [BD], B. No: 11810/03, 6/10/2005, § 66; *Özden/Türkiye*, B. No: 11841/02, 3/5/2007, § 27).

37.Yukarıda yer verilen tespitler uyarınca, başvuru tarafından hakkın mevcudiyeti veya bu yönde meşru bir beklentinin bulunduğu ortaya konulmalıdır.

38.Başvurunun konusu, başvuru kişinin daha önce tahakkuk etmiş olan emekli aylığı veya bu aylığın miktarından öte, bu aylığa daha önce yapılması gerekirken yapılmadığını iddia ettiği artış oranından kaynaklanan fark nedeniyle oluşan alacak hakkına ilişkin beklentilerinin karşılanmamasıdır. Mülkiyet hakkını güvence altına alan Anayasa'nın 35. maddesinin, belirli bir miktar emekli aylığı almaya ilişkin olarak bireylere talep hakkı sağlamadığı açıktır. Ancak bu yöndeki bir talebin, kanuni düzenleme ve içtihatlarla yeterli dayanağa sahip olması halinde, Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülk oluşturduğu kabul edilebilir. Bir başka ifadeyle mülk edinme yönündeki bir beklenti, ancak hukuken belli bir dayanağa sahip olduğu takdirde, belli koşullar altında mülk olarak nitelendirilebilir. Aynı doğrultuda, hukuk sistemi bireylere sosyal güvenlik hakkı ve buna ilişkin menfaatleri sağlamaya yönelik düzenlemeler içerdiği takdirde bu konuda bir mülkiyet hakkı oluşmakta, yargısal içtihatlarla paralel olarak, ilgili mevzuatın aradığı şartları yerine getiren bireyin, Anayasa'nın 35. maddesi kapsamına giren mülkiyetle ilgili bir menfaatinin doğduğunun kabulü gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Arras ve Diğerleri/İtalya*, B. No: 17972/07, 14/2/2012, § 76; *Klein/*

Avusturya, B. No. 57028/00, 3/3/2011, § 41-47). Bu noktada değerlendirilmesi gereken husus, başvurunun aylığına yapılması gerektiğini iddia ettiği artış oranına ilişkin hukuki beklentisinin, Anayasa'nın 35. maddesi kapsamındaki güvence hükmüne uygulama alanı sağlayacak yeterlilikte olup olmadığıdır.

39. Başvurucu bahse konu beklentisini, Ankara 4. İş Mahkemesinde 30/1/2009 tarihinde açtığı alacak davası ile somutlaştırmış olup, başvuru tarafından ileri sürülen beklentinin, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin, *açıldığı tarihteki mevzuat hükümlerine uygun olan davanın kanuni dayanağını oluşturan düzenlemenin, yargılama sürecindeki kanun değişikliğiyle ortadan kalkması nedeniyle davanın reddildiğini* vurgulayan 9/10/2012 tarih ve E.2012/11783, K.2012/18117 sayılı ilamı çerçevesinde, talebi destekleyen yerleşik içtihat şeklinde bir hukuksal temelinin bulunduğu açıktır (Ayrıca bkz. § 12'de nakledilen HGK kararı).

40. Başvurucunun belirtilen kanun değişikliğinden önce mevzuat ve yargısal uygulamaya uygun olarak gündeme gelmiş olan güncel talebinin, başvuru lehine bir meşru beklentiye vücut verdiği ve başvurunun ihlal iddiasına konu söz konusu beklentisinin, Anayasa'nın 35. maddesi ile 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin güvence kapsamında yer aldığı anlaşılmaktadır.

41. Açıklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetkisi kapsamında yer alan, açıkça dayanaktan yoksun olmayan ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden bulunmayan başvurunun, kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiği İddiası

42. Başvurucu, 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine eklenen beşinci fıkra ile devam eden yargı süreçlerine müdahale edilerek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

43. Bakanlık tarafından, başvurunun bu kısmının kabul edilebilirliği konusunda herhangi bir görüş bildirilmemiştir.

44. Yasama organı tarafından çıkarılan bir kanunla, devam etmekte olan yargısal sürece müdahale edilerek, başvurunun davalı Vakıf karşısında dezavantajlı duruma düşürüldüğü olgusuna dayanan ihlal iddiasının, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

45. Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı kapsamında yer alması gerekir (§ 28).

46. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve

yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasa'da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 22). Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"1. Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. ..."

47. Sosyal güvenlik hukukuna ilişkin olan somut uyuşmazlığın, özel kişiler arasında veya özel kişiler ile devlet arasındaki hak ve yükümlülüklerle ilişkin olması ve Sözleşme'nin 6. maddesinde ifade edilen "medeni hak ve yükümlülükler" kavramı içerisinde yer alması itibarıyla Anayasa ve Sözleşme'de düzenlenen adil yargılanma hakkının koruma alanı kapsamında yer aldığı konusunda tereddüt yoktur.

48. Açıklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetkisi kapsamında yer alan, açıkça dayanaktan yoksun olmayan ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden bulunmayan başvurunun, kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiği İddiası

49. Başvurucu, yüksek miktarda prim ödemesine rağmen daha düşük miktarda prim ödeyenlerle aynı miktarda emekli aylığı almak zorunda bırakıldığını, bu çerçevede 6111 sayılı Kanun'un 53. maddesi ile 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine eklenen fıkra ile Vakfa ödediği primlere el konulduğunu belirterek, Anayasa'da güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§ 24).

50. Bakanlık görüş yazısında, 6111 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin kamu yararına uygun olup olmadığına değinilerek, mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde kamu makamlarının belirli bir takdir alanına sahip oldukları ve ekonomik veya toplumsal yararları hayata geçirmek amacıyla mülkiyet hakkına yapmış oldukları olası müdahalelerde, meşru amacın olduğunun varsayıldığı ifade edilmiştir. Ayrıca, 6111 sayılı Kanun'un gerekçesine göre genel olarak sandık vakıflarının aktüeryal dengelerinin korunmasının amaçlandığı, bu nedenle sosyal güvenlik kurumlarının kaynakları ile hizmetleri arasındaki dengenin korunmasında zorlayıcı kamu yararı bulunduğu, sandığın mevcut

ve ileride elde edeceği kaynaklar ile yükümlü olduğu hizmeti sağlayamaması durumunda birçok sandık emeklisinin mağdur olabileceği, kanun koyucunun bu şekilde ortaya çıkan zorlayıcı kamu yararını göz önüne alarak, belirtilen değişikliğe gittiği bildirilmiştir. Görüş yazısında son olarak, Vakıf emeklilerinin maaşlarında artış yapılmasına ilişkin geçici 20. maddede yapılan değişikliğin 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi ile bağdaşması için başvuru üzerine orantısız ve aşırı bir yük yüklememesi gerektiği, yasama organının tercihiyle ilişkin konuların incelenmesinde, AİHM'in sosyal ve ekonomik alanlarda neyin kamu yararına olduğunu takdir etmede, ulusal makamların uluslararası yargılardan daha iyi konumda olduğunu, ayrıca sosyal güvenlik yardımlarının mutlak mahiyette olmadığını ve ulusal makamların düzenli olarak kamu gereksinimlerini değerlendirmesine tabi olduğunu kabul ettiğini; bu kapsamda kanun koyucunun vakıf emeklilerinin maaş zamlarında dikkate alınacak kıstası değiştirirken vakıfların aktüeryal dengelerinin korunmasını hedeflediği hususunun değişiklik gerekçesinde açıkça ifade edildiği belirtilmiştir.

51. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyan dilekçesinde, Bakanlık görüşünde mağduriyetinin, talebinin ve dava aşamalarının doğru olarak tespit edildiğini, 6111 sayılı Kanun nedeniyle alacağını tahsil edemediğini ve maaşının belirli bir kısmından yoksun bırakıldığını, kanun değişikliğinin sosyal güvenlik sisteminin devamı için yapılmadığını, davasının kabul edilmesi halinde Vakfa getireceği ek külfetin yük oluşturmayacağını ve yük oluştursa dahi bunun hakka müdahale edilmesini gerektirmediğini bildirmiştir.

52. Mülkiyet hakkının sınırlamaları ve güvenceleri açısından Anayasa'nın 35. maddesinin 13. maddeyle birlikte değerlendirilmesinden doğan genel rejim yanında, Anayasa'nın başka maddelerinde de mülkiyete ilişkin ek güvence ve sınırlama hükümlerine yer verilmekle birlikte, bunlardan en önemlisi şüphesiz mülkiyeti bir hak olarak tanımlayan 35. maddedir. Maddenin birinci fıkrasında genel olarak hak tanınmakta; ikinci ve üçüncü fıkralarda ise sınırlama ve güvence ölçütleri gösterilmektedir. Bu sınırlama ve güvence ölçütlerinin Anayasa'nın 13. maddesi ışığında yorumlanması gerekir. Bu kapsamda mülkiyet hakkı, özüne dokunulmaksızın, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. Ayrıca yapılan sınırlamalar Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

53. Kanunla sınırlama ilkesi, anayasal temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında vazgeçilmez bir unsur olup, bu koşulun sağlanmaması durumunda diğer güvence ölçütlerinin değerlendirilmesinin bir anlamı yoktur.

54. Toplum yararı, ortak çıkar, genel yarar gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla ifade edilen ve bireysel çıkardan farklı, onun üstünde ortak bir yarar olan kamu yararı amacı 35. maddenin mülkiyet hakkı açısından ön-

gördüğü özel sınırlandırma sebebi olup, genel yarar ve toplumsal yarar gibi ifadeleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır (AYM, E.1999/46, K.2000/25, K.T. 20/9/2000). Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir unsur olup, objektif bir tanımlamaya elverişli olmayan bu ölçütün her somut olay temelinde ayrıca değerlendirilmesi asıldır.

55. Mülkiyet hakkının Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun biçimde sınırlandırılması, bu kapsamda, Anayasa'nın bütünü dikkate alınmak suretiyle bu hak için öngörülen ek güvencelere riayet edilmesi ve kamu yararı dışında amaçlarla sınırlandırılmaması, ayrıca hakkın özüne dokunulmadan ve ölçülülük ilkesine riayet edilerek sınırlandırılması gerekmektedir. Mülkiyet hakkına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarında söz konusu ölçütler çoğunlukla birlikte uygulanmakta ve bireyin hakkıyla kamu yararı arasında kurulması gereken adil dengeye vurgu yapılmaktadır (AYM, E.1999/33, K.1999/51, K.T. 29/12/1999). Bu noktada, ihlal teşkil ettiği iddia edilen önlemin temelini oluşturan kamu yararı karşısında, bireye düşen fedakârlığın ağırlığı göz önünde bulundurulmalıdır.

56. Başvurucu, 1/7/2002 tarihinden 2005 yılının sonuna kadar emekli aylığında artış yapılmaması nedeniyle Vakıf aleyhine 30/1/2009 tarihinde alacak davası açmıştır. Yargılama süreci devam ederken 25/2/2011 tarihinde yürürlüğe giren 6111 sayılı Kanun'un 53. maddesi ile 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine eklenen beşinci fıkranın dördüncü cümlesinde, yardım sandıklarından emekli olanlara yapılacak yardımlar ve dolayısıyla emekli aylıklarındaki artışlar bakımından alt sınırın muadil miktar karşılaştırması esas alınarak belirleneceği ve bu düzenlemenin Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki artışlar ve görülmekte olan davalarda da uygulanacağı kurala bağlanmıştır. Bu düzenleme nedeniyle, başvurucunun açtığı dava reddedilmiştir.

57. Meşru beklenti kategorisinde yer alan hukuksal çıkarların büyük bir kısmına temel olan hukuki güvenlik ve bu ilkenin gerekleri olan öngörülebilirlik ve belirlilik unsurları, kişiye hakka sahip olacağı noktasında objektif olarak makul nedenler sağlayacağı için, öngörülebilirlik niteliğini taşımayan geriye yürür nitelikte hukuki işlemler, lehe olan kararlara ya da işlemlere dayanan meşru beklentilere açık bir müdahale oluşturacaktır. Bu müdahalenin haklılığı ise, ancak yukarıda yer verilen sınırlama ve güvence ölçütlerine riayetle sağlanabilir.

58. Sosyal güvenlik, devlet tarafından üstlenilen önemli bir sorumluluk olup, bu sorumluluğun gereklerinin sağlıklı bir şekilde yerine getirilebilmesi için bir takım düzenlemeler yapılması kaçınılmazdır. Dolayısıyla devletin sosyal güvenlik alanına ilişkin takdir yetkisi geniştir. AİHM de sosyal güven-

liğe ilişkin düzenlemelerin değiştirilmeye açık olduğunu, yasama organının bu konuda engellenemeyeceğini, kanunlara veya mahkeme kararlarına dayalı olarak tanınmış emeklilik haklarının, geçmişe etkili yeni kanunlarla değiştirilebileceğini, bu kapsamdaki bir düzenlemenin, açıkça keyfi olduğu tespit edilmedikçe, kanunilik şartını sağlayacağını kabul etmektedir (Bkz. *Arras ve Diğerleri/İtalya*, B. No: 17972/07, 14/2/2012, § 81; *Maggio ve Diğerleri/İtalya* B. No: 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08, 56001/08, 31/5/2011, § 60; *Maurice/Fransa* [BD], B. No: 11810/03, 6/1/2005, § 81; *Draon/Fransa* [BD], B. No: 1513/03, 6/1/2005, § 73; *Kuznetsova/Rusya* [BD], B. No: 67579/01, 7/6/2007, § 50). Belirtilen tespitler, başvuruya konu müdahalenin dayanağı olan kanuni düzenleme bakımından da geçerli olup, bu kapsamda, somut olay açısından müdahalenin hukukiliği şartının sağlanmış olduğu sonucuna varılmaktadır.

59. Meşru beklentiye yönelik müdahale oluşturan düzenlemenin, meşru kabul edilebilmesi bakımından, kamu yararını gerçekleştirme amacını taşıması ve müdahale sonucunda ortaya çıkan yeni durumun ve bozulan yararlar dengesinin, birey açısından tahammül edilemez bir boyuta ulaşmaması gerekir.

60. 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesinde değişiklik yapan 6111 sayılı Kanun'un 53. maddesinin gerekçesinde, anılan geçici madde kapsamındaki sandıklar tarafından bağlanan aylık ve gelirlerin artırılmasında 506 sayılı Kanun'a göre bağlanan aylıklara uygulanan artışların söz konusu sandıkların aktüeryal dengelerini bozmasından dolayı, aylık ve gelirlerde yapılacak artışlarda muadil miktar karşılaştırmasının esas alınmasının sağlanması ve bu nedenle doğmuş ve doğacak olan uyuşmazlıkların giderilmesi amacıyla yeni bir düzenleme yapılması gereğinden bahsedilmek suretiyle, somut başvuruya konu düzenlemenin amacına işaret edilmektedir.

61. Bu gerekçeye göre, düzenlemenin amacının esas itibarıyla, sözü edilen sandıkların 506 sayılı Kanun'a göre bağlanan aylıklara uygulanan artışlar nedeniyle aktüeryal dengelerinin bozulmasını engellemek olduğu anlaşılmaktadır. Sosyal güvenlik hizmetlerinde aktüeryal denge, mevcut ve gelecekteki varlıkların toplamının yine mevcut ve gelecekteki yükümlülüklerin toplamına eşit olması ve sistemdeki bireylere verilen taahhütlerin, sistem tarafından karşılanabilir olması anlamına gelmekte olup, 5510 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesi gereğince belirli bir süre sonra Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK) devredilecek olan bu sandıkların mali dengelerinin korunmasında, genel sosyal güvenlik sisteminin mali yapısının korunması ve sosyal güvenlik planlanması çerçevesinde toplumun korunmaya daha çok muhtaç olan fertlerinin de bu sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınması bakımından zorlayıcı nitelikteki kamu yararı olduğu açıktır.

62. Somut başvuru açısından, 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesinde

değınilen alt sınırın belirlenmesinde, davalı Vakfın bağıladığı aylıklara yapılan artış oranlarının, SGK sigortalılarına bağılanan yaşlılık aylıklarına yapılan artış oranları ile karşılaştırılması suretiyle tespit edilmesi gereğini, yardımların sağlanması ve bağılanması yönünden alt sınırın belirlenmesinde muadil miktar karşılaştırmasının esas alınması şeklinde değıştiren kanuni düzenleme neticesinde başvurucunun, büsbütün emekli aylığından veya aylık miktarının belirli bir asgari standardın altına düşmemesine ilişkin güvenceden mahrum bırakılmış olmadığı, yalnızca kanunda öngörölen alt sınırın belirlenmesinde, SGK sigortalılarına bağılanan yaşlılık aylıklarına yapılan artış oranları ile karşılaştırılma ölçütü yerine, muadil miktar karşılaştırması esasının getirildiğı, bu durumun da meşru beklentisine konu olan eksik ödemelere ilişkin alacağın (§ 14) başvurucuya ödenmemesi ile sınırlı bir sonuç doğurduğı, bu çerçevede, yukarıda ifade edilen zorlayıcı nitelikte kamu yararı amacına dayanan düzenlemenin, başvurucuyu ağır ve tahammöl edilemez bir yük altına sokmadığı, müdahalenin amacı ile başvurucuya yüklenen külfetin orantılı olduğı sonucuna varılmıştır.

63. Yukarıda açıklanan nedenlerle, belirtilen sınırlama ve güvence ölçütlerine aykırı olmadığı anlaşılan, başvuruya konu müdahale sonucunda, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

b. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğı İddiası

64. Başvurucu, 6111 sayılı Kanun'un 53. maddesi ile 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine eklenen fıkranın devam eden davalara da uygulanmasına ilişkin ibaresiyle İş Mahkemesinde açtığı alacak davasının dayanağı olan ve kendisini haklı kılan Yargıtay içtihatlarının ortadan kaldırıldığını, çıkarılan kanunla devam eden yargı süreçlerine müdahale edildiğini belirterek Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§ 24).

65. Bakanlık görüş yazısında, AİHM içtihatlarına göre, sosyal güvenlik ve sosyal yardım haklarının 6. maddenin kapsamına girdiğı, başvurucunun şikâyetinin silahların eşitliğı ilkesi ile ilgili olduğı, bu ilkenin Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında olduğı, bu ilkenin korunmadığı bir davada adil bir yargılanmadan söz edilemeyeceğı, Anayasa Mahkemesinin gerek hukuk devletini düzenleyen 2. maddeyi dayanak alarak; gerekse 36. ve 38. maddeleri birlikte yorumlayarak, adil yargılanma hakkının birçok gereğini Anayasa'nın bir parçası haline getirdiğı, bazı kararlarında geriye yürür biçimde kanun çıkarmanın bazı koşullarda devletin tarafı olduğı yargılamaya silahların eşitliğı ilkesini ihlal eder biçimde müdahalesi olarak ele alıp değıerlendirdiğı bildirilmiştir.

66. Bakanlık görüş yazısında ayrıca, AİHM içtihatlarına atfen, silahların eşitliği ilkesinin, her bir tarafa davasını, kendisini karşı taraf karşısında ciddi düzeyde dezavantajlı hale düşürmeyecek şartlar altında sunmasını sağlayacak makul imkânların verilmesini gerektirdiği, bu ilkenin kural olarak ceza davalarında olduğu gibi kişisel haklara ilişkin davalarda da uygulanmakta olduğu, kanunların geriye yürümezliği ilkesinin de silahların eşitliği ilkesi gibi hukukun genel ilkelerinden biri olduğu, devletin, tarafı olduğu ve devam etmekte olan bir yargılamada kendi lehine bazı sonuçlar sağlayacak şekilde geriye yürür biçimde kanun çıkarmasının, Sözleşme'nin 6. maddesi çerçevesinde silahların eşitliği açısından hakkaniyete uygun yargılamaya aykırılık oluşturabileceği, 6. maddenin, bir uyuşmazlık hakkındaki yargı kararını etkilemek için yasama organı tarafından yapılan herhangi bir müdahaleyi yasakladığı, ancak AİHM'e göre bu yasağın mutlak olmadığı, yargılama henüz *inter partes* bir yargılama aşamasına ulaşmamışsa, yasamanın zorlayıcı bir kamu yararı saiki var ise, söz konusu müdahale öngörülebilir ise, yargılama sürecine kanuni müdahalenin hakkaniyete uygun yargılama hakkına aykırı olmayabileceği ifade edilmiştir. Görüş yazısında, devletin davaya taraf olmadığı hallerde de kanunların geriye yürütülmesi yasağının geçerli olduğu, somut başvuru açısından, başvurusunun açtığı alacak davası devam ederken 6111 sayılı Kanunla davaya uygulanacak madde üzerinde değişiklik yapıldığı, bu değişikliğin Yargıtay içtihatlarını da değiştirdiği, bu şekilde kanuni düzenlemenin, davanın sonucunu etkilediği, somut olayda devlet veya kamu makamlarının davanın doğrudan tarafı olmadıkları, bununla birlikte, devletin sosyal güvenlik kurumu niteliğinde olan özel vakıf sandıkları üzerinde denetim ve gözetim görevi bulunması itibarıyla yapılan kanuni değişikliğin başvuru üzerindeki etkilerinin silahların eşitliği ilkesi bakımından göz önüne alınabileceği bildirilmiştir.

67. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyan dilekçesinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24/3/2010 tarihli içtihadının, alacağını garanti altına aldığını, bu doğrultuda alacak miktarının dava aşamasında bilirkişi marifetiyle hesaplandığını, buna rağmen dava devam ederken yapılan ve mevcut davaya etkili kanun değişikliği sonucunda silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğini, ayrıca Sözleşme'nin 6. maddesinin yargı kararını etkileyecek şekilde yasama müdahalesini yasakladığını bildirmiştir.

68. Başvurucu, 1/7/2002 tarihinden 2005 yılının sonuna kadar emekli aylığında artış yapılmaması nedeniyle Vakıf aleyhine 30/1/2009 tarihinde alacak davası açmıştır. Başvurucu tarafından açılan dava, yargılama süreci devam ederken 25/2/2011 tarihinde yürürlüğe giren 6111 sayılı Kanun'un 53. maddesiyle 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine eklenen beşinci fıkra nedeniyle İş Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin

9/10/2012 tarihli düzelterek onama kararının (§ 18) düzeltme gerekçesinde temas edilen hususlar çerçevesinde, dava açtığı sırada başvurusunun iddiasının dayanağı mevcut olup, davasının başarı şansı yüksektir. Bu çerçevede, başvurusunun yerleşik Yargıtay içtihadına dayanarak başlattığı yargısal süreç kanunla yapılan müdahalenin, silahların eşitliği ilkesine ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına yönelik bir ihlal oluşturup oluşturmadığı sorunu, esas incelemesinin özünü oluşturmaktadır.

69. Öncelikle, Anayasa Mahkemesince yapılan bireysel başvuru incelemesinde norm denetimden farklı olarak, kanunun Anayasa'ya uygunluğunun değil, kanuna dayalı somut uygulamanın Anayasa'ya uygunluğunun denetlendiği belirtilmelidir.

70. Sözleşme'nin 6. maddesindeki *"Herkes, ... medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ... konusunda ... davasının ... hakkaniyete uygun ... olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir."* ifadesi ile işaret olunan hakkaniyete uygun yargılama ilkesinin bir gereği de yargılama kapsamında taraflar arasında silahların eşitliğinin sağlanmasıdır.

71. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın adil bir çözüme kavuşturulması, taraflar arasındaki yargılamanın hakkaniyete uygun bir şekilde yürütülebilmesine bağlıdır. Bu kapsamda, tarafların yargılamadaki konumları ile paralel olarak, tez ve antitezlerini ileri sürerken eşit şartlar altında olmaları, birinin diğerine nazaran dezavantajlı olmaması gerekir.

72. Devletin, kendisi taraf olsun ya da olmasın, davanın taraflarından birini diğerine nazaran önemli ölçüde avantajlı hale getiren kanuni düzenlemeler yapması, silahların eşitliği ilkesi ve dolayısıyla yargılamanın hakkaniyete uygun yürütülmesi kuralına aykırılık oluşturur (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Arras ve Diğerleri/İtalya*, B. No: 17972/07, 14/2/2012, § 43; *Ducret/Fransa*, B. No: 40191/02, 12/6/2007, § 33). Bir başka ifadeyle yasama organının, yargılamadaki taraflardan birinin lehine sonuç doğuracak şekilde kanun çıkarttığı durumlarda, davanın taraflarının eşit konumda olduğu söylenemez. Bunun için, yargısal süreci etkilediği iddia edilen düzenlemenin taraflardan birinin davadaki başarı şansını önemli ölçüde azaltması, ortaya çıkan bu sonuç ile kanuni düzenleme arasında bir illiyet bağı bulunması ve bu illiyet bağına kesen veya zayıflatan başka etken ortaya çıkmamış olması gerekir.

73. Özetle, yasama müdahalesi ile ilgili olarak silahların eşitliği güvencesi değerlendirilirken, yapılan müdahalenin yargılamanın taraflarından birinin konumunda, diğer tarafa nazaran orantısız ve açık bir dengesizlik veya dezavantaj oluşturup oluşturulmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

74. Bu açıklamalar çerçevesinde başvuru konusu davanın özel koşullarına bakıldığında, başvuruçunun dava açmadan önceki dönemde ve davanın ilk aşamalarında, mevcut Yargıtay içtihatları çerçevesinde önemli ölçüde başarı şansı olan davası, 6111 sayılı Kanun'un 53. maddesiyle 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine eklenen beşinci fıkra nedeniyle reddedilmiştir. Buna göre başvuruçunun, başlangıçta başarı şansı oldukça yüksek olan davasını, değişikliğin devam etmekte olan davalara da uygulanacağı kuralını içeren sözü edilen kanun değişikliği nedeniyle kaybetmiştir. Yasama organınca kabul edilen Kanun'un başvuruya konu davanın sonucunu doğrudan etkilediği, başvuruçuyu davalı Vakıf karşısında önceki konumuyla mukayese edilemeyecek ölçüde dezavantajlı duruma düşürdüğü anlaşılmaktadır. Daha net bir ifadeyle, 6111 sayılı Kanun'un 53. maddesi, uyuşmazlığın esasına ilişkin sonucu belirlemiş, başvuruçunun dava açmış olmasını ve dolayısıyla davayı devam ettirmesini anlamsız hale getirmiştir. Bu durumun silahların eşitliği ilkesine ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına müdahale oluşturduğu açıktır.

75. Anayasa'nın 36. maddesinde, adil yargılanma hakkı için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Adil yargılanma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemelerin özgürlüğün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz (AYM, E.2010/83, K.2012/169, K.T. 1/11/2012). Silahların eşitliği ilkesi de adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak mutlak bir ilke olmayıp meşru kabul edilebilecek bir takım sınırlamalara tabi tutulabilir.

76. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

77. Belirtilen Anayasa kuralına göre, silahların eşitliği ilkesi ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına yönelik kanuni sınırlamanın, hakkın özüne dokunmaması, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkelerine aykırı nitelikte olma-

ması gereklidir.

78. AİHM de yargılama sürecine yönelik yasama müdahalesi çerçevesinde silahların eşitliği ilkesinin mutlak olmadığını ve bazı şartlar altında müdahalenin meşru görülebileceğini kabul etmektedir. Bunun için müdahalenin ön-görülebilir nitelikte olması, yasama organının böyle bir müdahalede bulunmak için zorlayıcı bir kamu yararı gerekçesinin bulunması ve kanuni düzenlemenin taraflar arasında yargılama aşamasına geçilmeden yapılmış olması gerekir. Bu şartlardan en az birinin gerçekleşmemiş olması, müdahalenin hak ihlali olarak nitelendirilmesi için yeterlidir. (*The National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society And The Yorkshire Building Society/ Birleşik Krallık*, B. No: 21319/93, 21449/93, 21675/93, 23/10/1997, § 112).

79. Benzer bir başvuruda AİHM, zorlayıcı kamu yararı gerekçesini tekrarlamıştır. Homojen nitelikte bir emeklilik sisteminin tesisi için, belirli bir emekli kategorisine tanınmış bir imtiyazı ortadan kaldıran kanuni düzenlemenin genel olarak kamu yararı kapsamında değerlendirilebileceğini ancak hükümet gerekçesinin, kanunun devam etmekte olan davalara etki edecek şekilde geçmişe yürütülmesine ilişkin sakıncaları ortadan kaldıracak derecede yeterli olduğunun ispatlanması gerektiği yönünde bir içtihat ortaya koymuştur (*Arras ve Diğerleri/İtalya*, B. No: 17972/07, 14/2/2012, § 49).

80. Adil yargılanma hakkının bir unsuru ve hakkaniyete uygun yargılamanın bir gereği olan silahların eşitliği ilkesine ilişkin AİHM içtihatları çerçevesinde beliren yukarıdaki ilkeler ve müdahaleyi meşru kılan nedenler, Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlama ilkeleri ile paralel olup, başvuruya konu silahların eşitliği hakkına yönelik müdahalenin meşru olup olmadığının bu şartlar çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

81. 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesinin amacı, vakıf sandıklarına üye personele ödenen aylık ve gelir miktarının, belirli bir alt sınırın altında kalmamasını sağlamak olmakla birlikte, uygulamada, yardım miktarları dışında aylık artış oranlarının da Sosyal Sigortalar Kurumunun aylık artış oranlarından aşağı olamayacağı yönünde ihtilaflar çıktığı görülmüş, bunun da ilgili vakıfların "aktüeryal" dengelerini olumsuz olarak etkileyebileceği düşünülecek, anılan beşinci fıkra 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine eklenmiştir.

82. Sosyal güvenlik kurumlarının tek bir çatı altında toplanmasını amaçlayan 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar devlet, sosyal güvenlik hakkı ile ilgili anayasal yükümlülüğünü, çıkardığı kanunlarla ve sosyal güvenlik kurumları eliyle, mali imkânlar nispetinde yerine getirmiştir. Devlet, bu fonksiyonunu tamamlaması bakımından, banka ve sigorta sandıklarının da vakıf tüzel kişiliği altında sosyal güvenlik sistemi dışında sosyal güvenlik hizmeti vermesine imkân tanıyan hukuki düzenlemeler yapmış ve bu alan-

daki hizmetlerin sağlıklı yürütülebilmesi için bir takım önlemler almıştır. Bu kapsamda 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesi ile bir taraftan genel sosyal güvenlik sisteminden daha gelişmiş sosyal güvenlik imkânları sağlayan yardım vakıfları kurulmasının önü açılmış ve bu kuruluşlarla ilgili bir takım düzenlemeler yapılarak hizmetlerinin belirli bir standarda kavuşturulması amaçlanmıştır. Bu doğrultuda, 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıklar için, *"en az bu Kanun'da belirlenen yardımları sağlama"* yükümlülüğü öngörülmüş ve sosyal güvenlik sistemi açısından bir nevi *"sigorta"* olarak kabul edilebilecek olan aynı Kanun'un 36. maddesi hükmü ile bu asgari standardı sağlayamayan sandıkların tasfiye edileceği ve ilgili kuruma devredileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Buna karşılık sözü edilen sandıklara genel sosyal güvenlik sisteminin sağladığı standardın üzerine çıkma görevi yüklenmediği gibi aksi yönde bir sınırlama da öngörülmemiştir.

83. Sandıkların, üyelerine ödeyecekleri aylıklara ilişkin artışların oransal olarak denetime tabi tutulması, bu kurumların mali istikrarlarının bozulmasına yol açabileceği gibi, öngörülmesi mümkün olmayan bir mali yükün altına girmelerine de neden olabilecektir. Bu durum, sandığın asli görevi olan üyelerinin sosyal güvenliğini sağlama fonksiyonunu tehlikeye sokabilecek ve kendisinden beklenen standartları sağlayamayan sandıkların tasfiye edilerek ilgili kamu kurumuna devredilmesine neden olacaktır. Ayrıca 5510 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine göre söz konusu sandıkların tamamı belirli bir süre sonra Sosyal Güvenlik Kurumuna devredileceğinden, mali yapıları ve aktüeryal dengeleri bozulmuş sandıkların yükünü Sosyal Güvenlik Kurumu ve dolayısıyla genel sosyal güvenlik sistemine tâbi, çalışan ve emekliler çekmek zorunda kalabilecektir.

84. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, 6111 sayılı Kanunla yapılan düzenlemenin *"... aylıklara uygulanan artışların söz konusu sandıkların aktüeryal dengelerini bozması ..."* şeklinde ifade edilen gerekçesinin, genel sosyal güvenlik sisteminin istikrarını koruma kaygısını yansıttığı ve dolayısıyla belirtilen geriye etkili düzenlemenin tüm toplumu ilgilendiren zorlayıcı kamu yararını hedeflediği sonucuna ulaşılmıştır.

85. 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde sandıkların *"... iş kazalarıyla meslek hastalıkları, hastalık, analık, malûllük, yaşlılık ve ölüm, eşlerinin analık, eş ve çocuklarının hastalık hallerinde, en az bu kanunda belirtilen yardımları..."* sağlama yükümlülüğü öngörülmüş olup, bu hüküm, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından (§ 12) *"506 Sayılı Yasa'nın Geçici 20. maddesinde değinilen alt sınır belirlenmesinde, davalı Vakfın bağladığı aylıklara yapılan artış oranlarının, SGK (Devredilen SSK) sigortalılarına bağlanan yaşlılık aylıklarına yapılan artış oranları ile karşılaştırılması suretiyle bulunması gerektiği"* şeklin-

de yorumlanmış ve bu yöndeki içtihat yerleşik hale gelmiştir. Her ne kadar bu karar, başvurunun dava açtığı 30/1/2009 tarihinden sonra verilmiş ise de, başvurunun temyizi üzerine ilk derece mahkemesinin kararını inceleyen Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin düzelterek onama kararında (§ 18) yer verilen “... açıldığı tarihteki mevzuat hükümlerine uygun olan davanın, yasal dayanağını oluşturan düzenlemenin, yargılama sürecindeki yasa değişikliğiyle ortadan kalkması nedeniyle ...” ifadelerinden, dava açtığı tarih itibarıyla başvurunun davasının yerleşik Yargıtay içtihadına dayandığı ve başarı şansının yüksek olduğu anlaşılmaktadır. 506 sayılı Kanun’un geçici 20. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi farklı bir şekilde yorumlanmaya, hatta 6111 sayılı Kanun’un 53. maddesiyle eklenen beşinci fıkra da ifade edilen “muadil miktar karşılaştırması” şeklinde anlaşılmaya müsait ise de, belirtilen Yargıtay kararları çerçevesinde, 6111 sayılı Kanunla eklenen fıkranın başvuru açısından öngörülebilir olduğunu söylemek mümkün değildir.

86. Somut olayda başvuru, alacak davasını 30/1/2009 tarihinde açmıştır. Bu dava kapsamında bilirkişi tarafından sunulan 13/1/2011 tarihli (2) no.lu ek bilirkişi raporundaki tespitlere göre, davacı (başvuru) ve davalının 2/12/2010 tarihli duruşmaya katıldıkları ve davaya ilişkin iddia ve savunmalarını, mahkeme huzurunda, karşılıklı olarak ve yüz yüze yaptıkları, bu çerçevede yargılama sürecinin taraflar arasında belli bir aşamaya ulaştığı; kanuni düzenlemenin ise bu aşamadan sonra 25/2/2011 tarihinde yürürlüğe girdiği, dolayısıyla kanuni düzenlemenin, taraflar arasında yargılama süreci başladıktan sonra yapıldığı anlaşılmaktadır.

87. Görüldüğü üzere, her ne kadar kanun koyucunun, mevcut davaya etkili kanun çıkararak görülmekte olan davaya müdahale etmesinde zorlayıcı bir kamu yararı olduğu kanaatine ulaşılmışsa da yasamanın müdahalesinin taraflar arasında yargılama başladıktan sonra gerçekleştiği ve davanın esasına ilişkin sonucu belirlediği, müdahale sonucunda başvurunun davayı kazanmasının imkânsız hale geldiği, oysa dava açıldığı zaman yerleşik içtihat çerçevesinde başvurunun davayı kazanmasının kuvvetle muhtemel olduğu, bu çerçevede öngörülebilir olmayan müdahalenin meşru kabul edilemeyeceği, müdahale sonucunda davalı Vakfın, başvurucuya nazaran önemli ölçüde avantajlı hale geldiği, bu şekilde yararlar dengesinin kendisine katlanması zor külfetler yüklenen başvuru aleyhine bozulduğu ve bu durumun silahların eşitliği hakkına yönelik orantısız bir müdahale oluşturduğu açıktır.

88. Açıklanan nedenlerle, başvurunun Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

E. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

89. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesi gereğince, esas incelemesi sonucunda başvurusunun hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi halinde, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere de hükmedilmesi gerekmektedir. Buna göre tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde ise başvurucuya tazminata ödenmesi veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilmesi yönünde karar verilmesi gerekir.

90. Başvurucu, lehine 60.000,00 TL maddi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

91. Somut başvuru açısından yalnızca, adil yargılanma hakkının bir usuli güvencesi olan silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla beraber, tespit edilen ihlalle iddia edilen maddi zarar arasında illiyet bağı bulunmadığı anlaşıldığından, başvurusunun maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

92. Öte yandan başvuru, lehine 30.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

93. Başvurucu, tespit edilen ihlal sonucunda başarı şansı yüksek olan davasını kaybetmiştir. Bu şartlar altında başvurusunun salt ihlal tespitiyle giderilemeyecek manevi bir zarara uğradığı açıktır. Bu çerçevede, tespit edilen ihlal nedeniyle başvurucuya takdiren 5.000,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

94. Başvurunun incelemesi, dosya üzerinden yapılmıştır. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 172,50 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.672,50 TL yargılama giderinin başvurusuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvurucunun,

1. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiaları yönünden,

2. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki silahların eşitliği hakkının ihlal edildiği iddiaları yönünden,

KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Başvurucunun,

1. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

2. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuya 5.000,00 TL manevi TAZMİNAT ÖDENMESİNE, başvurunun diğer taleplerinin REDDİNE,

D. Başvurucu tarafından yapılan 172,50 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.672,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuru sahiplerinin Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

26/6/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Serruh KALELİ

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Zühtü ARSLAN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/2738

Karar Tarihi: 16/7/2014

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Alparslan ALTAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Osman Alifeyyaz PAKSÜT Recep KÖMÜRCÜ Engin YILDIRIM
Raportör	: Şebnem NEBİOĞLU ÖNER
Başvurucu	: Mesude YAŞAR
Vekili	: Av. Saim Bozkurt

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılama Hakkında Kanun kapsamında yaptığı talebin reddedildiğini, bu işleme karşı açmış olduğu davaya ilişkin yargılama işlemlerinin adil olmadığını, işlemlerin makul sürede sonuçlandırılmadığını ve mülkiyet hakkından yoksun bırakıldığını belirterek, Anayasa'nın 2., 7., 10., 35., 36., 87., 125. ve 141. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş, ihlalin tespitiyle uğradığı maddi zararın tazminine karar verilmesini talep etmiştir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 29/4/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvurunun Komisyona sunulmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca, kabul edilebilirlik incelemesi Bölüm tarafından yapılmak üzere dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 17/9/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular ile başvurunun bir örneği görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmiştir. Adalet Bakanlığının 25/11/2013 tarihli yazısı 2/12/2013 tarihinde başvuru vekiline tebliğ edilmiş, başvuru vekili tarafından 6/12/2013 tarihinde Adalet Bakanlığı görüşüne karşı beyan dilekçesi

ibraz edilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve ekleri ile başvuruya konu yargılama dosyası içeriğinden tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

7. Başvurucu 3/1/2006 tarihinde 5233 sayılı Kanun kapsamına giren zararlarının karşılanması talebiyle Batman Valiliği Zarar Tespit Komisyonuna başvurmuştur.

8. Başvuru kapsamında temin edilen 15/7/2010 tarihli inşaat bilirkişisi raporunda başvurunun 15.781,22 TL, 20/7/2010 tarihli ziraat bilirkişisi raporunda ise 22.364,00 TL zararı olduğu tespit edilmiştir.

9. 27/8/2010 tarih ve 2010/1-45 sayılı Zarar Tespit Komisyonu Kararında, dosyada yer alan bilgi ve belgeler uyarınca Sason ilçesi Erdemli köyünün boşalmadığı, kişiye yönelik tehdit ve saldırı olmadığı, köyün Sason ilçe merkezine bağlı bir mahalle olduğu ve köyde korucu aileleri dışında ailelerin ikamet ettiği belirtilerek talebin reddine karar verilmiştir.

10. Başvurucu tarafından belirtilen işlem aleyhine 24/3/2011 tarihinde Diyarbakır 3. İdare Mahkemesinde açılan dava, yetkisizlik kararıyla Batman İdare Mahkemesine devredilmiştir.

11. Batman İdare Mahkemesinin 25/11/2011 tarih ve E.2011/45, K.2011/1331 sayılı kararı ile, başvurunun ikamet ettiği köyün tamamen boşalmadığı, anılan yerleşim yerinde nesnel güvenlik kaygısının yaşanmamış olduğu ve başvurucuya yönelik bir terör tehdidi ya da saldırısının bulunmadığından bahisle davanın reddine karar verilmiştir.

12. Kararın temyiz edilmesi üzerine, Danıştay 15. Dairesinin 13/6/2012 tarih ve E.2012/1779, K.2012/4575 sayılı kararı ile temyiz isteminin reddine karar verilmiştir.

13. Karar düzeltme istemi Danıştay 15. Dairesinin 25/12/2012 tarih ve E.2012/10867, K.2012/14757 sayılı kararı ile reddedilmiştir.

14. Ret kararının 2/4/2013 tarihinde başvuru vekiline tebliğ edildiği ve 29/4/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunulduğu anlaşılmaktadır.

B. İlgili Hukuk

15. 5233 sayılı Kanun'un "Amaç" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun amacı, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarının karşılanmasına

ilişkin esas ve usulleri belirlemektir.”

16. Aynı Kanun’un “Kapsam” kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

“Aşağıda belirtilen zararlar bu Kanunun kapsamı dışındadır:

...

d) Terör dışındaki ekonomik ve sosyal sebeplerle uğranılan zararlar ile güvenlik kaygıları dışında kendi istekleriyle bulundukları yerleri terk edenlerin bu sebeple uğradıkları zararlar.”

17. Aynı Kanun’un “Zarar tespit komisyonları” kenar başlıklı 4. maddesi şöyledir:

“Zarar tespit komisyonları illerde; bu Kanun kapsamında yapılacak başvurular üzerine on gün içinde kurulur. Komisyon, bir başkan ve altı üyeden oluşur. Valinin görevlendireceği vali yardımcısı komisyonun başkanı; maliye, bayındırlık ve iskân, tarım ve köy işleri, sağlık, sanayi ve ticaret konularında uzman ve o ilde görev yapan kamu görevlilerinden vali tarafından belirlenecek birer kişi ile baro yönetim kurulunca baroya kayıtlı olanlar arasından görevlendirilecek bir avukat komisyonun üyesidir. Komisyonun başkan ve üyeleri her yıl ocak ayının ilk haftasında yeniden belirlenir. Eski üyeler yeniden görevlendirilebilirler. İş yoğunluğuna göre aynı ilde birden fazla komisyon kurulabilir.”

18. Aynı Kanun’un “Başvurunun süresi, şekli, incelenmesi ve sonuçlandırılması” kenar başlıklı 6. maddesi şöyledir:

“(Değişik: 28/12/2005 - 5442/3 md.) Zarar gören veya mirasçılarının veya yetkili temsilcilerinin zarar konusu olayın öğrenilmesinden itibaren altmış gün içinde, her hâlde olayın meydana gelmesinden itibaren bir yıl içinde zararın gerçekleştiği veya zarar konusu olayın meydana geldiği il valiliğine başvurmaları hâlinde gerekli işlemlere başlanır. Bu sürelerden sonra yapılacak başvurular kabul edilmez.

...”

19. Aynı Kanun’un “Karşılanacak Zararlar” kenar başlıklı 7. maddesi şöyledir:

“Bu Kanun hükümlerine göre sulh yoluyla karşılanabilecek zararlar şunlardır:

a) Hayvanlara, ağaçlara, ürünlere ve diğer taşınır ve taşınmazlara verilen her türlü zararlar.

b) Yaralanma, engelli hâle gelme ve ölüm hâllerinde uğranılan zararlar ile tedavi ve cenaze giderleri.

c) Terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından

kaynaklanan maddî zararlar.”

20. Aynı Kanun’un “Zararın Tespiti” kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

“7 nci maddede belirtilen zararlar, zarar görenin beyanı, adli, idarî ve askerî mercilerdeki bilgi ve belgeler göz önünde tutularak olayın oluş şekli ve zarar görenin aldığı tedbirlere göre, zarar görenin varsa kusur veya ihmalinin de göz önünde bulundurulması suretiyle, hakkaniyete ve günün ekonomik koşullarına uygun biçimde komisyon tarafından doğrudan doğruya veya bilirkişi aracılığı ile belirlenir.”

21. Aynı Kanun’un geçici 1. maddesi şöyledir:

“Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde ilgili valilik ve kaymakamlıklara başvuruları hâlinde, 19.7.1987 tarihi ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih arasında işlenen 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1 inci, 3 üncü ve 4 üncü maddeleri kapsamına giren eylemler veya anılan tarihler arasında terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararları hakkında da bu Kanun hükümleri uygulanır.

Bu maddeye göre yapılan başvurular, başvuru tarihinden itibaren iki yıl içinde sonuçlandırılır.”

22. Aynı Kanun’un geçici 3. maddesi şöyledir:

“Bu Kanunun geçici 1 inci maddesi ve bu Kanuna 28/12/2005 tarihli ve 5442 sayılı Kanunla eklenen geçici 1 inci madde gereğince yapılan başvuruların sonuçlandırılma süresi, maddelerde öngörülen sonuçlandırılma süresinin bitiminden itibaren bir yıl uzatılmıştır. Bu sürenin de bitmesi ve başvuruların sonuçlandırılmamış olması halinde, Bakanlar Kurulu bu süreyi her defasında bir yılı aşmamak üzere uzatabilir.”

23. Aynı Kanun’un geçici 4. maddesi şöyledir:

“(Ek: 24/5/2007-5666/1 md.) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde ilgili valilik ve kaymakamlıklara başvuruları halinde, 19/7/1987 tarihi ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih arasında işlenen 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1 inci, 3 üncü ve 4 üncü maddeleri kapsamına giren eylemler veya anılan tarihler arasında terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararları hakkında da bu Kanun hükümleri uygulanır.

Bu maddeye göre yapılan başvurular, başvuru tarihinden itibaren iki yıl içinde sonuçlandırılır. Bu sürenin de bitmesi ve başvuruların sonuçlandırılmamış olması halinde, Bakanlar Kurulu bu süreyi her defasında bir yılı aşmamak üzere uzatabilir.”

24. 5233 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesi gereğince yapılan başvuruların sonuçlandırılma süresi, son olarak 20/7/2013 tarih ve 28713 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 24/6/2013 tarih ve 2013/5034 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı Eki Kararın 1. maddesiyle, 2/4/2012 tarih ve 2012/2996 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile uzatılan sürenin bitiminden itibaren bir yıl uzatılmıştır.

25. Danıştay 10. Dairesinin 30.12.2008 tarih ve E.2008/4141, K.2008/9584 sayılı kararı şöyledir:

"...Öte yandan; kişilerin malvarlıklarına ulaşamamaları nedeniyle uğradıkları zararların 5233 sayılı Yasa uyarınca tazmini; köyün, idarece veya köy halkı tarafından tamamen boşaltılması halinde mümkün olabileceğinden; Mahkemece bozma kararı üzerine davacının ikamet ettiği köyün boşaltılıp boşaltılmadığının araştırılmasından sonra bir karar verilmesi gerektiği tabiidir.

..."

26. Danıştay 10. Dairesinin 31/12/2008 tarih ve E.2008/5548, K.2008/9733 sayılı kararı şöyledir:

"...5233 sayılı Yasanın yukarıda aktarılan maddelerinin değerlendirilmesinden; kişilerin malvarlıklarına ulaşamaması nedeniyle uğradıkları zararın 5233 sayılı Yasa uyarınca tazmininin, terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler sonucu meydana gelmesi şartına bağlı bulunduğu; başka bir ifadeyle, köyün, idarece veya köy halkı tarafından tamamen boşaltılması halinde söz konusu zararların tazmini yoluna gidilebileceği; güvenlik kaygısına dayansa dahi, terör olayları sonucu köyü terk edenlerin malvarlıklarına ulaşamaması nedeniyle uğradıkları zararın, sadece köyün idarece veya köy halkı tarafından tamamen boşaltılması halinde ve köyün boşaltılmasından köye dönüşün başladığı tarihe kadar geçen süreçle sınırlı olarak tazmininin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Zira, boşaltılan bir köye dönüşün başlaması, o köyde güvenli bir şekilde yaşayabilme olanaklarına kavuşulduğu anlamına gelmektedir. Köye dönüş için sağlanması zorunlu olan asgari güvenlik düzeyi ölçütünün ise objektif olması gerektiği; başka bir anlamıyla, köye geri dönen ve dönmeyen kişilere göre değişmemesi gerektiği de tabiidir.

Bu kabule göre, uyuşmazlığa konu olayda, davacının terör olayları sonucu terk ettiği Yoncalıbayır Köyü'nde bulunan malvarlığına ulaşamamasından kaynaklanan zararının; sadece köyün boşaltılmasından, köye dönüşün başladığı tarihe kadar geçen süreçle sınırlı kalmak kaydıyla tazmini olanaklı bulunduğundan, davalı idarece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu 1 yıllık süre üzerinden hesaplanan miktarın ödenmesi yolundaki dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

..."

27. Danıştay 10. Dairesinin 20.2.2009 tarih ve E.2008/6679, K. 2009/1227 sa-

yılı kararı şöyledir:

“...Dava konusu olayda; komisyonca düzenlenen tutanaklarda da belirtildiği üzere, Alluç Köyü’nde herhangi bir terör olayının meydana gelmediği; bununla birlikte, 1993 yılında bölgede yaşanan terör olayları nedeniyle köye geçici köy koruculuğu sisteminin getirildiği, koruculuğu kabul edenlerin köyde ikamet etmeye devam ettiği, diğerlerinin ise koruculuğu kabul etmedikleri için ve yaşanan terör olayları sonucu duydukları güvenlik kaygısı nedeniyle köyden göç ettikleri hususlarında çekişme bulunmamaktadır.

Buna göre, sadece geçici köy korucularının yaşadığı köyün, güvenli bir yerleşim yeri olduğundan bahsedilemeyeceği açık olup; güvenlik kaygısı nedeniyle köyü terk eden davacının 5233 sayılı Yasa kapsamında uğradığı bir zararı olup olmadığının tespiti ve saptanan zararının tazmini gerekirken, başvurusunun reddedilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamakta ise de; bu husus, temyize konu kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemektedir.

...”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

28. Mahkemenin 16/7/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurusunun 29/4/2013 tarih ve 2013/2738 numaralı bireysel başvurusu incelenip gerektiği düşünüldü:

C. Başvurucunun İddiaları

29. Başvurucu, 5233 Kanun kapsamında yaptığı talebin ve akabinde açtığı davanın reddedildiğini, dosyadaki zarar tespitine ilişkin raporlar ve güvenlik nedeniyle köyün boşaltılmış olduğunu belirten belgeler nazara alınmaksızın ve oğlunun terör örgütü mensuplarınca öldürülmesine dair öznel durumu göz önünde bulundurulmadan köyün tamamen boşalmamış olduğu soyut gerekçesine dayanılarak, tarafından sunulan belgeler değerlendirilmeksizin idare tarafından sunulan belgeler nazara alınarak ve sunulan bu belgeler kendisine tebliğ edilmek suretiyle savunma yapma imkanı tanınmadan verilen kararın adil olmadığını, kararların yeterli gerekçe ihtiva etmediğini, sunduğu belgeler dikkate alınmaksızın idarece sunulan belgelere dayalı olarak karar veren mahkemenin tarafsız olmadığını, benzer başvurularda tazminata hükmedilmesine rağmen başvurusu reddedilmek suretiyle eşitlik ilkesine aykırı davranıldığını, idarenin can ve mal güvenliğini sağlama yükümlülüğünü yerine getirmemesi sonucu mülkiyet hakkından yoksun kaldığını ve derece mahkemelerinin yaptığı hatalı değerlendirme nedeniyle zararının tazmin edilmediğini, ayrıca yaptığı başvuru hakkında yürütülen işlemlerin makul sürede sonuçlandırılmadığını belirterek, Anayasa’nın 2., 7., 10., 35., 36., 87.,

125. ve 141. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

30. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı olmayıp, başvuru iddialarının incelenmesi neticesinde, iddialarının özünün adil yargılanma ve mülkiyet hakları ile eşitlik ilkesinin ihlaline ilişkin olduğu anlaşılmakla, söz konusu iddiaların belirtilen kapsamda değerlendirmeye tabi tutulması uygun görülmüştür.

D. Değerlendirme

1. Adli Yardım Talebi Yönünden

31. Başvuru adli yardım talebinde bulunmuş olup, Anayasa Mahkemesinin daha önce aldığı kararlar doğrultusunda, adli yardım talebinin kabul edilebilmesi için başvuru kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olmasının yanı sıra, bireysel başvuru kapsamında ileri sürdüğü taleplerinin dayanaksız olmaması gerekmektedir (B. No: 2012/1181, 7/11/2013, § 23).

32. Adli yardıma konu talebin dayanaksız olmaması, bireysel başvurulara ilişkin olarak 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında belirtilen "*Mahkemenin açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebileceği*" şeklindeki kuralda belirtilen "*açıkça dayanaktan yoksunluk*" farklı bir anlam ifade etmekte olup, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun dayanaksız olması bu kapsamda yapılacak incelemeyle sınırlı bir anlam taşımakta ve zorunlu olarak adli yardıma konu başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması sonucunu doğurmamaktadır. Öte yandan adli yardım talep edilen başvuru konusunun dayanaksız olmamasının, bireysel başvurunun kabul edilebilirliği hususunda belirleyici olmayacağı açıktır (B. No: 2012/1181, 7/11/2013, § 24).

33. Adli yardım talebiyle yapılan başvurularda, öncelikle başvuru adli yardım kapsamında bireysel başvuru harcından geçici olarak muafiyetine karar verilmesi, bundan sonra başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin incelemenin yapılması gerekmektedir. Bu aşamada adli yardım talebinin dayanaksız olup olmadığı, kabul edilebilirlik incelemesinden önce ve bağımsız olarak incelenmelidir (B. No: 2012/1181, 7/11/2013, § 26).

34. Başvuru 29/4/2013 tarihli başvuru dilekçesinde adli yardım talebinde bulunmuş ve yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğuna dair fakirlik kağıdı kapsamında Diyarbakır 3. İdare Mahkemesince verilen adli yardım talebinin kabulüne dair 28/3/2011 tarihli ara karar başvuru formu ekinde ibraz edilmiştir. Bu belge ve karar kapsamında geçimini önemli

ölçüde zor duruma düşürmeksizin yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğu anlaşılan başvurunun, adli yardım talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir.

2. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a.Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı ve Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali İddiası

35. Başvuru formu ile eklerinin incelenmesi sonucunda, açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkının İhlali İddiası

36. Başvurucu, idare tarafından sunulan ve kendisine tebliğ edilmeyen belgelere göre karar veren Mahkemenin tarafsız olmadığını iddia etmiştir.

37. Adalet Bakanlığı görüşünde, başvurunun tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası hakkında görüş bildirilmemiştir.

38. Sözleşmenin 6. maddesinde açıkça, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak, davanın tarafsız bir mahkemede görülmesini isteme hakkından söz edilmiştir. Anayasa'nın 36. maddesinde mahkemelerin tarafsızlığından açıkça bahsedilmemekle beraber, Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca, bu hak da adil yargılanma hakkının zımni bir unsurudur (AYM, E. 2002/170, K. 2004/54, K.T. 5/5/2004). Ayrıca, mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının birbirini tamamlayan iki unsur olduğu nazara alındığında, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, Anayasanın 138., 139. ve 140. maddelerinin de tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır (AYM, E. 2005/55, K. 2006/4, K.T. 5/1/2006; E. 1992/39, K. 1993/19, K.T. 29/4/1993).

39. Genel olarak tarafsızlık, davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, tarafgirlik ve menfaate sahip olunmaması ve davanın tarafları karşısında ve onların leh ve aleyhlerinde bir düşünce veya menfaate sahip olunmamasını ifade eder.

40. Tarafsızlığın öznel ve nesnel olmak üzere iki boyutu olup, bu kapsamda hâkimin birey olarak, mevcut davadaki kişisel tarafsızlığının yanı sıra, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimin de dikkate alınması gerekmektedir (AYM, E. 2005/55, K. 2006/4, K.T.5/1/2006).Yargılamayı yürüten mahkeme üyelerinin taraflardan biriyle veya anlaşmazlık konusu ile maddi veya manevi yakın bir bağının bulunması veya yargılama sürecinde sarf ettiği ifadeleri ile tarafsız olamayacağı yönünde meşru bir kanaat uyandırması, bunun

yanı sıra davadan önce dava ile doğrudan bağlantılı bir konumda bulunması da tarafsızlığı ihlal edebilir. Ancak, belirli bir uyumsuzlukta yargılamayı yürüten hâkimin taraflardan birine yönelik önyargılı ve taraflı bir tutumunun, kişisel bir kanaatinin veya menfaatinin, bu bağlamda kişisel bir taraflılığının söz konusu olduğunu ortaya koyan bir delil bulunmadığı ve bu husus kanıtlanmadığı müddetçe, tarafsız olduğunun bir karine olarak varsayılması zorunludur. Bunun yanı sıra, yargılama makamının tarafsızlığına ilişkin herhangi bir meşru kaygı veya korkuyu bertaraf edecek yeterli güvenceleri sunması da gerekmemekte olup, bu husus tarafsızlığın nesnel boyutuna işaret etmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Gregory/Birleşik Krallık*, B. No. 22299/93, 25/02/1997, §§ 43–49; *Fey/Avusturya*, B. No. 14396/88, 24/2/1993, §§ 28–36; *Hauschildt/Danimarka*, B. No. 10486/83, 24/5/1989, §§ 46–48; *McGonnell/Birleşik Krallık*, B. No.28488/95, 08/2/2000, §§ 55–57).

41. Başvuruya konu yargılamada, başvurunun talebinin 5233 sayılı Kanun kapsamında kabul edilip edilmeyeceği noktasında derece mahkemelelerinin Danıştay tarafından ihdas edilen nesnel güvenlik kaygısı ölçütünden hareket ettikleri ve bu hususun saptanması için idare ile başvuru tarafından sunulan belgeleri değerlendirmek suretiyle söz konusu yerleşim yerinde nesnel güvenlik kaygısının oluşmadığından hareketle başvurunun talebinin reddine karar verildiği, bu kapsamda başvuruya konu yargılama faaliyeti açısından, ilgili usul hükümleri uyarınca yargılama faaliyetini devam ettiren yargılama makamlarının tarafların adil yargılanmaya ilişkin meşru beklentileri üzerinde menfi etkide bulunacak bir izlenime sahip olmadığı gibi, hâkimin tarafsızlığına ilişkin karineyi ortadan kaldıracak şekilde, yargılamayı yürüten hâkimin taraflardan birine yönelik önyargılı ve taraflı bir tutumunun, kişisel bir kanaatinin veya menfaatinin, bu bağlamda kişisel bir taraflılığının söz konusu olduğunu ortaya koyan bir bulgu da saptanmadığı anlaşılmakla, başvurunun bu kısmının “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Eşitlik İlkesinin İhlali İddiası

42. Başvurucu, 5233 sayılı Kanun kapsamında yaptığı giderim talebinin, mukim olduğu köyün tamamen boşaltılmamış olması gerekçesiyle reddedildiğini ancak, belirtilen köyde yaşayan bir kısım müracaat sahibine bahse konu Kanun kapsamında ödemede bulunulduğunu belirterek, Anayasa’nın 10. maddesinde tanımlanan hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

43. Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesi-ne yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa’da güvence altına

alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18) Bu nedenle, bireysel başvuru kapsamındaki hakların içeriğinin tespit edilmesinde Anayasa ve Sözleşme hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi ve ortak koruma alanının tespit edilmesi gerekir.

44. Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" kenar başlıklı 10. maddesinin birinci ve beşinci fıkraları şöyledir:

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

...

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

45. Sözleşme'nin "Ayrımcılık yasağı" kenar başlıklı 14. maddesi şöyledir:

"Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır."

46. Yukarıda yer verilen hükümler göz önünde bulundurulduğunda, başvurunun ayrımcılık yasağı kapsamında incelenmesi gereken iddiasının, soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, Anayasa ve AİHS kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 33).

47. Bununla birlikte, bireysel başvuru incelemesinde ayrımcılık yasağının bağımsız bir koruma işlevinin olmaması, bu yasağın genişletici bir yoruma tabi tutulmasına engel teşkil etmemektedir. Anayasal bir hakkın ihlal edildiği iddiası tek başına incelendiğinde o hakkın ihlal edilmediği kanaatine varılabilirse de bu durum, o hakka ilişkin ayrımcı bir uygulamanın incelenmesine engel değildir. Bu çerçevede, ilgili temel hak ve özgürlük ihlal edilmemiş olsa da o hakla ilgili bir konuda sergilenen ayrımcı tutumun, Anayasa'nın 10. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilir (B. No: 2012/606, 20/2/2014, § 48).

48. Ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için, kural olarak kişinin hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda, ayrıca hangi temele dayalı olarak ayrımcılığa maruz kaldığının tespiti gerekir. Ayrımcılık iddiasının ciddiye alınabilmesi için başvurunun, kendisiyle benzer durum-

daki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ifade etmesi yeterli olmayıp, ayrıca bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb. bir ayrımcılık temeline dayandığını makul delillerle ortaya koyması gerekir. Somut olayda başvuru tarafından, 5233 sayılı Kanun kapsamında yapılmış olan benzer bazı müracaatlarda tazminat ödenmesine hükmedildiğinden bahisle kendisinin ayrımcılığa maruz kaldığı belirtilmiş olmakla beraber, kendisine hangi temele dayalı olarak ayrımcılık yapıldığına ilişkin herhangi bir beyanda bulunmadığı gibi, belirtilen iddiasını temellendirecek herhangi bir somut bulgu ve kanıt da sunmamış olduğu anlaşılmakla, başvurunun bu kısmının “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

3. Esas Yönünden

49. Başvurucunun, başvuruya konu köyün tamamen boşalmış olup olmadığı hususunda tespitler içeren ve idarece sunulan belgelerin kendisine tebliğ edilmeksizin yargılamada kullanıldığı, Mahkeme kararlarının yeterli gerekçe ihtiva etmediği, başvurusuna ilişkin idari süreç ile yargılama prosedürünün makul sürede sonuçlandırılmadığı ve 5233 sayılı Kanun kapsamında yaptığı başvurunun, oğlunun terör örgütü mensuplarınca öldürüldüğü olgusu göz ardı edilerek, Mahkemece mukim olduğu köyün tamamen boşaltılmamış olduğu şeklindeki hatalı kabulden hareketle reddedildiği yönündeki iddiaları nazara alınarak, başvurucunun adil yargılanma hakkı kapsamındaki iddialarının, makul sürede yargılanma hakkı ve yargılamanın hakkaniyete uygunluğu açısından değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

a. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali İddiası

50. Başvurucu, 5233 sayılı Kanun kapsamında ileri sürdüğü giderim talebinin değerlendirilmesi hususundaki idari süreç ve yargılama prosedürünün makul sürede sonuçlandırılmaması nedeniyle, Anayasa’nın 36. maddesinde tanımlanan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

51. Adalet Bakanlığı görüşünde, AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihadında yer alan makul sürede yargılanma hakkına ilişkin kriterlere atıfta bulunularak, somut başvuru sürecinin yaklaşık dört yıl yedi aylık kısmının komisyon nezdinde, bir yıl dokuz aylık bölümünün ise yargılama makamları önünde geçtiğinin ve özellikle 5233 sayılı Kanun kapsamında ilgili Komisyonlara yapılan başvuru yoğunluğunun nazara alınması gerektiği bildirilmiştir.

52. Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesi-ne yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü

tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa’da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

53. Anayasa’nın “*Hak arama hürriyeti*” kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

54. Anayasa’nın “*Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması*” kenar başlıklı 141. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

“Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.”

55. Sözleşme’nin “*Adil yargılanma hakkı*” kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

*“Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının **makul bir süre içinde**, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir.”*

56. Sözleşme metni ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümleri olan alt ilke ve haklar, esasen Anayasa’nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı bir çok kararında, ilgili hükmü Sözleşme’nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşme’nin lafzi içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara, Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38).

57. Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil olup, ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa’nın 141. maddesinin de, Anayasa’nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 39).

58. Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargı-

lama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunması ile adaletin gerektiği şekilde temini ve hukuka olan inancın muhafazası olup, hukuki uyumsuzluğun çözümünde gerekli özenin gösterilmesi gereği de yargılama faaliyetinde göz ardı edilemeyeceğinden, yargılama süresinin makul olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerekir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 40).

59. Davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurusunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar, bir davanın süresinin makul olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken kriterlerdir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 41–45).

60. Ancak, belirtilen kriterlerden hiçbirisi makul süre değerlendirmesinde tek başına belirleyici değildir. Yargılama sürecindeki tüm gecikme periyotlarının ayrı ayrı tespiti ile bu kriterlerin toplam etkisi değerlendirilmek suretiyle, hangi unsurun yargılamanın gecikmesi açısından daha etkili olduğu saptanmalıdır (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 46).

61. Yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanması için, öncelikle uyumsuzluğun türüne göre değişebilen, başlangıç ve bitiş tarihlerinin belirlenmesi gereklidir.

62. Anayasa'nın 36. maddesi ve Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzlukların makul sürede karara bağlanması gerekir. Hukuk sisteminde yer alan mevzuat hükümleri gereğince “*kamu hukuku*” alanına dâhil olan, ancak sonucu itibarıyla özel nitelikteki haklar ve yükümlülükler üzerinde belirleyici olan uyumsuzlukları konu alan davalar da, Anayasa'nın 36. maddesi ve Sözleşme'nin 6. maddesinin koruması kapsamına girmektedir. Bu anlamda, belirtilen düzenlemelerde yer verilen güvenceler, başvurusunun haklarına zarar verdiği iddia edilen idari bir karar aleyhine açılan davalara da uygulanacaktır. Başvuruya konu sürecin, 5233 sayılı Kanun kapsamında ileri sürülen bir tazmin talebine ilişkin olduğu görülmekle, medeni hak ve yükümlülükleri konu alan bir yargılamanın söz konusu olduğunda kuşku yoktur (B. No: 2012/1198, 7/11/2013, § 44).

63. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzluklara ilişkin makul süre değerlendirmesinde, sürenin başlangıcı kural olarak, uyumsuzluğu karara bağlayacak yargılama sürecinin işletilmeye başlandığı, başka bir deyişle davanın ikame edildiği tarih olmakla beraber, bazı özel durumlarda girişimin niteliği göz önünde tutularak uyumsuzluğun ortaya çıktığı daha önceki bir tarih başlangıç tarihi olarak kabul edilebilmektedir Somut başvuru açısından benzer bir durum söz konusu olup, makul süre değerlendirmesinde nazara alınacak zaman diliminin başlangıç tarihi, başvuru tarafından 5233 sayılı

Kanun kapsamında tazminat talebinin Komisyona iletildiği 3/1/2006 tarihidir (B. No: 2012/1198, 7/11/2013, § 45). Sürenin bitiş tarihi ise, çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde yargılamanın sona erme tarihi olup, somut başvuru açısından bu tarih, Komisyon kararı aleyhine başlatılan yargısal süreçte verilen nihai karar olan, başvurucunun karar düzeltme talebinin reddine dair Danıştay 15. Dairesinin E.2012/10867, K.2012/14757 sayılı karar tarihi olan 25/12/2012 tarihidir.

64. 5233 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinde komisyonlara yapılan başvuruların başvuru tarihinden itibaren iki yıl içinde sonuçlandırılacağı, anılan Kanun'un geçici 4. maddesinde belirtilen sürenin bitmesi ve başvuruların sonuçlandırılmamış olması halinde, Bakanlar Kurulunun bu süreyi her defasında bir yılı aşmamak üzere uzatabileceği kurala bağlanmıştır. Bu kapsamda yapılan başvuruların sonuçlandırılma süresi, son olarak 20/7/2013 tarih ve 28713 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 24/6/2013 tarih ve 2013/5034 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı Eki Kararın 1. maddesiyle, 2/4/2012 tarih ve 2012/2996 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile uzatılan sürenin bitiminden itibaren bir yıl uzatılmıştır. Ancak söz konusu süreler hak düşürücü nitelikte olmayıp, düzenleyici niteliktedir (B. No:2013/3007, 6/2/2014, § 61-62).

65. İdari karar alma ve yargılama sürecinin uzamasında yetkili makamlara atfedilebilecek gecikmeler, işlemlerin süratle sonuçlandırılması hususunda gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklanabileceği gibi, yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliğinden de ileri gelebilir. Zira Anayasa'nın 36. maddesi devlete, hukuk sisteminin, idari başvuruları ve davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi sorumluluğunu yüklemektedir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 44). Bu kapsamda, personel ve yargıç sayısındaki yetersizlik ve iş yükü yoğunluğu nedeniyle yargılamada makul sürenin aşılması durumunda da yetkili makamların sorumluluğu gündeme gelebilmektedir (B. No:2012/1198, 7/11/2013, § 55).

66. Bununla birlikte, idari veya yargısal bir karar organına yapılan başvuru sayısında öngörülemez düzeyde geçici ve olağanüstü bir artış olması nedeniyle, başvuruların birikmesine bağlı olarak meydana gelen gecikmelerin, zamanında ve yeterli tedbirlerin alınması koşuluyla, makul sürede yargılanma hakkı açısından devletin sorumluluğunu doğurduğu söylenemez (B. No:2013/3007, 6/2/2014, § 61-62).

67. Yukarıda belirtilen ilkeler (§ 53, 59-60) çerçevesinde, 5233 sayılı Kanun uyarınca oluşturulan mekanizmada yaşanan gecikmelerin makul sürede yargılanma hakkının ihlaline yol açıp açmadığı konusunda bir karara varabilmek için, 5233 sayılı Kanun ile kurulan bu mekanizmanın etkili bir şekilde işlemesi

noktasında kamu makamlarının yeterli çabayı gösterip göstermediklerinin ve gerekli önlemleri alıp almadıklarının ortaya konulması gerekir.

68. 5233 sayılı Kanun kapsamında ileri sürülen tazminat taleplerinin makul süre içerisinde karşılanmadığı hususundaki başvurular daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından inceleme konusu yapılmış ve belirtilen Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra Ekim 2012 tarihine kadar tüm komisyonlara toplam 361.279 başvuru yapıldığı, bu başvurulardan 307.789'unun karara bağlandığı, yine bu tarih itibarıyla, ülke genelinde kurulan toplam 105 komisyondan 66'sının çalışmasını tamamladığı ve 39 komisyonun çalışmaya devam ettiği, 5233 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca, tazminat komisyonlarının 12/4/1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1., 3. ve 4. maddeleri kapsamına giren eylemler veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararlarının sulhen karşılanması amacıyla kurulduğu ancak, komisyonlara gelen başvuruların büyük çoğunluğunu 5233 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesine dayalı olarak 1987-2004 yılları arasında gerçekleşen aynı kapsamdaki eylem ve faaliyetler nedeniyle oluşan zararların tazmini amacıyla yapılan başvuruların oluşturduğu, belirtilen Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte belirtilen döneme ilişkin olarak çok sayıda başvurunun yapıldığı, 5233 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi ile bu döneme ilişkin başvuruların anılan Kanun'un yürürlüğe girmesinden itibaren 1 yıl içinde yapılabileceğinin belirtilmesine rağmen bu sürenin son olarak 5233 sayılı Kanun'a 5666 sayılı Kanun ile eklenen geçici 4. madde ile 30/5/2008 tarihine kadar uzatıldığı, dolayısıyla komisyonlara belirli bir dönem çok sayıda başvuru yapılmakla beraber, söz konusu başvuru yoğunluğunun devam etmesinin mümkün olmadığı tespitlerine yer verilmiştir. Ayrıca, 5233 sayılı Kanun kapsamında yapılan başvurularda ilgili komisyonların anılan Kanun'un 7. ve 8. maddeleri uyarınca karşılanacak zararları tespit ettiği, bu kapsamda her bir başvuruda yapılan talebe bağlı olarak, uğranılan zararların tespiti amacıyla keşifler yaptığı, ayrı ayrı ziraat, kadastro, inşaat vb. teknik bilirkişi raporları alındığı, başvuru sahiplerinin taşınmazlarının değerini ve bu taşınmazlardan tarım arazisi niteliğinde olanların özelliklerine bağlı olarak gelirlerinin hesapladığı, bu nedenle toplamda 360.000'in üzerinde başvuru için çok değişken ve ayrıntılı hesaplamalar yapılmak suretiyle her bir başvuru sahibinin zararlarının tespiti amacıyla yürütülen bu işlemlerin komisyonlar açısından oldukça karmaşık ve zaman alıcı olduğuna işaret edilmiştir (B. No:2013/3007, 6/2/2014, § 66-69).

69. Bu kapsamda, 5233 sayılı Kanun uygulamasıyla ilgili olarak ve somut başvuruya benzer mahiyette Batman ili itibarıyla yapılan başvurular hakkında yapılan bireysel başvurular kapsamında, Batman ilinde anılan Kanun'un 4. maddesi uyarınca bir komisyon kurulduğu, başvuru sayısının çokluğu ne-

deniyle 3/2/2006 tarihinde komisyon sayısının 4'e kadar çıkarıldığı, 17/8/2010 tarihine kadar 4 komisyon halinde çalışıldığı, kurulan komisyonlara toplam 18.450 başvuru yapıldığı, 5233 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 27/7/2004 tarihinden 29/9/2005 tarihine kadar yaklaşık 8.000 başvuru yapıldığı, Komisyona 2004 yılı öncesi olaylara ilişkin 30/5/2008 tarihine kadar başvuru yapılabildiği, bu tarihten sonra 5233 sayılı Kanun kapsamında sadece yeni ortaya çıkan olaylara ilişkin başvuru yapılabileceği, dolayısıyla toplam başvuru sayısındaki artışın çok sınırlı olduğu, 10/1/2014 tarihi itibarıyla yapılan toplam 18.450 başvurudan 18.410'unun karara bağlandığı, bu nedenle Komisyon sayısının bire düşürüldüğü ve sadece 39 başvurunun komisyon önünde derdest olduğu belirlenmiştir. Sonuç olarak Komisyonlara belirli bir dönem çok yoğun başvuru yapıldığı ancak 30/5/2008 tarihinden sonra başvuru sayısında çok sınırlı bir artış gerçekleştiği ve Komisyonların bu tarihten sonra mevcut başvuruların karara bağlanması için çalışmakta olduğu, başvuru sayısının çok yüksek olduğu dönemlerde Batman örneğinde görüldüğü üzere illerde kurulan komisyonların sayısının arttırıldığı, iş yükünün erimesi sonrasında bu sayının düşürüldüğü ve işi biten komisyonların kapatıldığı, bu kapsamda hem ülke genelinde hem de Batman Zarar Tespit Komisyonu nezdinde az sayıda karara bağlanmamış başvurunun bulunduğu tespit edilmiştir (B. No:2013/3007, 6/2/2014, § 70-72).

70. Somut başvuru açısından, başvuru tarafından 3/1/2006 tarihinde Komisyona yapılan müracaat sonrasında, 5233 sayılı Kanun'un öngördüğü usul uyarınca keşif ve bilirkişi incelemelerini de içeren bir kısım işlemin yapılması sonrasında, 27/8/2010 tarihinde başvuru talebinin reddedildiği, belirtilen ret kararı aleyhine 24/3/2011 tarihinde başlatılan yargılama sürecinin ise başvuru karar düzeltme talebinin reddine dair Danıştay 15. Dairesinin 25/12/2012 tarih ve E.2012/10867, K.2012/14757 sayılı kararı ile tamamlandığı, bu kapsamda makul sürede yargılanma hakkı kapsamında nazara alınması gereken toplam sürenin yaklaşık yedi yıllık bir zaman dilimi olduğu anlaşılmaktadır.

71. Başvurucunun 5233 sayılı Kanun kapsamında ileri sürdüğü tazmin talebinin değerlendirilmesinin yaklaşık yedi yıllık bir süreci kapsadığı görülmekle birlikte, yukarıda yer verilen tespitler çerçevesinde (§ 62-63), karara bağlanan başvuru sayısı, her bir başvuru kapsamında ayrı ayrı yürütülmesi gereken işlemler, Komisyonların yürüttüğü işlemlerin yerine getirilebilmesi için sadece belirli niteliklere sahip kişilerin komisyon üyesi olabilmesi ve bu komisyon üyelerinin yarı zamanlı görev alan kamu görevlileri olmaları dikkate alındığında bir il içinde kurulan komisyon sayısının belirli bir sayının üzerinde arttırılmasının mümkün olmadığı, somut olay açısından da başvuru- rucunun öznel durumunun değerlendirilmesi için keşif ve bilirkişi incelemesi

de dâhil olmak üzere bir dizi idari tahkikatın yapılmış olduğu, idari başvuru sonrasındaki yargısal sürecin ise iki dereceli bir yargılama prosedüründe bir yıl dokuz aylık bir süreçte tamamlandığı ve başvurunun karara bağlanmasında yaşanan gecikmenin esasen Komisyona daha önce yapılmış diğer başvuruların incelenmesi nedeniyle ortaya çıktığı, bu çerçevede geçici olarak ortaya çıkan iş yükü artışının yapısal bir soruna dönüştüğü ancak, kamu makamlarının ilgili prosedürün işletilmesi noktasında gerekli tedbirlere başvurduğu dikkate alındığında, başvuruya konu talebin karara bağlanması hususunda geçen yaklaşık yedi yıllık süreçte, uyuşmazlığın karara bağlanması konusunda kamu otoritelerine ve özellikle yargılama organlarına atfedilebilecek bir gecikmenin olduğu tespit edilmediğinden, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

b. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkının İhlali İddiası

72. Başvurucu idare tarafından sunulan belgeler kendisine tebliğ edilmeksizin, ilk derece mahkemesi tarafından hükme esas alındığını belirterek, çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

73. Adalet Bakanlığı görüşünde, başvurucunun davaya katılma hakkına riayet edildiği, haklarını savunabilmek için kendi görüşlerini sunmasına imkân tanındığı ve bu çerçevede konuya ilişkin iddialarının Mahkeme tarafından dinlenerek incelendiği belirtilmiştir.

74. Adil yargılanma hakkının unsurlarından olan çelişmeli yargılama ilkesi, taraflara dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir (B. No: 2013/4424, 6/3/2013, § 21). Bu ilke ve bu ilkeyle bağlantılı olan yargılamaya etkin katılım hakkı, adil yargılanma hakkının somut görünümleridir. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı bir çok kararında, ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen bu ilke ve haklara, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38).

75. Çelişmeli yargılama hakkı kapsamında, mahkemece tarafların dinlenilmemesi, iddialarını sunma ve delillere karşı çıkma imkânı verilmemesi, yargılama faaliyetinin hakkaniyete aykırı hale gelmesine neden olabilecektir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Ruiz-Mateos/Spain*, B. No: 12952/87, 23/06/1993, § 63; *Feldbrugge/Netherlands*, B. No: 8562/79, 29/05/1986, § 44). Çelişmeli yargılama ilkesi, silahların eşitliği ilkesi ile de yakından ilişkili olup, bu iki ilke birbirini tamamlar niteliktedir. Zira çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal

edilmesi durumunda, davasını savunabilmesi açısından taraflar arasındaki denge bozulacaktır. Çelişmeli yargılamanın medeni haklara ilişkin davalarda da kabul ediliyor olması, medeni bir hakka ilişkin yargılamada da tarafların duruşmada hazır bulunmasını, daha genel bir ifade ile, yargılamanın bütününe aktif olarak katılmalarını ve bu kapsamda yargılama evrakına ulaşma ve bunlar hakkında yorum yapma imkânının da kendilerine tanınmasını ifade etmektedir (B. No: 2013/4424, 6/3/2013,§ 21).

76. Somut başvuru açısından, başvuruya konu tazminat talebinin 5233 sayılı Kanun kapsamında karşılanıp karşılanmayacağı noktasında Danıştay tarafından ihdas edilen içtihâi kriter olan *“yerleşim yerinin tamamen boşalmış/ boşaltılmış olması”* ölçütünden yararlanıldığı, bu hususun tespiti için de bir kısım idari birimlerden gelen tahkikat sonuçlarına dayanıldığı, bu belgelerin Batman İl Jandarma Komutanlığının 25/3/2011 tarihli boşalan ve boşaltılan köylere ilişkin yazısı, aynı birimin 1/10/2009 tarihli yazısı ve ekli 17/11/2009 tarihli tutanağı ile Sason İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının 4/9/2009 tarihli yazıları olduğu anlaşılmaktadır. Batman İdare Mahkemesinin 20/1/2014 tarihli yazısında, söz konusu yerleşim yerine dair Mahkeme nezdindeki dosya sayısının fazlalığı nedeniyle pilot dava uygulamasının yapıldığının belirtildiği görülmektedir. Başvurucu tarafından, belirtilen belgeler kendisine tebliğ edilmeksizin ve bu belgelere karşı savunma yapma imkanı tanınmaksızın hükme esas alındığı iddia edilmekle birlikte, belirtilen belge içeriklerinin ilk derece mahkemesi kararına aktarıldığı ve bu kapsamda söz konusu yerleşim yerinin tamamen boşalmasının ya da boşaltılmasının söz konusu olmadığı, bu nedenle köy halkının yerleşim yerini terk etmelerine neden olabilecek nesnel bir güvenlik kaygısının yaşanmadığı sonucuna varıldığı, bu suretle ilgili belgeler ve içeriklerine en geç ilk derece mahkemesi kararıyla vakıf olduğu anlaşılan başvurusunun, gerek temyiz gerek karar düzeltme talep dilekçelerinde bu belgeler ışığında yapılan tespitlere karşı itiraz ve savunmalarını ileri sürme imkânının bulunduğu, başvuru tarafından biraz edilen delil ve beyan dilekçeleri kapsamında mahkemece, idare ve başvuru tarafından sunulan belgeler değerlendirilerek, başvurucuya dava malzemesine ilişkin olarak tetkik ve beyanda bulunma olanağının tanındığı, bu çerçevede başvuru dosyası kapsamından, başvurusunun yargılamanın sonucunu etkileyecek usuli bir imkandan mahrum bırakılmadığı anlaşılmaktadır.

77. Başvurucu ayrıca, mahkeme kararlarında talep sonucuna etki eden hususlara dair yeterli gerekçe yer verilmediğini iddia etmiştir.

78. Adalet Bakanlığı görüşünde, mahkeme kararlarında tarafların tüm iddialarına cevap verme zorunluluğu bulunmadığı ve somut yargılama açısından, ilk derece mahkemesinin üç sayfalık gerekçeli kararında davayı neden

reddettiğini ve delilleri ne şekilde takdir ettiğini dayanaklarıyla ortaya koyduğu, kanun yolu mercii tarafından da, usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına karar verildiği belirtilmiştir.

79. Gerekçeli karar hakkı adil yargılanma hakkının somut görünümlerinden biridir (B.No. 2013/1213, 4/12/2013, § 25).

80. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması, kanun yoluna başvurma olanağını etkili kullanabilmek ve mahkemelere güveni sağlamak açısından, hem tarafların hem kamunun menfaatini ilgilendirmekte olup, kararın gerekçesi hakkında bilgi sahibi olunmaması, kanun yoluna müracaat imkânını da işlevsiz hale getirecektir. Bu nedenle mahkeme kararlarının dayanaklarının yeteri kadar açık bir biçimde gösterilmesi zorunludur (B.No. 2013/1780, 20/3/2014, § 67).

81. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olmakla beraber, bu hak yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılamaz. Bu nedenle, gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir. Bununla birlikte başvurucunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddialarının cevapsız bırakılmış olması bir hak ihlaline neden olacaktır. Bunun yanı sıra, kanun yolu mahkemelerince verilen karar gerekçelerinin ayrıntılı olmaması da bu hakkın ihlal edildiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Kanun yolu mahkemelerince verilen bu tür kararların, ilk derece mahkemesi kararlarında yer verilen gerekçelerin kabul edilmiş olduğu şeklinde yorumlanması uygun olup, bu durumda, üst dereceli mahkeme tarafından önceki mahkeme kararının gerekçesinin benimsendiği kabul edilmelidir (B.No. 2013/1213, 4/12/2013, § 26)

82. Başvuru konusu olayda, başvurucunun talebinin 5233 sayılı Kanun kapsamında kabul edilip edilmeyeceği noktasında derece mahkemelerinin Danıştay tarafından ihdas edilen nesnel güvenlik kaygısı ölçütünden hareket ettikleri, bu hususun saptanması noktasında ise söz konusu yerleşim yerinin tamamen boşalmış/boşaltılmış olup olmadığının çeşitli idari kurumlar tarafından tanzim edilen tutanak ve belgeler kapsamında değerlendirildiği, başvurucunun söz konusu yerleşim yerinin boşalan/boşaltılan yerlerden olduğu iddiasını dayandığı belgelerin ve özellikle söz konusu yerleşim yerinin tamamen boşaldığı noktasında bir kısım köy muhtarlarının, azalarının, köy halkının ve jandarma görevlilerinin imzalarını taşıyan 20/9/2010 tarihli tutanağa neden itibar edilmediği belirtilerek derece mahkemelerince değerlendirildiği, nesnel güvenlik kaygısı ölçütünden hareket edilmekle başvurucunun öznel durumunun ayrıca değerlendirmeye tabi tutulmadığı, bu suretle başvuru tarafından ileri sürülen ve hüküm sonucunu etkilediği iddia edilen talebinin

ilk derece mahkemesi kararında denetlenerek reddedildiği, ilk derece mahkemesince oluşturulan karar ve gerekçesi hukuka uygun bulunmak suretiyle kanun yolu mahkemelerinin denetiminden geçerek kesinleştiği, bu kapsamda yerel mahkeme gerekçesini benimsediği anlaşılan kanun yolu merciince kararlarda ayrıntılı gerekçeye yer verilmediği anlaşılmaktadır.

83. Başvurucu yargılamanın hakkaniyete uygun olmadığı iddiası kapsamında ayrıca, 5233 sayılı Kanun kapsamında yaptığı başvurunun oğlunun terör örgütü mensuplarınca öldürülmesi noktasındaki öznel durumu nazara alınmaksızın, Mahkemece mukim olduğu köyün tamamen boşaltılmamış olduğu şeklindeki nesnel ölçütten hareketle reddedildiğini, bu yorum tarzının açıkça Kanun'un amacına ve getirdiği düzenlemelere aykırı olduğunu ve verilen ret kararı neticesinde idarenin can ve mal güvenliğini sağlama yükümlülüğünü yerine getirmemesi sonucu maruz kaldığı mülkiyet hakkından yoksun kalma durumu karşısında bir giderim sağlanması imkânının da tanınmadığını belirterek, Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ve buna bağlı olarak Anayasa'nın 35. maddesinde tanımlanan mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

84. Adalet Bakanlığı görüşünde, başvurusunun özellikle başvuruya konu köyün boşalıp boşalmadığı ve mahkemenin bu kapsamdaki işlem ve tespitlerine yönelik iddiaları yargılamanın sonucuna dair şikâyetler olarak nitelendirilmiş, mülkiyet hakkının ihlali açısından ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin mülkiyet hakkı konusunda benimsediği ilkelere değinilmiş, mülkiyetin korunması hakkının mutlak bir hak olmayıp devlete, özel ve tüzel kişilere ait olan mülkleri yasalarda belirtilen koşullar altında kullanma ve hatta bu kişileri bunlardan mahrum etme yetkisi de tanınabileceği, bu kapsamda Doğu ve Güneydoğu bölgelerinde 1985 yılından itibaren güvenlik sorunları nedeniyle bazı köy ve kasabaların boşaltıldığı ve AİHM'nin ilgili şahısların köylerine girişlerinin reddedilmesinin başvuranların mülkiyet haklarına bir müdahale teşkil ettiği sonucuna vardığı, belirtilen kararlardan sonra bu kişilerin zararlarının karşılanması amacıyla 5233 sayılı Kanun'un kabul edildiği, AİHM tarafından özellikle silahlı çatışmalar, genel şiddet, insan hakları ihlalleri göz önüne alındığında, yetkili makamların olağanüstü hal bölgesinde güvenliği sağlamak için istisnai tedbirler almalarını mecbur tutan bu müdahalenin dayanaktan yoksun olmadığına ve bu müdahale nedeniyle meydana gelen zararları gidermek için oluşturulan iç hukuk yolunun ulaşılabilir ve etkin olduğuna, ayrıca temel olayların tespit edilmesi veya maddi tazminat hesaplaması gibi konulardaki değerlendirmelerin iç hukuk yolu olarak ilgili Komisyonlar tarafından yapılacağı sonucuna varıldığına işaret edilmiş ve belirtilen tespitler çerçevesinde somut başvuru açısından, başvurusunun köyünü terör eylemleri veya terörle mücadele faaliyetleri kapsamında terk etmediği

olgusunun Komisyon kararıyla tespit edilerek, bu tespitin yargısal makamlar tarafından da onaylanmış olduğunun nazara alınması gerektiği bildirilmiştir.

85. Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, bireysel başvurulara ilişkin incelemelerde kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların incelemeye tabi tutulamayacağı, 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise açıkça dayanaktan yoksun başvuruların Mahkemece kabul edilemezliğine karar verilebileceği belirtilmiştir.

86. Bir anayasal hakkın ihlali iddiasını içermeyen, yalnızca derece mahkemelerinin kararlarının yeniden incelenmesi talep edilen başvuruların açıkça dayanaktan yoksun ve Anayasa ve Kanun tarafından Mahkemenin yetkisi kapsamı dışında bırakılan hususlara ilişkin olduğu açıktır. Bu kapsamda, bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamaz. Anayasada yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ve bariz takdir hatası içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Bu çerçevede, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde bariz bir takdir hatası bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz (B. No. 2012/1027, 12/2/2013, §§ 25-26).

87. 5233 sayılı Kanun, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddi zararlarının yargı yoluna gidilmesine gerek kalmaksızın, idarece en kısa süre içerisinde ve tam olarak tespit edilerek, sulh yoluyla karşılanmasını amaçlamakta olup, belirtilen amaç doğrultusunda ilke ve prosedürler öngörmektedir.

88. Belirtilen Kanun uyarınca müracaat sahiplerinin taleplerinin karşılanabilmesi için, öncelikle iddia edilen zararın terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle oluştuğunun tespiti gerekmekte olup, Kanun'un 2. maddesinde açıkça terör dışındaki ekonomik ve sosyal sebeplerle uğranılan zararlar ile güvenlik kaygıları dışında kendi istekleriyle bulundukları yerleri terk edenlerin bu sebeple uğradıkları zararların kapsam dışında olduğu belirtilmiştir.

89. Özellikle tazminata ilişkin belirtilen usulün ihdasına temel olan ve AİHM'ne sunulan başvuruların yapıldığı bölge itibarıyla, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler dışındaki ekonomik

ve sosyal nedenlerle yaşanan göç olayları ve bu olgudan kaynaklanan zararların varlığını nazara alan yargılama makamları, 5233 sayılı Kanun kapsamında yapılan başvuruların belirtilen Kanun kapsamında kabul edilebilmesi için, objektif bir ölçüt belirleme yoluna gitmiş ve bu ölçütün sağlanmasını *“köyün ya da mezranın tamamen boşalmış/boşaltılmış olması veya anılan yerleşim yerlerinde sadece geçici köy korucularının kalması”* şartına bağlamıştır. Belirtilen kabul uyarınca, *“terör eylemleri”* veya *“terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler”* sonucunda bir yerleşim yerinin tamamen boşalmış/boşaltılmış olması nedeniyle mal varlığına/mülküne ulaşamayan kişilerce uğranılan maddi zararın, sözü edilen Kanun hükümlerine göre idarece sulh yoluyla ödenmesi gerekmektedir. Yerleşim yerinin *“kısmen”* boşalmış olması ise, o yerleşim yerinde güvenli bir şekilde yaşayabilme olanağını sağlayan asgari güvenlik şartlarının idarece sağlanmış olduğunun nesnel bir göstergesidir.

90. Esasen taleplerin yapıldığı bölge itibarıyla özellikle ekonomik ve sosyal nedenlerle yaşanan göç olayları ve bundan kaynaklanan zararların yoğunluğu karşısında, 5233 sayılı Kanun kapsamında tazmin edilebilecek zararların tespitinde temel alınacak objektif bir ölçütün ihdas edilmesi zorunlu gözükmemektedir. Bu kapsamda, güvenlik kaygısının yerleşim yerinde sürekli yaşayan kişilere ve sözü edilen kaygı nedeniyle aynı yerleşim yerini terk eden kişilere göre değişmemesi gereğinden ve terör olayları nedeniyle toplumda oluşan korku ve endişe karşısında her bireyin farklı tepki göstermesinin mümkün olduğu gerçeğinden hareket eden yargısal makamlar, kişiden kişiye değişebilen bir duygu olan güvenlik kaygısının yukarıda belirtildiği şekilde nesnel bir ölçüte dayandırılmasını zorunlu görerek, güvenlik kaygısına dayanılarak bir yerleşim yerinin kısmen boşalmış olması halinde, 5233 sayılı Kanun kapsamında maddi zararların idarece ödenmesine yasal olanak bulunmadığı ilkesini benimsemiştir.

91. 5233 sayılı Kanun uyarınca ileri sürülen taleplerin, belirtilen Kanun kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu ve Kanun’un kapsamının belirlenmesi noktasındaki mevzuat hükümlerinin yorumu ile bu hususta içtihadî bir ölçütün belirlenmesi ve somut olayın bu ölçüt uyarınca değerlendirilmesi noktasındaki takdir, esasen derece mahkemelerine ait olup, 5233 sayılı Kanun’un uygulanması bağlamında daha önce bireysel başvuru konusu yapılmış olan taleplere ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmeler neticesinde de, belirtilen hususlara ilişkin iddiaların maddi olayın ve hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması bağlamında kanun yolu mahkemelerince değerlendirilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu belirtilerek, açıkça dayanaktan yoksun bulunduğu anlaşılmaktadır (B. No: 2013/3007, 6/2/2014, §§ 45-50; Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Akbayır/Türkiye*, B. No: 30415/08, 28/06/2011, § 88).

92. Bununla birlikte, başvurucunun oğlunun terör örgütü mensuplarınca kaçırılarak söz konusu yerleşim yeri yakınında öldürülmesinden mütevellit güvenlik kaygısıyla köyünü terk ettiğini ve bu çerçevede oluşan zararının 5233 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürdüğü ve belirtilen vakıya ilişkin tutanaklar ile soruşturma evrakını derece mahkemelerine ibraz ederek, yerleşim yerini terör olaylarından kaynaklanan güvenlik kaygısı nedeni ile terk ettiği noktasındaki öznel durumunun nazara alınmasını talep ettiği anlaşılmaktadır.

93. Söz konusu Kanun hükümlerinin yorumu, maddi vakıaların belirlenen ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi ve 5233 sayılı Kanun kapsamında kabul edilebilecek bir başvuru açısından yapılan mal varlığı ve zarar tespitine ilişkin tahkikatlar sonucunda bir giderim sağlamanın gerekliliği noktasındaki takdir esasen derece Mahkemelerine ait olmakla beraber, derece mahkemesi kararlarının bariz bir takdir hatası içermesi durumunda, Anayasal bir temel hak veya özgürlüğün ihlal edilip edilmediğinin tespiti noktasında, farklı bir değerlendirme yapılması gerekebilecektir.

94. Bu çerçevede, yargılama dosyasında yer alan tespit tutanaklarından başvurucunun söz konusu yerleşim yerinden oğlunun terör örgütü mensuplarınca kaçırılarak öldürülmesinden sonra ayrıldığı anlaşılmaktadır. Buna rağmen başvurucunun talebinin 5233 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi için yerleşim yerini terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle terk edip etmediğinin belirlenmesi amacıyla köyün tamamen boşaltılıp boşaltılmadığı yönünde bir inceleme yapılarak sonuca ulaşılmasının, söz konusu Kanun'un amacına uygun olmadığı anlaşılmaktadır. Oğlu terör örgütü mensuplarınca öldürülen başvurucunun yerleşim yerini terör olaylarından kaynaklanan güvenlik kaygısıyla terk ettiği dosya kapsamındaki belgelerden açıkça anlaşılmasına rağmen aksi yönde karar verilmiş olması nedeniyle yargılamaya bir bütün olarak bakıldığında, başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun (adil) yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

95. Başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmış olmakla, mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki iddianın esasının ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

4. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

96. Başvurucu, Komisyon karar tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte 38.145,00 TL maddi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

97. Adalet Bakanlığı görüşünde, başvurucunun tazminat talebine ilişkin gö-

rüş bildirilmemiştir.

98. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

99. Mevcut başvuruda Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

100. Başvurucu tarafından maddi tazminat talebinde bulunulmuş olmakla beraber, yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesinin başvurucunun ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu anlaşıldığından, başvurucunun maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

101. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun adli yardım talebinin KABULÜNE,

B. Başvurucunun,

1. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ve makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki iddialarının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının "açıkça dayanaktan yoksun olması" nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Eşitlik ilkesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının "açıkça dayanaktan yoksun olması" nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

C. Başvurucunun,

Adil Yargılanma Hakkı (md. 36)

1. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

2. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine,

E. Başvurucunun tazminata ilişkin taleplerinin REDDİNE,

F. Başvurucu tarafından yapılan 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE, adli yardım talebi kabul edilen başvurucunun harçtan muafiyetine,

G. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

16/7/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Alparslan ALTAN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Engin YILDIRIM

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2012/1052

Karar Tarihi: 23/7/2014

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Alparslan ALTAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Osman Alifeyyaz PAKSÜT Recep KÖMÜRCÜ Engin YILDIRIM
Raportör	: Recep ÜNAL
Başvurucu	: İbrahim Can KİŞİ
Vekili	: Av. Vefa TOKLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde (AYİM) görülen tam yargı davası kapsamında bilirkişi raporu ile tespit edilen maddi zararını öğrendikten sonra talep sonucuna ilişkin ıslah talebinin kabul edilmemesi ile hak ettiği maddi tazminatın önemli bir kısmından mahrum kaldığını ve bu nedenle adil yargılanma, mülkiyet ve etkili başvuru haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş, tazminat talebinde bulunmuştur.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 12/12/2012 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyonun sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 26/9/2013 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. İkinci Bölüm tarafından 7/1/2014 tarihinde yapılan toplantıda, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 7/1/2014 tarihinde Bakanlığa bildirilmiştir. Bakanlık, yazılı görüşünü 6/3/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık görüş yazısı, başvurucuya 14/3/2014 tarihinde bildirilmiştir.

Başvurucu Bakanlık görüşüne cevaplarını içeren dilekçesini 19/3/2014 tarihinde sunmuştur.

III. OLAYLAR VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru dilekçesi ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu, askerlik yükümlülüğünü yerine getirmek üzere 27/5/2009 tarihinde acemi eğitim birliğine katılmış, burada eğitimini tamamlamasının ardından 16/9/2009 tarihinde Van ili Özalp ilçesindeki 6. Hudut Alayı 2. Hudut Taburu 7. Hudut Bölük Komutanlığı emrine verilmiştir.

9. Başvurucu, anılan askeri birlikteki görevine devam ederken 9/8/2010 tarihinde 03:00 ilâ 05:00 saatleri arasındaki nöbet görevi sırasında gözünde acı ve görme bozukluğu şikâyetiyle amirlerine müracaat etmesi üzerine, ertesi gün bağlı bulundukları Tabur Komutanlığı revirine gönderilmiş, burada yapılan muayenesi sonucunda Van Asker Hastanesine sevk edilmiştir.

10. Başvurucunun 11/8/2010 tarihinde Van Asker Hastanesinde yapılan muayenesi sonucunda “*sol gözde minimal vitre içi hemoraji-sol makülopati*” teşhisi konulmuş ve ileri tetkik ve tedavi için Ankara Gülhane Askeri Tıp Akademisi (GATA) Hastanesine sevk edilmiştir.

11. Başvurucu, askerlik görevine ilişkin süreyi tamamladığı 25/8/2010 tarihinde terhis edilmiştir.

12. Ankara GATA Hastanesinde yapılan muayene ve tedavi işlemleri sonucunda 28/12/2010 tarihli tabip raporu ile başvurucunun sol gözünün 0,2 düzeyinde görebildiği tespit edilerek “*sol göz moküler hol*” tanısı ile üç ayda bir kontrol önerilmiş ve “*Durumu A/9 F-1’e uyar. Askerliğe elverişlidir. Komando ve askeri şöför olamaz. Kıtasına taburcusu uygundur.*” sonucuna ulaşıldığı tespit edilmiştir.

13. Başvurucu, 4/1/2011 tarihinde Milli Savunma Bakanlığına başvuruda bulunarak tazminat talep etmiştir. 60 günlük kanuni süre içerisinde idarenin cevap vermemesi üzerine başvuru, 17/3/2011 tarihinde adli yardım talebiyle tam yargı davası açmıştır.

14. AYİM İkinci Dairesinin 30/3/2011 tarih ve E.2011/478, K.2011/433 sayılı kararıyla başvurucunun adli yardım talebinin kabulüne, 4/7/1972 tarih ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu’nun 45. maddesinin (B) bendi gereğince dava dilekçesinin reddine karar verilmiştir.

15. Bu karar üzerine 28/4/2011 tarihinde AYİM’e sunulan yenilenmiş dava

dilekçesi ile başvurunun sol gözünde meydana gelen %80 oranındaki görme kaybının davalı idarenin hizmet kusuru sonucu meydana geldiği iddiası ile başvuru lehine 50.000,00 TL maddi ve 20.000,00 TL manevi; diğer davacılar (başvurunun anne ve babası) lehine ayrı ayrı 2.500,00 TL manevi tazminat talep edilmiştir.

16. GATA Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığı tarafından yapılan muayene sonucunda başvurunun sol gözündeki fonksiyonel kaybın duyu ve organlarından birinin işlevinin tamamen yitimi niteliğinde olduğu, %23,2 oranında meslekte kazanma gücünü kaybettiği tespit edilmiştir. Aynı kurumun Göz Hastalıkları Ana Bilim Dalı öğretim üyesince düzenlenen görüş yazısında ise başvurunun gözünde meydana gelen hasarın yeni gelişen akut bir durum olduğu, buna yol açan sebebin ise termal ya da künt bir travma olabileceği bildirilmiştir.

17. AYİM'e sunulan 5/3/2012 tarihli bilirkişi raporu ile başvurunun %23,2 olarak tespit edilen maluliyetine ilişkin olarak 96.249,00 TL maddi tazminat ödenmesi gerektiği mütalaasında bulunulmuştur.

18. Başvuru, 16/3/2012 tarihli dilekçe ile maddi tazminat talebini 96.249,00 TL ve manevi tazminat talebini ise 15.000,00 TL olarak ıslah etmek istediğini Yüksek Mahkemeye bildirmiştir.

19. AYİM İkinci Dairesinin 4/4/2012 tarihli kararı ile başvurunun askerlik görevi sırasında oluşan maluliyetinin idarenin hizmet kusurundan kaynaklandığı sonucuna ulaşılarak başvurucuya 50.000,00 TL maddi ve 20.000,00 TL manevi tazminat verilmesine, dava tarihinden ödeme tarihine kadar yıllık %9 oranında hesaplanacak kanuni faiz yürütülmesine, diğer davacıların (başvurunun anne ve babası) manevi tazminat taleplerinin reddine, başvuru- dan alınan 210,00 TL bilirkişi ücretinin davalı idare tarafından başvurucuya ödenmesine oy çokluğuyla karar verilmiştir.

20. Aynı kararda 1602 sayılı Kanun'un 46. maddesinin dördüncü fıkrasındaki *" taraflar sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler"* kuralı gereğince, idari yargıda iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı bulunduğu ve davacıların süresi dışında talep sonucunu ıslah yoluyla arttırmalarının mümkün olmadığı gerekçeleriyle başvurunun ıslah talebinin reddine karar verilmiştir.

21. Başvuru 21/6/2012 tarihli dilekçe ile AYİM kararına karşı karar düzeltme yoluna başvurmuş olup, AYİM İkinci Dairesinin 14/11/2012 tarih ve E.2012/565, K.2012/1031 sayılı kararı ile karar düzeltme talebinin reddine karar verilmiştir. Bu karar başvurucuya 29/11/2012 tarihinde tebliğ edilmiştir.

B. İlgili Hukuk

22. 11/4/2013 tarih ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesi ile değişik 1602 sayılı Kanun'un 46. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

"Taraflar sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler. (Ek cümle: 11/4/2013-6459/1 md.) Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 23/7/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurunun 12/12/2012 tarih ve 2012/1052 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

24. Başvurucu, AYİM'de açtığı tam yargı davasının yargılaması kapsamında, davaya konu gerçek zararı öğrenmesini müteakiben maddi tazminata ilişkin talep sonucunu ıslah yoluyla arttırdığını, AYİM'in idari yargıdaki talep sonucunu değiştirme yasağını gerekçe göstererek bu talebini kabul etmeyip, dava dilekçesinde talep edilen miktar olan 50.000,00 TL tazminata hükmettiğini, bu şekilde hak ettiği tazminatın sadece yarısına kavuşabildiğini, bu şekilde adil yargılanma, mülkiyet ve etkili başvuru haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

25. Anayasa Mahkemesi, başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirme ile bağlı olmaksızın, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Buna göre başvurunun şikâyetinin özü, yargılama sırasında alınan bilirkişi raporunda belirlenen tazminat alacağı miktarının dava açarken talep ettiği kadar olan kısmını talep edememesi veya bir mahkeme önüne götürmemesine, dolayısıyla, adil yargılanma hakkının güvenceleri arasında yer alan mahkemeye erişim hakkına ilişkindir. Bu nedenle, Anayasa'nın 35. ve 40. maddeleri çerçevesinde ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

26. Asker kişilerin, askeri idarenin eylem ve işlemlerinden doğan kişisel zararlarının tazmininin, Anayasa ve Sözleşme'de düzenlenen adil yargılanma hakkının koruma alanı kapsamında yer aldığı konusunda tereddüt yoktur (B. No: 2012/791, 7/11/2013, §§ 26-30).

27. Açıklanan nedenlerle, açıkça dayanaktan yoksun olmayan ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden bulunmayan başvurunun, kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

28. Bakanlık görüş yazısında, AİHM içtihatlarına atıf yapılarak, özellikle tazminat davalarında yargılamanın uzun sürdüğü durumlarda, alacaklı miktarın dengelenmesi bakımından öngörülen gecikme faizinin enflasyon oranı karşısında yetersiz kalması sonucu takdir edilen tazminatın hatırı sayılır ölçüde değer kaybına uğramasının Sözleşme'nin ihlali olarak nitelendirildiği, bu durumun ise meydana gelen zarar ile takdir edilen tazminat arasında gözetilmesi gereken adil dengenin sağlanması bakımından sakıncalar doğuracağı, bu sakıncanın giderilebilmesi için iç hukuk sisteminde dava açılması sırasında dava dilekçesinde belirlenen meblağın ıslah işleminde olduğu gibi yeniden değerlendirilmesini yargılama aşamasında talep edebilme olanağının ilgililere sağlanmasının gerekli olduğu, 30/4/2013 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6459 sayılı Kanunla idari yargılama usulüne ıslah müessesinin dâhil edilmesi ile yapısal sorunun çözüme kavuşturulduğu bildirilmiştir.

29. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyan dilekçesinde, uğradığı zararın gerçek miktarının yargılama safhasında 5/3/2012 tarihli bilirkişi incelemesi ile ortaya çıktığını, müteakip ıslah talebinin ilgili Kanun hükmü gereğince reddedildiğini, bu nedenle gerçek zararının karşılanmadığını, karardan yaklaşık altı ay sonra bu sorunun çözümüne yönelik kanuni düzenleme yapılarak olası ihlallerin önünün kesildiğini, bu şekilde bu durumun hak ihlali oluşturduğunun kabul edilmiş olduğunu, ancak karar kesinleştikten sonra yapılan bu düzenlemeden yararlanarak oluşan zararının karşılanmasının mümkün olmadığını, sonuç olarak uğradığı zararın 41.249,00 TL olduğunu bildirmiştir.

30. Mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının güvenceleri arasında yer almaktadır (B. No: 2012/144, 2/10/2013, § 28; B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 51; B. No: 2012/1061, 21/11/2013, § 28; B. No: 2013/711, 3/4/2014, § 41).

31. Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı ve uyuşmazlık kapsamında bir talebi, mahkeme önüne taşıyabilmek ve bunların etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Kişinin mahkemeye başvurusunu engelleyen veya mahkeme kararını (B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52) ya da kişinin bizzat mahkemeye başvurmuş olmasını anlamsız hale getiren sınırlamalar, mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir.

32. Mahkemeye etkili erişim hakkı, mahkemeye başvuru konusunda tutarlı

bir sistemin var olmasını ve dava açmak isteyen kişilerin mahkemeye ulaşma-
da açık, pratik ve etkili fırsatlara sahip olmasını gerektirmektedir. Özellikle
hukuki belirsizlikler ya da uygulamadaki belirsizlikler kişilerin mahkemeye
erişim hakkını ihlâl edebilmektedir (Aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. *Gef-
fre/Fransa*, B. No: 51307/99, 23/1/2003, § 34). Bu nedenle, mahkemeler usul ku-
rallarını uygularken bir yandan âdil yargılanma hakkını ihlâl edebilecek aşırı
şekilcilikten, diğer yandan da yasalar tarafından düzenlenen usul kuralları-
nın ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilecek aşırı gevşeklikten kaçınma-
lıdır (Aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. *Walchli/Fransa*, B. No: 35787/03,
26/7/2007, § 29; *Eşim/Türkiye*, B.No: 59601/09, 17/9/2013, § 21).

33. Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sı-
nırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırıl-
ması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlandırıl-
ma nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı
sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede
herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın başka
maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da
mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına
ilişkin bir kısım düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kay-
naklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar
olduğu açıktır. Ancak bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan
güvencelere aykırı olamaz (AYM, E.2010/83, K.2012/169, K.T. 1/11/2012).

34. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması" kenar başlıklı 13.
maddesine göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca
Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kan-
unla sınırlandırılabilir. Ayrıca bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna,
demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük
ilkesine aykırı olamaz.

35. AİHM de mahkemeye erişim hakkının dayanağı olan Sözleşme'nin 6.
maddesinde adil yargılanma hakkın sınırlandırılması rejimi düzenlenmemiş
olmasına rağmen, bunun hiçbir surette mahkemeye erişim hakkının sınırlandırıl-
mayacağı anlamını taşımadığını, hakkın niteliği gereği, mahkemeye eri-
şim konusunda devletin bir takım sınırlama ve düzenlemeler yapmasının ka-
çınılmaz olduğunu ve bu nedenle sözleşmecî devletlerin bu konuda bir takdir
alanına sahip olduklarını kabul etmektedir. Ancak, bu sınırlamaların hakkın
özüne zarar vermeyecek nitelikte, meşru bir amaca dayalı ve kullanılan aracın
sınırlama amacı ile orantılı olması, kamu yararının gerekleri ile bireyin hak-
ları arasında kurulmaya çalışılan adil dengeyi bozacak şekilde birey aleyhine
katlanılması zor külfetler yüklenmemiş olması gerekir (bkz. *Ashingdane/Bir-
leşik Krallık*, B. No: 8225/78, 28/5/1985, § 57; *García Manibardo/İspanya*, B. No:

38695/97, 15/2/2000, § 36; *Sabri Güneş/Türkiye*, B. No: 27396/06, 24/5/2011, § 56).

36. Sonuç itibarıyla mutlak olmayan ve sınırlandırılabilen mahkemeye erişim hakkına ilişkin sınırlandırmaların, hakkın özünü zedeleyecek şekilde kısıtlamaması, meşru bir amaç izlemesi, açık ve ölçülü olması ve başvuru üzerinde ağır bir yük oluşturmaması gerekir (B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 38).

37. Dava açılması konusundaki kısıtlamalar, kural olarak mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil eder. Bu kısıtlamalar, süre ve benzeri bir takım usuli şartlar öngörülerek doğrudan doğruya olabileceği gibi, mahkeme önünde devam eden bir davanın taraflarının, dava konusu hak veya menfaate yönelik tasarruflarının sınırlandırılması şeklinde de tezahür edebilir. Bir tazminat veya tam yargı davasına konu olan alacağa ilişkin talep miktarının, yargılama safahatı kapsamında arttırılamaması nedeniyle, alacağın belirli bir kısmına erişilememiş olması da, belirtilen anlamda dava açılması ile ilgili bir kısıtlama olarak, mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelenmesi gerekli olan bir konudur.

38. Tazminat alacağının miktarı, ancak bilirkişi incelemesi ve benzeri araştırmalardan sonra mahkemenin takdir yetkisi çerçevesinde belirlenebilen bir olgudur. Tazminat müessesesinin bu özelliği gereği, hak kazanılan tazminat miktarının dava açılmadan önce tam olarak bilinmesi veya öngörülmesi mümkün değildir. Dava açılması aşamasında karşı karşıya kalınan bu belirsizliğin, talep miktarının sonradan düzeltilmesi (ıslah) yoluyla aşılması da 30/4/2013 tarihi öncesinde 1602 sayılı Kanun gereği mümkün değildir (B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 56). Buna göre, hak kaybına uğramaması bakımından davacı tarafın, dava devam ederken, talep sonucunu ıslah etme ihtiyacının doğması kaçınılmazdır.

39. Somut olayda başvuru, maruz kaldığı maluliyet nedeniyle 50.000,00 TL maddi ve 20.000,00 TL manevi tazminat talep etmiştir. Yargılama kapsamında alınan bilirkişi raporunda, başvurucuya 96.249,00 TL maddi tazminat ödenmesi gerektiği mütalaasında bulunulmuştur. Bu şekilde, hak ettiği maddi tazminat miktarının, talep ettiğinden fazla olduğunu öğrenen başvuru, maddi tazminat talebini 96.249,00 TL ve manevi tazminat talebini ise 15.000,00 TL olarak ıslah etmek istediğini Yüksek Mahkemeye bildirmiştir. AYİM, başvuru, ıslah taleplerini 1602 sayılı Kanun'un 46. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince, idari yargıda iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı bulunduğu ve davacıların süresi dışında talep sonucunu ıslah yoluyla arttırmalarının mümkün olmadığı gerekçeleriyle reddetmiş ve dava dilekçesinde talep edilen miktarları esas alarak karar vermiştir. Başvurucunun, talebini güncelleyememesi ile tazminat alacağının belirli bir

miktarından mahrum kalmış olmasının, mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahale oluşturduğu açık olup, 1602 sayılı Kanun'un 46. maddesinin dördüncü fıkrası, bu müdahalenin dayanağını teşkil etmektedir.

40. 1602 sayılı Kanun'un 46. maddesinin dördüncü fıkrasında, *"Taraflar sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler."* ifadesi hükme bağlanmıştır. Her ne kadar aynı fıkra 6459 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile eklenen *"Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilmeye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir."* cümlesi ile tam yargı davaları bakımından bir istisna öngörülerek, dava dilekçesinde talep edilen miktarın bir defaya mahsus olmak üzere arttırılmasına imkan tanınmışsa da, başvuruya konu AYİM kararı 14/11/2012 tarihinde kesinleşmiş olup, başvurucunun 30/4/2013 tarihinde yürürlüğe giren bu düzenlemeden yararlanması da mümkün olmamıştır.

41. Adil yargılanma hakkı, demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri olup, tüm bireyler açısından mümkün olan en geniş şekilde güvence altına alınmalıdır. Diğer taraftan hukuki eylem, işlem ve kuralların sürekli dava tehdidi altında bulunması hukuk devletinin unsurları olan hukuki istikrar ve hukuki güvenlik ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle hak arama özgürlüğü ile hukuki istikrar ve hukuki güvenlik gerekleri arasında makul bir denge gözetilmelidir (AYM, E.2010/83, K.2012/169, K.T. 1/11/2012). 1602 sayılı Kanun'un 46. maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenleme ile askeri idare aleyhine açılan davaların ve bu davalar kapsamında sunulan taleplerin disipline edilmesinin hedeflendiği, daha ciddi takip edilmeleri sağlanarak davaların sürüncemede kalması ve belirsizliklerin önlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrasındaki davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması bağlamında değerlendirilebilecek bu amaçların meşru olduğu açıktır.

42. Hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan asli çekirdeği ifade etmekte olup, bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır. Bu çerçevede, hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hale getiren veya ortadan kaldıran sınırlamaların, hakkın özüne dokunduğu kabul edilmelidir (AYM, E.2002/112, K.2003/33, K.T. 10/4/2003). Ölçülülük ilkesinin amacı da, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla

amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesini deyimleyen oranlılık unsurlarını içermektedir (AYM, E.2012/100, K.2013/84, K.T. 4/7/2013).

43. Bu noktada, belirtilen ölçütlere riayetle bir sınırlandırma yapıp yapılmadığının tespiti için, müdahale teşkil ettiği ve mahkemeye erişim hakkının ihlalini sonuçladığı iddia edilen önlemin temelini oluşturan meşru amaç karşısında, bireye düşen fedakârlığın ağırlığının göz önünde bulundurulması ve gözetilen kamusal yararın gerekleri ile bireyin temel hakkının korunması arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi zorunludur. Anayasa'nın 13. maddesi vasıtasıyla Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda geçerli olan bu denge, mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasında da göz önünde bulundurulmalıdır.

44. Somut başvuruya konu yargılamada ıslaha yönelik talep hakkı kısıtlanan başvuru, bilirkişi tarafından hesaplanan 96.249,00 TL maddi tazminatın ancak 50.000,00 TL'lik kısmına kavuşabilmiştir. Bu şekilde tazminat alacağının kayda değer bir kısmından mahrum kalan ve lehine adli yardım kararı verilmiş olması itibarıyla maddi durumunun elverişsiz olduğu anlaşılan başvuru, katlanmak zorunda bırakıldığı külfetin, hedeflenen meşru amaçlarla orantısız olduğu; dolayısıyla müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

45. Belirtilen nedenlerle, başvuru Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

46. Başvuru, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından, 41.249,00 TL zararının tazminini talep etmiştir.

47. Bakanlık, Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği ihlal kararlarında hükmettiği tazminat miktarları çerçevesinde hakkaniyete uygun bir tazminata karar verilmesinin yerinde olacağı yönünde görüş bildirmiştir.

48. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

49. Somut başvuru açısından, başvurunun ıslah talebinin dikkate alınmadığı AYİM kararı sonucunda başvurunun, tazminat alacağının belirli bir bölümünden mahrum kaldığı ve bu nedenle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Tespit edilen ihlal sonucunda başvurunun, 41.249,00 TL tutarında maddi zarara uğradığı açık olup, maddi zararlar sınırlı olan ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görülmemiştir. Bu nedenle ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için başvurucuya 41.249,00 TL maddi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

50. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 172,50 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.672,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvurucunun, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuya 41.249,00 TL maddi TAZMİNAT ÖDENMESİNE,

D. Başvurucu tarafından yapılan 172,50 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.672,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuru sahiplerinin Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

23/7/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Alparslan ALTAN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Engin YILDIRIM

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2012/543

Karar Tarihi: 15/10/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler :	Burhan ÜSTÜN Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN Hasan Tahsin GÖKCAN
Raportör	: Muharrem İlhan KOÇ
Başvurucu	: Sami ÖZBİL
Vekili	: Av. Özlem GÜMÜŞTAŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, uzun süre devam eden tutukluluk, baskı altında ve müdafî olmaksızın alınan ifadelerin hükme esas alınması ve hukuka aykırı arama yapılması nedeniyle Anayasa'nın 19. ve 36. maddelerinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 9/11/2012 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca, 25/12/2012 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından, 12/2/2013 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas hakkındaki incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 15/2/2013 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, görüşünü 16/4/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvurucuya 13/5/2013 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu vekili süresinden sonra 30/5/2013 tarihinde görüşe karşı beyanlarını sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve ekleri ile Adalet Bakanlığı görüşünde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu, 15/6/2003 tarihinde terör örgütüne üye olma suçlamasıyla gözaltına alınmış ve 19/6/2003 tarihinde Cumhuriyet Savcısı tarafından ifadesi alındıktan sonra yasadışı MLKP (Marksist Leninist Komünist Parti) adlı örgütünün amaçları doğrultusunda anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs suçundan İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) tarafından tutuklanmıştır.

9. Başvurucunun 17/06/2003 tarihinde gözaltında iken *“Benim herhangi bir dernek veya siyasi kuruluşa üyeliğim yoktur. Pasaportum veya ehliyetim yoktur. Bugüne kadar hiç yurt dışına çıkmadım. Herhangi bir legal alandaki toplantı gösteri yürüyüşlerine katılmadığım gibi bu hususta gözaltım da olmadı. 1984 Yılında DHKP/C ve 1996 yılında TKEP/l’den gözaltına alınıp müebbet cezası aldım ve 2001 yılında ceza ertelemesi neticesi tahliye oldum. Ben sosyalist fikirleri benimsiyorum. Ben bugüne kadar kendime göre yanlış bulduğum konuları protesto etmek amacı ile mesaj iletmek için eylemlerim olmuştur. Bu eylemleri yaparken birgün önceden eylem koyacağım yere gidip keşif yapıp daha sonra eylemi gerçekleştiriyordum. Bu esnada insanlara zarar gelmeyecek yere patlayıcı koyup ayrıca uygun bir saat tercih ediyordum”* şeklinde beyanda bulunduğu gerekçeli kararda belirtilmektedir.

10. Başvurucunun DGM Cumhuriyet savcısına verdiği ifadesi şöyledir:

“Ben üzerime atılı bulunan suçları kabul etmiyorum. 1996 yılında İstanbul DGM.de TKEP/L (Türkiye Kominist Emde Partisi-Leninist) adlı örgüte üye olmak suçlamaları ile yargılandım. Yargılama 2001 yılında bitti. Bana TCK.nun 168. Maddesinden 12 yıl ceza hükmedildi, ölüm orucu eylemleri sürecinde organik beyin sendromu tanısıyla bana süresiz olarak izin verildi. 2001 yılı sonlarında cezaevinden tahliye edildim. O zamandan bu yana Muğla’daki ailemin yanında kalıyorum. İstanbuldaki İnsan Hakları Vakfı tarafından da tedavim sürdürülmektedir. Görevliler beni birkaç gün önce Kuşadası Davutlar’da yakaladılar. En son Star Gazetesinin bulunduğu binaya patlayıcı atılması ile birlikte başka bazı benzer olaylara da karıştığım suçlamalarında bulundular. Ben suçlamaları kabul etmiyorum. Tahliye olduktan sonra yasadışı herhangi bir eylem ve faaliyetim olmamıştır.

Diğer sanık İbrahim Söke’de büyümem nedeniyle tanıyorum. Benim babam şu anda bulunduğu Milas’a gitmeden önce Söke’de kireç ocağı işletiyordu. 1995 yılına kadar Söke’de oturduk. Daha sonra babam aynı işi Milas ta yapmaya başladı. Sökede akrabalarım da vardır. İbrahim’in babası da öğretmendir. Bu nedenle bir arkadaşlığımız söz konusudur. Ben cezaevinden tahliye edildikten sonra Söke’de öğretmen

evinde İbrahim'i sordum. Babası Söke Öğretmenevinin müdürüdür. Bana İzmir'de okuduğunu söylediler. Bu olay geçen yıl geçmiştir. Cep telefonunu aldıktan sonra İzmir'de kendisi ile görüştüm, Bucadaki evine gittik. Bu arada ben İzmir'de akrabalarımın yanında da kalıyordum. Kendisi bana evinde kalabileceğimi söyledi. Sürekli kalmadım. Zaman zaman kalıyordum. Evinin anahtarlarından birisini bana vermişti. Kendisi yaz nedeniyle Davutlara gideceği için anahtarı bana verdi. En son bu eve yakalandığım günden bir gün önce gidip kalmıştım. Biraz önce söylediğim gibi sürekli olmamakla birlikte zaman zaman gidip kalıyordum, Çok ihtiyaç hissettiğim bir yer değildi. Nadir olarak bu evde kaldım, Yakalandıktan sonra polisler teni de İbrahim'in evine götürdüler, Ben arabada beklerken kendileri ere girip çıktılar. Ben polisler ile birlikte sadece iç çamaşırlarımı almak için eve girip çıktım. Evde ne elde ettiklerini de bilmiyorum. Bunu sizden sorabilir miyim dedi. Kendisine ev arama tutanağının içeriği okundu.

Bu çok saçma ayıp bir kompodur dedi. Ben evin anahtarını değiştirmedim. İbrahim'in bana verildiği anahtarla polisler kapıyı açmışlardır. Aynı anahtarın bir tanesinin İbrahim'in ailesinde olması gerekiyor, denesinler,

Emniyet İfadesi okunup, soruldu, Ben emniyette ifade vermedim, Biraz önce söylediğini rahatsızlığım nedeniyle çok halsiz ve güçsüzüm. Sonradan bana bir belge imzalatırdıklarını söylediler, İçeriğinde ne olduğunu bilmiyordum. Bu ifademın içeriğini de kabul etmiyorum, Gözaltında iken aileme dönük tehditler yapılmıştır. Gözaltında kaybedileceğim belirtilmiştir Bu nedenle ifademın içeriğini kabul etmiyorum, Yakalandığım sırada üzerimde ele geçirilen Recep Baysal adına düzenlenmiş kimliği bu işi yapanlardan satın aldım. Hem asker kaçağı olarak aranıyorum hem de tahliye edildiğim mahkeme beni yeniden tutuklamış bunu bu nedenle temin etmiştim,

Bana aktardığınız İstanbul Eyüp'teki Akbank Şubesinin soyulması olayını ben basından takip etmiştim, Ancak olayın adı bir soygun mu yoksa bir örgüt eylemini olduğu konusunda bilgi yoktu, Bu yönünü bilmiyorum ancak olayı duymuştum, Evrak içinde bulunan ve İstanbul Emniyet Müdürlüğüne düzenlenen 17/06/2003 tarihli fotoğraf teşhis tutanağı okunup soruldu, Bu teşhis tutanağı polisin yönlendirmesi olabilir, Ben bu soygun olayına katılmadım. Ben TKEP/L adlı örgüte üye olmaktan hükümlendirildim. Bana söylediğinize göre bu olayı MLKP adlı örgüt gerçekleştirmiş. Bu kadar kısa süre içinde TKEP/L'den yararlanman ve hükümlendirilen kişinin MLKP adlı örgüte kabul edilip bu nitelikteki bir soygun olayını gerçekleştirecek kadar örgüt içinde öne çıkması uygun değildir, Bu hayatın olağan akışına ve hayatın mantık kurallarına aykırıdır, Dedi, Teşhis işlemine katılanlarla ilgili yeniden teşhis yapılmasının mümkün olup olmadığını sordu, Yargılama aşamasında bunun mümkün olduğu kendisine aktarıldı. Buradan ifadesinin tespitinden sonra serbest bırakılmayı umduğunu belirtti, Devamla sanık İbrahim'in kendi-

sinden küçük olduğunu, onu en son 1995 yılında gördüğünü son bir yıl öncesinde ilişkisi olmadığı için sanık İbrahim'in o yıllardan kendisini hatırlayamayabileceğini söyledi, suçlamaları kabul etmiyorum."

11. İzmir DGM Cumhuriyet Başsavcılığının 22/08/2003 tarih ve 2003/216 esas sayılı iddianamesi ile başvurunun anayasal düzeni cebren değiştirme-ye teşebbüs etmek suçundan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 146(1)., 31., 33. ve 40. maddeleri gereğince cezalandırılması talep edilmiştir.

12. Başvurucu hakkında açılan kamu davası İzmir 1 No.lu DGM'nin 2003/286 Esas sayılı dosyasında görülmekte iken, 9/12/2003 tarihinde "*aralarında hukuki ve fiili irtibat bulunduğu*" gerekçesiyle İstanbul 4 No.lu DGM'nin 2003/213 Esas sayılı dosyasıyla birleştirilmiştir.

13. Başvurucu 13/10/2004 tarihinde mahkemede yaptığı savunmada "*yasadışı MLKP adlı terör örgütüne üye olmadığını, iddianamede belirtilen suçlamaları kabul etmediğini, patlayıcı madde ve gasp olaylarına katılmadığını*" beyan etmiştir.

14. Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kaldırılmasından sonra 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesiyle görevli İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesince yürütülen davada başvuru 16/7/2002-14/6/2003 tarihleri arasında meydana gelen ve MLKP terör örgütü tarafından gerçekleştirilen dokuz ayrı bombalama ve yağma eylemini bizzat işlediği/iştirak ettiği iddiasıyla yargılanmıştır.

15. Yargılamanın yürütüldüğü 2003/213 Esas sayılı dosyada diğer 18 sanık hakkında 4/5/2011 tarihinde hüküm verilmiş, "*başvurucunun duruşmaya gelmediği, başvuru müdafinin doktor raporu göndererek duruşmaya gelmediği ve geçici olarak yerine müdafii Av. Z. K.'nın duruşmaya geldiği, geçici olarak çıktığı için savunmasını yapamayacağını beyan ettiği, dosyanın geldiği aşama, yargılamanın her celse çeşitli nedenlerle sanık ve müdafileri tarafından uzatılmaya çalışıldığı, dosyanın yaklaşık olarak iki yıldan bu yana karar aşamasında olduğu ve benzeri nedenlerle karara çıkarılamadığı ve yargılamanın gereksiz yere uzadığı, yargılamanın tutuklu devam ettiği, sanık Sami Özbil yönünden dosyanın tefrik edilmesi halinde dahi yargılama bütünlüğünün bozulmayacağı anlaşıldığından Sanık Sami Özbil yönünden dosyanın tefriki ile bu sanık yönünden başka bir esas üzerinden yargılama yapılmasına*" karar verilerek başvuru hakkındaki dosya ayrılmıştır.

16. İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 17/6/2011 tarih ve E.2011/105, K.2011/131 sayılı kararıyla isnat edilen suç nedeniyle başvuru hakkında müebbet hapis cezasına hükmedilmiştir.

17. İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 17/6/2011 tarihli mahkûmiyet kararının değerlendirme kısmı şöyledir:

“Sanığın A.B. sahte kimliği ile İzmir’de yapılan soruşturma sonucunda yakalandığı, Uzun Kod adını kullandığı, kendi beyanı ve tüm dosya kapsamı bir bütün olarak değerlendirildiğinde 1994 yılında yasadışı DHKP/C örgütü içerisinde yer aldığı, bu süreçte tutuklanıp yargılandığı, 1996 yılı içerisinde TKEP/L örgütü adına eylem ve faaliyetlerinden dolayı İstanbul emniyet müdürlüğüne gözaltına alındığı, örgüt adına eylem ve faaliyetleri nedeni ile yargılanıp müebbet hapis cezasına çarptırıldığı, ölüm orucu eylemi nedeni ile sağlığının bozulması nedeni ile cezasının 6 ay ertelendiği, erteleme sonunda teslim olmayarak yasadışı MLKP örgütü adına İstanbul’da ve İzmir’de faaliyet gösteren örgüt mensupları ile tanıştığı ve yukarıda gerekçeleri ile anlatılan aşağıdaki eylemlere katıldığı kabul edilmiştir.

08/04/2003 tarihinde saat 21:00 sıralarında Bornova ilçesinde bulunan hukuk mahkemelerinin bulunduğu binanın önüne patlayıcı madde atıldığı,

09/04/2003 tarihinde Karşıyaka ilçesinde bulunan M... Kargo Ekspres binasının giriş kapısına patlayıcı madde atıldığı,

14/06/2003 tarihinde Konak ilçesinde bulunan S. Gazetesi’nin bürosuna bulunduğu iş hanının giriş kapısının yanına patlayıcı madde atıldığı,

02.07.2002 günü Beşiktaş İlçesi Kuruçeşme Cemil Topuzlu Parkına bomba konulması,

16.07.2002 günü Beyoğlu ilçesi Taksim Gezi Parkına bomba konulması,

02.09.2002 günü Beşiktaş ilçesi Çırağan Caddesi Ç. Taksi durağı önündeki çöp bidonuna bomba konulması,

06.09.2002 tarihinde Şişli ilçesi, Okmeydanı Mahmut Şevket Paşa Mahallesindeki kiraathaneye bomba konulması,

24.01.2003 günü Eyüp ilçesi Rami Kuru Gıda Toptancılar Sitesinde bulunan A. Topçular Şube Müdürlüğü’nün silahla yağma edilmesi,

17.03.2003 günü Maltepe ilçesi Cevizli Mahallesinde A. K. ve H. K.’ye ait silahların yağmalanması,

Bu nedenle sanığın işlediği kabul edilen eylemlerin sayısı niteliği vehamet arz eden boyutu dikkate alındığında yasadışı silahlı MLKP terör örgütü adına Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının tamamını veya bir kısmı bozma veya kaldırmaya cebren teşebbüs etme suçunun subuta erdiği kabul edilmiştir.

Yukarıda ayrıntısı verilen sanık A. A.’nın hücre evi olarak kullandığı örgüt evinde ele geçirilen silahlar bu silahların kullanıldığı eylemler, buna ilişkin cerahim evrakı, ekspertiz raporları, müşteki ve tanık anlatımları, sanık A. A.’nın dosya kapsamıyla ele geçirilen silah ve dokümanlarla müşteki ve görgü tanıklarının beyanıyla, eylemlerin işleniş şekliyle, yine polis aşamasında beyanda bulunan sanık A. R. K.’in

beyanıyla teyit edilen ve bu nedenle doğru kabul edilen beyanı, sanık Sami Özbil'in İzmir Emniyet Müdürlüğünde dosya kapsamı ile ve İzmir'de işlenen eylemlerle örtüşen beyanları, daha önce hakkında karar verilen Sanık İ. A.'nın emniyet aşamasındaki beyanı ve tüm dosya kapsamı bir bütün olarak değerlendirildiğinde aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur."

18. Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 25/9/2012 tarihli ilamıyla mahkûmiyet hükmü onanmıştır.

B. İlgili Hukuk

19. Başvurucunun gözaltında bulunduğu sırada yürürlükte olan 18/11/1992 tarih ve 3842 sayılı Kanun'un 31. maddesinin birinci şöyledir:

"Bu Kanunun 4, 5, 6, 7, 9, 12, 14, 15, 18, 19, 20 ve 22 nci madde hükümleri Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda uygulanmaz. Bunlar hakkında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun bu değişiklikten önce yürürlükte olan eski hükümleri değiştirilmeden önceki halleriyle uygulanır."

20. 16/6/1983 tarih ve 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 16. maddesi şöyledir:

"Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda yakalanan veya tutuklanan şahıs, yakalama veya tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç en geç kırksekiz saat içinde hakim önüne çıkarılır ve sorguya çekilir."

Üç veya daha fazla kişinin bir suça iştiraki suretiyle toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya fail sayısının çokluğu ve benzeri nedenlerle Cumhuriyet savcısı, bu sürenin dört güne kadar uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Soruşturma bu sürede sonuçlandırılmazsa Cumhuriyet savcısının talebi ve hakim kararı ile süre yedi güne kadar uzatılabilir."

Anayasanın 120 nci maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde yakalanan veya tutuklanan kişiler hakkında ikinci fıkrada yedi gün olarak belirlenen süre Cumhuriyet savcısının talebi ve hakim kararıyla on güne kadar uzatılabilir."

Tutuklu bulunan sanık, müdafii ile her zaman görüşebilir. Hakim tarafından gözaltı süresinin uzatılmasına karar verildikten sonra gözaltında bulunan kişi hakkında da aynı hüküm uygulanır."

21. 15/7/2003 tarih ve 4928 sayılı Kanun'un 19. maddesi.

22. 16/6/2004 tarih ve 5190 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılması Ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kaldırılmasına Dair Kanun.

23. 4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 148. mad-

desi.

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

24. Mahkemenin 15/10/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurunun 9/11/2012 tarih ve 2012/543 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

25. Başvurucu,

i. Gözaltında baskı altında ve müdafî olmaksızın alınan ifadelerin hükme esas alındığını,

ii. Avukat ve şüphelinin yokluğunda ilgili mevzuatına göre hazır bulunması gerekenler katılmadan yapılan aramada bulunan delillerin suçlamaya dayanak yapıldığını, tutanak münzileri ve arama yapılan yerin sahibi dinlenilmeden aramanın hükme esas alındığını,

iii. Aleyhe tanıklık yapan ve teşhiste bulunan kişilerin mahkeme huzurunda dinlenilmediğini ve sorgulama hakkı tanınmadığını,

iv. Son duruşmada mazeretlerin davayı uzatma amacıyla beyan edildiği kabul edilerek savunmada avukat yardımından yararlandırılmadığını,

v. Lehe delillerin toplanması taleplerinin değerlendirilmediğini belirterek adil yargılanma hakkının,

vi. Makul sürede yargılanma ve yargılama sürerken salıverilme, özgürlüğün kısıtlanması işleminin kanuna uygun yapıp yapılmadığının kısa sürede bir mahkemeye inceletme ve zararın tazmininin sağlanmadığını belirterek kişi hürriyeti ve güvenliğinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür, yargılamanın yenilenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik

a. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Yönünden

26. Başvurucu, kendisine isnat edilen suçlamalar nedeniyle uzun süre tutuklu kaldığını, makul sürede yargılanma ve yargılama sürerken salıverilme, özgürlüğün kısıtlanması işleminin kanuna uygun yapıp yapılmadığının kısa sürede bir mahkemeye inceletme ve zararın tazmini haklarına ilişkin Anayasa'nın 19. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

27. Adalet Bakanlığı görüşünde, başvurunun tutukluluğa ilişkin şikâyetlerinin, Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun başladığı 23/9/2012 tari-

hinden öncesine ilişkin olduğu belirtilmiştir.

28. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin (8) numaralı fıkrası şöyledir:

“Mahkeme, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler.”

29. Bu hüküm gereğince Anayasa Mahkemesi, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler. Dolayısıyla Mahkeme'nin zaman bakımından yetkisi ancak bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvurularla sınırlıdır. Kamu düzenine ilişkin bu düzenleme karşısında, anılan tarihten önce kesinleşmiş nihai işlem ve kararları da içerecek şekilde yetki kapsamının genişletilmesi mümkün değildir (B. No: 2012/832, 12/2/2013, § 14).

30. Başvurunun kabul edilebilmesi için ihlal iddiasına dayanak teşkil eden nihai işlem veya kararların 23/9/2012 tarihinden evvel kesinleşmemiş olmaları da gerekmektedir. Nihai işlem veya kararların anılan tarihten önce kesinleştikleri tespit edildiği takdirde ilgili şikâyetler bakımından başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir. Mahkemenin yargı yetkisine ilişkin bu tespitin bireysel başvuru incelemesinin her aşamasında yapılabilmesi mümkündür (B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 32).

31. Ancak kişi serbest bırakılmadan yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olmuşsa, mahkûmiyet tarihi itibarıyla da tutukluluk hali sona erer. Çünkü bu durumda kişinin hukuki durumu *“bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu”* olma kapsamından çıkmaktadır. Bireysel başvuru incelemesi açısından, tutuklamanın şartları ile mahkûmiyete hükmedilmesi arasındaki esaslı fark bunu gerektirir. Zira mahkûmiyete karar verilmiş olmakla, isnat olunan suçun işlendiği, bundan failin sorumlu olduğunun sübuta erdiği kabul edilmekte ve bu nedenle sanık hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya ve/veya para cezasına hükmedilmektedir. Mahkûmiyetle birlikte kişinin kuvvetli suç şüphesi ve bir tutuklama nedenine bağlı olarak tutukluluk hali sona ermektedir. Bu açıdan mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması ayrıca gerekmez (B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 33).

32. Somut olayda başvuru 15/6/2003 tarihinde gözüaltına alınmış ve 19/6/2003 tarihli kararla tutuklanmıştır. Başvuru konusu davada başvurunun mahkûmiyet kararının verildiği 17/6/2011 tarihinde *“suç isnadına bağlı olarak tutukluluk”* hali sona ermiştir.

33. Açıklanan nedenlerle, başvuru kişinin *“kişi hürriyeti ve güvenliğinin”* ihlal edildiği yönündeki şikâyetlerine konu olayda tutuklamaya ilişkin nihai kara-

rın Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başladığı 23/9/2012 tarihinden önce verildiği anlaşıldığından başvurunun bu kısmının “*zaman bakımından yetkisizlik*” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Adil Yargılanma Hakkı Yönünden

34. Başvurucu gözaltında baskı altında ve müdafî olmaksızın alınan ifadelere hükme esas alındığını, avukat ve şüphelinin yokluğunda ilgili mevzuatına göre hazır bulunması gerekenler katılmadan yapılan aramada bulunan delillerin suçlamaya dayanak yapıldığını, tutanak münzileri ve arama yapılan yerin sahibi dinlenilmeden aramanın hükme esas alındığını, aleyhe tanıklık yapan ve teşhiste bulunan kişilerin mahkeme huzurunda dinlenilmediğini ve soru sorma hakkı tanınmadığını, son duruşmada mazeretlerin davayı uzatma amacıyla beyan edildiği kabul edilerek savunmada avukat yardımından yararlanma hakkının ihlal edildiği, lehe delillerin toplanması taleplerinin değerlendirilmediğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

i. Aramaya İlişkin Şikâyet

35. Başvurucu tutanak münzileri ve arama yapılan yerin sahibi dinlenilmeden aramada ele geçen eşyalar nedeniyle suçlandığını ve hukuka aykırı aramanın hükme esas alındığını ileri sürmektedir.

36. Adalet Bakanlığı, diğer sanık İ.A.’ya ait konutta yapılan aramaya ilişkin tutanakta başvurunun veya diğer sanığın imzasının olmadığını, ancak sanık İ. A.’nın beyanlarında arama sonucunda ele geçen delilleri doğruladığını belirtmektedir.

37. Taraflarca ileri sürülen kanıtların kabulü ve değerlendirilmesi öncelikle derece mahkemelerinin görevidir. Bu nedenle, açıkça keyfi olmadıkça, belirli bir kanıt türünün kabul edilebilir olup olmadığına, değerlendirme şekline veya aslında başvurunun suçlu olup olmadığına karar vermek Anayasa Mahkemesinin görevi değildir (B. No: 2013/7800, 18/6/2014, § 33).

38. İlk derece yargılaması sonunda verilen kararda “İzmir’de peş peşe meydana gelen patlayıcı madde atılması olaylarının soruşturmalar sırasında İzmir DGM’de önceden alınan kararlarla sanığın telefon görüşmelerinin takibe alındığı, sanık Sami Özbil’in daha önce hakkında karar verilen diğer sanık İ.A. ile birlikte 15/06/2003 tarihinde Aydın ili Kuşadası ilçesinde yakalandıkları emniyet ifadelerine dayanılarak birlikte oturdukları Buca ilçesindeki evlerinin tespit edildiği, R. B. sahte kimliği ile yakalanan Sanık Sami Özbil’de bulunan el çantasında elde edilen anahtarlar evin kapısının açıldığı, yapılan arama sonunda 1 adet Alman yapımı, 1 adet Rus yapımı olmak üzere 2 adet savunma tipi el bombası, çeşitli örgütsel dokümanlar, yabancı ülke

konsolosluklarının ve şirketlerin adreslerinin bulunduğu, 4 adet bilgisayar disketi, ayrıca 1.255 lira, patlayıcı özelliği bulunan potasyumnitrat maddesi ele geçirildiği, evde ve maddeler üzerinde tespit edilen parmak izlerine ait ekspertiz raporlarında sanığın parmak izlerinin bulunduğu tespit edildiği” belirtilmektedir.

39. Arama yapılan yerin kiracısı olan diğer Sanık İ.A.’nın 16/06/2003 tarihinde nöbetçi hakimliğe verdiği ifadesinde *“Ben yakalandıktan sonra Davutlar’dan acele gözüaltına alınınca evimin anahtarını almadan çıktığım için Sami’nin üzerindeki anahtarı polisler bana verdi, kapıyı ben açtım, benim ona verdiğim anahtarı içeri girince sobanın üstünde değişen göbekte beraber duruyordu, eski göbek K. markaydı, ancak içeriye girince göbeğin değiştiğini anladım, Sami ile görüştürülmediğimiz için sormadım, salonda yer minderlerinin altında bir tane el bombası, mutfakta bankonun altında bir tane el bombası, diğer folyo ve benzeri maddeler bulundu, bunları kimin bıraktığını bilmiyorum, ben bu aramadan geriye doğru yaklaşık onbeş gün eve hiç uğramamıştım, anahtarın göbeğini kimin değiştirdiğini ve kaldığım eve malzemeleri kimin getirdiğini bilmiyorum, polislerin söylediğine göre Sami’nin getirdiği söylendi, onun takip edildiğini söylemişlerdi dedi. Ben Sami Özbil adını Ahmet olarak biliyordum, ilk tanıştığımızda kendisi adının Ahmet olduğunu söyledi, soyadını ben hiç sormadım.”* şeklinde 12/11/2003 tarihli Söke Asliye Ceza Mahkemesince alınan savunmasında, *“Ben iddia edildiği gibi patlayıcı madde üretmiş ve kullanmış değilim. Ben olay tarihinde Kuşadası Davutlar beldesinde bulunuyordum. Evin anahtarını bir vesileyle tanıştığım Sami Özbil’e vermiştim. Daha sonra düzenlenen bir operasyonla alındım. Daha önce ayrıldığım eve götürdüler. Benim üzerimde bulunan anahtar ile değil Sami Özbil’in çantasından çıkarttıklarını söyledikleri anahtarla evimi açtılar. İçeride yapılan aramalarda yakaladıklarını söyledikleri patlayıcıları gösterdiler. Benim evimde bulunan patlayıcılar ile ilgili bilgim ve ilgim bundan ibarettir.”* şeklinde beyanda bulunduğu görülmektedir.

40. Suçlamaya dayanak olan bir kısım delillerin ele geçirildiği aramaya ilişkin konutta ikamet eden diğer sanık İ.A.’nın hâkim huzurunda verdiği ifadelerde aramanın yapılmasına ve delillerin elde edilmesine ilişkin hususlar anlatılmakta olup, bu yerde ikamet eden kişiye ait beyanlar dikkate alındığında, düzenlenen tutanakta ikamet sahibinin imzasının bulunmamasının tek başına aramanın ve ele geçirilen delillerin hukuka aykırı kabul edilmesine neden olmayacağı sonucuna varılmıştır.

41. Açıklanan nedenlerle, başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *“açıkça dayanaktan yoksun olması”* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. Çelişmeli Yargılama İlkesi ve Taleplerin Reddine İlişkin Şikâyetler

42. Başvurucu aleyhe tanıklık yapan ve teşhiste bulunan kişilerin mahkeme huzurunda dinlenilmediğini ve sorgulama hakkı tanınmadığını, lehe delille-

rin toplanması taleplerinin değerlendirilmediğini ileri sürmektedir.

43. Adalet Bakanlığı, başvurucunun ileri sürdüğü hususların maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından yargılamaya nasıl katkı sunacağıının belirtilmediğini, şikâyetlerin gerekçelendirilmesi ve ispatlanmasının kural olarak başvurucuya ait olduğunu görüşünde belirtmiştir.

44. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un, "Bireysel başvuru usulü" kenar başlıklı 47. maddesinin (3) ve numaralı fıkrası şöyledir:

"Başvuru dilekçesinde ... işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle ihlal edildiği ileri sürülen hak ve özgürlüğün ve dayananın Anayasa hükümlerinin, ihlal gerekçelerinin, ... belirtilmesi gerekir. Başvuru dilekçesine, dayanan deliller ile ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem veya kararların aslı ya da örneğinin ve harcın ödendiğine dair belgenin eklenmesi şarttır."

45. 6216 sayılı Kanun'un, "Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi" kenar başlıklı 48. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1)Bireysel başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için 45 ila 47 nci maddelerde öngörülen şartların taşınması gerekir.

(2) Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir."

46. 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (3) numaralı, 48. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları ile İhtüzüğün 59. maddesinin ilgili fıkraları uyarınca Anayasa Mahkemesine başvuru konusu olaylarla ilgili delilleri sunmak suretiyle olaylar hakkındaki iddialarını ve dayananın Anayasa hükmünün kendilerine göre ihlal edildiğine dair açıklamalarda bulunarak iddialarını kanıtlamak başvurucuya düşer (B. No: 2013/276, 9/1/2014, § 19).

47. Başvuru dilekçesinde bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve deliller açıklanmalıdır (B. No: 2013/276, 9/1/2014, § 20).

48. Somut olayda başvurucunun birlikte yargılandığı diğer on sekiz sanıkla birlikte, yirmi üç ayrı bombalama, patlayıcı madde bulundurma, yağma, mala zarar verme eylemi ile yasadışı silahlı örgüt üyesi olarak bu eylemlerle anayasal düzeni zorla değiştirmeye kalkışma suçundan yargılandığı, başvurucunun dokuz ayrı bombalama ve yağma eylemini gerçekleştirdiği veya bu eylemlere iştirak ettiğinin sabit görüldüğü anlaşılmaktadır.

49. Başvurucu, aleyhe tanıklık yapan ve teşhiste bulunan kişilerin mahkeme huzurunda dinlenmediğini ve kendisine sorgulama hakkı tanınmadığını, lehe delillerin toplanması taleplerinin değerlendirilmediğini ileri sürmekte olup, hangi tanık ve delille ilgili olduğu açıklanmaksızın ve yargılamaya etkisi belirtilmeden genel olarak haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

50. Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda ihlal iddiasının dayanağı olan olaylar açıkça gösterilmeli, başvuruyu aydınlatacak işlem ve kararlara ilişkin belgeler sunulmalıdır. Belirli bir işlem ve karar nedeniyle ortaya çıktığı ileri sürülen hak ihlalinin incelemeye imkân verecek biçimde somut olarak temellendirilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin, başvurunun yerine geçerek genel ve soyut iddialardan hareketle resen her konuda hukuka uygunluğu denetleme ve temel hakların ihlal edildiğini tespit etme yükümlülüğü bulunmamaktadır (B. No: 2013/276, 9/1/2014, § 20).

51. Açıklanan nedenlerle, başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin “*açıkça dayanaktan yoksun olması*” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

iii. Kovuşturma Aşamasında Avukat Yardımından Yararlandırılmama Şikâyeti

52. Başvurucu son duruşmada mazeretlerin davayı uzatma amacıyla beyan edildiği kabul edilerek savunmada avukat yardımından yararlanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

53. Yargılamanın yürütüldüğü davada esasen 4/5/2011 tarihinde karar verilmiş ancak başvurunun duruşmaya gelmediği, müdafinin doktor raporu göndererek duruşmaya gelmediği ve geçici olarak yerine başka bir avukatın duruşmaya geldiği, duruşmaya giren avukatın geçici olarak çıktığı için savunmasını yapamayacağını beyan ettiği anlaşıldığından dosyanın geldiği aşama, yargılamanın her celse çeşitli nedenlerle sanık ve müdafileri tarafından uzatılmaya çalışıldığı, dosyanın yaklaşık olarak iki yıldan bu yana karar aşamasında olduğu ve benzeri nedenlerle karara çıkarılamadığı ve yargılamanın gereksiz yere uzadığı, yargılamanın tutuklu devam ettiği belirtilerek başvuru hakkında dosya tefrik edilmiştir.

54. Başvurucu hakkında tefrik edilen dosyada hükmün verildiği 17/6/2011 tarihli duruşma başvuru ve müdafinin savunmalarını yaptıkları ve yazılı olarak sundukları, Mahkemece bu hususların duruşma tutanağında belirtilmediği görülmektedir.

55. Açıklanan nedenlerle, başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin “*açıkça dayanaktan yoksun olması*” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

iv. Gözaltında Müdafî Yardımından Yararlandırılmama Şikâyeti

56. Başvurunun bu kısmının açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı anlaşıldığından kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

57. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

58. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin “Adil yargılanma hakkı” başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası ve (3) numaralı fıkrasının (c) ve (d) bentleri şöyledir:

“1. Herkes davasının, ... cezai alanda kendisine yöneltlen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak, ... görülmesini isteme hakkına sahiptir...

...

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

...

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

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

...”

59. Başvurucu gözaltında baskı altında ve müdafî olmaksızın alınan ifadelelerin hükme esas alındığını ileri sürmektedir.

60. Adalet Bakanlığı, ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararının gerekçesinde başvurunun kolluk beyanlarının yanında diğer sanıklar A. G. A., İ. A. ve A. R. K.'nın beyanları, müşteki ve tanık anlatımları, ekspertiz raporları ve aramalarda ele geçen delillere dayandığını belirtmektedir.

61. Başvurucu genel olarak yargılamanın hakkaniyete uygun yürütülmediğini ifade etmektedir. Bu kapsamda esas olarak gözaltında avukata erişim imkânından yararlanılmadığı sırada baskı altında imzalanan ancak içeriği

kabul edilmeyen tutanaklarda yer alan ifadelere dayanılarak mahkûmiyetine karar verildiğini belirtmektedir.

62. Bir ceza davasında kendi aleyhine beyan ve delil vermeye zorlanmama hakkı, suç isnadını zorla veya baskıyla sanığın isteğine aykırı olarak elde edilen delillere başvurmada kanıtlamaya çalışmayı gerektirir. Bu bakımdan söz konusu hak, AİHS'nin 6/2 maddesinin yer verdiği suçsuzluk karinesi ilkesine yakından bağlıdır (*Kolu/Türkiye*, B. No: 35822/97, 2/8/2005; *Salduz/Türkiye* (BD), B. No: 36391/02, 27/11/2008).

63. AİHM içtihadına göre, susma hakkı ve onun bir görünümü olan kendi aleyhine beyan ve delil vermeye zorlanmama hakkı, AİHS'nin 6. maddesiyle güvence altına alınmış olan ve uluslararası normlar tarafından da kabul edilen adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biridir. Sanığı, yetkililerin aşırı baskısından koruyan bu güvenceler adli hataların yapılmasından kaçınmak ve hakkın amacını yerine getirmek için vardır (*Dağdelen ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 1767/03, 14246/04 ve 16584/04, 25/11/2008).

64. Müdafî yardımından yararlanmakla ilgili AİHM içtihadı, adil yargılanma hakkının yeterince uygulanabilir ve etkili olabilmesi için, kural olarak şüpheliye kolluk tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren avukata erişim hakkı sağlanması gerektiği yönündedir. Bu hakkın ancak, davanın kendine özgü koşulları bu hakkın kısıtlanması için zorunlu sebepler ortaya çıkarması halinde kısıtlanabileceği, avukata erişim hakkının kısıtlanmasına istisnai olarak zorunlu sebeplerin gerekçe gösterilmesi durumunda bile, bu kısıtlamanın savunma haklarına zarar vermemesi gerektiği, avukat erişimi sağlanmayan sanığın kolluk soruşturması sırasındaki ifadelerinin mahkûmiyet kararında kullanılması durumunda savunma haklarına telafi edilmez biçimde zarar verilmiş sayılacağı belirtilmektedir (*Salduz/Türkiye*).

65. Somut olayda, başvurucuya isnat edilen dokuz ayrı eylemden 1. Eylem (8/4/2003 tarihinde saat 21:00 sıralarında Bornova ilçesinde bulunan hukuk mahkemelerinin bulunduğu binanın önüne patlayıcı madde atılması), 2. Eylem (9/4/2003 tarihinde Karşıyaka ilçesinde bulunan M. Kargo binasının giriş kapısına patlayıcı madde atılması) ve 3. Eylemle (14/6/2003 tarihinde Konak ilçesinde bulunan S. Gazetesi'nin bürosuna bulunduğu iş hanının giriş kapısının yanına patlayıcı madde atılması) ilgili olarak, "sanığın emniyet aşamasındaki kabulü, bu kabulü geçerli kılan kaldığı evde ele geçirilen patlayıcı maddeler, örgütsel dokümanlar, patlayıcı maddeler ve evdeki parmak izlerinin sanığa ait oluşu, aldırılan ekspertiz raporları, tüm evrak kapsamı dikkate alındığında sanığın savcılık ve mahkeme aşamasındaki inkara yönelik beyanları inandırıcı bulunmamış, sanığın atılı her üç eylemi de işlediği konusunda tam bir vicdani kanaat hasıl olduğu" gerekçeyle yer almıştır.

66. Başvurucunun gerçekleştirdiği kabul edilen 4. Eylem (2/7/2002 günü Beşiktaş İlçesi Kuruçeşme Cemil Topuzlu Parkına bomba konulması), 5. Eylem (16/7/2002 günü Beyoğlu ilçesi Taksim Gezi Parkına bomba konulması), 6. Eylem (2/9/2002 günü Beşiktaş ilçesi Çırağan Caddesi Ç. Taksi durağı önündeki çöp bidonuna bomba konulması), 7. Eylem (6/9/2002 tarihinde Şişli ilçesi, Okmeydanı Mahmut Şevket Paşa Mahallesindeki kiraathaneye bomba konulması) ve 9. Eylem (17/3/2003 günü Maltepe ilçesi Cevizli Mahallesinde Adem Köse ve Hakkı Köse'ye ait silahların yağmalanması) ile ilgili olarak sanık A. A.'nın emniyet beyanı, kullandığı hücre evinde ele geçirilen silahlar ve bu silahlara ait ekspertiz raporları ve tüm dosya kapsamı mahkumiyete esas alınmıştır.

67. Başvurucunun işlediği sabit görülen 8. Eylem (24/1/2003 günü Eyüp ilçesi Rami Kuru Gıda Toptancılar Sitesinde bulunan A. Topçular Şube Müdürlüğünün silahla yağma edilmesi) ile ilgili olarak, sanık A. A.'nın emniyet beyanı, banka çalışanlarının S. D. G., F. K. ve G. E. ile bankada müşteri olarak bulunan N. Y.'ın video kamera görüntülerinde elinde uzun namlulu kaleşnikof markalı silah bulunan şahsın sanık Sami Özbil olduğuna ilişkin beyanı ile yine sanık Sami Özbil'in bu beyanlarını doğrulayan babasının emniyetteki beyanı, sanık A. A.'nın kullandığı hücre evinde ele geçirilen silahlar ve bu silahlara ait ekspertiz raporları ve tüm dosya kapsamı mahkumiyete esas alınmıştır.

68. Başvurucunun işlediği kabul edilen 1., 2. ve 3. Eylemlerin sübutunun, başvurucunun daha sonra kabul etmediği kolluk beyanına ve eylemlerle ilgili belirtilmeksizin arama sonucunda ele geçirilen patlayıcı maddelere ve diğer malzemelere dayandırıldığı, 4., 5., 6., 7. ve 9. Eylemlerin ise diğer sanık A.A.'nın daha sonra içeriğini kabul etmediği, müdafî olmaksızın alınan gözaltı ifadelerine ve bu sanığın ikametinde ele geçirilen malzemelere dayandırıldığı görülmektedir. Başvurucunun iştirak ettiği kabul edilen 8. Eylem ile ilgili olarak yine diğer sanık A.A.'nın daha sonra içeriğini kabul etmediği kolluk beyanı yanında tanık ifadelerinin hükme esas alındığı görülmektedir.

69. AİHM, soruşturma aşamasındaki ikrarın, kötü muamele ve işkence altında verildiğinin belirtilerek hâkim önünde reddedilmesi halinde, esasa geçilmeden bu konunun irdelenmeksizin, ikrarın dayanak olarak kullanılmasını önemli bir eksiklik olarak değerlendirmiştir (Hulki Güneş/Türkiye, B. No: 28490/95, 19/6/2007).

70. Bunun yanında gözaltında şüpheliye avukat erişim imkânının sağlanmaması yönünde bir kurala dayanan uygulama tek başına adil yargılanma şartlarının yerine getirilmemesi sonucunu doğurabilir (Salduz/Türkiye).

71. Başvurucunun gözaltında tutulduğu sırada Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev alanına giren suçlar yönünden kural olarak müdafî yardımından yararlanmak ancak belli bir aşamadan sonra mümkün olmak-

tadır. Anılan tarihlerde ilgili mevzuat normal gözaltı süresinde avukata erişim imkânını tanımamaktadır. Başvurucunun belirtilen şartlarda dört gün gözaltında tutulduğu görülmektedir.

72. Başvurucuya isnat edilen suç kapsamındaki eylemlere ilişkin değerlendirmede kendisinin ve diğer sanıkların gözaltında müdafî olmaksızın ve baskı altında verildiği iddia edilen beyanlarının delil olarak kabul edildiği görülmektedir.

73. Başvurucunun diğer deliller yanında müdafî olmaksızın alınan ve daha sonra mahkemede doğrulanmayan ifadesi doğrultusunda anılan eylemleri gerçekleştirmek suretiyle isnat edilen suçtan mahkûmiyetine karar verildiği, gözaltında iken alınan bu ifadelerin mahkûmiyet için belirleyici biçimde kanıt olarak kullanıldığı, sonraki aşamalarda sağlanan müdafî yardımı ve yargılama usulünün diğer güvencelerinin soruşturmanın başında başvurunun savunma hakkına verilen zararı gideremediği görülmektedir.

74. Yargılama devam ettiği sırada yürürlüğe giren 5271 sayılı Kanun'un 148. maddesi, hâkim veya mahkeme önünde doğrulanmayan müdafî yardımı sağlanmadan alınan kolluk beyanları bakımından kovuşturma aşamasında savunmanın etkinliğini sağlayacak nitelikte ise de, ilk derece yargılamasında bu husus tartışılmamış ve temyiz aşamasında da bu eksiklik telafi edilememiştir.

75. Gözaltı aşamasında avukata erişim imkânı sağlanmaması ve bu sırada elde edilen ifadelerin mahkûmiyet kararına esas alınması bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyete uygun yürütülmemesi sonucunu doğurmuştur.

76. Açıklanan nedenlerle başvurunun Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

77. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...”

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak

şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

78. Başvuruda, Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki ihlalin giderilmesi için en uygun yolun başvurusunun yeniden yargılanması olacağı açıktır.

79. Başvurucu tarafından yapılan 172,50 başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.672,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun,

1. Kişi hürriyeti ve güvenliğinin ihlal edildiği iddiasının *"zaman bakımından yetkisizlik"* KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Gözaltında avukata erişim imkânı sağlanmaması şikâyetinin KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

3. Adil yargılanma hakkına ilişkin diğer şikâyetlerin *açıkça dayanaktan yoksunluk* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. İhlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucu tarafından yapılan 172,50 başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.672,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

15/10/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Serruh KALELİ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/725

Karar Tarihi: 19/11/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN Erdal TERCAN Hasan Tahsin GÖKCAN
Raportör	: Yunus HEPER
Başvurucu	: Ali İlhan BAYAR
Vekili	: Av. İnan AKMEŞE

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, yargılandığı ceza davasında kesin ve inandırıcı delil olmamasına rağmen cezalandırılması, Yargıtaydaki yargılamanın duruşmasız olarak yapılması, talimatla ifadesi alınan bir tanığa soru soramaması ve savunmasını ana dili olan Kürtçe yapma talebinin reddedilmesi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde koruma altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 16/1/2013 tarihinde İstanbul 2. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvurunun Komisyona sunulmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 7/4/2014 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 12/6/2014 tarihinde, kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular ile başvurunun bir örneği görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmiştir. Adalet Bakanlığının 13/8/2014 tarihli görüş yazısı 29/8/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş, başvuru, görüşünü 10/9/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve ekleri ile Bakanlık görüşünde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

7. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, 23/2/2009 tarihli iddianame ile başvuru hakkında silahlı terör örgütüne üye olma, tehlikeli maddeleri izinsiz olarak bulundurma, mala zarar verme ve korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçlarını işlediği iddiasıyla İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesine kamu davası açmıştır.

8. Başvurucu, savunmasını Kürtçe yapmak istediğini 24/6/2011 tarihinde İlk Derece Mahkemesine iletmış ve Mahkeme de aynı tarihte talebi reddetmiştir. Mahkemenin ret gerekçesi aynen şöyledir:

“Sanık Ali İlhan Bayar’ın savunmasını ana dili olan Kürtçe dilinde yapmak ve Kürtçe dilinde yapacağı savunmasının Türkçe diline çevrilmesi için duruşmada Kürtçe dilini bilen bir tercüman bulundurulması talep etmiş ise de,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir organı olan ve başvuruların ön şartları taşıyıp taşımadığını inceleyen Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun Application No:10210/82, K.v France Kararı, 07.12.1983 tarihli kararında “Fransa vatandaşı olan azınlık mensubunun Fransa’da doğduğu ve okula gittiği için AIHS’nin 6/3-e maddesindeki ücretsiz tercüman isteme hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği çünkü AHİS’nin 6/3-e maddesi sanığın ülkenin ana dilini bilmediği yani anlıyamadığı veya kendini ifade edemediği durumlardan biri söz konusu olur ise tercüman atanmasını öngördüğü, sanık o ülkede doğduğu, yaşadığı ve okula gittiği için o ülkenin resmi dilini anladığı ve kendini ifade ettiği kabul edilmektedir ” şeklindeki kararı göz önüne alınarak,

Ayrıca sanığın Türkiye’de doğup çeşitli kurumlarda eğitim aldığı ve yine sanığın yargılamanın bu güne gelene kadarki aşamalarında Türkçe dilini konuştuğu ve soruşturma aşamasında da ifadelerini Türkçe olarak verdiği, dolayısıyla bugün Kürtçe dilinde savunma yapmak ve bu savunmasının Türkçe diline çevrilmesi için duruşmada tercüman bulundurulması talebinin hukuki bir ihtiyaca dayanmayıp, hukuki olmayan bazı gerekçelerle istendiği,

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 3/1. maddesinde “Dili Türkçedir” hükmü getirilerek Türkiye Cumhuriyeti Devletin resmi dilinin Türkçe olduğunun belirtildiği, bu hükmün dışında Ceza Mahkemesi Kanununda ayrıca duruşmada Türkçe dilinde savunma yapılması gerektiğinin açıkça belirtilmediği, ancak CMK’nun 202/1. maddesinde “sanık veya mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia

ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir” hükmünün getirilerek sanık veya mağdura ancak meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa kendilerine tercüman atanacağını belirtildiği, dolayısıyla sanığın soruşturma aşamasında ifadelerini Türkçe dilinde verdiği, yine sanığın duruşmanın başında Türkçe konuşmak suretiyle Kürtçe savunma yapmak istediğini belirterek tercüman talebinde bulunduğu,

Yukarıda belirtilen yasal mevzuat çerçevesinde Türkiye Cumhuriyetindeki tüm mahkemelerde Türkçe dilini bilen herkesin etnik kökenine ya da hangi ülke vatandaşı olduğuna bakılmaksızın Türkçe dilinde savunma yapmasının zorunluluk olduğu, Türkçe bilen bir kişinin Türkçe dili dışında sadece Kürtçe değil yabancı hiçbir dilde (örneğin İngilizce yada Almanca dilinde) savunma yapmasının mümkün olmadığı, bu konunun hakimlerin taktirinde olan bir husus olmayıp bir zorunluluk olduğu, bu konuyla ilgili Türk yargı pratiğine bakıldığında, mahkememizde ve birçok diğer mahkemede Türkçe dilini bilmeyen sanık, mağdur yada tanığın konuşabildiği hangi dil olursa olsun bu dili bilen tercümanın duruşmada bulundurulmak suretiyle Kürtçe yada başka dilde (örneğin İngilizce yada Almanca dilinde) beyanlarının ya da savunmasının tespit edildiğinin bilindiği,

Bunun dışında sadece sanığın Kürtçe dilinde yapmak istediği savunmasının Türkçe diline çevrilmesi için duruşmada tercüman bulundurulması talebinin reddi ile yetinilip, sanığın Kürtçe dilinde savunma yapmasına izin verilmesi halinde ise, Mahkeme heyetinin Kürtçe dilini bilmemesi nedeniyle tercüme ettirilmeksizin bu savunmanın duruşma tutanağına yazdırılması fiilen mümkün olmayacağından, sadece tercüman talebinin reddedilmesinin mantıklı ve yasal hiçbir dayanağının bulunmayacağı anlaşıldığından,

Sanığın savunmasını ana dili olan Kürtçe dilinde yapmak ve Kürtçe dilinde yapacağı bu savunmasının Türkçe diline çevrilmesi için duruşmada Kürtçe dilini bilen bir tercüman bulundurulması talebinin REDDİNE oy birliği ile karar verilip açık duruşmaya devam olundu.”

9. İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi, 23/12/2011 tarihli kararıyla başvuru-cuyu, tehlikeli maddeleri izinsiz olarak bulundurma suçundan iki kez 5 yıl hapis ve 140 TL adli para cezası; mala zarar verme suçundan 6 ay hapis cezası; korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçundan 1 yıl 6 ay hapis cezası ve silahlı terör örgütüne üye olma suçundan ise 7 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

10. Başvurucunun temyizi üzerine, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 3/10/2012 tarihli kararıyla, “*tayin olunan cezaların süresi itibariyle şartları oluşmadığından duruşma isteminin reddine*” karar verilmiş; İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesinin kararının korku kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme (patlayıcı madde atma) ve mala zarar verme suçları yönünden bozulmuş; si-

lahlı terör örgütü üyesi olma, tehlikeli maddeleri izinsiz olarak bulundurma suçları yönünden onanmıştır. Onanan hükümler yönünden karar aynı tarihte kesinleşmiştir.

11. Başvurucu, onama kararından 17/12/2012 tarihinde haberdar olduğunu belirtmektedir. Bakanlık bu konuda bir itirazda bulunmamıştır.

12. Bireysel başvuru 16/1/2013 tarihinde yapılmıştır.

B. İlgili Hukuk

13. 4/12/2014 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Tercüman bulundurulacak hâller" kenar başlıklı 202. maddesi şöyledir:

"(1) Sanık veya mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir.

(2) Engelli olan sanığa veya mağdura, duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar, anlayabilecekleri biçimde anlatılır.

(3) Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, soruşturma evresinde dinlenen şüpheli, mağdur veya tanıklar hakkında da uygulanır. Bu evrede tercüman, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından atanır.

(4) (Ek fıkra: 24/01/2013-6411 S.K./1. mad) Ayrıca sanık;

a) İddianamenin okunması,

b) Esas hakkındaki mütalaanın verilmesi,

üzerine sözlü savunmasını, kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde yapabilir. Bu durumda tercüme hizmetleri, beşinci fıkra uyarınca oluşturulan listeden, sanığın seçeceği tercüman tarafından yerine getirilir. Bu tercümanın giderleri Devlet Hazinesince karşılanmaz. Bu imkân, yargılamanın sürüncemede bırakılması amacına yönelik olarak kötüye kullanılamaz.

(5) (Ek fıkra: 24/01/2013-6411 S.K./1. mad) Tercümanlar, il adli yargı adalet komisyonlarınca her yıl düzenlenen listede yer alan kişiler arasından seçilirler. Cumhuriyet savcıları ve hâkimler yalnız bulundukları il bakımından oluşturulmuş listelerden değil, diğer illerde oluşturulmuş listelerden de tercüman seçebilirler. Bu listelerin düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir."

14. 23/3/2005 tarih ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri

Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmi Gazetede ilan edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 322 nci maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ila 326 ncı maddeleri uygulanır.(Ek cümle: 06/12/2006 - 5560 S.K.29.md) Yargıtay ceza daireleri ile Ceza Genel Kurulu kararlarındaki yazıma ilişkin maddi hataların düzeltilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, ilgili ceza dairesi veya Ceza Genel Kuruluna başvurabilir."

15. 4/4/1929 tarih ve 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usul Kanunu'nun "Ağır ceza hükümlerinin tetkikinde duruşma" kenar başlıklı 318. maddesi şöyledir:

"Ağır cezaya müteallik hükümlerde Yargıtay tetkikatını sanığın temyiz dilekçesindeki talebi üzerine veya dilerse resen duruşma icrası suretile yapar. Duruşma gününden sanığa veya talebi üzerine müdafine haber verilir. Sanık duruşmada hazır olabileceği gibi kendisini vekâletnameyi haiz bir müdafî ile de temsil ettirebilir.

Sanık tutuklu ise bizzat ispatı vücut etmek talebinde bulunamaz."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

16. Mahkemenin 19/11/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurunun 16/1/2013 tarih ve 2013/725 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

B. Başvurucunun İddiaları

17. Başvurucu, silahlı terör örgütüne üye olma ve tehlikeli maddeleri izinsiz olarak bulundurma suçlarından yargılandığı davada, delillerin eksik ve hatalı değerlendirildiğini, yeterli delil olmamasına rağmen mahkûmiyet kararı verildiğini ve haksız yere ceza aldığını ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca tutanak tanıklarıyla arasında husumet bulunduğu halde bu tanıkların beyanlarına Mahkemece itibar edildiğini, tutanak tanıkları olarak gözüken jandarma yetkililerinin ifade alırken işkence ve kötü muamelede bulunduklarını, bu nedenle soruşturma sırasında alınan ifadelerin geçersiz olduğunu, bazı tanıkların talimatla ifadelerinin alınması sebebiyle kendisine tanıkları sorgulama imkânının tanınmadığını iddia etmektedir. Başvurucu, temyiz yargılamasında duruşma yapılmaması ve kendisini Kürtçe savunmak istemesine rağmen buna izin verilmemesinin savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Başvurucu, Anayasa'nın 19. ve 36. maddesinde tanınlanan kişi hürriyeti ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş, yeniden yargılanma ile maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

1. Yargılamanın Adilliği Yönünden

18. Başvurucu, delillerin eksik ve hatalı değerlendirildiğini, yeterli delil olmamasına rağmen mahkûmiyetine karar verildiğini, haksız yere ceza aldığını ileri sürmüştür.

19. Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

“Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.”

20. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“Mahkeme, ... açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir.”

21. 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında açıkça dayanaktan yoksun başvuruların Mahkemece kabul edilemezliğine karar verilebileceği belirtilmiştir. Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrasında ise açıkça dayanaktan yoksun başvurular kapsamında değerlendirilen kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin şikâyetlerin bireysel başvuruda incelenemeyeceği kurala bağlanmıştır.

22. Anılan kurallar uyarınca, ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda bariz takdir hatası veya açık keyfilik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır. Bu çerçevede, kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular, bariz takdir hatası veya açık keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesince incelenemez (B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 26).

23. Başvuru konusu olayda başvurucu, silahlı terör örgütüne üye olma ve tehlikeli maddeleri izinsiz olarak bulundurma suçlarından yargılanmış ve mahkûm edilmiştir. İlk Derece Mahkemesi, olay tutanağına, tanık ve müşteki beyanları ile olayda adı geçen sanık beyanlarına dayanarak mahkûmiyet kararı vermiştir.

24. Başvurucu, yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüş-

lerden bilgi sahibi olamadığına, kendi delillerini ve iddialarını sunma olanağı bulamadığına, karşı tarafça sunulan delillere ve iddialara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığına ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemeleri tarafından dinlenmediğine ilişkin bir bilgi ya da kanıt sunmamıştır. Derece Mahkemelerinin kararlarında bariz takdir hatası veya açık keyfilik oluşturan herhangi bir durum da tespit edilememiştir.

25. Açıklanan nedenlerle, başvuru tarafından ileri sürülen iddiaların kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu, İlk Derece Mahkemesi kararının bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik de içermediği anlaşıldığından, başvurunun, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *“açıkça dayanaktan yoksun olması”* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

26. Başvurucu ayrıca tutanak tanıklarıyla arasında husumet bulunduğu halde bu tanıkların beyanlarına Mahkemece itibar edildiğini, jandarma yetkililerinin ifade alırken işkence ve kötü muamelede bulunduklarını ve bu nedenle soruşturma sırasında alınan ifadelerin geçersiz olduğunu belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

27. 6216 sayılı Kanun’un 47. maddesinin (3) numaralı, 48. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları ile İçtüzüğü’nün 59. maddesinin ilgili fıkraları uyarınca Anayasa Mahkemesine başvuru konusu olaylarla ilgili delilleri sunmak suretiyle olaylar hakkındaki iddialarını ve dayanılan Anayasa hükmünün kendilerine göre ihlal edildiğine dair açıklamalarda bulunarak iddialarını kanıtlamak başvurucuya düşer (B. No: 2013/276, 9/1/2014, § 19). Başvurucu, bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklerden hangisinin hangi nedenle ihlal edildiğini ve buna ilişkin gerekçeler ve delilleri açıklamalıdır (B. No: 2013/276, 9/1/2014, § 20).

28. Yukarıda belirtilen koşullar yerine getirilmediği takdirde Anayasa Mahkemesi başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulabilir. İddiaların dayanaktan yoksun olmadığı konusunda Anayasa Mahkemesinin ikna edilmesi, başvuru tarafından ileri sürülen iddiaların niteliğine bağlıdır. Başvurucunun başlangıçta, başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilmesini önlemek için başvuru formu ve eklerinde iddialarını destekleyici belgeleri sunması, kamu gücünün ihlale neden olduğunu iddia ettiği hak ve özgürlüklere ilişkin gerekli açıklamaları yapması zorunludur (B. No: 2013/276, 9/1/2014, § 23).

29. Somut başvuruda başvuru, İlk Derece Mahkemesinin kararının dayanaklarından olan olay tutanağında imzası olan jandarma görevlileri ile aralarındaki husumete ve kendisinin kötü muamele gördüğüne ilişkin ne derece

mahkemelerine ne de Anayasa Mahkemesine bir bilgi ya da kanıt sunmamıştır.

30. Somut başvuruda başvuru yukarıda sayılan koşulları yerine getirmeyerek iddialarını temellendirmediğinden başvurusunun esasının incelenmesi imkânı bulunmamaktadır.

31. Açıklanan nedenlerle, başvuru tarafından ileri sürülen ihlal iddialarının bu kısmı başvuru tarafından kanıtlanamamış olması nedeniyle, başvurunun, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin “*açıkça dayanaktan yoksun olması*” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Tanık Sorgulama Hakkı Yönünden

32. Başvuru bir tanığın talimatla ifadelerinin alınması sebebiyle kendisine tanığı sorgulama imkânının tanınmadığını iddia etmektedir.

33. Genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için “*silahların eşitliği*” ve “*çelişmeli yargılama*” ilkeleri ışığında, taraflara iddialarını sunmak hususunda uygun olanakların sağlanması şarttır. Taraflara tanık delili de dâhil olmak üzere, delillerini sunma ve inceletme noktasında uygun imkânların tanınması gerekir. Bu anlamda, delillere ilişkin dengesizlik veya hakkaniyetsizlik iddialarının da yargılamanın bütünü ışığında değerlendirilmesi gerekir (B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 27).

34. Bir ceza yargılamasında sanığın aleyhine olan tanıkları sorguya çekmek veya çektirmek, lehine olan tanıkların da aleyhine olan tanıklarla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını isteme hakkı Sözleşme’nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendi kapsamında düzenlenmiştir. Bu nedenle başvuru bir tanığın dinlenmediği yönündeki iddiasının Anayasa’nın 36. ve Sözleşme’nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendi kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

35. Sözleşme’nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendi şöyledir:

“(3) Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

...

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

36. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme) 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendi, hakkında suç isnadı olan kişiye iki hak sağlamaktadır, birincisi aleyhine olan tanıkları çapraz sorgulama diğer bir deyişle iddia

tanıklarının aleni duruşmada sanığın huzurunda çekişmeli bir biçimde sorgulama hakkı ikincisi ise kendi tanıklarının da iddia tanıkları ile eşit şartlar altında davet edilmesi ve dinlenmesi ve böylece silahların eşitliğinin sağlanması hakkıdır.

37. Kovuşturma sırasında bütün kanıtların tartışılabilmesi için, kural olarak, bu kanıtların aleni bir duruşmada ve sanığın huzurunda ortaya konulmaları gerekir. Bu kuralın istisnaları olmakla birlikte, eğer bir mahkûmiyet sadece veya belirli ölçüde, sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelere dayandırılmış ise, sanığın hakları Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur. Olayın tek tanığı varsa ve sadece bu tanığın ifadesine dayanılarak hüküm kurulacak ise, bu tanık duruşmada dinlenmeli ve sanık tarafından sorgulanmalıdır. Bu tanığın, sanığın sorgulamadığı bir dönemde alınan önceki ifadesine dayanılarak mahkûmiyet kararı verilemez (B. No: 2013/99, 20/3/2014, § 46 aynı yöndeki bir AİHM kararı için bkz. *Delta/Fransa*, B. No: 11444/85, 19/12/1990, § 36-37).

38. AİHM, yukarıda bahsi geçen ilkelere ek olarak, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası ve aynı maddenin (3) numaralı fıkrasının (d) bendinin sanığa, aleyhte ifade veren tanığın beyanlarına veya tanık ifadesinin alındığı sırada ya da yargılamanın daha sonraki bir aşamasında itiraz imkânı tanınması gerektiğini kabul etmektedir (Bkz: *Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda*, B. No: 21363/93, 21364/93, 21427/93 ve 22056/93, 23/4/1997, § 51 ve *Lüdi/İsviçre*, B. No: 12433/86, 15/6/1992, § 49; *Hümmer/Almanya*, B. No: 26171/07, 19/07/2012, § 38).

39. Somut başvuruda yalnızca bir tanığın ifadesi istinabe ile alınmıştır. Bu tanık başvuruya konu davaya ilişkin bir kolluk tutanağında imzası olan görevlilerden biridir ve beyanında bu tutanağın altındaki imzanın kendisine ait olduğunu ve tutanağın doğru olduğunu beyan etmekle yetinmiştir. Anılan tanık ifadesinde başvuru aleyhine bir beyanda da bulunulmadığı görülmektedir.

40. Söz konusu tanığın istinabe suretiyle dinlenilmesine karar verildiği celse ne sanık ne de müdafii buna itiraz etmedikleri gibi, tanığın beyanları daha sonra İlk Derece Mahkemesinde ve sanığın huzurunda okunmuş ve sanığa tanık beyanlarına karşı yeterli itiraz imkânı tanınmıştır. Öte yandan İlk Derece Mahkemesi, başvuru hakkındaki mahkûmiyet kararını yalnızca şikâyet konusu tanık beyanına dayandırmış da değildir.

41. Açıklanan nedenlerle, tanık sorgulama hakkına yönelik açık bir ihlalin olmadığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

3. Duruşmalı Yargılama Hakkı Yönünden

42. Başvurucu temyiz yargılamasında duruşma yapılması talebinin Yargıtayca reddedildiğini, bu sebeple duruşmalı yargılama hakkının ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

43. Anayasa'nın 141. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.”

44. Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarında, ilk derece mahkemeleri önünde duruşmalı yargılama yapılıp karar verildikten sonra kanun yolu incelemesinin dosya üzerinden yapılması halinde adil yargılanma hakkının ihlalden söz edilemeyeceğine karar vermiştir (B. No: 2013/664, 17/9/2013, § 32).

45. Öte yandan 5320 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı Kanun'un 318. maddesine göre ağır cezalı işlerde temyiz incelemesinin duruşmalı yapılması zorunluluktur. Buna karşın bir dava ağır ceza mahkemesinde görülmüş olsa bile, sonuçta verilen ceza ağır ceza mahkemesinin madde bakımından yetkisinin altında kaldığında da duruşma yapılmamaktadır.

46. Somut başvuruya konu olayda başvurusunun İlk Derece Mahkemesinde duruşmalı olarak yargılandığı açıktır. Dolayısıyla başvurusunun temyiz incelemesi sırasında duruşma açılması talebinin tayin olunan cezaların süresi itibariyle şartları oluşmadığından Yargıtayca reddedilmesi ve temyiz incelemesinin duruşma açılmadan yapılmış olması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

47. Açıklanan nedenlerle, duruşmalı yargılama hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun bu yönü itibariyle, *“açıkça dayanaktan yoksun olması”* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

4. Tercüman Hakkı Yönünden

48. Başvurucu, kendisini Kürtçe savunmak istemesine rağmen buna izin verilmemesi nedeniyle savunma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

49. Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (e) bendindeki konuya ilişkin düzenleme şu şekildedir:

“3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgarî haklara sahiptir:

...

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercü-

manın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”

50. Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 14. maddesi-nin 3 numaralı fıkrasının (f) bendi ise şu şekildedir:

“3. Hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimse, bu isnadın karara bağlanmasında, tam bir eşitlik içinde asgarî şu haklara sahiptir:

...

f) Mahkemede konuşulan dili anlamıyor veya konuşamıyorsa, bir çevirmenin yar-dımından ücretsiz olarak yararlanma.”

51. Sözleşme’nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (e) bendi, hakkında suç isnadı olan kişinin, mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konu-şamadığı takdirde, bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkını güvence altına alır. Bu hak yalnızca hakkında suç isnadında bulunan kişilere tanınmış bir haktır ve bu haktan faydalanabilmek için sanığın ödeme gücü olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.

52. Ayrıca tercüman hakkı, hem belgelerin çevirisine hem de sözlü ifadelere uygulanır; her iki durumda da adil bir yargılama yapılabilmesi için gerekli olan çevirinin yapılması gerekmektedir. Bu hak bir duruşmada söylenen her sözcüğün ya da tüm belgelerin çevrilmesini gerektirmez; değerlendirilecek husus, sanığın hakkındaki suçlamaları tümüyle anlayıp yanıt verebilecek dü-zeyde olup olmadığıdır (bkz. *Kamasinski/Avusturya*, B.No: 9783/82, 19/12/1989, § 74, 83).

53. Ancak somut başvuru açısından çözümlenmesi gereken asıl mesele dev-letin yükümlülüğünün tercüman isteyen tüm sanıklar bakımından geçerli olup olmadığıdır. Bu noktada tercüman hakkının sınırlı bir hak olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Başka bir deyişle tercüman isteyen herkes değil ancak adil bir yargılamadan umulan yararın sağlamak amacıyla ve yalnızca yargılamada kullanılan dili bilmeyen, anlamayan ve konuşamayan kişilere tercüman atanması bir zorunluluktur. Nitekim AİHM, kişinin mahkemede kullanılan dili konuşup, anlamasına ve meramını tam olarak ifade etmesi-ne rağmen, mensubu olduğu etnik topluluğun dilinde savunma hakkının verilmemesini, Sözleşme’nin ihlâli olarak değerlendirmemektedir. (*K./Fransa (k.k.)*, B. No: 10210/82, 7/12/1983).

54. 5237 sayılı Kanun’un “Tercüman Bulundurulacak Hâller” kenar başlıklı 202. maddesinin (1) numaralı fıkrasında mahkemelerde kullanılan dil olan Türkçeyi anlamayan veya konuşamayanlar için, yukarıda zikredilen Sözleş-me ve içtihatlarla uygun bir düzenleme bulunmaktadır. Zira (1) numaralı fık-rada, “Sanık veya mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahke-

me tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir” hükmü ile bir yargılamadan umulan yararı sağlamak amacıyla ve yalnızca yargılamada kullanılan dili bilmeyen, anlamayan ve konuşamayan kişilere tercüman atanması gerekmektedir.

55. Buna karşın 5271 sayılı Kanun’un 202. maddesine 24/1/2013 tarihinde ilave edilen 4. fıkra ile gerek uluslararası sözleşmelerde (§ 39, 40) ve gerekse AİHM içtihatları ile ortaya konan ölçütlerin ilerisine geçilerek tercüman hakkı genişletilmiştir. Yeni kurala göre sanıkların “İddianamenin okunması ve esas hakkındaki mütalaanın verilmesi üzerine sözlü savunmasını, kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde” yapabileceği hükmü getirilmiştir. Böylece “meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilen” sanığa da, sözlü savunmasını başka dilde yapabilme imkânı getirilmiştir.

56. Somut olayda başvuru, 15/1/2009 tarihinde gözaltına alınmış ve bu tarihten itibaren soruşturmanın tüm aşamalarında Türkçe dilinde savunma yapmıştır. İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesinde görülen yargılamanın ilk celsesi 6/4/2009 tarihinde yapılmış ve başvuru Türkçe dilinde ve ayrıntılı olarak savunma yapmıştır. Bu tarihten itibaren yapılan 10 celse başvuru savunmalarını Türkçe yapmış ve tercüman hakkından yararlanmak istediğini bildirmemiştir. Nihayet 24/6/2011 tarihli 10. celse Kürtçe savunma yapmak istediğini bildirmiş ve tercüman talep etmiştir. İlk Derece Mahkemesi, başvurunun mahkemede kullanılan Türkçe dilini konuşup, anladığını ve meramını tam olarak ifade ettiğini, mensup olduğu etnik dilde savunma hakkı talebinin hukuki ihtiyaca dayanmadığını belirterek talebi reddetmiştir (§ 8).

57. Her ne kadar 24/1/2013 tarihinde gerçekleşen Kanun değişikliğinden sonra sanıkların “kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde” sözlü savunmasını yapabileceği kuralı getirilerek tercüman hakkı genişletilmiş ise de somut başvuruya konu olayda başvuru, savunmasını Kürtçe yapmak istediğini, sözü geçen kanun değişikliğinden önce, 24/6/2011 tarihinde İlk Derece Mahkemesine iletmış ve Mahkeme de aynı tarihte talebi reddetmiştir.

58. Olayların gerçekleştiği tarihte başvurunun savunmasını Türkçe yaptığı ve yargılamanın 10. celsesinde Kürtçe savunma yapmak talebinin İlk Derece Mahkemesince Türkçeyi iyi bildiği gerekçesiyle ve Anayasa’ya uygun olarak reddedildiği açıktır. Dolayısıyla başvurunun Kürtçe savunma yapma talebinin o tarihte yürürlükte olan mevzuat uyarınca reddedilmesi nedeniyle savunma hakkının kısıtlanmadığı ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

59. Açıklanan nedenlerle, tercümandan yararlanma hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun bu yönü itibarıyla, “açıkça da-

yanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle; başvurunun, “*açıkça dayanaktan yoksun olması*” nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA, yargılama giderlerinin başvuru üzerinde bırakılmasına, 19/11/2014 tarihinde OY BİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Serruh KALELİ

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

SUÇ VE CEZALARA İLİŞKİN ESASLAR
(MD. 38)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/849

Karar Tarihi: 15/4/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN Erdal TERCAN Zühtü ARSLAN
Raportör	: Recep ÜNAL
Başvurucu	: Karlis A.Ş.
Temsilcisi	: Abdulhalim KARAVİL
Vekili	: Av. Devrim BİÇEN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, yönetmeliğe aykırı olarak çıkarılmış takograf uygulamasına ilişkin genelgeye dayanılarak hakkında uygulanan idari para cezasına karşı başvurusunun reddedilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 10/1/2013 tarihinde Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca, 29/3/2013 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Birinci Bölüm tarafından 29/7/2013 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 30/7/2013 tarihinde Bakanlığa bildirilmiştir. Bakanlık, yazılı görüşünü 16/9/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık görüş yazısı, başvurucuya 24/9/2013 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu Bakanlık görüşüne beyanlarını içeren dilekçesini 7/10/2013 tari-

hinde sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu, 13/10/1983 tarih ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 31. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereği takograf kullanma yükümlülüğüne uymadığı gerekçesiyle, 12/7/2012 tarihinde Diyarbakır Trafik Denetleme Şube Müdürlüğü görevlileri tarafından 319,00 TL idari para cezası ile cezalandırılmıştır.

9. Başvurucu, idari para cezasına karşı 26/7/2012 tarihinde Diyarbakır 2. Sulh Ceza Mahkemesine (Mahkeme) itirazda bulunmuştur.

10. Mahkemece, itiraz karara bağlanmak üzere duruşma açılmıştır. 11/12/2012 tarihli ikinci duruşmaya başvuru vekili katılmış ve kanunla düzenlenmeyen bir sınırlamanın genelge ile yapılmasının mümkün olmadığını, müvekkilinin genelgeyi bilme zorunluluğunun olmadığını belirterek itirazın kabulüne karar verilmesini talep etmiştir.

11. Mahkemenin 11/12/2012 tarih ve 2012/748 sayılı kararı ile başvuru vekilinin yüzüne karşı ve kesin olarak itirazın reddine karar verilmiştir.

B. İlgili Hukuk

12. 2918 sayılı Kanun'un 31. maddesi şöyledir:

"Araçlarda;

...

b) Kamyon, çekici ve otobüslerde ayrıca takograf, taksi otomobillerinde ise taksimetre,

Bulundurulması ve kullanılır durumda olması zorunludur. Ancak, 2918 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki yıllarda üretilen araçlarla, resmi taşıt olarak tescil edilmiş ve edilecek olanlar ile şehiriçi ve belediye mücavir alanı içerisinde yolcu ve yük nakliyatı yapanlarda takograf bulundurma ve kullanma zorunluluğu aranmaz. ...

Birinci fıkranın ... (b) bendine göre araçlarında taksimet(re), takograf bulundurmayan, kullanmayan veya kullanılabilir durumda bulundurmayan sürücüler 34.800.00 lira para cezası ile cezalandırılırlar. Sürücü aynı zamanda araç sahibi değilse ayrıca, tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenlenir. ..."

13. 18/7/1997 tarih ve 23053 Resmi Gazete sayılı Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 99. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi şöyledir:

“Takoğraf cihazı ile sürücü çalışma belgelerinin hangi cins taşıtlarda bulundurulacağına ve kullanılacağına dair esaslar aşağıda gösterilmiştir.

a) Takoğraf cihazları

...

2) Takoğraf cihazlarının, şehirlerarası yük veya yolcu nakliyatı yapan otobüs, kamyon ve çekicilerde kullanılır durumda bulundurulması ve kullanılması zorunludur.

3) Takoğraf cihazı takılan her taşıtın işleten ve sürücüsü, takıldığı tarihten itibaren bu cihazları kullanılır durumda bulundurmak zorundadır.

4) Şehiriçi ve belediye mücavir alanı içerisinde yolcu ve yük nakliyatı yapan otobüs, kamyon ve çekici türündeki taşıtlarda takoğraf cihazı bulundurma mecburiyeti aranmaz.

...”

14. Emniyet Genel Müdürlüğü Trafik Uygulama ve Denetleme Daire Başkanlığının Birleştirilmiş Genelgesinin (Genelge) ilgili kısımları şöyledir:

“...

Karayolları Trafik Kanununun 31 inci maddesine göre kamyon, çekici ve otobüslerde takoğraf, taksi otomobillerinde ise taksimetrenin bulundurulması ve kullanılır durumda olması zorunludur.

Buna göre;

...

Şehir içi ve belediye mücavir alanı içerisinde yolcu ve yük nakliyatı yapanlarda da takoğraf bulundurma ve kullanma zorunluluğu aranmayacak, tescil işlemleri esnasında şehiriçi ve belediye mücavir alanı içerisinde yük ve yolcu taşımacılığı yapacağını beyan eden araç maliki özel ve tüzel kişiler adına yapılacak tescil işlemleri esnasında noterden alınacak taahhütname istenecektir.

İbraz edilen bu belgelere istinaden yapılacak tescil işlemlerinde, tescil belgesinin ilgili bölümüne bu durum işlenecektir.

Takoğraf cihazı kullanma ve bulundurma mecburiyetinden muaf tutulmuş sivil araçlar, şehirlerarası karayolu taşımacılığı yapmaları halinde sürücü çalışma belgesi bulunduracaklardır. Trafik denetimlerinde bu durum kontrol edilecektir.

Şehir içi ve belediye mücavir alanlarında çalıştığını beyan ederek bu durumu belgelerine işletmiş olan araçların şehir içi ve belediye mücavir alanları dışındaki karayollarını kullanmaları halinde Kanunun 31 inci madde-

sinin ceza hükümleri uygulanacaktır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

15. Mahkemenin 15/4/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
nun 10/1/2013 tarih ve 2013/849 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği
düşünüldü:

C. Başvurucunun İddiaları

16. Başvurucu, Yönetmeliğin 99. maddesindeki düzenlemenin araç sahip-
lerine hiçbir yükümlülük veya kısıtlama getirmemesine rağmen, Genelge'ye
dayanılarak hakkında idari para cezası uygulandığını, Anayasa'nın 124. mad-
desi ve normlar hiyerarşisi çerçevesinde Yönetmelik'te olmayan kısıtlamala-
rın Genelge ile yapılarak kendisine yükümlülükler yüklenmesi sonucunda
verilen idari para cezasına karşı başvurusunun Mahkeme tarafından redde-
dildiğini, bu nedenle adil yargılanma (savunma) hakkının ihlal edildiğini ileri
sürmüş ve yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

D. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

17. Bakanlık görüş yazısında başvuru-
cunun ana şikâyetinin, kanunilik il-
kesine ilişkin olduğu, başvuru-
cunun tarafından adil yargılanma (savunma) hak-
kı şikâyetine ilişkin olarak herhangi bir somut neden ileri sürülmediği, bu
itibarla başvuru-
cunun şikâyetlerinin Anayasa'nın 38. maddesi çerçevesinde
incelenmesinin gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir.

18. Başvurucu Bakanlık görüş yazısına karşı beyan dilekçesinde başvuru-
cunun itirazlarının yerel mahkeme tarafından yeterince incelenip değerlendiril-
meden kesin olarak reddedilmesinin adil yargılanma hakkının ihlali olduğu-
nu ifade etmiştir.

19. Başvurucu her ne kadar başvuru dilekçesinde açıkladığı ihlale konu
olay ve olgular nedeniyle adil yargılanma (savunma) hakkının ihlal edildiği-
ni ileri sürmüşse de başvuru-
cunun şikâyetlerinin esas itibarıyla Anayasa'nın
38. maddesinde düzenlenen suç ve cezada kanunilik ilkesinin ihlaline ilişkin
olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle somut başvuru, suç ve cezada kanunilik
ilkesi çerçevesinde incelenmiş, adil yargılanma hakkı yönünden ayrıca bir in-
celeme yapılmasına gerek görülmemiştir.

20. Bakanlık görüş yazısında kabul edilebilirliğe ilişkin olarak, Avrupa İn-
san Hakları Mahkemesinin (AİHM) suç kavramını, eylemin iç hukuktaki nite-
lendirmesine bağlı kalmaksızın özerk bir şekilde yorumladığı, keyfi işlemlere
karşı etkin bir koruma sağlanabilmesi için, görünümüne ilişkin değil esasa yö-
nelik bir değerlendirme yapıldığı, genel bir ayrıma gidilmeyen AİHM içtihat-

larında yorum kriterleri olarak, başlangıçta iç hukuktaki nitelemenin dikkate alındığı, ancak bunun yanı sıra suç ve bunun için öngörülen cezanın niteliği, amacı ve ağırlığının da göz önünde tutulduğu, suçun niteliği değerlendirilirken, ilgili suçun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) taraf devletlerin büyük çoğunluğunda nasıl nitelendirildiği, bu suçun ceza hukukundaki diğer suçlarla benzerliği, uygulanan usullerin özellikleri, suçun bir grup için mi yoksa kamu yararına istinaden herkes için mi bağlayıcı olduğu hususlarının dikkate alındığı, kriterlerden biri açısından suç sayılabildiği takdirde bunun yeterli sayıldığı bildirilmiştir.

21. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kurulu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bu bağlamda, bireysel başvuru konusu temel hak ve özgürlüğün kapsamının Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı çerçevesinde belirlenmesi gerekir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18; B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 34).

22. Suç ve cezada kanunilik ilkesi, Anayasa'nın "*Suç ve cezalara ilişkin esaslar*" kenar başlıklı 38. maddesinin birinci fıkrası ve Sözleşme'nin "*Kanunsuz ceza olmaz*" kenar başlıklı 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenmiştir. Uyuşmazlığın suç ve cezalara ilişkin olması, bir ihlal iddiasının belirtilen maddelerin ortak koruma alanı kapsamında değerlendirilebilmesinin ön şartıdır.

23. Benzer bir başvuruda "*cezai alanda ... yöneltile suçlama...*" olarak kaba-hat eylemleri nedeniyle uygulanan idari yaptırımlara ilişkin uyuşmazlıkların da Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı kapsamında yer aldığı kabul edilmiştir (B. No: 2013/1718, 2/10/2013, § 26). Başvuruya konu, idari para cezası ve bu cezaya karşı başvurunun Mahkemece reddedilmesi nedeniyle suç ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiği iddiasının da bu çerçevede Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı kapsamında yer aldığının kabul edilmesi gerekir.

24. Açıklanan nedenlerle, açıkça dayanaktan yoksun olmayan ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden bulunmayan başvurunun, kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

25. Bakanlık görüş yazısında, suç ve cezaların kanuniliğinin, hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından olduğu, bu güvencenin amacının, keyfi

soruşturma, kovuşturma veya cezalandırmalara karşı etkili bir koruma sağlamak olduğu, maddedeki “*hukuk*” kavramının, diğer kavramlarda olduğu gibi, özerk bir anlama sahip olduğu, AİHM’in, “*kanun*” dan, münhasıran şekli olarak yasama organı tasarrufunu değil, hükmün getiriliş usul ve şeklinden bağımsız olarak “*nesnel hukuk normu*”nu anladığı, belirtilen normların, uluslararası insan hakları yükümlülükleri ile demokratik toplum gerekliliklerine uygun olmaları ve anayasadan kaynaklanan bir yetki ile kabul edilmeleri gerektiği, suça ve karşılığindeki cezaya ilişkin düzenlemelerin, erişilebilir ve öngörülebilir olmalarının da gerekli olduğu, kişilerin erişilebilir olan ilgili hükmün lafzını incelediklerinde, gerektiğinde bir hukukçunun yardımıyla, hangi icrai veya ihmali eylemlerin kendisini hangi ceza ile karşılaştıracağını bilebilmelerinin gerektiği, esasen ulaşılan sonucun, eylemin özü açısından tutarlı ve makul bir şekilde öngörülebilir olmasının önemli olduğu, 2918 sayılı Kanun’da, aykırı davranılması trafik suçu teşkil eden takograf takma zorunluluğunun, istisnaları ve karşılığindeki ceza da belirtmek suretiyle açıkça düzenlendiği, Genelge’de yer alan taahhütnamenin, ilgili Kanun’daki takograf takma zorunluluğuna ilişkin istisnadan faydalanacak araçların tespiti ile ilişkili olduğu, bu tespitin pratik bir ihtiyaçtan kaynaklandığı ve kanunî düzenlemeye aykırı olmadığı, Emniyet Genel Müdürlüğü’nün ilgili birimlerinde araç tescil işlemi yaptıran kişilerin, bahsi geçen genelge ve uygulaması hakkında olağan şekilde bilgi sahibi oldukları bildirilmiştir.

26. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyan dilekçesinde, Bakanlık görüşündeki AİHM kararlarının, Kanun ve Yönetmelik’te öngörülmeyen takograf bulundurma zorunluluğunun Genelge ile öngörülerek idari para cezası ile yaptırım altına alındığı somut olay bakımından emsal teşkil etmediklerini, ayrıca görüş yazısında Emniyet Genel Müdürlüğü birimlerinde araç tescil işlemleri sırasında bahsi geçen Genelge uygulaması hakkında ilgililerin bilgi sahibi olduklarına dair herhangi bir dayanak gösterilmediğini ifade etmiştir.

27. Kabahat fiilinin istisnasını teşkil eden takograf zorunluluğuna ilişkin muafiyetin uygulama şartlarının Genelge ile belirlendiği, bu şekilde Genelge ile suç ihdas edildiği ve dolayısıyla “*suç ve cezada kanunilik*” ilkesinin ihlal edildiği iddiası, esas incelemesinin özünü oluşturmaktadır.

28. Suç ve cezada kanunilik, ceza hukuku kurallarına ve bu kuralların uygulanmasına ilişkin, Anayasa ve Sözleşme’de güvence altına alınmış temel bir ilkedir.

29. Anayasa’nın “*Suç ve cezalara ilişkin esaslar*” kenar başlıklı 38. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş*

olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

30. Sözleşme’nin “*Kanunsuz ceza olmaz*” kenar başlıklı 7. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

31. Anayasa’nın temel hak ve özgürlüklerle ilgili bölümlerinde kanunla düzenleme ilkesine pek çok maddede ayrı ayrı yer verildiği gibi, 13. maddede ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkelerde de sınırlamaların “*ancak kanunla*” yapılabileceği kurala bağlanmıştır. Anayasa’nın suç ve cezaları düzenleyen 38. maddesinde de (§ 35) “*suç ve cezada kanunilik*” ilkesi özel olarak güvence altına alınmıştır.

32. Suç ve cezada kanunilik ilkesi, hukuk devletinin kurucu unsurlarından biridir. Kanunilik ilkesi, genel olarak bütün hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde temel bir güvence oluşturanın yanı sıra, suç ve cezaların belirlenmesi bakımından özel bir anlam ve önemi haiz olup, bu kapsamda kişilerin kanunen yasaklanmamış veya yaptırıma bağlanmamış fiillerden dolayı keyfi bir şekilde suçlanmaları ve cezalandırılmaları önlenmekte, buna ek olarak, suçlanan kişinin lehine olan düzenlemelerin geriye etkili olarak uygulanması sağlanmaktadır.

33. Kamu otoritesinin ve bunun bir sonucu olan ceza verme yetkisinin keyfi ve hukuk dışı amaçlarla kullanılmasının önlenmesi, kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasıyla mümkün olabilir. Bu doğrultuda, kamu otoritesini temsil eden yasama, yürütme ve yargı erklerinin, bu ilkeye saygılı hareket etmeleri; suç ve cezalara ilişkin kanuni düzenlemelerin sınırlarının, yasama organı tarafından belirgin bir şekilde çizilmesi, yürütme organının sınırları kanunla belirlenmiş bir yetkiye dayanmaksızın, düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etmemesi, ceza hukukunu uygulamakla görevli yargı organının da kanunlarda belirlenen suç ve cezaların kapsamını yorum yoluyla genişletmemesi gerekir.

34. Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “*belirlilik*”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu bir takım güvenceler içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup; birey, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu, kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır. Birey, ancak

bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörüp, davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği, kuralların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2009/51, K.2010/73, K.T. 20/5/2010; AYM, E.2009/21, K.2011/16, K.T. 13/1/2011; AYM, E.2010/69, K.2011/116, K.T. 7/7/2011; AYM, E.2011/18, K.2012/53, K.T. 11/4/2012).

35. Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, *"Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz"* denilerek *"suçta kanunilik"*, üçüncü fıkrasında da *"ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur"* denilerek, *"cezada kanunilik"* ilkeleri güvence altına alınmıştır. Anayasa'da öngörülen *"suç ve cezada kanunilik"* ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak 26/9/2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde de düzenlenen ilke, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesini, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olmasını gerektirmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır (AYM, E.2010/69, K.2011/116, K.T. 7/7/2011).

36. 2918 sayılı Kanun'un 31. maddesinin birinci fıkrasına göre, kamyon, çekici ve otobüslerde takograf bulundurulması ve kullanılır durumda olması zorunludur. Aynı fıkranın ikinci cümlesindeki düzenleme ile şehir içi ve belediye mücavir alanı içerisinde yolcu ve yük nakliyatı yapanlar, bu zorunluktan muaf tutulmuşlardır. 18/7/1997 tarih ve 23053 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 99. maddesinde de buna paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir.

37. Takograf, hız veya kat edilen mesafe gibi bilgileri kaydetmek üzere otobüsler ve kamyonlar başta olmak üzere belirli taşıtlara monte edilen, özellikle nakliye araçlarını kullanan şoförlerin, trafik güvenliği çerçevesinde kanunlarla belirlenmiş günlük sürüş süre ve aralıkları ile hız sınırlarına uyup uymadıklarının etkin bir şekilde denetlenmesine imkan sağlayan elektronik bir cihazdır.

38. Emniyet Genel Müdürlüğü Trafik Uygulama ve Denetleme Daire Başkanlığının Birleştirilmiş Genelgesinde, araç maliki özel ve tüzel kişilerin, tescil işlemleri sırasında şehir içi ve mücavir alanı içerisinde yük ve yolcu taşımacılığı yapacağını yazılı olarak taahhüt etmeleri halinde, bu taahhüde ilişkin ibarenin aracın belge ve bilgisayar kayıtlarına şerh düşüleceği ve bu şerhe rağmen şehir içi ve mücavir alanı dışında yük ve yolcu taşımacılığı yap-

tığı tespit edilenler hakkında 2918 sayılı Kanun'un 31. maddesi (§ 12) doğrultusunda işlem yapılacağı belirtilmiştir.

39. Başvurucu, belirtilen muafiyet kapsamında olmasına ve ilgili düzenlemelerin başka hiçbir yükümlülük yüklememesine rağmen, idare tarafından yayımlanan Genelge'yle, muafiyet kapsamındaki araç malikleri için öngörülen taahhütname yükümlülüğünü yerine getirmediği ve buna bağlı olarak 2918 sayılı Kanun'un 31. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereği takograf kullanma yükümlülüğüne uymadığı gerekçesiyle, idari para cezası ile cezalandırıldığını ileri sürmektedir.

40. Hukuk devletinde, bireylerin belirli bir zaman diliminde hangi fiillerin suç olarak tanımlandığı ve hangi cezai yaptırımlara bağlandığını bilip öngörebilmeleri, bir başka ifadeyle ceza hukuku kurallarının öngörülebilir ve erişilebilir olması şarttır. Aksi takdirde *"Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz"* şeklinde ifade edilen ceza hukuku prensibinin hayata geçirilmesi mümkün olmayacaktır. Zira ceza sorumluluğu, kişinin fiilinin bilincinde olduğu ve özgür iradesiyle suç olan bu fiili işlediği varsayımına dayanır. Bu nedenle, kişinin işlediği fiilden sorumlu tutulabilmesi için, hangi fiillerin suç olduğunun kanunlarda açıkça gösterilmesi gereklidir (AYM, E.1991/18, K.1992/20, K.T. 31/3/1992).

41. Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi şartı, suç ve cezalara dair düzenlemelerin şekli bakımından kanun biçiminde çıkarılmasının yeterli olmadığı, bunların içerik bakımından da belli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerektiğini ifade etmektedir. Bu açıdan kanun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanun, muhtemel etki ve sonuçlarına dair yeterli derecede öngörülebilir olmalıdır. Bununla birlikte, kanun metninin tüm sonuç ve etkileri göstermesi her zaman beklenemeyeceğinden, aranan açıklığın ölçüsü, söz konusu metnin içeriği, düzenlemeyi hedeflediği alan ile hitap ettiği kitlenin statü ve büyüklüğü gibi faktörler dikkate alınarak belirlenebilir. Bu özelliklere sahip kanunun, aynı zamanda kolaylıkla erişilebilir nitelikte olması gerekir (AYM, E.2011/62, K.2012/2, K.T. 12/1/2012).

42. 2918 sayılı Kanun'da, takograf kullanma zorunluluğundan muaf tutulan *"şehiriçi ve belediye mücavir alanı içerisinde yolcu ve yük nakliyatı yapan"* kişilerin, bu farklı statüye nasıl dâhil olacakları konusunda herhangi bir açık düzenlemeye yer verilmemiştir. Böyle bir hükmün uygulama kabiliyetine sahip olabilmesi ve suiistimallerin önüne geçilebilmesi bakımından, muafiyetin bir işlem veya taahhüde bağlanması mantıki bir gerekliliktir. Ancak 2918 sayılı Kanun'da sözü edilen muafiyet için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş ve

ilgilinin yalnızca “*Şehiriçi ve belediye mücavir alanı içerisinde yolcu ve yük nakliyatı yapan*” bir kişi olması yeterli görülmüştür. Kanun’daki bu ifadeden herhangi bir taahhüt, bildirim veya trafik sicil kayıtlarına şerh verilmesi gerektiğinin öngörülmesi mümkün değildir. Buna karşılık, Kanun’da, örneğin, “*yolcu ve yük nakliyatı yapacağını bildirenler*” ve benzeri bir ifade kullanılmış olsa idi, Genelge ile öngörülen ve idari yaptırıma bağlanan yükümlülüklerin bir kanuni dayanağı olduğundan söz edilebilirdi. Oysa Genelge düzenlemesi, Kanun’da yer almayan bir yükümlülüğü ilgililere öngörülemeyen bir şekilde yükleyerek dolaylı olarak yeni bir kabahat ihdas etmektedir. Zira, asıl kabahat eylemi “*takografin kullanılır durumda bulundurulmaması*” olup, Kanun hükmüne göre istisnası, şehir içi ve belediye mücavir alanı içinde yük ve yolcu nakliyatı yapıyor olmaktır. Genelge, Kanun’da olmadığı halde bu istisnanın istisnası olarak “*Şehir içi ve belediye mücavir alanlarında çalıştığını beyan etmeme ve durumu tescil belgelerine işletmeme*” halinde, ilgili kişinin, muafiyetten yararlanamayacağını ve fiilen Kanun’daki istisna kapsamında olsa dahi Genelge hükmüne uygun işlem yapmaması nedeniyle idari para cezası ile cezalandırılmasını öngörmektedir.

43. Genelge, Kanunla tanınan ve herhangi bir şekle bağlanmamış olan takograf muafiyetini, bildirim ve tescil belgesine şerh verilmesi şekline bağlayarak istisnai düzenlemenin uygulama alanını, herhangi bir kanuni dayanağı olmaksızın daraltmıştır. İdari para cezasını gerektiren bir eyleme ilişkin istisnai düzenlemenin uygulama alanının, idari işlemle daraltılması, somut olayda kabahat ihdas edilmesi sonucunu doğurmuştur. Ortaya çıkan bu sonuç, Anayasa’nın 38. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “*suç ve cezada kanunilik*” ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

44. Açıklanan nedenlerle, Genelge ile yüklenen ve Kanun’da öngörülmemiş olan bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle başvurucunun idari para cezası ile cezalandırılmasının, suç ve cezada kanunilik ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

E. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

45. Başvurucu, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemeye gönderilmesini talep etmiştir.

46. 6216 sayılı Kanun’un “*Kararlar*” kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması

yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

47. Başvuru konusu olayda tespit edilen ihlal, Mahkeme kararından kaynaklanmaktadır. Yeniden yargılama yapılması halinde, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması mümkün olduğundan, yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın, ilgili Mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

48. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Anayasa’nın 38. maddesinde güvence altına alınan “suç ve cezada kanunilik” ilkesinin ihlal edildiği yönündeki başvurunun KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa’nın 38. maddesinde güvence altına alınan “suç ve cezada kanunilik” ilkesinin İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için, yeniden yargılama yapılmak üzere kararın ilgili Mahkemeye GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

15/4/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Serruh KALELİ

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Zühtü ARSLAN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2012/731

Karar Tarihi: 15/10/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Burhan ÜSTÜN Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN Hasan Tahsin GÖKCAN
Raportör	: Özcan ÖZBEY
Başvurucu	: Mahmut MANBAKİ
Vekili	: Av. Mehmet Salih ARUK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, mevzuata aykırı şekilde tütün satışı yapmasından ötürü verilen idari para cezasının kesinleşmesinden sonra lehe olarak yeniden düzenlenen ilgili kanun hükmünden yararlanmak amacıyla yaptığı başvurunun reddedildiğini, bu nedenle Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 13/11/2012 tarihinde İzmir 8. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca, 10/6/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 17/9/2013 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 23/9/2013 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, tanınan ek süre sonunda görüşünü 22/11/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş, başvurucuya 6/1/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu tarafından herhangi

bir karşı görüş Anayasa Mahkemesine sunulmamıştır.

III. OLAYLAR VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucunun işyerinde 16/4/2010 tarihinde yapılan denetimde 10 gram sarmalık kıyılmış tütün ele geçirilmiştir.

9. Turgutlu Kaymakamlığı tarafından, 19/4/2010 tarihinde, 3/1/2002 tarih ve 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 8. maddesine aykırı olarak sarmalık kıyılmış tütün satışı yapması nedeniyle, aynı maddenin beşinci fıkrasının (ı) bendi uyarınca başvurucuya 5.723 TL idari para cezası verilmiş olup, bu ceza 20/4/2010 tarihinde kendisine tebliğ edilmiştir. Başvurucu tarafından süresinde itiraz edilmeyen bu idari yaptırım kararı kesinleşmiştir.

10. Başvurucu, henüz para cezası infaz edilmeden, 6/5/2011 tarihli dilekçesiyle Turgutlu Kaymakamlığına başvurarak, 25/2/2011 tarihinde yürürlüğe giren 13/2/2011 tarih ve 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 175. maddesi ile 4733 sayılı Kanun'un 8. maddesinde değişiklik yapıldığını ve bu yeni düzenleme ile eylemi hakkındaki idari para cezası miktarının 250 TL olarak belirlendiğini, bu nedenle Kanun hükmünün lehe değişen son şeklinin kendisine uygulanmasını ve buna göre daha önce 5.723 TL olarak belirlenen 19/4/2010 tarihli idari para cezasının iptal edilerek, yeni düzenleme uyarınca 250 TL idari para cezası verilmesini talep etmiştir.

11. Başvurucunun talebi Turgutlu Kaymakamlığının 30/6/2011 tarihli kararıyla "...kesinleşmiş idari yaptırım kararının bir mahkeme ilamı olmaksızın Kaymakamlığımız tarafından ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi durumu yetkimiz dışında olduğundan" gerekçesine dayalı olarak reddedilmiştir.

12. Başvurucunun yaptığı itirazı inceleyen Manisa İdare Mahkemesi, itirazın süresinde olmadığı ve yaptırım kararının kesinleştiği gerekçesi ile 21/2/2012 tarih ve E.2011/1700, K.2012/269 sayılı kararıyla itirazı reddetmiştir.

13. Başvurucunun bu karara yaptığı itirazı inceleyen Manisa Bölge İdare Mahkemesi, 12/6/2012 tarih ve E.2012/215, K.2012/239 sayılı kararıyla itirazı kabul ederek, işlemin iptaline karar vermiştir.

14. Davalı idarenin karar düzeltme talebi sonucunda Manisa Bölge İdare

Mahkemesi, “Söz konusu yasa değişikliği ancak 6111 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 25/2/2011 tarihinden sonra işlenecek olan fiiller hakkında uygulanacağı tartışmasız olup, olayımızda olduğu gibi 19/4/2010 tarihinde tebliğ edilen ve dava açılmayarak kesinleşen idari para cezasında uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Diğer yandan, ceza hukukunda lehe olan hükümlerin uygulanacağı yolundaki kural da ancak süresi içinde dava açılmış ve yargılanması henüz tamamlanmamış olan idari para cezaları hakkında geçerlidir.” gerekçesi ile 4/10/2012 tarih ve E.2012/499, K.2012/491 sayılı kararla, karar düzeltme isteminin kabulüne, Mahkemenin 12/6/2012 tarih ve E.2012/215, K.2012/239 sayılı bozma kararının kaldırılmasına, Manisa İdare Mahkemesinin 21/2/2012 tarih ve E.2011/1700, K.2012/269 sayılı kararının onanmasına karar vermiştir.

15. Aynı tarihte kesinleşen karar 9/11/2012 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş olup, başvuru 13/11/2012 tarihli dilekçesi ile süresinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

16. 4733 sayılı Kanun’un 8. maddesinin beşinci fıkrasının (ı) bendinin, 6111 sayılı Kanun’un 175. maddesi ile değiştirilmeden önceki hali şöyledir:

“Kurumdan uygunluk belgesi almadan enfiye, çiğneme, nargile tütünü veya yaprak sigara kâğıdı ya da makaron üretenler ile satan veya satışa arz edenlere, ticari amaçla sarmalık kıyılmış tütün üretenler ile satan veya satışa arz edenlere beşbin Yeni Türk Lirası idarî para cezası verilir.”

17. 4733 sayılı Kanun’un, 6111 sayılı Kanun’un 175. maddesi ile değişik 8. maddesinin ikinci fıkrasının (ı) bendi ve aynı fıkraya eklenen (o) bendi ile altıncı, yedinci ve sekizinci fıkraları şöyledir:

*“ı) Kurumdan uygunluk belgesi almadan enfiye, çiğneme, nargile tütünü veya yaprak sigara kâğıdı ya da makaron üretenler ile satan veya satışa arz edenlere, (...) * beşbin Yeni Türk Lirası idarî para cezası verilir.*

...

o) (Ek bend: 13/02/2011-6111 S.K 175. mad.) Ticari amaçla sarmalık kıyılmış tütün üretenler ile satan veya satışa arz edenlere ürettikleri, sattıkları veya satışa arz ettikleri tütünün;

50 kilograma kadar (50 kilogram dâhil) olması halinde 250 TL.

50 kilogramdan 100 kilograma kadar (100 kilogram dâhil) olması halinde 500 TL.

100 kilogramdan 250 kilograma kadar (250 kilogram dâhil) olması halinde 1.500 TL.

250 kilogramdan 500 kilograma kadar (500 kilogram dâhil) olması halinde 3.000

TL.

500 kilogramdan fazla olması halinde 5.000 TL.

idari para cezası verilir.

...

Beşinci fıkranın (f), (g), (h), (ı) ve (j) ile (o)* bentlerinde yazılı fiiller hakkında idarî yaptırım uygulamaya ve bu fiillerin konusunu oluşturan her türlü eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi kararını vermeye mahalli mülkî amirler, diğer bentlerde yazılı fiiller hakkında idarî para cezası vermeye Kurum yetkilidir. Mahalli mülkî amirlerce uygulanan idarî yaptırımlar onbeş gün içinde Kuruma iletilir.

Bu Kanun hükümlerine göre verilen idarî yaptırım kararlarına karşı 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir. Ancak, idare mahkemesinde dava, işlemin tebliği tarihinden itibaren onbeş gün içinde açılır. İdare mahkemesinde iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz.

İdarî yaptırımlara ilişkin olarak bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır."

18. 30/3/2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanır. Ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir."

19. 26/9/2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

(1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanunî neticeleri kendiliğinden kalkar.

(2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Mahkemenin 15/10/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurunun 13/11/2012 tarih ve 2012/731 numaralı bireysel başvurusu incelenip ge-

reği düşünöldü:

A. Başvurucunun İddiaları

21. Başvurucu, 4733 sayılı Kanun'a aykırı olarak işyerinde 10 gram sarmalık kıyılmış tütün bulundurmasından dolayı Turgutlu Kaymakamlığı tarafından kendisine 5.723,00 TL idari para cezası verildiğini, bu cezanın kesinleşmesinden sonra ilgili Kanun hükmünde yapılan değışiklik ile söz konusu eylemin karşılığı olarak ceza miktarının 250,00 TL olarak düzenlendiğini, lehe değışen hükmün uygulanması amacıyla İdare ve Mahkemelere yaptığı başvurunun reddedildiğini, bu nedenle Anayasa'nın 38. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiş ve yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

22. Bakanlık, başvurucunun şikâyetinin Anayasa'nın 38. maddesi çerçevesinde incelenmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.

23. Kabul edilebilirlik açısından ayrı bir değerlendirmesi olmayan Bakanlık görüş yazısında özet olarak; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) suç kavramını, eylemin iç hukuktaki nitelendirmesine bağlı kalmaksızın özerk bir şekilde yorumladığı, keyfi işlemlere karşı etkin bir koruma sağlanabilmesi için, görünüme ilişkin değil esasa yönelik bir değerlendirme yapıldığı, genel bir ayrıma gidilmeyen AİHM içtihatlarında yorum kriterleri olarak, başlangıçta iç hukuktaki nitelemenin dikkate alındığı, ancak bunun yanı sıra suç ve bunun için öngörölen cezanın niteliği, amacı ve ağırlığının da göz önünde tutulduğu, suçun niteliği değerlendirilirken, ilgili suçun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) taraf devletlerin büyük çoğunluğunda nasıl nitelendirildiği, bu suçun ceza hukukundaki diğer suçlarla benzerliği, uygulanan usullerin özellikleri, suçun bir grup için mi yoksa kamu yararına istinaden herkes için mi bağlayıcı olduğu hususlarının dikkate alındığı, kriterlerden biri açısından suç sayılabildiği takdirde bunun yeterli sayıldığı belirtilmiştir.

24. Başvurucu, Bakanlık görüş yazısına karşı herhangi bir beyanda bulunmamıştır.

25. Bir hak ihlali iddiasının gerek Anayasa'nın 38. maddesi gerekse AİHS'nin 7. maddesi kapsamında incelenebilmesi için, ortada ceza hukuku anlamında bir suç veya cezanın bulunması gerekir.

26. Diğer taraftan, Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri

Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bu bağlamda, bireysel başvuru konusu temel hak ve özgürlüğün kapsamının Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanı çerçevesinde belirlenmesi gerekir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18; B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 34).

27. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, Anayasa'nın *"Suç ve cezalara ilişkin esaslar"* kenar başlıklı 38. maddesinin birinci fıkrası ve AİHS'nin *"Kanunsuz ceza olmaz"* kenar başlıklı 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenmiştir. Uyuşmazlığın suç ve cezalara ilişkin olması, bir ihlal iddiasının belirtilen maddelerin ortak koruma alanı kapsamında değerlendirilebilmesinin ön şartıdır.

28. Benzer bir başvuruda, *"cezai alanda ... yöneltile suçlama..."* olarak kaba-hat eylemleri nedeniyle uygulanan idari yaptırımlara ilişkin uyuşmazlıkların da Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı kapsamında yer aldığı kabul edilmiştir (B. No: 2013/1718, 2/10/2013, § 26). Dolayısıyla, idari açıdan mü-eyyideye bağlanan bir eylemin, AİHS'nin 6. maddesi anlamında suç olarak nitelendirilmesi halinde, artık bunun AİHS'nin 7. maddesi açısından da suç olarak değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

29. Nitekim Anayasa Mahkemesi de daha önceki bir kararında (AYM, E.2007/115, K.2009/80, 11/6/2009) kabahatlerin suç niteliğinde olduğunu açıklamıştır. Mahkemenin gerekçesi şöyledir:

"Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımların kapsamı ise Yasa'nın 16. maddesinde belirlenmiş ve idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirler olarak ifade edilmiştir.

'Kabahat' tanımı yapılmak suretiyle, daha önce idari yaptırıma tabi olmayan bir eylem, idari yaptırıma tabi kılınmamakta, aksine kanunla idari yaptırıma tabi kılınmış eylemler kabahat olarak adlandırılmaktadır. Bir başka deyişle, itiraz konusu kural ile yapılan kabahat tanımı, daha önce suç olmayan bir eylemi suç niteliğine dönüştürmemektedir.

İtiraz konusu kuralla, bir eylemin kabahat olarak kabulü için bu eylemin karşılığında kanunun mutlaka bir idari yaptırım uygulanmasını öngörmüş olması esas alındığından, söz konusu düzenlemede yeni bir suç yaratılmamakta, suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

....

Kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü kabahatlerden bir kısmının ceza hukuku kapsamında suç niteliği taşıdığı açıktır. Nitekim, Kabahatler Kanunu'nun İkinci Kısımında 'Çeşitli kabahatler' başlığı altında düzenlenen filleri, ağırlıklı olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 526. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan kabahatler oluşturmaktadır. Ayrıca, çeşitli yasalarda yer alan ve yaptırımı hafif hapis ya da hafif para cezası veya her ikisi olan fiiller, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7. maddesiyle idari para cezasına dönüştürülmüşlerdir. Uygulanacak yaptırımın yasa ile 'idari' para cezasına dönüştürülmesinin bu tür yaptırım uygulanacak eylemlerin gerçekte ceza hukuku alanına giren suç olma özelliklerini etkilemeyeceği açıktır."

30. Buna göre başvuruya konu idari para cezası ve bu cezaya karşı başvurunun Mahkemece reddedilmesi nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiği iddiasının Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanı kapsamında yer aldığının kabul edilmesi gerekir.

31. Açıklanan nedenlerle, "suçta ve cezada kanunilik ilkesi"ne ilişkin iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından, başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

32. Başvurucu, eylemi ile ilgili kanunda yapılan lehe değişikliğin hakkında uygulanmayarak suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

33. Bakanlık görüş yazısında, suç ve cezaların kanuniliğinin, hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından olduğu, bu güvencenin amacının, keyfi soruşturma, kovuşturma veya cezalandırmalara karşı etkili bir koruma sağlamak olduğu, AİHM içtihatlarına göre suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ceza kuralı ile kesin bir hükmün verilmesinden önce kabul edilen bir ceza kuralının farklı olması halinde, hâkimin sanığın lehine olan ceza kuralını uygulaması gerektiği, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin ihlal edilip edilmediğine ilişkin takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğu ifade edilmiştir.

34. Suçta ve cezada kanunilik, Anayasa ve AİHS'de güvence altına alınmış temel bir ilkedir (B. No: 2013/849, 15/4/2014, § 28).

35. Anayasa'nın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" kenar başlıklı 38. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş

olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

36. AİHS'nin “Kanunsuz ceza olmaz” kenar başlıklı 7. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

37. Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerle ilgili bölümlerinde kanunla düzenleme ilkesine pek çok maddede ayrı ayrı yer verildiği gibi, 13. maddede ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkelerde de sınırlamaların “ancak kanunla” yapılabileceği kurala bağlanmıştır. Anayasa'nın suç ve cezaları düzenleyen 38. maddesinde de (§ 35) “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” özel olarak güvence altına alınmıştır. (B. No: 2013/849, 15/4/2014, § 31).

38. Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, “Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek “suçta kanunilik”, üçüncü fıkrasında da “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek, “cezada kanunilik” ilkeleri güvence altına alınmıştır. Anayasa'da öngörülen “suçta ve cezada kanunilik ilkesi”, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak 5237 sayılı Kanun'un 2. maddesinde düzenlenen “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olmasını gerektirmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır (AYM, E.2010/69, K.2011/116, K.T. 7/7/2011).

39. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, hukuk devletinin kurucu unsurlarındandır. Kanunilik ilkesi, genel olarak bütün hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde temel bir güvence oluşturma yanı sıra, suç ve cezaların belirlenmesi bakımından özel bir anlam ve öneme sahip olup, bu kapsamda kişilerin kanunen yasaklanmamış veya yaptırıma bağlanmamış fiillerden dolayı keyfi bir şekilde suçlanmaları ve cezalandırılmaları önlenmekte, buna ek olarak, suçlanan kişinin lehine olan düzenlemelerin geriye etkili olarak uygulanması sağlanmaktadır. (B. No: 2013/849, 15/4/2014, § 32).

40. Kamu otoritesinin ve bunun bir sonucu olan ceza verme yetkisinin keyfi ve hukuk dışı amaçlarla kullanılmasının önlenmesi, kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasıyla mümkün olabilir. Bu doğrultuda, kamu oto-

ritesini temsil eden yasama, yürütme ve yargı erklerinin, bu ilkeye saygılı hareket etmeleri; suç ve cezalara ilişkin kanuni düzenlemelerin sınırlarının, yasama organı tarafından belirgin bir şekilde çizilmesi, yürütme organının sınırları kanunla belirlenmiş bir yetkiye dayanmaksızın, düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etmemesi, ceza hukukunu uygulamakla görevli yargı organının da kanunlarda belirlenen suç ve cezaların kapsamını yorum yoluyla genişletmemesi gerekir (B. No: 2013/849, 15/4/2014, § 32).

41. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "*hukuk devleti*"nin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu bir takım güvenceler içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup; birey, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu, kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır. Birey, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörüp, davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği, kuralların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2009/51, K.2010/73, K.T. 20/5/2010; AYM, E.2009/21, K.2011/16, K.T. 13/1/2011; AYM, E.2010/69, K.2011/116, K.T. 7/7/2011; AYM, E.2011/18, K.2012/53, K.T. 11/4/2012).

42. Hukuk devletinde, bireylerin belirli bir zaman diliminde hangi fiillerin suç olarak tanımlandığı ve hangi cezai yaptırımlara bağlandığını bilip öngörebilmeleri, bir başka ifadeyle ceza hukuku kurallarının öngörülebilir ve erişilebilir olması şarttır. Aksi takdirde "*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*" şeklinde ifade edilen ceza hukuku prensibinin hayata geçirilmesi mümkün olmayacaktır. Zira ceza sorumluluğu, kişinin fiilinin bilincinde olduğu ve özgür iradesiyle suç olan bu fiili işlediği varsayımına dayanır. Bu nedenle, kişinin işlediği fiilden sorumlu tutulabilmesi için, hangi fiillerin suç olduğunun kanunlarda açıkça gösterilmesi gereklidir (AYM, E.1991/18, K.1992/20, K.T. 31/3/1992).

43. Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi şartı, suç ve cezalara dair düzenlemelerin şekli bakımından kanun biçiminde çıkarılmasının yeterli olmadığı, bunların içerik bakımından da belli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerektiğini ifade etmektedir. Bu açıdan kanun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme

alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanun, muhtemel etki ve sonuçlarına dair yeterli derecede öngörülebilir olmalıdır. Bununla birlikte, kanun metninin tüm sonuç ve etkileri göstermesi her zaman beklenemeyeceğinden, aranan açıklığın ölçüsü, söz konusu metnin içeriği, düzenlemeyi hedeflediği alan ile hitap ettiği kitlenin statü ve büyüklüğü gibi faktörler dikkate alınarak belirlenebilir. Bu özelliklere sahip kanunun, aynı zamanda kolaylıkla erişilebilir nitelikte olması gerekir (AYM, E.2011/62, K.2012/2, K.T. 12/1/2012).

44. Öte yandan, suçun işlendiği tarihten sonra kabul edilen lehteki kanun hükmünün geriye yürümesi hakkını AİHS'nin 7. maddesinin güvence altına almadığı yönündeki içtihadını değiştiren AİHM, bu ilkenin, Avrupa Temel Şartı da dâhil temel bütün metinlerde tanındığını, artık Avrupa ceza hukuku geleneğinin bir parçası olduğunun kabul edildiğini, hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince hâkimin, suç oluşturan eyleme kanun koyucunun orantılı bir ceza olarak belirlediği cezayı vermesinin tutarlı olduğunu, suç işleyene sadece suç işlediği tarihte daha ağır bir ceza öngörüldüğü gerekçesi ile ağır bir ceza verilmesinin ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı bulunduğunu, bunun aynı zamanda suçun işlendiği tarihten sonra meydana gelen bütün yasal değişiklikleri ve toplumun o suç karşısındaki yaklaşım değişikliğini görmemek anlamına geldiğini, lehte olan ceza hükmünün geriye yürümesi ilkesinin cezaların öngörülebilir olması gerekliliğinin bir uzantısı olduğunu, buna göre, eğer suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ceza kuralı ile kesin bir hükmün verilmesinden önce kabul edilen bir ceza kuralı farklı ise, hâkimin, sanığın lehine olan ceza kuralını uygulaması gerektiğini belirtmiştir (bkz. *Scoppola/İtalya* no. 2, B. No: 10249/03, 17/9/2009, §§ 105-109).

45. Nitekim Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğu görülmektedir. Yargıtaya göre, 5237 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca; sonradan yürürlüğe giren yasanın, bir fiili suç olmaktan çıkarması, suçun unsurlarında veya diğer cezalandırılabilme şartlarında, bu suçtan dolayı mahkûmiyetin yasal neticelerinde, ceza ve hatta güvenlik tedbirlerinde değişiklik yapması ve bu değişikliğin failin lehine sonuç vermesi durumunda, yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenen suçlar hakkında da uygulanması gerekecektir. Bu değişiklik, kesinleşmiş ancak infazı henüz tamamlanmamış hükümler ile infazı tamamlanmış hükümler bakımından da söz konusudur (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2011/5-74, K.2011/147, K.T. 28/6/2011; YCGK. E.2008/5-220, K.2009/28, K.T. 17/2/2009).

46. Somut olayda idare tarafından, 19/4/2010 tarihinde, 4733 sayılı Kanun'a aykırı olarak sarmalık kıyılmış tütün satışı yapması nedeniyle başvurucuya 5.723,00 TL idari para cezası verilmiş olup, bu ceza kesinleşmiştir. Henüz para cezası infaz edilmeden, başvurucunun anılan eylemiyle ilgili kanun hükmünde yapılan değişiklik ile idari para cezası miktarı 250,00 TL olarak belirlenmiş

ve başvuru da lehe olan değişikliğin uygulanmasını talep etmiş, ancak bu talebi reddedilmiştir.

47. 5326 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler açısından da uygulanacak, ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerli olacaktır. Anılan maddede öngörülen *"derhal uygulama"* kuralı, idari yaptırım kararının infazı yöntemiyle ilgilidir. Dolayısıyla, infaz aşamasında da olsa, kabahat fiilinin unsurlarına veya yaptırımına yönelik lehe kanun değişikliklerinde, Anayasa'nın 38/1. maddesinde düzenlenen *"kanunilik ilkesi"* nin sonuçlarından biri olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7/2. maddesinde yer alan *"lehe kanunun geriye yürümesi"* kuralının uygulanması gerekir.

48. Başvuruya konu olayda, kabahat nedeniyle başvurucuya bir yaptırım uygulanmış, ancak henüz bu yaptırım kararı yerine getirilmeden, sonradan yürürlüğe giren kanunla, isnat edilen suçun unsurlarında ve cezasında lehe olacak şekilde değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik, suçun içeriği, diğer bir ifadeyle maddi yapısıyla ilgili olup, kararların yerine getirilme şekli ile ilgili değildir. Buna göre, yukarıdaki hükümler (§§ 16-19) gözetildiğinde, lehe kanun değerlendirmesinde maddi ceza hukukuna ilişkin zaman bakımından uygulama kurallarının geçerli olması ve Mahkemece, cezası henüz infaz edilmemiş olan başvuru hakkında lehe kanun uygulamasının yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.

49. Bu açıklamalara göre, başvuru eylemine uyan kanun hükmünde yapılan lehe değişikliğin başvurucuya uygulanması gerekirken, bu yöndeki talebinin reddedilmiş olması Anayasa'nın *"Suç ve cezalara ilişkin esaslar"* kenar başlıklı 38. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen *"suçta ve cezada kanunilik ilkesi"* ile bağdaşmamaktadır.

50. Açıklanan nedenlerle, başvuru hakkında lehe kanun hükmünün uygulanmamasından dolayı Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

V. 6216 SAYILI KANUN'UN 50. MADDESİNİN UYGULANMASI

51. Başvuru, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemeye gönderilmesini talep etmiş olup, herhangi bir tazminat isteminde bulunmamıştır.

52. 6216 sayılı Kanun'un *"Kararlar"* kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçları-

nı ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

53. Başvuru konusu olayda tespit edilen ihlal, Mahkeme kararından kaynaklanmaktadır. Yeniden yargılama yapılması halinde, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması mümkün olduğundan, yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın, ilgili Mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

54. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 172,50 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.672,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Anayasa’nın 38. maddesinde güvence altına alınan “suçta ve cezada kanunilik ilkesi”nin ihlal edildiği yönündeki başvurunun KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa’nın 38. maddesinin birinci fıkrasının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için, yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemeye gönderilmesine,

D. Başvurucu tarafından yapılan 172,50 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.672,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

15/10/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Serruh KALELİ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

SENDİKA HAKKI
(MD. 51)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2013/8463

Karar Tarihi: 18/9/2014

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Alparslan ALTAN
Üyeler	: Recep KÖMÜRCÜ Engin YILDIRIM Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL
Raportör	: Yunus HEPER
Başvurucu	: Tayfun CENGİZ
Vekili	: Av. Mustafa ERDOĞDU Av. Havva AKDOĞAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, üyesi olduğu sendikanın tüm Türkiye’de yaptığı göreve gel-meme çağrısına katılarak görevine gelmediğini, ancak mazeretsiz olarak gö-reve gelmediği gerekçesiyle uyarma cezası verildiğini, sendikal faaliyetlere katılması nedeniyle ceza verilmesinin Anayasa’nın 10., 36., 40. ve 90. mad-deleri ile toplantı ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin anayasal haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüş, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 19/11/2013 tarihinde Mersin 1. İdare Mahkemesi vasıtasıyla ya-pılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komis-yona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca, 19/2/2014 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilme-sine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 13/3/2014 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 13/3/2014 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı görüşünü 14/4/2014 tarihinde Anayasa Mah-kemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş baş-

vurucuya 14/4/2014 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAYLAR VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (EĞİTİM SEN) üyesi bir kamu görevlisidir.

9. EĞİTİM SEN Yönetim Kurulunun 6/3/2012 tarihli kararı ile 28 ve 29 Mart 2012 tarihlerinde tüm ülke çapında “uyarı grevi” adı altında işe gelmeme eylemi yapılmasına karar verilmiştir.

10. Başvurucu bahsi geçen tarihlerde işe gelmemiştir.

11. Başvurucunun görev yaptığı Tarsus İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü, eyleme katılan tüm sendika üyeleri hakkında yürüttüğü idari soruşturma sonucunda 14/5/2012 tarihli kararı ile “28-29 Mart 2012 tarihlerinde mazeretsiz olarak göreve gelmediği” gerekçesiyle başvurucuyu uyarma cezası ile cezalandırmıştır.

12. Başvurucunun söz konusu karara yapmış olduğu itiraz Mersin Valiliği'nin 13/6/2012 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

13. Başvurucu, hakkında verilen disiplin cezasının iptali istemiyle 20/7/2012 tarihinde idare mahkemesine iptal davası açmış, Mersin 1. İdare Mahkemesi'nin 25/12/2012 tarihli kararı ile dava reddedilmiştir. İlk Derece Mahkemesinin gerekçesi şöyledir:

“Türk hukukunda kamu görevlilerinin sendika kurma ve sendikalara üye olma haklarının Anayasa ve Kanunlarla güvence altına alındığı, nitekim kamu görevlilerinin sendikal haklarını düzenlemek amacıyla özel kanun niteliğindeki 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun çıkarıldığı, bu bağlamda kamu görevlilerinin sendikal örgütlenme hakları var olmakla birlikte, kamu görevlilerine, “grev” hakkı tanınacağına ilişkin bir hüküm bulunmaması ve iç hukukumuzda da bu doğrultuda yasal düzenlemelerin yapılmamış olması karşısında kamu görevlilerinin “grev” hakkından söz edilmesi mümkün değildir.

...

Bununla birlikte grev yapma hakkı ile ilgili olarak her ne kadar AİHS'nin 11. maddesinde bu hak açık bir şekilde ifade edilmemiş ise de; bu hakkın tanınması ve amacına uygun bir şekilde kullanılması hiç kuşkusuz en önemli sendikal haklardan bir tanesini teşkil etmekle birlikte, sendika üyelerinin haklarını korumak için gerçekleştirilen eylem ve bu eylemin sonuçları ile ulaşılmak istenilen amaç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin gözetilmesi, başvuru yöntemin ulaşılmak iste-

nilen amaç ile orantılı olması gerektiği gibi söz konusu eylemin başka kişi veya kişilerin temel hak ve hürriyetlerine zarar verecek veya engelleyecek nitelikte olmaması gerekmektedir.

Bu durumda; davacının 28/29 Mart tarihlerinde iki gün süreyle kesintisiz işe gitmediği, bu durumun ise kamu hizmetinin devamlılığı ve sürekliliği ilkelerine aykırılık teşkil ettiği gibi bu süre zarfında öğrencilerin temel hak ve hürriyetleri arasında yer alan eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakıldıkları birlikte değerlendirildiğinde davacının tespit edilen fiiline uygun olarak geçmiş hizmetleri de gözetilmek suretiyle tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”

14. Başvurucu, İlk Derece Mahkemesinin kararına itiraz etmiş, Adana Bölge İdare Mahkemesinin 8/5/2013 tarihli kararı ile İlk Derece Mahkemesinin kararı onanmıştır. Bölge İdare Mahkemesi kararının ilgili kısmı şöyledir:

“... [k]amu görevlilerinin, ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin ve bu kapsamda özlük ve parasal haklarının, çalışma koşullarının korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi, bu konulara dikkat çekilmesinin ve kamuoyu oluşturulmasının sağlanması amacıyla ve başka seçeneklerinin bulunmaması durumunda üyesi bulundukları sendikaların aldıkları kararlar uyarınca işi bırakma eylemlerine katılmaları nedeniyle disiplin cezaları ile cezalandırılmalarının demokratik bir toplumda gerekli olduğundan söz edilemeyeceği anlaşılmakta ise de; uyuşmazlık konusu olayda davacının görevine gelmemesi nedeninin, İlköğretim ve Eğitim Kanunu teklifinin geri çekilmesini sağlamak, TBMM Genel Kurulunda görüşülerek yasalaşmasını engellemek olduğunun çekişmesiz olması karşısında dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle itirazın reddine...

15. Başvurucunun karar düzeltme istemi de Adana Bölge İdare Mahkemesinin 19/9/2013 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

16. Bölge İdare Mahkemesinin ilamı, başvurucuya, 25/10/2013 tarihinde tebliğ edilmiş ve başvurucu, 19/11/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

17. 14/7/1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun “Toplu eylem ve hareketlerde bulunma yasağı” kenar başlıklı 26. maddesi şöyledir:

“Devlet memurlarının kamu hizmetlerini aksatacak şekilde memurluktan kasıtlı olarak birlikte çekilmeleri veya görevlerine gelmemeleri veya görevlerine gelipte Devlet hizmetlerinin ve işlerinin yavaşlatılması veya aksatılması sonucunu doğuracak eylem ve hareketlerde bulunmaları yasaktır”.

18. 657 sayılı Kanun'un "Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller" kenar başlıklı 125. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

...

C - Aylıktan kesme: Memurun, brüt aylığından 1/30 - 1/8 arasında kesinti yapılmasıdır.

Aylıktan kesme cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

...

b) Özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek,

..."

19. 657 sayılı Kanun'un 135. maddesi şöyledir:

"Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilir.

İtirazda süre, kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren yedi gündür. Süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir.

İtiraz mercileri, itiraz dilekçesi ile karar ve eklerinin kendilerine intikalinden itibaren otuz gün içinde kararlarını vermek zorundadır.

İtirazın kabulü hâlinde, disiplin amirleri kararı gözden geçirerek verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler.

Disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir."

20. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 22/5/2013 tarih, 2009/63 Esas ve 2013/1998 Karar sayılı ilamının ilgili kısmı şöyledir:

"...

Uyuşmazlıkta, davacının, üyesi bulunduğu sendikanın yetkili kurullarınca alınan karara uyarak 11/12/2003 tarihinde 1 gün göreve gelmeme eyleminin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/C-b maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespiti önem taşımaktadır.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasında; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7.mad) 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 yer almıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü”-nün düzenlendiği 11. maddesinde; herkesin asayışı bozmayan toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahip olduğu, bu hakların kullanılmasının, demokratik toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak yasayla sınırlandırılabilmesi, bu maddenin, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel olmadığı kuralına yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 15/09/2009 tarihli, Kaya ve Seyhan - Türkiye kararında (application no. 30946/04); Eğitim-Sen üyesi öğretmenlere, 11/12/2003 tarihinde KESK’in çağrısına uyarak, parlamentoda tartışılmakta olan kamu yönetimi kanun tasarısını protesto etmek üzere düzenlenen bir günlük ulusal eyleme katılmaları nedeniyle 11/12/2003 tarihinde göreve gelmedikleri için uyarma cezası verilmesinin, her ne kadar bu ceza çok küçük olsa da, sendika üyelerinin çıkarlarını korumak için meşru grev ya da eylem günlerine katılmaktan vazgeçirecek bir nitelik taşıdığı, öğretmenlere verilen disiplin cezasının “acil bir sosyal ihtiyaca” tekâbül etmediği ve bu nedenle “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı sonucuna varmış, bunun sonucu olarak, bu davada, başvuruların AİHS’nin 11. maddesi anlamında gösteri yapma özgürlüğünü etkili bir şekilde kullanma haklarının orantısız olarak çiğnendiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu durumda, davacının, sendikal faaliyet gereği, 11/12/2003 tarihinde göreve gelmeme eyleminin özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek fiili kapsamında değerlendirilemeyeceği ve sendikal faaliyet kapsamında bir gün göreve gelmemek fiilinin mazeret olarak kabulü gerektiğinden, disiplin suçu teşkil etmeyen eylem nedeniyle davacıya 657 sayılı Kanunun 125/C-b maddesi uyarınca aylıktan kesme cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamıştır.

...

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

21. Mahkemenin 18/9/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurunun 19/11/2013 tarih ve 2013/8463 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

22. Başvurucu, üyesi olduğu sendikanın tüm Türkiye’de yaptığı göreve gelmeme çağrısına katılarak görevine gelmediğini, ancak mazeretsiz olarak göreve gelmediği gerekçesiyle hakkında uyarma cezası verildiğini, sendikal faaliyetlere katıldığı gerekçesiyle ceza verilmesi ve Anayasa’nın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyeti, Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik hakkı, Anayasa’nın 40. maddesinde yer alan etkili başvuru hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme) 11. maddesi ve Avrupa Birliği Temel Hakları Şartı’nın 28. maddesine aykırı olarak cezalandırılması nedeniyle Anayasa’nın 90. maddesi ile toplantı ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

23. Başvurucu, Anayasa’nın 10., 36., 40. ve 90. maddeleri ile toplantı ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin anayasal haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

24. Bakanlık görüşünde başvurucunun dile getirdiği şikâyetlerin Anayasa’nın 51., 53. ve 54. maddeleri ile Sözleşme’nin 11. maddesinde tanımlanan, toplantı ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin olduğu belirtilmiştir.

25. Başvurucunun şikâyet ettiği koşullar ve şikâyetlerini dile getirme biçimi dikkate alınarak bu şikâyetlerin Anayasa’nın 51. maddesi bağlamında incelenmesi gerekmektedir.

26. Başvurucunun, sendikal faaliyete katıldığı gerekçesiyle cezalandırılması nedeniyle Anayasal haklarının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

27. Başvurucu, olay tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılmakta olan İlköğretim ve Eğitim Kanunu Tasarısı görüşmelerinin sonlandırılması ve Tasarı’nın geri çekilmesini sağlamak amacıyla, üyesi olduğu EĞİTİM SEN Yönetim Kurulunun 6/3/2012 tarihinde 28/29 Mart 2012 günlerinde tüm Türkiye’de 2 günlük işe gelmeme eylemi yapılmasına karar verdiğini, söz konusu eyleme katılması nedeniyle hakkında disiplin cezası verilmesinin Anayasa’ya aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu, AİHM’in daha önce benzer başvurularda ihlal kararı verdiğini ayrıca Danıştay’ın da istikrar kazanmış içtihatlarında sendikal faaliyet kapsamında göreve gelmemesi fiilinin mazeret

olarak kabul edildiğini hatırlatmıştır. Bunlardan başka başvuru, sendikal faaliyet çerçevesinde işe gelmeyen sendika üyeleri hakkında disiplin cezası verilmemesi gerektiğini belirten 1999 tarihli Başbakanlık genelgesi ile Milli Eğitim Bakanlığının 2012 tarihli yazısına da dayanmıştır.

28. Başvurucu, iç hukuk ve uluslararası hukukta tanınan haklara dayanarak, demokratik tepkisini göstermek amacıyla söz konusu etkinliğe katıldığını, kamu görevlilerinin toplu eylem hakkının insan hakları sözleşmeleri, Anayasa ve mahkeme kararları ile kesin biçimde tanındığını belirtmiştir. Başvurucu ayrıca Anayasa'nın 2. maddesinde devletin sosyal bir hukuk devleti olduğunun, 51. maddesinde çalışanların ve işverenlerin, üyelerinin çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendika ve üst kuruluşlar kurma ve bu sendikalara üye olarak bu doğrultuda etkinlik yapma hakkının bulunduğu, 55. maddesinde çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri için gerekli tedbirlerin alınacağını ve 65. maddesinde de devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerini yerine getireceğinin vurgulandığına işaret etmiştir.

29. Bakanlık görüşünde, AİHM'in içtihatları hatırlatılarak başvuruya konu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir.

30. Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kendilerini temsil eden kolektif bir oluşum meydana getirerek bir araya gelme özgürlüğünü ifade etmektedir. “Örgütlenme” kavramının Anayasa çerçevesinde özerk bir anlamı vardır ve bireylerin devamlı olarak ve eşgüdüm içerisinde yürüttükleri faaliyetlerin hukukumuzda örgütlenme olarak tanınmaması Anayasa hükümleri kapsamında örgütlenme özgürlüğünün zorunlu olarak gündeme gelmeyeceği anlamına gelmez.

31. Demokrasilerde vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı sağlıklı bir toplumun önemli bir bileşenidir. Demokrasilerde böyle bir “örgüt”, devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir. İstihdam alanında kendi üyelerinin menfaatlerinin korunmasını amaçlayan örgütler olan sendikalar, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğü olan örgütlenme özgürlüğünün önemli bir parçasıdır.

32. Örgütlenme özgürlüğü, bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların, bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle bağımsız bir hak değil, örgütlenme özgürlüğünün bir şekli veya özel bir yönü olarak görül-

mektedir (Belçika Ulusal Polis Sendikası/Belçika, B. No: 4464/70, 27/10/1975 § 38).

33. Sendika hakkı ve sendikal faaliyetler Anayasa'nın Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler bölümünde, 51 ila 54. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Sendika kurma veya sendikalara üye olma özgürlüğü hakkı ise Anayasa'nın 51. maddesinde yer almaktadır.

34. Anayasa'nın "Sendika kurma hakkı" başlıklı 51. maddesi şöyledir:

"Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.

Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.

Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

...

İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir.

Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz."

35. Anayasa'nın 51-54. maddelerinde düzenlenen sendikal hak ve özgürlükler, benzer güvenceler getiren başta Örgütlenme Özgürlüğü Sözleşmesi ile Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi olmak üzere ilgili Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Şartı ile tamamlanmaktadır. Anayasa'nın 51-54. maddelerinde düzenlenen sendikal hak ve özgürlüklerin kapsamı yorumlanırken bu belgelerde yer alan ve ilgili organlar tarafından yorumlanan güvencelerin de göz önüne alınması gerekir.

36. Anayasa'nın 51. maddesi, devlet için hem negatif hem de pozitif yükümlülükler getirmektedir. Devletin, 51. madde çerçevesinde, bireylerin ve sendikanın örgütlenme özgürlüğüne müdahale etmemeye yönelik negatif yükümlülüğü, 51. maddenin ikinci ila altıncı fıkralarında yer alan gerekçelerle müdahaleye izin veren koşullara tabi tutulmuştur. Öte yandan her ne kadar sendika hakkının asıl amacı, "bireyi, korunan hakkın kullanılmasında kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak ise de, bundan başka, korunan haklardan etkili bir şekilde yararlanmayı güvence altına almaya yönelik pozitif yükümlülükler de olabilir" (bkz. Wilson, Ulusal Gazeteciler Sendikası ve Diğerleri/Birleşik

Krallık, B. No: 30668/96, 30671/96 ve 30678/96, 2/10/2002, § 41).

37. Aslında, devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasında kesin ayrımlar yapmak her zaman olanaklı değildir. Buna karşın devletin bu her iki yükümlülüğüne ilişkin olarak da uygulanacak ölçütlerde de bir değişiklik olmamaktadır. Devletin ister pozitif ve isterse de negatif yükümlülüğü söz konusu olsun bireyin ve bir bütün olarak toplumun çatışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir (bkz. *Sorensen ve Rasmussen/ Danimarka, B. No: 52562/99 ve 52620/99, 11/1/2006 § 58*). Anayasa Mahkemesi bu adil dengenin kurulup kurulmadığına karar verirken, kamu gücünü kullanan organların bu alanda belirli bir takdir marjına sahip olduğunu göz önünde bulunduracaktır.

38. Sınırlanabilir bir hak olan sendika hakkı Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. Anayasa’nın 51. maddesinin ikinci ve izleyen fıkralarında sendika hakkına yönelik sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Ancak bu özgürlüklere yönelik sınırlamaların da bir sınırının olması gerektiği açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa’nın 13. maddesindeki ölçütler göz önüne alınmak zorundadır. Bu sebeple sendika hakkına getirilen sınırlandırmaların denetiminin Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa’nın 51. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir.

39. Yukarıda anlatılan ilkeler ışığında, başvuru konusu olayda, sendika hakkının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde öncelikle müdahalenin mevcut olup olmadığı ve daha sonra da müdahalenin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığı değerlendirilecektir.

i. Müdahalenin Mevcudiyeti Hakkında

40. Başvurucu, ülke çapında yapılan bir sendika eylemine katıldığı için kendisi hakkında uyarma cezası verilmesinin sendika hakkına müdahale teşkil ettiğini iddia etmektedir. Bakanlık görüşünde bu tür cezaların sendika hakkına müdahale oluşturduğu ifade edilmiştir. Başvurucunun sendikal faaliyet kapsamında ülke çapında yapılan bir eyleme katılması nedeniyle cezalandırılması ile başvurucunun sendika hakkına yönelik bir müdahale yapılmıştır.

ii. Müdahalenin Haklı Sebeplere Dayanması Hakkında

41. Yukarıda anılan müdahale Anayasa’nın 51. maddesinin ikinci ile altıncı fıkralarında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanmadığı ve Anayasa’nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa’nın 13. ve 51. maddelerinin ihlalini teşkil edecektir. Bu nedenle, müdahalenin Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa’nın ilgili maddesinde belirtilmiş olma, kanunlar tarafından öngörül-

me, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

1. Müdahalenin Kanuniliği

42. Yapılan müdahalede, Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci, üçüncü ve beşinci fıkralarında yer alan müdahalenin "*kanun*"la yapılması şartına aykırılık bulunduğu ilişkin bir iddiada bulunulmamıştır. Yapılan değerlendirmeler neticesinde, 657 sayılı Kanun'un "*Toplu eylem ve hareketlerde bulunma yasağı*" kenar başlıklı 26. maddesi ile "*Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller*" kenar başlıklı 125. maddesinin "*kanunilik*" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

2. Meşru Amaç

43. İlk Derece Mahkemesi "*davacının 28/29 Mart tarihlerinde iki gün süreyle ke-sintisiz işe gitmediği, bu durumun ise kamu hizmetinin devamlılığı ve sürekliliği ilke-lerine aykırılık teşkil ettiği gibi bu süre zarfında öğrencilerin temel hak ve hürriyetleri arasında yer alan eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakıldıkları*" gerekçesi ile müdahalenin kamu düzeni ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacı güttüğünü belirtmiştir. Başvurucu bu hususta bir görüş bildirmemiştir.

44. Sendika hakkına yapılan bir müdahalenin meşru olabilmesi için bu müdahalenin Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebebiyle ve kanunla yapılmış olması gerekir.

45. Başvurucunun mazeretsiz işe gelmemesi nedeniyle verilen disiplin cezasının Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan meşru amaçları hedeflediği kabul edilse bile müdahalenin gerekliliği konusunda yapılması gereken değerlendirmeler göz önünde bulundurulduğunda müdahalenin meşruluğu sorununu çözmenin gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır.

3. Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

46. Başvurucu, AİHM'in, Danıştayın ve derece mahkemelerinin benzer da-valardaki içtihatları ile sendika faaliyetleri çerçevesinde yapılan eylemlere disiplin cezası verilmemesine ilişkin 1999 tarihli Başbakanlık genelgesini ve sendika kararı ile yapılan iş bırakma eyleminin sendikal faaliyet olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki Milli Eğitim Bakanlığı Hukuk Müşavirliğinin görüşünü hatırlatmıştır. Başvurucu, söz konusu kurallar ile mahkeme içtihatları karşısında sendikal faaliyet çerçevesinde iş bırakma eylemine disiplin cezası uygulanmasının örgütlenme özgürlüğüne aykırı olduğunu belirtmiştir.

47. Bakanlık görüşünde, sendika hakkına yönelik müdahalelerin varlığı halinde alınan önlemleri haklı kılacak gerekçelerin olup olmadığının ve “*sınırlama amacı ile aracı arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığının*” demokratik toplum gerekleri açısından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

48. Sendika hakkı mutlak olmadığından bazı sınırlandırmalara tabi tutulabilir. Sendika hakkına ilişkin olarak Anayasa’nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan sınırlandırmaların (bkz. § 41) Anayasa’nın 13. maddesinin güvencesinde olan demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

49. Anayasa’nın 13. maddesinin ilk halinin gerekçesinde hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların demokratik rejim anlayışına aykırı olmaması gerektiği hatırlatılmış; Anayasa’nın 3/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun’un 2. maddesi ile yapılan değişiklik gerekçesinde ise Anayasa’nın 13. maddesinin Sözleşme’deki ilkeler doğrultusunda düzenlendiği belirtilmiştir (B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 92).

50. 1982 Anayasasında belirtilen “*demokratik toplum*” kavramı, çağdaş ve özgürlükçü bir anlayışla yorumlanmalıdır. “*Demokratik toplum*” ölçütü, Anayasa’nın 13. maddesi ile AİHS’in bu ölçütün kullanıldığı 9., 10. ve 11. maddeleri arasındaki paralellliği açıkça yansıtmaktadır. Bu itibarla demokratik toplum ölçütü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik temelinde yorumlanmalıdır (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49; *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, B. No: 23536/94, 24408/94, 8/7/1999, § 61).

51. Nitekim Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatları uyarınca, “*Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak yasayla sınırlandırılabilirler.*” (AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 24/9/2008). Başka bir ifadeyle yapılan sınırlama hak ve özgürlüğün özüne dokunarak, kullanılmasını durduruyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hale getiriyorsa veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı arasındaki denge bozuluyorsa demokratik toplum düzenine aykırı olacaktır (B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 94).

52. Genel olarak örgütlenme özgürlüğü ve özel olarak da sendika hakkı Anayasa’da benimsenen temel değerlerden biri olan siyasal demokrasiyi

somutlaştıran özgürlükler arasında yer alır ve demokratik toplumun temel değerlerinden birini oluşturur. Demokrasinin esasını meselelerin halka açık olarak tartışılması ve çözümlenmesi yeteneği oluşturur. Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarında demokrasinin temellerinin çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olduğunu vurgulamıştır (B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 95). Buna göre sendika hakkını kullanan bireyler, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi, demokratik toplumun temel ilkelerinin korumasından yararlanırlar. Başka bir deyişle şiddete teşvik etme veya demokratik ilkelerin reddi söz konusu olmadığı sürece, sendika hakkı çerçevesinde dile getirilen bazı görüşler veya bunların dile getirilme biçimi yetkili makamların gözünde kabul edilemez olsa dahi, ifade, örgütlenme ve sendikal özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik tedbirler demokrasiye hizmet edemez ve hatta tehlikeye düşürür. Hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik bir toplumda, farklı düşüncelerin sendikal özgürlükler veya başka yollarla dile getirilmesine imkan tanınmalıdır (benzer değerlendirmeler için bkz. *Oya Ataman/Türkiye*, B. No: 74552/01, 5/3/2007, § 36).

53. Hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamada devreye girecek bir başka güvence de Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "*ölçülülük ilkesi*"-dir. Bu ilke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda öncelikli olarak dikkate alınması gereken bir güvencedir. Anayasa'nın 13. maddesinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük kriterleri iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki ölçüt arasında ayrılmaz bir ilişki vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi amaç ile araç arasında makul bir ilişki ve dengenin bulunup bulunmadığını inceler (B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 96).

54. Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile araç arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşmak için seçilen aracın denetlenmesidir (B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 84; B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 97). Bu sebeple sendika hakkına yapılan müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir.

55. Bu bağlamda, başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel eksenini, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin sendika hakkını kısıtlama bakımından "*demokratik bir toplumda gerekli*" ve "*ölçülülük ilkesi*"ne uygun olduğunun inandırıcı bir şekilde ortaya konulup konulmadığı olacaktır (B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 98).

56. AİHM, konuyla ilgili ilk kararlarından itibaren, Sözleşme'nin 10. ve 11. maddelerinin ikinci fıkralarında geçen "*gerekli*" kavramının ne anlama gel-

diğini açıklamıştır. AIHM'e göre "gerekli" kavramı, "zorlayıcı bir toplumsal neden"i (pressing social need) ima etmektedir (*Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 48). O halde örgütlenme özgürlüğüne ve sendika hakkına yargısal veya idari bir müdahalenin, toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına bakılması gerekecektir. Bu çerçevede bir müdahale, meşru amaçla orantılı bir müdahale olmalıdır; ikinci olarak müdahalenin haklılığı için kamu makamlarının gösterdikleri gerekçeler konuyla ilgili ve yeterli olmalıdır (*Stankov ve Ilinden Birleşik Makedonyalılar Örgütü /Bulgaristan*, B. No: 29221/95 29225/95, 2/10/2001, § 87).

57. Dolayısıyla, başvurucunun sendika faaliyetleri çerçevesinde işe gelmek şeklindeki eylemine verilen disiplin cezası nedeniyle müdahale edilen sendika hakkı ile disiplin cezası ile ulaşılmak istenen kamu yararı arasındaki dengenin ölçülü olduğunun kabulü halinde, disiplin cezası verilmesine ve açılan davanın derece mahkemelerince reddedilmesine ilişkin gerekçelerin inandırıcı, başka bir deyişle ilgili ve yeterli oldukları sonucuna varılabilir (başka bir bağlamda benzer bir yaklaşım için bkz. B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 87).

58. Dava konusu disiplin cezasının, olayların tamamı ışığında incelenmesi gerekir. Olay tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde devam eden İlköğretim ve Eğitim Kanunu Tasarısı görüşmelerinin sonlandırılması ve tasarının geri çekilmesini sağlamak amacıyla, EĞİTİM SEN Yönetim Kurulunun 6/3/2012 tarihli kararı ile 28 ve 29 Mart 2012 tarihlerinde tüm ülke çapında işe gelmeme eylemi yapılmasına karar verilmiştir. Başka bir deyişle dava konusu eylem günü, tüm ülkede, önceden bildirilmiştir. Söz konusu eylemin yapılmasına yetkili merciler tarafından itiraz edildiği de ileri sürülmemiştir. Başvurucu bu eyleme katılarak sendika hakkını kullanmıştır (benzer bir değerlendirme için bkz. *Ezelin/Fransa*, B. No: 11800/85, 26/4/1991, § 41).

59. Başvurucu, EĞİTİM SEN'in düzenlediği söz konusu işe gelmeme eylemine katılması nedeniyle uyarma cezası ile cezalandırılmıştır. Gerek idarenin olağan uygulamasında ve gerekse de idari yargının yerleşmiş içtihatlarında başvuru konusu olayda olduğu gibi sendikal faaliyet çerçevesinde işe gelmemesi halinde kişinin mazeret iznini kullandığı kabul edilmekte ve disiplin soruşturması açılmamaktadır. Ne var ki sendika üyelerinin sendikal faaliyet kapsamında işe gelmemeleri halinde mazeret izinli sayılacakları yönündeki yerleşik hale gelen idari yargı içtihatlarına rağmen, idarenin ve yargının bir bütün olarak yeknesak hareket etmesini sağlayacak mevzuat düzenlemeleri bulunmamaktadır. Bu sebeple mevcut başvurudaki gibi durumlarda sendika hakkını kullanan kişilerin disiplin soruşturması tehdidi altında kaldıklarını not etmek gerekir.

60. Öte yandan bir sendikal eylemin tümüyle yasaklanması veya gerçekleş-

tirilmesinin ağır koşullara bağlanması hakkın özüne zarar vermesi muhtemel olmakla birlikte mevcut başvurudaki gibi sendika üyelerinin iş bırakma türü eylemlere katılmasına ilişkin yasal düzenlemeler ve yasal düzenlemelere bağlı olarak genel düzenleyici işlemler yapmak, yasama ve yürütme organlarının takdirindedir.

61. Başvurucunun bir devlet okulunda öğretmen olduğu göz önüne alındığında devlet memurlarının bu haktan bütünüyle mahrum bırakılamayacaklarını da not etmek gerekir. Bununla birlikte, demokratik bir toplumda gerekliği tartışılmaz olan durumlarda ordu, emniyet veya başka bazı sektörlerde sendikal faaliyetlere sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Başvurucunun bu türden sınırlamalara tabi tutulmasını gerektirecek bir görevde bulunduğu da ileri sürülmemiştir.

62. Tüm bunlara karşın verilen ceza hafif olsa da, başvuru gibi sendikaya üye kişileri, çıkarlarını savunmak amacıyla yapılan meşru grev veya eylem günlerine katılmaktan vazgeçirecek bir niteliğe sahiptir (bkz. *Kaya ve Seyhan/Türkiye*, B. No: 30946/04, 15/12/2009, § 30; *Karaçay/Türkiye*, B. No: 6615/03, 27/6/2007, § 37; *Ezelin/Fransa*, B. No: 11800/85, 26/4/1991, § 43).

63. Açıklanan nedenlerle, her ne kadar hafif bir ceza olsa da şikâyet edilen uyarma cezasının “toplumsal bir ihtiyaç baskısına” tekabül etmemesi nedeniyle “demokratik toplumda gerekli olmadığı” sonucuna varılmıştır. Bu sebeple başvurunun Anayasa’nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun’un 50. Maddesi Yönünden

64. 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, esas inceleme sonunda ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedileceği belirtilmiş, ancak yerindelik denetimi yapılamayacağı, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

65. Başvurucu hakkında verilen uyarma cezasının sendika hakkını ihlal ettiği gözetilerek başvuru hakkında tesis edilen disiplin cezası işleminin iptaline ilişkin davada yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görülmüştür. Sendika hakkına ilişkin ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

66. Başvuruda Anayasa’nın 51. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Başvurucu, 1.076,00-TL maddi ve 1.000,00 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Başvurucu ayrıca, avukatlık ücretlerini ve ödenen harç ile yapılan diğer masrafların ödenmesini de talep etmiştir.

67. Adalet Bakanlığı, başvuru tarafından talep edilen tazminat miktarları konusunda herhangi bir beyanda bulunmamıştır.

68. Başvurucu hakkında tesis edilen disiplin cezası işleminin iptaline ilişkin davada yeniden yargılama yapılmasına karar verildiğinden ve başvurunun derece mahkemelerinde yaptığı muhakeme giderleri ile avukatlık ücretinden ibaret maddi zararını yeniden yargılama sırasında isteyebileceğinden maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

69. Başvurucunun sendika hakkına yönelik başvuru açısından ihlal tespiti yeterli tatmin sağladığı değerlendirildiğinden sendika hakkına yapılan müdahale nedeniyle tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

70. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurucaya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvurunun, KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Sendika hakkına yapılan müdahale nedeniyle Anayasa'nın 51. maddesinin İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucunun tazminata ilişkin taleplerinin REDDİNE,

D. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuru sahiplerinin Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

F. Kararın bir örneğinin ilgili mahkemesine gönderilmesine,

18/9/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan	Üye	Üye
Alparslan ALTAN	Recep KÖMÜRCÜ	Engin YILDIRIM
Üye		Üye
Celal Mümtaz AKINCI	Muammer TOPAL	

*SEÇME, SEÇİLME VE SİYASÎ
FAALİYETTE BULUNMA HAKLARI
(MD. 67)*

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2012/1051

Karar Tarihi: 20/2/2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serruh KALELİ
Üyeler	: Zehra Ayla PERKTAŞ Burhan ÜSTÜN Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN
Raportör	: Yunus HEPER
Başvurucu	: Sebahat TUNCEL
Vekili	: Av. Ercan KANAR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, milletvekili olduğu halde hakkında “yurtdışına çıkamamak” şeklinde adli kontrol tedbiri uygulanması nedeniyle adil yargılanma ve siyasal katılım hakkı ile ifade hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 28/11/2012 tarihinde İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 17/9/2013 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 25/9/2013 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı görüşünü 25/11/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvurucuya 30/12/2013 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını 14/1/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu, silahlı terör örgütüne üye olmak suçlamasıyla 5/11/2006 tarihinde gözaltına alınmış ve 8/11/2006 tarihinde tutuklanmıştır.

9. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 13/11/2006 tarihli iddianamesiyle başvurunun silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işlediği iddiasıyla cezalandırılması için İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesine ceza davası açılmıştır.

10. Yargılama devam ederken başvuru 22/7/2007 tarihli milletvekili genel seçimlerinde İstanbul bağımsız milletvekili seçilmiştir.

11. Başvurucunun tahliye talebi üzerine İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi 24/7/2007 tarihinde başvurunun tahliyesine karar vermiştir. Mahkeme başvuru hakkında herhangi bir güvenlik tedbirine de karar vermemiştir. Mahkemenin tahliye kararının gerekçesi şöyledir:

“...yargılamasının devam ettiği sırada... 22/7/2007 tarihinde yapılan milletvekili genel seçimlerinde İstanbul 3. bölgeden bağımsız milletvekili seçildiği; İl Seçim Kurulu Başkanlığının 24/7/2007 günlü ve XXIII Dönem milletvekili tutanağının incelenmesi ile sanık Sabahat Tuncel'in 22/7/2007 tarihinde İstanbul 3 numaralı seçim çevresinde bağımsız milletvekili seçilmiş olduğu ve ilgili yazı gereğince milletvekilliğinin resmi olarak kesinleştiği anlaşılmıştır. Anayasanın 83. maddesi gereğince mahkememiz dava dosyasında sanık Sabahat Tuncel'in terör örgütüne üyelik suçundan bir milletvekili olarak meclisin kararı olmadıkça tutukluluk haline ve yargılamasına devam edilemeyecektir.”

12. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, 26/7/2007 tarihinde, İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin başvurunun tahliyesine ilişkin 24/7/2007 tarihli kararda yer alan gerekçelerine itiraz etmiştir. İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi 26/7/2007 tarihli kararı ile itirazın kabulüne karar vererek başvurunun tahliyesine ilişkin kararda yer alan Anayasa'nın 83. maddesine yönelik açıklamaların karardan çıkartılmasına ve “...sanık Sebahat Tuncel'in milletvekili seçimlerinde bağımsız olarak milletvekili seçilmiş olması, bu niteliği gereği kaçma ihtimalinin ve delilleri karartma ihtimalinin kalmamış olması nedenleri olarak tahliye gerekçesinin düzeltilmesine” karar vermiştir.

13. Başvurucu, 12 Haziran 2011 tarihinde yapılan 24. Dönem Milletvekili Genel Seçiminde yeniden İstanbul bağımsız milletvekili adayı olmuş ve seçilmiştir.

14. İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi 18/9/2012 tarihinde başvurusunun, silahlı terör örgütüne üye olma suçundan 8 yıl 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve karar kesinleşinceye kadar yurt dışına çıkmamak adli kontrol tedbirinin uygulanmasına karar vermiştir. Mahkemenin adli kontrol kararının gerekçesi şöyledir:

“Sanığa verilen ceza miktarı, tutuklulukta geçirdiği süre, dikkate alındığında sanık hakkında CMK’nın 109/3-a maddesine göre “yurt dışına çıkamamak” adli kontrol tedbirinin uygulanmasına...”

15. Başvurucunun adli kontrol kararına karşı yaptığı itiraz başvurusu 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 11/10/2012 tarihli kararı ile reddedilmiş ve karar aynı tarihte kesinleşerek başvurucuya 30/10/2012 tarihinde tebliğ edilmiştir. Ret kararının gerekçesi şöyledir:

“İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2006/358 Esas sayılı dosyasında 18/9/2012 tarihli celsesinde sanık Sebahat TUNCEL hakkında adli kontrol tedbirlerinden “yurt dışına çıkamamak” yönünde verilen tedbir kararında ve İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 25/9/2012 tarihli ara kararında herhangi bir isabetsizlik bulunmadığı, verilen kararın usul ve yasaya uygun olduğu anlaşıldığından, ...”

16. Başvurucu, İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin nihai kararını temyiz etmiş; Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 24/12/2013 tarihli ilamı ile ilk derece mahkemesinin kararı onanmıştır.

B. İlgili Hukuk

17. Anayasa’nın “Yasama dokunulmazlığı” başlıklı 83. maddesi şöyledir:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.

Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez.

Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden

dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.

Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasî parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.”

18. Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması” başlıklı 14. maddesi şöyledir:

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”

19. 26/9/2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Silâhlı örgüt” başlıklı 314. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“Madde 314- (1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.”

20. 12/4/1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun “Terör amacı ile işlenen suçlar” başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi şöyledir:

“Aşağıdaki suçlar 1 inci maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, terör suçu sayılır:

Türk Ceza Kanununun 79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 96, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 142, 148, 149, 151, 152, 170, 172, 173, 174, 185, 188, 199, 200, 202, 204, 210, 213, 214, 215, 223, 224, 243, 244, 265, 294, 300, 316, 317, 318 ve 319 uncu maddeleri ile 310 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar.

...”

21. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun “Cezaların artırılması” başlıklı 5. maddesi şöyledir:

“3 ve 4 üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre

tayin edilecek hapis cezaları veya adlî para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabılır. Ancak, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

Suçun, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezasının artırılması öngörülmüşse; sadece bu madde hükmüne göre cezada artırım yapılır. Ancak, yapılacak artırım, cezanın üçte ikisinden az olamaz.

Bu madde hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz.”

22. 4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Adli kontrol” başlıklı 109. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir:

(1) Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adlî kontrol altına alınmasına karar verilebilir.

...

(3) Adlî kontrol, şüphelinin aşağıda gösterilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını içerir:

a) Yurt dışına çıkamamak.

...

(6) Adlî kontrol altında geçen süre, şahsî hürriyeti sınırlama sebebi sayılarak cezadan mahsup edilemez. Bu hüküm, maddenin üçüncü fıkrasının (e) bendinde belirtilen hallerde uygulanmaz.

(7) Kanunlarda öngörülen tutukluluk sürelerinin dolması nedeniyle salıverilenler hakkında (...) adlî kontrole ilişkin hükümler uygulanabilir.”

23. 5271 sayılı Kanun’un “Adlî kontrol kararı ve hükmedecek merciler” başlıklı 110. maddesi şöyledir:

(1) Şüpheli, Cumhuriyet savcısının istemi ve sulh ceza hâkiminin kararı ile soruşturma evresinin her aşamasında adlî kontrol altına alınabilir.

(2) Hâkim, Cumhuriyet savcısının istemiyle, adlî kontrol uygulamasında şüpheliyi bir veya birden çok yeni yükümlülük altına koyabilir; kontrolün içeriğini oluşturan yükümlülükleri bütünüyle veya kısmen kaldırabilir, değiştirebilir veya şüpheliyi bunlardan bazılarına uymaktan geçici olarak muaf tutabilir.

(3) 109 uncu madde ile bu madde hükümleri, gerekli görüldüğünde, görevli ve yetkili diğer yargı mercileri tarafından da, kovuşturma evresinin her aşamasında uygulanır.”

24. 5271 sayılı Kanun'un "Adlî kontrol kararının kaldırılması" başlıklı 111. maddesi şöyledir:

"(1) Şüpheli veya sanığın istemi üzerine, Cumhuriyet savcısının görüşünü aldıktan sonra hâkim veya mahkeme 110 uncu maddenin ikinci fıkrasına göre beş gün içinde karar verebilir.

(2) Adlî kontrole ilişkin kararlara itiraz edilebilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

25. Mahkemenin 20/2/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru-
cunun 28/11/2012 tarihli ve 2012/1051 numaralı bireysel başvurusu incelenip
gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

26. Başvurucu;

i. Silahlı terör örgütüne üye olma suçundan yargılandığı İstanbul 10. Ağır
Ceza Mahkemesinin 18/9/2012 tarihli kararında, hukuka aykırı olarak hakkın-
da yurt dışına çıkmamak şeklinde adli kontrol tedbir kararı verildiğini, adli
kontrol kararının ve itiraz incelemesini yapan mahkemenin kararının gerek-
çesiz olduğunu bu sebeple Anayasa'nın 141. maddesinin ihlal edildiğini,

ii. Yurtdışına çıkamamak yasağının özgürlüğü kısıtlayıcı niteliğinin bulun-
duğunu, bu karara yapılan itiraz hakkında başvuru ve müdafinin görüşü
alınmaksızın karar verilmiş olması nedeniyle özgürlük ve güvenlik hakkının
ihlal edildiğini,

iii. Yurtdışına çıkamamak adli tedbir kararının ideolojik ve politik bir karar
olduğunu bu sebeple Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin,
kesinleşmiş bir karar bulunmadan yurtdışına çıkış yasağı konulmuş olması-
nın Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan masumiyet karinesinin ve yasama
dokunulmazlığını düzenleyen Anayasa'nın 83. maddesinin ihlali niteliğinde
olduğunu,

iv. Henüz kesin bir hüküm bulunmadan ve Parlamento kararı alınmadan
bir parlamento üyesinin üzerinde hürriyeti kısıtlayıcı nitelikte yurtdışına çı-
kış yasağı tedbirinin uygulanmasının Anayasa'nın 23. maddesinde düzenle-
nen yerleşme ve seyahat özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğunu,

v. Düşünce açıklamalarının da parlamenter faaliyetlerinin ayrılmaz bir par-
çası olduğunu, parlamenterlerin yasama faaliyeti çerçevesinde yurt dışına
çıkamamasının Anayasa'nın düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü dü-
zenleyen 26. maddesine aykırı olduğunu,

vi. İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 14/7/2007 tarihli tahliye kararında

kendisinin kaçma şüphesinin bulunmaması sebebiyle tahliye edildiğini buna karşın aynı mahkemenin 18/9/2012 tarihli kararında bir gerekçeye dayanmadan yurtdışına çıkış yasağı konulmasının anayasal haklarının ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

27. Başvurucunun iddialarına karşı Bakanlık görüşünde, serbest dolaşım hakkının düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS), Ek 4 No.lu Protokolü'ne ülkemizin taraf olmadığı belirtilmiştir. Bakanlık ayrıca başvurucunun şikâyetlerinin AİHS'e Ek Birinci Protokol'ün 3. maddesi ve Anayasa'nın 67. maddesinde yer alan serbest seçim hakkı çerçevesinde incelenmesi gerektiğini, somut olayda başvurucunun Parlamento'da yasama faaliyetlerine katılım konusunda herhangi bir engelle karşılaşmadığını, başvurucu hakkında verilen tedbir ile ulaşılmak istenen amacın orantılı olup olmadığının Anayasa Mahkemesince değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

28. Başvurucu, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı, başvuru dilekçesindeki beyanlarını tekrar etmiş, ayrıca parlamento çalışmalarının yalnızca parlamento içi çalışmalarla sınırlı olamayacağını, yurt içinde veya yurt dışında yapılacak çalışmaların da yasama dokunulmazlığı çerçevesinde ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Başvurucu, yurt dışına çıkış yasağının Anayasa'nın 67. maddesinde yer alan seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür.

29. Ceza hukukunda, işlenen suç nedeniyle başlatılan soruşturma veya kovuşturmanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için, bazı tedbirlere başvurulması zorunluluk haline gelebilmektedir. Bu tedbirler, şüpheli veya sanığın kaçmasının önlenmesi, şüpheli veya sanığın yargılamada hazır bulundurulması, delillerin karartılmasının önlenmesi suretiyle muhakemenin gecikmeksizin ve tehlikeye düşürülmeden yapılmasını ve verilecek kararların uygulanmasını sağlamak amacını taşıyabilir. Koruma tedbirleri, muhakeme boyunca eski durumu yaşatmak veya verilecek kararın yerine getirilmesini sağlamak için kullanılan birer vasıta oldukları gibi aynı zamanda geçicidir. Koruma tedbirinin geçici olması bir tedbiri haklı gösteren sebeplerin kalmaması halinde o tedbirin sona ermesini ifade eder.

30. Koruma tedbirleri, 5271 sayılı Kanun'un dördüncü kısmının "*Koruma tedbirleri*" kenar başlıklı 90 ila 144. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bunlardan, yakalama ve gözaltına alma, tutuklama, adli kontrol, arama ve elkoyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme gibi tedbirler kişi hürriyetini kısıtlayan tedbirlerdir.

31. Şüpheli veya sanığın, tutuklama koşullarının varlığı halinde, ölçülülük ilkesi çerçevesinde ve tutuklama ile ulaşılacak amaçlara uygun olduğu takdirde, kanunda sayılı bir veya birkaç yükümlülüğe tabi tutulması adli kontrol olarak tanımlanmıştır. 5271 sayılı Kanun'un "Adli Kontrol" başlıklı 109. maddesinde tutuklamaya alternatif olarak getirilen adli kontrol araçları sayılmıştır. Aynı maddenin (3) numaralı fıkrasının (a) bendinde "yurt dışına çıkamamak" tedbiri de tutuklama yerine geçen daha hafif bir koruma tedbiri olarak kabul edilmiştir.

32. Adli kontrol tedbiri olarak kabul edilmiş olması nedeniyle "yurt dışına çıkamamak" tedbirine karar verebilmek için 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde yer alan kuvveli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular ve bir tutuklama nedeninin bulunması gerekmektedir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Eşitlik İlkesi Yönünden

33. Başvurucu, yüz kızartıcı suçlardan dolayı haklarında soruşturma dosyası bulunan parlamenterlere dahi yurt dışına çıkış yasağı konulmuyorken, siyasi nedenlerden dolayı kesinleşmemiş mahkûmiyeti bulunmasından dolayı kendisi hakkında yurt dışına çıkış yasağı konulmasının ideolojik ve politik bir karar olması nedeniyle ayrımcı olduğunu ve bu nedenle Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen "kanun önünde eşitlik ilkesi"nin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

34. Anayasanın 148. ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddeleri dikkate alındığında başvurunun, Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiğine yönelik iddialarının, soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, mutlaka bireysel başvuru konusu başka bir temel hak ve özgürlükle bağlantılı olarak ele alınması gerekir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 33).

35. Başvurucunun, eşitlik ilkesinin ihlali iddiasının esas olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile seyahat özgürlüğü çerçevesinde ve bu hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir. Dolayısıyla eşitlik ilkesi, bireysel başvuru kapsamında bağımsız nitelikte koruma işlevine sahip olmayıp, diğer hakların kullanılmasını, korunmasını ve başvuru yollarını güvence altına alan tamamlayıcı nitelikte bir haktır (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 34).

36. Açıklanan nedenlerle, başvurunun Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddialarının, Anayasa'nın 19. ve 23. maddelerinin ihlal edildiği yönündeki iddialar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

b. Masumiyet Karinesi Yönünden

37. Başvurucu, hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmadan

yurtdışına çıkış yasağı konulmuş olmasının Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan masumiyet karinesinin ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür.

38. 5271 sayılı Kanun'un "*Adli kontrol*" başlıklı 109. maddesinde yer alan adli kontrol tedbirlerine, işlenen suç nedeniyle yapılan soruşturma veya kovuşturmanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için başvurulabileceği gibi kovuşturma sonucunda verilen hükmün yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla da başvurulabilmektedir. Nitekim 5271 sayılı Kanun'un "*Adli kontrol kararı ve hükmedecek merciler*" başlıklı 110. maddesine göre soruşturma ve kovuşturma aşamasının her aşamasında hâkim kararı ile adli kontrol kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Öte yandan 5271 sayılı Kanun'un "*Adli kontrol kararının kaldırılması*" başlıklı 111. maddesi uyarınca, "*yurt dışına çıkamamak*" tedbirine karşı itiraz kanun yolu öngörülmüştür.

39. Somut olayda İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi 18/9/2012 tarihli kararı ile sanığın kaçmasının önlenmesi ve verilen kararların uygulanmasını sağlamak amacı ile yurt dışına çıkış yasağı tedbirine hükmetmiştir. Başvurucu, derece mahkemesinin bu kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurmuştur. İtiraz mercii olan İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 11/10/2012 tarihli kararı ile itiraz reddedilmiş ve adli kontrol kararı aynı tarihte kesinleşmiştir. Bu itibarla, tutuklama yerine geçen "*yurt dışına çıkamamak*" tedbirine hükmedebilmek için, gerçekleştirilen yargılamanın esasının bir hükümle sonuçlanması gerekmeyeceği gibi yargılamanın esasına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi de gerekmez.

40. Açıklanan nedenlerle, başvurunun, yargılamanın esasına ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmadan hakkında yurt dışına çıkış yasağı tedbiri verilmesinin masumiyet karinesinin ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürdüğü yargılama işleminde açık ve görünür bir ihlal saptanmadığından, başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı ile Seyahat Özgürlüğü Yönünden

41. Başvurucu, yurtdışına çıkma yasağının özgürlüğü kısıtlayıcı niteliği bulunduğunu, bu sebeple özgürlük ve güvenlik hakkı ile yerleşme ve seyahat özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

42. Anayasa'nın "*Kişi hürriyeti ve güvenliği*" başlıklı 19. maddesi şöyledir:

"Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen :

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin

yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.

Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.

Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.

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

43. Anayasa'nın 19. maddesi, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını korumaktadır. Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasında kişi özgürlüğüne müdahale oluşturacak durumlar sayılmıştır. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), "özgürlük" kavramının, kişinin fiziksel özgürlü-

günü kapsamadığını belirtmiştir (*Engel ve Diğerleri /Hollanda*, B. No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8/6/1976, § 58). Gözaltına alınıp nezarethane de tutulan, tutuklanan, hapis cezasına mahkûm edilip cezaevine konulan kişilerin özgürlüklerinden mahrum edildiklerinde kuşku bulunmamakla birlikte özgürlükten mahrum bırakma çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir ve bu kavramlar bütün özgürlükten yoksun bırakma hallerini kapsamaz. Özgürlükten mahrum bırakma çeşitleri, gerek yasalardaki ve gerekse de kamu gücünün uygulamalarındaki değişimlerle artmaktadır (*Guzzardi/İtalya*, B. No: 7367/76, 6/11/1980 § 95). Bu sebeple “*kişi özgürlüğü*” nün her olayda ayrıca değerlendirilmesi gereken özerk bir kavram olduğu belirtilmelidir.

44. AİHM, hareket özgürlüğüne yönelik ve AİHS’in 5. maddesi kapsamında kalan sınırlamaların ayrı bir hak olan ve AİHS’e Ek 4 No.lu Protokol’ün 2. maddesi ile güvence altına alınan seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasından farklı olduğunu belirtmiştir. AİHM’e göre AİHS’in 5. maddesi anlamında özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik müdahale, AİHS’e Ek 4 No.lu Protokol’ün 2. maddesi kapsamındaki seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasının aşırı bir biçimdir. AİHM, özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik sınırlamalar ile seyahat özgürlüğüne yönelik sınırlamalar arasındaki farkın “*sınırlamanın niteliği ve esası*” ile ilgili olmadığını, aralarındaki farkın yalnızca “*derece ve yoğunluk*” farkı olduğunu belirtmiştir (*Guzzardi/İtalya*, § 93). Sınırlamalardaki derece ya da yoğunluğun değerlendirilmesinde ise söz konusu tedbirin çeşidi, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi çeşitli faktörler (*Guzzardi/İtalya*, § 92) ile bireyin gündelik hayatının devlet tarafından ne ölçüde denetim altında tutulduğunun dikkate alınması gerekir. Söz konusu değerlendirmelerde de davanın somut koşulları ile başvurucunun somut durumunun göz önüne alınması gerekir.

45. Anayasa’nın “*Yerleşme ve seyahat hürriyeti*” başlıklı 23. maddesi şöyledir:

“Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir.

Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak;

Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek;

Amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir.

Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilir.

Vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz.”

46. AİHS ile Bu Sözleşme’ye Ek Birinci Protokol’de Tanınmış Bulunan

Haklardan ve Özgürlüklerden Başka Haklar ve Özgürlükler Tanıyan 4 No'lu Protokol'ün "Serbest dolaşım özgürlüğü" başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"1. Bir devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, orada serbestçe dolaşma ve ikametgahını seçebilme hakkına sahiptir.

2. Herkes, kendi ülkesi de dahil, herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbesttir.

3. Bu haklar, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmüş sınırlamalara tabi tutulabilir.

4. Bu maddenin 1. fıkrasında sayılan haklar, belli yerlerde, yasayla konmuş ve demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği sınırlamalara tabi tutulabilir."

47. Gerek Anayasa'nın 23. maddesi ve gerekse de AİHS'e Ek 4 No'lu Protokol'ün 2. maddesinde bir devletin ülkesi içerisinde seyahat özgürlüğü hakkı yer aldığı gibi aynı zamanda bir kimsenin bulunduğu devletin ülkesinden ayrılma özgürlüğü hakkı da yer almaktadır. Somut olayda ilk derece Mahkemesince başvuru hakkında, almış olduğu hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, "yurt dışına çıkamamak" güvenlik tedbirine hükmedilmiştir. Bu tedbir, kişinin ülkeden ayrılma hakkına yönelik bir kısıtlama oluşturmaktadır.

48. AİHM, bir kimsenin ülkeden ayrılma hakkına yönelik bir kısıtlamanın AİHS'e Ek 4 No.lu Protokol'ün 2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir müdahale oluşturduğuna karar vermiştir (Bkz. *Riener/Bulgaristan*, B. No: 46343/99, 23/5/2006 §§ 110). Anayasa'nın 23. maddesinin "Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilir" biçimindeki dördüncü fıkrasından bir kimsenin yurt dışına çıkmasının engellenmesinin Anayasa'nın 23. maddesinde yer alan seyahat özgürlüğü kapsamında olduğu anlaşılmaktadır.

49. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."

50. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden,

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulabilir."

51. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, herkesin, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabileceği hükmüne yer verilmiştir.

52. Bir başvurunun veya şikâyetin konu bakımından Mahkemenin yetki- si kapsamına girebilmesi için, başvuru tarafından ihlal edildiği ileri sürülen hak, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerle korunmuş olmalıdır. Türkiye'nin taraf olmadığı ek protokol hükümlerinden biriyle ilgili başvuruların Anayasa Mahkemesince incelenmesi mümkün değildir. Mahkemenin hangi haklarla ilgili başvuruları inceleyebileceğinin çerçevesi Anayasa ve 6216 sayılı Kanun tarafından çizilmiş olup bu yetki çerçevesinin genişletilmesi mümkün değildir.

53. AİHS'e Ek 4 No.lu Protokol'e ülkemiz taraf değildir. Bu nedenle, anılan Protokol kapsamında kalan ve Anayasa'nın 23. maddesinde yer alan seyahat özgürlüğüne yönelik şikâyetle ilgili olarak bireysel başvuruda bulunulamaz (bkz. *Nicolatos ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 45663/99...(dec.), 1/6/2010; *Fathi/Türkiye*, B. No: 32598/06, 30/6/2009).

54. Açıklanan nedenlerle başvurunun Anayasa'nın 23. maddesinde yer alan seyahat özgürlüğüne yönelik şikâyetle ilgili kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin "*konu bakımından yetkisizlik*" nedeniyle kabul edilemezliğine karar verilmesi gerekir.

55. Başvurucu hakkında hükmedilen yurt dışına çıkış yasağının Anayasa'nın 23. maddesinde yer alan seyahat özgürlüğüne yönelik şikâyetle ilgili kısmının "*konu bakımından yetkisizlik*" nedeniyle kabul edilemezliğine karar verilmesi gerekmiştir. Bu sebeple başvurunun, Anayasa'nın 23. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiaları çerçevesinde değerlendirilen Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının, eşitlik ilkesinin bağımsız nitelikte koruma işlevine sahip olmayan ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve seyahat özgürlüğünün korunmasını ve başvuru yollarını güvence altına alan tamamlayıcı nitelikte bir hak olması nedeniyle "*konu bakımından yetkisizlik*" nedeniyle kabul edilemezliğine karar verilmesi gerekir.

d. Seçme, Seçilme ve Siyasî Faaliyette Bulunma Hakları Yönünden

56. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki

nitelendirmesi ile bağılı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Başvurucunun düşünce açıklamalarının da parlamenter faaliyetlerinin ayrılmaz bir parçası olduğu ve parlamenterlerin yasama faaliyeti çerçevesinde yurt dışına çıkamamasının Anayasa'nın düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü düzenleyen 26. maddesine aykırı olduğu yönündeki şikâyetlerinin “*Seçme, seçilme ve siyasî faaliyette bulunma hakları*”nın yer aldığı Anayasa'nın 67. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

57. Öte yandan başvuru, İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 14/7/2007 tarihli tahliye kararında kendisinin kaçma şüphesinin bulunmaması sebebiyle tahliye edildiğini buna karşın aynı mahkemenin 18/9/2012 tarihli kararında bir gerekçeye dayanmadan yurtdışına çıkış yasağı konulmasında yeterli ve ilgili gerekçeye yer verilmemesinin Anayasa'nın 141. maddesindeki hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de şikâyetin ifade biçimi göz önünde bulundurularak şikâyetin bu kısmının da bir bütün olarak “*Seçme, seçilme ve siyasî faaliyette bulunma hakları*”nın yer aldığı Anayasa'nın 67. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

58. Başvurucunun, hakkında verilen yurtdışına çıkamamak adli tedbir kararının gerekçesiz olduğu ve seçilme hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun bu şikâyetlere ilişkin kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

59. Başvuru, yurtdışına çıkamamak şeklindeki adli tedbir kararının yasama faaliyetlerini engellemesi nedeniyle yasama dokunulmazlığını düzenleyen Anayasa'nın 83. maddesinin ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür.

60. Adalet Bakanlığı, başvurunun bu başlık altındaki şikâyetlerinin AİHS'e Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi ile Anayasa'nın 67. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bakanlık görüşünde somut olayda başvurunun milletvekili seçilip seçilmeyeceğine ilişkin bir meselenin bulunmadığını, meselenin milletvekili seçilen başvurunun kendisi hakkında verilen adli kontrol kararı nedeniyle siyasal katılım hakkının ihlal edilip edilmediğine ilişkin olduğunu belirtmiştir. Bakanlık görüşünde, başvurunun 8 yıl 9 ay hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkûm edildiği, derece mahkemesince başvurunun tutuklanması yerine daha hafif olan yurt dışına çıkış yasağı konulduğu ve bu tedbirin başvurunun parlamentoda yasama faaliyetlerine katılmasına engel olmadığı, bu anlamda başvuru hakkında uygulanan tedbir ile siyasal katılım hakkına getirilen sınırlamanın ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

61. Başvurucu Bakanlık görüşüne katılmamış, başvuru dilekçesindeki şikâyetlerini tekrar etmiş ayrıca Anayasa'nın 67. maddesinde yer alan haklarının ihlal edildiğinin tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

62. Milletvekili seçilmesine rağmen hakkında yurt dışına çıkış yasağı konulması nedeniyle milletvekilliği görevini tam olarak yerine getiremediğini ileri süren başvurunun bu şikâyetinin, esas itibarıyla seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarıyla ilgili olduğu ve Anayasa'nın 67. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

63. Anayasa'nın "Seçme, seçilme ve siyasî faaliyette bulunma hakları" başlıklı 67. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasî parti içinde siyasî faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir."

64. AİHS'e Ek Protokol 1'in 3. maddesi şöyledir:

"Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler."

65. Anayasa'nın 67. maddesinde seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasî faaliyette bulunma hakkı güvence altına alınmıştır. Seçimler ve siyasi haklar Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurlarıdır (AYM, E.2002/38, K.2002/89, K.T. 8/10/2002). Benzer şekilde AİHM de "serbest seçim hakkı"nı Avrupa kamu düzeninin temel unsuru olan demokrasinin en önemli ilkelerinden biri olarak kabul etmektedir. AİHM, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin koruduğu hakların, hukukun üstünlüğüne dayanan etkili ve anlamlı bir demokrasinin temellerinin kurulması ve sürdürülmesi için hayati öneme sahip olduğunu belirtmiştir (bkz. *Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika*, B. No. 9267/81, 2/3/1987, § 47; *Danoka/Letonya* [BD], B. No: 58278/00, 16/3/2006, § 103; *Yumak ve Sadak/Türkiye* [BD], B. No: 10226/03, 8/7/2008, § 105).

66. Anayasa'nın 67. maddesinin birinci fıkrasında yer alan haklar demokrasiyi hayata geçirme hedefi ile doğrudan bağlantılıdır. Siyasi haklar, seçimlerde oy kullanma, aday olma ve seçilme haklarının yanında siyasi faaliyette bulunma hakkını da kapsar (B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 110). Parlamenter demokraside halk ile yönetim arasındaki bağlantıyı ve parlamentonun siyasi meşruiyetini, demokratik usul ve esaslara göre belirlenen seçimler aracılığıyla halkın temsilcisi olarak seçilen milletvekilleri gerçekleştirirler (B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 127).

67. Bununla birlikte seçilme hakkı sadece seçimlerde aday olma hakkını değil, aynı zamanda ilgilinin seçildikten sonra milletvekili sıfatıyla temsil yetkisini fiilen kullanabilmesini de kapsar. Bu bağlamda seçilmiş milletvekilinin yasama faaliyetine katılmasına yönelik müdahale, sadece onun seçilme hakkına değil, aynı zamanda seçmenlerinin serbest iradelerini açıklama hakkına (aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. *Sadak ve Diğerleri/Türkiye*, B.No. 25144/94, 26149/95, 26154/95, 27100/95, 27101/95, 11/6/2002, § 33, 40) ve siyasi faaliyette bulunma hakkına yönelik bir müdahale teşkil edebilir.

68. Öte yandan seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile ifade özgürlüğü arasında da önemli bağlantılar vardır. Nitekim AİHM, milletvekili-seçmen ilişkisinden hareketle, ifade özgürlüğünün halkın seçilmiş temsilcileri için özellikle önemli olduğunu, zira milletvekilinin seçmeni temsil ettiğini, onların taleplerine dikkat çekerek menfaatlerini savunduğunu, dolayısıyla bir muhalif milletvekilinin ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin daha sıkı bir denetimi gerektirdiğini vurgulamıştır (bkz. *Castells/İspanya*, B.No. 11798/85, 23/12/1992, § 42).

69. Yasama yetkisinin sahibi olan parlamento ve onu oluşturan milletvekilleri anayasal sınırlar içinde toplumda var olan farklı siyasi görüşlerin temsilcileridirler. Serbest seçimlerle halkın adına karar alma yetkisi verilen milletvekillerinin asli görev alanı parlamento olup, sahip oldukları görev alanı üstün kamusal yarar ve önem içermektedir (B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 128).

70. Siyasi faaliyetlerde her ülkenin kendi koşulları içinde yasalar ile sınırlamalar getirilebileceği söylenebilirse de, milletvekillerinin yasama faaliyetlerinde anayasal bir koruma alanına sahip olduğu açıktır. Aslolan halkın siyasi iradesinin engellenmemesi ve hakkın özünün etkisiz hale getirilmemesidir. Seçilmiş milletvekillerinin yasama faaliyetlerini yerine getirmelerini engelleyecek ölçüsüz müdahaleler halk iradesiyle oluşan siyasal temsil yetkisini ortadan kaldıracak, seçmen iradesinin parlamentoya yansımalarını önleyecektir (B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 129).

71. Öte yandan, seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları, mutlak olmayıp meşru amaçlarla sınırlanabilir. Anayasa'nın 67. maddesinde sınırlama sebepleri öngörülmemekle birlikte bazı anayasal yasaklara yer verilmiştir. Öte yandan Anayasa'nın 67. maddesinde siyasi haklara "*kanunda gösterilen şartlara uygun*" olarak sahip olunacağı belirtilmiştir. Böylelikle Anayasa, kanun yolu ile hakkın sınırlanabileceğini kabul etmiş olmaktadır. Kanun yolu ile sınırlandırmaya açık bırakılan düzenleme ile öngörülen sınırlandırma imkânlarının anayasanın bütünlüğü ilkesi kapsamında yine Anayasa'nın 13. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Başka bir deyişle Anayasa'nın 67. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen özgürlüklere yönelik sınırlama-

ların da bir sınırının olması gerektiği açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütler göz önüne alınmak zorundadır. Bu sebeple seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına getirilen sınırlamaların denetiminin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa'nın 67. maddesi kapsamında yapılması gerekir (bkz. B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 131).

72. Benzer şekilde, AİHM de bu hakların sınırlandırılabilceğini kabul etmekte, ancak bu sınırlamaların “*yasama organının seçiminde halkın görüşlerinin serbestçe açıklanması*”nı ve bu anlamda belli kişilerin veya grupların ülkenin siyasi hayatına katılımlarını engelleyici, söz konusu hakkın özünü zedeleyecek ve etkisini ortadan kaldıracak ölçüde olmaması ve öngörülen amaçla orantılı olması gerektiğini belirtmektedir. (bkz. *Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika*, B. No: 9267/81, 2/3/1987, § 52; *Tanase/Moldova* [BD], B.No: 7/08, 27/4/2010, §§ 157, 158, 161)

73. Somut olayda başvuru, silahlı terör örgütüne üye olmak suçlamasıyla 5/11/2006 tarihinde gözaltına alınmış ve 8/11/2006 tarihinde tutuklanmıştır. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 13/11/2006 tarihli iddianamesiyle başvurunun silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işlediği iddiasıyla cezalandırılması için İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesine ceza davası açılmış, yargılama tutuklu olarak devam ederken başvuru 22/7/2007 tarihinde yapılan 23. Dönem Milletvekili Genel Seçiminde, İstanbul bağımsız milletvekili seçilmiştir. Başvurucunun tahliye talebi üzerine İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi 24/7/2007 tarihinde milletvekili seçilmesi nedeniyle kaçma şüphesinin kalmadığı gerekçesiyle başvurunun tahliyesine karar vermiştir. Mahkeme başvuru hakkında herhangi bir güvenlik tedbirine de karar vermemiştir. Bu yönüyle gerek yürütülen kovuşturma, gerekse başvurunun tutukluluk hali başvurunun milletvekili seçilmesine engel teşkil etmemiştir. Bu anlamda başvurunun seçilme hakkına bir müdahale söz konusu olmadığı gibi, buna yönelik bir iddia da ileri sürülmemiştir. Başvuru, milletvekili seçildikten sonra tahliye edildiğinden Türkiye Büyük Millet Meclisinde yemin etmiş ve milletvekilliği görevini fiilen yerine getirmeye başlamıştır. Başvuru, 12 Haziran 2011 tarihinde yapılan 24. Dönem Milletvekili Genel Seçiminde yeniden İstanbul bağımsız milletvekili adayı olmuş ve seçilmiştir.

74. Bununla birlikte İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi 18/9/2012 tarihli kararı ile başvurunun, silahlı terör örgütüne üye olma suçundan 8 yıl 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve karar kesinleşinceye kadar yurt dışına çıkmamak adli kontrol tedbirinin uygulanmasına karar vermiştir. Başka bir deyişle başvurunun şikâyetine konu “*yurt dışına çıkamamak*” tedbiri, başvurunun ilk derece mahkemesince 8 yıl 9 ay hapis cezası ile cezalandırıldığı tarihten itibaren uygulanmaya başlanmıştır.

75. Somut olayda çözümlenmesi gereken ilk mesele, “*yurt dışına çıkamamak*” tedbirinin milletvekili olan başvurucunun seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarından “*seçilme hakkı*” ile aralarında ayrılmaz bir ilişki bulunan “*siyasal faaliyette bulunma*” hakkına yönelik bir müdahale oluşturup oluşturmadığını belirlemektir. Sonraki aşamalarda, varlığı kabul edilen müdahalenin meşru amaçlara dayanıp dayanmadığının, söz konusu hakkın özü zedeleyecek ölçüde kısıtlanıp kısıtlanmadığının, kısıtlamanın demokratik toplumda gerekli olup olmadığının ve kullanılan araçların orantısız olup olmadığının tespit edilmesi gerekir.

i. Müdahalenin Mevcudiyeti Hakkında

76. Başvurucu, parlamento çalışmalarının sadece parlamento içine münhasır olmadığını, aynı zamanda yurt içinde veya yurt dışında da parlamenter faaliyetlerin engellenmesinin yasama dokunulmazlığına aykırı olduğunu, kendisinin 23. dönem TBMM Dış İlişkiler Komisyonu üyesi olarak pek çok kez yurtdışına gidip geldiğini, yurt dışına çıkış yasağı konulmasıyla birlikte yurtdışındaki parlamenter faaliyetlere katılamadığını belirtmiştir.

77. Anayasa’nın 67. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve özerk bir kavram olan “*siyasal faaliyette bulunma*” kavramının demokratik bir toplumda kapsamlı bir tanımının yapılmasında zorluklar bulunduğu açıktır. Somut olayda milletvekili olması nedeniyle bir siyasal aktör olan başvurucunun, devletin ve toplumun siyasal kararlarını etkileme amacıyla giriştiği eylemlerinin siyasal faaliyet olarak kabul edilmesi gerekir. Bu eylemler yurt içinde gerçekleştirilebileceği gibi yurt dışında da gerçekleştirilebilir. O halde başvurucunun siyasal bir faaliyette bulunmak amacıyla yurtdışına çıkmasının engellenmesinde başvurucunun “*siyasal faaliyette bulunma*” hakkına yönelik bir müdahale vardır.

ii. Müdahalenin Haklı Sebeplere Dayanması Hakkında

78. Yukarıda anılan müdahaleler Anayasa’nın 67. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen anayasal yasaklardan olmadığı ve kanunlar tarafından öngörülme koşulunu sağlamadığı ve Anayasa’nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa’nın 13. ve 67. maddelerinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebepten dolayı, sınırlamanın Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa’nın ilgili maddesinde belirtilmiş olma, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

1. Kanunlar Tarafından Öngörülme

79. Başvurucu 67. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan “*bu hakların kullanılmasında kanunla düzenlenir*” hükmüne ve Anayasa’nın 13. maddesinde yer

alan “*kanunlar tarafından öngörülme*” gereğine aykırılık bulunduğu ilişkin bir iddiada bulunmamıştır. Yapılan değerlendirmeler neticesinde, 5271 sayılı Kanun’un “*Adli Kontrol*” başlıklı 109. maddesinin “*kanunlar tarafından öngörülme*” ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

2. Meşru Amaç

80. Başvurucu, silahlı terör örgütüne üye olma suçundan 8 yıl 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmış ve kararın kesinleşmesinden sonra hükmedilen hapis cezasının infazının temin edilebilmesi amacıyla yurt dışına çıkmamak adli kontrol tedbirinin uygulanmasına karar verilmiştir. Söz konusu yurt dışına çıkamamak tedbirinin suçluların cezalandırılmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

3. Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

81. Son olarak bu tedbire yönelik olarak yapılan itirazın reddine dair kararlarda demokratik bir toplumda başvurunun “*siyasi faaliyette bulunma*” hakkıyla dosyanın temyiz incelemesinde bulunduğu süre içerisinde başvurunun yurt dışına çıkamamasındaki kamu yararı arasında makul bir dengenin gözetilip gözetilmediği değerlendirilmelidir.

82. Anayasa Mahkemesi yerleşik içtihatlarında demokratik toplumu, “*Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılmaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnâ olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak yasayla sınırlandırılabilirler.*” (AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 24/9/2008) biçiminde tarif etmiştir. Diğer bir deyişle yapılan sınırlama hak ve özgürlüğün özüne dokunarak, kullanılmasını durduruyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hale getiriyorsa veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı arasındaki denge bozuluyorsa demokratik toplum düzenine aykırı olacaktır (Bkz. AYM, E.2009/59, K.2011/69, K.T. 28/4/2011; AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 17/4/2008).

83. Hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamada devreye girecek bir başka güvence de Anayasa’nın 13. maddesinde ifade edilen “*ölçülülük ilkesi*”-dir. Bu ilke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda öncelikli olarak dikkate alınması gereken bir güvencedir. Anayasa’nın 13. maddesinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında bir ilişki vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında demokratik toplum düzeni için gerekli olmak ile ölçülülük arasındaki bu ilişkiye dikkat çekmiş,

“[T]emel hak ve özgürlüklere yönelik her hangi bir sınırlamanın,] demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir...” (AYM, E.2007/4, K.2007/81, K.T. 18/10/2007) diyerek, amaca, temel haklara en az müdahaleyle ulaşmayı sağlayacak aracın tercih edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

84. Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile araç arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı alanında getirilen müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir.

85. Bu bağlamda, başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel eksenini, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkını kısıtlama bakımından *“demokratik bir toplumda gerekli”* ve *“ölçülülük ilkesi”* ne uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır.

86. Bu çerçevede mahkemelerin milletvekili seçilen kişiler hakkında yurt dışına çıkamamak koruma tedbirine karar verirken seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının kullanılmasından kaynaklanan yarardan çok daha ağır basan, korunması gereken bir yararın varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir. (B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 114). Bunun sonucu olarak başvurucunun seçilme ve siyasi faaliyetlere katılma hakkına yönelik müdahalenin Anayasa’nın 67. maddesini ihlal boyutuna ulaşp ulaşmadığı incelenirken, başvurucunun milletvekili seçilmesiyle birlikte ileri sürmüş olduğu iddiaların yurt dışına çıkamamak tedbirinin verildiği kararda gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine de bakılmalıdır.

87. Dolayısıyla, başvurucunun seçilmiş bir milletvekili olarak yurt dışına çıkamamak tedbiri nedeniyle yerine getiremediği siyasi ve temsil faaliyetleri ile davanın mahkûmiyetle bitirilmesinden sonra Yargıtayın temyiz kararına kadar başvurucunun yurt dışına çıkmasının yasaklanmasındaki kamu yararı arasındaki dengenin ölçülü olduğunun kabulü halinde, yurt dışına çıkamamak tedbirine ilişkin gerekçelerin inandırıcı, başka bir deyişle ilgili ve yeterli oldukları sonucuna varılabilir.

88. Başvurucu, ilk derece mahkemesinin 14/7/2007 tarihli tahliye kararında kendisinin kaçma şüphesinin bulunmaması sebebine dayanıldığını, buna karşın aynı mahkemenin 18/9/2012 tarihli kararında herhangi bir gerekçeye

dayanmadan yurtdışına çıkış yasağı konulmasında bir çelişki bulunduğunu ve bu çelişkili kararın anayasal haklarının ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür.

89. Yurt dışına çıkamamak tedbirine hükmeden İlk Derece Mahkemesi, tedbir kararını başvuru hakkında hükmedilen hürriyeti bağlayıcı cezanın 8 yıl 9 ay gibi uzun bir süre olmasına, başvuru hakkındaki yasadışı PKK silahlı terör örgütü üyesi olmaktan mahkûm edilmiş olmasına, başvuru hakkındaki cezasından mahsup edilecek tutukluluk süresinin hükmedilen cezaya göre az olmasına dayandırmış ve kararın kesinleşmesi halinde hükmün infazının sağlanması amacıyla başvuru hakkında “yurt dışına çıkamamak” koruma tedbirine karar vermiştir. Başvuru hakkında hükmedilen hürriyeti bağlayıcı ceza, daha sonra Yargıtay’ın 24/12/2013 tarihli ilamı ile onamıştır.

90. Başvuru, PKK silahlı terör örgütü üyesi olmak suçlamasıyla tutuklu olarak yargılamasının devam ettiği sırada milletvekili seçilmesi nedeniyle kaçma şüphesinin kalmadığı gerekçesiyle tahliye edilmiştir. Başvuru hakkındaki tahliyesine karar verildiği sırada henüz hakkında bir mahkûmiyet kararı bulunmamaktadır. Buna karşın başvuru, ilk derece Mahkemesinin 18/9/2012 tarihli kararı ile yasadışı PKK silahlı terör örgütü üyesi olmak suçunu işlediği sabit olduğu gerekçesiyle ile 8 yıl 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. İlk Derece Mahkemesi mahkûmiyet kararından sonra başvuru hakkında yurt dışına çıkamamak tedbirine karar vermiştir. Mahkeme tedbirin gerekçesi olarak başvuruya hükmedilen hürriyeti bağlayıcı cezanın süresini ve kararın kesinleşmesi halinde başvuru hakkındaki ceza evinde kalacağı bakiye sürenin uzunluğunu, başvuru hakkındaki silahlı terör örgütü üyesi olmaktan cezalandırılmış olmasını göstermiştir.

91. Bireysel başvuru incelemesi açısından, bir kimse hakkında suç isnadında bulunulmasından sonraki sanık statüsü ile aynı kimse hakkında mahkûmiyet kararı verilmesinden sonraki statü arasında esaslı fark bulunmaktadır. “Mahkûmiyet” kavramı işlendiği kanıtlanan bir suç nedeniyle “suçluluğun belirlenmesi”ni ifade eder. Mahkûmiyet, yargılamayı yapan mahkeme tarafından mahkûm edilmek anlamına gelir. Mahkûmiyete karar verilmiş olmakla, isnat olunan suçun işlendiği, bundan failin sorumlu olduğunun sübuta erdiği kabul edilmekte ve bu nedenle sanık hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya ve/veya para cezasına hükmedilmektedir. Mahkûmiyetle birlikte kişinin kuvvetli suç şüphesi altına bulunma hali sona ermektedir. Bu açıdan mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması ayrıca gerekmez.

92. Somut olayda başvuru ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararını verdiği 18/9/2012 tarihinden itibaren hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş kişi statüsündedir. Başvuru hakkındaki yurt dışına çıkamamak güvenlik

tedbiri, mahkûmiyet hükmünün bir sonucu olarak verilmiş ve mahkûmiyete dayanılmıştır. İlk Derece Mahkemesinin gerekçesine göre mahkûmiyet kararı ile “yurt dışına çıkamamak” güvenlik tedbiri arasında yeterli nedensellik ilişkisi bulunmaktadır. Bir koruma tedbiri niteliğindeki “yurt dışına çıkamamak” kararı nedeniyle başvurucunun mahkûmiyet kararından sonraki süreçte yurt dışına çıkamamasından ibaret müdahalenin demokratik toplumun gereklerine aykırı olmadığı gibi başvurucunun milletvekilliği görevlerini yapabilmesi nedeniyle amaçlanan hedefler açısından da ölçüsüz olduğu söylenemeyecektir.

93. Bu sebeplerle başvurucunun Anayasa’nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun,

1. Masumiyet karinesinin ihlal edildiği iddiaları yönünden “açıkça dayanak-tan yoksun olması”,

2. Seyahat özgürlüğünün ihlal edildiği iddiaları yönünden “konu bakımından yetkisizlik”,

3. Eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiaları yönünden “konu bakımından yetki-sizlik”,

nedenleriyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

4. Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiği iddia-ları yönünden KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Başvurucunun, seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olarak Anayasa’nın 67. maddesinin birinci fıkrasının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde bırakılmasına,

20/2/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Serruh KALELİ

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

